

N. R.G. 832/2022



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO

Sezione Lavoro

nelle persone dei seguenti Magistrati:

Dott.ssa Susanna MANTOVANI

Dott. Roberto VIGNATI

Dott.ssa Laura BERTOLI

ha pronunciato la seguente

Presidente rel.

Consigliere

Consigliere

SENTENZA

nella causa civile in grado d'appello avverso l'ordinanza del Tribunale di Milano del 22/6/22, est. Dott.ssa Francesca Saioni, discussa all'udienza dell'1/12/22 e promossa

DA

elettivamente domiciliato in
Milano in Via Carducci n. 31, presso lo studio dell'Avv. Nyranne Moshi, del Foro di Milano, dalla quale è rappresentato e difeso in virtù di mandato allegato al ricorso introduttivo, unitamente agli Avv.ti Daniela Palmieri e Ivan Assael

APPELLANTE

CONTRO

allegata alla memoria di costituzione di I grado (all. a)

APPELLATA

I procuratori delle parti, come sopra costituiti, così precisavano le

CONCLUSIONI

PER L'APPELLANTE come da ricorso in appello:

"Voglia la Corte di Appello di Milano, rigettata ogni contraria istanza, in riforma della pronuncia del Tribunale di Milano resa nel procedimento 1346/2022, comunicata in data 24/06/2022

In via principale

previa eventuale declaratoria di nullità dell'art. 51 CCNL Imprese di Pulizia Multiservizi nella parte in cui non prevede l'esclusione dal comparto delle assenze collegate alla disabilità del lavoratore

In via principale

1) Accertare e dichiarare la discriminatorietà della condotta tenuta da Società cooperativa consistita a) nel discriminare il lavoratore nella mancata adozione dei ragionevoli accomodamenti; b) nel discriminare il lavoratore nell'assegnazione delle mansioni; c) nel discriminare il lavoratore quanto al computo del periodo di comporto applicando incondizionatamente l'art. 51 del CCNL Multiservizi;

Ai fini della rimozione degli effetti

2) Accertare e dichiarare la nullità e/o illegittimità e comunque inefficacia del licenziamento intimato al lavoratore;

3) Condannare la convenuta ad operare il ricalcolo del periodo di comporto escludendo le malattie riconducibili alla situazione di disabilità e al ricovero ospedaliero;

4) Condannare la convenuta a reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro e a versargli un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione e comunque in misura non inferiore a cinque mensilità. La retribuzione lorda di riferimento sarà pari a 1.533,88 € (1.314,75*14/12) lordi o altra somma maggiore o minore ritenuta equa e di giustizia;

Per quanto occorra

5) accertare e dichiarare la nullità e/o illegittimità e comunque inefficacia dell'esclusione dalla cooperativa

In via subordinata

5) Condannare la convenuta al versamento in favore del lavoratore di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale in misura comunque non inferiore a trentasei mensilità della retribuzione utile per il calcolo del TFR e quindi pari a 55.219,50 euro (1.424,31*36) lordi o altra somma maggiore o minore ritenuta equa e di giustizia.

6) Con condanna della controparte alla rifusione delle spese di lite di entrambi i gradi del giudizio ex DM 55/2014, oltre oneri accessori, IVA e CPA”

PER L'APPELLATA come da memoria di costituzione:

“In via preliminare e pregiudiziale

a) accertata la mancata impugnativa da parte del ricorrente della scheda di adesione-contratto associativo e lavorativo, nonché del rapporto di lavoro o della tipologia dello stesso, così come specificato nella narrativa in via preliminare e pregiudiziale paragrafo 2), dichiarare l'infondatezza a priori delle domande formulate e/o la loro inammissibilità per l'effetto rigettare tutte le domande proposte nello stesso dal ricorrente;

b) accertato che trattasi di controversia tra socio lavoratore e cooperativa, il cui rapporto non è oggetto di contestazione, dichiarare l'incompetenza funzionale del Giudice del lavoro adito in favore del Tribunale Ordinario di Milano e/o il difetto di rito, con tutte le conseguenti statuizioni di rito;

c) accertare la totale genericità delle domande / conclusioni formulate nel ricorso proposto.

