

## CASI DISCRIMINAZIONE per DISABILITA'

### Caso 1 - COMPORTO

Il rapporto di lavoro prevede ai sensi dell'art. 2110 c.c. un periodo, detto di comporto, durante il quale il lavoratore assente per malattia ha diritto alla conservazione del posto di lavoro nonostante la sua assenza prolungata. La durata di tale periodo è determinata dai Contratti collettivi. La norma si applica a tutti i lavoratori indifferentemente. Molti CCNL, in particolare quello applicabile al caso in esame, prevedono che per le malattie oncologiche e per la sclerosi multipla le assenze dal lavoro connesse a queste malattie non vengano calcolate nel comporto.

La legge 68/1999 prevede specifiche norme per il diritto al lavoro dei disabili, che per quanto ci interessa prevedono, l'obbligo di assegnare a mansioni che siano compatibili con la malattia del disabile e la possibilità per il datore di lavoro (art. 10) "Qualora si riscontri una condizione di aggravamento che ... sia incompatibile con la prosecuzione dell'attività lavorativa, o tale incompatibilità sia accertata con riferimento alla variazione dell'organizzazione del lavoro" di sospendere "il disabile ... fino a che l'incompatibilità persista", "Il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro", venga accertata da una commissione medica pubblica, la "definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda".

La sig.ra A.S. è stata assunta nel 2008 per lo svolgimento di mansioni di operatrice ed inizialmente venne adibita a funzioni di accompagnatrice nei pulmini "scuolabus";

Nel 2009 venne dichiarata invalida al 75% per una serie di patologie tra cui il diabete mellito, insufficienza venosa, ipertensione arteriosa e altre problematiche osteo-articolari.

A seguito di tale invalidità, in data 16/10/2009 la lavoratrice è stata inserita nelle quote di riserva di cui all'art. 3 della legge 68/1999 (Norme per il diritto al lavoro dei disabili")

Nel novembre 2013, a seguito di un giudizio di parziale inidoneità alla mansione da parte del medico competente (che prescrisse di adibire la lavoratrice a mansioni che, oltre a non comportare movimentazione manuale di carichi, non richiedessero la stazione eretta prolungata, né la esponessero a repentine variazioni di temperatura), la A.S. è stata adibita a mansioni sedentarie di accoglienza degli utenti presso l'ambulatorio

La signora AS si è effettivamente assentata per un periodo superiore a quello previsto dal CCNL per la conservazione del posto di lavoro in caso di malattia ed in ragione di ciò è stata licenziata.

La lavoratrice ritiene che essendo tutte le malattie collegate al proprio stato di invalidità – non possano essere computati nel periodo di comporto, pena la violazione della normativa comunitaria (e di recepimento) a tutela del lavoratore disabile.

Il datore di lavoro sostiene che non esiste nel nostro ordinamento un divieto di computare nel periodo di comporto le assenze dovute alla malattia invalidante perché – in assenza di un qualsiasi nesso causale tra l'attività svolta e la patologia (anche in termini di aggravamento), ci si troverebbe di fronte ad una altrettanto inammissibile responsabilità oggettiva, perché il datore di lavoro dovrebbe farsi carico sine die delle conseguenze delle malattie invalidanti anche nell'ipotesi in cui non abbia concorso a causarle e/o ad aggravarle. In sostanza, se fosse vero che le malattie conseguenti alla disabilità dovessero essere escluse dal comporto, - licenziare un disabile per il superamento del periodo di comporto determinato dalla

patologia che lo rende tale integrerebbe una discriminazione in re ipsa senza alcuna possibilità per il datore di lavoro di evitare gli oneri conseguenti alla malattia del lavoratore non riconducibile alla attività lavorativa svolta.

## Caso 2 – scuola

Un bambino con disabilità, certificato minore invalido in ragione di un disturbo da deficit dell'attenzione ed iperattività di tipo combinato, disturbo del linguaggio espressivo e livello cognitivo borderline in sindrome da microduplicazione Xq25, portatore di handicap in stato di gravità ed individuato come alunno in situazione di handicap ha frequentato la scuola materna privata paritaria gestita dalla coop. A negli anni scolastici 2016/2017 e 2017/2018, scelta in quanto garantiva la possibilità di un percorso continuo e integrato tra la scuola per l'infanzia e la scuola primaria. In vista del passaggio alla scuola primaria ha provveduto a formalizzare online la domanda di pre-iscrizione alla prima classe della scuola primaria gestita dalla medesima cooperativa. Nonostante le rassicurazioni della direttrice nel corso del colloquio in sede di pre-iscrizione il bimbo veniva escluso a causa dell'iscrizione di altri due alunni con disabilità certificata e la presenza di due sole sezioni di prima elementare.

I genitori chiedono di dichiararsi discriminatoria l'esclusione e la rifusione del danno conseguente al disagio per la ricerca di una nuova scuola, sia in termini di destabilizzazione del bambino che di tempo dedicato da parte degli stessi per l'assistenza al figlio nel momento di difficoltà.

L'ente si difende affermando che non sussiste alcuna discriminazione del disabile, considerato il fatto che per quell'anno scolastico ha accolto due bambini affetti da disabilità (uno per classe in ragione della disabilità dei singoli). La scelta di accogliere questi invece che il figlio dei ricorrenti è giustificato dal fatto che non avrebbe potuto accogliere più di un alunno disabile per classe in ragione delle difficoltà dei minori accertate in sede di pre-iscrizione, diversamente presentandosi il rischio di non garantire un percorso formativo efficace a tutti gli alunni. La Scuola ha comunque proposto ai genitori del minore l'iscrizione presso l'altro istituto di Via ..., sempre gestito dalla medesima Cooperativa, ma gli stessi non avevano accolto l'invito.

## La normativa

Con particolare riferimento al diritto all'istruzione delle persone disabili (che costituisce diritto fondamentale della persona costituzionalmente tutelato – cfr., artt. 34 e 38 Cost.- l'art. 12 della L. 104/92 riconosce espressamente il diritto dell'alunno con disabilità all'integrazione scolastica (*" E' garantito il diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie"* )

L'organizzazione della rete scolastica e, in particolare, delle classi con alunni in situazione di disabilità, è disciplinata dall'art. 5, 2° comma, del D.P.R. 81/2009: *"Le classi iniziali delle scuole ed istituti di ogni ordine e grado, ivi comprese le sezioni di scuola dell'infanzia che accolgono alunni con disabilità sono costituite, di norma, con non più di 20 alunni, purchè sia esplicitata e motivata la necessità di tale consistenza numerica, in rapporto alle esigenze formative degli alunni disabili, e purchè il progetto articolato di integrazione definisca espressamente le strategie e le metodologie adottate dai docenti della classe, da/l'insegnante di sostegno, o da altro personale operante nella scuola[. ]"*.

Il diritto all'istruzione delle persone disabili deve essere garantito mediante il loro inserimento nelle classi comuni delle scuole di ogni ordine e grado (cfr., art. 12 L. 104/1992). A tale disposizione (che assume carattere imperativo in ragione della natura dei diritti fondamentali – all'eguaglianza e all'istruzione- che

mira a tutelare) è obbligata a conformarsi non solo l'amministrazione scolastica statale, ma anche quella delle scuole paritarie, secondo quanto disposto dalla L. 62/2000 che (dopo aver qualificato le predette istituzioni scolastiche come svolgenti un pubblico servizio), stabilisce che esse, da un lato, sono tenute ad accogliere chiunque, compresi gli studenti con handicap, dall'altro, sono soggette all'applicazione delle norme vigenti in materia di inserimento di studenti con handicap (cfr., art. 1, comma 3 e 4)

### **Caso 3 -parcheggio**

La Giunta del comune di Torino, con Delib. 4 giugno 2003, n. 03663/006, ha previsto la possibilità per i disabili muniti di patente e proprietari di autoveicolo di fruire di permessi gratuiti di sosta che consentono loro di parcheggiare gratuitamente sulle strisce blu.

Coloro che non rispondono a questi requisiti devono dimostrare, per il parcheggio gratuito, la necessità di doversi recare nel centro cittadino (almeno dieci volte al mese) per esigenze lavorative o di assistenza.

L'atto amministrativo summenzionato si configurerebbe come discriminatorio, nei confronti dei disabili non muniti di patente e non proprietari di veicolo.

Il Comune assume non discriminatoria la condotta, in quanto la limitazione per coloro che non dispongono di una propria autovettura risponde a criteri di equilibrio e ragionevolezza generali, da un canto, concretizzandosi lo svantaggio nel solo onere di pagamento della sosta, con un esborso non esorbitante o anche solo consistente rispetto alle ordinarie capacità economiche della ricorrente, e non incidendo quindi sulla sua libertà di movimento, dall'altra, in ragione del fatto che è volta a ridurre la possibilità di abuso da parte degli accompagnatori di disabili non muniti di patente

### **Caso 4 – Giustificato motivo oggetti di licenziamento**

la SIGNORA DW assunta in una impresa quale operaia svolge ordinariamente le proprie mansioni per circa 7 anni dopo i quali le viene diagnosticata una epicondilite che la costringe a diverse assenze dal lavoro. In seguito le verrà riscontrata anche un disturbo d'ansia.

Viene assegnata prevalentemente a svolgere servizio nel reparto ove il lavoro è più leggero (assemblaggio tubi in plastica)

Ai sensi della normativa spagnola applicabile, la signora rientra tra i lavoratori che possono essere considerati disabili.

La datrice di lavoro procede all'equivalente di un licenziamento collettivo indicando quali criteri determinanti per la scelta dei lavoratori da licenziare l'assegnazione al reparto (quello nel quale intervengono i licenziamenti è quello di assemblaggio dei tubi in plastica ove opera la signora DW), il rendimento, la fungibilità (possibilità di assegnazione ad altre mansioni), il tasso di assenteismo.

Il Giudice di primo grado opera il rinvio alla Corte di Giustizia sul presupposto che potendosi considerare disabile e soggetta alla tutela della disciplina comunitaria, la lavoratrice, occorre esaminare se i criteri imposti per la selezione dei lavoratori da licenziare siano neutri o meno.

# **Sentenza Cassazione Civile n. 24936 del 07/10/2019**

## **Cassazione civile sez. I, 07/10/2019, (ud. 21/05/2019, dep. 07/10/2019), n.24936**

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. BISOGNI Giacinto – Presidente –

Dott. LAMORGESE Antonio Pietro – Consigliere –

Dott. CAIAZZO Luigi Pietro – Consigliere –

Dott. SCALIA Laura – Consigliere –

Dott. CAMPESE Edoardo – Consigliere –

Dott. FIDANZIA Andrea – rel. Consigliere –

ha pronunciato la seguente:

**ORDINANZA**

sul ricorso 28052/2017 proposto da:

B.S., in persona tutore: B.V., Utim in persona

presidente: B.V. (legale rappr.te), elettivamente

domiciliati in Roma Via Portuense 104 presso lo studio dell'avvocato

De Angelis Antonia che li rappresenta e difende unitamente agli

avvocati Consolo Claudio, Motta Mario, Torrani Cerenzia Annamaria;

– ricorrente –

contro

Comune Di Torino, elettivamente domiciliato in Roma Viale Bruno

Buozzi, 87 presso lo studio dell'avvocato Colarizi Massimo che lo

rappresenta e difende unitamente all'avvocato Gianotti Giuseppina

Isabella, Tuccari Susanna;

– controricorrente –

avverso la sentenza n. 901/2017 della CORTE D'APPELLO di TORINO,

depositata il 24/04/2017;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del

21/05/2019 da Dott. FIDANZIA ANDREA.

Fatto

**FATTI DI CAUSA**

Con sentenza depositata il 24 aprile 2017 la Corte d'Appello di Torino, rigettando l'appello proposto da U.T.I.M. (Unione per la tutela delle persone con disabilità intellettiva) e B.S., ha

confermato l'ordinanza ex art. 702 ter c.p.c. del 30.4.2016 con cui il Tribunale di Torino, dopo aver dichiarato cessata la materia del contendere in ordine alla domanda relativa alla concessione dello "spazio auto di sosta personale", ha rigettato le restanti domande (inibitorie e risarcitorie) relative all'omessa previsione da parte del regolamento del Comune di Torino, per i disabili non provvisti di patente e auto, di usufruire del permesso gratuito di sosta nei parcheggi delimitati dalle strisce blu, ove non risultino disponibili gli spazi che il Comune prevede per i disabili.

La Corte d'Appello ha condiviso l'impostazione del giudice di primo grado secondo cui non è configurabile alcuna discriminazione, rispondendo la disciplina comunale a criteri di equilibrio e ragionevolezza e tenendo conto di situazioni ed esigenze differenti in capo ai disabili. Peraltro, è stato osservato che, a prescindere dalla configurabilità o meno del profilo discriminatorio nei casi di vantaggi meramente economici, non risulta che le esigenze di frequentazione del centro da parte di B.S. (e di disabili in condizioni analoghe alla sua) siano di frequenza e durata tali da determinare, ove i parcheggi riservati ai disabili fossero occupati, un esborso esorbitante o anche solo consistente rispetto alle ordinarie capacità economiche, non incidendo quindi sulla sua libertà di movimento.

Avverso questa sentenza hanno proposto ricorso per cassazione l'U.T.I.M. e B.S. affidandolo a quattro motivi.

Il Comune di Torino si è costituito in giudizio con controricorso.

I ricorrenti hanno, altresì depositato, la memoria ex art. 380 bis" c.p.c..

Diritto

#### RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo i ricorrenti hanno dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 in relazione alla L. n. 67 del 2006, art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, degli artt. 5,20,28 e 30 della Convenzione Internazionale delle Nazioni Unite stipulata a New York sui diritti delle persone con disabilità, dell'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Espongono, preliminarmente, i ricorrenti che le osservazioni della Corte d'Appello sulle condizioni di B.S. sono irrilevanti, agendo l'U.T.I.M. in giudizio in forza della legittimazione straordinaria nell'interesse di tutti i disabili conferitale dalla L. n. 67 del 2006, art. 4.

Inoltre, osservano che la Corte territoriale ha applicato una nozione di discriminazione difforme rispetto a quella prevista dalla normativa nazionale e internazionale, non richiedendo l'illecito discriminatorio necessariamente un danno considerato nella comune accezione, costituendo l'illecito discriminatorio una violazione sic et simpliciter del principio della parità di trattamento. In particolare, un trattamento sfavorevole rileva per il solo fatto di porre un soggetto in una posizione diversa e deteriore, indipendentemente dalla produzione di un danno e da quanto significativa possa essere sul piano patrimoniale la diversità di quel trattamento.

Si censura che il regolamento comunale abbia previsto la possibilità per i disabili non muniti di patente o di autoveicolo di parcheggiare gratuitamente sulle strisce blu solo ove dimostrino frequenti accessi nel centro cittadino per aver bisogno di specifiche cure o per svolgere attività professionali, non considerando quindi che anche il disabile, al pari dei suoi simili, ha comunque la necessità di esprimersi vivendo una vita di relazione appagante.

2. Con il secondo motivo è stata dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 in relazione alla L. n. 67 del 2006, art. 2 dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, degli artt. 5,20,28 e 30 della Convenzione Internazionale delle Nazioni Unite stipulata a New York sui diritti delle persone con disabilità, dell'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Lamentano i ricorrenti che la sentenza impugnata ha escluso che la discriminazione possa ravvisarsi anche laddove il trattamento differenziato sia imposto con riferimento a diverse categorie di

soggetti affetti da differenti tipi o gradi di disabilità.

In particolare, lamentano che la Giunta del comune di Torino, con Delib. 4 giugno 2003, n. 03663/006, ha previsto la possibilità per i disabili muniti di patente e proprietari di autoveicolo di fruire di permessi gratuiti di sosta che consentono loro di parcheggiare gratuitamente sulle strisce blu, escludendo, tuttavia, da tale agevolazione i disabili non muniti di patente e di autoveicolo – quelli afflitti da disabilità più grave – salvo che non dimostrino la necessità di doversi recare nel centro cittadino (almeno dieci volte al mese) per esigenze lavorative o di assistenza.

L'atto amministrativo summenzionato si configurerebbe come discriminatorio, ai sensi della L. n. 67 del 2006, art. 2, comma 2 nei confronti dei disabili non muniti di patente e non proprietari di veicolo.

3. Con il terzo motivo è stata dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 in relazione alla L. n. 67 del 2006, art. 2, dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, degli artt. 5,20,28 e 30 della Convenzione Internazionale delle Nazioni Unite stipulata a New York sui diritti delle persone con disabilità, dell'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Lamentano i ricorrenti che la mancata concessione del permesso gratuito di sosta ai disabili non muniti di patente e non proprietari di veicolo integra comunque una discriminazione indiretta. In particolare, il Comune di Torino, pur avendo posto in essere una condotta positiva finalizzata ad agevolare una categoria di disabili (quelli con le caratteristiche sopra indicate), nell'escludere i disabili sprovvisti di patente e autoveicolo, ha perpetrato nei confronti di questi ultimi una discriminazione indiretta.

4. Con il quarto motivo è stata dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 in relazione alla L. n. 67 del 2006, art. 2, dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, degli artt. 5,20,28 e 30 della Convenzione Internazionale delle Nazioni Unite stipulata a New York sui diritti delle persone con disabilità, dell'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Lamentano i ricorrenti che il Tribunale di Torino – valutazione condivisa dalla sentenza impugnata – ha erroneamente giustificato il diverso trattamento all'interno della categoria dei disabili allo scopo di prevenire gli abusi dei familiari dei disabili sprovvisti di patente e autoveicolo.

Censurano i ricorrenti che il trattamento discriminatorio sia stato giustificato sulla base del timore di abuso nell'esercizio dei diritti, dovendo semmai predisporre un adeguato sistema di controlli e sanzioni.

Infine, i ricorrenti hanno chiesto, ai sensi dell'art. 267, comma 3 del Trattato sull'Unione Europea il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 5 della Convenzione Internazionale delle Nazioni Unite stipulata sui diritti delle persone con disabilità dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

5. Tutti i motivi, da esaminarsi unitariamente in ragione della loro stretta connessione, sono fondati e vanno accolti.

La Corte d'Appello di Torino ha ritenuto non discriminatoria la condotta posta in essere dal Comune di Torino che, nella Delib. Giunta Comunale 4 giugno 2003, n. 03663/006, ha previsto solo a favore degli invalidi muniti di patente di guida e proprietari di autoveicolo uno speciale permesso gratuito per la sosta sulle strisce blu in centro cittadino (ove i posti riservati agli invalidi siano occupati) senza alcun tipo di limitazione, che è stata, invece, introdotta per i titolari di contrassegno invalidi non muniti di patente nè proprietari di autoveicolo, i quali possono fruire di analogo permesso solo se in grado di documentare esigenze di spostamento per raggiungere con carattere continuativo (almeno 10 volte al mese) il proprio luogo di lavoro, strutture sanitarie presso le quali sostenere cure o terapie riabilitative o altri centri specializzati per lo svolgimento di attività formative o professionali.

La Corte territoriale ha ritenuto che “la non previsione di gratuità della sosta per chi non abbia patente/auto e non dimostri di dover frequentare il centro città con una certa assiduità non è discriminatoria in sè”, risponda a criteri di equilibrio e ragionevolezza generali, concretizzandosi lo svantaggio nel solo onere di pagamento della sosta, con un esborso non esorbitante o anche solo consistente rispetto alle ordinarie capacità economiche della ricorrente, e non incidendo quindi sulla sua libertà di movimento.

Questo Collegio non condivide l'impostazione della sentenza impugnata.

In primo luogo, si condivide la censura dei ricorrenti secondo cui il provvedimento impugnato ha erroneamente concentrato la propria analisi esclusivamente sulla situazione personale ed economica della sig.ra B. nonostante che il ricorso sia stato proposto anche dall'U.T.I.M., a tutela della posizione soggettiva di tutti i disabili che si trovano nelle medesime condizioni della stessa sig.ra B. (non muniti di patente e non proprietari di autoveicolo).

Inoltre, la Corte di merito, nel dubitare della configurabilità della stessa fattispecie della discriminazione in caso di vantaggi meramente economici, non ha considerato che, nel caso in esame, il Comune di Torino, nel riconoscere ai titolari del contrassegno invalidi muniti di patente di guida e proprietari di autoveicolo uno speciale permesso gratuito per la sosta sulle strisce blu in centro cittadino (ove gli spazi riservati ai disabili siano occupati), ha inteso proprio concedere una agevolazione di natura economica (gratuità del parcheggio sulle strisce blu alla condizione sopra indicata), la cui finalità è, tuttavia, con evidenza, quella di favorire la mobilità dei soggetti disabili, adottando una misura diretta a garantire l'inserimento sociale e la partecipazione dei disabili alla vita della comunità (come prescritto dall'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea).

E' indiscutibile, infatti, che i disabili, per accedere al centro cittadino, non abbiano le medesime opportunità delle persone non disabili, che possono servirsi senza difficoltà di altri mezzi di locomozione, quali biciclette o motocicli, che sono, invece, interdetti normalmente ai disabili, o mezzi pubblici il cui utilizzo è consentito anche ai disabili, ma con modalità di non sempre facile applicazione.

L'agevolazione economica della gratuità della sosta rappresenta quindi un incentivo per indurre le persone disabili a condurre una vita di relazione assimilabile a quella della persone normodotate, e questo aspetto il Comune di Torino lo ha pienamente colto, concedendo meritoriamente ai disabili muniti di patente e proprietari di un veicolo un beneficio che va ben al di là del risparmio patrimoniale del costo del parcheggio, incidendo soprattutto sull'aspetto psicologico della loro esistenza.

D'altra parte, il Comune di Torino, nell'adottare la Delib. 4 giugno 2003, non ha fatto altro che dare attuazione ai principi della L. n. 104 del 1992, legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, la quale si propone di realizzare l'inserimento e l'integrazione sociale della persona affetta da handicap anche con interventi di tipo economico a sostegno suo e del nucleo familiare (art. 8), di stimolare i Comuni ad assicurare, nell'ambito delle proprie ordinarie risorse di bilancio, modalità di trasporto individuali per le persone disabili non in grado di servirsi di mezzi pubblici (art. 26, comma 2), garantendo altresì appositi spazi riservati ai loro veicoli, sia nei parcheggi gestiti direttamente o dati in concessione, sia in quelli realizzati e gestiti da privati (art. 28, comma 10).

L'Amministrazione comunale torinese, in quanto verosimilmente conscia che gli appositi spazi riservati al parcheggio esclusivo degli invalidi sono normalmente insufficienti, ha rilasciato ai disabili muniti di patente e proprietari di veicolo uno speciale permesso gratuito per il parcheggio sulle strisce blu del centro cittadino. Tuttavia, nel far ciò, il Comune ha contestualmente posto in essere una condotta discriminatoria indiretta ai danni dei disabili (presuntivamente affetti da una patologia più grave) non muniti di patente e non proprietari di un autoveicolo, che necessitano per i loro spostamenti del necessario ausilio di un familiare, i quali possono parimenti fruire dello stesso

permesso (negato alla ricorrente) solo se in grado di documentare accessi frequenti nel centro cittadino per lo svolgimento di attività lavorative, di assistenza e cura.

Non vi è dubbio che una tale previsione si configuri come discriminatoria ai danni di quest'ultima categoria di disabili, non reputandosi meritevole di tutela l'accesso gratuito del disabile al centro cittadino per motivi di mero svago e di relazione sociale (come invece consentito ai disabili con patente ed autoveicolo).

