



TRIBUNALE DI LECCO  
-Ufficio del Giudice del lavoro-

n. 21 /2022 r.g.

La dott.ssa Federica Trovò, in funzione di Giudice del lavoro, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 15.6.2022, nel procedimento *ex art. 1*, commi 47 segg. legge 92/2012 promosso da

DA

[REDACTED] con il patrocinio degli  
Avv.ti NYRANNE MOSHI e IVAN ASSAEL;

CONTRO

[REDACTED] (c.f. 92004770134) - con il patrocinio degli Avv.ti  
ANTONELLA LOIACONO e BRUNO BITETTI;

PREMESSO che

- [REDACTED] ha proposto ricorso con le forme del rito previsto dall'art. 28 del D.Lgs. n. 150/2011, per le controversie in materia di discriminazione, allegando:

di essere stato ingiustamente licenziato dalla società convenuta in data 22.10.2021, per superamento del periodo di comporto ed assumendo che tale licenziamento abbia integrato un'ipotesi di discriminazione in danno del lavoratore, in quanto portatore di *handicap*;

che il periodo di comporto non sarebbe stato superato, dovendosi a suo dire applicare la normativa emergenziale relativa all'epidemia da COVID-19 (D.L. 18/2020 e successive modifiche);

di avere impugnato il giudizio del medico competente, che all'esito della visita periodica di idoneità, lo aveva dichiarato temporaneamente inidoneo allo svolgimento di qualsiasi mansione in azienda e di avere ottenuto dalla Commissione



medica dell'AST, in accoglimento del reclamo proposto, la valutazione di inidoneità alla mansione di autista, tuttavia con espressa indicazione "non controindicazioni a mansioni alternative";

di essere stato riconosciuto in data 21.11.2019 portatore di handicap con ridotte e impedito capacità motorie permanenti a causa della patologia corrente a elevata gravità, con conseguente valutazione dell'invalidità da parte dell'I.N.P.S. nella misura del 67%;

di avere inutilmente richiesto di essere assegnato a nuove mansioni compatibili con il suo stato di salute, la società avendo subordinato tale eventualità ad un giudizio di idoneità da parte del medico competente, che però si era nuovamente limitato a dichiararlo temporaneamente non idoneo alle mansioni di autista;

di avere ricevuto in data 30.9.2020 comunicazione del datore di lavoro relativamente alla scadenza del periodo di malattia retribuita e dell'avvio del periodo di assenza non retribuita, prorogabile fino al 30° mese dall'inizio dell'evento morboso;

di avere presentato in data 6.10.2020 richiesta di aspettativa per motivi di salute, ai sensi dell'art. 24, allegato A) RD 8.1.1931, negatagli dalla società;

di avere nuovamente reclamato il giudizio di inidoneità del medico competente, ottenendo anche questa volta l'accoglimento del reclamo da parte della Commissione ATS Brianza, che esprimeva giudizio di assenza di controindicazioni a mansioni alternative, quali compiti manuali leggeri;

di avere ottenuto conferma dall'I.N.P.S. in data 29.6.2021 dell'invalidità civile;

di avere ottenuto in data 21.1.2021 comunicazione della società sul suo ricollocamento quale addetto alle pulizie, mansione a suo dire del tutto incompatibile con il suo stato di salute, potendo essere egli in alternativa adibito all'ufficio biglietteria, alla sorveglianza delle aree di sosta, alle mansioni di agente di movimento;



di avere pertanto affidato la società a ricollocarlo in mansioni compatibili e a ricalcolare il periodo di comporto, riconoscendogli l'intero trattamento di malattia pregresso;

di essere stato invece licenziato con lettera del 22.10.2021 per superamento del periodo di comporto, per asserita assenza a far data dal 21.3.2019, con conseguente superamento -alla data del 21.10.2021- del periodo di comporto di 30 mesi;

- il ricorrente ha quindi impugnato il licenziamento, adducendo le seguenti ragioni di illegittimità:

la discriminazione perpetrata dal datore di lavoro sia indirettamente, perchè avrebbe calcolato il comporto senza escludere i periodi di malattia connessi al suo stato di handicap, sia direttamente per non avere adottato accomodamenti ragionevoli volti a consentire il suo ricollocamento in mansioni diverse da quelle di autista;

la mancata applicazione dell'art. 26 DL n. 18/2020, in ragione del quale le sue assenze dal lavoro nel periodo dal 17 marzo 2020 al 30 giugno 2021 non sarebbero state computabili, per 471 giorni, ai fini del comporto;

l'erroneo computo del periodo di comporto, i giorni di assenza per malattia essendo stati in numero di 733, quindi inferiori ai 30 mesi previsti dall'Accordo Nazionale Autoferrotranvieri;

- il ricorrente ha pertanto chiesto, quale effetto della nullità del licenziamento discriminatorio, la reintegra nel posto di lavoro ed il pagamento delle indennità di legge; ha inoltre chiesto la condanna del datore di lavoro ad adottare ragionevoli accomodamenti per consentirgli di svolgere mansioni compatibili con la propria disabilità, nonché la condanna della convenuta al risarcimento del danno non patrimoniale subito per la violazione dei diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti;
- il ricorrente ha quindi rassegnato le seguenti conclusioni:



1) accertare e dichiarare la discriminatorietà della condotta tenuta da consistita a) nel discriminare il ricorrente quanto al computo del periodo di comportamento applicando incondizionatamente l'art. 1 pt. 4 dell'Accordo Nazionale Autoferrotramvieri del 19.05.2005; b) nel discriminare il ricorrente nell'assegnazione delle mansioni Ai fini della rimozione degli effetti 2) accertare e dichiarare la nullità e/o illegittimità e comunque inefficacia del licenziamento intimato al ricorrente; 3) condannare la convenuta a reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 18, comma I S.L.; 4) condannare la convenuta a corrispondere al ricorrente ai sensi dell'art. 18, comma II S.L. un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto maturata dalla data del licenziamento a quello di effettiva reintegra al tallone mensile di € 2078,77; 5) condannare la convenuta ad operare il ricalcolo del periodo di comportamento tenendo conto solo delle malattie riconducibili alla situazione di disabilità e alla normativa dettata dalla L. 17.03/2020 e successive modificazioni per i lavoratori fragili; 6) condannare la convenuta ad assegnare il ricorrente a mansioni compatibili con la disabilità certificata e in ogni caso ordinare alla convenuta di adottare "ragionevoli accomodamenti" e ogni provvedimento appropriato per consentire al ricorrente di svolgere la propria prestazione lavorativa compatibilmente con le proprie condizioni di salute; 7) condannare la convenuta a risarcire al ricorrente il danno non patrimoniale subito nella misura di € 11.438,45 oltre una somma stabilita secondo equità a titolo sanzionatorio per la discriminazione subita; In via subordinata 8) accertare e dichiarare la violazione dell'art. 2110 c.c., della normativa dettata dalla L. 17.03.2020 e successive modificazioni per i lavoratori fragili nonché dell'Accordo Nazionale Autoferrotramvieri del 19.05.2005 art. 1 per i motivi esposti in narrativa; 9) accertare e dichiarare la nullità e/o illegittimità e comunque inefficacia del licenziamento e condannare la convenuta, ai sensi dell'art. 18 IV comma SL, a reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione nella misura di dodici mensilità pari a € 24.945,24 (€ 2.078,77\*12) o altra somma maggiore o minore ritenuta equa e di giustizia; In ogni caso 10) condannare la convenuta a risarcire al ricorrente il danno per le retribuzioni perse durante la malattia in applicazione della normativa, dal mese di ottobre 2020 al mese di ottobre 2021, oltre che i ratei relativi alla tredicesima e alla quattordicesima mensilità, pari ad € 29.102,78 (€ 2.078,77\*14) o altra diversa somma maggiore o minore che dovesse emergere in corso di causa. 11) Con condanna della controparte alla



*rifusione delle spese di lite ex DM 55/2014, oltre oneri accessori, IVA e CPA*

- la parte convenuta si è costituita assumendo:

l'insussistenza della lamentata condotta antidiscriminatoria, in quanto la società non era stata messa a conoscenza della situazione di invalidità e tantomeno di disabilità del ricorrente, dal momento che -nonostante le reiterate richieste- il dipendente non aveva mai trasmesso i relativi certificati INPS al datore di lavoro;

la non assimilabilità delle nozioni di *handicap* e malattia, ai fini del calcolo del periodo di comporto, il cui superamento aveva costituito la causa esclusiva del licenziamento irrogato al ricorrente;

l'impossibilità di ricollocare il lavoratore fintantoché lo stesso dichiarava di essere in malattia;

di avere appreso solo in data 30.10.2020 che l'I.N.P.S. aveva riconosciuto al lavoratore i benefici della legge 104/1992, comunque escludendo che ciò incida nel computo del comporto;

di avere proposto in data 17.2.2021 al lavoratore, all'esito di un esame congiunto con la RSU, la ricollocazione quale addetto alle pulizie, anche dopo avere sentito il medico competente che aveva espresso parere positivo;

di non avere ricevuto riscontro dal lavoratore, che rimaneva assente senza produrre alcuna certificazione medica, sicché l'azienda con comunicazione del 14.4.2021 lo aveva invitato a presentarsi in servizio;

di avere ricevuto nuovi certificati di malattia solo a far data dal 6.5.2021, sino alla data di cessazione del rapporto per l'intimato licenziamento;

- la resistente ha quindi chiesto il rigetto dell'impugnazione, rilevando che il licenziamento per il superamento del periodo di comporto escluderebbe la rilevanza della lamentata discriminazione, nonchè assumendo la non assimilabilità delle nozioni di malattia e di handicap, sicché da un lato non sussisterebbe un fattore di discriminazione rilevante e dall'altro non sarebbe possibile equiparare le due situazioni sotto il profilo del computo del comporto, in ogni caso evidenziando che il lavoratore non aveva documentato al datore di lavoro sia lo stato di handicap, sia



la malattia di cui era affetto, sicchè non sussisteva nemmeno la prova del presupposto della malattia grave, che ai sensi dell'art. 1 dell'A.N. avrebbe determinato l'allungamento del periodo di comporto da 18 a 30 mesi (comunque riconosciuto dall'azienda);