Nel merito:

in via principale: respingere tutte le domande svolte dal signor _____ nell'appello proposto, in quanto infondate in fatto ed in diritto per i motivi di cui alla narrativa del presente atto e di quello di I grado.

In via subordinata: nelle denegata e non creduta ipotesi di declaratoria di illegittimità del licenziamento intimato ed oggetto di impugnativa, applicare la normativa delle tutele crescenti (Decreto legislativo n. 23/2015, attuativo del c.d. Jobs Act, legge n. 183 del 2014), nel valore ritenuto di giustizia, non essendo applicabile, per i motivi dedotti nella narrativa del presente atto, la tutela reale indicata dalla difesa del ricorrente, nella sua qualità di socio lavoratore di una cooperativa pura che non occupa più di 15 dipendenti.

In via istruttoria: si eccipisce l'inammissibilità delle istanze istruttorie così come dedotto nel presente atto nella narrativa in diritto, ed in particolare ci si oppone all'ammissione dei capitoli di prova ex adverso articolati, anche per come formulati e si chiede l'ammissione di prova per testimoni sulle circostanze dedotte nella narrativa in fatto dal n. 1 al 18, precedute dalle parole “Vero che” altre ai seguenti capitoli di prova; - omissis -

Si indicano quali testimoni i signori:

- Patrizia Benelli presso cooperativa
- Fiore Ranieri presso cooperativa
- signor El Habib Abderrahim (detto Abramo) presso coop
- Walter Lucini presso cooperativa

Con il favore delle spese e dei compensi professionali.”

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale di Milano, in funzione di giudice del lavoro, con l'ordinanza emessa in data 22/6/22 dichiarava inammissibile, compensando le spese di lite, il ricorso proposto, ai sensi degli artt. 28 del D.L.vo. n. 150/11 e 4 del D.L.vo n. 216/03, da _____, che aveva lavorato come operaio con inquadramento nel 3^a livello del CCNL Servizi di Pulizia alle dipendenze di _____ à Cooperativa dall'1/7/15 fino al 27/12/21 quando era stato licenziato per superamento del periodo di comporto ai sensi dell'art. 51 del CCNL Multiservizi ed era stato contestualmente estromesso dalla cooperativa, ricorso diretto ad ottenere - previa declaratoria di nullità e/o inefficacia e/o illegittimità del licenziamento e della esclusione dalla cooperativa per a) la discriminazione diretta posta in essere da _____ Società Cooperativa che non aveva adottato alcun ragionevole accomodamento ex art. 2087 c.c. e D.L.vo n. 216/03; b) il mancato rispetto dell'art. 2087 c.c. e del D.L.vo n. 81/08, essendo stato adibito a mansioni non compatibili con il suo ridotto stato di salute; c) la discriminazione indiretta consistente nell'applicazione incondizionata nei suoi confronti dell'art. 51 citato; d) la violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c., non essendo stato avvertito dell'imminente scadenza del comporto e della possibilità di chiedere la aspettativa non retribuita - la reintegrazione nel posto di lavoro, nonché la corresponsione di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (pari a 1.533,88, così determinata € 1.314,75*14/12) dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione e comunque in misura non inferiore a cinque mensilità.

Il giudice a quo accoglieva l'eccezione preliminare sollevata dalla resistente relativa all'omessa impugnazione del rapporto associativo intercorso tra le parti:

"Si rinviene alla pag. 20 del ricorso un paragrafo intitolato "E) Sull'estromissione dalla cooperativa" del seguente tenore: "Nella lettera di licenziamento ricevuta dal ricorrente in data 27 dicembre 2021 viene riportato che il superamento del comporto ha determinato non solo il licenziamento ma anche la sua esclusione da socio della cooperativa. Tuttavia, il ricorrente non risulta essere socio di alcuna cooperativa, al momento dell'assunzione infatti ha firmato soltanto il contratto di lavoro e nessun contratto associativo. Per mero scrupolo difensivo si impugna e contesta l'estromissione dalla cooperativa pur non riconoscendo la sussistenza di alcun rapporto sociale".

ha prodotto in giudizio: a) scheda di adesione alla cooperativa sottoscritta dal ricorrente (doc. 2); b) verbali di assemblee dei soci degli anni 2017, 2018 e 2019 con ricevute di convocazione sottoscritte dal ricorrente (docc. 11- 13); c) libro soci in sintesi e per esteso, ritualmente vidimati e firmati da cui si evince che il ricorrente era, appunto, socio della cooperativa (docc. 3 a e 3 b).

