

N. R.G. 128/2018

**TRIBUNALE di MANTOVA****SEZIONE LAVORO**Nella causa civile iscritta al n. r.g. **128/2018** promossa da:

██████████ (C.F. ██████████), con il patrocinio dell'avv. GUARISO ALBERTO, dell'avv. GHITTI CARLA e dell'avv. NERI LIVIO

RICORRENTE

contro

SOCCORSO AZZURRO SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE - ONLUS (C.F. 01882960204), con il patrocinio dell'avv. CANNELLA GIUSEPPE

RESISTENTE

Il Giudice dott.ssa Silvia Fraccalvieri,
a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 15/06/2018,
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Con ricorso ex art. 1, commi 47 e ss, L. 92/2012, depositato in data 5.03.2018, ██████████ ha esposto:

- di avere prestato attività lavorativa alle dipendenze di Soccorso Azzurro Società Cooperativa Sociale Onlus, con contratto dapprima (dal 18.06.2009) a tempo determinato e poi, dal 17.08.2010, a tempo indeterminato, *full time*, con inquadramento nel livello C1 CCNL Coop. Sociali e qualifica e mansioni di *autista soccorritore*;
- che, nell'anno 2015, gli veniva diagnosticato un *craniofaringioma*, che lo costringeva a sottoporsi ad un intervento chirurgico per la rimozione del tumore e ad assentarsi dal lavoro nei seguenti periodi, come da certificati medici in atti: dal 27.02.2015 al 12.03.2015 per "*neoformazione cerebrale e grave ipovisus*" (14 gg); dal 13.03.2015 al 01.04.2015 per "*sospetta neoformazione cerebrale*" (20 gg); dal 2.04.2015 al 19.04.2015 per "*etpl cerebrale accertamenti in corso*" (18 gg); dal 20.04.2015 al 3.05.2015 per "*sospetta neoformazione cerebrale con compressione chiasma ottico*" (14gg); dal 4.05.2015 al 31.05.2015 "*in attesa di intervento in neurochirurgia per craniofaringioma che comprime chiasma ottico*" (28 gg); dal 16.06.2015 all'1.07.2015 "*ricovero ospedaliero*" (16 gg); dall'1.08.2015 al 30.09.2015 per "*esiti di intervento per neoplasia cerebrale craniofaringioma*" (61gg); dall'1.10.2015 al 30.10.2015 per "*neoplasia cerebrale craniofaringioma*" (30 gg); dal 31.10.2015 al 10.12.2015 per "*esiti intervento craniofaringioma e*



sindrome ipofisaria reattiva in trattamento” (41 gg); dall’11.12.2015 al 31.12.2015 per “*esiti operazione per craniofaringioma*” (21 gg); dall’1.1.2016 al 17.01.2016 per “*craniofaringioma*” (17 gg);

- di essere stato sottoposto a visita da parte del medico competente in data 18.01.2016, che lo dichiarava idoneo alla mansione specifica;
- di essere stato esentato dal turno notturno e dalla mansione di autista (continuando a svolgere quelle di soccorritore e di capo equipaggiamento, presso la postazione 118 di Bondeno di Gonzaga);
- di essere stato assente dal lavoro nei seguenti periodi, come da certificati medici in atti: dal 22.02.2016 al 4.03.2016 per “*esiti intervento craniofaringioma in attuale terapia medica per disendocrinopatie*” (12 gg); dal 5.03.2016 al 15.03.2016 per “*esiti craniofaringioma operato astenia in cure del caso per disfunzione ipofisaria*” (11 gg);
- di essere stato sottoposto a nuova visita da parte del medico competente, in data 27.02.2017, che lo dichiarava idoneo alla mansione specifica, con esenzione dal lavoro notturno;
- di avere subito una recidiva del tumore nel corso del 2017;
- di essere stato riconosciuto invalido civile con riduzione permanente della capacità lavorativa nella misura del 75%, come emerge dal verbale di accertamento del 5.07.2017;
- di essere stato assente dal lavoro nei seguenti periodi, come da certificati medici in atti: dal 16.07.2017 al 24.07.2017 per “*recidiva di craniofaringioma-accertamenti clinici*” (9 gg); dal 25.07.2017 al 3.08.2017 per “*craniofaringioma trattamento radiochirurgico con GKP*” (10 gg); dal 4.08.2017 al 20.08.2017 per “*esiti intervento per adenoma ipofisario*” (17 gg);
- di essere stato licenziato con lettera datata 15.09.2017 e consegnata a mani il 20.09.2017, per superamento del periodo di comporto, computato in 12 mesi da calcolarsi nell’ultimo triennio (art. 71 CCNL applicabile), con decorrenza 30.09.2017;
- di avere impugnato il licenziamento con lettera del 21.09.2017;
- di essere tuttora disoccupato.

