



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Corte D'Appello di Milano
Sezione Lavoro

N. R.G. 1065/2022

La Corte D'Appello di Milano, Sezione Lavoro, in persona dei magistrati:

Dott.ssa Silvia Marina Ravazzoni	Presidente
Dott.ssa Benedetta Pattumelli	Consigliere
Dott.ssa Giulia Dossi	Consigliere Relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa in grado d'appello in materia di lavoro avverso la sentenza del Tribunale di Lodi (est. Giuppi) n. 19/2022 promossa da

S

rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Bersani, presso il cui studio in Melegnano, via Oberdan n. 4, è elettivamente domiciliata,

- APPELLANTE -

contro

G s.r.l.

rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo Goffredo e Francesco Bedon, presso il cui studio in Milano, via Lamarmora n. 18, è elettivamente domiciliata,

- APPELLATA -

I procuratori delle parti, come sopra costituite, hanno precisato le seguenti

CONCLUSIONI

Appellante: "A) Dichiarare, per tutti i motivi suesposti in fatto e in diritto, discriminatorio e/o nullo e/o annullabile e/o illegittimo e/o inefficace e/o annullare e/o comunque dichiarare privo di giusta causa o giustificato motivo il licenziamento intimato dalla G S.r.l. alla sig.a S con lettera del 2.8.2019;

B) Conseguentemente, previo occorrendo l'accertamento della natura discriminatoria del licenziamento de quo e/o della sua nullità ex art. 2110, comma 2, c.c., condannare G

S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs. n. 23/2015, a:

- reintegrare la sig.a S nel posto di lavoro;
- risarcire la sig.a S del danno subito in misura non inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr ed in ogni caso a detta retribuzione dalla data del licenziamento alla data dell'effettiva reintegra, nonché a versare i contributi assistenziali e previdenziali, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali;

C) In via subordinata alla lett. B) e salvo gravame, ai sensi degli artt. 3, comma 1, e 7, D.Lgs. n. 23/2015, condannare G S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, a corrispondere alla sig.a S un'indennità pari a trentasei mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr, o quella diversa somma ritenuta di giustizia, oltre interessi e rivalutazione monetaria;

D) Con vittoria di spese dei due gradi del giudizio da distrarsi a favore de sottoscritto avvocato distrattatario".

Appellata: "Nel merito: respingere l'appello perché inaccoglibile ed infondato in fatto e in diritto, e per l'effetto confermare integralmente l'impugnata sentenza.

Ad istruttoria: respingere le istanze istruttorie avversarie perché irrivalenti e irrilevanti e, in caso di loro ammissione, ammettere le prove così come articolate nella memoria difensiva di primo grado.

In ogni caso: con il favore delle spese, diritti ed onorari di causa".

MOTIVI DELLA DECISIONE IN FATTO E IN DIRITTO

Con sentenza pubblicata il 12 settembre 2022, il Tribunale di Lodi in funzione di giudice del lavoro, definitivamente pronunciando nella causa n. 586/2019 R.G. promossa da S contro G s.r.l., ha respinto le domande della ricorrente, la quale impugnava il licenziamento intimatole dalla società in data 2 agosto 2019 per superamento del periodo di comportamento, chiedendo di dichiararlo discriminatorio e/o nullo e/o annullabile e/o illegittimo e/o inefficace e/o privo di giusta causa o giustificato motivo e, per l'effetto, di condannare la datrice di lavoro ex art. 2 d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 a reintegrare la lavoratrice nel posto di lavoro e a risarcirle il danno commisurato alle retribuzioni maturate dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, nonché a versare i contributi previdenziali ed assistenziali o, in subordine, a corrisponderle l'indennità risarcitoria ex artt. 3, comma 1, e 7 d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 nella misura massima di legge di 36 mensilità o nella diversa misura ritenuta di giustizia.

Il giudice di prime cure ha dato atto che il licenziamento di S era motivato dal superamento del periodo di comportamento e che nella comunicazione di recesso erano indicati tutti i periodi di malattia della lavoratrice, per complessivi 484 giorni dall'8 febbraio 2017 al 6 agosto 2019, che superano, pacificamente, il periodo di comportamento previsto dal CCNL.

Ha poi evidenziato che la ricorrente, assunta in data 18 dicembre 2015 alle dipendenze di G s.r.l. con mansioni di operaia addetta al confezionamento, era stata

dichiarata invalida dalla Commissione medica all'esito della visita in data 29 aprile 2015, con riconoscimento dello stato invalidante utile ai fini del collocamento mirato.

Nella successiva visita del 28 marzo 2018 era stato confermato il grado di invalidità del 67%.

Inoltre, la competente commissione presso Asl aveva riconosciuto S portatrice di *handicap* non in stato di gravità già dal 2015, sulla base della diagnosi di fibromialgia, osteocondrosi giovanile, artropatia mecano-degenerativa, spondiloentesopatia poliarticolare, depressione, esiti di capsulite spalle.

