



TRIBUNALE DI SANTA MARIA CAPUA VETERE
Sezione Lavoro e Previdenza

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, in funzione di giudice del lavoro, nella persona del giudice designato per la trattazione, dott.ssa Federica Ronsini, nella causa individuale di lavoro di impugnativa del licenziamento, iscritta al N. 26511/2018 R.G., promossa da:

....., nata il a e ivi residente in
via
di erede di nato a il e deceduto il
.....

rappresentata e difesa dall'avv. Raffaele FERRARA, presso cui è elettivamente domiciliata in via Salvo D'Acquisto, n. 200, Aversa (CE), come da procura alle liti in atti,

RICORRENTE

CONTRO

..... in persona dell'Amministratore unico e legale rapp.te sig.
..... nato ad il , rapp.to e difeso, anche separatamente, dagli
avv.ti Nicola CORSO e Paola COLOMBRINO, giusta procura, ed elett.te dom.to con
gli stessi in Caserta alla via Roma n.10,

RESISTENTE

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

ex art. 1 co. 47 e ss. L. 92/2012, cd. "Fornero"

Il Giudice, esaminati gli atti e letti i documenti di causa;
sciogliendo la riserva di cui all'udienza del 12 giugno 2019,
a seguito della discussione orale dei procuratori costituiti e sulle conclusioni rassegnate in
udienza,
osserva quanto segue.

IN FATTO

Con ricorso depositato in data 16 giugno 2017, l'odierno ricorrente, sig.
deduceva quanto segue a fondamento delle proprie prospettazioni.

Di aver lavorato alle dipendenze della convenuta, dal 19 febbraio 1991,
dapprima presso il Centro Commerciale sito in e,
successivamente e fino al licenziamento, avvenuto in data 16 novembre 2016, in
.....

Firmato Da: RONSINI FEDERICA Emesso Da: AFUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 28214746ae17339db49209025ae095c8



Di essere stato addetto da principio e sino al 1995 al reparto ortofrutta, adibito a caricare e scaricare la merce e a posizionarla nei rispettivi scaffali; *di* essere stato solo formalmente destinato al reparto "no food" (ovvero detersivi, profumi, bazar, settore tecnologico, hi-fi, audio...), ma *di* essersi occupato sempre sostanzialmente del settore "food", con disposizioni precise di caricare le pedane contenenti alimenti, di spostare la merce sollevandola e posizionandola nei vari scaffali all'uopo predisposti.

Di essere affetto, sin dall'età di sei anni, da diabete mellito insulino-dipendente, oltre che da paresi del radiale sinistro con ipoplasia muscolare arto superiore sinistro, frattura pluriframmentaria femore sinistro, con lieve riduzione del movimento di flessione del ginocchio (invalidità riconosciuta dalla Commissione Invalidi inizialmente con percentuale del 50% e poi del 70%).

Di aver subito, a causa del diabete citato, nel 2007 anche l'amputazione dell'alluce destro. Per tali condizioni patologiche, ha rammentato *di* essersi sottoposto nel corso degli anni a periodiche visite del medico competente ex D. Lgs. 81/2008; *di* essere stato, inoltre, dichiarato il 1 dicembre 2008 "idoneo con limitazioni" per quanto riguarda lo svolgimento di compiti gravosi che espongono il sovraccarico biomeccanico dell'apparato osteoarticolare ovvero non adibizione a turni.

Di essere stato, infine, ricoverato il giugno 2016 per sindrome coronarica acuta, scompenso cardiaco e diabete mellito scompensato, e sottoposto, pertanto, ad intervento chirurgico per infarto del miocardio.

Ha lamentato, dunque, *di* essere stato costretto – per volere datoriale - nell'espletamento delle mansioni di addetto al settore food a stare sempre alzato, a fare continui movimenti abbassandosi e alzandosi per spostare la merce, con esposizione al sovraccarico biomeccanico dell'apparato osteoarticolare e conseguente peggioramento delle proprie condizioni di salute (cfr. documentazione medica allegata), nonostante le prescrizioni contrarie del medico competente e i numerosi inviti a mutare i propri compiti.

