



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI LECCO

La dott.ssa Federica Trovò, in funzione di Giudice del lavoro, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al numero di ruolo generale 222/2022, avente per oggetto “indennità sostitutiva del preavviso”, promossa

DA

██ (c.f. ██11Z) - con il patrocinio degli Avv.ti FILIPPO ANTONINO RAFFA e STEFANO CHIUSOLO,
parte ricorrente;

CONTRO

██ (c.f. ████████████████████) - con il patrocinio degli Avv.ti MASSIMO CAMPA e ALESSIA PESENTI,
parte resistente.

-MOTIVI DELLA DECISIONE IN FATTO E DIRITTO-

1. Con ricorso depositato il 2.5.2022, ██ ha convenuto in giudizio davanti all'intestato Tribunale, in persona del giudice del lavoro, ████████████████████, quale suo ex datore di lavoro, chiedendone la condanna alla restituzione della somma, corrispondente all'indennità di preavviso, trattenuta dalla società a seguito delle proprie dimissioni.

Il ricorrente ha allegato che:

egli aveva lavorato alle dipendenze della convenuta a far data dal 21.2.2012, da ultimo in qualità di impiegato di livello B3 del CCNL Metalmeccanici e con mansione di responsabile del controllo di qualità;

nel corso del rapporto di lavoro, le sue condizioni di salute erano andate progressivamente peggiorando, tanto che, con decorrenza dal 17.2.2020, gli veniva riconosciuta l'invalidità civile nella misura del 74%;

in data 13.2.2021 egli aveva subito un trapianto di fegato, cui erano seguiti numerosi ricoveri ospedalieri, dovuti a varie complicazioni;

per tali motivi si era determinato a presentare domanda di pensione anticipata, quindi rassegnando in data 3.5.2021 le proprie dimissioni, con effetto dal 1.9.2021, nel rispetto del dovuto preavviso;

tuttavia il perdurare dello stato morbosissimo gli aveva impedito di prestare attività lavorativa durante il periodo di preavviso;

per tale motivo, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX gli aveva trattenuto dalla busta paga di settembre 2021 tre mensilità, a titolo di indennità sostitutiva del preavviso, corrispondenti ad € 13.430,98, nonostante l'ampio anticipo, con cui aveva comunicato la propria volontà di dimettersi.

Così ripercorse le ultime vicende del rapporto di lavoro, la difesa attorea ha censurato il comportamento tenuto dalla società, perché -trattandosi di dimissioni e non di licenziamento- non troverebbe applicazione il principio generale secondo cui la malattia sopravvenuta durante il periodo di preavviso ne sospende il decorso, tale evenienza non pregiudicando la possibilità del datore di lavoro di attivarsi per sostituire il lavoratore recedente, questo essendo l'interesse tutelato dal preavviso dovuto dal lavoratore in caso di sue dimissioni.

In ogni caso, sempre secondo il ricorrente, anche qualora si volesse applicare alle dimissioni la regola secondo cui la malattia sospende il preavviso, la trattenuta operata dal datore di lavoro integrerebbe gli estremi di una discriminazione *indiretta* nei confronti del lavoratore con disabilità, avendo quest'ultima determinato il suo perdurante stato di malattia, causa del suo recesso. Inoltre, la società convenuta avrebbe

agito in netto contrasto con i fondamentali principi di correttezza e buona fede previsti dall'art. 1175 c.c..

Tentata inutilmente la composizione bonaria della controversia, [REDACTED] ha proposto l'odierno giudizio, chiedendo l'accoglimento delle seguenti conclusioni:

Nel merito: 1. accertare e dichiarare la nullità e/o la illegittimità della trattenuta operata dalla convenuta nei confronti del ricorrente a titolo di "Mancato preavviso"; 2. conseguentemente, ordinare alla convenuta di restituire la somma trattenuta, condannandola a pagare l'importo di € 13.430,98, oltre a interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo; 3. condannare la convenuta alla refusione delle spese e dei compensi professionali.

Si è costituita in giudizio [REDACTED], negando fermamente di avere posto in essere un trattamento discriminatorio nei confronti dell'[REDACTED], come dimostrato dal fatto che, proprio in ragione delle sue condizioni di salute, gli aveva consentito, sin dall'inizio della pandemia da Covid-19, di prestare attività lavorativa in regime di *smart working*, nonostante la sua funzione di *responsabile della qualità*.

La resistente ha inoltre lamentato che, non essendo stata resa edotta dal lavoratore della malattia di cui egli era affetto -neppure tramite i certificati medici -che non ne recavano indicazione- essa non poteva sapere che la malattia del lavoratore fosse connessa alla sua invalidità, perciò aveva confidato nel rientro al lavoro dell'[REDACTED], al fine di procedere con un adeguato passaggio di consegne.

