



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI TORINO
SEZIONE LAVORO

Composta da:

Dott. Federico Grillo Pasquarelli	PRESIDENTE
Dott.ssa Patrizia Visaggi	CONSIGLIERE Rel.
Dott.ssa Silvia Casarino	CONSIGLIERE

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa di lavoro iscritta al n.ro **658 /2021** R.G.L.

promossa da:

tutti rappresentati e
difesi, in forza di mandato speciale in atti, dagli avvocati Mirella
Caffaratti, Luca Pigozzi e Arianna Enrichens, presso il loro
studio elettivamente domiciliati in Torino, via Morghen n.28

APPELLANTI

CONTRO

con
, in

persona del procuratore speciale, dott. _____ (giusta
procura per atto a rogito dott. _____ Notaio in Torino
del 23.2.2021 - _____, rappresentata e
difesa dagli Avv.ti _____, presso i
quali è elettivamente domiciliata in Torino, via Mercantini n. 5,
per procura in atti

APPELLATA

Oggetto: altre ipotesi

CONCLUSIONI

Per gli appellanti:

Come da ricorso depositato il 9.12.2021

Per l'appellato:

Come da memoria depositata il 1.4.2022

FATTI DI CAUSA

Con separati ricorsi al Tribunale di Torino, successivamente riuniti, _____ e litisconsorti hanno chiamato in giudizio la società _____ chiedendo:

- di accertare e dichiarare la natura discriminatoria del comportamento della convenuta consistente nel mancato computo delle assenze dovute a causa di assistenza ai malati portatori di handicap o a causa della propria disabilità (ai sensi dell'art. 33 legge 104/1992), al pari della effettiva presenza in servizio, nella determinazione del premio di risultato;
- di accertare e dichiarare il loro diritto a che tali assenze siano considerate al pari della effettiva presenza in servizio al fine del

computo del premio di risultato, previa ove occorra declaratoria di nullità/illegittimità o previo annullamento degli artt. 3 a) e 3 b) dell'Accordo 21.5.2004, dell'art. 1 lett. a), b) e c), dell'articolo 2 e) e f), dell'articolo 3 lett.a) dell'accordo 11/6/2009, dell'articolo 1 c) dell'accordo 4/10/2012, dell'articolo 5 c) nn. 5 e 6, d) nn. 5 e 6, e) n. 4, f), g) n. 5 e 6 dell'accordo 6/8/2014, degli articoli 3 e 4 dell'accordo 17/12/2014;

- di condannare la convenuta a pagare a ciascun ricorrente le conseguenti differenze retributive sul calcolo del premio di risultato, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Costituitasi in giudizio () ha resistito e chiesto il rigetto delle domande.

Con ordinanza pubblicata in data 15.11.2021, il Tribunale ha respinto il ricorso.

Gli originari ricorrenti hanno proposto appello, cui ha resistito

All'udienza di discussione del 13.4.2022, la causa è stata decisa come da separato dispositivo.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Il Tribunale - pacifici essendo i fatti di causa, ivi compreso il contenuto degli accordi sindacali denunciati (peraltro richiamati in motivazione) - ha esaminato il quadro normativo che regola la materia (in particolare Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; Direttiva 2000/78, nonché il D.lgs attuativo n. 216/03), alla luce dell'interpretazione datane dalla giurisprudenza della

Corte di Giustizia (sentenza Coleman-C-303/06) e della Corte di Cassazione, motivando la decisione come di seguito riportato:

-il criterio adottato dalla parti collettive per stabilire l'ammontare del premio di risultato è volto ad incrementare la produttività aziendale, con un sistema ancorato a criteri oggettivi inteso a dissuadere l'assenteismo;

-non sussiste una discriminazione diretta basata sulla disabilità, poiché i ricorrenti che non prestano servizio in giornate coincidenti con la fruizione dei permessi ex lege n. 104/92 (per la propria disabilità o per l'assistenza ad un familiare disabile), sono considerati al pari dei colleghi assenti per altra causa;

-in linea di massima anche gli altri lavoratori assenti subiscono la stessa decurtazione del PdR, trattandosi di un emolumento collegato (nella parte variabile) all'effettivo svolgimento dell'attività lavorativa, per cui il lavoratore con handicap ed il "caregiver sono trattati al pari di quello malato o infortunato (cause che presumibilmente determinano il maggior numero di assenze), trovandosi in situazione non significativamente diversa;