Per tali circostanze, dunque, ha dedotto *di* essere stato nella necessità di assentarsi continuamente dal lavoro e *di* essere stato, infine, licenziato per superamento del periodo di comportamento, con lettera raccomandata a/r del novembre 2016.

Alla luce di siffatta ricostruzione, ha adito l'interessato Tribunale per impugnare il licenziamento comminatogli, in quanto nullo per discriminazione indiretta e violazione degli obblighi di buona fede e correttezza, a causa della mancata comunicazione da parte del datore dell'imminente scadenza del periodo di conservazione del posto di lavoro, con conseguente impossibilità di fruire del periodo di aspettativa previsto dal CCNL Terziario; la sua doglianza ha, altresì, riguardato l'illegittimità/invalidità/inefficacia del recesso per mancato superamento del periodo di comportamento ex articolo 175 del CCNL di settore, per la non computabilità, ai fini del comportamento, dei giorni di assenza dovuti a responsabilità del datore ex art. 2087 c.c., nonché per il computo errato dei giorni di assenza; infine, ha denunciato la violazione dell'art. 7 L. 604/1966, così come modificato dall'art. 1, comma 40, della Legge 92/2012 cd. Fornero, per il mancato previo esperimento della conciliazione preventiva prevista in caso di giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

Per tutte le suesposte ragioni, ha chiesto la condanna di parte resistente alla reintegra nel posto di lavoro con adibizione a mansioni compatibili con il proprio stato di salute,



nonché il risarcimento del danno ex art. 18 della L. 300/1970, nella misura di tutte le retribuzioni maturate e maturande dalla data di licenziamento e fino all'effettiva reintegra (ultima retribuzione mensile lorda percepita pari ad € 1.025,03) e il versamento dei relativi contributi; ovvero la dichiarazione di continuità giuridica del rapporto di lavoro, con corresponsione di tutte le mensilità per il dedotto periodo; ovvero la condanna della resistente alla reintegra con risarcimento del danno nella misura di 12 mensilità; ovvero la condanna al solo risarcimento del danno da un minimo di 12 fino ad un massimo di 24 mensilità.

Il tutto con vittoria di spese di giudizio ed attribuzione al procuratore, dichiaratosi antistatario.

Ritualmente instauratosi il contraddittorio, si è costituita tempestivamente in giudizio, con memoria del 10 ottobre 2017, la società resistente, per impugnare tutte le argomentazioni spese dal ricorrente.

In particolare, ha avvertito la ricostruzione in fatto offerta dal lavoratore, e - nello specifico - le mansioni a cui era adibito, deducendo che il signor ... era addetto al rifornimento degli scaffali della carta e di prodotti affini (tovaglioli di carta, carta igienica, pannolini, etc...) dal peso insignificante.

Ha ammesso che con esattezza il numero totale di giorni di assenza per malattia alla data del 16 novembre 2016 non era di 187, come erroneamente indicato nella lettera di licenziamento, bensì di 181 giorni.

Ha contestato la sussistenza dell'obbligo da parte del datore di lavoro di avvertire preventivamente il lavoratore dell'imminente scadenza del periodo di comporto, citando giurisprudenza di supporto.

Ha eccepito, infine, nell'ipotesi di accoglimento del ricorso, in compensazione atecnica la somma lorda di € 20.443,29, percepita dal ricorrente in occasione della cessazione del rapporto di lavoro a titolo di TFR.

Ha concluso, pertanto, per il rigetto del ricorso, in quanto infondato in fatto e diritto, vinte le spese di lite.

Nelle more del giudizio, in data 10 dicembre 2018, il sig. ... è deceduto (cfr. certificato di morte depositato) e, pertanto, in data ... dicembre 2018 si è costituita la moglie erede legittima ..., avendo interesse alla prosecuzione del giudizio ai soli fini risarcitori.

Incardinata dinanzi al precedente istruttore titolare del ruolo, la causa è stata da quest'ultimo istruita, ritenuto che i mezzi di prova richiesti fossero indispensabili al fine di raccogliere elementi utili sulla scorta dei quali precisamente ricostruire i fatti posti a base della vicenda, con libero interrogatorio del lavoratore, produzioni documentali e prova testimoniale.

