



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI MILANO
Sezione Lavoro**

composta dai Magistrati:

Dott.ssa Monica Vitali
Dott. Roberto Vignati
Dott.ssa Francesca Beoni

Presidente
Consigliere rel.
Giudice Ausiliario

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

nella causa civile in grado di appello iscritta al n. 510 del Ruolo Generale Lavoro dell'anno 2022 - avverso l'ordinanza ex 702 ter c.p.c. emessa in data 7 aprile 2022 del Tribunale di Milano Sezione Lavoro, Giudice Dott. Tullio Perillo - posta in decisione il 14 marzo 2023

promossa da

, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Nyranne Moshi, Ivan Assael e Daniela Palmieri presso il cui studio in Milano è domiciliata;

Appellante

contro

Fondazione in persona del Presidente e Legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Cristina Soma, Simone Izar e Massimo Izar, presso il cui studio in Milano è domiciliata.

Appellata

OGGETTO: Licenziamento per superamento del periodo di comporto - Discriminazione.

Conclusioni per l'appellante

“In riforma della pronuncia del Tribunale di Milano resa nel procedimento 328/2022, comunicata in data 07/04/2022 Voglia la Corte di Appello di Milano, rigettata ogni contraria istanza, previa eventuale rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità dell'art. 26 D.L. 18/2020, convertito in L. 27/2020 e/o rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ex art. 267 TFUE In via principale 1. Accertare e dichiarare la discriminatorietà della condotta tenuta dalla Fondazione quanto al computo del periodo di comporto e nell'assegnazione delle mansioni; 2. Previo accertamento delle violazioni di legge e di contratto esposte in ricorso, accertare e dichiarare la nullità e/o illegittimità e comunque inefficacia del licenziamento intimato alla ricorrente; Ai fini della rimozione degli effetti 3. Condannare la convenuta a reintegrare la ricorrente nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 63, 2° comma, d.lgs 165/01; 4. Condannare la convenuta al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata

all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione al tallone mensile di € 1.715,97 lordi (19007,72/12*13/12) oltre ai contributi previdenziali e assistenziali; 5. Accertare e dichiarare la discriminatorietà della condotta tenuta dalla Fondazione che consiste: a. nel discriminare la ricorrente quanto al computo del periodo di comporto applicando incondizionatamente l'art. 42 del CCNL di categoria; b. nel discriminare la ricorrente nell'organizzazione del lavoro senza l'adozione dei ragionevoli accomodamenti; In ogni caso 6. Condannare la convenuta ad operare il ricalcolo del periodo di comporto escludendo la malattia certificata a far data dal 17/03/2020 o comunque per paziente a rischio Covid-19 e/o disabile; 7. Condannare la convenuta ad ogni adeguamento organizzativo necessario al fine di assicurare la configurabilità delle modalità di svolgimento della prestazione con la qualifica di lavoratrice in condizioni di rischio ex D.L. 17/3/2020.”

Conclusioni per la Fondazione appellata:

“Nel merito: - in via principale, respingere l'appello proposto dalla signora _____ avverso l'ordinanza del Tribunale di Milano, Giudice del lavoro, Dott. Tullio Perillo, resa inter partes il 7.4.2022 nel procedimento n. 328/2022 e tutte le domande della stessa, assolvendo in ogni caso l'appellata Fondazione da ogni domanda proposta dall'appellante, per le ragioni esposte in narrativa; - in via subordinata: per la denegata ipotesi di accoglimento delle domande avversarie e della domanda di cui al punto 4 delle conclusioni dell'appello (già punto 4 delle conclusioni del ricorso in primo grado): determinare e liquidare la misura dell'indennità risarcitoria richiesta dall'appellante, tenendo conto dell'aliunde perceptum dalla stessa dopo la cessazione del rapporto di lavoro con la Fondazione nella misura che sarà provata in corso di causa o, eventualmente, anche secondo equità; In via istruttoria: - non ammettere i mezzi di prova richiesti dall'appellante; - ammettere i mezzi indicati da parte appellata; In ogni caso: - condannare l'appellante alla rifusione, in favore della Fondazione appellata, di spese e compensi professionali del doppio grado di giudizio.”

Fatto e motivi della decisione

Nell'ambito di un procedimento intrapreso ai sensi dell'art. 28 del D.Lgs. n. 150/2011, con l'ordinanza conclusiva ex art. 702 ter c.p.c. in data 7 aprile 2022, il Giudice del Lavoro del Tribunale di Milano ha respinto, compensando integralmente le spese del grado, il ricorso proposto da _____ contro la Fondazione _____ -che la occupava dal febbraio 2005 nella posizione di ausiliario specializzato, provenendo a quell'epoca la lavoratrice dagli Istituti Clinici di Perfezionamento, confluiti appunto nel 2005 nella Fondazione per effetto di trasferimento (aziendale) disposto dalla Regione Lombardia- al fine di ottenere l'accertamento della condotta discriminatoria tenuta dalla resistente in relazione al superamento del periodo di comporto quale evento posto alla base del licenziamento comunicato dall'Ente di appartenenza con atto del 2 luglio 2021, particolarmente in vista dell'invalidità del recesso con applicazione della tutela ripristinatoria e risarcitoria, avuto particolare riguardo alla natura discriminatoria diretta e indiretta delle condotte datoriali siccome attuate dalla Fondazione _____ in spregio delle condizioni di salute della lavoratrice e allo stesso tempo non corredate da ragionevoli misure preventivo/precauzionali, particolarmente alla luce del disposto del 2° comma dell'art. 26 del DL n. 18/2020 convertito nella Legge n. 27/2020 quale norma inserita tra le disposizioni preordinate al contrasto della patologia Sars Covid 19 e dei suoi effetti sociali in ambito lavorativo.