-nel periodo in contestazione (2014 - 2019, con esclusione del 2017), risultano equiparate alla presenza in servizio soltanto le assenze per donazione del sangue ed i permessi sindacali (non i distacchi);

-la donazione gratuita di sangue ed emocomponenti, al pari dello svolgimento di attività sindacale, presenta una dimensione collettiva non riscontrabile nella fruizione dei permessi ex lege 104/92. Il compimento di tali attività, dirette a soddisfare gli

interessi di una pluralità di persone, ne giustifica una maggiore considerazione a livello pattizio e la diversità di trattamento non appare censurabile poiché i ricorrenti si trovano in una situazione non equiparabile a quella del donatore o del rappresentante sindacale;

-neppure sussiste una discriminazione indiretta basata su uno dei motivi di cui all'art.1 della direttiva 2000/78/CE, la disciplina contrattuale penalizza allo stesso modo quasi tutte le assenze, la finalità perseguita è legittima, i mezzi utilizzati appaiono adeguati e non producono effetti pregiudizievoli sproporzionati per i lavoratori portatori di handicap o per quelli che assistono i propri congiunti.

1.

In estrema sintesi, l'appello censura la decisione del Tribunale affermando trattarsi di discriminazione diretta, che il principio di non discriminazione opera oggettivamente in ragione dei fattori di protezione tipici, tra i quali non rientra la malattia, mentre la "dimensione collettiva" riconosciuta dal primo Giudice alla donazione di sangue e allo svolgimento di attività sindacale (motivi delle assenze che la normativa contrattuale equipara alle presenze in servizio), non costituisce parametro giuridicamente corretto ai fini dell'accertamento per cui è causa.

Con riferimento all'ipotesi di discriminazione indiretta, l'appello afferma che _____ non ha assolto all'onere probatorio che compete al datore di lavoro al fine di dimostrare che la disposizione adottata risponde ad un obiettivo legittimo e che i

mezzi impiegati sono appropriati e necessari; si evidenzia inoltre che, come di recente affermato dalla S.C. (v. Cass. 21801/2021), al fine di verificare se una situazione apparentemente neutra risulti invece discriminatoria nei confronti di una categoria protetta soccorre il criterio statistico, nella sentenza impugnata non utilizzato.

L'appellata resiste ed afferma, sulla base delle difese già svolte, che gli accordi sindacali differenziano i lavoratori in ragione dell'effettiva presenza in servizio e che quindi non penalizzano gli appellanti; che l'ipotesi di discriminazione indiretta riguarderebbe solo i disabili e non i "caregiver", come altresì desumibile, a suo dire, dalla sentenza Coleman della Corte di Giustizia che, nell'esaminare una situazione di discriminazione diretta, ha comparato la situazione di due lavoratrici abili, di cui una madre di minore disabile; che il datore del "caregiver" non è tenuto a sostenere oneri economici ulteriori e diversi, da quelli di sopportare la sua assenza dal servizio in coincidenza con le giornate di permesso dedicate a un disabile (che è soggetto terzo rispetto al rapporto di lavoro con il *caregiver*), e che l'equiparazione dell'assenza dal lavoro alla presenza in servizio, come sostenuto dagli appellanti, varrebbe a riconoscere un trattamento di maggior favore al lavoratore assente e una speculare penalizzazione al dipendente che invece ha lavorato.

2.

Per le ragioni di seguito riportate ritiene il Collegio condivisibile l'appello, in continuità con i precedenti di questa Corte aventi ad

dalla Direttiva 2000/78 (le cui definizioni sono riprese dal D.Lgs.216/03 senza sostanziali modifiche), secondo il quale è vietata qualsiasi forma di discriminazione diretta o indiretta sulla base di uno dei motivi indicati al suo art. 1 (religione, convinzioni personali, *handicap*, età e orientamento sessuale).

Secondo tale normativa (da intendersi qui integralmente richiamata, siccome già ampiamente trascritta nel provvedimento impugnato e negli atti di parte), si configura una discriminazione diretta quando, per uno dei motivi citati, una persona è trattata in modo meno favorevole di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona in una situazione analoga. La condotta di discriminazione indiretta ricorre invece quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri, mettono una persona appartenente ad una delle categorie protette in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che :

i) la disposizione, il criterio o la prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il loro conseguimento siano appropriati e necessari; *ii)* nel caso di persone portatrici di un particolare *handicap*, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la Direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati dalla disposizione, criterio o prassi.