In proposito, a norma della L. n. 67 del 2006, art. 2, comma 3 "si ha discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone". E' proprio quello che è avvenuto, nel caso di specie, in cui il Comune, nel beneficiare una particolare categoria di disabili (quelli con patente ed autoveicolo), ne ha posto un'altra, presuntivamente con una patologia più grave, in posizione di svantaggio.

Nè, peraltro, può ritenersi che il legislatore, nella formulazione della norma, abbia inteso circoscrivere il rapporto suscettibile di dar luogo alla condotta discriminatoria solo a quello tra disabili e non. La locuzione "rispetto ad altre persone", per la sua genericità, consente di individuare in concreto la sussistenza di un comportamento discriminatorio ponendo in relazione anche due distinte categorie di disabili, seppur con caratteristiche differenti.

Emerge dal provvedimento impugnato, e soprattutto da quello del giudice di primo grado, di cui entrambe le parti hanno ampiamente riportato il contenuto, che il motivo della diversità di trattamento prevista dal Comune tra i disabili muniti di patente ed autovettura e quelli costretti a ricorrere all'ausilio di familiari per il loro trasporto risiede nell'intento di prevenire abusi nell'utilizzo del permesso speciale da parte degli stessi familiari: se è pur vero che un tale rischio effettivamente sussiste, lo stesso non può certo essere risolto negando un diritto, ma predisponendo un adeguato, anche severo, sistema di controlli e sanzioni.

Deve quindi accogliersi il ricorso, per avere il Comune di Torino effettivamente posto in essere una condotta discriminatoria, ai sensi della L. n. 67 del 2006, art. 2.

Deve quindi cassarsi la sentenza impugnata e disporsi il rinvio alla Corte di Appello di Torino, in diversa composizione, affinché rimuova gli effetti della condotta discriminatoria accertata (in modo che il beneficio, già concesso ai disabili muniti di patente ed autovettura, venga esteso agli altri disabili, senza le limitazioni di cui alla Delib. n. 2003 03663/006), valuti le altre domande svolte dai ricorrenti (compresa quella di risarcimento del danno), e provveda sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso nei termini di cui in motivazione, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di Appello di Torino, in diversa composizione, per nuovo esame e per provvedere sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 21 maggio 2019.

Depositato in Cancelleria il 7 ottobre 2019

SENTENZA

Corte appello sez. lav. - Genova, 21/07/2021, n. 211

**Intestazione**

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

La Corte in persona dei Magistrati

Dott. Alvaro Vigotti Presidente

Dott. Giuliana Melandri Consigliere relatore ed estensore

Dott. Caterina Baisi Consigliere

A scioglimento della riserva, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa RG n. 71/2021 proposta da

A.S. (CF : ..)

elettivamente domiciliato in Carrara, Viale T., presso e nello studio dell'Avv. Claudio Lalli, (c.f. ..; PEC : .., che la rappresenta e difende giusta delega rilasciata su foglio analogico separato in conformità da quanto previsto dall'[art. 18 n. 5 D.M. 44/2011](#) depositata nel fascicolo di prima fase

reclamante

CONTRO

NAUSICAA S.P.A. (PRIMA APUAFARMA FARMACIE COMUNALI CARRARA) (CF: ..) rappresentata dagli avv.ti Michele Caro (c.f. .., p.e.c. ..) e Anna Parodi (c.f. ..; pec: ..) presso lo studio della quale ultima, in Genova, via P., interno 20, è elettivamente domiciliata

reclamata

CONCLUSIONI DELLE PARTI:

Per la reclamante:

- 1) Voglia dichiarare la illegittimità del licenziamento perché NULLO E DISCRIMINATORIO e comunque ingiustificato, rilevando espressamente la natura di atto discriminatorio indiretto;
- 2) Voglia ordinare alla SpA NAUSICAA in persona del legale rappresentante pro tempore di reintegrare la Signora A.S. nel suo posto di lavoro;
- 3) Voglia condannare la SpA NAUSICAA in persona del legale rappresentante pro tempore a risarcire alla Signora A.S. i danni subiti per l'illegittimo licenziamento discriminatorio nella misura

pari a tante mensilità (da calcolarsi ogni mensilità sulla base dell'ultima retribuzione globale di fatto pari ad euro. 1.536,61) quante ne decoreranno dalla data del licenziamento a quella della effettiva reintegra, senza il limite delle n. 12 mensilità per la natura discriminatoria indiretta del licenziamento, in applicazione dell'[art. 18 L. 300/70](#), il tutto oltre rivalutazione monetaria ed interessi come per legge;

4) Voglia ancora condannare la SpA NAUSICAA in persona del legale rappresentante pro tempore a regolarizzare la posizione contributiva ed assicurativa della Signora A.S. presso gli Enti competenti;

5) Voglia, infine in ogni caso, condannare la SPA NAUSICAA in persona del legale rappresentante pro tempore a pagare sia delle spese del giudizio instaurato ai sensi dell'[art. 1 Comma 48 Legge 92/2012](#) sia quelle della successiva fase di 1. grado, sia infine del presente giudizio, nel rispetto del [D.M. 10.03.2014 n. 55](#) oggi vigente, tendendo conto del valore indeterminabile della controversia il tutto maggiorato del contributo spese forfettarie 15%, cpa ed Iva di legge.

Per la reclamata :

"Piaccia a codesto ill.mo Giudice del lavoro, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, previe tutte le declaratorie del caso, rigettare il reclamo avversario e confermare la sentenza n. n. 40/2021, resa inter partes dal Giudice del lavoro di Massa in data 3.3.2021, non notificata; e conseguentemente;

- in via preliminare:

- - dichiarare inammissibile il motivo di reclamo avversario, in quanto viziato da novità, per i motivi illustrati;

- nel merito:

- - respingere integralmente l'unica domanda avversaria, avente a oggetto la declaratoria di nullità e discriminatorietà del licenziamento e l'applicazione della tutela [ex art. 18](#), comma 1 e [2, st. lav.](#);

- in via subordinata:

- per il non creduto caso di declaratoria di nullità del licenziamento dell'odierna ricorrente, limitare il risarcimento del danno detraendo dal relativo importo i redditi da lavoro che la signora A.S. si fosse nel frattempo procurata.

Con vittoria di spese e di onorari di entrambi i gradi del giudizio.

"

## ESPOSIZIONE DEI FATTI DI CAUSA E DEI MOTIVI DELLA DECISIONE

La sig.ra A.S. ha reclamato la sentenza del Tribunale di MASSA che ha respinto, sia in fase sommaria che nel successivo giudizio di merito, la sua domanda di impugnazione del licenziamento intimatogli con lettera del 16/01/2018 (ricevuta il 23/01/2018) da NAUSICAA s.p.a. (già APUAFARMA FARMACIE COMUNALI) per superamento del periodo di comparto.

Va premesso che nella fase sommaria la lavoratrice aveva chiesto dichiararsi illegittimo il licenziamento intimatole dalla società in quanto adibita a mansioni incompatibili con propria

invalidità, per cui le assenze dal lavoro non potevano computarsi nel periodo di comporto, come da giurisprudenza consolidata richiamata ([Cass. n. 9395 del 2017](#) e altre precedenti conformi).

Espletata la CTU, il giudice della fase sommaria ha respinto il ricorso aderendo alle conclusioni di cui alla perizia secondo cui le mansioni (di reception ed accoglienza di un ambulatorio) svolte dalla lavoratrice nel periodo in cui si sono verificate le assenze erano compatibili con lo stato di invalidità della stessa, per cui nessuna responsabilità era ravvisabile in capo al datore di lavoro per le assenze compiute.

In sede di opposizione la A.S. ha modificato la propria prospettazione, aderendo alle conclusioni della CTU ed ammettendo di aver svolto da ultimo mansioni compatibili con il suo stato di handicap (invalidità in misura superiore ai due terzi – 75% - come da certificazione ASL del 26/02/2009 agli atti); tuttavia ha chiesto dichiararsi la nullità del licenziamento per discriminazione indiretta [ex art. 1 del D.Lgs. n. 216 del 2003](#) emesso in attuazione della direttiva 2000/78/CE avente ad oggetto la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

Il giudice dell' opposizione ha respinto anche tale nuova prospettazione, non solo per tardività della stessa (non essendo stata sollevata con il ricorso introduttivo della fase sommaria), ma soprattutto perché infondata.

Al riguardo ha riportato l' impianto motivazionale della sentenza della Corte di Cassazione sopra richiamata secondo cui "nell'ipotesi di rapporto di lavoro con invalido assunto obbligatoriamente ai sensi della [legge 12 aprile 1968, n. 482](#), le assenze dovute a malattie collegate con lo stato di invalidità non possono essere computate nel periodo di comporto, ai fini della conservazione del posto di lavoro [ex art. 2110 cod. civ.](#), se l'invalido sia stato adibito, in violazione dell'[art. 20 della legge n. 482 del 1968](#), a mansioni incompatibili con le sue condizioni di salute, in quanto la impossibilità della prestazione deriva, in tale caso, dalla violazione, da parte del datore di lavoro, dell'obbligo di tutelare l'integrità fisica del lavoratore, il quale è tuttavia gravato dell'onere di provare gli elementi oggettivi della fattispecie, sulla quale si fonda la responsabilità contrattuale del datore di lavoro, dimostrandone l'inadempimento, nonché il nesso di causalità tra l'inadempimento stesso, il danno alla salute e le assenze dal lavoro che ne conseguano" (vedi [Cass. 23/4/2004 n. 7730](#), [Cass. 15/12/1994 n. 10769](#)).

Il giudice, ritenendo che comunque la lavoratrice dovesse dimostrare il nesso causale tra le mansioni svolte e il danno alla propria salute, tenuto conto della CTU espletata in sede sommaria e non contestata dalla lavoratrice, ha escluso che le mansioni svolte dalla stessa nell' ultimo periodo (attività d' ufficio di reception presso l'ambulatorio L. P.), avessero determinato, causalmente o concausalmente le condizioni cliniche che hanno comportato le

sue assenze dal posto di lavoro, trattandosi tutte di assenze dovute ad una patologia preesistente (diabete mellito) che, alla luce della più accreditata letteratura scientifica, non subisce aggravamenti dallo svolgimento di una attività più sedentaria, quale quella a cui venne da ultimo adibita la Sig.ra A.S..

Il Tribunale ha poi ritenuto che anche il lavoratore disabile (sia assunto dalle liste del collocamento obbligatorio che divenuto successivamente ed inserito nelle stesse, come nel caso di specie) potesse essere licenziato per superamento del periodo di comporto per cause non imputabili al datore di lavoro. Secondo il giudice dell' opposizione, infatti, la legge non prevedeva alcun trattamento differenziato nel disciplinare il superamento del periodo di comporto da parte del personale disabile rientrante nelle categorie protette ai sensi della [L. n. 68/1999](#).

Si legge nella sentenza reclamata che "non ammettere il licenziamento del lavoratore invalido che sia stato assegnato a mansioni compatibili con il suo stato di salute o, comunque, ritenere la detraibilità dal periodo di comporto delle assenze determinate da malattie ricollegabili all'invalidità già presenti al momento dell'assunzione, comporterebbe un trattamento differenziato non espressamente previsto dalla legge, una ingiustificata compressione delle potenzialità organizzative dell'imprenditore che assume obbligatoriamente un lavoratore nelle categorie protette e perfino un incentivo alla deresponsabilizzazione del lavoratore, che viceversa deve concorrere con il datore di lavoro a tutelare non solo la propria sicurezza, ma anche la propria salute. Senza contare che la ricorrente è stata assunta come soggetto normodotato ed è divenuta disabile durante il rapporto di lavoro".

In ogni caso – anche a tener conto della presunzione probatoria della discriminazione prevista dalla legge invocata dalla lavoratrice – vi era la prova della sua insussistenza, in considerazione del pacifico superamento del periodo di comporto.

Le spese di lite sono state compensate tra le parti in considerazione della peculiarità delle questioni trattate.

La reclamante ha impugnato la sentenza soltanto nella parte in cui ha rigettato la domanda di licenziamento discriminatorio [ex art. 1 del D.Lgs. n. 216 del 2003](#) emesso in attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

Anzitutto ha censurato la decisione nella parte in cui il giudice ha ritenuto che nel giudizio di opposizione, trattandosi di una prosecuzione della prima fase sommaria, non fosse possibile introdurre domande nuove, citando al riguardo i principi enunziati dalla [Corte di Cassazione con sentenza n. 27655/2017](#).

Secondo la reclamante, inoltre, il giudice non aveva considerato il fatto che la contrattazione collettiva, nel disciplinare la durata del periodo di comporto in modo unitario anche per i lavoratori affetti da patologie croniche con handicap permanente (quale appunto la A.S., in quanto affetta da diabete), si poneva in contrasto con la sopra citata direttiva comunitaria che impone agli Stati membri di emanare norme a difesa dei lavoratori invalidi.

La lavoratrice reclamante ha invocato in particolare i principi sanciti dalla lett. B) dell' art. 2 del cit. D.Lgs sulla c.d. "discriminazione indiretta" che si verifica quando una disposizione (in questo caso la clausola del contratto collettivo sulla durata del periodo di comporto), apparentemente neutra, cagiona ad un soggetto "debole" (nel nostro caso un portatore di handicap) una situazione di svantaggio rispetto agli altri lavoratori che non hanno una simile fragilità.

La difesa della lavoratrice ha quindi chiesto che l' [art. 2110 c.c.](#) venisse interpretato in modo costituzionalmente orientato sostenendo che le assenze per malattia dei portatori di handicap non possano essere assoggettati allo stesso periodo di comporto previsto per i lavoratori non invalidi, laddove la malattia che ha provocato l' assenza sia conseguente al suo handicap, come nella fattispecie in esame.

La reclamante ha citato al riguardo un precedente deciso del Tribunale di Milano, particolarmente sensibile alle problematiche in materia di salute dei lavoratori (sentenza n. 2875 del 2016) che ha escluso dal computo del periodo di comporto le assenze per malattie riconducibili all' handicap; ciò in quanto questa tipologia di lavoratori è esposta maggiormente al rischio di ammalarsi di frequente e quindi di accumulare assenze che possono superare detto periodo .

Inoltre, trattandosi di un caso di discriminazione indiretta, il legislatore aveva introdotto un' inversione dell' onere della prova, spettando dunque al datore di lavoro dimostrare la insussistenza della discriminazione a prescindere dalla concorrenza di altri motivi leciti; la reclamante ha infatti evidenziato al riguardo che la giurisprudenza aveva escluso l' applicazione della disciplina di cui all' [art. 1345 c.c.](#) al licenziamento discriminatorio, diversamente da quanto previsto per il licenziamento ritorsivo, che deve essere invece l' unico motivo determinante la volontà datoriale di recedere dal rapporto di lavoro.

In conclusione - ad avviso della difesa della A.S. - il datore di lavoro aveva un obbligo di protezione del lavoratore handicappato non solo nell'adibirlo a mansioni compatibili alle sue patologie permanenti, ma anche nella valutazione delle assenze conseguenti a tali malattie; obbligo che nella fattispecie era stato violato dalla società con un provvedimento di recesso che doveva presumersi discriminatorio.

Ne derivava che il licenziamento intimato alla sig.ra A.S. doveva essere dichiarato nullo con le conseguenze ripristinatorie e risarcitorie previste dal comma 1 dell' art. 18 S.L..

Si è costituita in giudizio la società reclamata contestando i motivi di reclamo e chiedendone la reiezione

In estrema sintesi NAUSICAA spa ha eccepito – oltre all'inammissibilità, per novità e tardività, del nuovo motivo di opposizione – che non esiste nel nostro ordinamento un divieto di computare nel periodo di comporto le assenze dovute alla malattia invalidante perché – in assenza di un qualsiasi nesso causale tra l' attività svolta e la patologia (anche in termini di aggravamento), ci si troverebbe di fronte ad una altrettanto inammissibile responsabilità oggettiva, perché il datore di lavoro dovrebbe farsi carico sine die delle conseguenze delle malattie invalidanti anche nell'ipotesi in cui non abbia concorso a causarle e/o ad aggravarle.

In sostanza – a seguire la tesi della reclamante - licenziare un disabile per il superamento del periodo di comporto determinato dalla patologia che lo rende tale integrerebbe una discriminazione in re ipsa senza alcuna possibilità per il datore di lavoro di evitare gli oneri conseguenti alla malattia del lavoratore non riconducibile alla attività lavorativa svolta; il tutto in violazione della medesima direttiva comunitaria richiamata che pone un limite agli accorgimenti datoriali che devono essere ragionevoli e non comportanti sforzi finanziari sproporzionati ed eccessivi.

Concludeva quindi come in epigrafe per il rigetto del reclamo con vittoria di spese.

§§§

Va anzitutto analizzata l' eccezione di tardività della questione relativa alla discriminazione indiretta in quanto prospettata per la prima volta in sede di opposizione all' ordinanza di rigetto del ricorso ove il licenziamento era stato impugnato dalla lavoratrice deducendo la responsabilità datoriale nella causazione delle patologie che avevano dato luogo alle assenze dal lavoro ed il superamento del periodo di comporto.

Al riguardo la società reclamante ha invocato una giurisprudenza secondo cui nell'ambito del rito introdotto dalla [L. n. 92/2012](#), la possibilità per le parti di proporre con il ricorso in opposizione domande nuove, nonché di svolgere nuove attività probatorie ed eccezioni in deroga a preclusioni processuali, deve attuarsi all'interno del perimetro costituito dalla causa petendi dell'azione di impugnazione già esercitata, ossia in relazione ai motivi di illegittimità del licenziamento dedotti nel ricorso originario di cui all'[art. 1, comma 48 e ss., l. n. 92/2012](#) (Corte App. Torino 19.5.2017); in particolare: "L'allegazione della ritorsività del licenziamento compiuta per la prima volta con l'opposizione di cui alla [l. 28 giugno 2012 n. 92, art. 1, comma 51](#), integra la proposizione di una domanda nuova, inammissibile in tale fase" ([Cass. 28.9.2015, n. 19142](#); [Cass. n. 17091/2016](#)).

Sarebbe dunque preclusa la proposizione, nella fase di opposizione, di una domanda nuova, essendo consentita la sola modificazione, previa autorizzazione del giudice, della domanda originaria: "Qualora il lavoratore, impugnato il licenziamento, agisca in giudizio deducendo il difetto di giusta causa o giustificato motivo, l'eventuale motivo discriminatorio o ritorsivo, pur ricavabile da circostanze di fatto allegate, integra un ulteriore, e non già compreso, motivo di illegittimità del recesso, come tale non rilevabile d'ufficio dal giudice e neppure configurabile come mera diversa qualificazione della domanda" ([Cass. 3.7.2015, n. 13673](#)).

Tale orientamento è stato recentemente superato dalla Suprema Corte ([Cass. 5993/2019](#)), secondo cui – non avendo l' opposizione all' ordinanza sommaria natura impugnatoria, dando luogo ad una prosecuzione del giudizio con cognizione piena ([Cass. 5993/2019](#)), vi può essere un ampliamento del thema decidendum, con nuove prospettazioni in fatto e di diritto,.

Tale ultimo orientamento pare senz'altro condivisibile, posto che il rito sommario (così come quello cautelare) costituisce uno strumento di tutela giurisdizionale immediato previsto dal legislatore per consentire un immediato ripristino di un diritto fondamentale (nel caso in esame, il diritto al lavoro) – non è assoggettato a preclusioni o decadenze di entrambe le parti, in modo da consentire una difesa piena nella eventuale fase di opposizione .

In ogni caso, la Corte di Cassazione con la sentenza n. 27655/2017 ha ritenuto è ammissibile introdurre per la prima volta in sede di opposizione la deduzione circa la natura ritorsiva del licenziamento, trattandosi di una ulteriore prospettazione di invalidità del recesso datoriale.

L' eccezione di tardività riproposta dalla società reclamata va quindi rigettata.

Nel merito :

Gli antefatti di causa sono pacifici ed incontestati e si possono così riassumere:

**La sig.ra A.S. è stata assunta in data 15 settembre 2008 per lo svolgimento di mansioni di operatrice ed inizialmente venne adibita a funzioni di accompagnatrice nei pulmini " scuolabus";**

**Nel 2009 venne dichiarata invalida al 75% per una serie di patologie tra cui il diabete mellito, insufficienza venosa, ipertensione arteriosa e altre problematiche osteo-articolari.**

**A seguito di tale invalidità, in data 16/10/2009 la lavoratrice è stata inserita nelle quote di riserva di cui all' [art. 3 della L. n. 68 del 1999](#) (Norme per il diritto al lavoro dei disabili"), come risulta dalla lettera del 16/10/2009 inviata ad APUAFARMA dal centro per l' Impiego di Massa-Carrara (doc. 2 fascicolo parte resistente).**

**Nel novembre 2013, a seguito di un giudizio di parziale inidoneità alla mansione da parte del medico competente (che prescrisse di adibire la lavoratrice a mansioni che, oltre a non comportare movimentazione manuale di carichi, non richiedessero la stazione eretta prolungata, né la esponessero a repentine variazioni di temperatura), la A.S. è stata adibita a mansioni sedentarie di accoglienza degli utenti presso l'ambulatorio L. P. di Avenza di Carrara (doc. 1).**

**E' agli atti un prospetto di tutte le assenze per malattia della A.S. a ritroso dal dicembre 2017 al maggio 2011.**

**Con lettera datata 16 gennaio 2018 la APUAFARMA ha comunicato alla A.S. la risoluzione del rapporto con effetto immediato per superamento del periodo di comportamento ex art. 54 CCNL ANASTE preannunziato con lettera protocollata in data 28/11/2017.**

Va anzitutto rilevato che l' art. 54 richiamato nella lettera di licenziamento è quello del CCNL del 2004 (periodo di vigenza 2002-2005) non applicabile ratione temporis.

Pare tuttavia utile riportarlo per confrontarlo con quello successivo (art. 63 CCNL 2017-2019) al fine di verificare se la disciplina collettiva sul superamento del periodo di comportamento si ponga in conflitto con la direttiva comunitaria invocata dalla lavoratrice (Direttiva 2000/78) in attuazione della quale è stato introdotto il [D.Lgs n. 216 del 2003 che all' art. 2](#) disciplina la "nozione di discriminazione", distinguendola in diretta (lett. a) e indiretta (lett. b).

L' art. 54 CCNL del 2004 rubricato "Trattamento economico di malattia", così disponeva:

"L'assenza per malattia deve essere comunicata all'Istituzione al più presto e comunque prima dell'ora prevista per l'inizio della presenza al lavoro, salvo il caso di accertato impedimento; inoltre la lavoratrice ed il lavoratore devono far pervenire all'Istituzione il certificato medico di prima visita il giorno successivo l'inizio della malattia nonché i successivi certificati di prolungamento della malattia entro il giorno successivo alla data del rilascio, anche tramite comunicazione via FAX o posta.

La conservazione del posto si ha per 365 giorni nell'arco di un triennio mobile decorrente dal 1 gennaio 2000.

La conservazione del posto nei confronti delle lavoratrici e dei lavoratori in malattia potrà essere prorogata, a richiesta del personale, per un'ulteriore periodo, non frazionabile, di giorni 180 di calendario alle seguenti condizioni:

a) che non si tratti di malattie croniche e/o psichiche;

b) che siano esibiti dalla lavoratrice e dal lavoratore regolari certificati medici;

c) che tale periodo sia considerato di "aspettativa" senza retribuzione.

Oltre i limiti di cui sopra il datore di lavoro potrà effettuare la risoluzione del rapporto di lavoro, rimanendo salvo in ogni caso per la lavoratrice e il lavoratore il diritto al T.F.R. e all'indennità sostitutiva del preavviso.

