

N. 5353/18 R.G.L.



TRIBUNALE DI MILANO

SEZIONE LAVORO

ORDINANZA EX ART. 1, CO. 49, LEGGE 92/2012

Il Giudice del Lavoro, dott.ssa Chiara COLOSIMO, nel procedimento ex art. 1, co. 47ss., Legge 92/2012 promosso

da

....., con l'Avv. Balestro del Foro di Milano

contro

....., con l'Avv. Guida del Foro di Milano e l'Avv. Ghezzi del Foro di Bologna

letti gli atti,
esaminati i documenti,

a scioglimento della riserva assunta il 20 settembre 2018,
osserva,

IN FATTO

con ricorso ex art. 1, co. 47ss., Legge 92/2012 depositato il 22 maggio 2018,

..... ha convenuto in giudizio

....., chiedendo al Tribunale:

previa ogni opportuna declaratoria in merito al diritto della ricorrente alla parità di trattamento rispetto ai lavoratori non disabili ed alla sussistenza della discriminazione,

a) accertare e dichiarare la inesistenza, nullità, annullabilità e comunque la illegittimità della delibera di esclusione da socia comunicata in data 12.4.2018;

b) accertare e dichiarare la nullità, annullabilità e comunque annullare il licenziamento intimato alla ricorrente con lettera 19.12.2017 per tutte le ragioni di cui in ricorso; conseguentemente

in via principale

c) ordinare alla convenuta di reintegrare la ricorrente nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 18 co. 1 L. 300/70;

d) condannare la convenuta a corrispondere alla ricorrente una somma pari alle retribuzioni maturate e maturande dal 19.12.2017 alla data di effettivo ripristino del rapporto, sulla base della retribuzione globale di fatto mensile di € 903,33, nonché a versare i contributi previdenziali e assistenziali in favore della stessa per il medesimo periodo;



in subordine

e) condannare la convenuta a reintegrare la ricorrente nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 18 co. 4 e co. 7 L. 300/70, nonché a corrispondere le retribuzioni maturate e maturande dal 19.12.2017 alla data della effettiva reintegra, sulla base dell'importo mensile di € 774,80 ed entro il limite di 12 mensilità;

in ulteriore subordine

f) ordinare alla convenuta di dar corso al rapporto di lavoro riammettendo la ricorrente in servizio e condannare la convenuta stessa a corrispondere le retribuzioni maturate e maturande sino alla effettiva riammissione;

in estremo subordine

g) condannare la convenuta a corrispondere alla ricorrente a titolo di indennità risarcitoria ai sensi dell'art. 18, co. 5, L. 300/70 o in subordine co. 6 L. 300/70 o in ulteriore subordine ex art. 8 L. 604/66 una somma da calcolarsi sull'importo mensile di € 903,33 o in subordine € 774,80 ovvero un diverso importo anche maggiore ritenuto di giustizia.

Il tutto oltre interessi e rivalutazione e, in ogni caso, con vittoria delle spese di lite da distrarsi a favore del procuratore antistatario.

Si è costituita ritualmente in giudizio

, eccependo l'infondatezza in fatto e in diritto delle domande di cui al ricorso e chiedendo il rigetto delle avversarie pretese.

Con vittoria delle spese di lite.

Esperito inutilmente il tentativo di conciliazione, assunte le prove indispensabili ai fini del decidere e ritenuta la causa matura per la decisione, il Giudice ha invitato i procuratori alla discussione orale e, all'esito, si è riservato di decidere.

IN DIRITTO

– lavoratrice invalida al 75% – è stata assunta alle dipendenze dic. il 3 febbraio 2010, a seguito del subentro di quest'ultima nella gestione dell'appalto relativo al servizio mensa del ove la ricorrente già operava quale dipendente del precedente appaltatore p.a.

E' circostanza pacifica in giudizio che la ricorrente sia stata avviata al lavoro, nelle quote di riserva di cui alla Legge 68/1999, quale addetta mensa (docc. 1-2, fascicolo ricorrente).



Afferma poi che, al fine di evitare il licenziamento, [REDACTED] s.c. (*infra*, [REDACTED] s.c.) le avrebbe potuto consentire di fruire delle ferie maturate e non ancora godute.

Quanto alla delibera di esclusione dalla compagine sociale, [REDACTED] ne eccepisce l'illegittimità in ragione della natura discriminatoria del licenziamento che vi ha dato causa.