- la parte resistente ha rilevato l'improponibilità in questo giudizio delle domande *ex adverso* formulate in ordine ai motivi di impugnazione del licenziamento diversi dalla lamentata discriminazione, ossia delle domande di accertamento dell'illegittimità del recesso datoriale per violazione dell'art. 2110 c.c. e della normativa sui lavoratori fragili che -a detta della società- devono essere proposte con il rito speciale di cui all'art. 1, commi 47 e ss., L. 92/2012; in ogni caso ha eccepito che l'art. 26 D.L. 18/2020 non sarebbe applicabile, non avendo il lavoratore mai fatto pervenire la certificazione medica idonea ad attestarne la fragilità e, quanto al comporto, ha rilevato che il periodo dal 30.10.2020 al 21.10.2020, pur se non coperto da apposita certificazione, era stato imputato a malattia, trattandosi di circostanza pacifica tra le parti;
- con ordinanza del 2.5.2022 il Tribunale ha disposto il mutamento del rito nelle forme del procedimento *ex lege* Fornero, in considerazione dell'oggetto delle plurime domande proposte e tenuto conto della lamentata violazione del diritto di difesa da parte della resistente (in ordine alla proposizione, con ricorso *ex art.* 28 d.lgs.vo n. 150/2011, di motivi di licenziamento esulanti dalla censurata condotta discriminatoria del datore di lavoro);
- la sola parte resistente ha depositato memoria integrativa, eccependo l'inammissibilità della domanda volta all'assegnazione di mansioni compatibili con la lamentata disabilità, nonché della domanda risarcitoria e di pagamento delle retribuzioni perse nel periodo di malattia dal mese di ottobre 2020 al mese di maggio 2021.

Tutto ciò premesso, il Tribunale

#### OSSERVA

1. La domanda principale del ricorrente merita accoglimento.



All'esito della cognizione sommaria propria di questa fase del procedimento, il licenziamento comminato al [REDACTED] per superamento del periodo di comportamento, appare integrare la fattispecie del licenziamento discriminatorio.

Il ricorrente lamenta infatti la discriminazione indiretta subita a causa delle modalità con cui il datore di lavoro ha calcolato il periodo di comportamento, includendovi i periodi di malattia connessi al suo stato di handicap.

2. In merito a quest'ultima nozione, alla luce del rapporto tra fonti internazionali ed interne è pacifico che la nozione di handicap si ricavi dalle prime e dalla giurisprudenza dell'Unione, con l'obbligo di interpretare il diritto interno alla luce della Direttiva e della Convenzione delle Nazioni Unite sulle persone con disabilità.

La Direttiva 2000/78 deve essere oggetto, per quanto possibile, di una interpretazione conforme alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle persone con disabilità, approvata dall'Unione con decisione 2010/48/CE del Consiglio del 26 novembre 2009. Conseguentemente "la nozione di "handicap" di cui alla Direttiva 2000/78 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 (...)" (punto 47 della sentenza della Corte di Giustizia del'11/4/2013 in C. -335-11 e 337/11 HK Danmark).

Questi principi sono stati ormai ripetutamente richiamati dalla Corte di Cassazione, che ha rilevato come la nozione di disabilità, anche ai fini della tutela in materia di licenziamento, debba essere ricostruita in conformità al contenuto della direttiva n. 78/2000/CE del 27 novembre 2000, sulla parità di trattamento in materia di occupazione, quindi quale limitazione, risultante in particolare 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 (cfr. sentt. Cass. nn. 29289/2019, 13649/2019, 6798/2018).

2.1. Occorre altresì considerare che, secondo il diritto dell'Unione Europea, come confermato dal legislatore nazionale, la discriminazione rileva oggettivamente, sicché è del tutto irrilevante, ai fini del riconoscimento della discriminatorietà di un atto, l'intento soggettivo dell'agente: ciò che la legislazione prende in considerazione è l'effetto oggettivamente considerato del trattamento discriminatorio, che è anche ciò che intende evitare. Sul punto, la Suprema Corte ha così chiarito: “la discriminazione -diversamente dal motivo illecito- opera obiettivamente, ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta, ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro” (Cass. Civ., Sez. Lav., Sez. Lav., 5 aprile 2016, n. 6575).

Ciò premesso, in quanto “discriminazione”, la fattispecie “licenziamento discriminatorio” si realizza indipendentemente dall'intento del soggetto agente, ha carattere comparativo ed è tale se l'atto datoriale è riconducibile (direttamente o indirettamente) ad uno dei fattori di discriminazione tassativamente previsti.