Infine, a detta della difesa di parte resistente, la tesi avversa implicherebbe una discriminazione in favore dei lavoratori, la cui invalidità è stata riconosciuta dall'INPS ed in pregiudizio dei lavoratori affetti da patologie non associate al riconoscimento di invalidità.

Nella convinzione di aver agito legittimamente, la società convenuta ha chiesto l'integrale rigetto delle domande attoree.

Esperito inutilmente il tentativo di conciliazione e ritenuto non necessario procedere ad istruttoria, all'udienza del 30.1.2023 le parti hanno discusso la causa, che è stata decisa come da dispositivo, con fissazione del termine per il deposito della presente sentenza.

2. Il ricorso merita accoglimento.

È vero che il ricorrente, durante il periodo di preavviso, non ha prestato attività lavorativa a causa della malattia, ma -anche a volere ammettere che la malattia sospenda il periodo del preavviso- in tal caso il datore di lavoro avrebbe dovuto comunicare al lavoratore la nuova data di cessazione del rapporto. Ciò non ha fatto la società e tanto è comprovato sia dalla mancanza di allegazioni sul punto, sia dal fatto che -come si desume dalle comunicazioni via chat prodotte sub doc. n. 2 della stessa resistente- fu una sorpresa per l'██████████ verificare, dal cedolino del mese di settembre 2021, la trattenuta di oltre tredicimila euro, di cui egli chiedeva pertanto conto in data 19.10.2021, cioè dopo la cessazione del rapporto.

Non avendo la società comunicato alcunché al lavoratore, deve ritenersi che il datore di lavoro abbia tacitamente rinunciato al prolungamento del periodo di preavviso, scegliendo di fare cessare il rapporto alla scadenza naturale del preavviso, come inizialmente comunicato dal lavoratore.

Una diversa interpretazione della condotta del datore di lavoro -che a fronte della lunga malattia del lavoratore non ha ritenuto di esplicitargli la prosecuzione del rapporto per la mancanza del preavviso lavorato- sarebbe inconciliabile con il dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede e correttezza. Tale dovere, per effetto degli artt. 1375 e 1175 c.c., assurge a principio generale, su cui deve informarsi la condotta delle parti contrattuali. Esso trova significative applicazioni, anche nel rapporto di lavoro, con riferimento a condotte concludenti, che possano ingenerare nella controparte un legittimo affidamento.

I giudici di legittimità in più di un'occasione hanno osservato che “dall'art. 1175, che assoggetta il creditore alle regole della correttezza, e dall'art. 1375 c.c., che impone alle parti di eseguire il contratto secondo buona fede, nonché dalla comparazione con ordinamenti prossimi al nostro, la giurisprudenza di questa Corte da tempo valuta il comportamento del contraente titolare di una situazione creditoria o potestativa, che per lungo tempo trascuri di esercitarla e generi così un affidamento della controparte nell'abbandono della relativa pretesa, come idoneo a determinare la perdita della stessa

situazione soggettiva. La dottrina tedesca parla in questi casi di Verwirkung come di una sorta di decadenza derivante dal divieto, più familiare agli ordinamenti latini, di venire contra factum proprium. Si ha così la preclusione di un'azione, o eccezione, o più generalmente di una situazione soggettiva di vantaggio, non per illiceità o comunque per ragioni di stretto diritto, ma a causa di un comportamento del titolare, prolungato, non conforme ad essa e perciò tale da portare a ritenere l'abbandono. Che poi di questo comportamento rilevi l'atteggiamento soggettivo di rinuncia tacita ovvero la valutazione oggettiva, resa dall'interprete, di non conformità alla correttezza o alla buona fede, tutto ciò non importa ai fini del risultato finale di perdita della situazione di vantaggio" (cfr. sentt. Cass. nn. 9924/2009, 6900/2016).

Calati questi principi nella fattispecie in esame, non si può che ritenere la concludenza della condotta datoriale, laddove, a fronte di dimissioni rassegnate dal lavoratore in data 3.5.2021 per la data del 1.9.2021 e di una malattia che perdurava dal mese di gennaio 2021, protraendosi anche per tutto il periodo di preavviso, non ha mai ritenuto di comunicare al lavoratore la pretesa del preavviso lavorato e quindi sostanzialmente il differimento della data di cessazione del rapporto.