Fallito il tentativo di bonario componimento della lite ed autorizzato il deposito di note, perveniva a questo Giudicante innanzi al quale veniva portata per la prima volta all'odierna udienza di discussione, le parti concludevano nei termini pocanzi espliciti e - a scioglimento della riserva - il Giudice emanava la presente ordinanza.



All'evidenza – e per quanto compatibile con la sommarietà della cognizione – la domanda è fondata e merita accoglimento per le seguenti ragioni

IN DIRITTO

Thema decidendum è la valutazione della legittimità del recesso dal rapporto di lavoro da parte della società resistente.

Appare opportuno rilevare che, secondo i criteri in materia di distribuzione dell'onere della prova, fatti costitutivi necessari e sufficienti a reggere gli effetti giuridici che il lavoratore mira a conseguire attraverso la cd. impugnativa di licenziamento sono la pregressa esistenza di un rapporto di lavoro subordinato e la sua interruzione a seguito di un atto di licenziamento; fatti impeditivi degli effetti giuridici che il lavoratore attore mira a conseguire sono la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, dichiarati e manifestati nel rispetto delle forme, anche procedurali.

In questa prospettiva, essendo pacifico il rapporto di lavoro subordinato, che legava l'istante alla società convenuta, occorrerà valutare la vicenda posta a fondamento del licenziamento e verificare, dal materiale probatorio acquisito, se rispetto ad essa siano stati forniti univoci riscontri circa la fondatezza del potere risolutorio esercitato dall'imprenditore.

La lettera raccomandata del 16 novembre 2016, con cui la società resistente ha comunicato al ricorrente il licenziamento per superamento del periodo di comportamento previsto dal CCNL di settore è del seguente tenore: *“Ai sensi del vigente CCNL per i dipendenti da aziende del terziario, della distribuzione e dei servizi, Le comuniciamo il Suo licenziamento per superamento del periodo di comportamento, essendo superato il periodo contrattuale di conservazione del posto (art. 175).*

Sta di fatto che Lei alla data del 2 novembre 2016 ha realizzato un numero di giornate di malattia pari a giorni 187, secondo l'analitico dettaglio che segue afferente i certificati medici inviatici [...].”

Nella lettera di licenziamento allegata da parte ricorrente sono indicate in colonna le assenze nel numero e nelle date.

Orbene, l'art. 2110 c.c. prevede che, *nei casi di infortunio, malattia, gravidanza, puerperio, l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'art. 2118 c.c., decorso il periodo stabilito dalla legge, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità.*

Il licenziamento che trovi giustificazione nelle assenze per malattia del lavoratore costituisce un'ipotesi speciale di licenziamento in cui il giustificato motivo di recesso è espressamente previsto dalla legge, sicché nessuno spazio residua per una valutazione giudiziale delle ripercussioni negative sull'azienda dell'assenza del lavoratore.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale ormai affermato, il lavoratore malato che ha superato il periodo di comportamento è liberamente licenziabile, in quanto la disciplina speciale posta dall'art. 2110 c.c. trova applicazione *in luogo di quella sui licenziamenti individuali dettata dalla L. 604 del 1966, limitatamente alla materia comune ad entrambe e, cioè, alla normativa di natura sostanziale attinente alle ragioni ed ai motivi del licenziamento* (cfr. Cass. civ. sez. lav. 24.1.1997 n. 716).

Trovano, invece, applicazione, anche nell'ipotesi di licenziamento per superamento del



periodo di comporto, le regole dettate dall'art. 2 L.604/66, modificato dall'art. 2 L. n. 108/90, sulla forma dell'atto e della comunicazione dei motivi del recesso, e l'art. 5 in materia di onere della prova della fattispecie giustificatrice del licenziamento – ma nessuno dei due aspetti è stato reso oggetto di doglianza nel caso di specie -, poiché nessuna norma speciale è al riguardo dettata dall'art. 2110 c.c. (cfr. Cass. civ. Sez. Lav. 24.1.1997 n. 716 ; Cass. civ. Sez. Lav. 13.12.1999 n. 13992).

