

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI BOLOGNA
SEZIONE LAVORO

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Chiara Zompi ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 1288/2021 promossa da:

(...) (C.F. (...)) con il patrocinio dell'avv. (...) e dell'Avv. (...) Indirizzo Telematico; (...) Indirizzo Telematico; elettivamente domiciliato in Indirizzo Telematico presso il difensore (...)

ATTORE

contro

(...), con il patrocinio dell'avv. (...) elettivamente domiciliato in (...) presso il difensore avv. (...)

CONVENUTO

Avente ad oggetto: Licenziamento individuale per giust. motivo oggettivo

FATTO E DIRITTO

Con ricorso depositato in data (...), (...) impugnava giudizialmente il licenziamento intimatole dalla (...) in data (...) per superamento del periodo di comporta.

Esponeva di essere stata riconosciuta quale invalida civile al 70% sin dal 23/06/2015 - a causa di diverse patologie - e che, a partire dal 16/9/2020, le era stata altresì riconosciuta una riduzione permanente della capacità lavorativa dal 34% al 73%.

Proseguiva esponendo di aver svolto la propria attività lavorativa senza alcuna difficoltà sino al febbraio 2018 quando - stante le patologie di cui soffriva - era stata costretta ad assentarsi dal luogo di lavoro per diversi periodi di malattia durante i quali aveva subito anche ricoveri ospedalieri.

Ciò premesso deduceva che i giorni di assenza dal luogo di lavoro per malattia erano da ricondursi, con tutta evidenza, alle gravi e numerose patologie di cui ella soffriva e che pertanto il provvedimento di espulsione irrogato - senza alcun avvertimento - dalla (...) in base ad una rigida applicazione delle previsioni della contrattazione collettiva, era da ritenersi nullo perché in violazione della Direttiva 2000/78/CE, recepita dal D.Lgs. 216/2003, che mirava a garantire la parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale.

Sotto altro profilo, lamentava che tra i periodi specificatamente indicati dal datore di lavoro nella lettera di licenziamento, ai fini del calcolo delle assenze, vi erano numerosi giorni in cui essa ricorrente si era assentata dal lavoro non per malattia ma per ricovero ospedaliero.

Su tali premesse, la ricorrente deduceva la nullità del licenziamento in quanto discriminatorio e chiedeva la tutela di cui all'art. 2, comma 1, del D.lgs. 23/2015, con vittoria di spese.

Si costituiva in giudizio la (...) al fine di contestare le pretese avanzate dalla lavoratrice. Anzitutto eccepeva di non aver mai avuto conoscenza dello "stato di invalida civile" al 70% della ricorrente, né al momento dell'assunzione né in epoca successiva, né tantomeno tale informazione le era stata trasmessa da parte del precedente appaltatore al momento del passaggio dell'appalto.

Deduceva inoltre che la ricorrente non aveva mai informato esso datore di lavoro del riconoscimento della riduzione permanente della capacità lavorativa dal 34% al 73%.

Negava quindi l'asserita discriminatorietà del licenziamento, rimarcando il carattere oggettivo ed incontestato del superamento del periodo di comporta, precisando altresì che l'art. 51 del CCNL non prevedeva nessuna differenziazione del computo dei giorni di malattia fra "malattia domiciliare" e "malattia ospedaliera" ai fini del calcolo del periodo di comporta. Fallito il tentativo di conciliazione, la causa veniva istruita documentalmente e, previa concessione di termine per note, all'udienza del 19.5.2022 veniva decisa con sentenza contestuale.

Dato di fatto pacifico all'interno del presente giudizio, in quanto non oggetto di contestazione da parte della ricorrente, è il superamento del periodo di comportamento fissato dal contratto collettivo di riferimento, che all'art. 51 prevede che "... il diritto alla conservazione del posto viene a cessare qualora il lavoratore anche con più periodi di infermità raggiunga in complesso 12 mesi di assenza nell'arco di 36 mesi consecutivi. Ai fini del trattamento di cui sopra si procede al cumulo dei periodi di assenza per malattia verificatisi nell'arco temporale degli ultimi 36 mesi consecutivi che precedono l'ultimo giorno di malattia considerato ...".