Posto che la ricorrente aveva dato conto in domanda della sussistenza di pregresse patologie invalidanti, a suo avviso note alla datrice di lavoro, se non altro per via del suddetto fenomeno di acquisizione della dipendente dai ranghi degli Istituti Clinici di Perfezionamento a quello della Fondazione, in giudizio la parte ha lamentato di aver prestato servizio, dall'inizio dell'emergenza sanitaria nel marzo 2020 e fino a marzo 2021, senza che fosse stata apprestata nei suoi confronti alcuna misura di tutela tra cui l'adibizione allo smart working e compresi gli accertamenti devoluti al sanitario competente, tenuto conto che la ricorrente versava nello stato che era proprio dei 'lavoratori fragili' per come contemplati e definiti dall'art. 26 cit. in relazione alle particolarità del loro stato di salute.

In tale senso, il primo Giudice ha disatteso la tesi fatta valere dalla ricorrente non essendo nella specie rinvenibile alcuno dei presupposti previsti dall'art. 26 cit. per arrivare a definire coloro che rivestivano la posizione di lavoratori fragili destinatari delle forme di tutela apprestate ai fini lavorativi specie al fine della conservazione del posto di lavoro a fronte dell'incidenza degli stati di malattia sul decorso del periodo di comporta contrattualmente previsto.

Premesso il contenuto dell'art. 26 del Dl n. 18/2020 per cui *“Fino al 30 giugno 2021, laddove la prestazione lavorativa non possa essere resa in modalità agile ai sensi del comma 2-bis, per i lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero ed è prescritto dalle competenti autorità sanitarie, nonché' dal medico di assistenza primaria che ha in carico il paziente, sulla base documentata del riconoscimento di disabilità o delle certificazioni dei competenti organi medico-legali di cui sopra, i cui riferimenti sono riportati, per le verifiche di competenza, nel medesimo certificato. A decorrere dal 17 marzo 2020, i periodi di assenza dal servizio di cui al presente comma non sono computabili ai fini del periodo di comporta; per i lavoratori in possesso del predetto riconoscimento di disabilità, non rilevano ai fini dell'erogazione delle somme corrisposte dall'INPS, a titolo di indennità di accompagnamento. Nessuna responsabilità, neppure contabile, salvo il fatto doloso, è imputabile al medico di assistenza primaria nell'ipotesi in cui il riconoscimento dello stato invalidante dipenda da fatto illecito di terzi. È fatto divieto di monetizzare le ferie non fruite a causa di assenze dal servizio di cui al presente comma.*”, il Tribunale ha ritenuto che la donna non versasse in comprovate condizioni di immunodepressione, che non fosse portatrice di attuali esiti di patologie oncologiche né sottoposta a terapie salvavita e neppure che fosse affetta da uno stato di handicap con connotazione di gravità rilevante ai sensi dell'art. 3, comma 3, della Legge n. 104/1992 secondo quanto sancito dall'art. 26 cit..

Nel riconoscere a carico della la pregressa asportazione della tiroide con conseguente sua sottoposizione a continuative terapie farmacologiche specie di tipo integrativo nonché il trattamento di una forma tumorale accompagnata nel 2004 da una terapia salvavita (collegata in maniera riflessa all'asportazione della tiroide), così come la maturazione di uno stato invalidante assestatosi nel tempo sino a consolidarsi nella misura del 46%, il primo Giudice ha rilevato che la ricorrente non avesse d'altro canto documentato di aver contratto una forma di epatite C quale affezione invero smentita dal tenore della relativa certificazione clinica (laddove la era stata semplicemente definita una "falsa positiva").

Più in generale, è stata considerata rilevante l'insufficienza della certificazione di paziente a rischio per come redatta dal medico di base dell'interessata, a fronte del fatto che, non solo quella, ma tutte le altre condizioni specificamente contemplate dalla norma ex art. 26 in esame dovevano essere supportate anche e in maniera specifica tramite *le certificazioni rilasciate dai competenti organi medico-legali i cui riferimenti sono riportati, per le verifiche di competenza, nel medesimo certificato* secondo quanto espressamente previsto.

Da questo ordine di considerazioni, ne è seguito l'accertamento della carenza delle condizioni legali valorizzate ai fini della domanda, con la conseguenza che le assenze rilevanti in ordine al periodo di comporta ai sensi dell'art. 42 del CCNL Comparto Sanità, non potevano essere neutralizzate sulla base di quanto sancito dal secondo comma dell'art. 26 DL n. 18/2020.

Rifacendosi pure agli orientamenti giurisprudenziali sul punto, il Tribunale ha poi disatteso il tema della violazione dei criteri di buona fede che avrebbero dovuto orientare la Fondazione a fornire le informazioni preventive sull'imminenza della fine del periodo di comporta.

In ultima analisi, il Giudice ha escluso il concretarsi dei fenomeni discriminatori diretto e/o indiretti dedotti dalla ricorrente richiamandola fattispecie ex art. 2, lett. b) del D. Lgs. n. 216/2003, poiché tali causali non erano riscontrabili in fatto e diritto non ricorrendo i loro estremi tipizzanti.

La soccombente ha impugnato la pronuncia chiedendone la riforma mediante l'accoglimento delle originarie domande come da conclusioni sopra riprodotte.

Col primo motivo di gravame, l'appellante ripropone la propria interpretazione dell'art. 26, comma 2, del D.L. n. 18/2020, quale norma che delinea quattro distinte categorie, alternative (ma possibilmente concorrenti) tra loro, di 'lavoratori fragili' dato che in essa si fa riferimento : (i) agli immunodepressi; (ii) ai pazienti investiti da patologie oncologiche; (iii) ai pazienti sottoposti a terapie salvavita; (iv) ai portatori di disabilità grave nel senso dianzi puntualizzato.