In presenza di malattia, alla lavoratrice o al lavoratore non in prova sarà corrisposto, dal 1 gennaio 2000, il trattamento assistenziale ad integrazione dell'indennità di malattia a carico degli enti competenti fino al raggiungimento del 100% della normale retribuzione fino al 365.giorno, restando confermato sino ad allora il trattamento economico di cui al CCNL 2 agosto 1995.

Le indennità a carico dell'Istituzione non sono dovute se l'INPS non corrisponde per qualsiasi motivo le indennità di cui sopra; se l'indennità è corrisposta dall'INPS in misura ridotta l'Istituzione non è tenuta ad integrare la parte di indennità non corrisposta dall'Istituto assicuratore."

Tale disciplina – lo si ripete inapplicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame - non distingueva tra assenze per malattia continuative ed intermittenti, prevedendo il diritto del lavoratore a conservare il posto di lavoro se le assenze non superavano 365 giorni nell' arco di un triennio.

Più complessa ed articolata è la disciplina contemplata dal successivo CCNL 2017-2019 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame) che all' art. 63 così dispone :

Malattia – Periodo di comporta

1. Al lavoratore è garantita la conservazione del posto di lavoro per un periodo massimo di 180 giorni continuativi in un anno solare - calcolati a ritroso dall'ultimo evento morboso-decorso il quale il datore di lavoro avrà diritto di procedere al suo licenziamento, in deroga alle disposizioni di cui all'[art. 2110 c.c.](#)

2. Ferma restando l'ipotesi di cui al comma 1 che precede, al datore di lavoro è altresì concessa facoltà di licenziare il lavoratore, in deroga alle disposizioni di cui all'[art. 2110 c.c.](#), ove lo stesso - nell'arco del triennio precedente l'ultimo evento morboso - abbia cumulato assenze per malattia frazionate, per un periodo complessivo di 120 giorni.

3. Nelle ipotesi che precedono, al lavoratore sarà riconosciuta la sola corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso, calcolata ai sensi del CCNL, oltre che del T.F.R. e di

ogni altra spettanza di fine rapporto, eventualmente maturata e dovuta, ai sensi del medesimo CCNL.

4. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 che precedono non troveranno applicazione nei soli casi in cui il superamento del periodo di comporto si realizzi per effetto di aspettativa non retribuita per malattia, purché richiesta dal lavoratore prima della scadenza dei termini suindicati, nelle modalità ed alle condizioni stabilite dall'art. 64 del CCNL.

5. Le disposizioni del presente articolo non trovano applicazione ai lavoratori che si trovino nel periodo di prova.

6. Risulteranno utili, al calcolo del periodo di comporto, i giorni di assenza per malattia e per infortunio non dipendente da cause di lavoro, ritenuti cumulabili tra di essi.

**7. Sono esclusi, dal computo del periodo di comporto, i day hospital, i giorni di ricovero ospedaliero comprensivo dei conseguenti giorni di prognosi, i giorni di assenza per malattia dovuti a sclerosi multipla o necessari alla somministrazione al lavoratore di terapie salvavita (emodialisi, chemioterapie, ecc.), o quelli di assenza dovuti alle conseguenze direttamente collegate alla somministrazione di dette terapie, il tutto purché debitamente ed adeguatamente certificati, nello specifico.**

Il successivo art. 64 prevede inoltre una aspettativa non retribuita per malattia nei seguenti termini : "Al lavoratore è concessa la facoltà di richiedere un'aspettativa non retribuita per malattia, in ragione di patologie gravi, purché continuativa e sino ad un periodo massimo di 120 giorni, ove la stessa richiesta sia supportata - e le ragioni ad essa sottese comprovate - da adeguata e specifica certificazione medica."

Come risulta dalla documentazione prodotta, nella fattispecie in esame la sig.ra S.A. ha cumulato un numero di assenze non continuative superiore a quello individuato sia dal previgente art. 54, sia dal comma 2 dell' art. 63 CCNL 2017-2019.

La circostanza del superamento del numero di giorni di malattia rispetto al limite massimo previsto dalla contrattazione collettiva non è contestata dalla lavoratrice, la quale sostiene che – essendo tutte le malattie collegate al proprio stato di invalidità – non possano essere computati nel periodo di comporto, pena la violazione della normativa a tutela del lavoratore disabile.

Il nodo dunque da sciogliere nella presente controversia è se costituisca discriminazione indiretta ex art. dell' art. 2 lett. b) del cit. D.Lgs n. 216 del 2003 - che si verifica quando una disposizione (in questo caso la clausola del contratto collettivo sulla durata del periodo di comporto), apparentemente neutra, cagiona ad un soggetto "debole" (nel nostro caso un portatore di handicap) una situazione di svantaggio rispetto agli altri lavoratori che non hanno

una simile fragilità - la previsione di un trattamento indifferenziato tra i lavoratori abili e i disabili che si assentano dal lavoro per malattie collegate al loro stato di disabilità, come nella fattispecie in esame.

La normativa invocata (D.Lgs. n. 216 del 2003) è stata introdotta in attuazione della Direttiva 2000/78/CE che mira a garantire la parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale, anche in ambito lavorativo. Alla lettera a) dell'art. 2 è definita la discriminazione diretta che si ravvisa "quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga".

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

Mentre nel caso di discriminazione diretta è la condotta, il comportamento tenuto, che determina la disparità di trattamento; nel caso di discriminazione indiretta, la disparità vietata è l'effetto di un atto, di un patto di una disposizione di una prassi in sé legittima.

La direttiva comunitaria sopra citata all'**art. 5** dispone che **il datore di lavoro è tenuto ad adottare "soluzioni ragionevoli per i disabili"**. Si legge infatti testualmente che: **"per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perchè possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili."**

Anche l'**art. 3, comma 3 bis del D.Lgs. n. 216 del 2003** dispone che il datore di lavoro è tenuto ad adottare "accomodamenti ragionevoli" per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori.

Dal complesso delle suddette disposizioni emerge che il datore di lavoro debba tenere in considerazione la situazione di svantaggio del lavoratore, adottando "soluzioni ragionevoli"

idonee ad evitare una discriminazione indiretta che produca l'effetto di estromettere il dipendente disabile dal lavoro proprio a causa della sua disabilità.

Ritiene la Corte di non condividere il passo motivazionale della sentenza reclamata (pag. 10) secondo cui "non ammettere il licenziamento del lavoratore invalido che sia stato assegnato a mansioni compatibili con il suo stato di salute o, comunque, ritenere la detraibilità dal periodo di compimento delle assenze determinate da malattie ricollegabili all'invalidità già presenti al momento dell'assunzione, comporterebbe un trattamento differenziato non espressamente previsto dalla legge, una ingiustificata compressione delle potenzialità organizzative dell'imprenditore che assume (obbligatoriamente) un lavoratore nelle categorie protette ex [L. n.68/1999](#) e persino un incentivo alla deresponsabilizzazione del lavoratore, che viceversa deve concorrere con il datore di lavoro a tutelare, non solo la propria sicurezza (come desumibile dal [Dlgs. n. 81/2008](#)), ma anche la propria salute, così da non pregiudicare l'adempimento degli obblighi nascenti dal rapporto di lavoro. Senza contare che la ricorrente è stata assunta come soggetto normodotato ed è diventata disabile durante il rapporto di lavoro".

Pare utile al riguardo richiamare alcuni principi sanciti dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza 18.01.2018 (causa C270/16) che, in una vicenda simile a quella oggetto di causa, è stata chiamata a chiarire la portata interpretativa dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della Direttiva 2000/78.

Ed al riguardo ha dettato importanti linee guida che devono essere seguite nella risoluzione della presente controversia.

**In quel caso, portato all' attenzione della CGUE, il giudice nazionale spagnolo aveva sollevato un problema di contrasto tra la Direttiva Europea sopra citata ed una norma contenuta nello [Statuto dei Lavoratori](#) che prevedeva - in modo generalizzato e senza alcuna deroga nel caso in cui le assenze siano poste in essere dal lavoratore disabile per malattie connesse al proprio status - il diritto del datore di lavoro di licenziare i lavoratori che avessero cumulato un numero rilevante di assenze dal lavoro intermittenti, seppur giustificate; norma introdotta dal legislatore spagnolo per combattere l'eccessivo assenteismo.**

Secondo il giudice del rinvio i lavoratori con disabilità sarebbero più esposti degli altri lavoratori al rischio di essere licenziati per assenze intermittenti, indipendentemente dal fatto che il datore di lavoro sia o meno a conoscenza di tale condizione di disabilità. Esisterebbe, pertanto, una disparità di trattamento comportante una discriminazione indiretta fondata sulla disabilità, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78, senza che tale disparità di trattamento possa essere oggettivamente giustificata da una finalità legittima, come richiesto dal punto i) di tale disposizione.

Al riguardo la CGUD ha anzitutto precisato che spetta al **giudice nazionale verificare se ci si trovi di fronte ad un lavoratore disabile nella accezione di handicap prevista dalla direttiva 2000/78**, non necessariamente coincidente con quanto stabilito dai singoli Stati membri; ci si deve dunque trovare di fronte ad una limitazione di capacità, risultante in particolare da durature 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 un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori.

Ciò premesso, la Corte – facendo proprio il principio per cui un lavoratore disabile viene ad essere, in via generale, maggiormente esposto al rischio di ammalarsi per le sue patologie invalidanti rispetto a un lavoratore non disabile – ha ritenuto che, trattando in modo generalizzato le assenze intermittenti dal lavoro dei dipendenti, si creava una disparità di trattamento sostanziale e si finiva per assimilare una patologia legata a una disabilità alla nozione generale di malattia; assimilazione non consentita in numerose pronunce (sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 75).

Ed allora, i criteri guida dettati dalla Corte di Giustizia per verificare la conformità dell'ordinamento nazionale al disposto di cui all' dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), della direttiva 2000/78, sono i seguenti :

**" il giudice nazionale deve verificare se la disparità di trattamento creatasi tra i lavoratori disabili e i lavoratori non disabili sia oggettivamente giustificata da una finalità legittima**, se i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e se essi non vadano oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito dal legislatore nazionale."

Mutatis mutandis, nella fattispecie in esame l' obiettivo della contrattazione collettiva che disciplina il periodo di comportamento per malattie sia continuative che intermittenti è quello di **tutelare la produttività dell' impresa e l' efficienza del lavoro**; esigenze fortemente minate da una eccessiva morbilità dei lavoratori stessi il cui costo a carico del datore di lavoro diventa insopportabile se non contraccambiato dallo svolgimento della prestazione lavorativa.

L' imprenditore infatti deve sostenere non solo i costi diretti dell'assenza dal lavoro, mediante il pagamento della retribuzione per il periodo c.d. "di carenza" (non coperto dalla prestazione previdenziale), ma anche gli oneri per la sostituzione del personale assente, tenuto altresì conto della particolare difficoltà di supplire ad assenze non continuative (come nella fattispecie in esame).

Nel caso di specie si deve dunque ritenere che i **fini perseguiti siano oggettivamente legittimi**.

Per quanto riguarda le misure utilizzate per raggiungere le finalità, la CGUE ha evidenziato al punto 43 come gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità non solo nella scelta di perseguire uno scopo determinato in materia di politica sociale e di

occupazione, ma altresì nella definizione delle misure atte a realizzarlo (sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 81 e giurisprudenza citata).

Occorre, dunque, verificare nella fattispecie concreta oggetto di esame se la disciplina contenuta nel CCNL ANASTE applicato dalla società odierna reclamata per il perseguimento dei predetti obiettivi sia adeguata e non vada al di là di quanto è necessario per raggiungerli, tenuto altresì conto del contrapposto interesse al lavoro dei disabili che – come sottolineato in più occasioni dalla CGUE - incontrano maggiori difficoltà rispetto agli altri normodotati a reinserirsi nel mercato del lavoro ed 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 C-337/11, EU:C:2013:222, punto 91).

Il giudice di merito dunque deve prendere in considerazione tutti gli elementi rilevanti per addivenire ad una decisione calata nel concreto, attraverso un bilanciamento dei contrapposti interessi in modo equilibrato e ragionevole.

Ed allora occorre evidenziare – in via generale - che la contrattazione collettiva - chiamata dall'[art. 2110 comma 2. c.c.](#) a disciplinare nei vari settori di applicazione della stessa il c.d. periodo di comportamento entro il quale il lavoratore che si assenta per malattia ha diritto alla conservazione del posto di lavoro con il relativo trattamento economico - si è evoluta nel tempo introducendo via via importanti differenziazioni per situazioni in cui il lavoratore venga colpito da gravi malattie spesso croniche ed invalidanti (quali quelle oncologiche o necessitanti di terapie salvavita o ad esse assimilabili) che pertanto vengono assoggettate ad una disciplina speciale, di maggior tutela rispetto alle altre malattie comuni che evolvono rapidamente in una completa guarigione.

Lo stesso CCNL ANASTE, nel suo rinnovo applicabile *ratione temporis*, ha introdotto alcune deroghe stabilendo al comma 7. dell' art. 63 sopra riportato l' esclusione dal computo del periodo di comportamento alcune assenze dovute a "day hospital", ricoveri ospedalieri, per la somministrazione di terapie salvavita e specificamente in caso di sclerosi multipla, con ciò dimostrando l' intenzione delle parti sociali di tutelare, in quelle situazioni, maggiormente la salute del lavoratore che deve prevalere sulle esigenze di efficienza perseguite dall' imprenditore.

Ritiene la Corte che non vi siano ragioni giustificatrici per non includere in tale ambito derogatorio anche i casi di assenze dei lavoratori disabili per malattie connesse al proprio status di handicap, quale quello definito dalla direttiva comunitaria sopra richiamata.

Nella fattispecie in esame, come risulta dalla CTU espletata nella fase sommaria e non contestata dalle parti, tutte le assenze per malattia poste in essere dalla sig.ra A.S. sono

collegate al suo status di handicap, il diabete mellito di tipo 2, grave patologia metabolica cronica richiedente una specifica terapia con controlli glicemici costanti che necessariamente incidono negativamente sulla vita lavorativa del soggetto che ne soffre.

Trattasi senza alcun dubbio di una patologia rientrante nella nozione di handicap così come definita dalla direttiva comunitaria 2000/78.

Ritiene la Corte che non sia ragionevole la disparità di trattamento introdotta dalla contrattazione collettiva di riferimento che ha considerato solo la sclerosi multipla quale malattia le cui assenze non possano computarsi nel periodo di comporto e non anche altre patologie altrettanto gravemente invalidanti, quale ad esempio proprio il diabete, soprattutto quando – come nella fattispecie in esame – si tratta di una forma avanzata in via di peggioramento, come risulta dalla CTU espletata e dalla valutazione della Commissione medica degli invalidi civili che ha elevato il grado di invalidità permanente al 75%, con capacità lavorative dunque altamente ridotte.

Va altresì considerato che proprio a seguito di questa valutazione di invalidità civile, la A.S. è stata introdotta nelle quote di riserva [ex art. 3 della L. n. 68/1999](#), per cui è escluso che nella fattispecie in esame il datore di lavoro non fosse a conoscenza delle patologie permanenti da cui la lavoratrice era affetta sin dal 2009. E ciò a prescindere dal fatto che nei certificati medici inviati dalla lavoratrice per giustificare le assenze non sia stata barrata la casella corrispondente alla dicitura " stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta", come eccepito dalla società reclamata per sostenere la propria ignoranza della riconducibilità delle assenze allo status di handicap, tenuto altresì conto del fatto che nei predetti certificati risulta sempre la diagnosi di "diabete mellito" e cioè della patologia più importante tra quelle che hanno portato al riconoscimento della invalidità civile superiore ai due terzi.

**La [legge n. 68 del 1999](#), nel testo vigente all' epoca dei fatti di causa e quindi con le modifiche apportate dal [decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 151](#), contempla una articolata disciplina relativa all' avviamento al lavoro del disabile, attribuendo al datore di lavoro - oltre a una serie di benefici economici tra cui gli incentivi alle assunzioni previsti dall' art. 13 - la facoltà di richiedere, in caso di aggravamento delle patologie, l' accertamento della compatibilità delle mansioni affidate con il suo stato di salute, e ciò al fine di verificare se possa continuare ad essere proficuamente utilizzato all' interno dell' azienda (art. 10); non solo, tale norma prevede che, in caso di accertata incompatibilità, il datore di lavoro possa sospendere il lavoratore senza retribuzione per tutto il tempo in cui tale incompatibilità persista.**

A ciò va aggiunto che l' art. 62 del CCNL ANASTE, nel disciplinare il trattamento economico del lavoratore assente per malattia prevede regole ben precise che contengono l' onere

economico in capo all' azienda entro determinati limiti temporali, superati i quali il lavoratore malato conserva soltanto il diritto al mantenimento nel posto di lavoro senza retribuzione.

Va poi considerato che nel nostro ordinamento è prevista un' indennità previdenziale di malattia a carico di INPS che, nel settore del terziario e dei servizi copre i giorni di assenza giustificati dai certificati di malattia per un periodo massimo di 180 giorni all' anno.

Trattasi di una copertura particolarmente significativa che va dunque ben oltre il limitato periodo di 120 giorni nell' ultimo triennio precedente all'ultimo evento morboso previsto dall' art. 63 CCNL ANASTE quale limite per la conservazione dei posti di lavoro in caso di malattie intermittenti; pertanto nella maggior parte dei casi (compreso quello della A.S. che nel triennio da gennaio 2015 a dicembre 2017 ha accumulato un numero di assenze intermittenti inferiore a 180 giorni all' anno tranne che nel 2016) gli oneri prettamente retributivi a carico del datore di lavoro sono davvero contenuti.

Si può dunque concludere che nella fattispecie concreta l'esclusione dal computo del periodo di compimento dei giorni di assenza per malattie connesse allo stato di handicap dei lavoratori non costituisca un carico eccessivo per il datore di lavoro che ha a disposizione tutta una serie di misure e sostegni per poterlo sopportare, non ultimo quello di **controllare in modo costante l'idoneità alla mansione del lavoratore disabile secondo la procedura di cui al cit. [art. 10 della L. n. 68 del 1999](#); controllo che – nel caso della A.S. - è avvenuto solo nel 2013 su richiesta della lavoratrice, mentre il datore di lavoro non ha mai utilizzato questo strumento per verificare, anche in considerazione delle numerose assenze avvenute nel 2016 (addirittura superiori ai 180 giorni di copertura della malattia da parte dell' INPS), l' eventuale ulteriore aggravamento delle patologie invalidanti tale da renderla incompatibile a qualsiasi mansione presente in azienda; il tutto per poter applicare l' istituto della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione sino alla cessazione dell' incompatibilità oppure – in extremis – addivenire ad un licenziamento per inidoneità assoluta alla mansione.**

Non è pertanto corretta – seppur suggestiva - la tesi della società reclamata secondo cui, ad accogliere la tesi sostenuta dalla reclamante, il datore di lavoro verrebbe ad essere assoggettato, senza alcuna sua responsabilità e quindi rispondendo oggettivamente, ad un insostenibile onere di mantenere in forza un lavoratore disabile sine die, essendovi tutta una serie di misure e coperture a sostegno degli oneri imprenditoriali.

Ed allora – operato il bilanciamento dei contrapposti interessi come richiesto dalla direttiva comunitaria - non si può che concludere che le parti sociali che hanno stipulato il CCNL ANASTE, nel non ha contemplare un regime differenziato del periodo di compimento per malattie connesse allo stato di handicap (irragionevolmente prevedendo al comma 7 dell' art. 63 l'esclusione dal computo solo per i soggetti affetti da sclerosi multipla) **hanno posto in essere una discriminazione indiretta, equiparando in modo non consentito lo stato di**

**handicap (caratterizzato da una menomazione permanente non destinata alla guarigione ma, nella maggior parte dei casi, al peggioramento dei postumi) ad una comune "malattia" (intesa come episodio di inabilità temporanea destinato alla guarigione).**

E una simile discriminazione indiretta è tale da provocare la nullità del licenziamento della sig.ra A.S. disposto dalla APUAFARMA in applicazione della suddetta previsione contrattuale.

Ne consegue che, in riforma dell' impugnata sentenza ed in applicazione del disposto di cui al comma 1 dell' art. 18 S.L, così come modificato dalla [L. n. 92/2012](#), va dichiarata la nullità del licenziamento intimato dalla società alla sig.ra A.S., con conseguente diritto della stessa ad essere reintegrata nel posto di lavoro e alla corresponsione di tutte le mensilità (da calcolarsi sulla base dell'ultima retribuzione globale di fatto pari ad euro. 1.536,61) dal licenziamento alla reintegra, oltre alla regolarizzare della sua posizione contributiva ed assicurativa presso gli Enti competenti.

Per quanto riguarda le spese di lite, si rileva che il giudice del gravame che riformi, anche parzialmente, la sentenza impugnata è tenuto a regolamentarle integralmente ex novo in base all'esito complessivo della causa.

Infatti, in caso di riforma -anche parziale- della sentenza di primo grado da parte del giudice di appello, anche la statuizione relativa alle spese contenuta nella prima decisione viene ad essere travolta dalla sentenza di secondo grado.

Pertanto il giudice di appello ha il potere-dovere di rinnovare totalmente la regolamentazione di tali spese, provvedendo con un apprezzamento unitario in base all' esito finale della lite (cfr. [Suprema Corte di Cassazione sezione VI ordinanza 21 gennaio 2015, n. 930](#)), senza che rilevi che in qualche grado o fase del giudizio la parte poi definitivamente soccombente abbia conseguito un esito ad essa favorevole (cfr. ex multis [Cass. 13 marzo 2013, n. 6369](#); [id, 29 settembre 2011, n. 19880](#); 23 luglio 2010, n. 17351; 9 marzo 2004, n. 4778).

Nel caso in esame, in considerazione della peculiarità delle questioni trattate e della presenza di orientamenti contrastanti (tra cui quello seguito dal Tribunale di Massa nella sentenza impugnata avvalorata da una sentenza della [Corte di Cassazione n. 9395/2017](#) sopra citata che ha escluso dal computo del periodo di comporta soltanto le malattie conseguenti ad un comportamento colposo del datore di lavoro consistente nell' adibizione a mansioni incompatibili con lo stato di invalidità), sussistono i gravi ed eccezionali motivi richiesti dall'[art. 92 comma 2. c.p.c.](#) (nella formulazione originaria conseguente alla sentenza [n.77 del 2018 della Corte Costituzionale](#) nella formulazione originaria conseguente alla sentenza [n.77 del 2018 della Corte Costituzionale](#) che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell' [art. 13 comma 1 del D.L. n. 132/2014](#) convertito in [L. n. 162/2014](#) che aveva limitato il potere

discrezionale del giudice di merito di compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, solo in presenza dell' assoluta novità della questione e di mutamento dell' orientamento giurisprudenziale) per compensare integralmente tra tutte le parti in causa le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

La Corte, in riforma della sentenza reclamata,

dichiara la nullità del licenziamento intimato dalla società APUAFARMA oggi NAUSICAA s.p.a. alla sig.ra A.S.;

ordina a NAUSICAA s.p.a di reintegrare la lavoratrice nel posto di lavoro;

condanna NAUSICAA s.p.a a corrispondere alla lavoratrice le retribuzioni maturate e maturande dal licenziamento alla reintegra, nonché alla regolarizzazione della sua posizione contributiva ed assicurativa presso gli Enti competenti.