Come è noto l'ambito di applicazione di tali principi è ampio, in quanto riferibile alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, alla promozione, all'accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione. Come affermato dagli appellanti la normativa che regola la materia vieta di discriminare non una determinata categoria di persone, ma bensì vieta atti di discriminazione a motivo della religione, delle convinzioni personali, della disabilità, dell'età e dell'orientamento sessuale della persona, ossia, per quanto qui interessa, ciò che è vietato è qualsiasi forma di discriminazione basata su *handicap*.

In altre parole è vietato discriminare non solo i disabili, ma è vietato discriminare chiunque a motivo della disabilità, quindi anche persone non disabili, ma che possono essere discriminate a motivo della disabilità del soggetto che assistono, con il limite che le persone non disabili possono essere protette solo se si trovano in stretto rapporto con il disabile

E' proprio questo e non altro che la sentenza Coleman ha affermato: *"la direttiva 2000/78, che mira, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'handicap, l'età o le tendenze sessuali, si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art. 1"*; *"una volta accertato che un lavoratore che si trovi in una situazione come quella di cui alla causa*

principale è vittima di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità, un'interpretazione della direttiva 2000/78 che ne limiti l'applicazione alle sole persone che siano esse stesse disabili rischierebbe di privare tale direttiva di una parte importante del suo effetto utile e di ridurre la tutela che essa dovrebbe garantire”.

Tale pronuncia, richiamata nella sentenza impugnata, non vale a suffragare le argomentazioni dell'appellata poiché in essa si ribadisce chiaramente che anche se la persona oggetto di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità non è essa stessa disabile, *“resta comunque il fatto che è proprio la disabilità a costituire, secondo la sig.ra Coleman, il motivo del trattamento meno favorevole del quale essa afferma essere stata vittima”*; *“il fatto che la direttiva 2000/78 contenga disposizioni volte a tener conto specificamente delle esigenze dei disabili non permette di concludere che il principio della parità di trattamento in essa sancito debba essere interpretato in senso restrittivo, vale a dire nel senso che esso vieterebbe soltanto le discriminazioni dirette fondate sulla disabilità e riguarderebbe esclusivamente le persone che siano esse stesse disabili”.*

Il trattamento meno favorevole del lavoratore abile, rispetto ad altro lavoratore in situazione analoga, per motivi connessi alla disabilità del familiare che il lavoratore assiste, costituisce all'evidenza un vulnus alla tutela garantita alla disabilità.

La Corte di Giustizia UE con la sentenza Coleman/Attridge Law-C-303/06, del 17.7.2008 è stata esplicita nell'affermare che

“un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato dall’art. 2, n. 2, lett. a) della Direttiva” (nel caso esaminato alla lavoratrice, madre di minore disabile, al rientro del congedo per maternità era stata rifiutata la riammissione nel posto di lavoro sino ad allora occupato, nonché la stessa flessibilità di orario accordata ad altri colleghi genitori di bambini non disabili).

La tesi sostenuta dagli appellanti è dunque conforme alla *ratio* della tutela della disabilità che è alla base della normativa europea di cui alla Direttiva 2000/78, secondo l’interpretazione datane dalla stessa Corte di Giustizia UE, nonché dalla Cassazione (pronunciatasi nei medesimi termini in relazione ad un trasferimento di un lavoratore che assisteva un congiunto portatore di *handicap*, v. Cass. 24015/2017 e Cass. 22421/2015; in fattispecie inerente i permessi ex art.33 L.104/1992, v. Cass.14187/2017 e Cass. 2466/2018).

Ora se è pacifico che il PdR costituisce un trattamento economico aggiuntivo, finalizzato a contrastare e disincentivare l’assenteismo, tuttavia non può dirsi che detto premio sia imprescindibilmente connesso allo svolgimento dell’attività lavorativa atteso che il parametro per il calcolo è quello della presenza in servizio (senza che sia richiesto il raggiungimento di specifici obiettivi e/o risultati), tant’è che con l’accordo 17.12.2014 (doc.5 appellanti) alle giornate di presenza sono equiparate le giornate di assenza per donazione sangue, permessi sindacali ove non continuativi.

Posto che la normativa contrattuale esclude da detta equiparazione i fruitori di permessi ex L.104/1992, non diversamente da quanto avviene per i lavoratori assenti per malattia o infortunio, ciò che occorre verificare, al fine di stabilire la sussistenza di una fattispecie di discriminazione diretta, è se il criterio in questione possa risultare imprescindibilmente legato alla disabilità dando luogo ad un trattamento sfavorevole fondato sulla disabilità.