Sotto un primo profilo, (...) ha dedotto la nullità del licenziamento per discriminazione indiretta nei confronti del lavoratore disabile, richiamando la giurisprudenza che, in casi analoghi, ha affermato che l'applicazione generalizzata della disciplina dettata dalla contrattazione collettiva, senza la previsione di accorgimenti a tutela delle persone che siano da qualificare disabili, creerebbe una discriminazione indiretta, in violazione della normativa comunitaria.

Ebbene, questo Giudice non ignora che parte della giurisprudenza di merito, con motivazioni ampiamente argomentate, ha sostenuto le tesi propugnate da parte ricorrente (vedasi Corte Appello Genova, sent. 211/2021, Tribunale di Verona, ordinanza del 21/03/2021, Tribunale di Mantova, sent. 22 settembre 2021, n. 126, prodotte dalla ricorrente).

Tuttavia, ad avviso del giudicante va preferita la ricostruzione offerta da altra giurisprudenza, che di seguito si richiama anche ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c..

In particolare, appaiono condivisibili le ampie motivazioni della sentenza Corte di Appello di Palermo, 14 febbraio 2022, n. lli, ove si legge: "Con il secondo motivo, l'appellante censura la sentenza impugnata anche nella parte in cui ha ritenuto che la valutazione identica della malattia necessaria e sufficiente a determinare la maturazione del periodo di comportamento per un disabile - come tale assunto - e per un lavoratore non affetto da disabilità costituisce discriminazione indiretta, a sensi della direttiva n. 2000/78/CE" ...e ciò "anche a prescindere dal fatto che egli sia stato impiegato in mansioni non conformi alla misura dell'invalidità ed alle patologie invalidanti e in violazione delle limitazioni della sua idoneità alle mansioni"; con un duplice ordine di conseguenze: la prima consistente nell'alleggerimento dell'onere probatorio a carico del lavoratore, D.Lgs. n. 150 del 2011, ex art. 28; la seconda comportante la nullità delle clausole dei contratti collettivi che non prevedano, nella determinazione del periodo di comportamento, l'applicazione di un trattamento differenziato in favore dei soggetti disabili assunti come invalidi civili, clausole che andrebbero pertanto disapplicate per violazione della direttiva comunitaria e della norma interna che ad essa dà attuazione.

Tale tesi risulta ampiamente superabile alla luce delle numerose cautele che assistono il rapporto di lavoro dei soggetti disabili e che ne favoriscono l'inserimento lavorativo in un'ottica solidaristica, secondo una disciplina che impone al datore di lavoro un serie di oneri aggiuntivi, rispetto ai lavoratori non disabili, diretti a consentire l'espletamento della prestazione lavorativa dell'invalido in modo compatibile con il suo stato di disabilità; è proprio alla luce di tale compendio normativo, come osservato dalla giurisprudenza di legittimità - peraltro pure citata dal Tribunale - che non è possibile rinvenire nella parità di disciplina del comportamento, tra disabili e non, alcun elemento di discriminazione, sul presupposto che, ove risultino osservate le citate disposizioni, la prestazione resa dal disabile è adeguata alle sue capacità lavorative, allo stesso modo di qualsiasi altro lavoratore non affetto da disabilità.

Come, infatti, puntualmente osservato dalla Suprema Corte, "alla stregua della L. n. 482 del 1968, art. 10, comma 1, (sulla disciplina generale delle assunzioni obbligatorie), il quale stabilisce l'applicabilità agli assunti in quota obbligatoria del normale trattamento economico e giuridico, è da escludere la detraibilità dal periodo di comportamento delle assenze determinate da malattia ricollegabile allo stato di invalidità (Cass. 20 marzo 1990, n. 2302; Cass. 16 aprile 1986, n. 2697)"; dovendosi semmai la diversità di tutela ricondursi ai principi generali in tema di adempimento contrattuale