Secondo l'odierna ricorrente, diversamente da quanto restrittivamente opinato dal primo Giudice nel pervenire alla soluzione censurata, la previsione legale richiedeva l'adozione di criteri interpretativi ampi e non formalistici, complessivamente atti a definire nella sua massima completezza la categoria di soggetti vulnerabili bisognosi della protezione legale fissata per volontà del legislatore in costanza dell'emergenza nazionale pandemica.

Per il legislatore, infatti, l'approccio alle categorie protette non era di tipo strettamente medico e in tal senso, quanto agli stati di disabilità, si trattava di potervi ricondurre tutte le sue forme gravi senza arrestarsi alla disposizione dettata dalla L. 104/1992 identificativa di una sola fattispecie di handicap/disabilità nominativamente indicata; per altro verso, occorreva prescindere dal manifestarsi concreto dei fattori di rischio legati al virus SARS Covid 19 e quindi dall'effettiva insorgenza di complicazioni (di tipo respiratorio o polmonare) per rifarsi piuttosto alla pericolosità indotta dal fragile stato di salute della lavoratrice.

Il Tribunale ha comunque omesso di valutare le conseguenze del tumore alla tiroide che era stata asportata obbligando la ad assumere farmaci e integratori necessari per sopperire alla mancanza della ghiandola (doc. 28) con finalità salvavita e ha trascurato l'insorgenza del virus dell'epatite C (doc. n. 17) per come certificato dallo stesso Policlinico.

Nel caso di specie, era poi pacifica la sussistenza di entrambi i requisiti della certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali e della prescrizione del medico di assistenza primaria. Per l'effetto, le assenze da malattia dovevano ritenersi giustificate e non influivano sul periodo di comporta: in particolare dovevano essere neutralizzati tutti i periodi di malattia decorrenti dal 17/03/2020 così come coperti dalla certificazione del medico di base.

In definitiva, oltre a quanto appena rilevato, la andava ricondotta nel novero dei pazienti oncologici per via di quanto in pregresso certificato; la donna si era inoltre sottoposta a terapie salvavita assumendo tuttora farmaci e integratori per via dell'asportazione della tiroide e, non ultimo, versava in un conclamato stato di disabilità.

A quest'ultimo proposito, col secondo motivo, l'esponente reitera la propria tesi del riconoscimento della disabilità con connotazione di gravità, poiché riconosciuta invalida civile ai sensi della Legge n. 118/1971 in misura pari al 46% (doc. 5).

La tesi del Giudice per come sostanziata dal letterale e formalistico ancoraggio allo stato di disabilità ex art. 3 L. 104/1991 si poneva pertanto, secondo l'appellante, nella prospettiva di mortificare il senso e la portata degli artt. 3, 10 e 32 Cost. (l'art. 10 Cost. in riferimento alla Legge n. 18/2009, che ha autorizzato la ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e del relativo protocollo opzionale sottoscritta dall'Italia il 30 marzo 2007; v. Corte di Giustizia C-335/11, C-337/11; C-395/15; Cass. Sez. Lav. n. 23338 del 27/09/2018).

Per questo, ad avviso della ricorrente, particolarmente in rapporto al tipo di interpretazione fornito dal Tribunale, si renderebbe necessario il rinvio della norma ex art. 26 DL 18/2020 al vaglio della Corte di Giustizia per la pronuncia pregiudiziale della sua compatibilità con la normativa comunitaria.

Il terzo ordine di censure muove dalla violazione e dalla falsa applicazione del D.L. n. 18/2020: in caso di dubbi, e in esecuzione degli obblighi di correttezza e buona fede incidenti sulla fase esecutiva del rapporto di lavoro così come intrattenuto dalla lavoratrice disabile e notoriamente gravata da concorrenti affezioni, la datrice di lavoro avrebbe dovuto prestarsi per richiedere un'integrazione documentale o maggiori informazioni sullo stato di salute della

Con un quarto motivo di appello, quest'ultima sostiene nuovamente la portata che avrebbe dovuto avere nella specie la sorveglianza sanitaria esercitata dalla Fondazione sulla dipendente di cui, viene ribadito, non si potevano trascurare i singolari tratti del suo stato di salute siccome operatrice proveniente dalla struttura Istituti Clinici di Perfezionamento che, nel 2005, per disposizione regionale, era transitata presso l'odierna appellata insieme all'altro personale della 'cedente'.

Oltre agli oneri e agli obblighi di verifica e approfondimento impartiti a carico del datore di lavoro al cospetto della disabilità e degli altri profili di compromissione dello stato di salute della dipendente, la parte riafferma l'integrazione di una fattispecie discriminatoria ai sensi del D. Lgs. n. 216/2003 per via dei mancati accertamenti sulle condizioni di lavoro della ricorrente attuate senza concederle lo svolgimento delle mansioni in regime di completa sicurezza.

Particolarmente, per tali ragioni, la Fondazione era incorsa nella violazione dei criteri di buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c. quando poi il CCNL Comparto Sanità richiama pure l'applicazione del D.P.R. n. 171/2011 che impone al datore di lavoro di procedere all'accertamento dell'idoneità psicofisica del dipendente per il caso di superamento del periodo di comporta, l'ulteriore omissione perpetrata dalla controparte datoriale.

A tal riguardo, si sostiene che la comunicazione di recesso del 2 luglio 2021 faceva indebitamente riferimento ai giorni di assenza verificatisi nel periodo 21/3/2021 - 2/7/2021 che, invece, non potevano essere valutati, trattandosi di assenze maturate in costanza della certificazione del medico di base sul rischio Covid a carico della dipendente, richiedendosi perciò la decurtazione/neutralizzazione dal comporta dei 104 giorni trascorsi in quel preciso ambito temporale e per la suddetta ragione.