Tanto premesso, il ricorrente ha dedotto: a) in via principale, la nullità dell’intimato licenziamento per violazione del divieto di discriminazione in ragione dell’*handicap*, sulla scorta della normativa e della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’UE richiamate in ricorso, atteso che le sue assenze per malattia (per n. 370 giorni) erano state motivate dalla patologia oncologica per la quale era stato riconosciuto invalido civile (posto che soltanto 17 giorni di assenza erano stati motivati da patologie quali *sindrome influenzale, gastroenterite virale, virosi intestinale febbrile, dermatite*) e che il datore di lavoro non aveva approntato alcun *accomodamento ragionevole* in favore del dipendente affetto da *handicap* (quale la riduzione del contenuto delle mansioni, la riduzione dell’orario di lavoro, la fruizione dell’aspettativa non retribuita); b) in via subordinata, l’illegittimità dell’intimato



licenziamento, per avere il datore di lavoro atteso oltre un mese dal rientro in servizio del dipendente per comminare il licenziamento e per non avere lo stesso informato il dipendente della possibilità di richiedere l'aspettativa non retribuita prevista dall'art. 67 CCNL, ovvero di fruire delle ferie residue.

Pertanto, il ricorrente ha chiesto all'intestato Tribunale di: 1) dichiarare la nullità dell'intimato licenziamento ed ordinare la sua reintegrazione nel posto di lavoro, con condanna della resistente al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata alla retribuzione globale di fatto (pari ad euro 1.537,86) dal giorno di licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione ed al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, ex art. 18, commi 1 e 2, Stat. Lav.; 2) in subordine, annullare l'intimato licenziamento ed ordinare la sua reintegrazione nel posto di lavoro, con condanna della resistente al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata alla retribuzione globale di fatto, dal giorno di licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, nei limiti delle 12 mensilità, ed al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, ex art. 18, commi 4 e 7, Stat. Lav.; 3) in ulteriore subordine, condannare la resistente al pagamento di un'indennità risarcitoria compresa tra le 12 e le 24 mensilità della retribuzione globale di fatto; 4) con vittoria di spese, da distrarsi a favore dei procuratori dichiaratisi antistatari.

Si è costituita in giudizio Soccorso Azzurro Società Cooperativa Sociale Onlus, contestando la domanda e chiedendone la reiezione, in quanto infondata, atteso il pacifico superamento del periodo di comporto da parte del ricorrente, ai sensi dell'art. 2110 c.c. e dell'art. 71 CCNL applicabile.

La causa, istruita sulla documentazione versata in atti dalle parti, senza necessità di ulteriore attività istruttoria, anche considerata la cognizione sommaria propria della presente fase, è stata discussa e trattenuta in riserva all'udienza del 15.06.2018.

Tanto premesso, osserva il Tribunale quanto segue.

Nel caso in esame il ricorrente è stato licenziato, con lettera datata 15.09.2017, consegnata a mani in data 20.09.2017, per superamento del periodo di comporto, per essersi assentato dal lavoro per malattia per un totale di 387 giorni, a fronte di un limite previsto dal CCNL applicabile di 12 mesi nell'arco dell'ultimo triennio (art. 71 CCNL applicabile).

Il numero di assenze e l'avvenuto superamento del periodo di comporto individuato dal CCNL Cooperative Sociali non sono in contestazione.