(art. 2087 c.c.) ed al loro diverso atteggiarsi nel caso di un rapporto di lavoro instaurato con un prestatore invalido, assunto obbligatoriamente a norma della L. 2 aprile 1968, n. 482, dovendo, in tal caso, il datore di lavoro, che a norma dell'ex art. 2087 c.c. deve adottare tutte le misure necessarie per l'adeguata tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore, in osservanza delle disposizioni della detta legge, far sì che le mansioni alle quali il lavoratore invalido viene adibito siano compatibili con la sua condizione (Cass. 4 aprile 1989, n. 4626; Cass. 18 aprile 2000, n. 5066; Cass. 7 aprile 2011, n. 7946; Cass. n. 17720/2011). Pertanto una volta assolto, nei termini sopra indicati, l'obbligo di garanzia della salubrità delle condizioni di lavoro, rapportate, in termini di correttezza e ragionevolezza, alle particolari condizioni di salute del disabile assunto come invalido civile, nessuna diversità di trattamento tra soggetti invalidi e non affetti da disabilità è più consentita, quanto alla determinazione del periodo di comporta".

In questo senso giova rammentare che lo scopo delle regole dettate dall'art. 2110 c.c. per l'ipotesi di assenza determinata da malattia del lavoratore è quello di contemperare gli interessi confliggenti del datore di lavoro a mantenere alle proprie dipendenze solo chi lavora e del lavoratore a disporre di un congruo periodo di tempo per curarsi senza perdere i mezzi di sostentamento, riversando sull'imprenditore, in parte e per un determinato tempo, il rischio della malattia del dipendente, per modo che il superamento del dato temporale è condizione sufficiente a legittimare il recesso, non essendo necessaria alcuna prova di giustificato motivo oggettivo né di impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa o di adibire il lavoratore a mansioni diverse.

L'interesse del lavoratore, anche disabile, a conservare il posto di lavoro deve quindi essere ponderato in relazione sinallagmatica con quello del datore di lavoro di non doversi fare carico a tempo indefinito del contraccolpo che le assenze cagionano all'organizzazione aziendale. E' infatti indispensabile soppesare gli interessi giuridicamente rilevanti delle parti del rapporto di lavoro: da un lato l'interesse del disabile al mantenimento di un lavoro confacente con il suo stato fisico e psichico, in una situazione di oggettiva ed incolpevole difficoltà; d'altro lato l'interesse del datore a garantirsi comunque una prestazione lavorativa utile per l'impresa, tenuto conto che l'art. 23 Cost. vieta prestazioni assistenziali, anche a carico del datore di lavoro, se non previste per legge (Cass. SS.UU. n. 7755/1998) e che la stessa direttiva 2000/78/CE, al Suo considerando 17, "non prescrive ... il mantenimento dell'occupazione ... di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione".

Il contemperamento di questi due interessi confliggenti trova poi, nel nostro ordinamento, la sua sede naturale nella contrattazione collettiva: sono quindi le parti sociali ad individuare in che misura e fino a che punto possa riversarsi sull'imprenditore il rischio della assenza dal lavoro del dipendente per malattia.

Nel caso di specie, la contrattazione collettiva, all'art. 51, non distingue il periodo di comporta riconosciuto al lavoratore disabile da quello riconosciuto alla generalità degli altri lavoratori, né si ritiene che tale previsione negoziale contrasti con la direttiva 2000/78/CE.

Sul punto si richiama la recente pronuncia della Corte di Cassazione n. 30478/2021 nella quale, esprimendosi proprio sulla questione inerente alla discriminatorietà delle disposizioni contrattual-collettive, la Corte ha chiarito che "Alla stregua della sentenza della Corte di Giustizia C.E., 11 luglio 2006, C13/05, secondo il diritto comunitario, handicap e malattia non appaiono concetti fra loro assimilabili, si che un lavoratore licenziato per causa di malattia non può invocare la tutela offerta ai disabili dalla direttiva n. 2000/78/CE, contro le discriminazioni sul luogo di lavoro. In detta pronuncia è stato affermato che una persona licenziata esclusivamente a causa di malattia non rientra nel quadro generale per la lotta contro la discriminazione fondata sull'handicap istituito dalla direttiva 2000/78, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Infatti, anche se la nozione di "handicap" ai sensi della direttiva 2000/78 va intesa come un limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche,

mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale, è esclusa un'assimilazione pura e semplice delle due nozioni di "handicap" e di "malattia". Utilizzando la nozione di "handicap" all'art. 1 della direttiva di cui trattasi, il legislatore ha deliberatamente scelto un termine diverso da quello di "malattia". In ogni caso, la direttiva 2000/78 non contiene alcuna indicazione che lasci intendere che i lavoratori sono tutelati in base al divieto di discriminazione fondata sull'handicap appena si manifesta uno stato di malattia. La malattia in quanto tale non sembra essere considerata un motivo che si aggiunge a quelli in base ai quali la direttiva 2000/78, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, vieta qualsiasi discriminazione".

Ciò detto, deve altresì rilevarsi che, nel caso di specie, la (...) ha dedotto - e sul punto non vi è contestazione - di non essere stata mai portata a conoscenza dello stato di invalidità della e che pertanto doveva escludersi a priori ogni possibile discriminatorietà del licenziamento. Sul punto si osserva che, sebbene la discriminazione indiretta come elaborata dalla giurisprudenza comunitaria notoriamente operi sul piano oggettivo, a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro, nel caso di specie tuttavia, ove si volesse affermare, in astratto, l'obbligo per il datore di espungere dal comparto le assenze collegate allo stato di invalidità del dipendente, allora però necessariamente occorrerebbe, al fine di rendere esigibile detto obbligo, imporre al dipendente l'onere di comunicare al datore quali assenze siano riconducibili alla malattia invalidante, stante l'oggettiva impossibilità per il datore di lavoro di controllare detto nesso causale non essendo a conoscenza della diagnosi dei certificati di malattia di cui normalmente viene a conoscenza solo in sede di impugnazione del recesso.

In questo senso si richiama la sent. Corte di Appello di Torino n. 604/2021, nelle cui condivisibili motivazioni si legge: "Il dovere del datore di lavoro di espungere dai giorni di assenza per malattia quelli riconducibili alla disabilità del dipendente presuppone infatti la conoscenza della ragione dell'assenza e detta conoscenza è possibile solo con la cooperazione del dipendente sul quale incombe l'onere di comunicare le assenze riconducibili alla disabilità.

L'adempimento di detto onere è reso estremamente agevole dal d.m. 18.4.2012 che ha introdotto la possibilità di indicare nei certificati barrando la corrispondente casella se l'assenza dal lavoro sia uno stato patologico connesso alla situazione di invalidità riconosciuta.

La composizione dei contrapposti interessi delle parti è quindi possibile solo per il tramite della collaborazione di entrambe le parti e la comunicazione da parte del lavoratore disabile dei giorni di malattia riconducibili alla disabilità, oltre ad essere condotta certamente non gravosa, si inquadra nel rispetto dei canoni di buona fede e correttezza nell'adempimento della prestazione.

Nel giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti non può infatti prescindere dalla considerazione che è il lavoratore a dover dimostrare l'esistenza di una causa giustificatrice dell'assenza, fatto impeditivo dell'inadempimento conseguente alla mancata erogazione della prestazione lavorativa".

Nel caso di specie, non solo nei certificati medici prodotti in atti non risulta barrata la casella corrispondente a "stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta", ma la ricorrente non si è neppure curata di portare a conoscenza del datore la stessa situazione di invalidità riconosciuta, rendendo di fatto impossibile a (...) riservarle un trattamento più favorevole nel computo del comparto, in virtù della sua situazione di disabilità.

Da ultimo, occorre rilevare che in ricorso viene allegato, del tutto genericamente, che "i giorni di assenza dal luogo di lavoro per malattia sono da ricondursi, con tutta evidenza, alle gravi e numerose patologie" di cui la ricorrente soffre, ma non vi alcuna specifica allegazione, né alcun elemento di prova, del fatto che tutte o parte delle singole assenze per malattia siano causalmente riconducibili al suo stato di handicap.