Nel ricorso introduttivo del giudizio si deduceva, in principalità, la natura discriminatoria del licenziamento, in quanto la lavoratrice era stata assunta ai sensi della legge 12 marzo 1999 n. 68 e pertanto, ai fini del superamento del comportamento, non avrebbero dovuto computarsi i periodi di malattia riconducibili alle patologie attinenti al suo stato di invalidità, in relazione al quale era stata avviata al lavoro presso G s.r.l..

In subordine si denunciava l'illegittimità del licenziamento in quanto, secondo la tesi della lavoratrice, le assenze per malattia computate ai fini del superamento del comportamento trovavano causa nella violazione delle prescrizioni imposte dal medico competente ed in particolare nell'adibizione di S a mansioni incompatibili con il suo stato di salute (movimentazione manuale di carichi di peso superiore ai 5 kg; movimentazione di pesi oltre il piano delle spalle).

Nel rigettare le domande, all'esito di istruttoria testimoniale e di CTU medica, il giudice di prime cure ha rilevato che la ricorrente non aveva allegato per quale motivo, in concreto, la norma collettiva sul comportamento (che disciplina il diritto alla conservazione del posto di lavoro) avesse generato una discriminazione indiretta ai suoi danni.

Richiamata la nozione di lavoratore disabile introdotta dalle norme sovranazionali ed eurounitarie e ritenuto che S rientri nella nozione di persona affetta da *handicap*; evidenziata la differenza tra la nozione di disabilità (attinente alle difficoltà funzionali del lavoratore, che lo pregiudicano nello svolgimento dell'attività lavorativa) e quella di malattia (che indica uno stato morboso di carattere temporaneo, che impedisce al lavoratore di prestare attività lavorativa), il Tribunale ha osservato che, in linea generale ed astratta, non vi sono ragioni per trattare i lavoratori disabili diversamente dagli altri con specifico riguardo alle conseguenze della durata della malattia sulla stabilità del rapporto.

Ha disatteso l'assunto attoreo, secondo cui il lavoratore disabile è costretto ad un numero di assenze di gran lunga superiore rispetto al lavoratore non disabile, il quale limita le proprie assenze ai casi contingenti di patologie di durata breve o comunque limitata nel tempo.

Secondo il giudice di prime cure, infatti, il lavoratore disabile non è un lavoratore malato e la malattia del disabile non può essere trattata a priori in modo diverso dalla malattia del lavoratore non disabile: il discrimine ipotizzabile ai fini della durata del comportamento attiene alla tipologia di malattia e non allo *status* di disabilità. Occorrerebbe, cioè, in caso di assenza per malattia, valutare in concreto, tenuto conto della natura della malattia in relazione alla natura della disabilità, se il licenziamento per superamento del comportamento comporti una discriminazione del lavoratore.

Nel caso di specie il Tribunale evidenzia che l'art. 77 CCNL Logistica prevede un comporto per malattia di 15 mesi nell'arco degli ultimi 30 mesi, con assenze riferibili ad una pluralità di eventi morbosi.

A fronte di un comporto contrattuale di tale durata, la sentenza impugnata ritiene che escludere dal computo i periodi malattia legati alla disabilità si risolverebbe in un onere sproporzionato per il datore di lavoro, costringendolo a protrarre irragionevolmente il rapporto di lavoro con un lavoratore non in grado di garantire la prestazione per un periodo sufficientemente continuativo.

Conclude, pertanto, che, in presenza del diritto alla conservazione del posto in caso di assenze per malattia della durata complessiva di 15 mesi nell'arco di 30 mesi, non può ritenersi discriminatorio applicare al lavoratore disabile il medesimo periodo di comporto del lavoratore non disabile che abbia goduto di analogo periodo di malattia.

Il giudice di prime cure ha respinto anche la domanda subordinata di illegittimità del licenziamento, fondata sull'assunto che la malattia e le relative assenze siano state causate dall'illegittima adibizione della lavoratrice a mansioni incompatibili con il suo stato di disabilità (e formalmente inibite).

Ciò in quanto le dichiarazioni dei testi escussi escludevano che S effettuasse movimentazione di carichi anche sopra le spalle: la lavoratrice, quale operaia addetta al confezionamento, si occupava di lettura dei codici a barre e di etichettatura delle cassette di carne e questi compiti non richiedevano di movimentare le scatole.

Avverso la sentenza ha proposto appello S con ricorso depositato il 28 settembre 2022.

Con un unico, articolato, motivo impugna la pronuncia nella parte in cui esclude che rivesta carattere discriminatorio applicare al lavoratore disabile il medesimo periodo di comporto del lavoratore non disabile e laddove afferma che la malattia del disabile non può essere aprioristicamente trattata in maniera diversa da quella del lavoratore non disabile.