Secondo l'appellante, occorrerà pertanto accertare la discriminazione e rimuoverne gli effetti ai sensi del D. Lgs. n. 286/1998 e del D. Lgs. n. 150/2011, nonché ordinare la sua reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 63, 2° comma, del D. Lgs. n. 165/2001 con la condanna al risarcimento del danno subito per la sua illegittima estromissione dal servizio ordinando altresì la cessazione della condotta discriminatoria.

Ulteriore richiesta verte infine sullo scomputo dal computo dei 104 giorni di assenza realizzata in costanza del periodo emergenziale col conseguente ricalcolo dell'istituto accertando, se del caso, la nullità dell'art. 42 del CCNL Comparto Sanità a causa della sottoposizione al computo dei soggetti disabili; in ogni caso, ad avviso della lavoratrice, la Corte dovrà ordinare alla convenuta di assegnare la ricorrente a mansioni compatibili con il proprio stato di salute e la propria fragilità, anche in esecuzione dell'obbligo di sorveglianza sanitaria esteso a tutto il 28/02/2022 con il D.L. 24/12/2021 n. 221.

La Fondazione *Assistenza e Cura per i Disabili* si è costituita in giudizio chiedendo, come da conclusioni di cui sopra, in via principale, il rigetto dell'appello avverso e, in via subordinata per il caso di accoglimento delle domande di controparte, la determinazione dell'indennità risarcitoria tenendo conto dell'*aliunde perceptum*.

Osserva l'appellata che le tutele di cui all'art. 26, comma 2, del D.L. n. 18/2020 (la non computabilità ai fini del computo dei periodi di assenza certificati) non riguardano qualsiasi lavoratore che abbia avuto in un passato una particolare patologia, che sia portatore di una disabilità o qualsivoglia tipologia di assenza per malattia certificata dal medico curante. Rilevano invece unicamente quelle assenze ricollegabili alla specifica condizione clinica del paziente e che siano chiaramente individuabili per il datore di lavoro (e per l'INPS) come relative a una situazione di rischio di un soggetto fornito di anamnesi personale critica.

È pertanto onere del lavoratore attivarsi per acquisire idonea certificazione sanitaria attestante una sua situazione di rischio. Tale adempimento non era stato compiuto dalla *Fondazione* che avrebbe dovuto munirsi di idonea e specifica certificazione attestante la sua condizione di "rischio" trasmettendola tempestivamente all'Azienda, non essendo a tal riguardo sufficiente la semplice indicazione apposta dal medico di base di "*paziente a rischio COVID*".

Sul secondo motivo di gravame, l'appellata addebita all'inerzia della controparte la mancata trasmissione secondo legge alla datrice di lavoro della certificazione utile ad attestare la sua specifica condizione di individuo a rischio per come direttamente e strettamente discendente da particolari patologie o condizioni di salute.

Gli unici documenti allegati sono invero piuttosto risalenti nel tempo e il più recente è rappresentato dal verbale della Commissione di prima istanza per l'accertamento dello stato di invalidità civile del 14/01/2000. Peraltro, la certificazione del medico competente di ICP del 21/04/2004 nulla riferisce al riguardo (doc. 13 fasc. primo grado appellante).

Inoltre, nel maggio 2015 la *Fondazione* era stata sottoposta a visita presso il Dipartimento Area della Medicina Preventiva e, all'esito, il medico competente l'aveva ritenuta idonea senza alcuna limitazione, disponendo nuova visita medica periodica nel maggio 2019 (cfr. doc. 2 fasc. primo grado Fondazione).

In merito al terzo motivo di impugnazione, la Fondazione rileva che non si tratta di far dipendere da un terzo (il medico di base) l'applicazione della normativa. È invece interesse del lavoratore coinvolto quello di attivarsi per acquisire la certificazione, controllarne il contenuto nonché trasmetterla tempestivamente al datore di lavoro ai fini della tutela di cui all'art. 26 cit..

Sul quarto e sul quinto motivo di appello, l'appellata oppone che nel novembre 2020, proprio al fine di agevolare i dipendenti sulla disciplina delle malattie e del comportamento, la Fondazione aveva promosso la pubblicazione sul proprio sito istituzionale e la diffusione a tutti i dipendenti via mail, di una dettagliata circolare al riguardo, riportandone i contenuti anche nella sezione FAQ della rete intranet aziendale.

In più, aveva espressamente invitato il personale a prendere contatto con l'Ufficio Risorse Umane per approfondimenti.

Tutto ciò, secondo la Fondazione, finisce anche per escludere la configurabilità di una discriminazione indiretta e diretta ai danni della dipendente.

In definitiva, era suo onere:

- a. attivarsi per ottenere informazioni sul termine di scadenza del periodo di comportamento e sulle giornate di malattia effettuate;
- b. richiedere l'effettuazione di visita presso il Medico Competente per l'accertamento delle condizioni previste dall'art. 26, comma 2, cit. e comunque sottoporsi a visita nel settembre 2020 come disposto dal Servizio di Prevenzione e Igiene della Fondazione;
- c. trasmettere al datore di lavoro tempestivamente (e non a rapporto cessato) idonea certificazione medica ai fini del corretto calcolo del periodo di comportamento;
- d. richiedere eventualmente lo svolgimento della prestazione in modalità agile.

In ordine al sesto motivo di gravame, l'appellata ribadisce il valore del suo comunicato sul comportamento quale adempimento atto a escludere recisamente la violazione delle regole di buona fede.