Se il licenziamento discriminatorio è discriminazione, non risulta preclusa neppure la possibilità di qualificare come discriminatorio il licenziamento che, pur adottato sulla base di ragioni non discriminatorie, produca effetti di particolare svantaggio nei confronti di soggetti connotati da un certo fattore di rischio.

Ed infatti la frontiera del licenziamento indirettamente discriminatorio comincia ad annoverare pronunce che hanno individuato la discriminazione indiretta nella previsione di un trattamento identico tra lavoratori abili e disabili che si assentano per malattie collegate alla loro disabilità: la previsione di un periodo di comporto uguale per tutti, superato il quale scatta la licenziabilità, configurerebbe l'adozione di un criterio apparentemente neutro che tuttavia determina effetti più sfavorevoli nei confronti dei lavoratori disabili.



Del resto l'art. 2 del d.lgs. 216/2003 individua una discriminazione indiretta quando 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.

2.2. Quanto agli oneri probatori, vige in materia un regime probatorio "alleggerito", ossia: - per la discriminazione diretta, la prova deve riguardare il fattore di rischio, il trattamento che si assume meno favorevole, il trattamento che si assume più favorevole assunto nei confronti dei soggetti che non sono portatori del fattore di rischio, il nesso causale tra il fattore di rischio ed il trattamento deteriore; per la discriminazione indiretta, la prova deve riguardare il fattore di rischio, la disposizione, il criterio o la prassi di cui si deduce la discriminatorietà, gli effetti di queste misure sul portatore del fattore di rischio e su coloro che non siano portatori, il particolare svantaggio che risulta dal confronto degli effetti sul primo gruppo e sugli altri gruppi.

2.3. Tanto premesso, con riferimento alla specifica questione oggetto del presente giudizio, la Corte di Giustizia dell'UE del 18.1.2018 - causa C-270/16- ha osservato che "rispetto a un lavoratore non disabile, un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute a una malattia collegata alla sua disabilità. Egli è quindi soggetto a un maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia e, quindi, di raggiungere i limiti (...). Risulta, dunque, che la norma di cui a tale disposizione è idonea a svantaggiare i lavoratori disabili e, quindi, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sulla disabilità ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78, (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 76)"; la Corte, inoltre, ha precisato che "non si deve (...) ignorare 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 (v., in tale senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C337/11, EU:C:2013:222, punto 91)").

2.4. Facendo ricorso ad un'interpretazione costituzionalmente orientata (in adesione al principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.) ed aderente alla normativa ed alla giurisprudenza comunitaria sopra richiamata, parte della giurisprudenza di merito ha statuito che costituisce discriminazione indiretta la previsione per un lavoratore disabile e per un lavoratore non disabile del medesimo periodo di comportamento, attesa la necessità di differenziazione della tutela, da adeguare alla situazione peculiare (c.d. fattore di rischio), in cui versano i soggetti disabili e ha stabilito che in applicazione dell'articolo 2 della direttiva comunitaria 2000/78/CE, nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro, al fine di evitare la discriminazione indiretta in caso di licenziamento per superamento del periodo di comportamento, va ritenuto obbligato ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi dell'art. 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione (come sottrarre dal calcolo del comportamento i giorni di malattia ascrivibili all'handicap o individuare un ulteriore giustificato motivo di licenziamento).

Alla luce di tutto ciò sembra che, ai fini della irrogazione di un licenziamento, concepire per un soggetto disabile contraddistinto da una permanente grave patologia, il medesimo periodo di comportamento previsto per un soggetto non afflitto da handicap, contrasti apertamente con i corollari del principio di parità di trattamento per cui situazioni diverse meritano un trattamento differenziato e configuri quella discriminazione indiretta di cui alla direttiva 2000/78/CE.

3. Così inquadrata la fattispecie in esame, non vi è dubbio, alla luce dei principi passati in rassegna, che il [REDACTED] sia affetto da disabilità, che rappresenta fattore di discriminazione rilevante.

Sin dal 25.9.2019 egli è stato dichiarato dal medico competente "inidoneo temporaneo alla guida" e poco dopo, in data 25.11.2019, dalla Commissione medica ATS Brianza, "definitivamente" inidoneo alla guida, anche se idoneo a mansioni



alternative. I certificati medici prodotti attestano che egli è affetto da sarcoidosi. Dal 21.11.2019 è stato riconosciuto portatore di handicap, con riduzione della capacità lavorativa nella misura del 67 %.

Il licenziamento è stato intimato in data 22.10.2021 per assenza continuativa dal 21.3.2019 al 15.11.2021. La società ha collocato il superamento dei 30 mesi del composto alla data del 21.10.2021.

L'azienda assume di non avere conosciuto le ragioni della malattia e la disabilità, però è essa stessa a dare atto delle valutazioni del medico competente, il quale sin dal 25.9.2019 lo aveva giudicato inidoneo temporaneamente alle mansioni di autista e soprattutto della Commissione medica, che lo aveva giudicato inidoneo definitivo alle mansioni di autista, sin dal 25.11.2019.