Secondo la prospettazione del gravame, il Tribunale avrebbe operato una distorta, erronea e contraddittoria applicazione dei principi affermati dalla direttiva 2000/78/CE, dal d.lgs. 9 luglio 2003 n. 216 e dalla sentenza della Corte di Giustizia 11 aprile 2013 (cause C-335/11 e C-337/11).

Se è vero, infatti, che la malattia del disabile non può sempre ed aprioristicamente essere trattata in maniera diversa da quella del lavoratore non disabile, nondimeno – deduce parte appellante – interviene una discriminazione quando la tipologia della malattia del disabile è strettamente connessa e dipende dall'*handicap* del medesimo e questa malattia viene trattata in maniera identica a quella del lavoratore non disabile.

Richiama, a sostegno delle proprie tesi, precedenti della giurisprudenza di merito.

Evidenzia che, nel caso di specie, G s.r.l. ha intimato il licenziamento a S in ragione della durata della malattia in gran parte connessa allo stato di *handicap*, con conseguente discriminarietà del recesso.

Infatti – si deduce – le malattie da cui risulta affetta S e per le quali sono stati riconosciuti sia lo stato di *handicap*, sia il diritto al collocamento mirato, sia l'invalità civile, sono state anche la causa esclusiva o prevalente delle ripetute assenze dal lavoro: come risulta dalla documentazione in atti e come confermato dal CTU nel corso del primo grado di giudizio, per almeno 187 giorni (dal 31 gennaio 2019 al 6 agosto 2019) la lavoratrice è rimasta

assente dal lavoro a causa di patologie della stessa natura di quelle con riferimento alle quali erano stati riconosciuti precedentemente l'invalidità civile e l'*handicap*.

Inoltre, anche le ulteriori malattie indicate nel ricorso introduttivo e documentate sono tutte ricollegabili alle patologie da cui è affetta la lavoratrice e per le quali era stato disposto il suo collocamento presso G s.r.l. ai sensi della legge 12 marzo 1999 n. 68.

Le malattie di cui sopra hanno determinato l'assenza dal lavoro dell'appellante per 15 mesi negli ultimi 30 mesi, con superamento del periodo di comporto di cui all'art. 77 CCNL Logistica.

Pertanto, nell'ottica del gravame, l'art. 77 CCNL non può trovare applicazione nel caso di specie, in quanto causa di discriminazione indiretta.

Infatti, pur essendo la norma contrattuale relativa al comporto una disposizione di per sé neutra, essa pone il portatore di *handicap* – in questo caso l'appellante – in una condizione di particolare svantaggio rispetto agli altri lavoratori.

Sulla base dei motivi esposti S ha chiesto l'integrale riforma della sentenza impugnata e l'accoglimento delle conclusioni in epigrafe trascritte.

Costituendosi ritualmente in giudizio, l'appellata G s.r.l. ha contestato la fondatezza del gravame avversario, di cui ha chiesto il rigetto, con conferma della sentenza di primo grado.

La società censura, in quanto privo di fondamento oggettivo, l'assunto avversario circa l'inevitabile maggior morbilità cui sarebbe esposto il lavoratore con disabilità/*handicap*, osservando che dallo stato di *handicap* non deriva automaticamente la necessità di usufruire di un maggior numero di giorni di assenza per malattia.

Sottolinea come dall'art. 5 della direttiva 2000/78/CE e dal d.lgs. 9 luglio 2003 n. 216 di recepimento emerga che i datori di lavoro devono adottare accorgimenti per evitare trattamenti discriminatori verso persone con disabilità, ma non vi siano prescrizioni in tema di computo o meno di una malattia ai fini del comporto.

Rileva, inoltre, che S ha regolarmente usufruito ogni anno ed in modo integrale del congedo ex art. 7, comma 3, d.lgs. 18 luglio 2011 n. 119 (secondo cui il lavoratore a cui sia stata riconosciuta una riduzione della capacità lavorativa superiore al 50% può fruire ogni anno di un congedo non superiore a trenta giorni per cure, eventualmente anche in periodi non frazionati, che non rientra nel periodo di comporto e durante il quale ha diritto di percepire il trattamento economico delle assenze per malattia).

In particolare, nel periodo da febbraio 2017 ad agosto 2019 la lavoratrice aveva usufruito di circa 50 giorni di congedo per cure termali ai sensi del d.lgs. 18 luglio 2011 n. 119, che non erano state computate nel periodo di comporto.

Evidenzia altresì che S aveva a disposizione lo strumento dell'aspettativa per prolungare il periodo di comporto ed evitare il licenziamento e che, inoltre, la società aveva adottato un accorgimento idoneo a tutelare la lavoratrice disabile, avendo di fatto garantito all'appellante un comporto di 30 giorni più lungo rispetto ad un lavoratore non portatore di *handicap*.

Il periodo di comporto così come indicato dall'art. 77 CCNL, infatti, è di 15 mesi, cioè 450 giorni, in un arco temporale di 30 mesi; tuttavia G s.r.l. ha licenziato S solo dopo 480 giorni e cioè ben 30 giorni in più, proprio per garantire alla lavoratrice disabile un trattamento di miglior favore.