La risposta non può che essere positiva atteso che la mancata equiparazione dell'assenza alla presenza in servizio per i lavoratori che fruiscono dei permessi ex L.104/1992 opera, indubitabilmente, in funzione della disabilità (indefettibile presupposto di tali permessi), così realizzando una forma di discriminazione diretta, in quanto fondata sulla disabilità.

Così ricondotta la questione di causa nei corretti termini normativi, ogni altra considerazione circa la "*dimensione collettiva*" (nella sentenza impugnata riferita alle assenze motivate per lo svolgimento di attività sindacale o per donazione del sangue, in quanto "*attività dirette a soddisfare gli interessi di una pluralità di persone dimensione collettiva non riscontrabile nella fruizione dei permessi ex lege 104/92*") non incide sul *thema decidendum*, che è costituito dal differente trattamento erogato agli appellanti in quanto basato su *handicap*, non altro, così come non rileva che i fruitori dei permessi in questione siano penalizzati non diversamente dai lavoratori assenti per malattia o infortunio.

La malattia o l'infortunio non ricade in uno dei fattori tipici di protezione di cui all'art.1 della Direttiva 2000/78 ed, inoltre, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia UE, è da escludersi un'assimilazione pura e semplice della nozione di «handicap» a quella di «malattia». (v. punto 44 della sentenza dell'11 luglio 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, nonché sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 75), così come non è assimilabile una patologia legata ad una disabilità alla nozione generale di malattia e, per altro verso, non può trascurarsi che, in linea di principio, rispetto ad un lavoratore non disabile quello disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute a malattie collegate alla sua disabilità. Detto in altri termini, nemmeno si può affermare che la situazione degli odierni appellanti non sia significativamente diversa da quella dei lavoratori assenti per malattia o infortunio.

Quanto poi al significato (non nettamente esplicitato) della "*dimensione collettiva*" - che secondo la sentenza impugnata giustificherebbero l'equiparazione delle assenze, per donazione del sangue e per svolgimento di attività sindacale, alle presenze in servizio, a differenza di quanto previsto per i fruitori di permessi ex L.104/92 - è dato osservare che all'interno dell'azienda i dipendenti che beneficiano di tali permessi sono circa 700 (v. memoria di primo grado, mentre delle altre categorie in questione nessun dato è evidenziato) e non può dubitarsi che la protezione accordata a tali lavoratori

dall'ordinamento, in primo luogo dalla normativa in esame, riposi su interessi di ordine pubblico e di carattere collettivo.

3.

Infine, diversamente da quanto sostenuto dall'appellata, non si ritiene che la sentenza della Corte CEDU del maggio 2018 richiamata dall'appellata (doc.16) possa condurre ad una soluzione diversa da quella qui condivisa, né che tale conclusione possa dare ingresso ad una discriminazione alla rovescia, contraria a norme imperative, ossia ad un riconoscimento di "un trattamento di maggior favore per chi è assente e una speculare penalizzazione per chi ha lavorato" (come sostenuto dalla difesa di _____ sia in discussione che nella memoria costitutiva, v. pag 24).

Con la sentenza del maggio 2018 è stata rigettata l'istanza di un magistrato donna di vedersi riconosciuta l'indennità giudiziaria speciale durante il congedo di maternità obbligatorio, indennità non prevista dall'art. 3 co.1 L. 27/1981 ed introdotta solo a decorrere dall'anno 2005, a norma dell'art. 1 co. 325 della legge Finanziaria per il 2005 del 30.12.2014.

L'ipotesi di discriminazione esaminata era fondata sul sesso ed è stata risolta dalla Corte sul rilievo che anche i colleghi uomini in congedo straordinario per diversi motivi, non rendevano la prestazione lavorativa e che l'indennità in parola era collegata all'esercizio effettivo delle funzioni giudiziarie ed, inoltre, emergeva una carenza probatoria circa il reale effetto discriminatorio subito.

Si tratta dunque di fattispecie comunque differente da quella in esame ove, lo si ripete, non può dirsi che il PdR sia imprescindibilmente connesso allo svolgimento dell'attività lavorativa.

Quanto alla lamentata discriminazione alla rovescia, non si vede come dal riconoscimento del diritto fatto valere dagli appellanti possa conseguire una speculare penalizzazione della restante platea dei lavoratori, in servizio nelle giornate in cui i primi usufruiscono dei permessi in questione. In ogni caso resta il fatto che, in presenza di un trattamento sfavorevole basato sull'handicap contrario alla tutela prevista dalla Direttiva 2000/78 (nel caso di specie da ritenersi sussistente per le ragioni già esposte), *“il lavoratore disabile che rientri nella tutela dell'offerta da detta direttiva deve essere protetto contro ogni discriminazione rispetto ad un lavoratore che non vi rientri”* (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 71).