Al contrario, il ricorrente ha dedotto, in via principale, la nullità dell'intimato licenziamento, per violazione della normativa antidiscriminatoria di derivazione comunitaria, essendo state le assenze dal lavoro – in larghissima parte - determinate dalla patologia oncologica per la quale è stato dichiarato invalido civile (con una riduzione permanente della capacità lavorativa nella misura del 75%), invocando, all'uopo, plurime pronunce della Corte di Giustizia UE (v. Corte di Giustizia



dell'UE, sentenza dell'11.06.2006, nella causa C-13/05, e dell'11.04.2013, nelle cause C-335/11 e C-337/11).

In particolare, il ricorrente ha richiamato la recentissima sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 18.01.2018, resa nella causa C-270/16, relativa all'interpretazione della direttiva 2000/78/CE del 27.11.2000, avente ad oggetto la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, con specifico riferimento al divieto di discriminazione diretta ed indiretta basata sull'*handicap*, in relazione alle *condizioni di licenziamento* (peraltro, a fronte di una normativa, quale quella spagnola, che prevede la non computabilità, ai fini del superamento del periodo di comporto, delle assenze dovute a terapia medica per cancro o altra grave patologia).

Sul punto, la Corte di Giustizia ha affermato che l'art. 2, paragrafo 2, lett. b, i della direttiva 2000/78/CE osta ad una normativa nazionale che consente al datore di lavoro di licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, laddove tali assenze siano imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore, tranne se tale normativa, nel perseguire un obiettivo legittimo (nella fattispecie specificamente individuato nella lotta all'assenteismo), non va al di là di perseguire tale obiettivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare.

Secondo le previsioni della suindicata direttiva, sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe stata trattata un'altra in una situazione analoga; sussiste, invece, discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone portatrici di un particolare handicap, a meno che: i) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; ii) il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi.

Tali previsioni sono state recepite nell'ordinamento nazionale dall'art. 2 del D.lgs. 216/2003.

Ora, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la nozione di «*handicap*», ai sensi della direttiva 2000/78 ed ai fini della sua applicazione, deve essere intesa come riguardante una limitazione di capacità, risultante, in particolare, da durature menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori (v. sentenza del 9 marzo 2017, Milkova, C-406/15, EU:C:2017:198, punto 36 e giurisprudenza citata).



La sentenza dell'11.04.2013, resa nelle cause C-335/11 e C-337/11, richiede, altresì, che la limitazione risultante dalle menomazioni fisiche, mentali o psichiche, sia di lunga durata, precisando che la condizione di *handicap* può essere congenita, ovvero determinata da incidenti o malattie.

Nella fattispecie, si ritiene che il ricorrente debba essere qualificato come persona portatrice di *handicap*, ai sensi della giurisprudenza comunitaria suindicata.

Infatti, a cagione della malattia oncologica (*craniofaringioma*, diagnosticato nel 2015, con recidiva nel corso dell'anno 2017) che lo affligge (oltre ad obesità e diabete), il ricorrente ha riportato disabilità neurologiche ed alla vista, come attestato dalla competente commissione medica, che lo ha dichiarato invalido con riduzione permanente della capacità lavorativa nella percentuale del 75% (il che implica, oltretutto, limitazioni nell'espletamento della mansione, quali l'esenzione dal lavoro notturno).

È, altresì, documentale che la quasi totalità delle assenze dal lavoro sia stata determinata dalla predetta patologia oncologica, come emerge dai certificati medici versati in atti dal ricorrente (v. doc. n. 3, 5, 8 di parte ricorrente).

Ciò posto deve escludersi che, nel caso in esame, si sia realizzata una discriminazione diretta, atteso che la previsione dell'art. 71 CCNL opera in modo identico sia con riferimento ai lavoratori disabili, che con riferimento ai lavoratori non disabili che sono stati assenti dal lavoro.