In diritto, il superamento del periodo di comporto costituisce unica condizione, necessaria e sufficiente per ritenere la legittimità del recesso.

Si tratta di un contemperamento tra interessi contrapposti: quello del datore di lavoro a mantenere alle proprie dipendenze solo chi lavora e produce e del lavoratore a disporre di un congruo periodo di tempo per curarsi senza perdere i mezzi di sostentamento e l'occupazione.

Il rischio dell'assenza del lavoratore ricade sulla parte datoriale, dunque, non a tempo indefinito, bensì per un *periodo ritenuto congruo e tollerabile, nella specie predeterminato dalla fonte collettiva* (cfr. Cass., sez. lav., 24-06-2005, n. 13624).

Fatta questa doverosa premessa sull'istituto e sulla relativa disciplina, si passa ad esaminare le censure mosse dal lavoratore.

La violazione degli obblighi di comunicazione.

Sul punto, l'argomentazione difensiva di parte ricorrente che ha dedotto l'illegittimità del licenziamento per violazione dei principi di buona fede e correttezza merita condivisione.

Corrisponde al vero che il CCNL di categoria non prevede alcun obbligo di comunicare al dipendente l'imminente superamento del periodo di comporto.

Né la parte ricorrente ha indicato una norma del CCNL che prevede un simile obbligo.

Questo Giudice non ignora quanto da sempre propugnato dalla giurisprudenza di legittimità sul punto.

Nei casi in cui il contratto collettivo nulla disponga, *“la risoluzione del rapporto costituisce la conseguenza di un caso di impossibilità parziale sopravvenuta dell'adempimento, in cui il dato dell'assenza dal lavoro per infermità ha una valenza puramente oggettiva; ne consegue che non rileva la mancata conoscenza da parte del lavoratore del limite c.d. esterno del comporto e della durata complessiva delle malattie e, in mancanza di un obbligo contrattuale in tal senso, non costituisce violazione da parte del datore di lavoro dei principi di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto la mancata comunicazione al lavoratore dell'approssimarsi del superamento del periodo di comporto, in quanto tale comunicazione servirebbe in realtà a consentire al dipendente di porre in essere iniziative, quali richieste di ferie o di aspettativa, sostanzialmente elusive dell'accertamento della sua inidoneità ad adempiere l'obbligazione.* (così Cass., sez. lav., 28-06-2006, n. 14891).

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, infatti, con orientamento costante e consolidato afferma che: *“Non esiste un dovere del datore di lavoro di avvertire il lavoratore, assente per lungo tempo, che il periodo di conservazione del posto sta per scadere; infatti, il lavoratore è in grado, anche con l'assistenza del sindacato, di effettuare la somma dei giorni di assenza per malattia e di verificare se il periodo di conservazione del posto stia per scadere”* (Cass. civ., sez. lav., 22-04-2008, n. 10352).



Anche la giurisprudenza di merito ha, in più occasioni, affermato tali principi: *"nel rapporto di lavoro i principi di correttezza e buona fede rilevano, come norme di relazione con funzione di fonti integrative del contratto (art. 1374 c.c.), ove ineriscano a comportamenti dovuti in relazione ad obblighi di prestazione imposti al datore di lavoro dal contratto collettivo o da altro atto di autonomia privata; ne consegue che, in assenza di qualsiasi obbligo previsto dalla contrattazione collettiva, il datore di lavoro non ha l'onere di avvertire preventivamente il lavoratore della imminente scadenza del periodo di comporto per malattia al fine di permettere al lavoratore di esercitare eventualmente la facoltà di chiedere tempestivamente un periodo di aspettativa, come previsto dal contratto collettivo stesso"* (cfr. *ex multis* Tribunale di Milano, sentenza del 31 agosto 2004).