Le sottoscrizioni del ricorrente non sono state disconosciute né è stata affermata in causa la simulazione del rapporto associativo con formulazione di istanze istruttorie ad hoc.

Manca, invece, a completamento della documentazione suindicata, la produzione della delibera di ammissione, rispetto alle cui sorti non si rinviene nessuna allegazione difensiva da parte di _____

La difesa del ricorrente ha quindi addotto l'insussistenza di qualunque prova circa la qualità di socio del signor _____ rammentando che la delibera di ammissione alla cooperativa ha carattere costitutivo del rapporto.

L'assunto circa la natura costitutiva della delibera in questione è corretto.

La Corte di Cassazione ha infatti affermato che "La qualità di socio di una cooperativa si acquista con la delibera di ammissione da parte degli amministratori (art. 2525 cod. civ.), che ha natura di fatto costitutivo, mentre la trascrizione della delibera nel libro delle deliberazioni del consiglio di amministrazione e nel libro soci

(artt. 2421, 2516 cod. civ.) ha valore documentale" (sent. n. 4053/1992; conformi Cass. n. 2438/1972; n. 6371/1982; n. 4961/1986).

Nella parte motiva, la Corte peraltro aggiunge: "...Pertanto, in mancanza di tale trascrizione nel libro soci, la prova della qualità di socio può essere fornita dimostrando altrimenti l'esistenza della suddetta delibera (nella specie, attraverso una delibera di esclusione del socio, la quale necessariamente presupponeva la precedente ammissione e la cui operatività era stata sospesa nel corso di un altro giudizio...Così nella specie, esatta è, in linea di principio, la decisione della Corte di merito secondo cui la prova della qualità di socio possa essere data o con i dati annotati nel relativo libro soci, o con altro fattore di prova equivalente, individuandosi l'equivalente valore probatorio nella dimostrazione del fatto costitutivo e, cioè, della delibera del Consiglio. Rettamente, quindi, la dimostrazione storica del fatto costitutivo è stata data con la delibera dello stesso organo amministrativo, di esclusione che necessariamente presupponeva la precedente ammissione..."

Nel caso concreto, come rammentato poc'anzi, risultano prodotti in giudizio la scheda di adesione sottoscritta, l'iscrizione nel libro soci e la delibera di esclusione, oltre alle ricevute sottoscritte delle convocazioni alle assemblee

Può quindi essere affermato, in linea con i principi delineati dalla giurisprudenza di legittimità, che vi è prova in causa del fatto che il ricorrente era socio di e non solo lavoratore dipendente posto che la delibera di esclusione adottata nei suoi confronti presuppone "la precedente ammissione"; affermazione, nel caso concreto, corroborata anche dagli ulteriori documenti prodotti da

Se così è, tenuto conto del rito ultraspecialistico prescelto (ricorso ex art. 28 D. Lgs. n. 150/2011 e art. 4 D. Lgs. n. 216/2003), in luogo di quello ordinario – che, a parere di chi scrive, imporrebbe quanto meno di valutare la possibilità di un esame congiunto delle domande per connessione ex art. 40 c.p.c. - il presente ricorso deve essere dichiarato inammissibile".

Con atto di citazione depositato in data 22/7/22 ha proposto appello ex art. 702 quater c.p.c. avverso l'ordinanza di inammissibilità emessa nel procedimento iscritto al RG n. 1346/22 del Tribunale di Milano.