Ad avviso della società, dunque, non sussiste nel caso di specie alcuna discriminazione indiretta.

All'udienza del 16 marzo 2023, all'esito della discussione orale, il Collegio ha deciso la causa come da dispositivo trascritto in calce alla presente sentenza.

L'appello è fondato e merita accoglimento nei limiti e per le ragioni di seguito esposti.

E' incontestato in causa e documentalmente provato che S è stata licenziata con lettera del 2 agosto 2019 per superamento del periodo di comporto, per aver effettuato 484 giorni di assenza per malattia tra l'8 febbraio 2017 e il 6 agosto 2019 (cfr. lettera di licenziamento allegata *sub* doc. 3 fascicolo appellante).

I giorni di assenza per malattia, analiticamente indicati nella lettera di licenziamento, sono parimenti incontestati, così come è incontestato che la loro sommatoria superi la durata del comporto stabilito dall'art. 77 del CCNL Logistica applicato (cfr. CCNL allegato per estratto *sub* doc. 6 fascicolo appellante: *"in caso di interruzione del servizio dovuta a malattia, il lavoratore non in prova, ha diritto alla conservazione del posto per un periodo di 15 mesi. L'obbligo di conservazione del posto per l'azienda cesserà comunque ove nell'arco di 30 mesi si raggiungano i limiti predetti anche con più malattie"*).

Incontestata è anche la condizione di *handicap* di S , ai sensi della direttiva 2000/78/CE.

In tal senso va ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea recepita dalla Corte di Cassazione, *"la nozione di «handicap», ai sensi della direttiva 2000/78, dev'essere intesa nel senso che si riferisce a una limitazione, 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 base di uguaglianza con gli altri lavoratori (sentenza del 10 dicembre 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, punto 42 e giurisprudenza ivi citata, nonché sentenza 9 marzo 2017 Petya Milkova - causa C-406/15, punto 36"* (cfr. Cass., 12 novembre 2019 n. 29289).

Nell'odierna fattispecie la condizione di *handicap* di S ai sensi dell'art. 3, comma 1, legge 5 febbraio 1992 n. 104 è stata accertata dalla commissione medica presso l'Asl territorialmente competente, a far tempo dal 2015 (cfr. verbali della commissione medica, allegati *sub* docc. 15 e 16 fascicolo appellante di primo grado).

La natura e la gravità delle plurime patologie da cui l'appellante è cronicamente affetta (fibromialgia, osteocondrosi giovanile, artropatia mecano-degenerativa, spondiloentesopatia poliarticolare, depressione, esiti di capsulite spalle) implicano in modo stabile, duraturo e tendenzialmente ingravescente, quanto meno una difficoltà nell'esercizio dell'attività lavorativa (coerentemente con un grado di accertata invalidità civile pari al 67%, cfr. docc. 17 e 18 fascicolo appellante di primo grado), oltre che la necessità di fruire di ricorrenti periodi di cura e riposo.

La CTU medica espletata nel primo grado di giudizio ha poi dimostrato l'esistenza di un nesso di causa tra le patologie sottese alla disabilità e le assenze per malattia che hanno portato al licenziamento.

In particolare il CTU ha accertato che le assenze per malattia di S dal 31 gennaio 2019 al 6 agosto 2019 (pari a 187 giorni) sono dovute a patologie della *"stessa natura*

di quelle con riferimento alle quali sono stati riconosciuti precedentemente l'invalidità civile e l'handicap".

Le conclusioni peritali sono congruamente motivate, esenti da vizi logici o di altra natura e non sono state in alcun modo contestate dalle parti.

Depurando dal totale (484 giorni) le giornate di assenza riferibili alle patologie da cui la lavoratrice è affetta e per le quali le è stato riconosciuto lo stato di *handicap* (187), i giorni di malattia residui (297) non superano il periodo di comporto di 15 mesi (equivalenti a 450 giorni) di cui all'art. 77 CCNL applicato.

Ritiene, pertanto, il Collegio che nell'intimazione del licenziamento per superamento del periodo di comporto da parte di G s.r.l. siano ravvisabili gli estremi della discriminazione indiretta ai danni della lavoratrice disabile.