Il solo fatto del superamento del numero di assenze fissate contrattualmente, pertanto, caduca il diritto alla conservazione del posto di lavoro ed è necessario e sufficiente perché il datore di lavoro possa licenziare il dipendente, non essendo esigibile che quest'ultimo si attivi al fine di comunicare l'imminente scadenza del comporto al lavoratore, il quale in tali casi è gravato da un preciso onere di autoresponsabilità.

Infatti, va posto in luce che trattandosi di *eventi direttamente riconducibili alla sfera del lavoratore questi ha certamente avuto la possibilità di conoscere ex se, in modo completo e minuto, le circostanze di fatto relative alla causale del recesso; dell'evento "assenza per malattia" il lavoratore ha (o, comunque, poteva facilmente averla con l'uso di una normale diligenza) conoscenza personale, diretta, completa ed esaustiva* (sul punto cfr. anche con Cass., sez. lav. 23.11.2010, n.23920).

Quanto detto – si aggiunge – costituisce principio di carattere generale, ma con valenza non assoluta, residuando ipotesi in cui il datore è tenuto alla comunicazione in parola.

L'esistenza di un obbligo o onere in capo ad un'azienda di comunicare al dipendente i giorni di malattia dallo stesso usufruiti e i criteri di computo del comporto può sussistere, eventualmente, nel caso in cui il lavoratore abbia avanzato una specifica richiesta in tal senso.

Ove il dipendente, prima del licenziamento, abbia fatto istanza all'azienda di conoscere l'esatto numero dei giorni di assenza per malattia e *parte datoriale sia rimasta inerte può, in ipotesi (che non ricorre nella fattispecie) ritenersi certamente sussistente un comportamento contrario ai doveri di buona fede e correttezza, tale da poter invalidare il licenziamento* (sul punto cfr. Tribunale Milano, 22.1.2007, parte convenuta).

Nel caso in esame, il ricorrente non ha mai dedotto né provato (prova, peraltro di facile allegazione) di avere presentato una formale richiesta di conoscere i dati numerici relativi alle sue assenze.

Tuttavia, la specificità del caso in esame impone un ragionamento differente.

Per la gravità delle patologie sofferte dal ricorrente, questo Giudice ritiene che si possa configurare quella situazione di "minorata difesa" invocata, che connota l'intimato licenziamento del predicato della discriminazione, nella forma della discriminazione indiretta, con conseguente applicazione della tutela reale cd. "forte".

Secondo parte ricorrente, la società non avrebbe avvisato il proprio dipendente del sopraggiungere del termine indicato contrattualmente come comporto anche in considerazione del fatto che lo stesso contratto prevedeva la possibilità di chiedere quattro mesi di aspettativa non retribuita, che non potevano non essere concessi, per superare il periodo di malattia del ricorrente.



È pacifico tra le parti che il ricorrente, dal giugno 2016 si è dovuto assentare dal lavoro per l'insorgere di serie complicanze presumibilmente riconducibili al diabete mellito, da cui era affetto sin dall'età infantile, nonché di patologie nuove e dal diabete indipendenti, con necessità di un intervento chirurgico delicato.

In particolare, il lavoratore è stato ricoverato d'urgenza per sindrome coronarica acuta e infarto del miocardio (cfr. cartella clinica allegato n. 4 produzione di parte), a seguito dei quali, il 21 giugno, è stato sottoposto ad intervento con applicazione di PTCA + BES, il tutto aggravato da insufficienza renale acuta.

In data 16 novembre 2016 ha ricevuto comunicazione di interruzione del rapporto di lavoro per superamento del periodo di comporto ex art. 175 CCNL settore terziario. L'art. 181 del medesimo contratto prevede la possibilità di prolungare di altri 120 giorni il termine e, in caso di patologie gravi e per terapie salvavita, di ulteriore periodo di aspettativa fino alla guarigione clinica e comunque di durata non superiore a ulteriori dodici mesi.