Compensa integralmente tra le pari le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Genova, 09/07/2021

SENTENZA

Corte giustizia UE sez. I - 11/09/2019, n. 397

**Intestazione**

Nella causa C-397/18,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'[articolo 267 TFUE](#), dal Juzgado de lo Social n. 3 de Barcelona (Tribunale del lavoro n. 3 di Barcellona, Spagna), con decisione del 30 maggio 2018, pervenuta in cancelleria il 15 giugno 2018, nel procedimento

**DW**

contro

**Nobel Plásticos Ibérica SA,**

con l'intervento di:

**Fondo de Garantía Salarial (Fogasa),**

**Ministerio Fiscal,**

LA CORTE (Prima Sezione),

composta da J.-C. Bonichot, presidente di sezione, C. Toader, A. Rosas, L. Bay Larsen e M. Safjan (relatore), giudici,

avvocato generale: G. Pitruzzella

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per DW, da J. Pérez Jiménez, abogado;
- per la Nobel Plásticos Ibérica SA, da D. Sanahuja Cambra, abogada;
- per il governo spagnolo, da L. Aguilera Ruiz, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, da D. Martin e P. Nemecková, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

**Sentenza**

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della [direttiva 2000/78/CE](#) del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU 2000, L 303, pag. 16).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra DW e la Nobel Plastiques Ibérica SA, in merito alla legittimità del licenziamento per ragioni oggettive di cui DW è stata oggetto.

## **Contesto normativo**

Diritto internazionale

3 La convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, approvata a nome della Comunità europea con la decisione 2010/48/CE del Consiglio, del 26 novembre 2009 (GU 2010, L 23, pag. 35; in prosieguo: la «convenzione dell'ONU»), alla lettera e) del preambolo enuncia quanto segue:

«riconoscendo che la disabilità è un concetto in evoluzione e che la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri».

4 Ai sensi dell'articolo 1 di tale convenzione, rubricato «Scopo»:

«Scopo della presente convenzione è promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità e promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità.

Per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri».

5 L'articolo 2 di detta convenzione, intitolato «Definizioni», prevede quanto segue:

«Ai fini della presente convenzione:

(...)

per "discriminazione fondata sulla disabilità" si intende qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole;

per "accomodamento ragionevole" si intendono le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento o l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali;

(...)».

Diritto dell'Unione

6 Ai sensi dei considerando 11, 12, 16, 17, 20 e 21 della direttiva [2000/78](#):

«(11) La discriminazione basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali può pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del trattato CE, in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale, la solidarietà e la libera circolazione delle persone.

(12) Qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali nei settori di cui alla presente direttiva dovrebbe essere pertanto proibita in tutta la Comunità. Tale divieto di discriminazione dovrebbe applicarsi anche nei confronti dei cittadini dei paesi terzi, ma non comprende le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e lascia impregiudicate le disposizioni che disciplinano l'ammissione e il soggiorno dei cittadini dei paesi terzi e il loro accesso all'occupazione e alle condizioni di lavoro.

(...)

(16) La messa a punto di misure per tener conto dei bisogni dei disabili sul luogo di lavoro ha un ruolo importante nel combattere la discriminazione basata sull'handicap.

(17) La presente direttiva non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando l'obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili.

(...)

(20) È opportuno prevedere misure appropriate, ossia misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento.

(21) Per determinare se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni».

7 L'articolo 1 della direttiva in parola, intitolato «Obiettivo», così recita:

«La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento».

8 L'articolo 2 di detta direttiva, intitolato «Nozione di discriminazione», ai suoi paragrafi 1 e 2 prevede quanto segue:

«1. Ai fini della presente direttiva, per "principio della parità di trattamento" si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1.

2. Ai fini del paragrafo 1:

a) sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga;

b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una 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 ad 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; o che

ii) nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi».

9 L'articolo 3 della medesima direttiva, rubricato «Campo d'applicazione», al paragrafo 2 dispone quanto segue:

«Nei limiti dei poteri conferiti alla Comunità, la presente direttiva, si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene:

(...)

c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione;

(...».

10 L'articolo 5 della direttiva 2000/78, intitolato «Soluzioni ragionevoli per i disabili», è così formulato:

«Per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili».

Diritto spagnolo

11 L'articolo 25 della Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (legge 31/1995 in materia di prevenzione dei rischi professionali), dell'8 novembre 1995 (BOE n. 269, del 10 novembre 1995, pag. 32590), rubricato «Tutela dei lavoratori particolarmente sensibili a determinati rischi», al paragrafo 1 prevede quanto segue:

«Il datore di lavoro garantisce in modo specifico la tutela dei lavoratori che, per le loro stesse caratteristiche personali o per il loro stato di salute noto, compresi i lavoratori a cui è stata riconosciuta una condizione di disabilità fisica, psichica o sensoriale, risultano particolarmente sensibili ai rischi derivanti dal lavoro. A tal fine, esso deve tener conto di tali aspetti nelle valutazioni dei rischi e, in funzione di queste, adotta le misure preventive e di protezione necessarie.

I lavoratori non sono assegnati ai posti di lavoro nei quali possano, per le loro stesse caratteristiche personali, per il loro stato di salute o per una disabilità fisica, psichica o sensoriale debitamente riconosciuta, porre se stessi, gli altri lavoratori o altre persone legate all'impresa in situazioni di pericolo; in generale, essi non sono assegnati a posti del genere quando si trovano manifestamente in uno stato o in una situazione transitori non rispondenti ai requisiti fisici e mentali necessari per coprire i posti di lavoro di cui trattasi».

12 L'articolo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (regio decreto legislativo n. 1/2013, con cui si approva la versione consolidata della legge generale sui diritti delle persone con disabilità e sulla loro inclusione sociale), del 29 novembre 2013 (BOE n. 289, del 3 dicembre 2013, pag. 95635), contiene le seguenti definizioni:

«Ai fini della presente legge, s'intende per:

a) disabilità: la situazione di coloro che presentano menomazioni presumibilmente durature, che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione alla vita sociale su base di uguaglianza con gli altri.

(...)

c) discriminazione diretta: la situazione in cui si trova una persona disabile allorché essa, per il motivo di o a causa della sua disabilità, viene trattata in modo meno favorevole rispetto a un'altra persona nella medesima situazione.

d) discriminazione indiretta: la fattispecie che sussiste quando una disposizione legislativa o regolamentare, una clausola convenzionale [di un contratto collettivo] o contrattuale, un accordo individuale, una decisione unilaterale, un criterio o una prassi, oppure un ambiente circostante, prodotto o servizio apparentemente neutri possono creare un particolare svantaggio ad una persona rispetto ad altre a motivo di o in ragione di una disabilità, ove tali elementi non rispondano oggettivamente a una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento non siano appropriati e necessari.

(...)».

13 L'articolo 4 di tale regio decreto legislativo, intitolato «Titolari dei diritti», al suo paragrafo 1, dispone quanto segue:

«Per persone con disabilità si intendono coloro che presentano minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali presumibilmente durature, che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri».

14 L'articolo 35 di detto regio decreto legislativo, intitolato «Garanzie del diritto al lavoro», è formulato come segue:

«1. Le persone con disabilità godono del diritto al lavoro in condizioni che garantiscano l'applicazione del principio della parità di trattamento e del principio di non discriminazione.

2. La garanzia e l'effettività del diritto alla parità di trattamento e del diritto alla parità di opportunità di cui godono le persone con disabilità sono disciplinate dal presente capo e dalla normativa specifica per quanto riguarda l'accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, le condizioni di lavoro, comprese la retribuzione e il licenziamento, la promozione professionale, la formazione professionale e continua, la formazione per l'occupazione, l'affiliazione e l'attività in un'organizzazione di lavoratori o di datori di lavoro e l'adesione e l'attività in qualunque organizzazione i cui membri esercitino una particolare professione.

3. Sussiste discriminazione diretta quando, in una situazione analoga, una persona disabile è trattata in modo meno favorevole rispetto a un'altra a causa della sua disabilità.

4. Sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione legislativa o regolamentare, una clausola convenzionale [di un contratto collettivo] o contrattuale, un accordo individuale, una decisione unilaterale del datore di lavoro, apparentemente neutri, possono creare un particolare svantaggio alle persone disabili rispetto ad altre, oggettivamente non rispondono ad alcuna finalità legittima e i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità non sono appropriati e necessari, a meno che il datore di lavoro non sia tenuto ad adottare misure appropriate, in funzione delle esigenze di ciascun caso particolare e conformemente all'articolo 40, al fine di eliminare gli svantaggi derivanti da tale disposizione, clausola, accordo o decisione.

5. Le disposizioni regolamentari, le clausole dei contratti collettivi, gli accordi individuali e le decisioni unilaterali del datore di lavoro, che danno luogo a situazioni di discriminazione diretta o indiretta sfavorevoli in ragione della disabilità, in materia di occupazione, ai fini della retribuzione, dell'orario di lavoro e di altre condizioni di lavoro e per quanto riguarda le altre condizioni di lavoro, sono considerate nulle e prive di ogni effetto

(...).

15 L'articolo 40 del medesimo regio decreto legislativo, rubricato «Adozione di misure volte a prevenire o a compensare gli svantaggi derivanti da disabilità come garanzia della piena parità sul lavoro», prevede quanto segue:

«1. Per garantire la piena parità sul lavoro, il principio della parità di trattamento non osta al mantenimento o all'adozione di misure specifiche dirette a evitare o a compensare gli svantaggi derivanti da disabilità.

2. I datori di lavoro devono adottare le misure appropriate al fine di adattare il posto di lavoro e migliorare l'accessibilità dell'impresa in funzione delle esigenze di ciascuna situazione specifica, allo scopo di consentire alle persone con disabilità di accedere al lavoro, svolgere le proprie mansioni, progredire sotto il profilo professionale e accedere alla formazione, a meno che tali provvedimenti costituiscano per il datore di lavoro un onere finanziario eccessivo.

Per stabilire se un onere sia eccessivo occorre valutare se esso sia sufficientemente attenuato mediante le misure, gli aiuti o le sovvenzioni pubbliche per persone con disabilità, prendendo altresì in considerazione i costi finanziari e di altra natura che dette misure comportano, nonché le dimensioni e il volume d'affari complessivo dell'impresa o dell'organizzazione».

16 L'Estatuto de los Trabajadores ([Statuto dei lavoratori](#)) è stato modificato dal Real Decreto legislativo 2/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (regio decreto legislativo 2/2015, recante approvazione del testo consolidato della legge sullo [Statuto dei lavoratori](#)), del 23 ottobre 2015 (BOE n. 255, del 24 ottobre 2015, pag. 100224). Nella versione in vigore alla data dei fatti di cui al procedimento principale, l'articolo 53 di tale Statuto, intitolato «Forma ed effetti della cessazione del contratto per ragioni oggettive», al suo paragrafo 4 così recita:

«Se la decisione del datore di lavoro di porre fine al contratto di lavoro si basa su una causa di discriminazione vietata dalla Costituzione o dalla legge, ovvero se il licenziamento è stato effettuato in violazione dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche del lavoratore, la decisione di licenziamento è nulla e tale nullità deve essere dichiarata d'ufficio dal giudice

(...)».

### **Procedimento principale e questioni pregiudiziali**

17 Il 1° luglio 2004, DW è stata assunta dalla Nobel Plastiques Ibérica. Assegnata ai processi di assemblaggio e di sagomatura di tubi in materia plastica, la medesima ha beneficiato di una riduzione dell'orario di lavoro, per il motivo che aveva figli minori in affidamento. DW effettuava una settimana di lavoro di 35 ore e lavorava nel turno del mattino e nel turno di notte.

18 DW è stata affetta da epicondilite, che le è stata diagnosticata il 12 settembre 2011 ed è stata operata il 18 gennaio 2012.

19 Tale lesione è stata qualificata come «malattia professionale» e DW si è trovata in una situazione di inabilità temporanea al lavoro per diversi periodi tra settembre 2011 e aprile 2014, nonché, in ragione della diagnosi di un disturbo d'ansia, dal 4 settembre 2015 al 31 marzo 2016 e dal 6 al 20 maggio 2016.

20 A partire dal 15 dicembre 2011, è stato riconosciuto che DW apparteneva ai «lavoratori particolarmente sensibili ai rischi professionali», ai sensi dell'articolo 25 della legge 31/1995, situazione da allora rimasta immutata.

21 Tra aprile e agosto 2016, DW si è rivolta in diverse occasioni al servizio medico dell'impresa, lamentando dolori al gomito e ha inviato varie comunicazioni a tale servizio, nonché al suo datore di lavoro, per chiedere che il suo posto di lavoro fosse adattato alle sue condizioni fisiche.

22 DW si è inoltre trovata in una situazione di inabilità temporanea risultante da un infortunio sul lavoro a causa dell'epicondilite di cui essa ha sofferto, per diversi periodi, a partire dal 31 agosto 2016.

23 Dalla data in cui le è stata diagnosticata l'epicondilite, DW ha effettuato, dopo ogni ripresa del lavoro, una visita medica. Al termine di ciascuna di tali visite, la medesima veniva dichiarata «idonea con talune limitazioni» a ricoprire il suo posto di lavoro o a svolgere mansioni di «sagomatura a vapore». Conseguentemente, durante i periodi di lavoro nel corso del 2016, DW è stata assegnata in via preferenziale a posti che portavano a manipolare tubi di piccole dimensioni e per i quali i rischi per la sua salute erano minori rispetto ai posti che richiedevano di maneggiare tubi di grandi dimensioni.

24 Al fine di procedere al licenziamento per ragioni oggettive in seno all'impresa, la Nobel Plastiques Ibérica ha adottato i seguenti quattro criteri, applicabili al 2016: l'assegnazione ai processi di assemblaggio e di sagomatura di tubi in materia plastica, il raggiungimento di una produttività inferiore al 95%, la dimostrazione di una minore polivalenza nei posti di lavoro dell'impresa nonché la registrazione di un tasso di assenteismo elevato.

25 La Nobel Plastiques Ibérica ha ritenuto che, nel corso del 2016, DW soddisfacesse tali quattro criteri di selezione poiché essa era stata assegnata ai processi di assemblaggio e di sagomatura di tubi in materia plastica, aveva raggiunto una produttività media ponderata del 59,82%, dimostrato una polivalenza molto ridotta nei compiti essenziali inerenti al suo posto di lavoro e aveva registrato un tasso di assenteismo del 69,55%.

26 Di conseguenza, il 22 marzo 2017, mentre DW si trovava in stato di inabilità temporanea al lavoro, la Nobel Plastiques Ibérica le ha notificato una lettera di licenziamento per ragioni oggettive, deducendo motivi economici, tecnici, di produzione e di organizzazione. Anche altre nove persone che lavoravano nell'impresa sono state licenziate nello stesso periodo.

27 Il 21 aprile 2017, DW ha presentato ricorso avverso tale decisione di licenziamento dinanzi al giudice del rinvio, il Juzgado de lo Social n. 3 de Barcelona (Tribunale del lavoro n. 3 di Barcellona, Spagna). Detto ricorso era diretto a far dichiarare il suo licenziamento nullo o, in subordine, ingiustificato.

28 Il 4 agosto 2017, l'ispettorato del lavoro ha proposto di sanzionare la Nobel Plastiques Ibérica per aver commesso due mancanze, consistenti, da un lato, nell'aver esposto DW a rischi ergonomici che hanno provocato la sua malattia, creando così un grave rischio per la sua integrità fisica o per la sua salute e, dall'altro, nell'aver mantenuto invariate le condizioni in cui svolgeva i suoi compiti anche una volta conosciuta la sua epicondilite, in particolare, nell'averla assegnata a posti di lavoro le cui caratteristiche erano incompatibili con le peculiarità del suo stato di salute. Nel suo parere, l'ispettorato del lavoro ha evidenziato che DW aveva occupato diversi posti di lavoro a turni, ma che tutti questi posti richiedevano manipolazioni che implicavano l'esistenza di rischi ergonomici e di pregiudizio all'apparato muscolo-scheletrico per gli arti superiori. La Nobel Plastiques Ibérica non avrebbe adottato le misure di adattamento del posto di lavoro di DW al fine di assicurarsi che esso fosse compatibile con il suo stato di salute.

29 Il giudice del rinvio si chiede se la nozione di «lavoratori particolarmente sensibili a determinati rischi», ai sensi dell'articolo 25 della legge 31/1995, sia assimilabile a quella di «handicap», ai sensi della [direttiva 2000/78](#), come interpretata dalla Corte. Tale questione costituirebbe un presupposto per determinare, da un lato, se i criteri di selezione adottati per licenziare DW violino direttamente o indirettamente il diritto alla parità di trattamento dei disabili riconosciuto dalla [direttiva 2000/78](#) e, dall'altro, se l'obbligo di mettere in atto le soluzioni ragionevoli previsto dall'articolo 5 di tale direttiva esiga che i criteri di selezione connessi alla disabilità di DW e utilizzati per procedere al licenziamento di quest'ultima siano disattesi.

30 Secondo il giudice del rinvio, le persone particolarmente sensibili ai rischi professionali, oltre al fatto di poter essere soggette a un trattamento specifico al fine di proteggerle contro taluni rischi professionali, devono essere considerate come rientranti nella nozione di «disabili», ai sensi della [direttiva 2000/78](#), nel caso in cui le loro menomazioni fisiche siano durature nel momento in cui l'atto asseritamente discriminatorio è adottato nei loro confronti e risultino dal lavoro svolto.

31 Per quanto riguarda i quattro criteri di selezione al fine di determinare le persone da licenziare, indicati al punto 24 della presente sentenza, il primo di essi, ossia l'assegnazione ai processi di assemblaggio e di sagomatura di tubi in materia plastica, sarebbe oggettivo e neutro. Per contro, gli altri tre criteri potrebbero essere discriminatori nei confronti di DW nel caso in cui quest'ultima dovesse essere considerata come affetta da disabilità, ai sensi della [direttiva 2000/78](#).

32 Infatti, per quanto riguarda il secondo criterio di selezione, vale a dire il raggiungimento di una produttività inferiore al 95% nel 2016, la menomazione fisica di cui DW ha sofferto avrebbe incontestabilmente un nesso diretto con il livello di produttività media ponderata del 59,82% che essa ha realizzato. Orbene, la Nobel Plastiques Ibérica si sarebbe limitata a produrre i dati relativi alla produttività annuale di DW senza indicare in quali posti e nell'esercizio di quali funzioni concrete fosse stato misurato il livello di produttività.

33 Quanto al terzo criterio di selezione, vale a dire quello della polivalenza nei posti di lavoro dell'impresa, sarebbe stato accertato che DW è stata dichiarata, dal 2011, «idonea con talune limitazioni» da parte dei servizi medici per il motivo che dalla diagnosi risultava particolarmente sensibile ai rischi professionali. Ne conseguirebbe che essa non poteva svolgere tutte le mansioni richieste dai diversi posti di lavoro, il che spiegherebbe il fatto che la sua valutazione fosse sfavorevole alla luce di tale criterio.

34 Infine, per quanto riguarda l'ultimo criterio di selezione, il tasso di assenteismo del 69,55% considerato per DW sarebbe stato calcolato prendendo in considerazione i periodi di congedo di malattia di quest'ultima sopravvenuti nel corso del 2016. Fra tali periodi di congedo di malattia figurerebbero tutti quelli derivanti dalla menomazione fisica di cui ella soffre. Orbene, il semplice fatto di prendere in considerazione tali congedi implicherebbe che DW può essere trattata in modo meno favorevole rispetto ad altri lavoratori.

35 In tali circostanze, il Juzgado de lo Social n. 3 de Barcelona (Tribunale del lavoro n. 3 di Barcellona) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se debbano essere considerati persone con disabilità ai fini dell'applicazione della [direttiva 2000/78/CE](#), come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, i lavoratori dichiarati particolarmente sensibili a determinati rischi allorché, per le loro caratteristiche personali o il loro stato di salute noto, essi risultano particolarmente sensibili ai rischi derivanti dal lavoro e per tale motivo non possono essere

assegnati a determinati posti di lavoro, in quanto ciò comporterebbe un rischio per la loro stessa salute o per altre persone.

In caso di risposta affermativa alla prima questione, si pongono le questioni seguenti:

2) se costituisca una discriminazione diretta o una discriminazione indiretta ai sensi dell'[articolo 2, paragrafo 2, lettera b\), della direttiva 2000/78](#) la decisione di licenziare una lavoratrice per ragioni economiche, tecniche, organizzative e produttive, qualora a tale persona sia stata riconosciuta una disabilità, in quanto particolarmente sensibile in relazione a taluni posti di lavoro a causa di una patologia, ed ella abbia quindi difficoltà a raggiungere i livelli di produttività richiesti per non essere candidata al licenziamento;

3) se costituisca una discriminazione diretta o una discriminazione indiretta ai sensi dell'[articolo 2, paragrafo 2, lettera b\), della direttiva 2000/78](#) la decisione di licenziare una lavoratrice per ragioni economiche, tecniche, organizzative e produttive, qualora a tale persona sia stata riconosciuta una disabilità, in quanto particolarmente sensibile in relazione a taluni posti di lavoro a causa di una patologia, e la decisione venga assunta tenendo conto, tra altri criteri, della polivalenza in tutti i posti di lavoro, compresi quelli ai quali la persona disabile non può essere assegnata;

4) se costituisca una discriminazione indiretta, quale definita all'[articolo 2, paragrafo 2, lettera b\), della direttiva 2000/78](#), la decisione di licenziare una lavoratrice per ragioni economiche, tecniche, organizzative e produttive, qualora a tale persona sia stata riconosciuta una disabilità in quanto particolarmente sensibile in relazione a taluni posti di lavoro a causa di una patologia, la quale abbia provocato lunghi periodi di assenza o di congedo per malattia prima del licenziamento, e la decisione venga assunta tenendo conto, tra altri criteri, delle assenze di detta lavoratrice».

### **Sulle questioni pregiudiziali**

Sulla prima questione

36 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la [direttiva 2000/78](#) debba essere interpretata nel senso che lo stato di salute di un lavoratore riconosciuto come particolarmente sensibile ai rischi professionali, ai sensi del diritto nazionale, che non consente a tale lavoratore di occupare taluni posti di lavoro per il motivo che ciò comporterebbe un rischio per la sua stessa salute o per altre persone, rientra nella nozione di «handicap» ai sensi di tale direttiva.

37 Come risulta dal suo [articolo 1, la direttiva 2000/78](#) mira a stabilire un quadro generale per la lotta, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, alle discriminazioni fondate su uno dei motivi di cui a tale articolo, tra cui figura la disabilità. Conformemente al suo articolo 3, paragrafo 1, lettera c), tale direttiva si applica, nei limiti dei poteri conferiti all'Unione europea, a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, per quanto attiene, in particolare, alle condizioni di licenziamento.

38 Nel caso di specie, il giudice del rinvio chiede se lo stato di salute di DW, licenziata mentre era stata riconosciuta come lavoratore particolarmente sensibile ai rischi professionali, conformemente al diritto nazionale, rientri nella nozione di «handicap» ai sensi della suddetta direttiva.

39 Occorre ricordare a tal proposito che l'Unione ha approvato la convenzione dell'ONU con la decisione 2010/48. Di conseguenza, le disposizioni di tale convenzione formano parte integrante, a partire dall'entrata in vigore della suddetta decisione, dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Del resto, dall'appendice all'allegato II alla medesima decisione risulta che, per quanto riguarda l'autonomia e la partecipazione sociale, le condizioni di lavoro e l'occupazione, la [direttiva 2000/78](#) figura tra gli atti dell'Unione concernenti le questioni disciplinate dalla detta convenzione (sentenze dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punti 30 e 31, nonché del 1° dicembre 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, punto 40).