In continuità al condivisibile orientamento giurisprudenziale espresso da questa Corte in plurimi precedenti, le cui motivazioni qui si richiamano ex art. 118 disp. att. c.p.c. (cfr. Corte d'appello di Milano, sentenza n. 755/2018, pres. est. Picciau; sentenza n. 480/2020, pres. Vitali, est. Bertoli; sentenza n. 301/2021 pres. est. Vignati; sentenza n. 1274/2021, pres. Vitali, est. Pattumelli; sentenza n. 1128/2022 pres. est. Mantovani; sentenza n. 49/2023, pres. est. Picciau), va ricordato che *"l'art. 2, comma 1 lettera b del D.Lgs. 216/2003 (con cui è stata data attuazione alla direttiva 2000/78/Ce) dispone che la discriminazione indiretta sussiste "quando una disposizione, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le personeportatrici di handicap in una situazione di particolare svantaggio rispetto alle altre persone". L'art. 2 della direttiva 2000/78/CE (intitolato "Nozione di discriminazione") al paragrafo 2 lettera b) prevede quanto segue: "Sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale rispetto alle altre persone, 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..." . Orbene, nella fattispecie occorre allora valutare se l'applicazione disposizione in forza della quale (...) ha licenziato (...) per superamento del periodo di comporto (...) abbia o meno comportato una discriminazione indiretta nei confronti del lavoratore disabile. (...) Ripercorrendo l'iter argomentativo effettuato dalla Corte di Giustizia nella citata sentenza del 18 gennaio 2018 in una fattispecie sovrapponibile alla presente (che qui si richiama ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 118 disp. att. c.p.c.), ritiene questo Collegio: che l'art. 42 del CCNL del settore, in quanto applicabile in modo identico alle persone disabili ed alle persone non disabili che sono state assenti dal lavoro, non introduce una disparità di trattamento direttamente basata sulla disabilità; che in relazione invece alla valutazione delle condizioni previste dall'art. 2, paragrafo 2 lettera b) i) tale disposizione, pur se tende ad un legittimo contemperamento degli interessi delle parti del rapporto di lavoro, ecceda quanto necessario per realizzare tale finalità, trascurando la condizione di disabile e prendendo in considerazione anche giorni di assenza dovuti a patologia collegata alla disabilità nel calcolo dei giorni di assenza per malattia. In questo senso, si legge della sentenza citata della Corte di giustizia: "rispetto ad un lavoratore non disabile, un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute ad una malattia collegata alla sua disabilità. Egli è quindi soggetto ad un*

maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia ... (punto 39); inoltre, "non si deve inoltre ignorare che il rischio cui sono soggette le persone disabili, le quali, in generale, incontrano maggiori difficoltà rispetto ai lavoratori non disabili a reinserirsi nel mondo del lavoro e hanno esigenze specifiche connesse alla tutela previste dalla loro condizione (punto 50)" (sentenza n. 755/2018, cit.).

L'orientamento richiamato ha trovato l'autorevole avallo nella sentenza 31 marzo 2023 n. 9095 della Corte di Cassazione (intervenuta nel periodo compreso tra la pronuncia del dispositivo e la stesura delle motivazioni della presente sentenza), che, nel rigettare il ricorso avverso la richiamata sentenza n. 755/2018 di questa Corte, ha statuito quanto segue: "8. La tutela contro la discriminazione sulla base della disabilità si fonda, oltre che sulla della direttiva 2000/78/CE, attuata nell'ordinamento italiano, sulla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che include il motivo della disabilità nell'ambito dell'art. 21 (che sancisce il divieto generale di discriminazioni) e contiene anche una disposizione specifica (art. 26) che riconosce il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità (azioni positive).

9. E' inoltre fondata sulla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dall'Italia con L. n. 18/2009 ("Ratifica ed esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, con Protocollo opzionale, fatta a New York il 13 dicembre 2006 e istituzione dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità"). Detta Convenzione (CDPD) è stata altresì approvata dall'UE, nell'ambito delle proprie competenze, con "Decisione del Consiglio del 26 novembre 2009 relativa alla conclusione, da parte della Comunità Europea, della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità" (2010/48/CE), con la conseguenza che per la Corte di giustizia UE le stesse direttive normative antidiscriminatorie vanno interpretate alla luce della Convenzione.

10. Già con la sentenza 11 aprile 2013 in cause riunite C-335/11 e C337/11, HK Danmark, la CGUE ha chiarito che la nozione di "handicap" di cui alla direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, 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, e che la natura delle misure che il datore di lavoro deve adottare non è determinante al fine di ritenere che lo stato di salute di una persona sia riconducibile a tale nozione.

11. In tale pronuncia, la CGUE ha sottolineato che la direttiva 2000/78 deve essere oggetto, per quanto possibile, di un'interpretazione conforme alla CDPD (p.p. 28-32); infatti, la nozione di "handicap" non è definita dalla direttiva 2000/78 stessa (cfr. sentenza 11 luglio 2006 in causa C-13/05, Chacón Navas). Peraltro, la Convenzione dell'ONU, ratificata dall'Unione Europea con decisione del 26 novembre 2009, alla sua lettera e) riconosce che "la disabilità è un concetto in evoluzione e che la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri".

12. In tal modo, l'art. 1, comma 2, di tale Convenzione dispone che sono persone con disabilità "coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di uguaglianza con gli altri". Inoltre, dall'art. 1, comma 2, della Convenzione dell'ONU risulta che le menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali debbano essere "durature". Ne' risulta che la direttiva 2000/78 miri a coprire unicamente gli handicap congeniti o derivanti da incidenti, escludendo quelli cagionati da una malattia; sarebbe, infatti, in contrasto con la finalità stessa della direttiva in parola, che è quella di realizzare la parità di trattamento, ammettere che essa possa applicarsi in funzione della causa dell'handicap (p.p. 36 -41).