In questa situazione, sia pure lamentando di non avere conosciuto le diagnosi delle certificazioni mediche e la riconosciuta disabilità da parte dell'I.N.P.S., [REDACTED]

[REDACTED] ammette di avere appreso sin dal 30.10.2020 che il ricorrente è stato riconosciuto portatore di handicap a far data dal 21.11.2019 (cfr. doc. n. 21 di parte ricorrente e allegazioni pag. 7 memoria).

Del resto, all'atto dell'impugnazione del licenziamento (doc. n. 28 di parte ricorrente), il legale del [REDACTED] aveva chiaramente descritto la sua situazione di malattia grave, ripercorrendo cronologicamente le tappe delle valutazioni mediche relative all'inidoneità alle mansioni, facendo riferimento ai certificati di malattia e alla valutazione I.N.P.S..

Detto ciò, va considerato che ai sensi dell'art. 18, comma 10, Legge 300/1970 è data la possibilità al datore di lavoro di revocare il licenziamento "entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione al datore di lavoro dell'impugnazione del medesimo", ed in tale ipotesi "il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, e non trovano applicazione i regimi sanzionatori previsti dal presente articolo".



In definitiva, ribadita la rilevanza oggettiva della discriminazione, ricorrono elementi plurimi e concordanti nel senso che l'azienda conoscesse all'atto del licenziamento lo stato di grave malattia e disabilità del lavoratore ed è pacifico che l'abbia conosciuta quantomeno all'atto dell'impugnazione stragiudiziale del recesso datoriale.

Va allora considerato che, come emerge dai certificati medici prodotti (doc. n. 7 di parte ricorrente), la maggior parte dei periodi di malattia del [REDACTED] sono riconducibili alla sarcoidosi ed alle sue conseguenze (irrilevante essendo la circostanza che nel periodo dal 31.10.2020 al 5.5.2021 i certificati di malattia non siano stati forniti dal lavoratore, perché per stessa ammissione della resistente il periodo è stato imputato a malattia ed il licenziamento non è stato comminato per assenza ingiustificata).

Il [REDACTED] insomma, ha superato il periodo di comportamento per assenze dovute in larga parte a malattie correlate alla disabilità, sicchè, l'adesione ai predetti orientamenti giurisprudenziali nazionali e comunitari induce a ravvisare, nella fattispecie, un'ipotesi di discriminazione indiretta.

Vero è che nella particolare fattispecie in esame il CCNL differenzia la malattia normale dalla malattia grave (categoria che include senz'altro malattie gravemente invalidanti, quali la sclerosi multipla e la distrofia muscolare), stabilendo periodi di comportamento diversi, rispettivamente di 18 e 30 mesi. Tuttavia, diversamente da quanto opinato dall'azienda, che in effetti nei confronti del sig. [REDACTED] ha applicato il periodo di comportamento più lungo, la previsione di un periodo di comportamento più lungo per le malattie gravi e quindi implicitamente anche per le malattie connesse alle disabilità, non fa venire meno il carattere discriminatorio della norma contrattuale, che non scomputa i giorni di malattia dovuti alla disabilità, ma semplicemente allunga il periodo del comportamento.

4. Vero è che anche in presenza di una disciplina del comportamento, che sia obiettivamente discriminatoria, spetta sempre al giudice nazionale verificare se il datore di lavoro abbia adottato gli accomodamenti ragionevoli al fine di garantire



alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. Infatti, la giurisprudenza comunitaria che si è occupata del tema, oltre a valorizzare il rischio che il lavoratore affetto da disabilità sia in linea di principio, maggiormente esposto al recesso per superamento del compito, chiarisce anche che la normativa comunitaria in esame riserva agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità in ordine ai ragionevoli accomodamenti da adottare per tutelare il lavoratore affetto da handicap.

Il D.Lgs 216/2003 ha sottolineato la necessità di una tutela giurisdizionale a sostegno del principio di parità di trattamento in favore dei soggetti portatori di handicap e, a sua volta, il D.L. 28/6/2013 n. 76 convertito in legge 9/8/2013 n. 99, all'art. 9 comma 4 ter, ha inserito il comma 3 bis all'interno dell'art. 3 del D.Lgs 216/2003, stabilendo che "al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3/3/2009 n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena uguaglianza con gli altri lavoratori".

Il legislatore nazionale ha quindi deliberatamente scelto di trasporre nell'ordinamento interno la formula delle fonti sovranazionali, in dichiarata attuazione della direttiva n. 78/2000/CE, affidandosi ad una nozione a contenuto variabile, che ha come caratteristica strutturale proprio l'indeterminatezza: consapevole dell'impossibilità di una tipizzazione delle condotte prescrivibili, il legislatore ha conferito all'interprete il compito di individuare lo specifico contenuto dell'obbligo, guidato dalle circostanze del caso concreto.