40 Ne consegue che la convenzione dell'ONU può essere invocata al fine di interpretare tale direttiva, la quale deve essere oggetto, nella maggior misura possibile, di un'interpretazione conforme alla medesima convenzione (sentenze dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 32, nonché del 1° dicembre 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, punto 41).

41 Per tali ragioni, in seguito all'approvazione della convenzione dell'ONU da parte dell'Unione, la Corte ha dichiarato che la nozione di «handicap», ai sensi della [direttiva 2000/78](#), dev'essere intesa nel senso che si riferisce a una limitazione della capacità, 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 (sentenze dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 38, nonché del 18 gennaio 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17, punto 28).

42 Non risulta che la [direttiva 2000/78](#) miri a coprire unicamente gli handicap congeniti o derivanti da incidenti, escludendo quelli cagionati da una malattia. Infatti, sarebbe in contrasto con la finalità stessa della direttiva in parola, che è quella di realizzare la parità di trattamento, ammettere che l'applicazione della stessa dipenda dalla causa della disabilità (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 40).

43 La nozione di «handicap» dev'essere intesa nel senso che si riferisce a un ostacolo a svolgere un'attività professionale e non un'impossibilità di esercitare una simile attività. Lo stato di salute di una persona disabile idonea a svolgere un lavoro, quand'anche a tempo parziale, può pertanto rientrare nella nozione di «handicap» (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 44).

44 Il carattere «duraturo» della limitazione deve essere esaminato tenuto conto dello stato di incapacità, in quanto tale, dell'interessato allorché è stato adottato l'atto asseritamente discriminatorio nei confronti di quest'ultimo (sentenza del 1° dicembre 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, punto 53 e giurisprudenza ivi citata).

45 Tra gli indizi che consentono di considerare «duratura» una limitazione della capacità figura in particolare la circostanza che, all'epoca del fatto asseritamente discriminatorio, la menomazione dell'interessato non presenti una prospettiva ben delimitata di superamento nel breve periodo o il fatto che tale menomazione possa protrarsi in modo rilevante prima della guarigione di tale persona (sentenza del 1° dicembre 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, punto 56).

46 Inoltre, la constatazione secondo cui l'interessato è affetto da un «handicap», ai sensi dell'[articolo 1 della direttiva 2000/78](#), precede la determinazione e la valutazione delle misure di adattamento appropriate previste dall'articolo 5 della stessa. Infatti, conformemente al considerando 16 di tale direttiva, siffatte misure hanno lo scopo di tener conto delle esigenze dei disabili e sono quindi la conseguenza della constatazione dell'esistenza di un «handicap» (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punti 45 e 46, nonché del 18 dicembre 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463, punto 57).

47 Nel caso di specie, dalla decisione di rinvio risulta che le questioni pregiudiziali riguardano una lavoratrice che, a causa di una malattia, ha sofferto, per un lungo periodo, di una limitazione della sua capacità lavorativa risultante da menomazioni fisiche.

48 Tenuto conto del suo stato di salute, DW è stata riconosciuta, a partire dal 15 dicembre 2011, come facente parte dei «lavoratori particolarmente sensibili ai rischi professionali», ai sensi dell'articolo 25 della legge n. 31/1995. In applicazione di detto articolo, siffatti lavoratori non sono assegnati ai posti di lavoro nei quali possono, per le loro stesse caratteristiche personali, per il loro stato di salute o per una disabilità fisica, psichica o sensoriale debitamente riconosciuta, porre se stessi, gli altri lavoratori o altre persone legate all'impresa in situazioni di pericolo.

49 Occorre rilevare che il solo fatto che una persona sia riconosciuta come lavoratore particolarmente sensibile ai rischi professionali, ai sensi del diritto nazionale, non può significare, di per sé, che tale persona sia affetta da un «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78. Dalla decisione di rinvio emerge, infatti, che la nozione di «lavoratore particolarmente sensibile ai rischi professionali», ai sensi dell'articolo 25 della legge 31/1995, si fonda su condizioni che non sono identiche a quelle di cui al punto 41 della presente sentenza. Non si può dunque ritenere che tale nozione corrisponda a quella di «disabile», ai sensi della presente direttiva.

50 Spetta al giudice del rinvio verificare se, nel procedimento principale, lo stato di salute di DW abbia comportato una limitazione della capacità di quest'ultima che soddisfi le condizioni di cui al punto 41 della presente sentenza. In caso affermativo, si dovrebbe

allora ritenere che DW, alla data del suo licenziamento, sia stata una disabile, ai sensi della [direttiva 2000/78](#).

51 Ciò premesso, occorre rispondere alla prima questione posta dichiarando che la [direttiva 2000/78](#) deve essere interpretata nel senso che lo stato di salute di un lavoratore riconosciuto come particolarmente sensibile ai rischi professionali, ai sensi del diritto nazionale, che non consente a tale lavoratore di occupare taluni posti di lavoro per il motivo che ciò comporterebbe un rischio per la sua stessa salute o per altre persone, rientra nella nozione di «handicap», ai sensi di tale direttiva, solo qualora tale stato comporti una limitazione della capacità, 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. Spetta al giudice nazionale verificare se, nel procedimento principale, tali condizioni siano soddisfatte.

Sulle questioni seconda, terza e quarta

52 Con le questioni dalla seconda alla quarta, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'[articolo 2, paragrafo 2, lettera b\), della direttiva 2000/78](#) debba essere interpretato nel senso che il licenziamento per «ragioni oggettive» di un lavoratore disabile per il motivo che quest'ultimo soddisfa i criteri di selezione presi in considerazione dal datore di lavoro per determinare le persone da licenziare, vale a dire il raggiungimento di una produttività inferiore a un livello determinato, la dimostrazione di una minore polivalenza nei posti di lavoro dell'impresa, nonché la registrazione di un tasso di assenteismo elevato, costituisce una discriminazione diretta o indiretta fondata sulla disabilità, ai sensi di tale disposizione.

53 Nel caso di specie, dalla decisione di rinvio risulta che, al fine di determinare le persone da licenziare nell'ambito di un licenziamento per motivi economici, tecnici, organizzativi e produttivi, la Nobel Plastiques Ibérica ha adottato, in particolare, i tre seguenti criteri di selezione, applicabili al 2016: il raggiungimento di una produttività inferiore al 95%, una minore polivalenza nei posti di lavoro dell'impresa nonché un elevato tasso di assenteismo. DW, che è stata riconosciuta come particolarmente sensibile ai rischi professionali, ai sensi del diritto nazionale, è stata considerata rispondente a questi tre criteri ed è stata licenziata di conseguenza, con altre nove persone che lavoravano nell'impresa.

54 Il giudice del rinvio si chiede se, supponendo che DW sia disabile, ai sensi della [direttiva 2000/78](#), circostanza che esso è tenuto a verificare, come risulta dalla risposta fornita alla prima questione, la medesima, con l'applicazione di questi tre criteri di selezione, sia stata soggetta a una discriminazione fondata sulla disabilità ai sensi della suddetta direttiva.

55 Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, di detta direttiva, per «principio della parità di trattamento» s'intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su

uno dei motivi di cui all'articolo 1 della medesima direttiva, tra i quali figurano, segnatamente, la disabilità.

56 Per quanto concerne la sussistenza di una discriminazione diretta, a norma dell'[articolo 2, paragrafo 2, lettera a\), della direttiva 2000/78](#), una discriminazione di questo tipo si verifica quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1 della medesima direttiva, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto lo sia un'altra in una situazione analoga.

57 A tale riguardo, criteri di selezione quali il livello di produttività, il grado di polivalenza nei posti di lavoro dell'impresa e il tasso di assenteismo si applicano in modo identico ai disabili e ai non disabili. Pertanto, non si può ritenere che tali criteri instaurino una differenza di trattamento direttamente basata sulla disabilità, ai sensi del combinato disposto dell'[articolo 1](#) e dell'[articolo 2, paragrafo 2, lettera a\), della direttiva 2000/78](#), in quanto essi non sono indissolubilmente collegati alla disabilità (v., per analogia, sentenze dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punti 72 e 74, nonché del 19 settembre 2018, Bedi, C-312/17, EU:C:2018:734, punto 48).

58 Per quanto riguarda la sussistenza di una discriminazione indiretta fondata sulla disabilità, occorre constatare che i criteri di selezione consistenti nel raggiungimento di una produttività inferiore a un livello determinato, nella dimostrazione di una minore polivalenza nei posti di lavoro dell'impresa nonché nella registrazione di un tasso di assenteismo elevato, al fine di determinare le persone da licenziare nell'ambito di un licenziamento per ragioni oggettive, sono apparentemente neutri.

59 Tuttavia, per quanto riguarda, più nello specifico, il criterio di selezione relativo al tasso di assenteismo, si deve rilevare che un lavoratore disabile è, in linea di principio, più esposto al rischio di registrare un tasso di assenteismo elevato rispetto a un lavoratore non disabile, dal momento che è soggetto all'ulteriore rischio di essere assente a causa di una malattia collegata alla sua disabilità. Risulta, dunque, che il criterio di selezione consistente in un tasso di assenteismo elevato nel corso di un periodo di un anno è idoneo a svantaggiare i lavoratori disabili e, dunque, 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, sentenze dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 76, nonché del 18 gennaio 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17, punto 39).

60 Allo stesso modo, alla luce dei criteri di selezione per procedere al licenziamento, consistenti nel raggiungimento di una produttività inferiore a un livello determinato e nella dimostrazione di una minore polivalenza nei posti di lavoro dell'impresa, un lavoratore disabile, a causa della limitazione della sua capacità, è, in linea di principio, meno idoneo ad ottenere risultati positivi rispetto a un lavoratore non disabile. Anche siffatti criteri possono dunque comportare una disparità di trattamento risultante indirettamente da una disabilità, ai sensi dell'[articolo 2, paragrafo 2, lettera b\), della direttiva 2000/78](#).

61 Tuttavia, un trattamento sfavorevole che risulta indirettamente da una disabilità contrasta con la tutela prevista dalla [direttiva 2000/78](#) unicamente nei limiti in cui costituisca una discriminazione ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della stessa (v., in tal senso, sentenze dell'11 luglio 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, punto 48, e del 18 gennaio 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17, punto 36).

62 Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), ii), della direttiva 2000/78, sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio, in particolare, persone affette da una certa disabilità rispetto ad altre persone, a meno che il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione cui si applica tale direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5 della detta direttiva per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi.

63 A norma dell'articolo 5, prima frase, di tale direttiva, per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. L'articolo 5, seconda frase, della suddetta direttiva precisa che il datore di lavoro è tenuto a prendere i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere a un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato.

64 A tal riguardo, la Corte ha statuito che il concetto di «soluzioni ragionevoli» deve essere inteso nel senso che si riferisce all'eliminazione delle barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione dei disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori (sentenze dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 54, nonché del 4 luglio 2013, Commissione/Italia, C-312/11, non pubblicata, EU:C:2013:446, punto 59).

65 Come recitano i considerando 20 e 21 della direttiva 2000/78, il datore di lavoro è tenuto ad adottare le misure appropriate, ossia misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento, senza imporre al datore di lavoro oneri finanziari sproporzionati, tenendo conto in particolare dei costi finanziari e di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni.

66 Nel caso di specie, dalla decisione di rinvio risulta che il regio decreto legislativo 1/2013, e in particolare l'articolo 40 dello stesso, prevede che il datore di lavoro deve adottare misure volte a prevenire o a compensare gli svantaggi derivanti da disabilità come garanzia della piena parità sul lavoro.

67 A tale proposito, il giudice del rinvio rileva che il posto di lavoro di DW è stato oggetto di adeguamenti, in seguito al riconoscimento della stessa come lavoratore particolarmente sensibile a taluni rischi professionali, ai sensi dell'articolo 25 della legge n. 31/1995.

68 Così, dalla decisione di rinvio risulta che DW è stata assegnata in via preferenziale a posti che portavano a manipolare tubi di piccola dimensione, esponendola in tal modo a rischi minori per la sua salute rispetto a quelli creati dai posti che richiedevano di maneggiare tubi di grandi dimensioni.

69 Spetta al giudice del rinvio verificare se tali adeguamenti siano stati sufficienti per essere considerati come soluzioni ragionevoli ai sensi dell'[articolo 5 della direttiva 2000/78](#).

70 Nell'ambito di tale verifica, il giudice del rinvio deve prendere in considerazione tutti gli elementi a sua disposizione, tra i quali potrebbe figurare il parere dell'ispettorato del lavoro a cui esso fa riferimento nella decisione di rinvio, menzionato al punto 28 della presente sentenza.

71 Se il giudice del rinvio dovesse giungere alla conclusione che il datore di lavoro di DW, prima del licenziamento di quest'ultima, non ha adottato le misure appropriate, di cui al punto 65 della presente sentenza, e che, pertanto, non ha messo in atto soluzioni ragionevoli ai sensi dell'[articolo 5 della direttiva 2000/78](#), si dovrebbe constatare che, in un caso come quello di cui al procedimento principale, il licenziamento di un lavoratore disabile per il motivo che quest'ultimo soddisfaceva criteri di selezione consistenti nel raggiungimento di una produttività inferiore a un livello determinato, nella dimostrazione di una minore polivalenza nei posti di lavoro dell'impresa nonché nella registrazione di un tasso di assenteismo elevato costituisce una discriminazione indiretta fondata sulla disabilità, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), ii), di tale direttiva (v., per analogia, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 68).

72 A tale riguardo, occorre ricordare che, ai sensi dell'articolo 2 della convenzione ONU, la discriminazione fondata sulla disabilità include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole.

73 Per contro, nell'ipotesi in cui il giudice del rinvio dovesse giungere alla conclusione che il datore di lavoro di DW ha adottato le misure appropriate e che ha quindi messo in atto soluzioni ragionevoli, ai sensi dell'[articolo 5 della direttiva 2000/78](#), non si dovrebbe ritenere che un licenziamento fondato su tali criteri di selezione costituisca una discriminazione indiretta ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), ii), di tale direttiva.

74 Occorre rilevare, a tale riguardo, che dal considerando 17 della detta direttiva emerge che essa non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando l'obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili.

75 Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alle questioni dalla seconda alla quarta dichiarando che l'[articolo 2, paragrafo 2, lettera b\), ii\), della direttiva 2000/78](#) deve essere interpretato nel senso che il licenziamento per «ragioni oggettive» di un lavoratore disabile per il motivo che lo stesso soddisfa i criteri di selezione presi in considerazione per determinare le persone da licenziare vale a dire una produttività inferiore a un livello determinato, una minore polivalenza nei posti di lavoro dell'impresa nonché un tasso di assenteismo elevato costituisce una discriminazione indiretta fondata sulla disabilità, ai sensi di tale disposizione, a meno che il datore di lavoro non abbia previamente messo in atto, nei confronti di tale lavoratore, soluzioni ragionevoli, ai sensi dell'articolo 5 della suddetta direttiva, al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare.

### **Sulle spese**

76 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

**1) La [direttiva 2000/78/CE](#) del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretata nel senso che lo stato di salute di un lavoratore riconosciuto come particolarmente sensibile ai rischi professionali, ai sensi del diritto nazionale, che non consente a tale lavoratore di occupare taluni posti di lavoro per il motivo che ciò comporterebbe un rischio per la sua stessa salute o per altre persone, rientra nella nozione di «handicap», ai sensi di tale direttiva, solo qualora detto stato determini una limitazione della capacità, 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. Spetta al giudice nazionale verificare se, nel procedimento principale, tali condizioni siano soddisfatte.**

**2) L'[articolo 2, paragrafo 2, lettera b\), ii\), della direttiva 2000/78](#) deve essere interpretato nel senso che il licenziamento per «ragioni oggettive» di un lavoratore disabile per il motivo che lo stesso soddisfa i criteri di selezione presi in considerazione dal datore di lavoro per determinare le persone da licenziare vale a dire una produttività inferiore a un livello determinato, una minore polivalenza nei posti di lavoro dell'impresa nonché un tasso di assenteismo elevato costituisce una discriminazione indiretta fondata sulla disabilità, ai sensi di tale disposizione, a**

**meno che il datore di lavoro non abbia previamente messo in atto, nei confronti di tale lavoratore, soluzioni ragionevoli, ai sensi dell'articolo 5 della suddetta direttiva, al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare.**



**Convenzione sui diritti  
delle persone con disabilità**  
**Anticipazione della  
versione inedita**

Distr: Generale  
3 ottobre 2022

Originale: Inglese

---

**Comitato sui diritti delle persone con disabilità**

**Opinioni adottate dal Comitato ai sensi dell'articolo 5 del  
Protocollo opzionale, in merito alla comunicazione n.  
Comunicazione n. 51/2018\*<sup>1</sup>\*\***

<i>Comunicazione presentata da:</i>	Maria Simona Bellini (rappresentata dall'avvocato Andrea Saccucci e altri).
<i>Presunte vittime:</i>	l'autore, Letizia Costanzo e Salvatore Lentini.
<i>Stato parte:</i>	Italia
<i>Data della comunicazione:</i>	28 marzo 2017 (presentazione iniziale)
<i>Riferimenti documentali:</i>	Decisione del relatore speciale in base alla regola 70, trasmessa allo Stato parte il 12 aprile 2018 (non rilasciata in forma di documento)
<i>Data di adozione delle opinioni:</i>	26 agosto 2022
<i>Oggetto:</i>	Mancanza di riconoscimento giuridico e di sostegno sociale per i caregiver familiari di persone con disabilità
<i>Questioni procedurali:</i>	Esaurimento di rimedi nazionali ricorsi; fondatezza delle richieste
<i>Questioni sostanziali:</i>	uguaglianza e non discriminazione; sensibilizzazione; uguale riconoscimento davanti alla legge; libertà dallo sfruttamento, dalla violenza e dall'abuso; vita indipendente e inclusione nella comunità; rispetto per la famiglia; salute; standard di vita adeguato e protezione sociale.
<i>Articoli del Patto:</i>	5, 8, 12, 16, 19, 23, 25 e 28.
<i>Articoli del Protocollo opzionale:</i>	2 (d-e)

1. L'autrice della comunicazione è la signora Maria Simona Bellini, cittadina italiana nata nel 1957. È assistente familiare di sua figlia, Letizia Costanzo, nata nel 1988, e del suo compagno, Salvatore Lentini, nato nel 1956, entrambi cittadini italiani e persone con disabilità. L'autrice presenta la comunicazione a nome proprio e del suo compagno, Salvatore Lentini, nato nel 1956.

---

\* Adottato dal Comitato nella sua ventisettesima sessione (15 agosto - 9 settembre 2022)

\*\* Hanno partecipato all'esame della comunicazione i seguenti membri del Comitato: Rosa Idalia Aldana Salguero, Abdelmajid Makni, Danlami Umaru Basharu, Gerel Dondovdorj, Vivian

Fernández de Torrijos, Odelia Fitoussi, Mara Cristina Gabrielli, Amalia Gamio Ríos, Samuel Njuguna Kabue, Rosemary Kayess, Miyeon Kim, Robert George Martin, Floyd Morris, Gertrude Oforiwa Fefoame, Jonas Ruskus, Markus Schefer, Saowalak Tongkuay e Risnawati Utam.

GE.22-12923(E)

Please recycle 



per conto della figlia e del compagno. La donna sostiene che l'ordinamento giuridico italiano non prevede alcuno status giuridico e alcuna tutela per i caregiver familiari, in violazione degli articoli 5, 8, 12, 16, 19, 23, 25 e 28 della Convenzione. Il Protocollo opzionale è entrato in vigore per lo Stato parte il 14 giugno 2009. L'autore è rappresentato da un avvocato.

## **A. Sintesi delle informazioni e degli argomenti presentati dalle parti**

### **Fatti presentati dall'autore**

2.1 L'autrice si occupa della cura della figlia, Letizia Costanzo, e del suo compagno, Salvatore Lentini. Alla figlia sono state diagnosticate brachicefalia, tetraplegia con ipotonia generalizzata, epilessia mioclonica, disabilità intellettiva, disturbi dell'alimentazione e del sonno, atassia, assenza totale di linguaggio verbale, sindrome da vomito ciclico, bava incontrollata e comportamenti autolesionistici. L'autrice si occupa di tutti gli aspetti della vita quotidiana della figlia, come l'igiene personale, la medicazione, i cambiamenti posturali, l'alimentazione, l'uso di ausili riabilitativi, la pulizia dell'ambiente domestico, il cambio quotidiano del letto e l'assistenza notturna. Inoltre, accompagna la figlia in un centro diurno specializzato dalle 9.30 alle 14.30 dal lunedì al venerdì e dalle 9.30 alle 12.00 il sabato, per assistere la figlia al centro. Di notte, l'autrice è spesso costretta a rimanere sveglia per sorvegliare la figlia e gestire gli attacchi epilettici e le crisi di vomito. Poiché la figlia è anche affetta da comportamenti autolesionistici, tra cui il mordersi la lingua e le mani a causa del quale ha subito diversi interventi di ricostruzione, l'autrice è spesso costretta a tenerle un dito in bocca per impedirle di mordersi, anche di notte.

2.2 Negli ultimi dieci anni, l'autrice si è occupata anche del suo compagno, il signor Lentini. Nel 2007, dopo cinque anni di relazione, il signor Lentini ha avuto un'emorragia cerebrale che lo ha portato al coma. Le conseguenze per la sua salute sono state gravi. Gli sono stati diagnosticati diabete, ipertensione, atassia cerebrale, mancanza di equilibrio e mobilità, vuoti di memoria e depressione. Ha bisogno di assistenza continua per l'igiene, le medicine, i pasti e la deambulazione.

2.3 L'autrice assiste inoltre la figlia e il suo compagno gestendo tutti i loro rapporti con le istituzioni quali il Comune, il Dipartimento dei Servizi Sociali, gli ospedali, la scuola, i centri di riabilitazione, gli istituti di credito e i centri per l'autonomia, per l'erogazione di servizi, prestazioni, sostegno alla famiglia, visite e cure mediche. Si occupa inoltre di vari adempimenti amministrativi.

2.4 L'autrice investe il tempo e gli sforzi che le restano per migliorare le sue conoscenze mediche e legali in materia di disabilità. Per sostenere il reddito necessario, lavora da casa in telelavoro. Le è stato concesso di lavorare in telelavoro dal 2013, poiché il suo lavoro d'ufficio era incompatibile con l'assistenza necessaria per la figlia e il compagno. Tuttavia, i suoi diritti di telelavoro sono stati revocati nel gennaio 2017, impedendole di continuare a lavorare.

2.5 L'autrice osserva che, ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo facoltativo, il Comitato ha il mandato di ricevere ed esaminare comunicazioni da o per conto di individui o gruppi di individui che affermano di essere vittime di una violazione delle disposizioni della Convenzione da parte dello Stato parte. L'autrice sostiene che, ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo opzionale, è legittimata anche in qualità di assistente familiare di persone con disabilità. Ciò si basa su tre argomenti collegati tra loro, ovvero: a) il legame fondamentale che esiste tra lei come assistente e le persone con disabilità; b) che le attività di assistenza senza alcun riconoscimento legale sono una forma di disabilità; e c) che l'assistenza è un diritto umano sostanziale.