*** * ***

Il ricorso è fondato e merita integrale accoglimento.

Al tema oggetto di giudizio è necessario approcciarsi in ossequio ai principi che l'ordinamento giuslavoristico ha fatto propri nel più recente passato – anche grazie all'apporto del diritto dell'Unione Europea – avuto specifico riguardo all'esigenza di assicurare una particolare protezione ai lavoratori portatori di potenziali fattori di discriminazione o, comunque, che si trovino in condizioni personali destinate a incidere negativamente sulla loro vita professionale.

A tacer d'altro, pare qui sufficiente rammentare le linee portanti della Direttiva 2000/78/CE – “quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro” – che rammenta come “la messa a punto di misure per tener conto dei bisogni dei disabili sul luogo di lavoro [abbia] un ruolo importante nel combattere la discriminazione basata sull'handicap” (Sedicesimo Considerando), come “il divieto di discriminazione [non debba] pregiudicare il mantenimento o l'adozione di misure volte a prevenire o compensare gli svantaggi incontrati da un gruppo di persone... avente determinati handicap...” (Ventiseiesimo Considerando), come “nella sua raccomandazione 86/379/CEE del 24 luglio 1986 concernente l'occupazione dei disabili nella Comunità, il Consiglio [abbia] definito un quadro orientativo in cui si elencano alcuni esempi di azioni positive intese a promuovere l'occupazione e la formazione di portatori di handicap, e nella sua risoluzione del 17 giugno 1999 relativa alle pari opportunità di lavoro per i disabili, [abbia] affermato l'importanza di prestare un'attenzione particolare segnatamente all'assunzione e alla permanenza sul posto di lavoro del personale e alla formazione e all'apprendimento permanente dei disabili” (Ventisettesimo Considerando).

Sicché, “sussiste 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; o che ii) nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente 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" (art. 2, lett. b, Direttiva 200/78/CE).

Quanto al rapporto tra disabilità e malattia, questo Giudice ha già avuto modo di osservare in passato come la Corte di Giustizia abbia chiarito che *"la nozione di "handicap" va intesa come un limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale"*, e che *"utilizzando la nozione di "handicap" all'art. 1 della direttiva di cui trattasi, il legislatore ha deliberatamente scelto un termine diverso da quello di "malattia"*.

La Corte ha escluso *"un'assimilazione pura e semplice delle due nozioni"*, precisando che *"perché una limitazione possa rientrare nella nozione di "handicap" deve quindi essere probabile che essa sia di lunga durata"* e che abbia l'attitudine a incidere od ostacolare la vita professionale per un lungo periodo (Corte Giustizia, *Navas vs. Eures Colectividades SA*, C-13/05). A tale nozione deve farsi riferimento poiché, come rammentato dallo stesso Giudice Europeo, *"dall'imperativo tanto dell'applicazione uniforme del diritto comunitario quanto del principio di uguaglianza discende che i termini di una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata devono di norma essere oggetto nell'intera comunità di un'interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa di cui trattasi"* (Corte Giustizia, *Navas vs. Eures Colectividades SA*, C-13/05, cit.).

Sicché, sotto un profilo di ordine generale, se deve escludersi che possa essere richiamato il divieto di discriminazione fondata sull'*handicap* non appena si manifesti una qualunque malattia, di *handicap* può invece parlarsi ogniqualvolta la malattia sia di lunga durata e abbia l'attitudine a incidere negativamente sulla vita professionale del lavoratore (cfr. Tribunale di Milano, 11 febbraio 2013).

*

Firmato Da: C/CI/CS/IB/M/PA/Emoeeen Da: 48118ADEF:R P A NIC C A 9 Sarsisilf - Rvfhv0a 1r077ad5p0ar0a 1f07ad5p0ar0a
 Firmato Da: C/CI/CS/IB/M/PA/Emoeeen Da: 48118ADEF:R P A NIC C A 9 Sarsisilf - 56v475d9d098ee1d/20140915e86c94d - Firmato Da: DE M&D/TIM/CI/REPPINA/Emoeeen Da: 48118ADEF:R P A NIC C A 9 Sarsisilf - Rvfhv0a 1r077ad5p0ar0a 1f07ad5p0ar0a





Orbene, in forza principi appena richiamati, fatti propri dal Legislatore nazionale con il Decreto Legislativo 216/2003, non può che concludersi per la fondatezza dell'assunto attoreo.