4.1. Ai fini della delimitazione della nozione di accomodamenti ragionevoli e degli oneri che essi implicano a carico del datore di lavoro, è bene considerare che, come opportunamente precisato dalla recente sentenza della Corte di Cassazione n. 6497/2021, per accomodamenti devono intendersi adeguamenti, *lato sensu*, organizzativi che il datore di lavoro deve porre in essere al fine di "garantire il



principio della parità di trattamento dei disabili" e che si caratterizzano per la loro "appropriatezza", ovvero per la loro idoneità a consentire alla persona svantaggiata di svolgere l'attività lavorativa e ciò entro il limite, rinvenibile nella definizione della Convenzione ONU del 2006, che tale accomodamento non imponga "un onere sproporzionato o eccessivo", come quando richieda "un onere finanziario sproporzionato", ma con la precisazione che la soluzione non è sproporzionata allorchè l'onere sia compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili. Quanto all'ulteriore requisito della ragionevolezza, i giudici di legittimità hanno chiarito che esso è dotato di autonoma valenza letterale, atteso che se l'unica ragione per esonerare il datore di lavoro dal porre in essere l'adattamento, fosse l'onere "sproporzionato", allora non sarebbe stato necessario aggiungere il "ragionevole". I giudici di legittimità hanno allora evidenziato che se può sostenersi che ogni costo sproporzionato, inteso nella sua accezione più ampia di "eccessivo" rispetto alle dimensioni ed alle risorse finanziarie dell'impresa, renda l'accomodamento di per sè irragionevole, non è necessariamente vero il contrario, perchè non può escludersi che, anche in presenza di un costo sostenibile, circostanze di fatto rendano la modifica organizzativa priva di ragionevolezza, avuto riguardo, ad esempio, all'interesse di altri lavoratori eventualmente coinvolti.

Dalla connotazione della ragionevolezza come espressione dei più ampi doveri di buona fede e correttezza nei rapporti contrattuali, la Corte di Cassazione ha tratto indicazioni metodologiche utili per orientare prima il destinatario della norma ad individuare il comportamento dovuto e poi, eventualmente, il giudice, al fine di misurare l'esattezza dell'adempimento dell'obbligo di accomodamento nella concretezza del caso singolo e ciò ha fatto facendo riferimento a quella ricca giurisprudenza che identifica la buona fede oggettiva o correttezza come criterio di determinazione della prestazione contrattuale, costituendo fonte di integrazione del comportamento dovuto che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, ponendo metodologicamente al centro



dell'operazione interpretativa l'esigenza di una valutazione comparata di tutti gli interessi in gioco, al fine di un bilanciato temperamento. Nel caso degli accomodamenti occorre quindi soppesare gli interessi giuridicamente rilevanti delle parti coinvolte: 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; poi 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 cit.) 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". Secondo la Corte di Cassazione non può, infine, aprioristicamente escludersi che la modifica organizzativa coinvolga, in maniera diretta o indiretta, altri, lavoratori, sicchè in tal caso, fermo il limite non valicabile del pregiudizio a situazioni soggettive che assumano la consistenza di diritti soggettivi altrui, occorrerà valutare comparativamente anche l'interesse di costoro. All'esito di questo complessivo apprezzamento, con la sentenza in commento si è quindi ritenuto ragionevole ogni soluzione organizzativa praticabile, che miri a salvaguardare il posto di lavoro del disabile in un'attività che sia utile per l'azienda e che imponga all'imprenditore, oltre che al personale eventualmente coinvolto, un sacrificio che non ecceda i limiti di una tollerabilità considerata accettabile secondo "la comune valutazione sociale".

Quanto alle regole che ripartiscono gli oneri di allegazione e prova in ordine agli accomodamenti ragionevoli, i giudici di legittimità hanno osservato quanto segue: *“secondo la più recente giurisprudenza di questa Corte, poi, spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di repace del dipendente licenziato, senza che sul lavoratore incomba un onere di allegazione dei posti assegnabili (Cass. n. 5592 del 2016; Cass. n. 12101 del 2016; Cass. n. 20436 del 2016; Cass. n. 160 del 2017; Cass. n. 9869 del 2017; Cass. n. 24882 del 2017; Cass. n. 27792 del 2017).*



*Trattandosi di prova negativa, il datore di lavoro ha sostanzialmente l'onere di fornire la prova di fatti e circostanze esistenti, di tipo indiziario o presuntivo idonei a persuadere il giudice della veridicità di quanto allegato circa l'impossibilità di una collocazione alternativa del lavoratore nel contesto aziendale (ancora Cass. n. 10435/2018 cit.; v. pure sull'utilizzo del metodo presuntivo in materia Cass. n. 237'89 del 2019). Usualmente si prova che nella fase concomitante e successiva al recesso, per un congruo periodo, non sono avvenute nuove assunzioni oppure sono state effettuate per mansioni richiedenti una professionalità non posseduta dal prestatore (v., ad ex., Cass. n. 22417 del 2009; ma pure: Cass. n. 9369 del 1996; Cass. n. 13134 del 2000; Cass. n. 3040 del 2010).*