Ora, se in astratto può concordarsi sul fatto che il lavoratore disabile sia più esposto al rischio di assentarsi dal lavoro per malattia rispetto al lavoratore non disabile, tale assunto va calato nel caso concreto e rapportato agli oneri di allegazione e prova che gravano sulle parti del processo, per cui se è il lavoratore ad affermare che alcune o tutte le assenze per malattia vanno espunte dal comportamento perché riconducibili alla disabilità che lo affligge, di tale assunto dovrà offrire la specifica prova, eventualmente anche a mezzo di una CTU medico legale, che la parte ricorrente non ha mai chiesto. Neppure è stata prodotta una perizia di parte o altra documentazione a supporto dell'assunto di parte ricorrente, mentre va ribadito che i certificati medici prodotti in atti non solo nulla provano sul punto ma, semmai, dimostrano il contrario, visto che non contengono, come già si è detto, la spunta sulla casella "stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta". Il primo motivo di impugnazione del licenziamento non appare pertanto fondato. In via subordinata, la ricorrente deduce la nullità del licenziamento per violazione di norma di legge, sul rilievo che tra i periodi conteggiati dal datore ai fini del calcolo del comportamento vi sarebbero numerosi giorni in cui la ricorrente si era assentata dal lavoro per ricovero ospedaliero. Orbene, sul punto basti osservare che il CCNL Imprese di Pulizia e Multiservizi pacificamente non distingue tra le due causali di assenza, a differenza di ciò che prevedono altri Contratti Collettivi. L'art. 51 infatti non preveda nessuna differenziazione del computo dei giorni di malattia fra "malattia domiciliare" e "malattia ospedaliera" ai fini del calcolo del periodo di comportamento. Né tale previsione della contrattazione collettiva può ritenersi nulla per contrarietà a norme di legge o di rango costituzionale, che peraltro parte ricorrente neppure ha indicato. In particolare, non pare conferente il richiamo alla recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 28/2021, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. art. 68, comma 3, del D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 "nella parte in cui, per il caso di gravi patologie che richiedano terapie temporaneamente e/o parzialmente invalidanti, non esclude dal computo dei consentiti diciotto mesi di assenza per malattia i giorni di ricovero ospedaliero o di day hospital e quelli di assenza dovuti alle conseguenze certificate delle terapie". In tale arresto infatti la Corte, lungi dall'affermare un principio di carattere generale, si è occupata della specifica fattispecie del raffronto fra la disciplina delle assenze per malattia nel pubblico impiego non privatizzato, contenuta negli artt. 68 e 70 D.P.R. 3/1957, e quella dell'impiego pubblico contrattualizzato, contenuta nei CCNL applicabili che prevedono espressamente lo scomputo dei giorni di ricovero ospedaliero o day hospital e quelli dovuti alle conseguenze certificate delle malattie (art. 35 CCNL per il comparto Università 2006-2009). In questo contesto la Suprema Corte, pur non riconoscendo la violazione dell'art. 3 Co st. per differenziazione nel tempo tra le due categorie dei lavoratori, ha poi affermato che "Tuttavia il mancato riconoscimento del periodo di comportamento manifesta una intrinseca irrazionalità che lo rende costituzionalmente illegittimo per violazione, sotto questo diverso profilo, dell'art. 3 Cost., con assorbimento del residuo parametro (art. 32 Cost.). Esso infatti è la manifestazione di un ritardo storico del legislatore rispetto alla contrattazione collettiva".

Ma nel caso che occupa è proprio la contrattazione collettiva a non contenere alcuna previsione nel senso voluto dalla ricorrente, né all'esito auspicato può giungersi in via interpretativa, a fronte dell'inequivoco tenore letterale della clausola pattizia che evidentemente ricomprende nel comportamento ogni assenza per malattia.

Il ricorso appare pertanto complessivamente infondato e deve essere rigettato.

Le spese vengono compensate tra le parti in considerazione delle precarie condizioni di salute della ricorrente e dello stato di disoccupazione conseguente al licenziamento.

P.Q.M.

Il Giudice del Tribunale di Bologna, in funzione di Giudice del Lavoro, ogni contraria istanza disattesa e respinta, definitivamente decidendo, respinge il ricorso.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

Così deciso in Bologna il 19 maggio 2022.
Depositata in Cancelleria il 19 maggio 2022.