Ritiene questo Giudice che, considerando il caso particolare posto alla sua attenzione e in accordo con gli approdi di maggiore "sensibilità" per il lavoratore malato a cui è giunta la giurisprudenza di merito, la società . s.r.l. avrebbe dovuto comportarsi in maniera diversa e consona ai principi civilistici di correttezza e buona fede ex art. 1175 c.c. e ai più generali principi di solidarietà sociale ex art. 2 Costituzione, che impongono di cooperare attivamente al fine del soddisfacimento dell'interesse della propria controparte contrattuale, con il limite dell'apprezzabile sacrificio.

Si vuol significare, cioè, che se è vero che generalmente non vi è l'obbligo per il datore di comunicare l'appropinquarsi della scadenza del comporto al lavoratore malato, vi sono delle fattispecie particolarmente gravi, in cui la comunicazione datoriale è sicuramente meno gravosa rispetto al dovere di attivarsi per chiedere informazioni da parte del lavoratore gravemente ammalato.

Infatti, occorre distinguere i casi in cui vi sia una malattia per così dire "comune", cioè dalla prognosi sicuramente fausta, facilmente guaribile ed anche in tempi brevi, e dalla convalescenza non invalidante, da quelli di estrema gravità, in cui le condizioni di integrità psico-fisica del lavoratore siano particolarmente critiche – come nel caso di specie, in cui non vi è dubbio che la salute del ricorrente fosse seriamente compromessa -, caratterizzate da una prognosi non sicuramente fausta e da una convalescenza lunga e suscettibile di complicanze molto pericolose.

In queste ipotesi, anche in assenza di una regola espressa in ordine alla comunicazione relativa all'approssimarsi del termine del comporto tenendo conto della situazione particolarmente delicata e grave del ricorrente, che sia per la sua pregressa situazione di *handicap* (da sempre conosciuta da parte datoriale ed emersa anche all'esito delle visite ex D.lgs. 81/2008), che per la gravità della patologia in corso presumibilmente non era in grado di prestare attenzione ai termini del comporto, un comportamento teso alla correttezza ed alla buona fede da parte della società avrebbe dovuto imporre una comunicazione, anche per informare della possibilità di utilizzare la procedura prevista contrattualmente per salvare il posto di lavoro dall'art. 181 ricordato e proprio in considerazione del meccanismo richiamato, senza il quale una preventiva comunicazione in un caso grave come il presente poteva risultare inutile.



"Le regole possono non essere scritte ma ricavarsi dai principi generali e nel nostro ordinamento il principio della solidarietà sociale è richiamato dall'art. 2 della nostra Costituzione e in considerazione delle difficoltà umane del ricorrente non poteva consentire un mero rispetto alla lettera della norma ma imponeva un comportamento positivo atto a preservare al lavoratore la possibilità di riprendere la propria attività in caso di una auspicata guarigione" (in questi termini, Tribunale Bologna sez. lav., 15/04/2014, n.452).

Si tratta di un comportamento con una oggettiva idoneità a discriminare un lavoratore in considerazione delle sue condizioni di salute particolarmente gravi e come tale atto a rendere nullo il licenziamento con le conseguenze previste dall'art. 18 comma I° l. 300/70 come modificato dalla L.92/2012.

Infatti, Il D. Lgs. n. 216 del 9 luglio 2003, di attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro all'art. 2, per quanto qui interessa, fissa la nozione di discriminazione e prevede che, salvo quanto disposto dall'art. 3, commi da 3 a 6, per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale.

Alla lett. a) cit. disposizione, è definita la discriminazione diretta, che si ravvisa *"quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga"*.

Alla successiva lett. b) è data la definizione della nozione di discriminazione indiretta che sussiste nel caso in cui *"una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone"*.

Il citato referente normativo, dunque, vieta le discriminazioni sia dirette - quando una persona viene posta in una situazione meno favorevole di un'altra -, che indirette - quando l'adozione di un criterio *"apparentemente neutro"* finisce per porre alcuni in una posizione di svantaggio rispetto agli altri -.