Con il primo articolato motivo di gravame impugna la decisione nella parte in cui il giudice a quo ha ritenuto di non poter decidere la controversia, in quanto la domanda relativa all'estromissione non è compatibile con il rito proposto, denunciando la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 D.L.vo 150/11 e dell'art. 702 ter c.p.c.

In primo luogo evidenzia come la comunicazione di estromissione (doc. n. 5 appellata) faccia esclusivo riferimento all'art. 51 del CCNL Multiservizi e perciò al superamento del comporta, così come il licenziamento (doc. n. 14 appellata) riporti, quale unica motivazione, il superamento del periodo di comporta ai sensi del vigente CCNL. Ne consegue – continua l'appellante – che "la delibera di estromissione ha natura discriminatoria e dovrà pertanto essere ritenuta nulla.

Il giudizio sulla natura discriminatoria dell'estromissione può essere reso nell'ambito del medesimo procedimento ex art. 702 ter e non necessita di alcuna integrazione o modificazione della domanda".

In secondo luogo rileva che la pronuncia di inammissibilità non è prevista dal D.L.vo n. 150/11 ("Nelle controversie disciplinate dal Capo III, non si applicano i commi secondo e terzo dell'articolo 702-ter del codice di procedura civile", così art. 3), per cui nelle controversie in materia di discriminazione (art. 28 decreto citato) non può essere pronunciata l'inammissibilità della domanda come, invece, prevede l'art. 702 ter c.p.c. per le controversie ordinarie e che di conseguenza "il Tribunale avrebbe eventualmente dovuto pronunciare ordinanza di mutamento del rito ai sensi del comma 3, art. 4, D.Lgs. 150/2011 e permettere quindi l'esame congiunto delle due domande connesse".

Con il secondo motivo di gravame impugna la decisione nella parte in cui il Tribunale di Milano ha ritenuto dimostrato il suo status di socio, denunciando la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2528 c.c.

Sostiene che controparte non ha assolto all'onere probatorio a suo carico, dato che la delibera di ammissione, avente natura costitutiva, non è mai stata adottata.

Nell'ottica dell'appello, anche a voler considerare valida la deliberazione orale del CdA, il contratto societario non può ritenersi concluso, non essendogli mai stata comunicata la delibera di ammissione; non vi è inoltre alcuna annotazione sul libro dei soci di detta deliberazione e non è stato dimostrato il versamento della quota sociale.

Censura, inoltre, l'affermazione del giudice a quo secondo cui la esistenza della delibera di ammissione del CdA può essere dedotta a fronte della successiva delibera di esclusione, dato che, in questo modo, si *"consentirebbe alla cooperativa di sanare una nullità del contratto, per carenza degli elementi costitutivi della fattispecie, anche a distanza di anni"*.

Per la denegata ipotesi in cui la Corte di Appello dovesse ravvisare il vincolo societario, ribadisce che le domande azionate possono comunque trovare accoglimento nel procedimento speciale antidiscriminatorio: *"l'estromissione ha natura discriminatoria in quanto è fondata sui medesimi presupposti del licenziamento. La violazione della Convenzione ONU sulla tutela del lavoratore disabile, e della normativa comunitaria e nazionale derivata, comporta necessariamente la nullità della delibera.*

La discriminatorietà della condotta denunciata in ricorso travolge quindi sia l'estromissione dal (contestato) contratto associativo sia il licenziamento.

Il Tribunale ha quindi errato nel ritenere che le due questioni avessero una causa petendi differente e che dovessero quindi essere trattate in giudizi separati.

Trattandosi in ogni caso di un atto che colpisce il disabile-lavoratore la competenza non può che essere quella del Tribunale del Lavoro, vista anche l'obbligatorietà del rito imposto dal D.Lgs. 150/2011".

Nel merito, richiama integralmente la difesa articolata in primo grado, rimasta assorbita.

Società Cooperativa resiste in giudizio per la conferma del provvedimento impugnato, replicando alle doglianze avversarie.