Sul settimo motivo di appello, si obietta ulteriormente che la *certificazione* in corso di rapporto non si era procurata idonea certificazione sanitaria attestante una sua situazione di rischio ai sensi e per gli effetti dell'art. 26, comma 2, cit..

In via subordinata, in caso di accoglimento delle domande attoree, l'appellata evidenzia che la retribuzione lorda mensile di riferimento per il calcolo del TFR ammonta ad € 1.595,07 e non ad € 1.715,97 lordi come indicato nell'atto di appello e nel ricorso in primo grado. Inoltre, la Corte dovrebbe applicare l'art. 63, comma 2, TUII, con detrazione dal risarcimento di *aliunde perceptum e percipiendum*.

Da ultimo, l'ex datrice di lavoro eccepisce l'inammissibilità di un nuovo capitolo di prova (cap. 23, pag. 4 dell'atto di appello) e del nuovo documento n. 3, siccome palesatisi per la prima volta solo in grado di appello.

>:<

L'appellante ricorda quali siano stati i passaggi fondamentali della sua storia lavorativa e, al contempo, dei percorsi clinici e dei dati anamnestici.

Il rapporto di lavoro con l'odierna appellata era sorto in data 1/02/2005, ma sin dall'anno 1992 la prestava servizio presso gli Istituti Clinici di Perfezionamento confluiti nel 2005 nella Fondazione.

Nel 1991 era stata ricoverata presso l'Ospedale San Raffaele per un intervento di tiroidectomia totale e linfadenctomia latero - cervicale (Doc. 3- Commissione prima istanza 1992) e in data 14 settembre 1992 la Commissione di prima istanza per l'accertamento degli stati di invalidità civile, diagnosticava esiti di tiroidectomia e di linfadenctomia laterocervicale con verosimili secondarismi linfonodali, dichiarando a carico dell'interessata uno stato d'invalidità con riduzione di capacità lavorativa in misura superiore ai 2/3 ossia dell'80% (vedi Doc. 3) alla stregua di un riconoscimento scemato in data 23 agosto 1995 al 67% (la Commissione di prima istanza aveva diagnosticato esiti di tiroidectomia e di linfadenctomia laterocervicale per NPL (neoplasia n.d.r.) mentre il 14 novembre 2000 la Commissione di prima istanza riconosceva un'invalidità con riduzione di capacità lavorativa in misura leggermente superiore a 1/3 ossia del 46% (Doc. 5 - Commissione prima istanza 2000).

La terapia radiometabolica susseguente al trattamento della tiroide aveva avuto notevoli effetti debilitanti.

Inoltre, *“con nota del 22/12/2004 la ricorrente veniva assegnata, per motivi di salute, alla direzione sanitaria di presidio (Doc. 12 - modificazione rapporto di lavoro).*

In data 6 aprile 2004 veniva effettuata una nuova visita dal medico competente per l'idoneità al lavoro che attestava l'idoneità alla ripresa dell'attività lavorativa con compiti che non prevedessero il mantenimento di una prolungata stazione eretta e attività gravose quali movimentazioni e pedonaggio (Doc. 13 - Idoneità al lavoro 2004).

A seguito di richiesta della ricorrente l'AO riconosceva il periodo di malattia dal 3 novembre 2003 al 30 aprile 2004 quale assenza per patologia grave accompagnata da terapie salvavita (Doc. 14 - Risposta richiesta)... .. in data 6 febbraio 2014 la ricorrente trasmetteva verbale d'invalidità a Marzia Bellesia, ma nonostante ciò, a seguito in particolar modo del sorgere della pandemia, la convenuta non ha adottato alcun accorgimento nei suoi confronti (Doc. 16 - trasmissione verbale d'invalidità).”

Nel compiere un salto all'anno 2015, la parte ha osservato che nel maggio le era stata diagnosticata un'epatite C (ma, come hanno chiarito il Giudice e la Fondazione resistente, trattavasi di un c.d. falso positivo che non implicava l'accertamento dell'insorgenza dell'epatite).

All'esito di un'assenza per malattia protrattasi dal marzo al luglio 2021 per la quale il medico di base aveva certificato alla paziente la presenza del rischio Covid-19, arrivati al 2 luglio 2021 vi era stata la lettera di recesso per superamento del periodo di comporto anche in forza di quell'assenza di 203 giornate.

Prima di passare alla stesura dei suoi veri e propri motivi di gravame, l'appellante ha fatto presente che la Fondazione era responsabile della supervisione sullo stato e le condizioni dell'impiegata e non poteva essere ignara di quanto occorso alla nel corso del pregresso rapporto di lavoro trasferitole nel 2005.

Con riferimento all'art. 26 cit. poi, secondo l'appellante *“la norma deve essere interpretata in modo ampio così da dare effettiva esecuzione al principio di precauzione; nelle intenzioni del legislatore è sicuramente meglio avere un lavoratore in più assente che correre il rischio di vederlo ammalarsi di Covid-19 con implicazioni imprevedibili per la sua salute e quella della comunità. Il Tribunale ha invece dato un'interpretazione del tutto opposta della norma, restringendo il suo campo di applicazione e addirittura escludendo l'applicazione di ipotesi espressamente contemplate.”*

Dai dati e dai rilievi sinora esposti è possibile ricavare quanto segue.