Non può revocarsi in dubbio, infatti, che il computo – ai fini della maturazione del comportamento del dipendente disabile – delle assenze per malattia connesse alla specifica condizione di disabilità costituisca discriminazione indiretta, in quanto *“prassi... o un comportamento apparentemente neutri”* che, tuttavia, mette *“le persone portatrici di handicap... in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone”* (art. 2, co. 1, lett. b), D. Lgs. 216/2003).

L'assunto della assoluta equiparabilità della condizione del lavoratore invalido con quella del lavoratore non disabile ma affetto malattia e, quindi, della possibilità di applicare ai primi la medesima – indistinta – disciplina in materia di comportamento è, con tutta evidenza, erroneo. Così operando, infatti, si regolano nel medesimo modo due situazioni radicalmente e sostanzialmente differenti, violando il principio di uguaglianza sostanziale e, prima ancora, dando luogo a una discriminazione indiretta. Tanto si afferma in quanto i lavoratori invalidi sono soggetti portatori di uno specifico fattore di rischio che ha quale ricaduta più tipica, connaturata alla condizione stessa di disabilità, quella di determinare la necessità per il lavoratore sia di assentarsi più spesso per malattia sia di ricorrere, in via definitiva o per un protratto periodo di tempo, a cure periodiche.

Di qui, necessariamente, l'esigenza di interpretare la disciplina in materia di comportamento in una prospettiva di salvaguardia dei lavoratori che, portatori di disabilità, si trovano in una condizione di oggettivo e ineliminabile svantaggio.

Per questi motivi, il giudicante ritiene di condividere integralmente quanto affermato dal Tribunale di Milano con ordinanza del 6 aprile 2018: *“da ciò si ricava pertanto che la norma contrattuale la quale limita a 180 giorni di assenza l'avvenuto superamento del periodo di comporta - e quindi rende legittima la risoluzione del rapporto di lavoro - non può trovare applicazione nel caso di specie in quanto sarebbe causa di una discriminazione indiretta : pur essendo una disposizione di per sé neutra essa pone il portatore di handicap – in questo caso il ricorrente - in una condizione di particolare svantaggio rispetto agli altri lavoratori. E' infatti evidente che il portatore di handicap è costretto ad un numero di assenze di gran lunga superiore rispetto al lavoratore che limita le proprie assenze ai casi di contingenti patologie che hanno una*



Orbene, _____ ha provato che una parte significativa delle assenze per malattia effettuate nel _____ sono riferibili a patologie correlate al suo stato di disabilità.

Dalla documentazione in atti si evince che le assenze nei periodi 11-31 luglio 2017, 13 settembre/8 ottobre 2017 e 1-28 dicembre 2017 sono conseguenza di *“ansia e attacchi di panico”, “sindrome ansiosa” e “disturbi psichici”* (doc. 8, fascicolo ricorrente). Risulta, altresì, che la ricorrente è *“paziente affetta da disturbo bipolare, seguita in _____ di competenza. Oggi, a causa di stress sul posto lavorativo, episodio di ansia e timore di perdita di controllo”, e “paziente nota per precedenti accessi in PS. Seguita in passato al _____ ed ora in cura privatamente da collega per disturbo d'ansia. In terapia con _____”*. La paziente lavora nelle cucine del _____ dipendente della cooperativa che ha l'appalto dalla ristorazione, ed ha una situazione complessa e conflittuale nell'ambiente di lavoro” (cfr. docc. 7, fascicolo ricorrente – verbali di accesso al Pronto Soccorso del 10 ottobre 2017 e del 16 febbraio 2017).

Senz'altro vero, come lamentato da parte convenuta, che i certificati medici trasmessi dal medico di base non recano l'indicazione dello *“stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta”* (cfr. docc. 8, fascicolo ricorrente).

Sul punto, tuttavia, due rilievi.