2.6 L'autore è anche presidente dell'Associazione "Coordinamento famiglie disabili gravi e gravissimi" (CNFDGG), fondata nel 2007. L'associazione è impegnata nella promozione dei diritti di tutte le persone con disabilità e dei caregiver familiari e si propone di favorire una conoscenza diffusa delle leggi, delle procedure amministrative, delle cure e delle strutture, e di migliorare la comunicazione tra famiglie e istituzioni. Negli ultimi dieci anni, l'associazione ha intrapreso diverse iniziative per chiedere allo Stato parte di fornire protezione legale ai caregiver familiari. La CNFDGG ha presentato una petizione al Parlamento italiano, firmata da 200.000 persone, per chiedere l'introduzione di una

---

legislazione sullo status e i diritti dei caregiver familiari. Con il supporto della CNFDGG,  
l'autrice e

altri assistenti familiari hanno intentato una causa contro l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, rivendicando il pagamento delle prestazioni sociali. Tuttavia, i Tribunali di Milano e Roma hanno respinto le cause. Nell'ultimo decennio sono state introdotte in entrambe le Camere del Parlamento diverse proposte di legge riguardanti i caregiver familiari, ma le delibere in merito non si sono concluse e nessuna legge è entrata in vigore.

2.7 A causa dell'inerzia del legislatore, la CNFDGG, insieme a circa 30.000 persone, ha presentato una petizione anche al Parlamento europeo. Di conseguenza, il 17 settembre 2015 si è tenuta un'audizione che ha richiamato grande attenzione sulla questione. A seguito dell'audizione, il Presidente della Commissione delle petizioni ha scritto al Ministro della Salute italiano per conoscere la risposta delle autorità alle richieste presentate.

2.8 L'autrice afferma che, attualmente, l'ordinamento giuridico dello Stato parte non prevede alcuna tutela legale per i caregiver familiari in materia di pensione di assistenza, indennità o assicurazione malattia. Questa mancanza di riconoscimento legale e di sostegno lascia i caregiver familiari, come l'autrice, a rischio di subire conseguenze negative e pesanti per la loro salute, le loro finanze, la loro situazione socio-economica, la loro vita personale e sociale. A causa della mancanza di riconoscimento legale, l'autrice è vittima di impoverimento. Non ha diritto a ricevere un indennizzo o un sostegno economico per le cure che presta alla figlia e al compagno. L'unica forma di assegno di cura riconosciuta nello Stato parte è un assegno molto basso per la persona con disabilità. Non potendo più fare il telelavoro, l'autrice osserva che perderà il lavoro e il relativo reddito, poiché ha bisogno di stare a casa per potersi occupare della figlia e del compagno. L'autrice osserva inoltre che, in quanto assistente familiare, è costretta a sostenere i costi diretti e indiretti associati all'assistenza. Inoltre, il fatto che non potrà più lavorare e percepire un reddito avrà effetti a lungo termine sui suoi diritti pensionistici.

2.9 L'autrice sostiene che, a causa di questa lacuna legislativa, non sono disponibili ricorsi interni efficaci che possano porre rimedio alle violazioni dei diritti suoi e dei suoi familiari ai sensi della Convenzione. Di conseguenza, l'esaurimento di altri rimedi generali non sarebbe efficace, poiché i diritti dei caregiver familiari non sono riconosciuti.

## **Il reclamo**

3.1 L'autrice sostiene che la mancanza di riconoscimento giuridico e di sostegno ai caregiver familiari ha comportato una violazione dei diritti suoi, di sua figlia e del suo compagno ai sensi degli articoli 5, 8, 12, 16, 19, 23, 25 e 28 della Convenzione.

### *Articolo 5*

3.2 L'autrice sostiene che il vuoto giuridico che caratterizza l'ordinamento italiano lascia i caregiver familiari vulnerabili ed esposti alla "discriminazione per associazione", in violazione dell'articolo 5 della Convenzione. L'autrice sostiene di essere stata strettamente associata ai familiari di cui si prende cura e di aver subito, di conseguenza, una discriminazione nel mercato del lavoro, come dimostra la revoca del suo diritto al telelavoro e la prospettiva della perdita del suo impiego. Aggiunge che per i caregiver è difficile conciliare il lavoro retribuito con le attività di assistenza, costringendoli a lavorare a tempo parziale o a uscire completamente dal mercato del lavoro, con conseguenti gravi limitazioni finanziarie e costi per la famiglia. Sostiene inoltre di aver subito discriminazioni di genere, poiché la maggior parte dei caregiver familiari sono donne. Sostiene che lo Stato parte ha l'obbligo di prendere tutte le misure appropriate per evitare la discriminazione e raggiungere l'uguaglianza sostanziale, comprese misure specifiche e azioni positive a beneficio delle persone con disabilità e delle loro famiglie.

### *Articolo 8*

3.3 L'autrice sostiene che i fatti oggetto della comunicazione costituiscono una violazione dell'articolo 8 della Convenzione, a causa della mancanza di consulenza professionale, di informazioni e di riconoscimento ufficiale delle competenze dei caregiver familiari. Sostiene di non aver ricevuto dalle autorità pubbliche alcuna informazione che potesse aiutarla a svolgere il suo ruolo di caregiver, soprattutto per quanto riguarda i criteri di accesso alle prestazioni sociali e ai servizi di assistenza sociale e sanitaria a domicilio. Sostiene che i caregiver familiari hanno bisogno di una consulenza professionale su come

affrontare i bisogni delle persone con disabilità, al fine di assicurare

consapevolezza e libertà di scelta nell'assistenza, e di fornire un'assistenza specifica e di qualità. Tuttavia, i caregiver familiari sono spesso lasciati senza assistenza e supporto da parte delle autorità, anche quando si tratta di svolgere attività mediche, come il cambio della tracheobronchiale o del chiodo, l'aspirazione naso-tracheale e la rianimazione cardiopolmonare. L'autrice sostiene che lo Stato parte dovrebbe istituire speciali programmi di formazione volti a migliorare la qualità delle cure prestate a domicilio e a formalizzare la competenza degli assistenti a livello nazionale.

#### *Articolo 12*

3.4 L'autrice denuncia una violazione dell'articolo 12 della Convenzione a causa del mancato riconoscimento da parte dello Stato parte dello status di caregiver familiare. L'autrice sostiene che interpretare l'articolo 12 alla luce del diritto a vivere nella comunità significa che il sostegno all'esercizio della capacità giuridica dovrebbe essere fornito attraverso un approccio basato sulla comunità. In quanto tale, è importante che venga riconosciuto il ruolo chiave dei caregiver familiari, poiché solo attraverso questo approccio sarà possibile raggiungere la piena inclusione e partecipazione delle persone con disabilità nella comunità. L'autrice sostiene inoltre che, in situazioni come quelle dei suoi familiari, la capacità giuridica è esercitata dagli assistenti familiari, ma il sistema giuridico dello Stato parte non riconosce il loro status o ruolo e non fornisce alcuna forma specifica di formazione, assistenza e preparazione che tale ruolo richiede.

#### *Articolo 16*

3.5 L'autrice afferma che lo Stato parte non previene l'esaurimento psicofisico dei caregiver familiari, a causa della mancanza di misure preventive specifiche che consentano loro di conciliare lavoro, assistenza e vita familiare, in violazione dell'articolo 16 della Convenzione. Sostiene che se i caregiver familiari non sono in grado di soddisfare pienamente i bisogni della persona assistita, quest'ultima rischia di essere vittima di negligenza o abusi.

#### *Articolo 19*

3.6 L'autrice sostiene che la mancanza di riconoscimento legale dei caregiver familiari ha gravi conseguenze sui diritti delle persone con disabilità, compresi i suoi familiari, a vivere in modo indipendente nella comunità e a raggiungere l'inclusione e la partecipazione nella società, in violazione dei loro diritti ai sensi dell'articolo 19 della Convenzione. L'autrice sostiene che, in conformità con le disposizioni dell'articolo 19, le persone con disabilità dovrebbero avere il diritto di decidere dove e con chi vivere e non essere obbligate ad accettare una particolare sistemazione abitativa. Sostiene che le persone con disabilità e le loro famiglie hanno il diritto di prendere decisioni sulla loro vita e di ricevere sostegno in base alle loro esigenze specifiche. La tutela della vita indipendente e dell'inclusione nella comunità richiede che lo Stato parte fornisca servizi di sostegno alle famiglie e in particolare a chi se ne prende cura. Il sostegno non dovrebbe ridursi alla semplice corresponsione di assegni, anche se l'autrice nota che nello Stato parte non è previsto nemmeno questo, in quanto i caregiver familiari non hanno diritto a ricevere un sostegno economico, mentre alla persona con disabilità viene fornito solo un basso assegno di assistenza. L'autrice osserva che i suoi familiari hanno bisogno di servizi di assistenza diurna a prezzi accessibili, assistenza domiciliare, assistenza notturna, orientamento e consulenza, istruzione e sviluppo delle competenze.

#### *Articolo 23*

3.7 L'autrice sostiene inoltre che lo Stato parte non stanziava specifiche risorse finanziarie, sociali e di altro tipo per garantire alle famiglie l'accesso a tutto il sostegno necessario, in violazione dell'articolo 23 della Convenzione. L'autrice ritiene che l'articolo 23 imponga allo Stato parte l'obbligo di adottare misure sotto forma di aiuti finanziari, variabili in base alle esigenze della persona con disabilità, affinché questa possa vivere con la propria famiglia e non essere collocata in istituti. La signora sostiene che la mancanza di misure adeguate a sostegno della sua famiglia costituisce una violazione dell'articolo 23 della Convenzione.

#### *Articolo 25*

3.8 L'autrice afferma inoltre che i suoi diritti e quelli dei suoi familiari ai sensi dell'articolo 25 della Convenzione sono stati violati in quanto l'ordinamento giuridico dello Stato parte non riconosce il ruolo del caregiver familiare nel sistema sanitario. Sostiene che il sistema sanitario

Le esigenze delle persone con disabilità richiedono una cooperazione armoniosa tra il caregiver familiare e gli operatori sanitari.

#### *Articolo 28*

3.9 L'autrice sostiene inoltre che l'articolo 28 della Convenzione è stato violato in quanto lo Stato parte non riconosce alcuna forma di protezione sociale o assicurazione per i caregiver familiari. Inoltre, nessuna forma di sussidio sociale viene concessa in una situazione come la sua, quando un assistente familiare perde il lavoro a causa della sua attività di assistenza. L'autrice sostiene che, di conseguenza, le famiglie di persone con disabilità sono ad alto rischio di povertà. Per questo motivo, hanno particolare bisogno di protezione sociale in termini di risorse, tempo e servizi. Osserva che le misure volte a migliorare le condizioni di vita delle persone con disabilità e delle loro famiglie possono assumere forme diverse, come la compensazione delle spese, un accesso più favorevole all'alloggio, servizi di assistenza finanziariamente accessibili, aliquote fiscali favorevoli, orari di lavoro flessibili e accesso a posti di lavoro situati vicino a casa, il riconoscimento dello status di caregiver nel sistema pensionistico e la protezione contro la discriminazione sul lavoro e i licenziamenti arbitrari. Tuttavia, nota che nessuna di queste misure è disponibile nello Stato parte e nessuna misura di sicurezza sociale adeguata è prevista per la famiglia.

#### *Rimedi richiesti*

3.10 L'autore chiede al Comitato di dichiarare che lo Stato parte ha violato i suoi obblighi ai sensi degli articoli 5, 8, 12, 16, 19, 23, 25 e 28 della Convenzione, e di raccomandare allo stesso di adottare tutte le misure necessarie per conformarsi alle conclusioni del Comitato e di fornire alla famiglia dell'autore un rimedio efficace, compreso il rimborso di tutte le spese legali sostenute, insieme a un risarcimento.

#### **Osservazioni dello Stato parte sull'ammissibilità e sul merito**

4.1 Il 12 giugno e il 12 ottobre 2018, lo Stato parte ha presentato le sue osservazioni sull'ammissibilità e sul merito della comunicazione. Esso sostiene che la comunicazione dovrebbe essere dichiarata irricevibile in quanto manifestamente infondata e per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne.

4.2 Lo Stato parte osserva che l'autore, con il sostegno della CNFDGG, ha intentato una causa contro l'Istituto nazionale della previdenza sociale chiedendo il pagamento delle prestazioni sociali e previdenziali presso i tribunali di Milano e Roma. Rileva che i tribunali hanno respinto le cause rispettivamente il 15 luglio e il 14 ottobre 2014. Lo Stato parte sostiene che per esaurire le vie di ricorso interne l'autore avrebbe dovuto impugnare queste decisioni. Sostiene inoltre che l'autrice avrebbe dovuto "attivare la misura di tutela giurisdizionale" ai sensi della legge n. 67 del 1° marzo 2006, poiché ha sollevato reclami di discriminazione nel mercato del lavoro a causa della revoca del suo diritto al telelavoro.

4.3 Per quanto riguarda il merito del reclamo, lo Stato parte sostiene che la legislazione nazionale prevede diverse forme di tutela, quali: a) tre giorni di "permesso mensile" retribuito, ai sensi dell'articolo 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, concessi ai dipendenti pubblici o privati che assistono familiari con disabilità grave; b) un congedo straordinario retribuito dal lavoro, previsto dall'articolo 42 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, che viene concesso per un periodo di due anni al dipendente che assiste una persona con disabilità. Il caregiver ha diritto a un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione e il periodo è coperto da contribuzione sociale figurativa; c) un "fondo per la non autosufficienza", disciplinato dall'articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, che fornisce sostegno ai familiari di persone con disabilità. In base al regolamento possono essere erogati aiuti economici per l'acquisto di servizi di cura e assistenza domiciliare e ricoveri in residenze per cure di sollievo; d) un "fondo per il sostegno del ruolo di cura e assistenza del caregiver familiare" istituito ai sensi dell'articolo 1 (254) della Legge n. 205 del dicembre 2017 che ha stanziato un contributo sociale per l'acquisto di servizi di cura e assistenza domiciliare. 205 del 27 dicembre 2017, che ha stanziato 20 milioni di euro per ciascuno degli anni 2018, 2019 e 2020, destinati alla copertura finanziaria di interventi legislativi finalizzati al riconoscimento del valore sociale ed economico del caregiver familiare; e) il decreto legge n. 151 del 26 marzo 2001, in base al quale viene offerto un

---

congedo parentale prolungato, fino a tre anni, ai genitori di un bambino con disabilità.

### Commenti dell'autore sulla memoria dello Stato parte

5.1 Il 21 dicembre 2018, l'autrice ha presentato i suoi commenti alle osservazioni dello Stato parte sull'ammissibilità e sul merito della comunicazione. Sostiene che la comunicazione è ammissibile.

5.2 Per quanto riguarda l'esaurimento delle vie di ricorso interne, l'autrice sostiene che le rivendicazioni sollevate nella comunicazione derivano direttamente dal diritto interno, o meglio dall'incapacità dello Stato parte di fornire un quadro giuridico adeguato per il riconoscimento del ruolo dei caregiver familiari. Sostiene che per questo motivo nessun meccanismo giudiziario può essere considerato efficace ai sensi dell'articolo 2 (d) del Protocollo opzionale.

5.3 L'autrice fa riferimento ai ricorsi presentati da lei e da altre assistenti familiari presso il Tribunale di Roma e il Tribunale di Milano, rispettivamente il 3 e il 26 febbraio 2014, in cui si chiedeva il pagamento dei contributi previdenziali da parte delle assistenti familiari. L'autrice osserva di aver intrapreso questa azione solo per ottenere una forma di riconoscimento giuridico dell'attività lavorativa svolta come caregiver. Ha chiesto ai tribunali di estendere ai caregiver familiari le norme applicabili ad altre categorie protette. In particolare, ha chiesto il pagamento dei contributi e delle prestazioni sociali, nonché l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni, le malattie e la responsabilità civile. Con sentenza del 15 luglio 2014, il Tribunale di Milano ha riconosciuto esplicitamente l'esistenza di un problema strutturale nell'ordinamento giuridico italiano, ritenendo che "il problema qui sottoposto all'attenzione dell'autorità giudiziaria, considerati i suoi contenuti e la sua portata, dovrebbe essere risolto dal Parlamento". Il Tribunale ha inoltre osservato che, poiché lo status giuridico dei caregiver familiari non è previsto dalla legge, "sicuramente non può essere creato dalla giurisprudenza". L'autrice sostiene che, di conseguenza, un ricorso non avrebbe avuto alcuna prospettiva di successo. L'autrice fa riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa *Oliari e altri contro Italia*, in cui la Corte ha osservato che i tribunali nazionali "non possono fare a meno di invocare l'intervento del legislatore" e che quindi "non si può rimproverare agli autori di non aver perseguito un rimedio inefficace, né del tutto né fino alla fine del procedimento giudiziario". L'autore osserva inoltre che, secondo il diritto interno, un individuo non ha il diritto di rivolgersi direttamente alla Corte costituzionale per il controllo della costituzionalità di una legge, o per lamentarsi dell'assenza di misure legislative. I tribunali nazionali possono interpretare e applicare la legislazione in vigore, ma non hanno il potere di modificare la legislazione esistente.

5.4 Per quanto riguarda l'argomentazione dello Stato parte relativa al rimedio previsto dalla Legge n. 67/2006 per le vittime di discriminazione, l'autrice sostiene che questo riferimento è fuorviante. Non si riferisce alla situazione dell'autrice e della sua famiglia per quanto riguarda il riconoscimento legale dei caregiver familiari, ma piuttosto ai procedimenti riguardanti la presunta discriminazione delle persone con disabilità in relazione all'occupazione e alle condizioni di lavoro.

5.5 L'autrice nota che lo Stato parte ha fatto riferimento a una serie di atti legislativi (si veda il paragrafo 4.3) che, a suo dire, forniscono protezione ai caregiver familiari. L'autrice ribadisce la sua argomentazione secondo cui l'ordinamento giuridico dello Stato parte, comprese le misure citate dallo Stato parte, non offre alcuna misura efficace di sicurezza sociale a sostegno dei caregiver familiari, come la compensazione delle spese, l'accesso all'alloggio, servizi di assistenza finanziariamente accessibili, un regime fiscale favorevole, orari di lavoro flessibili e l'accesso a luoghi di lavoro vicini a casa, il riconoscimento dello status di caregiver nel sistema pensionistico e la protezione contro la discriminazione e i licenziamenti arbitrari nel mercato del lavoro. Osserva che lo Stato parte ha fatto riferimento alle disposizioni dell'articolo 33 della Legge n. 104, secondo cui i caregiver hanno diritto a tre giorni di permesso retribuito dal lavoro al mese e ai relativi contributi figurativi. Rileva che ciò è chiaramente ben lungi dall'essere sufficiente per rispondere alle esigenze, come quelle dei suoi familiari, di un'assistenza permanente e continuativa. Prende inoltre atto delle informazioni fornite dallo Stato parte, secondo cui il congedo parentale è esteso fino a tre anni per i genitori che hanno figli di età inferiore ai 12 anni con gravi disabilità. Osserva che questa normativa non è applicabile alla sua situazione, poiché sua figlia è adulta. Per quanto riguarda le informazioni dello Stato parte sulla possibilità di un congedo straordinario retribuito dal lavoro ai sensi del Decreto Legislativo n. 151/2001,

l'autrice osserva che si tratta di una misura straordinaria, che può essere concessa solo una volta nella vita e al massimo per un periodo di due anni. Non è una misura adatta alla sua situazione, in quanto la figlia e il compagno necessitano di cure continue, ininterrotte e attente. L'autrice inoltre

---

<sup>1</sup> Ricorso n. 18766/11 e 36030/11, sentenza del 21 luglio 2015, par. 82-83.

osserva che lo Stato parte fa riferimento al "fondo per la non autosufficienza". Sostiene che anche questa misura non ha riconosciuto e regolamentato formalmente la categoria dei caregiver familiari. Osserva che il sostegno economico previsto dal fondo è frammentato e di portata limitata, con le risorse economiche disponibili spesso destinate a servizi specifici. Rileva infine che anche lo Stato parte ha fatto riferimento a un fondo creato per sostenere il ruolo di cura e assistenza dei caregiver familiari. Sostiene che le informazioni fornite dallo Stato parte sono incomplete e fuorvianti, in quanto il Ministero dell'Economia e delle Finanze non ha approvato le necessarie modifiche al bilancio finanziario al fine di stanziare le risorse per l'attuazione del fondo. Pertanto, il fondo esiste formalmente, ma non è stato attuato e non è stata fornita alcuna forma di risarcimento o indennizzo ai caregiver familiari come l'autrice.

## **B. Esame della ricevibilità e del merito da parte del Comitato**

### **Considerazioni sull'ammissibilità**

6.1 Prima di esaminare qualsiasi reclamo contenuto in una comunicazione, il Comitato deve decidere, in conformità con l'articolo 2 del Protocollo facoltativo e con la regola 65 del suo regolamento interno, se la comunicazione è ammissibile ai sensi del Protocollo facoltativo.

6.2 Il Comitato ha accertato, come richiesto dall'articolo 2 (c) del Protocollo opzionale, che la stessa questione non è già stata esaminata dal Comitato, né è stata o è in corso di esame nell'ambito di un'altra procedura di indagine o regolamento internazionale.

6.3 Il Comitato prende atto dell'affermazione dello Stato parte secondo cui la comunicazione dovrebbe essere ritenuta irricevibile per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, in quanto l'autrice non ha presentato ricorso contro le decisioni dei Tribunali di Milano e Roma, rispettivamente del 15 luglio e del 14 ottobre 2014, che hanno respinto le richieste dell'autrice per il pagamento dei contributi previdenziali da parte dei caregiver familiari. Prende inoltre atto dell'affermazione dello Stato parte secondo cui l'autrice avrebbe dovuto richiedere la tutela giurisdizionale ai sensi della legge n. 67 del 1° marzo 2006, in merito alle sue richieste di discriminazione nel mercato del lavoro a causa della revoca del suo diritto al telelavoro. Il Comitato prende inoltre atto dell'argomentazione dell'autrice secondo cui le rivendicazioni sollevate nella comunicazione derivano direttamente dall'incapacità dello Stato parte di fornire un quadro giuridico adeguato per il riconoscimento dello status di assistente familiare e che, di conseguenza, nessun meccanismo giudiziario può essere considerato efficace ai sensi dell'articolo 2 (d) del Protocollo opzionale.