La era stata senz'altro una paziente oncologica, quale che potesse essere stata la gravità dell'affezione, la donna ne presentava degli *esiti* -termine medico atto ad esprimere gli effetti (menomativi) indotti da un antecedente patologico e come tali residuati a carico di un soggetto rimasto significativamente marcato nelle proprie condizioni di salute dal pregresso fattore clinico nocivo; le sue allegazioni e le stesse produzioni documentali che ne supportano la portata, danno quindi pienamente conto di un trascorso medico/clinico/chirurgico precisamente corrispondente al tipo di condizione valorizzata nella sua nozione dall'art. 26 (*esiti da patologie oncologiche*), dal momento che sono in atti più documenti attestanti l'esecuzione di una linfoadenectomia localizzata (per cui alcuni dei linfonodi nell'area del tumore vengono rimossi) a livello tiroideo che aveva finito per comportare l'asportazione o la soppressione (a seconda delle tecniche impiegate) della stessa tiroide.

Accanto e di seguito al primo presupposto rappresentato dagli esiti della patologia tumorale, stava un'ulteriore condizione, tale da concretare la presenza del secondo requisito (lo si ricorda alternativamente contemplato dall'art. 26 cit.), della relativa assunzione della terapia salvavita costituita proprio dalla sottoposizione della malata al trattamento farmacologico notoriamente (anche in rapporto alle fruttuose ricerche esperite nella seconda metà del secolo scorsi presso i presidi sanitari pisani) in grado supplire alla mancanza nel paziente della produzione ormonale della soppressa ghiandola tiroidea.

L'asportazione della tiroide, coevamente legata al trattamento della forma tumorale, costituiva perciò un antefatto clinico di rilievo pure e particolarmente sotto il profilo

dell'assunzione delle necessarie terapie integrative (salva vita) previste per quel trattamento sanitario, di certo essenziali allo scopo di supplire alla mancanza della ghiandola con funzione salvavita nel senso più ampio della parola.

In ulteriore analisi, la _____ era portatrice dello stato di handicap indotto dall'invalidità civile, in ultimo accertata pari alla misura del 46 %.

Sotto tale profilo, ad avviso della Corte, si trattava dunque di un soggetto in linea di principio attratto, per ciò solo, nelle previsioni di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 2016/2003 che valorizza la nozione di handicap ai fini delle forme di discriminazione diretta e indiretta tutelate dalla legge del 2003.

Ora, l'art. 26 del DL n. 18/2020 dà -incensurabilmente- solo rilievo ad una condizione invalidante/disabilitante qualificata da una "connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104".

Ma, se questo solo puntuale e circoscritto riferimento normativo esclude si possa trattare di una pecca a carico della fonte fronteggiabile col rimedio sollecitato dall'appellante della rimessione della norma al vaglio della Corte di Giustizia se non altro in rapporto all'alternativa qualità ed ampiezza delle causali privilegiate dall'art. 26 quale disposizione senza dubbio sottoposta a forme di vaglio interpretativo altrettanto ampie, d'altro canto lo stato di handicap di cui la _____ era portatrice quale invalida civile non altrimenti definita se non quale portatrice della significativa percentuale d'invalidità che si è vista, rappresentava invero un dato basilare, tale da stimolare l'adozione da parte dell'Azienda -a sue proprie cure e iniziative- di una serie di iniziative e presidi atti a facilitare la lavoratrice al ricorso e all'impiego di documentazione della legge (quella che l'art. 26 sembra ritenere essenziale e ineludibile a scapito delle condizioni di fatto dell'individuo portatore di una delle condizioni legalmente rilevanti), pena il reale realizzarsi di una condotta discriminatoria di tipo diretto.

Ad avviso del Collegio, a quest'ultimo risultato la datrice di lavoro era pervenuta omettendo l'adozione, lo si dice nel senso più ampio del termine, di 'accomodamenti ragionevoli' -come si sa, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, prima di tutto europea- ovvero sia quegli accorgimenti, presidi, attenzioni e pratiche idonei a demolire, senza detrimento per gli interessi della parte datoriale, gli ostacoli o le possibili difficoltà in grado di mortificare o frenare tutte le potenzialità manifestabili dal lavoratore nella pratica della sua occupazione.

Trattandosi perciò di rimedi e di forme di ausilio richiesti sulla base del concetto di solidarietà umana e sociale ed assegnati alle cure della parte datoriale in guisa di obbligazioni connaturate al piano funzionale della relazione lavorativa e pienamente suscettibili di essere soppesate in termini di corretto adempimento, né più, né meno che seguendo lo schema di imputazione di responsabilità dettato dall'art. 1218 c.c.,

della loro mancanza se ne può senz'altro apprezzare la portata nella fattispecie concreta.

Nella vicenda di causa, infatti, prevaleva di fondo uno stato di fatto connotato dalla presenza, e nella specie persino pure dall'interazione, di più fattori -due dei quali (esiti oncologici e assunzione di terapie salvavita), manifestatisi e manifesti nella storia clinica della [redacted] sintomaticamente posti in risalto nel corpo dell'art. 26 DL 18/2020 a proposito delle condizioni sussumibili quali fattori di rischio e perciò di per sé stessi destinati ad assumere rilevanza nel quadro della forma di tutela legale studiata nel 2020 per fronteggiare i suddetti effetti sociali della pandemia in corso.

Essendo la [redacted] anche una persona affetta dall'handicap che le derivava, più direttamente che dalle altre causali cliniche, dallo stato di invalidità, l'Azienda era tenuta a predisporre nei suoi confronti un percorso strumentale agevolativo affinché la donna potesse arrivare pianamente a fruire della protezione legale collegata prima di tutto al suo stato di salute.

Uno stato che non poteva essere ignorato, non soltanto poiché un difetto di conoscenza era in linea di principio smentito dalle modalità con le quali aveva avuto luogo la cooptazione della lavoratrice nel 2005 per come acquisita senza soluzione di continuità lavorativa dagli Istituti Clinici cedenti e che, se anche fosse, non integrava certo, per la Fondazione, una esimente o un fattore liberatorio nello schema di responsabilità che si è detto essere ascrivibile alla Fondazione ai sensi dell'art. 1218 c.c., prima di tutto poiché l'Azienda era la datrice di lavoro dell'odierna appellante e rivestiva conseguentemente variegati ruoli (imposti) di conoscenza, supervisione e monitoraggio dello stato di salute della dipendente in forza dell'art. 2087 c.c..