13. In proposito, la sentenza HK ha osservato che un lavoratore disabile è maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare il periodo di preavviso ridotto (rilevante secondo la legislazione danese in materia) rispetto ad un lavoratore non disabile, perché, rispetto ad un lavoratore non disabile, un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di una malattia collegata al suo handicap. Pertanto, egli corre un rischio maggiore di accumulare giorni di assenza per malattia, con la conseguenza che la normativa in discussione in tale causa è idonea a svantaggiare i lavoratori disabili e, dunque, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sull'handicap ai sensi dell'art. 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78. Occorre perciò esaminare se tale disparità di trattamento sia oggettivamente giustificata da una finalità legittima, se i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e se essi non vadano al di là di quanto necessario per conseguire l'obiettivo perseguito dal legislatore (p.p. 76, 77).

14. La nozione di handicap/disabilità quale limitazione risultante 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, ed il principio per cui le direttive normative antidiscriminatorie UE vanno interpretate alla luce della Convenzione ONU, sono stati ribaditi nelle sentenze CGUE 4 luglio 2013, in causa C- 312/2011 Commissione c. Italia (p. 56-57) e 18 dicembre 2014, in causa C- 354/13, FOA; p.p.5356).

15. Con la sentenza 18 gennaio 2018, in causa C-270/16, Carlos Enrique Ruiz Conejero, valorizzata nella sentenza qui impugnata, la CGUE ha, appunto, affermato che la definizione di discriminazione indiretta contenuta nella direttiva UE osta a una normativa nazionale che consenta il licenziamento di un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro giustificate e dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore, salva verifica di quanto necessario per raggiungere l'obiettivo legittimo di lotta contro l'assenteismo.

16. Ha osservato che un trattamento sfavorevole basato sulla disabilità contrasta con la tutela prevista dalla direttiva 2000/78 unicamente nei limiti in cui costituisca una discriminazione ai sensi dell'art. 2, paragrafo 1, della stessa. Infatti, il lavoratore disabile che rientri nell'ambito di applicazione di tale direttiva deve essere tutelato contro qualsiasi discriminazione rispetto a un lavoratore che non vi rientri (p. 36). Ha confermato, a tal proposito, la constatazione che un lavoratore disabile e', in linea di principio, maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare la normativa spagnola in discussione in tale causa rispetto a un lavoratore non disabile, essendo, rispetto a un lavoratore non disabile, esposto al rischio ulteriore di assenze dovute a una malattia collegata alla sua disabilità, e quindi

soggetto a un maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia e di raggiungere i limiti massimi di cui alla normativa pertinente. A tale rischio consegue l'idoneità di tale normativa a svantaggiare i lavoratori disabili e, quindi, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sulla disabilità ai sensi dell'art. 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78.

17. La CGUE ha specificato, quanto alle problematiche di morbidità intermittente eccessiva ed ai costi connessi per le imprese, che gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità non solo nella scelta di perseguire uno scopo determinato in materia di politica sociale e di occupazione, ma altresì nella definizione delle misure atte a realizzarlo; e che la lotta all'assenteismo sul lavoro può essere riconosciuta come finalità legittima, ai sensi dell'art. 2, paragrafo 2), lettera b), i), della direttiva 2000/78, dal momento che costituisce una misura di politica occupazionale, senza tuttavia ignorare, nella valutazione della proporzionalità dei mezzi, 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 (p.p. 39-51).

18. Alla luce della ricostruzione della giurisprudenza UE sopra richiamata, in materia regolata da specifica direttiva trasposta nell'ordinamento interno, nonché rientrante nell'area di tutela dell'art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, applicabile alla fattispecie (in base all'art. 51 della stessa Carta, essendo certo il collegamento con il diritto dell'Unione), la sentenza impugnata si sottrae alle censure svolte con il primo motivo di ricorso.

19. Se è vero che la nozione di handicap/disabilità non è coincidente con lo stato di malattia, oggetto della regolazione contrattuale collettiva applicata al rapporto ai fini del computo del periodo di comporto rilevante ai sensi dell'art. 2110 c.c., ciò non significa che essa sia contrapposta a tale stato, che può esserne tanto causa quanto effetto, e le cui interazioni devono essere tenute in considerazione nella gestione del rapporto di lavoro.

20. In questo senso, nel caso di specie, l'applicazione al lavoratore dell'ordinario periodo di comporto ha condivisibilmente rappresentato, secondo la Corte di merito, discriminazione indiretta. Ciò perché, rispetto a un lavoratore non disabile, il lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute a una malattia collegata alla sua disabilità, e quindi soggetto a un maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia e di raggiungere i limiti massimi di cui alla normativa pertinente.