*A questi oneri che tradizionalmente gravano sul datore di lavoro, in caso di applicazione del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3 bis, si aggiunge quello distinto relativo all'adempimento dell'obbligo di accomodamento ragionevole, pure esso inteso come condizione di legittimità del recesso.*

*Pertanto, a fronte del lavoratore che deduca e provi di trovarsi in una condizione di limitazione, risultante da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature secondo il diritto dell'Unione Europea, quale fonte dell'obbligo datoriale di ricercare soluzioni ragionevoli che potessero evitare il licenziamento causato dalla disabilità, graverà sul datore di lavoro l'onere di provare di aver adempiuto all'obbligo di "accomodamento" ovvero che l'inadempimento sia dovuto a causa non imputabile.*

*In tale situazione di riparto non è certo sufficiente per il datore semplicemente allegare e provare che non fossero presenti in azienda posti disponibili in cui ricollocare il lavoratore, come si trattasse di un ordinario repechage, così creando una sovrapposizione con la dimostrazione, comunque richiesta, circa l'impossibilità di adibire il disabile a mansioni equivalenti o inferiori compatibili con il suo stato di salute.*

*Nè spetta al lavoratore, o tanto meno al giudice, individuare in giudizio quali potessero essere le possibili modifiche organizzative appropriate e ragionevoli*



*idonee a salvaguardare il posto di lavoro, sovvertendo l'onere probatorio e richiedendo una collaborazione nella individuazione degli accomodamenti possibili non prevista neanche per il repechage ordinario in mansioni inferiori, oramai esteso dal recesso per sopravvenuta inidoneità fisica alle ipotesi di soppressione del posto di lavoro per riorganizzazione aziendale (ab imo, Cass. n. 21579 del 2008; conf. Cass. n. 23698 del 2015; Cass. n. 4509 del 2016; Cass. n. 29099 del 2019; Cass. n. 31520 del 2019).*

*Le stesse ragioni che hanno spinto questa Corte a rimeditare un risalente orientamento che chiedeva al lavoratore che impugnava il licenziamento l'allegazione dell'esistenza di altri posti nei quali egli potesse essere utilmente ricollocato, ragioni quali (cfr. Cass. n. 5592/2016 cit.) l'inappropriata divaricazione tra oneri di allegazione e prova, l'impossibilità di alterare surrettiziamente l'onere sancito dalla L. n. 604 del 1966, art. 5 il principio di riferibilità o vicinanza della prova di fatti attinenti ad una organizzazione aziendale rispetto alla quale il lavoratore è estraneo, militano nel senso che, anche nella specie, vadano applicati i principi generali che regolano il riparto degli oneri di allegazione e prova nell'adempimento delle obbligazioni così come stabiliti da Cass. SS. UU. n. 13533 del 2001.*

*Al fine di non sconfinare in forme di responsabilità oggettiva, per verificare l'adempimento o meno dell'obbligo legislativamente imposto dal D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3 bis, occorre avere presente il contenuto del comportamento dovuto, così come definito nel paragrafo precedente, e che esso si caratterizza non tanto, in negativo, per il divieto di comportamenti che violano la parità di trattamento, quanto piuttosto per il suo profilo di azione, in positivo, volta alla ricerca di misure organizzative ragionevoli idonee a consentire lo svolgimento di un'attività lavorativa, altrimenti preclusa, a persona con disabilità.*

*In tale prospettiva, l'onere gravante sul datore di lavoro potrà essere assolto mediante la deduzione del compimento di atti o operazioni strumentali rispetto all'avveramento dell'accomodamento ragionevole, che assumano il rango di fatti*



*secondari di tipo indiziario o presuntivo, i quali possano indurre nel giudicante il convincimento che il datore abbia compiuto uno sforzo diligente ed esigibile per trovare una soluzione organizzativa appropriata che scongiurasse il licenziamento, avuto riguardo a ogni circostanza rilevante nel caso concreto.*

*Ovviamente il datore di lavoro potrà anche dimostrare che eventuali soluzioni alternative, pur possibili, fossero prive di ragionevolezza, magari perchè coinvolgenti altri interessi comparativamente preminenti, ovvero fossero sproporzionate o eccessive, a causa dei costi finanziari o di altro tipo ovvero per le dimensioni e le risorse dell'impresa.*

*Del resto questa Corte ha già avuto occasione di affermare, peraltro a proposito del D.Lgs. n. 81 del 2008, art. 42 il quale prevede, come già detto, che il lavoratore divenuto inabile alle mansioni specifiche possa essere assegnato anche a mansioni equivalenti o inferiori, che nell'inciso "ove possibile" si contempera "il conflitto tra diritto alla salute ed al lavoro e quello al libero esercizio dell'impresa, ponendo a carico del datore di lavoro l'obbligo di ricercare - anche in osservanza dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto - le soluzioni che, nell'ambito del piano organizzativo prescelto, risultino le più convenienti ed idonee ad assicurare il rispetto dei diritti del lavoratore e lo grava, inoltre, dell'onere processuale di dimostrare di avere fatto tutto il possibile, nelle condizioni date, per l'attuazione dei detti diritti" (in termini: Cass. n. 13511 del 2016)".*

4.2. Vanno allora considerate le argomentazioni svolte dalle parti del presente procedimento in ordine alla questione delle mansioni ulteriori alle quali avrebbe potuto essere adibito il lavoratore.