In primo luogo, sentito nel corso del giudizio, il medico di base ha chiarito: *“preciso che il nostro sistema informatico non consente di ristampare i certificati medici emessi, posso solo avere visione dell'elenco dei certificati medici emessi per singolo paziente, e del periodo di riferimento, ma non posso rivederlo né ristamparlo. Preciso che vedo, altresì, la diagnosi. Relativamente alle assenze del 2017 della ricorrente, ricordo con certezza che due volte la ricorrente venne con problemi di mal di schiena molto forte. Tutte le altre volte, la paziente si presentò con sindromi ansiose depressive molto gravi. La ricorrente è affetta da molti anni da patologie depressive di particolare gravità, anche se non ha le esenzioni perché perde tutto. Preciso che è anche in cura al _____. In ragione della gravità della depressione volevo mandarla da uno specialista, e fu lei a dirmi che era in cura al _____ per sindrome bipolare. Non le ho mai prescritto farmaci di tipo psichiatrico, perché lei stessa mi disse che le venivano forniti dal _____. Preciso che in nessuno dei certificati medici risulta flaggata la voce “stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta” in quanto la ricorrente aveva lasciato scadere il documento di attestazione dell'invalidità e a me non poteva risultare a sistema. Perché potessi indicare la connessione tra stato di malattia e patologia*



invalidante, sarebbe stato necessario che la ricorrente si recasse alla ASL competente per fare nuovamente rilasciare il tesserino di legge, ma lei non andava. Preciso che la ricorrente non è andata a fare questo tipo di richiesta nemmeno per la figlia, che ha parimenti problemi invalidanti, ma per la quale figura solo l'esenzione per l'età. Posso confermare, in ogni caso, che – salve le due occasioni di mal di schiena – lo stato di malattia della paziente era sempre ricollegato alla sua patologia invalidante. [Viene rammostrato alla teste il doc. 8, fascicolo ricorrente] E' un'attestazione sottoscritta dalla mia sostituta. Si tratta di un'attestazione redatta sulla base delle informazioni visibili, ma non stampabili, a sistema'.

In secondo luogo, in ragione dei principi sottesi alla disciplina in esame, deve comunque ritenersi che stato di disabilità e connessione tra malattia e invalidità rilevino oggettivamente, per il sol fatto di essere obiettivamente sussistenti. D'altronde, assoggettare l'applicazione delle tutele riservate ai soggetti portatori di questo specifico fattore di rischio alla ricorrenza, o all'adempimento, di formalità di qualsivoglia natura significherebbe creare un *vulnus* oltremodo severo allo statuto di protezione previsto dall'ordinamento, frustrandone *ratio* ed efficacia.

E' una considerazione, questa, del tutto coerente con il principio – affermato dal diritto dell'Unione Europea e confermato dal Legislatore nazionale – per cui la discriminazione rileva oggettivamente, sicché è del tutto irrilevante, ai fini del riconoscimento della discriminatorietà di un atto, l'intento soggettivo dell'agente: ciò che la legislazione prende in considerazione è l'effetto oggettivamente considerato del trattamento discriminatorio, che è anche ciò che intende evitare.

Sul punto, la Suprema Corte ha così chiarito: “*la discriminazione – diversamente dal motivo illecito – opera obiettivamente, 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*” (Cass. Civ., Sez. Lav., Sez. Lav., 5 aprile 2016, n. 6575).

Risultando provato che le assenze relative ai periodi 2 luglio 2017, 3 settembre 2017 e 100 dicembre 2017 sono conseguenza della patologia invalidante che affligge la ricorrente, non può che concludersi per la discriminatorietà del computo delle stesse ai fini della maturazione del computo.

Ferma la rilevanza meramente obiettiva della discriminazione così attuata, risulta comunque del tutto priva di pregio la doglianza di [nome] s.c., che ha inteso



ha deliberato la sua esclusione dalla cooperativa come socio cooperatore...”, cfr. doc. 11, fascicolo ricorrente).

Ne consegue il diritto della lavoratrice di vedersi applicata la tutela di cui all'art. 18, co. 1, Legge 300/1970.