21. Come si è visto, secondo la normativa dell'Unione Europea come interpretata dalla Corte di Giustizia UE, è tale rischio a rendere idonea una normativa che fissa limiti massimi di malattia - identici per lavoratori disabili e non - in vista del recesso datoriale per (quale quella sul comporto breve) a svantaggiare i lavoratori disabili e, quindi, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sulla disabilità.

22. L'evidenziato profilo di discriminatorietà prescinde dalle peculiarità e dai meccanismi previsti dalle normative danese e spagnola esaminati nelle citate sentenze della CGUE, e dalla fonte legislativa o contrattuale collettiva della regolazione del comporto o di meccanismi simili. Quel che rileva è l'approdo interpretativo, necessitato dalla normativa Europea trasposta in quella domestica, secondo il quale il rischio aggiuntivo di essere assente dal lavoro per malattia di un lavoratore disabile deve essere tenuto in conto nell'assetto dei rispettivi diritti e obblighi in materia, con la conseguenza che la sua obliterazione in concreto,

mediante applicazione del periodo di comporta breve come per i lavoratori non disabili, costituisce condotta datoriale indirettamente discriminatoria e perciò vietata.

23. Questo non significa che un limite massimo in termini di giorni di assenza per malattia del lavoratore disabile non possa o non debba essere fissato. Una simile scelta discrezionale del legislatore o delle parti sociali per quanto di competenza, anche ai fini di combattere fenomeni di assenteismo per eccessiva morbilità, può integrare, come ricordato nelle sentenze della CGUE citate, una finalità legittima di politica occupazionale, ed in tale senso oggettivamente giustificare determinati criteri o prassi in materia. Tuttavia, tale legittima finalità deve essere attuata con mezzi appropriati e necessari, e quindi proporzionati, mentre la mancata considerazione dei rischi di maggiore morbilità dei lavoratori disabili, proprio in conseguenza della disabilità, trasmuta il criterio apparentemente neutro del computo del periodo di comporta breve in una prassi discriminatoria nei confronti del particolare gruppo sociale protetto in quanto in posizione di particolare svantaggio.

24. Non si pone, quindi, una questione di mancato bilanciamento con la finalità di contrasto dell'eccessiva morbilità dannosa per le imprese: nella misura in cui la previsione del comporta breve viene applicata ai lavoratori disabili e non, senza prendere in considerazione la maggiore vulnerabilità relativa dei lavoratori disabili ai fini del superamento del periodo di tempo rilevante, la loro posizione di svantaggio rimane tutelata in maniera recessiva.

25. La necessaria considerazione dell'interesse protetto dei lavoratori disabili, in bilanciamento con legittima finalità di politica occupazionale, postula, invece, l'applicazione del principio dell'individuazione di soluzioni ragionevoli per assicurare il principio di parità di trattamento dei disabili, garantito dall'art. 5 della direttiva 2000/78/CE (ovvero degli accomodamenti ragionevoli di cui alla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, alla cui luce vanno interpretate le direttive normative antidiscriminatorie UE), secondo una prospettiva che non risulta percorsa in concreto nel caso in esame”.

Alla luce dei principi enunciati dalla Suprema Corte nella sentenza richiamata e considerato altresì che, secondo la pronuncia della CGUE 18 gennaio 2018, causa C-270/16, *Carlos Enrique Ruiz Conejero*, ivi citata, “l’art. 2 § 2 Lett. b) punto i) Direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in base alla quale un datore di lavoro può licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, nella situazione in cui tali assenze sono dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore, tranne se tale normativa, nel perseguire l’obiettivo legittimo di lottare contro l’assenteismo, non va al di là di quanto necessario per raggiungere tale obiettivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare”, ritiene il Collegio che la disposizione dell’art. 77 CCNL Logistica, pur sorretta da finalità legittima, produca un effetto discriminatorio se applicata a lavoratore disabile, travalicando – in questa ipotesi – i limiti necessari al perseguimento della finalità lecita ad essa sottesa, in assenza di qualsivoglia specifico contemperamento perequativo a tutela della specifica posizione del disabile.

Nel caso di specie, è l’analisi delle certificazioni mediche prodotte, vagliate dal CTU nominato nel giudizio di primo grado unitamente alla documentazione sanitaria in atti, a comprovare l’effettività anche in concreto del maggior rischio, per il disabile, di doversi assentare per malattia rispetto al lavoratore non disabile, posto che, come evidenziato, una

quota determinante delle assenze per malattia è riferibile alle patologie da cui S è affetta e che concorrono a determinare la sua condizione di disabilità.

La correttezza delle conclusioni sopra formulate non è scalfita dalle argomentazioni difensive di segno contrario formulate da G s.r.l.