Mentre nel caso di discriminazione diretta è la condotta, il comportamento tenuto, che determina la disparità di trattamento, nel caso di discriminazione indiretta la disparità vietata è *l'effetto di un atto, di un patto, di una disposizione, di una prassi in sé legittimi* (cfr. Cass., sez. lav., sent. n. 20204/2019), *di un comportamento che è corretto in astratto e che, in quanto destinato a produrre i suoi effetti nei confronti di un soggetto con particolari caratteristiche, nello specifico un lavoratore in precarie condizioni di salute già al momento dell'assunzione in servizio e successivamente aggravatesi notevolmente, determina invece una situazione di disparità che l'ordinamento sanziona.*

Sia il diritto dell'Unione sia la CEDU -- che rivestono una posizione di primazia ex art. 117 co. I Cost. - riconoscono che la discriminazione può derivare non solo dal trattamento diverso di persone che si trovano in una situazione analoga, ma anche da un medesimo trattamento riservato a persone che si trovano in situazioni diverse. La CEDU, in particolare, ha fatto propria questa definizione di discriminazione indiretta in alcune sentenze, affermando che *"una differenza di trattamento può consistere nell'effetto sproporzionatamente pregiudizievole di una politica o di una misura generale che, se pur formulata in termini neutri, produce una discriminazione nei confronti di un determinato gruppo"* (Cedu, sentenza



13 novembre 2007, D.H. e a. c. Repubblica ceca [GC] (n. 57325/00), punto 184; Cedu, sentenza 9 giugno 2009, Opuz c. Turchia (n. 33401/02), punto 183; Cedu, sentenza 20 giugno 2006, Zarb Adami c. Malta (n. 17209/02), punto 80).

La direttiva e il decreto di recepimento hanno superato, quindi, la nozione soggettiva di discriminazione - non è, cioè, necessario dimostrare che il datore di lavoro voleva effettivamente nuocere al disabile - per sanzionare tutti i comportamenti che pongono l'invalido in una situazione oggettiva di svantaggio a causa della sua invalidità.

Nel caso in esame il comportamento che poteva considerarsi non scorretto nei confronti di una situazione ordinaria in un contesto tanto complesso, un lavoratore con la mentovata grave patologia in atto, determinava una situazione oggettivamente discriminatoria nei confronti di tale soggetto particolare.

Conseguentemente deve essere dichiarato nullo il licenziamento in quanto discriminatorio, con conseguente applicazione della tutela reale forte.

Non può essere comunque disposta la reintegra del ricorrente, in quanto deceduto e, pertanto, residua il solo obbligo risarcitorio, non potendo accordarsi agli eredi nemmeno l'indennità sostitutiva delle 15 mensilità.

La configurazione del rapporto giuridico obbligatorio - nel quale si inserisce la facoltà del lavoratore di optare per l'alternativa economica in connessione con il diritto (obbligo datoriale) alla reintegrazione - si caratterizza, infatti, quale "obbligazione semplice con facoltà alternativa dal lato del creditore/lavoratore" ed implica che «il venir meno della prestazione principale (la reintegra) preclude la possibilità di ottenere in luogo della stessa la prestazione sostitutiva (l'indennità economica)», cioè la non spettanza dell'indennità sostitutiva in carenza di "attualità" della reintegra (così Cass. 21 dicembre 1995, n. 13047; Cass. 4 novembre 2000, n. 14426).

Le due sole causali implicanti la non "attualità" dell'ordine di reintegra e quindi l'impossibilità da parte del lavoratore di effettuare una rinuncia al bene dell'occupazione con l'opzione per l'alternativa economica sostitutiva sono la revoca datoriale del licenziamento, seguita da ripresa spontanea del servizio da parte del lavoratore, nonché la morte del lavoratore, sopravvenuta nelle more del giudizio, morte che, nel nostro diritto del lavoro privato, costituisce la sola causale di risoluzione automatica ("ipso iure") del rapporto medesimo (la fattispecie è stata esaminata da Pret. Padova 25 gennaio 1995), verificandosi la quale spetteranno agli eredi le mensilità di risarcimento di danno per il licenziamento illegittimo, decorrenti dalla data dello stesso fino a quella di morte del lavoratore.