In ordine alla verifica circa la sussistenza di una discriminazione indiretta, deve, invece, richiamarsi il punto 39 della motivazione della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 18.01.2018, resa nella causa C-270/16: "si deve constatare che un lavoratore disabile è, in linea di principio, maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare l'articolo 52, lettera d), dello Statuto dei lavoratori rispetto a un lavoratore non disabile. Infatti, rispetto a un lavoratore non disabile, un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute a una malattia collegata alla sua disabilità. Egli è quindi soggetto a un maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia e, quindi, di raggiungere i limiti di cui all'articolo 52, lettera d), dello Statuto dei lavoratori. Risulta, dunque, che la norma di cui a tale disposizione è idonea a svantaggiare i lavoratori disabili e, quindi, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sulla disabilità ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78, (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 76)".

Ancora, "non si deve (...) ignorare il rischio cui sono soggette le persone disabili, le quali, in generale, incontrano maggiori difficoltà rispetto ai lavoratori non disabili a reinserirsi nel mercato del lavoro e hanno esigenze specifiche connesse alla tutela richiesta dalla loro condizione (v., in



tale senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 91").

A tal proposito, il Tribunale di Milano (sentenza n. 2875 del 28.10.2016), sulla scorta di un'interpretazione costituzionalmente orientata (art. 3 Cost.) ed in linea con la normativa e la giurisprudenza comunitaria più volte citata (Corte di Giustizia dell'UE, sentenza dell'11.04.2013, nelle cause C-335/11 e C-337/11, punto 76), ha affermato che costituisce discriminazione indiretta la previsione del medesimo periodo di comporto per un lavoratore disabile e per un lavoratore non disabile, considerata la necessità di differenziazione della tutela, da adeguare alla situazione peculiare (c.d. fattore di rischio) in cui versano i soggetti disabili.

In particolare, il Tribunale di Milano ha sostenuto che: *"in applicazione dell'articolo 2 della direttiva comunitaria 2000/78/CE, nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro, al fine di evitare la discriminazione indiretta in caso di licenziamento per superamento del periodo di comporto, va ritenuto obbligato ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi dell'art. 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione (come sottrarre dal calcolo del comporto i giorni di malattia ascrivibili all'handicap o individuare un ulteriore giustificato motivo di licenziamento)"*.

I medesimi principi sono stati affermati sempre dal Tribunale di Milano, con l'ordinanza n. 9281 del 6.04.2018, prodotta dal ricorrente all'udienza di discussione, avendo il Tribunale ravvisato una discriminazione indiretta nella previsione contrattuale collettiva che stabiliva il medesimo periodo di comporto per i lavoratori disabili e non disabili, considerato che i portatori di *handicap* (nel caso di specie il lavoratore era affetto da una *leucemia mieloide acuta*) sono costretti, a causa della loro condizione, ad un numero di assenze di gran lunga superiore rispetto ai lavoratori che limitano le proprie assenze a casi di patologie contingenti di breve durata o comunque con una durata limitata nel tempo, con conseguente esclusione dal computo del termine di comporto dei periodi di assenza che trovino origine nella patologia causa dell'*handicap*, atteso che: *"il portatore di handicap aggiunge ai normali periodi di malattia che subisce per cause diverse dall'handicap quelle direttamente collegate a quest'ultimo: ma una parità di trattamento tra lavoratori esige che solo con riferimento alle prime i lavoratori portatori di handicap e tutti gli altri siano sottoposti al limite temporale del comporto"*.

L'adesione ai predetti orientamenti giurisprudenziali nazionali e comunitari e la necessità di operare un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa in esame, ai sensi dell'art. 3 Cost., inducono a ravvisare, nella fattispecie, un'ipotesi di discriminazione indiretta, essendo stato contemplato, all'art. 71 CCNL applicabile, sia per i lavoratori disabili, che per i lavoratori non affetti da disabilità, il medesimo periodo di comporto, nonostante i lavoratori disabili presentino



maggiori fattori di rischio rispetto ai lavoratori non affetti da disabilità, ovvero il “rischio ulteriore di assenze dovute a una malattia collegata alla [loro] disabilità” e quindi il “rischio di accumulare giorni di assenza per malattia”.

Né risulta che, nella fattispecie, il datore di lavoro abbia assunto comportamenti idonei a evitare la discriminazione indiretta (quali, ad esempio, la non computabilità nel periodo di comporto delle assenze dovute alla malattia che ha cagionato la disabilità, la riduzione dell’orario di lavoro, l’avviso della possibilità di fruire dell’aspettativa non retribuita – sul punto, si veda, Tribunale di Bologna, ordinanza del 15.04.2014, est. Sorgi), essendosi lo stesso limitato ad esentare il ricorrente dal lavoro notturno, come successivamente indicato dal medico competente.