Innanzitutto ribadisce che *" Il ricorrente, non era, e non è tutt'ora un lavoratore disabile, (né lo era, comunque, al momento del licenziamento, ma semplicemente una persona con una malattia curabile e di fatto curata), al quale applicare la normativa di cui alla richiamata Legge 68/1999, in mancanza anche dei due presupposti previsti dalla norma, ovvero, l'accertamento preventivo o in itinere della riduzione della capacità lavorativa da parte di Enti o Commissioni preposte, o da parte di un organo giurisdizionale.*

Né l'appellante può essere definito disabile in base a quanto dallo stesso dedotto..

Non si tratta, quindi, di una disabilità - che viceversa sarebbe stata accertata e certificata subito - ma di una malattia o di un aggravamento di uno stato soggettivo temporanei, che ben possono essere curati e che, comunque non possono giustificare delle assenze così lunghe come il periodo di comporta.

L'interpretazione consolidata della Corte di Giustizia, alla quale si richiama in maniera uniforme la nostra Corte di Cassazione, per quanto riguarda la nozione di handicap è la seguente: "una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione

dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori" (ex multis sentenza 11/04/2012, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, punti 38-42)."

Reitera integralmente la difesa illustrata in primo grado sia sulle eccezioni preliminari che nel merito, anche svolta in via subordinata.

La causa, all'esito della discussione orale, è stata decisa all'udienza dell'1/12/22 con dispositivo pubblicamente letto.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello, pur se nella forma della citazione, è stato notificato a mezzo pec in data 22/7/22 (v. ricevuta di avvenuta consegna) sia all'indirizzo di]

, sia all'indirizzo del procuratore di questa ultima costituitosi nel giudizio di primo grado.

Anche nel caso in cui si voglia considerare irrituale la modalità di proposizione del presente gravame, lo stesso è tempestivo in base al principio di legittimità più volte enunciato dalla Suprema Corte nell'ipotesi di cause di lavoro introdotte con citazione e non con ricorso:

** "Nel rito del lavoro - che si applica anche alle controversie in materia di locazione urbana, ai sensi degli artt. 447 "bis" e 8, secondo comma n. 2, (norma, quest'ultima, abrogata a decorrere dal 2 giugno 1999) cod. proc. civ., l'introduzione del giudizio d'appello con citazione, quando questa è stata depositata nei termini indicati dagli artt. 434, secondo comma, e 327, primo comma, cod. proc. civ., determina soltanto la necessità processuale del mutamento di rito, o, in mancanza, una mera irregolarità processuale attinente ad una questione di rito, che non può essere autonomamente dedotta come motivo di gravame e che assume rilievo, ai fini dell'impugnazione, solamente se abbia arrecato alla parte un pregiudizio processuale che abbia inciso sulla competenza, sul regime delle prove o sui diritti di difesa." (così Cass n. 12013/02);*

** "nelle controversie soggette al rito del lavoro, l'appello deve essere proposto con il deposito in cancelleria del ricorso, nei termini perentori fissati dalla legge. Tale requisito, tuttavia, può dirsi validamente soddisfatto anche con il deposito di un atto di citazione - purché sia avvenuto nei termini anzidetti e contenga la specificazione dei motivi del gravame - rimanendo di per sé irrilevante la notificazione previamente effettuata all'appellato. (conf 5577/84, mass n 437251; (conf. 1607/82, mass n 419428; (conf. 2054/81, mass n 412776)." (così Cass. n. 328/87).*

Tanto premesso, sono condivisibili sia le doglianze (II) inerenti il mancato assolvimento dell'onere della prova di cui era gravata la datrice di lavoro, avendo fin dal ricorso introduttivo negato di rivestire la qualifica di socio ("Tuttavia il ricorrente non risulta essere socio di alcuna cooperativa, al momento dell'assunzione infatti ha firmato soltanto il contratto di lavoro e nessun contratto associativo. Per mero scrupolo difensivo si impugna e contesta l'estromissione dalla cooperativa pur non riconoscendo la sussistenza di alcun rapporto sociale", così ricorso primo grado); sia le doglianze inerenti (I) la erronea pronuncia di inammissibilità.