«Malgrado la suggestione esercitata dalla configurazione della reintegrazione come prestazione 'dovuta in via principale', non è tanto all'impossibilità di questa... quanto all'estinzione del rapporto di lavoro, a sua volta derivante ipso iure, secondo la disciplina generale del lavoro privato, pressoché soltanto dalla morte del prestatore, che deve collegarsi l'estinzione o preclusione anche all'esercizio della facoltà alternativa, anzi ogni pretesa all'indennità» (cfr. Cass. 2.10.1987, n. 7368).

In sostanza, il decesso del lavoratore rende validamente risolto per evento naturale sopravvenuto e "fisicamente" estintivo il rapporto di lavoro, con la conseguenza che «qualora sopravvenga nelle more del giudizio promosso dal lavoratore per la declaratoria d'illegittimità del licenziamento in precedenza intimatogli e per ottenere la reintegrazione ed il risarcimento del danno, rende impossibile la prestazione per causa non imputabile ad una delle parti ai sensi degli artt. 1256 e 1463 c.c. e il giudice che accerti l'illegittimità del progresso licenziamento non può disporre la



reintegrazione nel posto di lavoro, ma deve limitarsi ad accogliere la sola domanda di risarcimento del danno con riguardo al periodo compreso fra la data del licenziamento e quella della sopravvenuta causa di risoluzione del rapporto» (già Cass. 13 febbraio 1993 n. 1815, confermata da Cass. 13297/2007 e Cass. 29936/2008).

Pertanto, la società resistente va condannata alla corresponsione in favore della sig.ra Sciano della somma di € (ultima retribuzione globale pari ad € - importo non contestato tra le parti - x 25 mensilità da novembre 2016 a dicembre 2018), oltre che al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali omessi, per lo stesso periodo indicato.

L'accoglimento della domanda spiegata in via principale determina l'assorbimento di tutte le altre doglianze.

Quanto alla sollevata eccezione di compensazione atecnica, essa risulta priva di validità giuridica.

Difatti, come noto, il trattamento di fine rapporto è la somma che il datore di lavoro deve corrispondere al lavoratore nel momento della cessazione, per qualsiasi motivo, del rapporto di lavoro subordinato e che spetta a prescindere dal fatto che il rapporto di lavoro sia venuto a cessare per dimissioni o licenziamento.

Inoltre, le somme indicate tassativamente nell'art. 2122 c.c., comma I, tra cui è annoverato il TFR, spettano "iure proprio" agli eredi, in caso di decesso del lavoratore; peraltro, la corresponsione di esse è indipendente dall'accettazione dell'eredità, in quanto le stesse sono assegnate per legge ai superstiti e non appartengono all'asse ereditario.

Pertanto, la somma già corrisposta al sig. è legittimamente trattenuta dalla coniuge, per quanto d'interesse in questa sede.

Le spese di giudizio vengono integralmente compensate tra le parti ai sensi dell'art.92, co. II, c.p.c. come risultante a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 13 del D.L. 12 settembre 2014, n. 132 come modificato dalla legge di conversione 10 novembre 2014, n. 162, per la particolarità del caso e della conseguente decisione, secondo quanto stabilito nella sentenza n. 77 depositata il 19 aprile 2018, con cui la Consulta ha ampliato i casi in cui il giudice civile può stabilire la compensazione delle spese di lite.

P. Q. M.

Il Giudice Unico del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, in funzione di Giudice del Lavoro, ogni altra istanza ed eccezione disattesa, definitivamente pronunciando così provvede:

- accoglie la domanda e, per l'effetto, dichiara inefficace il licenziamento comminato a parte ricorrente sig., in data 16.11.2016 e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto, dal giorno del licenziamento sino a quello del decesso del lavoratore per un totale di € (ultima retribuzione globale pari ad € x 25 mensilità da novembre 2016 a dicembre 2018) in favore dell'erede sig.ra , nonché al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali per il medesimo periodo, oltre accessori;



- compensa integralmente le spese di lite tra le parti;

Manda alla Cancelleria per le comunicazioni.

Così deciso in Santa Maria Capua Vetere, 12/06/2019

IL GIUDICE DEL LAVORO
dott.ssa *Federica Ronsini*