Al cospetto di una lavoratrice disagiata e fragile per via dell'influenza di un novero di antecedenti sanitari invalidanti non ignorabili da parte datoriale e, almeno in due casi di quelli normativamente previsti, in grado di valere pienamente quali requisiti per conseguire la forma di tutela apprestata dall'art. 26, il fatto non essere stati adottati dei contegni opportunamente atti a favorire da parte della donna l'adozione dei presidi documentali proceduralmente richiesti dalla norma ex art. 26, al di là della spettanza del regime protettivo, per l'operatività stessa della forma di tutela in questione, ha finito per integrare in concreto le basi di un fenomeno di discriminazione diretta poiché la mancanza di accorgimenti ausiliatori imposti dal rapporto di lavoro e dalle fonti di legge, avrebbe dovuto avere il proprio incipit immediatamente nel fatto di aver trascurato la possibile influenza della congerie di minorazioni in ordine alla piena e incontrastata possibilità della [redacted] di attivarsi efficacemente per giungere a soddisfare le condizioni legali collegate allo stato delle lavoratrice.

Una forma discriminatoria quella che si è evidenziata originata -tanto basta, anche a prescindere dai presupposti di colpa rimarcati dall'art. 1218 c.c. ai fini

dell'operatività della forma di responsabilità ivi prevista- da un'obiettiva omissione di attenzioni imposte a favore di una parte del rapporto lavorativo disabile.

Anche ammettendo che la Fondazione fosse o fosse stata tenuta all'oscuro delle condizioni patologiche o puramente clinico sanitarie a carico della , quel che appare deficitario nell'anzidetto schema di imputazione di responsabilità contrattuale, da un canto è la mancata allegazione di elementi liberatori allo scopo di esonerare la datrice di lavoro dagli adempimenti richiesti dall'ordinamento lavoristico in particolare e, dall'altro canto, è al contempo, come si è detto, l'obiettiva attivazione di una fattispecie discriminatoria.

Come ha già notato questa stessa Corte territoriale nella sentenza n. 301/2021, *“la discriminazione, diretta o indiretta che sia, opera sempre su di un piano puramente oggettivo possedendo per questa ragione delle connotazioni negative che vanno al di là della pura e semplice consapevolezza in capo al soggetto agente in ordine ai presupposti del fenomeno, ai suoi effetti e al suo disvalore giuridico oltre che umano e sociale : basta in pratica che si manifesti con effetti nella sfera soggettiva della “vittima” un fatto di per sé foriero di una valenza discriminatoria perché esso operi lasciando spazio ai mezzi di tutela ordinamentali”*.

Alla luce di quel che sopra si è precisato a proposito di una soluzione che deve pur sempre muovere dal criterio soggettivo di imputazione della responsabilità civile da inadempimento, l'affermazione virgolettata che precede va intesa (e puntualizzata) alla luce proprio di questo, tant'è che nella fattispecie presa in esame in quel giudizio di appello era stato affrontato un caso connotato da particolari problematiche conoscitive datoriali analoghe a quelle dibattute nel presente giudizio e di cui si era tenuto conto.

In altri termini, prescindendo dal puro e semplice dato normativo, scaturito pur sempre dall'encomiabile intento del legislatore di salvaguardare lavorativamente dall'epidemia in corso una fascia di soggetti deboli affetti, in guisa di requisiti legittimanti, da stati e condizioni sanitarie degni di particolari forme di protezione, tra cui soprattutto quella della sterilizzazione delle malattie sul decorso del comparto (2° comma dell'art. 26), il primo elemento atto a risolvere la questione centrale di questa lite, è che la rivestiva effettivamente, sia nella realtà e delle cose, che dal punto di vista normativo, la qualità di soggetto portatore di esiti di una forma tumorale trattata sino al punto di rendere la paziente bisognosa di un terapia salvavita atta a fronteggiare l'asportazione di un organo fortemente influente, come si sa, sul corretto funzionamento del sistema endocrino e del metabolismo umano e per questo non è neppure trascurabile che il medico curante avesse definito l'assistita come paziente a rischio Covid.

E il non averne tenuto conto, ha rappresentato una chiara forma di discriminazione diretta, tanto più se si considera, indissolubilmente rispetto al rilievo appena esposto, che la vittima della discriminazione era innegabilmente portatrice di uno stato di handicap per via dell'invalidità civile a suo carico, una invalidità che anche se non

presentava la soglia qualitativa e quantitativa di quella privilegiata in senso stretto dall'art. 26 più volte richiamato, costituiva senza dubbio un segnale di allerta al fine di evitare -se non altro nella loro essenziale materialità- la realizzazione di forme di discriminazione obiettivamente generate, come avvenuto, e dall'indebita espunzione di due requisiti che c'erano e dal non aver apprestato delle forme di ausilio utili a fare valere quei requisiti, nel senso che poco sopra si è cercato di precisare.

In altre parole, l'odierna appellante non solo poteva fare valere l'esistenza e la portata di due requisiti -completamente trascurati da parte della Fondazione per l'asserita rilevante mancanza delle certificazioni di legge appositamente enunciate in senso alla norma, ai fini della conservazione di una parte del periodo di comportamento era anche gravata da uno stato di handicap rilevante, non tanto ai fini di quanto sancito dall'art. 26 (sarebbe stato il terzo requisito) ma per poter essere posta nelle condizioni in grado di facilitare alla persona affetta dalle minorazioni, gli adempimenti di legge utili allo scopo di influire sul trascorrere del periodo di comportamento.