Ciò posto, con riferimento all’eccezione relativa alla prova dell’esclusività del motivo illecito determinante, ex art. 1345 c.c., sollevata da parte resistente, si evidenzia che, secondo un recente e condivisibile orientamento della giurisprudenza di legittimità, la nullità del licenziamento discriminatorio discende direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno (v. artt. 4 L. 604/1966 e 15 Stat. Lav.), nonché di diritto europeo (nel nostro caso, la direttiva 2000/78/CE), sicché, diversamente dall’ipotesi di licenziamento ritorsivo, non è necessaria la sussistenza di un motivo illecito determinante ex art. 1345 c.c., né la natura discriminatoria può essere esclusa dalla concorrenza di un’altra finalità, pur legittima, quale il motivo economico (nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito sulla natura discriminatoria di un licenziamento che seguiva la comunicazione della dipendente di volersi assentare per sottoporsi ad un trattamento di fecondazione assistita, v. Cass. Sez. L, Sentenza n. 6575 del 05/04/2016, Rv. 639245 - 01).

Né assume alcun rilevanza – come, invece, eccepito da parte resistente – la circostanza che il datore di lavoro non fosse a conoscenza della condizione di disabilità del ricorrente e della causa delle sue assenze, poiché la discriminazione ha una rilevanza oggettiva, che prescinde dalla intenzionalità o meno del comportamento discriminatorio (v. art. 2 D.lgs. 216/2003, 25, comma 2, L. 198/2006 e Cass. Sez. L, Sentenza n. 6575 del 05/04/2016, Rv. 639245 – 01, secondo la quale “*la discriminazione, diversamente dal motivo illecito, opera oggettivamente, ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro*”).

Infine, in ordine al regime probatorio, si rileva che, in caso di licenziamento nullo per discriminatorietà, operano gli artt. 28, comma 4, D.lgs. 150/2011 e 40 D.lgs. 198/2006, che prevedono un regime presuntivo alleggerito a favore del soggetto passivo della discriminazione, con conseguente parziale inversione dell’onere della prova a carico del datore di lavoro, una volta che il lavoratore abbia indicato elementi di fatto precisi e concordanti idonei a fondare una presunzione di discriminazione (nella fattispecie, ampiamente offerti).



Le considerazioni che precedono comportano l'accoglimento della domanda svolta in via principale da parte ricorrente di nullità dell'intimato licenziamento ai sensi dell'art. 18, commi 1 e 2, Stat. Lav., con la conseguenza che il datore di lavoro deve essere condannato alla reintegra del lavoratore nel posto di lavoro ed al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto (pari ad euro 1.537,86, somma non specificamente contestata da parte resistente) dal giorno del licenziamento (30.09.2017) a quello della effettiva reintegra, oltre rivalutazione monetaria ed interessi, oltre al pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, maggiorato degli interessi nella misura legale. Ogni altra questione di rito o di merito risulta assorbita.

SPESE

La novità della questione giuridica trattata (essendo, oltretutto, la pronuncia della Corte di Giustizia dell'UE del 18.01.2018, resa nella causa C-270/16, successiva all'intimazione del licenziamento) e l'assenza di precedenti di legittimità, impongono l'integrale compensazione delle spese processuali tra le parti.

P.Q.M.

Visto l'art. 1, comma 49, legge n. 92/2012, in accoglimento del ricorso:

- dichiara la nullità dell'intimato licenziamento, ai sensi dell'art. 18, comma 1, Stat. Lav.;
- condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del ricorrente nel posto di lavoro ed al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegra, oltre rivalutazione monetaria ed interessi, oltre alla regolarizzazione previdenziale ed assistenziale dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegra;
- compensa integralmente le spese processuali tra le parti.

Si comunichi.

Mantova, 16 luglio 2018

Il Giudice
Dott.ssa Silvia Fraccalvieri