Il Tribunale di Milano ha, invero, fondato la sua decisione sulla "omessa impugnazione del rapporto associativo intercorso tra le parti", affermando che detta omessa impugnazione preclude l'instaurazione del procedimento speciale promosso (in quanto avrebbe dovuto essere instaurato il giudizio ordinario con operatività del disposto dell'art. 40 c.p.c.).

Ebbene, anche a volersi ritenere dimostrato lo status di socio lavoratore di questo ultimo con comunicazione datata 31/1/22 (doc. 18 ricorrente) ha impugnato e contestato sia la validità/legittimità del licenziamento, che della (pretesa) contestuale esclusione dalla cooperativa e

l'accertamento della nullità e/o inefficacia e/o illegittimità degli atti di risoluzione - fondati sul medesimo fatto storico (superamento del periodo di comportamento) - è stato chiesto nel presente giudizio instaurato il 16/2/22 (v. conclusioni rassegnate).

Sia l'atto di impugnazione stragiudiziale, che l'atto di impugnazione giudiziale sono tempestivi, essendo stato rispettato il termine di 60 giorni stabilito dalla legge (art. 6 della legge n. 604/66 ed art. 2533 c.c.)

Ne consegue che, avendo denunciato la (identica) condotta discriminatoria posta in essere da Cooperativa nel rapporto di lavoro e/o nel rapporto societario, non si ravvisano preclusioni all'esperibilità del procedimento speciale - pertanto ammissibile - per rimuovere gli effetti di detta condotta che è determinata dalla stessa causale.

Passando al merito, _____, quale soggetto disabile, invoca la tutela in materia antidiscriminatoria, sostenendo che la applicazione nei suoi confronti della norma sul comportamento prevista dal CCNL Multiservizi rappresenta una discriminazione indiretta e con _____ essere sanzionata, dato che, pur essendo apparentemente neutra perché riferibile alla generalità dei lavoratori, in realtà comporta una situazione di svantaggio per i lavoratori disabili.

L'assunto attoreo merita adesione.

E' incontestato/documentale che _____ è stato licenziato per avere effettuato 375 giorni di malattia tra il 7/1/19 e il 27/12/21 ai sensi dell'art. 51 del CCNL applicato (*"Il diritto alla conservazione del posto viene a cessare qualora il lavoratore anche con più periodi di infermità raggiunta in complesso dodici mesi di assenza nell'arco di 36 mesi consecutivi. Ai fini del trattamento di cui sopra si procede al cumulo dei periodi di assenza per malattia verificatisi nell'arco temporale dei 36 mesi che precedono l'ultimo giorno di malattia considerato. La disposizione di cui al precedente comma vale anche se i 36 mesi consecutivi sono stati raggiunti attraverso più rapporti di lavoro consecutivi nel settore"*), come da elenco prodotto in giudizio dall'ex datrice di lavoro (doc. 15 resistente) e che un considerevole numero di giorni - detratti i quali non verrebbe superato il periodo di comportamento - sono ascrivibili ad assenze per coxartrosi e per il successivo impianto di artroprotesi all'anca dx, eseguito nell'ottobre del 2021.

Ciò precisato in fatto, deve essere ricordato che *"secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia la nozione di handicap, ai sensi della direttiva 2000/78, deve essere intesa come riguardante una limitazione di capacità risultante in particolare da durature menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori ..."* (sentenza del 18/1/18 n. 270/16 Sez. III Corte Giustizia Unione Europea; nello stesso senso Cass. n. 29289/19). Per disabilità, perciò, si intende la *"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 menomazione sia di lunga durata"* (cfr. Corte di Giustizia Unione europea C-335/11, punto 47).

E lo stato di disabile in capo a _____ è ravvisabile, in quanto egli - all'epoca dei fatti - era affetto da coxartrosi (malattia infiammatoria cronica, che colpisce l'articolazione dell'anca, caratterizzata dall'usura progressiva e inesorabile della cartilagine articolare della suddetta articolazione), che sicuramente incideva sulla sua vita lavorativa, come si ricava dal verbale della visita medica aziendale del 7/5/20 (doc. 7 ricorrente), all'esito della quale è

stato giudicato temporaneamente non idoneo alla mansione specifica, con diagnosi di displasia dell'anca dx e con prescrizione di eseguire accertamenti clinico strumentali a detta articolazione.