Tutto questo, beninteso, a volere negare per rigorosa fedeltà letterale, una portata della norma ex art. 26 anche in favore di una stessa fascia di soggetti deboli contrassegnati da analoghe patologie accomunate dal tratto di possedere in sé delle attitudini rischiose o esiziali per il soggetto particolarmente fragile interessato.

Attenendosi comunque al piano di considerazioni formulate prima del passo che precede, si trattava in definitiva di attuare doverose forme di cooperazione datoriale la cui omissione stava a contrassegnare la realizzazione di una condotta discriminatoria indotta anche solo da un presupposto che sebbene non presentasse la stessa entità di quello legale sarebbe comunque servito -nel quadro di principi che obbligano il datore di lavoro a presiedere alla salvaguardia della condizioni di salute del dipendente- per porre la lavoratrice allo stesso livello degli altri soggetti non minorati, a nulla rilevando che la norma di cui all'art. 26 cit. sia proprio indirizzata e contempli gli handicappati gravi nel senso ivi previsto: in questo caso era la Fondazione il soggetto tenuto a risolversi per facilitare la a fare valere quantomeno gli altri due requisiti reali ed effettivi.

Essendo venuta in luce una fattispecie di licenziamento discriminatorio, va apprestata in favore di l la tutela prevista dal combinato disposto dei primi due commi dell'art. 18 L. 300/1970, disponendo la sua reintegrazione nel posto di lavoro in uno con la condanna della Fondazione appellata a corrispondere alla lavoratrice un'indennità risarcitoria corrispondente alle mensilità retributive dovute dal recesso alla ricostituzione del rapporto di lavoro oltre accessori di legge e oltre alla regolarizzazione previdenziale e assistenziale presso i competenti Istituti.

Non ha infine rilievo l'eccezione (ri)formulata dalla Fondazione appellata in ordine alla detrazione dell'*aliunde perceptum* dall'importo eventualmente riconosciuto a titolo di indennità risarcitoria.

Al riguardo, vale senz'altro quanto additato dalla Corte di Cassazione con la Sentenza n. 2499 del 31/1/2017, che ha trovato molteplici conferme applicative nella giurisprudenza di questa Corte distrettuale, per cui *“In tema di licenziamento illegittimo, il datore di lavoro che invochi l’“aliunde perceptum” da detrarre dal risarcimento dovuto al lavoratore deve allegare circostanze di fatto specifiche e, ai fini dell’assolvimento del relativo onere della prova su di lui incombente, è tenuto a fornire indicazioni puntuali, rivelandosi inammissibili richieste probatorie generiche o con finalità meramente esplorative”*.

La Fondazione _____ non ha compiuto allegazioni in fatto da cui si potesse, quantomeno credibilmente, desumere il reperimento da parte della _____ di un'altra occupazione economicamente fruttuosa, né al proposito ha sollecitato l'esperimento di mezzi istruttori non puramente esplorativi.

A proposito dell'*aliunde percipiendum* valga infine considerare l'arresto di cui all'Ordinanza della Cassazione n. 1602 del 19/1/2023 per la quale *“Nell'ipotesi di licenziamento illegittimo cui consegua la tutela reintegratoria cd. "piena", di cui all'art. 18, comma 1, st.lav. riformulato - che opera quale regime speciale concernente la materia dei licenziamenti individuali - non trova applicazione la detrazione dell'"aliunde percipiendum" in quanto il comma 2 dell'articolo citato dispone che nella predetta ipotesi dal risarcimento vada dedotto esclusivamente quanto dal lavoratore percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative e non anche quanto il lavoratore "avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione", come previsto, invece, dal successivo comma 4 in materia di tutela reintegratoria cd. "attenuata". (Nella specie, la S.C. ha rigettato il motivo di ricorso con il quale il datore di lavoro aveva lamentato, avuto riguardo alla dedotta mancata iscrizione della lavoratrice al centro per l'impiego, la omessa applicazione, in sede di gravame, del principio della detraibilità dell'"aliunde percipiendum" sulla base dell'art. 1227 c.c.)”*.

L'appello va dunque accolto come da dispositivo in cui le spese processuali di tutto il giudizio sono poste a carico di Fondazione _____ Policlinico nella misura ivi liquidata in applicazione dei criteri posti dal DM 10.3.2014 n. 55, dal DM 8.3.2018 n. 37 nonché dal DM 13 agosto 2022 n. 147, tenuto conto del valore della controversia e del suo grado di complessità nonché dell'assenza di attività istruttoria nella presente fase del giudizio.

P.Q.M.

In riforma dell'Ordinanza ex art. 702 ter c.p.c. in data 7 aprile 2022 del Tribunale di Milano Sezione Lavoro, disattesa ogni altra istanza, eccezione e domanda, annulla il licenziamento comunicato a _____ il 2 luglio 2021 e, per l'effetto, condanna la Fondazione appellata a reintegrare _____ nel posto di lavoro ricoperto al momento del recesso e a corrisponderle un'indennità risarcitoria commisurata alle

mensilità della retribuzione globale di fatto, pari a € 1.715,97 mensili lordi, dalla data del recesso a quella della reintegra effettiva oltre interessi legali computati con la stessa decorrenza e oltre al pagamento delle contribuzioni e dei premi assicurativi in favore degli Enti previdenziali e assistenziali.

Condanna la Fondazione _____ a rifondere a _____ le spese dei due gradi liquidate, per ciascuno di essi, in complessivi € 3.500,00 oltre spese generali, IVA e CPA.

Milano, 14 marzo 2023.

Il Consigliere rel.
Roberto Vignati

Il Presidente
Monica Vitali