Tale comunicazione infatti, proprio nell'ottica della correttezza e buona fede dei rapporti contrattuali, sarebbe stata doverosa, a maggior ragione ove si consideri l'agire del lavoratore, il quale -tenendo in seria considerazione anche gli interessi della società- aveva deciso di dimettersi ben prima del termine del periodo di comporto, dando un lungo preavviso. A fronte di ciò, è pressoché pacifico che l'██████████ fosse ben lungi dal temere che l'azienda avrebbe preteso il preavviso lavorato e che in lui si fosse invece ingenerato un legittimo affidamento sul mantenimento della data, inizialmente comunicata, quale momento di cessazione del rapporto di lavoro.

Tanto considerato, va accertata l'illegittimità della pretesa datoriale di trattenere l'importo corrispondente all'indennità di mancato preavviso dalle competenze di fine rapporto spettanti al ricorrente, sicché detto importo va senz'altro restituito al lavoratore, maggiorato di interessi e rivalutazione monetaria.

3. Ma la pretesa della convenuta risulta infondata anche per un'altra ragione, che esula dalla valenza della sua condotta come rinuncia tacita al preavviso.

Il trattenimento dell'indennità sostitutiva del preavviso al dipendente che non ha potuto lavorare nel periodo di preavviso, integra infatti gli estremi di una discriminazione *indiretta* nei confronti del lavoratore dimissionario che sia affetto da malattia equiparabile a disabilità.

Ai sensi dell'art. 2110, comma 2, c.c., il lavoratore in malattia non può essere *licenziato* fino alla cessazione dello stato morboso o alla scadenza del periodo di comporto e da tale regola, che trova applicazione anche nel caso di *dimissioni*, è stato ricavato il principio generale per cui la malattia *sopravvenuta* durante il periodo di preavviso ne sospende il decorso (sul punto, V. Cass., 11 aprile 2005, n. 7369 e Cass., 27 giugno 2003, n. 10272).

Tuttavia, nel caso di specie va considerato che si tratta non di un lavoratore affetto da una *generica malattia sopravvenuta* durante il periodo di preavviso, bensì di un lavoratore riconosciuto *invalido civile e portatore di handicap*, che -a causa del proprio stato di invalidità- ha deciso di dimettersi, dando un preavviso, comunicato con largo anticipo, addirittura superiore ai tre mesi previsti dall' art. 1, Sez. IV, Titolo VIII del CCNL di riferimento.

Una situazione di tal fatta merita un trattamento peculiare.

Giova ricordare, anzitutto, che il d.lgs. n. 216 del 2003, recependo la Direttiva comunitaria 2000/78/CE, vieta le discriminazioni e distingue tra discriminazione *diretta* (quando una persona viene posta in una situazione meno favorevole di un'altra) ed *indiretta* (quando l'adozione di un criterio "*apparentemente neutro*" finisce per porre alcuni lavoratori in una posizione di svantaggio rispetto agli altri).

Sia il diritto dell'Unione, sia la CEDU - che nell'ordinamento rivestono una posizione di primazia *ex art. 117, comma 1, Cost.* - riconoscono, dunque, che la discriminazione può derivare, oltre che dal trattamento diverso di persone che si trovano in una situazione analoga, anche da un medesimo trattamento riservato a persone che si trovano in situazioni diverse.

In merito alla nozione di “*handicap*”, poi, alla luce del rapporto tra fonti internazionali ed interne è pacifico che tale nozione si debba ricavare dalle prime e dalla giurisprudenza dell’Unione, con l’obbligo di interpretare il diritto interno alla luce sia della Direttiva 2000/78/CE, che della Convenzione delle Nazioni Unite sulle persone con disabilità, approvata dall’Unione con decisione 2010/48/CE del Consiglio del 26 novembre 2009. Conseguentemente, la nozione di “*handicap*” di cui alla Direttiva 2000/78/CE deve essere interpretata nel senso che essa include una “*condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata (...)*” (cfr. punto 47 della sentenza della Corte di Giustizia del 11.4.2013 in C. -335-11 e 337/11 HK Danmark; conf. Corte di Giustizia del 9.3.2017 - Milkova, C-406/15).

Questi principi sono stati ripetutamente richiamati dalla Corte di Cassazione, che ha rilevato come la nozione di “*disabilità*” debba essere ricostruita in conformità al contenuto della Direttiva n. 2000/78/CE, sulla parità di trattamento in materia di occupazione, quindi quale limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori (sul punto, v. sentt. Cass. nn. 29289/2019, 13649/2019, 6798/2018).

Occorre considerare altresì che, secondo il diritto dell’Unione Europea, come confermato dal legislatore nazionale, la discriminazione rileva oggettivamente, sicché è del tutto irrilevante, ai fini del riconoscimento della discriminatorietà di un atto, l’intento soggettivo dell’agente.