In altre parole, la soluzione qui condivisa, non costituisce affatto una violazione del principio di parità di trattamento ma, al contrario, l'attuazione dello speculare principio di non discriminazione.

Neppure può dolersi l'appellata che dall'accoglimento della domanda avversaria derivi un intervento “manipolativo” del contenuto degli accordi in esame, a suo dire non consentito al Giudice.

Si rammenta che la Cassazione (sentenza S.U. 4570/1996), pronunciandosi in merito al principio di parità di trattamento, nell'esaminare le varie argomentazioni poste dalla giurisprudenza di legittimità a sostegno dell'una o dell'altra tesi, non ha mancato di evidenziare il limite legale che deriva all'autonomia privata dal principio di non discriminazione; tale argomentazione ricorre nei successivi sviluppi giurisprudenziali che hanno ribadito come: *“Nel rapporto di lavoro subordinato di diritto privato, non opera il principio di parità di trattamento, ne' è possibile alcun controllo di ragionevolezza da parte del giudice sugli atti di autonomia, sia collettiva che individuale, sotto il profilo del rispetto delle clausole generali di correttezza e buona fede, che non sono invocabili in caso di eventuale diversità di trattamento non ricadente in alcuna delle ipotesi legali (e tipizzate) di discriminazione vietate.... (Cass.S.U 4570/1996, cfr. anche Cass. S.U. 6030/1993)”* (tra le altre Cass.7752/03).

Ora è evidente che nel caso di specie ricorre il limite legale che deriva dalle discriminazioni vietate, posto che il differente trattamento riservato agli appellanti ricade in un'ipotesi tipizzata di discriminazione.

Mette conto poi di considerare che secondo i recenti arresti giurisprudenziali: *“E' ormai principio assunto a diritto vivente, quello secondo cui l'art. 2 della Costituzione, che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo*

dello statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto” (S.U.9140/2016).

Ora è evidente che nel caso di specie ricorre il limite legale che deriva dalle discriminazioni vietate, posto che il differente trattamento riservato agli appellati ricade in un'ipotesi tipizzata di discriminazione e la normativa contrattuale che la consente è da considerarsi *contra legem*.

La condanna risarcitoria ha ad oggetto differenze retributive che sono state quantificate mediante un mero calcolo matematico, sulla base dei parametri predeterminati dalle parti contrattuali, restando certamente esclusa ogni valutazione personale e/o discrezionale da parte del decidente.

In definitiva, deve affermarsi che il criterio retributivo in esame penalizza gli appellati che per sé o per familiari disabili usufruiscono dei permessi ex art.33 L.104/1992, rispetto a tutti gli altri lavoratori, e che ciò determina una discriminazione diretta fondata sulla situazione di *handicap*.

Dalle argomentazioni esposte, assorbenti ogni ulteriore rilievo, discende l'accoglimento dell'appello.

Le spese del doppio grado sono regolate dalla soccombenza, secondo la liquidazione fattane in dispositivo, tenuto conto del valore della causa e dell'attività difensiva svolta..

P . Q . M .

Visto l'art. 437 c.p.c. .

in accoglimento dell'appello,

dichiara la natura discriminatoria del comportamento della società appellata, consistente nel mancato computo delle assenze dovute a causa di assistenza ai familiari portatori di handicap o a causa della propria condizione di disabilità al pari della effettiva presenza in servizio, nella determinazione del premio di risultato e, per l'effetto, condanna la società appellata a pagare euro 212,80 a _____, euro 786,60 a _____, euro 553,28 a _____, euro 1.521,52 a _____, euro 798,00 a _____, euro 79,80 a _____, euro 746,70 a _____ ed euro 393,30 a _____, oltre interessi e rivalutazione dalle singole scadenze al saldo;

condanna l'appellata a rimborsare agli appellanti le spese di entrambi i gradi, liquidate per il primo in euro 5.000,00 e per il presente grado in euro 5.673,00 oltre rimborso forfettario, Iva e Cpa.

Così deciso all'udienza del 13.4.2022

CONSIGLIERE Est.

Dott.ssa Patrizia Visaggi

PRESIDENTE

Dott.Federico Grillo Pasquarelli