Anche sotto questo profilo emerge come l'azienda non abbia offerto prova adeguata di avere posto in essere tutti gli accomodamenti, che si potevano ragionevolmente pretendere dal datore di lavoro, sia pure senza un eccessivo sacrificio dei propri interessi imprenditoriali.

Nella fattispecie in esame, [REDACTED] si è limitata ad argomentare sull'impossibilità di adibire il lavoratore agli uffici amministrativi o all'officina, per



difetto delle competenze rispettivamente necessarie e, quanto alle mansioni di addetto alla sorveglianza delle aree di parcheggio (specificamente indicate anche dal lavoratore quale potenziale ricollocamento), a rilevare che l'attività sarebbe incompatibile con le condizioni di salute del [REDACTED], perché si tratterebbe di rimanere in piedi e camminare nelle aree di sosta, oltre che di occuparsi dello "scassetto", con movimentazioni di carichi e manutenzione di impianti che richiederebbero competenze tecniche ed il diploma di perito. Trattasi tuttavia, rispetto a quest'ultimo profilo, di motivazioni generiche, che -oltre a stridere con la condotta dell'azienda che aveva proposto al [REDACTED] di svolgere le mansioni alternative di addetto alle pulizie- non risultano suffragate da opportune valutazioni specialistiche, che l'azienda ben avrebbe potuto acquisire e produrre in giudizio (né del resto la resistente ha chiesto di istituire a tal fine un'eventuale ctu), condotta questa che è tanto più significativa ove si consideri che le richieste di ricollocazione del lavoratore sono state numerose (cfr. docc. nn. 12, 13, 14). Né l'azienda ha in alcun modo dedotto in ordine all'impossibilità (o quantomeno alla sproporzionalità del relativo onere) di riqualificare il lavoratore per altre mansioni.

In sostanza il datore di lavoro si è limitato ad affermare l'impossibilità del repaceage del dipendente, ma non ha allegato, né tantomeno provato, che la destinazione alternativa del lavoratore portatore di handicap avrebbe imposto un onere finanziario sproporzionato o comunque eccessivo e così facendo non ha dedotto di avere concretamente compiuto lo sforzo, diligente ed esigibile, volto a ricercare altre soluzioni ragionevoli, utili ad evitare il recesso.

In conclusione, il carattere discriminatorio del computo del comportamento e la mancanza di prova in ordine alla ricerca di accomodamenti ragionevoli da parte del datore di lavoro, rendono il licenziamento comminato al [REDACTED] nullo ai sensi e per gli effetti dell'art. 18, comma 1, St. Lav.

Il ricorrente ha quindi diritto ad essere reintegrato nel posto di lavoro ed al pagamento dell'indennità risarcitoria prevista dal secondo comma della citata norma



(sulla base del tallone mensile di € 2.078,77, come indicato dalla difesa attorea -sulla base della prodotta busta paga- e non contestato dalla parte resistente).

La domanda di risarcimento del danno per asserita violazione di diritti costituzionalmente garantiti, sia pure in linea di principio ammissibile, in quanto fondata sulla stessa *causa petendi* dell'impugnazione del licenziamento (ossia la sua discriminatorietà), non appare accoglibile, per la ragione dirimente che non risulta allegato, nè provato, un danno ulteriore rispetto all'indennità risarcitoria come sopra riconosciuta.

Quanto alla domanda di risarcimento relativa al trattamento di malattia non erogato, anche a non volere considerare che per il periodo dal 31.10.2020 al 5.5.2021 non ci sarebbero nemmeno i certificati di malattia, essa appare esulare dall'oggetto del presente procedimento, la parte ricorrente peraltro non indicando nemmeno gli elementi costitutivi che fonderebbero l'obbligo risarcitorio del datore di lavoro.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale, in funzione di giudice del lavoro;

dichiara

la nullità del licenziamento intimato a

[REDACTED]

condanna

[REDACTED]

a reintegrare

[REDACTED]

nel posto di lavoro;

condanna

[REDACTED] a corrispondere al ricorrente un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto (al tallone mensile di € 2.078,77), dal giorno del licenziamento sino a quello dall'effettiva reintegrazione, oltre rivalutazione monetaria ed interessi, nonché a versare i contributi previdenziali ed assistenziali;

rigetta

la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale;

dichiara



inammissibile la domanda di risarcimento del danno per le retribuzioni perse nel periodo di malattia;

condanna

[REDACTED] a rifondere a [REDACTED] le spese del giudizio, che liquida in € 2.500,00 per compensi professionali, oltre rimborso delle spese forfettarie pari al 15% dei compensi professionali, iva e cpa, come per legge.

⇒ Si comunichi.

Lecco, 26 giugno 2022.

Il Giudice  
Federica Trovò