Diversamente da quanto opinato dalla società, infatti, le previsioni del CCNL che contemplano la facoltà del dipendente di prorogare la propria assenza anche oltre il limite del comporto, per il tramite di aspettativa non retribuita, non costituiscono forme di contemperamento poste a tutela della specifica situazione del disabile, essendo norme di applicazione generalizzata per l'ipotesi di assenza per malattia, senza distinzione tra malattia dovuta a disabilità e altre ipotesi di malattia disancorate dalla disabilità.

Dette previsioni, quindi, non valgono ad escludere che l'art. 77 CCNL, nel trattare indifferentemente l'assenza per malattia di disabili e non, ecceda i limiti necessari al perseguimento del legittimo obiettivo di combattere l'assenteismo e di consentire il proficuo utilizzo delle prestazioni lavorative dei dipendenti, posto che esse non contemplano in alcun modo la specificità del disabile e non costituiscono, quindi, un efficace bilanciamento rispetto agli effetti dell'applicazione di un criterio di calcolo indifferenziato, e perciò discriminatorio, del periodo di comporto (in tal senso cfr. Corte d'appello di Milano, sentenza n. 480/2020 cit.).

Analogamente, non vale ad escludere l'effetto discriminatorio prodotto dall'applicazione dell'art. 77 CCNL il fatto che, come dedotto da parte appellata, nel periodo da febbraio 2017 ad agosto 2019 la lavoratrice abbia usufruito di circa 50 giorni di congedo per cure termali ex art. 7 d.lgs. 18 luglio 2011 n. 119.

L'istituto del congedo per cure ai sensi della norma richiamata, infatti, non incide sulla durata, né sulle modalità di calcolo, del periodo di comporto e non introduce alcun trattamento differenziato a tutela del lavoratore disabile sul piano del diritto alla conservazione del posto di lavoro in caso di malattia dovuta a disabilità.

Neppure rileva che il licenziamento sia intervenuto dopo 480 giorni di assenza, ossia dopo un periodo eccedente la durata del comporto contrattuale (15 mesi, equivalenti a 450 giorni).

La circostanza, discendente da una scelta discrezionale della datrice di lavoro, non esigibile né prevedibile *ex ante*, non è idonea ad escludere la discriminazione indiretta a danno dei disabili sotto il profilo qui in esame, atteso che la disciplina del diritto alla conservazione del posto di lavoro in caso di malattia è rimessa alle parti sociali, alle quali è demandato ex art. 2110, comma 2, c.c., il compito di quantificare il periodo decorso il quale il datore di lavoro può esercitare il recesso.

Alla luce delle considerazioni tutte che precedono – dirimenti ed assorbenti di ogni altra questione – l'appello merita accoglimento e, in riforma della sentenza di primo grado, il licenziamento intimato a S con lettera in data 2 agosto 2019 va dichiarato nullo in quanto discriminatorio e G s.r.l. va condannata a reintegrare la lavoratrice nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 2, comma 1, d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 e a risarcirle il danno in misura pari alle retribuzioni non corrisposte dalla data del licenziamento a quella dell'effettiva reintegrazione, sulla base dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, pari all'importo, non contestato e risultante dai cedolini paga in atti (cfr. doc. 15 fascicolo appellante), di € 2.100,10 lordi (€ 1.800,09 x 14:12), con interessi legali e

rivalutazione monetaria dalla data del licenziamento al saldo, nonché a versare i contributi previdenziali e assistenziali per il medesimo periodo.

Il regolamento delle spese di lite del doppio grado segue il criterio della soccombenza ed i relativi importi sono liquidati in dispositivo, in ragione del valore della controversia e del suo grado di complessità, nonché dello svolgimento di attività istruttoria nel primo grado di giudizio (€ 4.000,00 per il primo grado ed € 3.500,00 per l'appello) con distrazione in favore del difensore della lavoratrice ex art. 93 c.p.c..

Devono essere poste definitivamente a carico di G s.r.l. le spese di CTU, come liquidate dal giudice di primo grado.

P.Q.M.

- in riforma della sentenza n. 19/2022 del Tribunale di Lodi, dichiara nullo il licenziamento intimato a S con lettera in data 2 agosto 2019 e, per l'effetto, condanna G s.r.l., ai sensi dell'art. 2, comma 1, d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, a reintegrare la lavoratrice nel posto di lavoro e a risarcirle il danno in misura pari alle retribuzioni non corrisposte dalla data del licenziamento a quella dell'effettiva reintegrazione, sulla base dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (pari ad € 2.100,10 lordi), con interessi legali e rivalutazione monetaria dalla data del licenziamento al saldo, nonché a versare i contributi previdenziali e assistenziali;
- condanna l'appellata a rifondere all'appellante le spese di lite del doppio grado, che liquida in complessivi € 7.500,00 oltre rimborso forfettario per spese generali (15%) ed oneri accessori di legge e distrae a favore del difensore ex art. 93 c.p.c.;
- pone definitivamente a carico di G s.r.l. le spese di CTU, come liquidate dal giudice di primo grado.

Milano, 16 marzo 2023

Consigliere estensore
Giulia Dossi

Presidente
Silvia Marina Ravazzoni