6.4 Il Comitato ricorda la sua giurisprudenza secondo cui, sebbene non vi sia alcun obbligo di esaurire le vie di ricorso interne se non hanno alcuna ragionevole prospettiva di successo, gli autori delle comunicazioni devono esercitare la dovuta diligenza nel perseguire le vie di ricorso disponibili, e che semplici dubbi o supposizioni sull'efficacia delle vie di ricorso interne non esonerano gli autori dall'esaurirle.<sup>2</sup>

6.5 Il Comitato prende atto delle informazioni dell'autore secondo cui, nella sua decisione del 15 luglio 2014, il Tribunale di Milano ha esplicitamente riconosciuto l'esistenza di un problema strutturale nell'ordinamento giuridico italiano, ritenendo tuttavia che tale problema strutturale non possa essere sanato dalle autorità giudiziarie in considerazione del suo contenuto e della sua portata, ma solo attraverso atti legislativi del Parlamento. Il Comitato prende inoltre atto dell'argomentazione dell'autore secondo cui, in base al diritto nazionale, un individuo non ha il diritto di rivolgersi direttamente alla Corte Costituzionale per il controllo della costituzionalità di una legge, né di lamentarsi dell'assenza di misure legislative. Prende inoltre atto dell'argomentazione dell'autrice secondo cui il rimedio previsto dalla Legge n. 67/2006 per le vittime di discriminazione non riguarda la situazione dell'autrice e della sua famiglia per quanto riguarda il riconoscimento legale dei caregiver familiari, ma piuttosto i procedimenti relativi alla presunta discriminazione delle persone con disabilità in relazione all'occupazione e alle condizioni di lavoro. Il Comitato osserva che lo Stato parte non ha confutato nessuna delle informazioni fornite dall'autrice in merito alla decisione del Tribunale di Milano, alla possibilità per un individuo di presentare un'istanza alla Corte Costituzionale o ai rimedi previsti dalla Legge n. 67/2006 per le vittime di discriminazione. Né lo Stato parte ha fornito alcuna

informazione sulle possibilità di una

---

<sup>2</sup> *D.L v. Svezia* (CRPD/C/17/D/31/2015), para. 7.3; *E.O.J. et al. v. Sweden* (CRPD/C/18/D/28/2015), para. 10.6; e *T.M. v. Grecia* (CRPD/C/21/D/42/2017), para. 6.4. Si veda anche *V.S. v. New Zealand* (CCPR/C/115/D/2072/2011), para. 6.3; *García Perea v. Spagna* (CCPR/C/95/D/1511/2006), para. 6.2; e *Vargay v. Canada* (CCPR/C/96/D/1639/2007), para. 7.3.

ricorso in appello delle decisioni dei Tribunali di Milano e Roma del 15 luglio e del 14 ottobre 2014, tenendo conto che il rigetto della causa iniziale dell'autore davanti a tali tribunali derivava dalla mancanza di una legislazione nazionale che riconoscesse lo status di caregiver familiare. Considerando i fatti di cui sopra, il Comitato ritiene pertanto di non essere precluso dall'articolo 2 (d) del Protocollo opzionale dall'esaminare la presente comunicazione.

6.6 Il Comitato prende inoltre atto della dichiarazione dello Stato parte secondo cui la comunicazione dovrebbe essere dichiarata inammissibile in quanto manifestamente infondata ai sensi dell'articolo 2 (e) del Protocollo opzionale. Prende atto delle affermazioni dell'autrice secondo cui la mancanza di riconoscimento giuridico e di sostegno ai caregiver familiari ha comportato una violazione dei diritti suoi, di sua figlia e del suo compagno ai sensi degli articoli 5, 8, 12, 16, 19, 23, 25 e 28 della Convenzione. L'autrice ha inoltre affermato di essere legittimata, ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo opzionale, a presentare ricorso per proprio conto, in quanto il suo ruolo di assistente familiare si basa su tre argomentazioni collegate tra loro, ovvero: a) l'esistenza di un legame fondamentale tra il caregiver e la persona con disabilità; b) il fatto che le attività di assistenza senza alcun riconoscimento legale siano una forma di disabilità; e c) il fatto che l'assistenza sia un diritto umano sostanziale.

6.7 Il Comitato osserva che, ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo facoltativo, ha il mandato di ricevere ed esaminare comunicazioni da o per conto di individui o gruppi di individui che affermano di essere vittime di una violazione delle disposizioni della Convenzione da parte dello Stato parte. Il Comitato ricorda la propria giurisprudenza secondo cui, ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione, le persone con disabilità includono, ma non sono limitate a, coloro che hanno menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali di lunga durata che, in interazione con varie barriere, possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri. Il Comitato ritiene che la differenza tra malattia e disabilità sia una differenza di grado e non di tipo. Un danno alla salute inizialmente concepito come malattia può trasformarsi in una menomazione nel contesto della disabilità a causa della sua durata o della sua cronicità. Un modello di disabilità basato sui diritti umani richiede che si tenga conto della diversità delle persone con disabilità (preambolo, paragrafo (i)) e dell'interazione tra gli individui con disabilità e le barriere attitudinali e ambientali (preambolo, paragrafo (e)).<sup>3</sup> Nel caso in esame, è chiaro che le informazioni fornite dalle parti non impediscono al Comitato di considerare che le menomazioni della figlia e della compagna dell'autore, in interazione con le barriere, possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione.

6.8 Il Comitato osserva che l'autrice non ha affermato di essere affetta da una menomazione fisica, mentale, intellettuale o sensoriale di lunga durata ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione. Pertanto, per quanto riguarda le rivendicazioni dell'autrice basate sui propri diritti, il Comitato deve determinare se la Convenzione protegge i diritti di individui diversi dalle persone con disabilità e se la violazione di tali diritti può essere rivendicata ai sensi del Protocollo opzionale. Il Comitato ricorda che, come affermato nell'articolo 1 della Convenzione, lo scopo della Convenzione è quello di promuovere, proteggere e garantire il pieno ed equo godimento di tutti i diritti umani delle persone con disabilità. Tuttavia, il Comitato è a conoscenza di casi in cui i diritti delle persone con disabilità non possono essere realizzati senza la protezione di chi si occupa della famiglia. A questo proposito, rileva che la Convenzione, nel suo Preambolo (x), afferma che "la famiglia è l'unità naturale e fondamentale della società e ha diritto alla protezione da parte della società e dello Stato, e che le persone con disabilità e i loro familiari dovrebbero ricevere la protezione e l'assistenza necessarie per consentire alle famiglie di contribuire al pieno ed equo godimento dei diritti delle persone con disabilità". Tuttavia, l'articolo 28, paragrafo 2, lettera c), richiede esplicitamente agli Stati Parti di "garantire l'accesso delle persone con disabilità e delle loro famiglie" all'assistenza, al fine di salvaguardare e promuovere il diritto delle persone con disabilità alla protezione sociale. Questo testo - nella stesura originariamente contenuto nell'attuale articolo 23 - suggerisce che nella

---

<sup>3</sup> Si veda *S.C. contro Brasile*, (CRPD/C/12/D/10/2013), para. 6.3 e *Sherlock v. Australia*, (CRPD/C/24/DR/20/2014), par. 8.6.

Nel contesto dell'articolo 28 (2) (c), la Convenzione conferisce ai familiari delle persone con disabilità il diritto all'assistenza da parte dello Stato. Questo diritto, come tutti gli altri diritti garantiti dalla Convenzione, mira a realizzare lo scopo della Convenzione, come stabilito dall'articolo 1. Pertanto, il diritto dei familiari ai sensi dell'articolo 28 (2) (c) deve essere indivisibilmente collegato alla protezione dei diritti dei familiari con disabilità. L'articolo 28 (2) (c) conferisce un diritto ai familiari che non hanno una disabilità a condizione che tale diritto sia un prerequisito necessario per la realizzazione dei diritti dei familiari con disabilità e che la negazione di tale diritto abbia un impatto negativo diretto sui diritti dei familiari con disabilità. Il soddisfacimento di questi prerequisiti deve essere valutato caso per caso. Come affermato da questo Comitato nel suo Commento generale n. 6 (2018) (par. 20), la ragione dell'inserimento del concetto di "discriminazione per associazione" nella Convenzione "è quella di sradicare e combattere tutte le situazioni e/o i comportamenti discriminatori *che sono legati alla disabilità*" (*corsivo* aggiunto).

6.9 Alla luce di quanto sopra, il Comitato ritiene che, nelle circostanze specifiche del caso in esame, l'autrice abbia sufficientemente dimostrato, ai fini dell'ammissibilità, che l'assistenza da parte dello Stato nei suoi confronti, in qualità di assistente familiare, ai sensi dell'articolo 28, paragrafo 2, lettera c), fosse una condizione necessaria per la realizzazione dei diritti di sua figlia e del suo compagno disabile con cui vive in famiglia, che il godimento dei loro diritti è indivisibilmente legato al riconoscimento dei diritti dell'autrice ai sensi dell'articolo 28 (2) (c), e che la mancanza di tale sostegno avrebbe un impatto negativo diretto sui diritti della figlia e del compagno. Giunto a questa conclusione, il Comitato ritiene di non essere precluso dall'articolo 1 del Protocollo facoltativo a prendere in considerazione le richieste presentate dall'autrice per conto della figlia e del compagno e, per quanto riguarda la sua richiesta basata sull'articolo 28 (2) (c) della Convenzione, per conto proprio, il tutto letto in combinato disposto con l'articolo 5.

6.10 Il Comitato prende atto delle affermazioni dell'autrice secondo cui la mancanza di riconoscimento del caregiver familiare costituisce una violazione dell'articolo 16 della Convenzione e della sua affermazione che i suoi diritti e quelli dei suoi familiari ai sensi dell'articolo 25 della Convenzione sono stati violati in quanto l'ordinamento giuridico dello Stato parte non riconosce il ruolo del caregiver familiare nel sistema sanitario. Tuttavia, la Commissione rileva che l'autrice non ha fornito ulteriori informazioni o argomentazioni a sostegno di tali affermazioni e pertanto le ritiene inammissibili per mancanza di prove ai sensi dell'articolo 2 (e) del Protocollo opzionale.

6.11 Il Comitato prende inoltre atto delle affermazioni dell'autrice in merito a una violazione dell'articolo 8 della Convenzione, a causa della mancanza di consulenza professionale e di informazioni fornite ai caregiver e della mancanza di un riconoscimento ufficiale delle loro competenze come caregiver. Prende inoltre atto delle sue affermazioni di violazione dell'articolo 12 della Convenzione a causa del mancato riconoscimento da parte dello Stato parte dello status di assistente familiare. Tuttavia, il Comitato osserva che l'autrice solleva queste affermazioni come una violazione dei propri diritti di caregiver e che non ha fornito alcuna informazione specifica su come ritiene che le affermazioni sollevate costituiscano una violazione dei diritti della figlia e del compagno ai sensi di questi articoli. Per quanto riguarda le rivendicazioni sollevate ai sensi dell'articolo 12 della Convenzione, il Comitato osserva inoltre che l'autrice non ha affermato che a sua figlia o al suo compagno sia stata negata la capacità giuridica. Il Comitato ritiene pertanto che i reclami sollevati ai sensi degli articoli 8 e 12 della Convenzione siano irricevibili per mancanza di prove ai sensi dell'articolo 2 (e) del Protocollo opzionale.

6.12 Il Comitato prende atto delle ulteriori affermazioni dell'autrice secondo cui: è stata discriminata nel mercato del lavoro a causa del suo ruolo di caregiver, con conseguente perdita del suo impiego e del suo reddito, in violazione dell'articolo 5 della Convenzione; che la mancanza di riconoscimento legale dei caregiver familiari ha influito sui diritti di sua figlia e del suo compagno a vivere in modo indipendente nella comunità e a raggiungere l'inclusione e la partecipazione nella società, in violazione dei loro diritti ai sensi dell'articolo 19 della Convenzione; e che il mancato stanziamento da parte dello Stato parte di risorse finanziarie, sociali e di altro tipo specifiche per la famiglia equivale a una violazione dei diritti di sua figlia e del suo compagno ai sensi dell'articolo 23 della Convenzione. Prende inoltre atto delle sue argomentazioni secondo cui la mancanza di riconoscimento giuridico per i caregiver familiari e la corrispondente mancanza di protezione finanziaria e sociale costituiscono una violazione dell'articolo 28 della

modificata

---

Convenzione. Il Comitato ritiene che le rivendicazioni sollevate ai sensi dell'articolo 28 della Convenzione siano invocate in relazione alla famiglia nel suo complesso e si concentrino sulla presunta mancanza di assistenza fornita dallo Stato parte alle famiglie di persone con disabilità, come quella dell'autrice, con conseguente alto rischio di povertà. Tenendo conto delle informazioni fornite dall'autore,

il Comitato ritiene che la signora abbia sufficientemente motivato le richieste avanzate per conto della figlia e del compagno ai sensi degli articoli 19 e 23, nonché le richieste avanzate per conto della famiglia - ossia lei stessa e la figlia e il compagno - ai sensi dell'articolo 28, in combinato disposto con l'articolo 5 della Convenzione, ai fini della ricevibilità.

6.13 In assenza di altre contestazioni alla ricevibilità della comunicazione, il Comitato dichiara la comunicazione ricevibile nella misura in cui riguarda le rivendicazioni dell'autrice sollevate a nome della figlia e del compagno ai sensi degli articoli 19 e 23 della Convenzione, nonché le rivendicazioni sollevate a nome proprio e dei suoi familiari ai sensi dell'articolo 28 (2) (c), in combinato disposto con l'articolo 5 della Convenzione, e procede al loro esame nel merito.

### **Esame del merito**

7.1 Il Comitato ha esaminato la presente comunicazione alla luce di tutte le informazioni ricevute, in conformità con l'articolo 5 del Protocollo opzionale e con l'articolo 73 (1) del regolamento interno del Comitato.

7.2 Il Comitato prende atto dell'affermazione dell'autrice secondo cui la mancanza di riconoscimento legale dei caregiver familiari ha gravi conseguenze sui diritti delle persone con disabilità, compresi i suoi familiari, a vivere in modo indipendente nella comunità e a raggiungere l'inclusione e la partecipazione nella società, in violazione dei loro diritti ai sensi dell'articolo 19 della Convenzione. Prende atto della sua argomentazione secondo cui le persone con disabilità dovrebbero avere il diritto di decidere dove e con chi vivere e non essere obbligate ad accettare una particolare sistemazione abitativa e che le persone con disabilità e le loro famiglie hanno il diritto di prendere decisioni sulla loro vita e di ricevere sostegno in base alle loro esigenze specifiche. Prende inoltre atto della dichiarazione dello Stato parte secondo cui la legislazione nazionale prevede varie forme di protezione per le famiglie delle persone con disabilità.

7.3 Il Comitato ricorda che, ai sensi dell'articolo 19 della Convenzione, gli Stati parti devono adottare misure efficaci e appropriate per facilitare il pieno godimento da parte delle persone con disabilità del diritto di vivere nella comunità con scelte uguali agli altri, e del loro diritto alla piena inclusione e partecipazione nella comunità, anche assicurando che le persone con disabilità abbiano l'opportunità di scegliere il proprio luogo di residenza e dove e con chi vivere su base di uguaglianza con gli altri; che abbiano accesso a una serie di servizi di sostegno a domicilio, residenziali e di altro tipo, compresa l'assistenza personale necessaria a sostenere la vita e l'inclusione nella comunità e a prevenire l'isolamento o la segregazione dalla comunità; e che i servizi e le strutture della comunità per la popolazione generale siano disponibili su base paritaria per le persone con disabilità e rispondano alle loro esigenze.

7.4 Il Comitato ricorda inoltre il suo Commento generale n. 5 (2017) sulla vita indipendente e l'inclusione nella comunità, in cui ha osservato che i servizi di sostegno individualizzati devono essere considerati un diritto piuttosto che una forma di assistenza medica, sociale o caritatevole. Le persone con disabilità hanno quindi il diritto di scegliere i servizi e i fornitori di servizi in base alle loro esigenze individuali e alle loro preferenze personali, e il sostegno individualizzato dovrebbe essere abbastanza flessibile da adattarsi alle esigenze degli "utenti" e non viceversa.<sup>4</sup> Il Comitato ha inoltre concluso che l'obbligo di facilitare il pieno godimento da parte delle persone con disabilità del diritto a vivere nella comunità richiede che gli Stati promuovano, facilitino e forniscano adeguate misure legislative, amministrative, di bilancio, giudiziarie, programmatiche, promozionali e di altro tipo per garantire la piena realizzazione del diritto a vivere in modo indipendente e a essere inclusi nella comunità, come sancito dalla Convenzione.<sup>5</sup> Il Comitato ha anche sottolineato che gli Stati parti dovrebbero mettere i familiari in condizione di sostenere i familiari con disabilità nella realizzazione del loro diritto a vivere in modo indipendente e a essere inclusi nella comunità.<sup>6</sup> Inoltre, il Comitato ha chiarito che i servizi di sostegno alla disabilità devono essere disponibili, accessibili, economici, accettabili e adattabili a tutte le persone con disabilità e sensibili alle diverse condizioni di vita, come il reddito individuale o familiare e le circostanze individuali.<sup>7</sup> Infine, il Comitato ha

---

<sup>4</sup> Commento generale n. 5, paragrafo 28.

<sup>5</sup> Ibidem, par. 54.

modificata <sup>6</sup> Ibidem, par. 55.

<sup>7</sup> Ibidem, par. 60.

ha sottolineato la necessità che gli Stati parti forniscano adeguati servizi di sostegno ai familiari che li assistono, in modo che possano a loro volta aiutare i loro parenti a vivere in modo indipendente nella comunità. Questo sostegno dovrebbe includere servizi di assistenza di sollievo e altri servizi di supporto.<sup>8</sup> Inoltre, il Comitato ha rilevato che il sostegno finanziario è cruciale anche per i familiari assistenti, che spesso vivono in situazioni di estrema povertà senza la possibilità di accedere al mercato del lavoro; gli Stati parti hanno quindi l'obbligo di fornire sostegno sociale alle famiglie delle persone con disabilità e di promuovere lo sviluppo di servizi di consulenza, circoli di sostegno e altre opzioni di supporto adeguate.<sup>9</sup> Il Comitato osserva infine che nelle sue osservazioni conclusive sul rapporto iniziale dello Stato parte ha espresso preoccupazione per la tendenza a istituzionalizzare nuovamente le persone con disabilità nello Stato parte e per il fatto che i fondi non sono stati riassegnati dalle istituzioni alla promozione e alla garanzia di una vita indipendente per tutte le persone con disabilità all'interno della loro comunità. Inoltre, ha notato con preoccupazione le conseguenze di genere di queste politiche, in cui le donne sono costrette a rimanere in famiglia come assistenti dei loro coetanei con disabilità, invece di essere impiegate nel mercato del lavoro. Il Comitato ha raccomandato allo Stato parte di implementare misure di salvaguardia per mantenere il diritto a una vita autonoma e indipendente in tutte le regioni, e di riorientare le risorse dall'istituzionalizzazione ai servizi basati sulla comunità e di aumentare il sostegno al bilancio per consentire alle persone con disabilità di vivere in modo indipendente in tutto il Paese e di avere pari accesso ai servizi, compresa l'assistenza personale.<sup>10</sup>

7.5 Nel caso in esame, il Comitato prende atto dell'affermazione dell'autrice secondo cui la mancanza di riconoscimento giuridico e di sostegno come caregiver familiare ha compromesso il diritto della figlia e del compagno di vivere in modo indipendente nella comunità e di ottenere l'inclusione e la partecipazione nella società, in violazione dei diritti sanciti dall'articolo 19 della Convenzione. Il Comitato prende atto delle informazioni fornite dalla donna, secondo cui le autorità dello Stato parte non hanno fornito alla sua famiglia alcun supporto, come ad esempio sostegno finanziario, sostegno sociale, servizi di assistenza diurna a prezzi accessibili, assistenza domiciliare, assistenza di sollievo, assistenza notturna, orientamento e consulenza, istruzione e sviluppo di competenze. Il Comitato prende inoltre atto dell'argomentazione dello Stato parte secondo cui la legislazione nazionale prevede diverse forme di protezione per le famiglie di persone con disabilità, come ad esempio tre giorni di congedo retribuito per chi assiste i familiari, un congedo straordinario retribuito per un periodo di due anni per i dipendenti che assistono una persona con disabilità, l'assistenza da parte di fondi che forniscono sostegno ai familiari di persone con disabilità e un congedo parentale fino a tre anni per i genitori di un bambino con disabilità. Il Comitato, tuttavia, prende atto dell'argomentazione dell'autrice secondo cui nessuna delle misure citate dallo Stato parte è rilevante per la sua situazione familiare, considerando il fatto che i suoi familiari necessitano di assistenza continua. Prende inoltre atto dell'argomentazione dell'autrice, secondo la quale nessuna delle misure citate dallo Stato parte offre misure efficaci di sicurezza sociale a sostegno dei caregiver familiari, come la compensazione delle spese, l'accesso all'alloggio, servizi di assistenza finanziariamente accessibili, un regime fiscale favorevole, orari di lavoro flessibili, il riconoscimento dello status di caregiver nel sistema pensionistico e la protezione contro la discriminazione e i licenziamenti arbitrari nel mercato del lavoro. Il Comitato prende inoltre atto delle informazioni fornite dalla donna, secondo cui alla sua famiglia non è stata fornita alcuna forma di risarcimento o indennizzo per far fronte alla sua situazione, nemmeno attraverso i fondi a cui lo Stato parte fa riferimento.

7.6 Il Comitato prende atto delle informazioni fornite dall'autrice, secondo cui non sono stati forniti alla sua famiglia servizi di sostegno adeguati per facilitare il diritto della figlia e del compagno a vivere nella comunità con scelte uguali agli altri, e il loro diritto alla piena inclusione e partecipazione nella comunità. Rileva che lo Stato parte non ha confutato le affermazioni dell'autrice, se non fornendo informazioni su alcune forme di misure di sostegno generali, non applicabili alla situazione della famiglia, che sono disponibili in base alla legislazione nazionale. Il Comitato conclude pertanto, sulla base delle informazioni presenti nel fascicolo, che: la mancanza di servizi di sostegno individualizzati forniti alla figlia e al compagno dell'autore; l'incapacità dello Stato parte di promuovere, facilitare e fornire adeguate misure legislative, amministrative, di bilancio, giudiziarie, programmatiche, promozionali e di altro tipo per garantire la piena realizzazione del diritto a vivere in modo indipendente e a essere inclusi nella comunità, come sancito dalla

modificata

---

Convenzione; e l'incapacità di fornire adeguati servizi di sostegno agli assistenti familiari, in modo che possano a loro volta sostenere i loro parenti a vivere in modo indipendente nella comunità, anche mediante

---

<sup>8</sup> Ibidem, par. 67.

<sup>9</sup> Ibidem, par. 67.

<sup>10</sup> CRPD/C/ITA/CO/1, par. 47-48.

fornire servizi di assistenza di sollievo, altri servizi di supporto, sostegno finanziario, sostegno sociale, servizi di consulenza e altre opzioni di supporto adeguate equivale a una violazione dei diritti della figlia e della compagna dell'autore ai sensi dell'articolo 19 della Convenzione.

7.7 Il Comitato prende atto delle affermazioni dell'autrice secondo cui lo Stato parte non stanziava specifiche risorse finanziarie, sociali e di altro tipo per garantire che le famiglie di persone con disabilità come la sua abbiano accesso a tutto il sostegno necessario, in violazione dell'articolo 23 della Convenzione. Prende atto dell'argomentazione dell'autrice, secondo cui l'articolo 23 impone allo Stato parte l'obbligo di adottare misure sotto forma di aiuti finanziari, variabili in base alle esigenze della persona con disabilità, affinché questa possa vivere con la propria famiglia e non essere collocata in istituti. Il Comitato ricorda che il diritto a vivere in modo indipendente nella comunità è intimamente legato al diritto alla famiglia per i bambini e i genitori con disabilità e che l'assenza di sostegno e servizi a livello comunitario può creare pressioni e vincoli finanziari per la famiglia delle persone con disabilità.<sup>11</sup> Il Comitato ricorda che nelle sue osservazioni sul rapporto iniziale dello Stato parte ha espresso preoccupazione per la mancanza di misure specifiche a sostegno delle famiglie di bambini con disabilità o di adulti con alti livelli di supporto, anche finanziario. Ha raccomandato allo Stato parte di stanziare specifiche risorse finanziarie, sociali e di altro tipo in tutte le regioni per garantire che tutte le famiglie con membri con disabilità, compresi quelli con elevati bisogni di sostegno, possano accedere a tutto il supporto necessario, per garantire il diritto alla casa e alla famiglia e all'inclusione e alla partecipazione nelle loro comunità locali, e per eliminare il ricorso all'istituzionalizzazione.<sup>12</sup> Nel caso in esame, il Comitato prende atto dell'affermazione inconfutabile dell'autrice secondo cui alla sua famiglia non è stata fornita alcuna misura specifica di sostegno, anche finanziario, per garantire il diritto della figlia e del compagno alla casa e alla famiglia e all'inclusione e alla partecipazione nella loro comunità locale e per assicurare che le famiglie in situazioni come la sua siano in grado di evitare il ricorso all'istituzionalizzazione. Il Comitato ritiene pertanto che l'incapacità dello Stato parte di fornire alla famiglia un sostegno adeguato al suo diritto alla casa e alla famiglia costituisca una violazione dei diritti della figlia e del compagno dell'autrice ai sensi dell'articolo 23 della Convenzione.