In merito all'applicabilità della disposizione di cui allo Statuto dei Lavoratori e al rapporto con la delibera di esclusione, giudicata illegittima a seguito di tempestiva impugnazione, il giudicante condivide integralmente quanto affermato da questo Tribunale: *“non appare convincente la locuzione sovraesposta di cui all'obiter dictum della menzionata pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 27.436/17 (cfr., nello stesso senso della non persuasività della pronuncia della Corte di cassazione anche l'ordinanza del Tribunale di Bergamo RG n. 14/2018 del 02/01/2018). Occorre, quindi, mantenere la già citata impostazione che determina l'applicazione dell'art. 18 SL (di cui a Cass. Sentenza n. 1259 del 23/01/2015; Sentenza n. 11548 del 04/06/2015), in quanto sia rispettosa del dettato legislativo, al quale il giudice è innanzitutto assoggettato ex art. 101 Cost., sia in quanto costituzionalmente orientata ex art. 3, 4 e 24 Cost. Del resto, si deve anche osservare come chi, in dottrina, ha sostenuto la condivisibilità della applicazione della tutela civilistica in luogo dell'articolo 18 SL per il caso dell'annullamento della delibera di esclusione, ha criticato la pronuncia delle Sezioni Unite in parola per il fatto che avrebbe dovuto, allora, sostenere l'abrogazione tacita dell'articolo 2 della legge n. 142/01 dopo l'entrata in vigore della legge n. 30/03. Tuttavia, non solo tale tesi dell'abrogazione tacita non appare convincente, potendo ben sopravvivere il menzionato art. 2 e la tutela ex articolo 18 SL alla riforma del 2003 (non essendovi incompatibilità alcuna, ex art. 15 prel. cc), ma neppure risulta sostenuta dalla sentenza n. 27.436/17 e nemmeno dalla giurisprudenza precedente della Corte. Sicché, si deve dichiarare l'applicabilità dell'articolo 18 SL al caso in parola, potendosi confermare, quindi, come il dipendente abbia legittimamente esercitato il diritto di opzione ai sensi di tale norma. Solo ad abundantiam, dunque, si può anche rilevare come, anche prescindendo dalle esposte argomentazioni, la comunicazione di esclusione, risultando fondata solo su un motivo tipicamente lavoristico come il superamento del periodo di comporto (doc. 18 ric.), certamente possa essere ben interpretata come inclusiva anche di un provvedimento di licenziamento, al di là delle parole formalmente espresse, potendosi, quindi, certamente pure far rientrare la fattispecie nell'ambito dell'applicabilità diretta dell'articolo 2 della legge n. 142/01 (e non dell'art. 5, co. 2), che, come anticipato, stabilisce la disciplina dell'articolo 18 SL in caso di annullamento*



della delibera di esclusione” (Tribunale di Milano, 9 maggio 2018, quivi richiamato ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 118 disp. att. c.p.c.).

... s.c., quindi, deve essere condannata all’immediata reintegrazione della lavoratrice nel posto di lavoro e in mansioni coerenti con le prescrizioni del medico competente.

La convenuta, inoltre, deve essere condannata a risarcire alla lavoratrice il danno determinato nella retribuzione mensile globale di fatto pari a € 903,33 lordi mensili (come dedotto e non adeguatamente contestato) da corrispondersi dalla data del licenziamento a quella di effettiva reintegrazione – detratto l’*aliunde perceptum* – e, comunque, in misura non inferiore a cinque mensilità, oltre interessi e rivalutazione.

... s.c. deve essere condannata, infine, a versare i contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell’effettiva reintegrazione.

*** * ***

Quanto sin qui osservato deve ritenersi assorbente di ogni ulteriore questione prospettata dalle parti, pertanto, è a mero titolo esaustivo e al solo fine di un più completo inquadramento della vicenda che deve osservarsi altresì quanto segue.

Il Supremo Collegio ha affermato che *“le assenze dovute a malattie collegate con lo stato di invalidità non possono essere computate nel periodo di comporta se il lavoratore, invalido iscritto negli elenchi indicati dalla legge n. 482 del 1968, sia stato adibito a mansioni incompatibili con le sue condizioni di salute. Ma quest’ultimo deve comunque dimostrare il nesso causale tra le mansioni e il danno alla propria salute che ne è conseguito”* (Cass. Civ., Sez. Lav., Sez. Lav., 5 aprile 2017, n. 9395).

Il 18 novembre 2016 ... è stata riconosciuta idonea alle mansioni di addetta mensa, con le seguenti prescrizioni: *“evitare di adibire ad attività lavorative il cui ritmo lavorativo sia imposto dalla macchina”* e *“favorire il più possibile la rotazione in diverse attività lavorative”* (doc. 9, fascicolo convenuta). In ricorso, la lavoratrice ha lamentato di essere stata assegnata a mansioni non conformi alle prescrizioni del medico competente e incompatibili con lo stato di salute.

La doglianza ha trovato conferma nell’istruttoria svolta, che ha consentito di accertare come ... sia stata assegnata in via oltremodo prevalente ad attività di pulizia.