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” (cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 5 aprile 2016, n. 6575).

In ordine, infine, all’onere della prova, secondo la giurisprudenza - ai sensi dell’art. 40 d.lgs. 198/2006 - il lavoratore o la lavoratrice che ritiene di essere stato discriminato ha semplicemente l’onere di fornire elementi idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione di atti o comportamenti discriminatori.

4. Tanto premesso, deve ritenersi che costituisca discriminazione *indiretta* applicare ad un caso come quello in esame la regola della sospensione per malattia del periodo di preavviso, attesa la necessità di una tutela differenziata in favore dei soggetti disabili, che nel periodo di preavviso non lavorino a causa della loro stessa disabilità.

Va allora considerato che ██████████ è affetto da disabilità, che rappresenta fattore di discriminazione rilevante.

Il ricorrente ha spiegato che nel corso del rapporto di lavoro le sue condizioni di salute sono peggiorate gravemente, tanto che, con decorrenza dal 17.2.2020, gli veniva riconosciuta l’invalidità civile al 74% con la seguente diagnosi: “*colangite sclerosante primitiva a evoluzione cirrotica in attesa di trapianto – ipertensione arteriosa – diabete mellito – neoplasia cerebrale frontale destro a basso grado in attesa di provvedimento terapeutico*” (cfr. doc. 3 ricorso).

A seguito di tale accertamento, come emerge dai certificati medici prodotti dalla difesa attorea *sub* doc. nn. 4 e 5, il ricorrente subiva un trapianto di fegato in data 13.2.2021, intervento a cui seguivano numerosi ricoveri in ospedale, dovuti a varie complicazioni, nonché un periodo pressoché ininterrotto di malattia, fino alla decisione di dimettersi. Di fatto, lo stato di malattia del lavoratore, connesso alla sua riconosciuta invalidità, perdurava senza soluzione di continuità dal mese di gennaio 2021, proseguendo ininterrottamente dal giorno in cui comunicava la volontà di dimettersi sino alla data di efficacia dell’atto di recesso.

Tale circostanza emerge chiaramente dai certificati medici e dalle buste paga (rispettivamente prodotti sub docc. nn. 13 e 9 allegati al ricorso) ed è quindi del tutto inverosimile che il datore di lavoro ignorasse la malattia che affliggeva l' [REDACTED]. Del resto è la stessa [REDACTED] ad ammettere nella propria memoria di costituzione di aver sempre tutelato il ricorrente in ragione del suo particolare stato di salute, concedendogli la possibilità di lavorare in *smart working* sin dall'inizio della pandemia di Covid-19 (sul punto, v. pag. 3 memoria di parte resistente).

Inoltre la parte resistente non ha mai contestato di essere stata a conoscenza del trapianto a cui fu sottoposto il lavoratore.

Né coglie nel segno l'eccezione formulata dalla società nel proprio atto di costituzione in giudizio, quando assume che *“seguendo la prospettazione avversaria secondo cui il lavoratore disabile ha diritto di percepire l'indennità di mancato preavviso, in caso di malattia durante tale periodo, sarebbe gravemente discriminatoria nei confronti di coloro che, pur avendo determinate patologie, non sono stati dichiarati invalidi dall'INPS”* (cfr. pag. 8 memoria di parte resistente).

Infatti, come premesso, l'attestazione di invalidità dell'INPS è superflua ai fini dell'accertamento della discriminazione, ove la malattia sia grave a tal punto che, secondo la richiamata giurisprudenza europea, meriti di essere considerata *disabilità*.

In definitiva le domande attoree meritano senz'altro accoglimento e [REDACTED] [REDACTED] va condannata a restituire ad [REDACTED] la somma pari a € 13.430,98, oltre interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Giudice, definitivamente pronunciando nel merito del giudizio proposto da [REDACTED] nei confronti di [REDACTED], ogni diversa istanza ed eccezione disattesa od assorbita,

condanna

████████████████████ a restituire a ████████████████████████ la
somma illegittimamente trattenuta a titolo di indennità sostitutiva del preavviso, pari €
13.430,98, oltre interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo;

condanna

la parte resistente a rifondere alla parte ricorrente le spese del giudizio, che liquida in €
3.500,00 per compensi professionali, € 259,00 per spese anticipate, oltre rimborso delle
spese forfettarie pari al 15% dei compensi professionali, iva e cpa, come per legge;

fissa

il termine di giorni 30 per il deposito della sentenza.

Lecco, 30 gennaio 2023.

Il Giudice
Federica Trovò