Ad avviso del Collegio, pertanto, la natura e la gravità della malattia di cui soffriva implicava in modo stabile e verosimilmente ingravescente, quanto meno, una difficoltà nell'esercizio dell'attività lavorativa, oltre che la necessità di fruire di periodi di cura e riposo più frequenti rispetto ai colleghi non affetti da disabilità.

Questa Corte territoriale in analoga controversia, con motivazione richiamata ai sensi e per gli affetti di cui all'art. 118 disp. att. c.p.c., ha affermato che "l'art. 2, comma 1 lettera b del D.Lgs. 216/2003 (con cui è stata data attuazione alla direttiva 2000/78/Ce) dispone che la discriminazione indiretta sussiste "quando una disposizione, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le personeportatrici di handicap in una situazione di particolare svantaggio rispetto alle altre persone".

L'art. 2 della direttiva 2000/78/CE (intitolato "Nozione di discriminazione") al paragrafo 2 lettera b) prevede quanto segue: "Sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale rispetto alle altre persone, a meno che : i) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari..." . Orbene, nella fattispecie occorre allora valutare se l'applicazione disposizione in forza della quale §§§§ ha licenziato [il dipendente] per superamento del periodo di comporto (...) abbia o meno comportato una discriminazione indiretta nei confronti del lavoratore disabile. (...)

Ripercorrendo l'iter argomentativo effettuato dalla Corte di Giustizia nella citata sentenza del 18 gennaio 2018 in una fattispecie sovrapponibile alla presente (che qui si richiama ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 118 disp. att. c.p.c.), ritiene questo Collegio: che l'art. 42 del CCNL del settore, in quanto applicabile in modo identico alle persone disabili ed alle persone non disabili che sono state assenti dal lavoro, non introduce una disparità di trattamento direttamente basata sulla disabilità; che in relazione invece alla valutazione delle condizioni previste dall'art. 2, paragrafo 2 lettera b) i) tale disposizione, pur se tende ad un legittimo contemperamento degli interessi delle parti del rapporto di lavoro, ecceda quanto necessario per realizzare tale finalità, trascurando la condizione di disabile e prendendo in considerazione anche giorni di assenza dovuti a patologia collegata alla disabilità nel calcolo dei giorni di assenza per malattia. In questo senso, si legge della sentenza citata della Corte di giustizia: "rispetto ad un lavoratore non disabile, un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute ad una malattia collegata alla sua disabilità. Egli è quindi soggetto ad un maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia ...(punto 39); inoltre, "non si deve inoltre ignorare che il rischio cui sono soggette le persone disabili, le quali, in generale, incontrano maggiori difficoltà rispetto ai lavoratori non disabili a reinserirsi nel mondo del lavoro e hanno esigenze specifiche connesse alla tutela previste dalla loro condizione (punto 50)" (così CA MI n. 755/18).

Nel caso in esame è la documentazione medica prodotta a comprovare l'effettività anche in concreto del maggior rischio, per il disabile, di doversi assentare per malattia rispetto al lavoratore non disabile, poiché, come sopra anticipato, le diagnosi che giustificano l'assenza sono in gran parte dovute alla coxartrosi di cui l'appellante era affetto.

Considerato che, secondo la già citata Corte giustizia UE sez. III, 18/01/18, n. 270, "L'art. 2 § 2 Lett. b) punto i) Direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in base alla quale un datore di lavoro può licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, nella situazione in

cui tali assenze sono dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore, tranne se tale normativa, nel perseguire l'obiettivo legittimo di lottare contro l'assenteismo, non va al di là di quanto necessario per raggiungere tale obiettivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare", ritiene la Corte che l'art. 51 del CCNL Multiservizi, pur sorretto da finalità legittima, produca un effetto discriminatorio se riferita ad un lavoratore disabile, travalicando – in questa ipotesi – i limiti necessari al perseguimento della finalità lecita ad essa sottesa, in assenza di qualsivoglia specifico contemperamento perequativo a tutela della specifica posizione del disabile (in tal senso CA MI n. 480/20).

Alla luce dei suddetti principi, l'applicazione della citata norma contrattuale collettiva alla fattispecie in esame, trascurando di distinguere tra le assenze dovute a malattia e le assenze dovute alla patologia correlata alla disabilità, ha comportato una discriminazione indiretta nei confronti di _____.

Quanto alla mancata conoscenza da parte di _____ Società Cooperativa delle ragioni per le quali il citato dipendente si è assentato per malattia - su cui la difesa dell'appellata ha in particolar modo posto l'accento - è sufficiente osservare che la discriminazione rileva oggettivamente, sicché è del tutto ininfluenza, 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 essa intende evitare (in senso conforme CA MI n. 301/21 secondo cui *"...la discriminazione, diretta o indiretta che sia, opera sempre su di un piano puramente oggettivo possedendo per questa ragione delle connotazioni negative che vanno al di là della pura e semplice consapevolezza in capo al soggetto agente in ordine ai presupposti del fenomeno, ai suoi effetti e al suo disvalore giuridico oltre che umano e sociale : basta in pratica che si manifesti con effetti nella sfera soggettiva della "vittima" un fatto di per sé foriero di una valenza discriminatoria perché esso operi lasciando spazio ai mezzi di tutela ordinamentali"*).

In accoglimento dell'appello, deve perciò essere dichiarata discriminatoria la condotta tenuta da _____ Cooperativa nei confronti di _____ ed essere dichiarato nullo il licenziamento intimatogli (e la connessa esclusione dello stesso dalla cooperativa), poiché il superamento del periodo di comporto è stato determinato dalle assenze determinate dalla sua disabilità.

La appellata deve essere di conseguenza condannata a reintegrarlo nel posto di lavoro ed a risarcirgli il danno subito, che viene determinato nella indennità mensile di € 1.267,00 (v. verbale di udienza dell'1/12/22), per l'arco temporale che va dalla data del licenziamento a quello della effettiva reintegrazione con interessi e rivalutazione, nonché a versare i relativi contributi di legge.

Le spese del doppio grado seguono la regola della soccombenza.

Avuto riguardo al valore della controversia, all'assenza di istruttoria ed in applicazione della facoltà di riduzione del compenso in ragione delle condizioni soggettive delle parti, vengono determinate - secondo le tabelle di cui al DM n. 55/2014 come modificato dal DM n. 37/2018 - in € 2.900,00, oltre a spese generali, oneri ed accessori di legge per il primo grado di giudizio e - secondo le tabelle di cui al DM n. 55/2014 come modificato dal DM n. 147/2022 - in € 3.500,00, oltre a spese generali, oneri ed accessori di legge per il presente grado di appello, in applicazione del principio per cui *"il giudice che deve liquidare le spese processuali relative ad un'attività difensiva ormai esaurita (nella specie, con decisione nel merito), deve applicare la normativa vigente al tempo in cui l'attività stessa è stata compiuta, sicché, per l'attività conclusa nella vigenza del DM 127 del 2004, deve applicare le tariffe da questo previste e*

non i parametri sopravvenuti ai sensi dell'art. 41 del DM n. 140 del 2012" (così Cass. n. 2748/16 ; Cass. n. 17577/18; Cass. SU n. 33482/22).

P.Q.M.

In riforma dell'ordinanza del 22/6/22 del Tribunale di Milano, dichiara nullo il licenziamento intimato a _____ per superamento del periodo di comporto.

Condanna _____ a reintegrare

_____ nel posto di lavoro ed a erogargli una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del t.f.r. (pari ad € 1.267,00), per il periodo dal licenziamento alla effettiva reintegrazione, nonché a versare la relativa contribuzione.

Condanna l'appellata alle spese del doppio grado, che si liquidano in € 2.900,00 per il primo grado ed in € 3.500,00 per il secondo grado, oltre a spese generali, oneri ed accessori di legge.

Milano, 1/12/22

IL PRESIDENTE REL.
dott.ssa Susanna Mantovani