7.8 Il Comitato prende atto delle affermazioni dell'autore circa la violazione dei diritti della famiglia ai sensi dell'articolo 28 della Convenzione, in quanto lo Stato parte non riconosce alcuna forma di protezione sociale o di assicurazione per i caregiver familiari e che, a causa di questa mancanza di protezione legale e di assistenza nello Stato parte, le famiglie di persone con disabilità, compresa la famiglia dell'autore, sono ad alto rischio di povertà e hanno quindi particolare bisogno di protezione sociale in termini di risorse, tempo e servizi. Il Comitato ricorda che, ai sensi dell'articolo 28 (c) della Convenzione, gli Stati parti devono adottare misure appropriate per garantire alle persone con disabilità e alle loro famiglie che vivono in situazioni di povertà l'accesso all'assistenza dello Stato per le spese legate alla disabilità, compresa un'adeguata formazione, consulenza, assistenza finanziaria e assistenza di sollievo. Ricorda inoltre che, per garantire che le persone con disabilità godano di uno standard di vita adeguato, gli Stati parti hanno l'obbligo di assicurare l'accesso a servizi, dispositivi e altra assistenza appropriati e a prezzi accessibili per le esigenze legate alla disabilità, in particolare per le persone con disabilità che vivono in condizioni di povertà. Inoltre, è necessario l'accesso a programmi di edilizia pubblica e sovvenzionata nella comunità. Ricorda che è considerato contrario alla Convenzione che le persone con disabilità paghino da sole le spese legate alla disabilità.<sup>13</sup> Il Comitato ricorda inoltre che nelle sue osservazioni sul rapporto iniziale dello Stato parte in merito all'articolo 28 della Convenzione ha espresso preoccupazione per: le variazioni regionali dei meccanismi di protezione sociale nello Stato parte; la mancanza di Standard minimi di assistenza sociale; l'alto livello di povertà tra le persone con disabilità e le loro famiglie nello Stato parte; la mancanza di valutazione degli effetti negativi delle misure di austerità.

<sup>14</sup>

7.9 Il Comitato prende inoltre atto dell'affermazione dell'autrice secondo cui il vuoto giuridico che caratterizza l'ordinamento italiano lascia le assistenti familiari vulnerabili ed esposte alla discriminazione per associazione, in violazione dell'articolo 5 della Convenzione. Prende atto delle sue affermazioni secondo cui è stata strettamente associata ai membri della famiglia di cui si prende cura e discriminata sul mercato del lavoro per questo motivo, come dimostrato dalla revoca del suo diritto al telelavoro e dalla

<sup>11</sup> Ibidem, paragrafo 87.

<sup>12</sup> CRPD/C/ITA/CO/1, par. 51-52.

<sup>13</sup> Commento generale n. 5, par. 92.

<sup>14</sup> CRPD/C/ITA/CO/1, par. 71-72.

perdita del lavoro e del reddito. Il Comitato ricorda il suo Commento generale n. 6 (2018) sull'uguaglianza e la non discriminazione, in cui afferma che l'obbligo di proibire ogni discriminazione sulla base della disabilità include le persone con disabilità e i loro collaboratori,

Ad esempio, i genitori di bambini con disabilità.<sup>15</sup> Il Comitato ha inoltre osservato che la discriminazione "sulla base della disabilità" può essere fatta anche nei confronti di persone associate a una persona con disabilità, nota come "discriminazione per associazione", e che la ragione dell'ampia portata dell'articolo 5 è quella di sradicare e combattere tutte le situazioni o i comportamenti discriminatori legati alla disabilità.<sup>16</sup> In questo contesto, il Comitato ha ulteriormente sottolineato che la povertà è sia un fattore aggravante che il risultato di una discriminazione multipla. La mancata attuazione del diritto delle persone con disabilità a uno standard di vita adeguato per sé e per le proprie famiglie è contraria agli obiettivi della Convenzione. Per raggiungere un tenore di vita adeguato e paragonabile a quello degli altri, le persone con disabilità devono generalmente sostenere spese aggiuntive. Gli Stati parti hanno quindi l'obbligo di attuare misure efficaci per consentire alle persone con disabilità di coprire le spese aggiuntive legate alla disabilità.<sup>17</sup> Il Comitato osserva inoltre che la Corte di giustizia europea ha stabilito che il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro non si limita alle persone che hanno una disabilità e ha concluso che, quando un datore di lavoro tratta un dipendente che non è a sua volta disabile in modo meno favorevole rispetto a un altro dipendente che è, è stato o sarebbe trattato in una situazione analoga, e si stabilisce che il trattamento meno favorevole di tale dipendente è basato sulla disabilità del figlio, la cui cura è fornita principalmente da tale dipendente, tale trattamento è contrario al divieto di discriminazione diretta.<sup>18</sup> Il Comitato osserva inoltre che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che il presunto trattamento discriminatorio di un richiedente a causa della disabilità del figlio è una forma di discriminazione basata sulla disabilità coperta dall'articolo 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.<sup>19</sup>

7.10 Nella situazione attuale, il Comitato prende atto dell'argomentazione non confutata dell'autrice secondo cui, a causa della revoca del diritto al telelavoro, non è più in grado di continuare il suo lavoro, il che le ha fatto perdere il suo reddito. Inoltre, rileva l'argomentazione dell'autrice secondo cui, poiché la figlia e il compagno necessitano di assistenza continua, il telelavoro è un requisito necessario per poter mantenere l'occupazione e allo stesso tempo prendersi cura dei suoi familiari, al fine di evitare l'istituzionalizzazione. Prende atto dell'argomentazione della donna secondo cui il fatto che non sia in grado di accedere al mercato del lavoro a causa del suo ruolo di assistente familiare equivale a una discriminazione per associazione ai sensi dell'articolo 5 della Convenzione. Il Comitato osserva inoltre che lo Stato parte non ha fornito alcuna informazione su eventuali misure di sostegno, assistenza o protezione sociale fornite alla famiglia nella sua situazione. Il Comitato ritiene pertanto che la mancanza di protezione sociale, di assistenza per le spese legate alla disabilità, di una formazione adeguata, di consulenza, di assistenza finanziaria e di cure di sollievo fornite dalle autorità dello Stato parte costituisca una violazione dei diritti dell'autrice e della sua famiglia ai sensi dell'articolo 28, in combinato disposto con l'articolo 5 della Convenzione.

### C. Conclusioni e raccomandazioni

8. Il Comitato, ai sensi dell'articolo 5 del Protocollo opzionale, ritiene che lo Stato parte sia venuto meno agli obblighi previsti dagli articoli 19, 23 e 28 (2) (c), in combinato disposto con l'articolo 5 della Convenzione, per la figlia e il compagno dell'autrice, nonché agli obblighi previsti dall'articolo 28 (2) (c), in combinato disposto con l'articolo 5, per l'autrice stessa. Il Comitato formula pertanto le seguenti raccomandazioni allo Stato parte:

- (a) Per quanto riguarda l'autrice, sua figlia e il suo compagno, lo Stato parte ha l'obbligo di:

<sup>15</sup> Commento generale n. 6, par. 17.

<sup>16</sup> Ibidem, paragrafo 20.

<sup>17</sup> Ibidem, par. 68.

<sup>18</sup> Corte di giustizia europea, S. Coleman contro Attridge Law e Steve Law, ECLI:EU:C:2008:415, 17

**modificata** luglio 2008, par. 38, 50 e 56.

<sup>19</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Guberina v. Croatia*, application no. 23682/13, 22 marzo 2016, par. 76-79.

- (i) Garantire loro un adeguato risarcimento, anche per le spese legali sostenute per la presentazione della presente comunicazione;
  - (ii) Adottare misure appropriate per garantire che la famiglia dell'autore abbia accesso ad adeguati servizi di sostegno individualizzati, tra cui servizi di assistenza di sollievo, sostegno finanziario, servizi di consulenza, sostegno sociale e altre opzioni di sostegno adeguate, al fine di garantire i diritti di cui agli articoli 19, 23 e 28 (2).
  - (c) della Convenzione.
- (b) In generale, lo Stato parte ha l'obbligo di adottare misure per prevenire violazioni simili in futuro. A questo proposito, il Comitato richiede che lo Stato parte
- (i) Garantire, attraverso la modifica della legislazione nazionale, se necessario, che i programmi di protezione sociale soddisfino le esigenze delle diverse persone con disabilità su base paritaria con gli altri<sup>20</sup>;
  - (ii) Informare le persone con disabilità sul loro diritto a vivere in modo indipendente e a essere incluse nella comunità in modi che possano comprendere e fornire corsi di formazione per l'empowerment con l'obiettivo di aiutare le persone con disabilità a imparare a far valere i propri diritti<sup>21</sup>;
  - (iii) Attuare misure di salvaguardia per mantenere il diritto a una vita autonoma e indipendente in tutte le regioni e riorientare le risorse dall'istituzionalizzazione ai servizi basati sulla comunità e aumentare il sostegno al bilancio per consentire alle persone con disabilità di vivere in modo indipendente e di avere pari accesso ai servizi, compresa l'assistenza personale e il sostegno ai caregiver familiari, ove applicabile.

9. In conformità con l'articolo 5 del Protocollo Opzionale e con la regola 75 del regolamento interno del Comitato, lo Stato parte dovrebbe presentare al Comitato, entro sei mesi, una risposta scritta, che includa informazioni su qualsiasi azione intrapresa alla luce delle presenti Opinioni e raccomandazioni del Comitato. Si richiede inoltre allo Stato parte di pubblicare le opinioni del Comitato, di farle tradurre nella lingua ufficiale dello Stato parte e di diffonderle ampiamente, in formati accessibili, al fine di raggiungere tutti i settori della popolazione.

---

**modificata** <sup>20</sup> Si veda il Commento generale n. 5, par. 97 (c).

<sup>21</sup> Si veda il Commento generale n. 5, par. 97 (f).



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

Composta da:

Dott. Clotilde Fierro	PRESIDENTE Rel.
Dott. Piero Rocchetti	CONSIGLIERE
Dott. Maurizio Alzetta	CONSIGLIERE

**S E N T E N Z A**

Nella causa di lavoro iscritta al n. **375/2021** R.G.L.

promossa da:

\_\_\_\_\_, in persona del legale rappresentante pro tempore  
\_\_\_\_\_, rappresentata e difesa dagli avv.ti \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ ed  
elettivamente domiciliata presso il loro studio in \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ per procura allegata alla comparsa di risposta

**RECLAMANTE**

**CONTRO**



\_\_\_\_\_ rappresentato e difeso dagli avv.ti  
\_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ ed elettivamente  
domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in \_\_\_\_\_ VIA  
\_\_\_\_\_ per procura allegata alla comparsa costitutiva nel  
giudizio di opposizione.

## RECLAMATO

**Oggetto:** Reclamo ex art. 1, comma 58, L. 92/2012.

## CONCLUSIONI

**Per la reclamante:** Piaccia all'Ecc.ma Corte, reiectis contrariis, In riforma della sentenza resa inter partes dal Tribunale di Ivrea, in funzione di giudice del lavoro, n. 183/2021 del 15/6/2021, respingere le domande tutte proposte dal sig. \_\_\_\_\_ con ricorso in data 20/12/2019, e per l'effetto assolvere la \_\_\_\_\_ da ogni avversaria pretesa ed istanza. Con vittoria di onorari e spese di causa, oltre rimborso forfetario 15%.

**Per il reclamato:** Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello di Torino **In via principale** Respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione Rigettare l'appello avanzato dalla società \_\_\_\_\_ avverso la sentenza del Tribunale di Ivrea, Sezione Lavoro, n. 183/2021 pubblicata il 15 giugno 2021 nella causa RG 63/2021; **In via incidentale, in riforma della gravata sentenza** Dichiarare tenuta e condannare la \_\_\_\_\_ a rifondere al signor \_\_\_\_\_ le spese di lite relative al primo grado di giudizio in tutte le fasi, con distrazione a favore dei procuratori antistatari. **In ogni caso** Con vittoria di spese e competenze di giudizio, oltre rimborso al 15%, IVA e CPA come per legge per il grado d'appello, con distrazione a favore dei procuratori antistatari.

## FATTO E DIRITTO

Con ricorso ex art. 1, comma 48 della Legge n. 92/2012 \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ conveniva la \_\_\_\_\_. avanti il Tribunale di Ivrea



per sentir dichiarare l'invalidità del licenziamento intimatogli il 2/10/2019 per superamento del periodo di comporta, con le conseguenze, in via principale, di cui al comma 1 dell'art. 18 della legge n. 300/1970, ovvero, in subordine, di cui ai commi 4 e 7 dello stesso art. 18, ovvero ancora, in estremo subordine, di cui al comma 6 del medesimo disposto.

La \_\_\_\_\_ si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso.

Senza compimento di attività istruttoria, con ordinanza 20/1/2021 il tribunale adito, in accoglimento del ricorso, dichiarava la nullità del licenziamento in quanto discriminatorio e condannava la \_\_\_\_\_. s.r.l. a reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro e a corrispondergli un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto per il periodo compreso fra la data del licenziamento e l'effettiva reintegra, nonché a rifondergli le spese di lite.

Avverso detta ordinanza la \_\_\_\_\_ proponeva opposizione chiedendone la revoca.

Si costitutiva \_\_\_\_\_ chiedendo la conferma dell'ordinanza.

Con sentenza n. 183/21 il tribunale di Ivrea respingeva l'opposizione compensando le spese.

Avverso detta sentenza propone reclamo la \_\_\_\_\_ chiedendo l'accoglimento delle conclusioni in epigrafe trascritte.

Resiste l'appellato.

All'udienza del 26 ottobre 2021 la causa è stata discussa oralmente e trattenuta a riserva per la decisione.



Il tribunale ha accolto il ricorso, affermando la natura discriminatoria del licenziamento in oggetto, sulla scorta delle considerazioni di seguito sinteticamente riportate:

1. L'applicazione del medesimo periodo di comparto tanto ai lavoratori normodotati quanto a quelli disabili costituisce discriminazione indiretta, atteso che i lavoratori disabili sono maggiormente esposti al rischio di contrarre patologie causalmente collegate con la loro disabilità;
2. L'assenza di \_\_\_\_\_ dall'11 al 14 gennaio 2018 è stata determinata dall'adenoma alla prostata con la conseguenza che tale periodo non poteva essere considerato ai fini del comparto in quanto l'assenza era eziologicamente connessa all'accertata disabilità;
3. La circostanza che il datore di lavoro non conosca la diagnosi è irrilevante poiché la discriminazione prescinde dall'intento soggettivo;
4. Parimenti l'impossibilità per il datore di lavoro di differenziare le diverse giornate di assenza è ininfluente poiché il diritto antidiscriminatorio non agisce in ottica sanzionatoria bensì protettiva;
5. Né può imporsi al lavoratore l'onere di comunicare quando l'assenza sia connessa allo stato di disabilità poiché ciò riduce in via interpretativa le tutele riconosciute dall'ordinamento al lavoratore disabile;
6. La presenza di plurime disposizioni in tema di comparto, con periodi diversificati in ragione della gravità della patologia non



esclude la discriminazione poiché il lavoratore non si è potuto giovare di alcune di tali disposizioni;

7. Da ultimo non vi è prova che l'espunzione dal periodo di comporto dei giorni di assenza legati all'accertata disabilità ecceda il canone della ragionevolezza degli accomodamenti che il datore di lavoro è tenuto ad adottare posto che la società non ha trovato che detta neutralizzazione delle assenze si sarebbe tradotta in un costo economico o organizzativo sproporzionato.

Con un unico articolato motivo la società reclamante censura la sentenza lamentando che:

- La necessità di indicare nei certificati di malattia se la stessa costituisce “ patologia grave che richiede terapia salvavita” ovvero stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta è stata introdotta dal decreto del Ministero della Salute del 18.4.2012 e la circostanza che in nessun odei certificati medici la malattia sia stata indicata come sottesa alla situazione di invalidità costituisce prova del fatto che non si trattava di malattie collegate alla disabilità riconosciuta al lavoratore dal 14.5.2018;
- In presenza di una malattia prolungata o di ripetuti eventi morbosi vengono a confrontarsi due diversi interessi: quello del lavoratore a conservare il posto di lavoro e quello del datore di lavoro ad esercitare correttamente il proprio diritto di recesso;
- La composizione dei diversi interessi è possibile solo attraverso la cooperazione tra le parti cooperazione che si traduce



necessariamente in capo al lavoratore nel dare notizia sulla riconducibilità della malattia alla disabilità;

- Il nostro ordinamento interno prevede un apparato di meccanismi difensivi attraverso i quali al lavoratore disabile è già garantito un periodo di conservazione del posto più lungo e tre questi il congedo per cure ex art. 7 d.lgs. 119/11, i tre giorni di permesso mensile retribuito ex art. 33, comma 3 , legge 104/92, la diversificazione del comportamento contrattuale in ragione della gravità della malattia ovvero della durata della stessa;
- La sentenza ha omesso di considerare che la società, in adempimento alle prescrizioni del medico competente in esito alla visita del 17.1.2018, ha adibito il \_\_\_\_\_ a nuove mansioni che non prevedevano la movimentazione manuale di carichi.

In linea di fatto è documentale che il sig. \_\_\_\_\_ :

- è stato assunto alle dipendenze della \_\_\_\_\_ in data 1° Settembre 1999 con mansioni di operaio ed inquadra memento nel III livello ccnl di settore;
- con verbale di invalidità del 14.05.2018 è stato riconosciuto invalido civile nella misura del 70% ed a seguito della visita del 29.01.2019 è stato riconosciuto invalido ai fini del collocamento mirato;
- in data 2.10.2019 è stato licenziato per superamento del periodo di comportamento e precisamente per essere stato assente dal lavoro per malattia per 367 giorni nell'arco dei tre anni precedenti ed aver così superato il periodo massimo di conservazione del posto di lavoro di 365 giorni.



Il tribunale ha quindi ritenuto che il sig. \_\_\_\_\_, essendo affetto da limitazioni fisiche a carattere duraturo che gli impedivano una piena ed effettiva partecipazione alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, dovesse essere qualificato come “*persona con disabilità*” ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 1 e ss. del d.lgs. 216/2003, e detta statuizione, non censurata, è divenuta definitiva.

Ciò precisato ritiene il collegio che il reclamo sia fondato non potendosi condividere il percorso motivazionale della sentenza impugnata.

Il punto di partenza nell’indagine sulla ipotizzata natura discriminatoria del disabile è rappresentato dalla sentenza della Corte di giustizia (cause riunite C-335/11 e C-337/11) nella quale la Corte europea ha affermato che “*va osservato che un lavoratore disabile è maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare il periodo di preavviso ridotto di cui all’articolo 5, paragrafo 2, della FL rispetto ad un lavoratore non disabile. Infatti, come l’avvocato generale ha rilevato al paragrafo 67 delle sue conclusioni, rispetto ad un lavoratore non disabile un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di una malattia collegata al suo handicap. Pertanto, egli corre un rischio maggiore di accumulare giorni di assenza per malattia e, quindi, di raggiungere il limite dei 120 giorni contemplato dall’articolo 5, paragrafo 2, della FL.*” giungendo poi a concludere che “*Pertanto, la direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una disposizione nazionale che prevede che un datore di lavoro possa mettere fine al contratto di lavoro con un*



*preavviso ridotto qualora il lavoratore disabile interessato sia stato assente per malattia, con mantenimento della retribuzione, per 120 giorni nel corso degli ultimi dodici mesi, quando tali assenze siano causate dal suo handicap, salvo nel caso in cui detta disposizione, da un lato, persegua un obiettivo legittimo e, dall'altro, non vada al di là di quanto necessario per conseguire tale obiettivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare” (cause riunite C-335/11 e C337/11).*

Se è quindi innegabile che la CGUE abbia individuato la discriminazione indiretta in danno del disabile nella modalità di computo delle assenze per malattia, in quanto questi è esposto al rischio ulteriore di una malattia legata al suo handicap e pertanto corre un rischio maggiore di accumulare giorni di malattia, è altrettanto vero che le conclusioni cui è giunta la Corte non possono essere estese ad ogni caso di licenziamento del disabile sia perché la fattispecie sottoposta al giudizio della CGUE era caratterizzata da profili fattuali peculiari sia perché in ogni caso è necessario valutare l'obiettivo complessivamente perseguito dalle norme di diritto interno e valutarne la legittimità.

Alla CGUE è stato sottoposto il quesito se la direttiva 2000/78 del Consiglio osti all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale in forza della quale il datore di lavoro può licenziare un lavoratore subordinato con un termine di preavviso ridotto allorché il lavoratore ha percepito, nell'arco di 12 mesi consecutivi, la retribuzione nei periodi di malattia per complessivi 120 giorni, qualora



il lavoratore debba essere considerato disabile ai sensi della direttiva e l'assenza sia causata dall'handicap.

Il diritto danese, fattispecie sottoposta all'esame della CGUE, prevede che il rapporto di lavoro sia liberamente recedibile subordinatamente all'osservanza di un termine di preavviso la cui durata aumenta progressivamente con l'incremento dell'anzianità di servizio. E' altresì previsto e disciplinato il diritto dei lavoratori alla retribuzione in caso di assenza per malattia; tuttavia, nel contratto di lavoro scritto può convenirsi che il periodo di preavviso possa essere soltanto di un mese, con scadenza alla fine del mese successivo, se il lavoratore è stato assente per malattia, con mantenimento della retribuzione, per 120 giorni nel corso degli ultimi dodici mesi.

Nel caso deciso dalla Corte europea l'assenza per malattia del lavoratore disabile rendeva quindi più agevole ed immediato l'esercizio del diritto di recesso da parte del datore in quanto comportava una riduzione del termine di preavviso. Di contro, nel caso qui in esame, l'assenza per malattia impedisce al datore di lavoro di esercitare il diritto di recesso durante il periodo di comportamento convenzionalmente pattuito e la prospettiva è quindi diametralmente opposta.

Peraltro la Corte europea, nell'esaminare se la disparità di trattamento fosse oggettivamente giustificata da una finalità legittima, ha ritenuto che la finalità indicata dal governo danese, consistente nell'incentivare i datori di lavoro ad assumere e a mantenere nel posto di lavoro lavoratori che presentino un particolare rischio di assenze ripetute per malattia, consentendo loro di procedere, in un momento



successivo, al licenziamento di questi ultimi con un preavviso ridotto qualora l'assenza tenda a protrarsi per un periodo notevolmente lungo, possa essere considerata idonea a giustificare oggettivamente, nell'ambito del diritto nazionale una disparità di trattamento basata sull'handicap, concretizzando un provvedimento adottato per favorire la flessibilità del mercato del lavoro.

Non ritiene quindi il collegio che la sentenza 335/2013 della CGUE possa di per sé condurre alle conclusioni cui è pervenuto il primo giudice e ciò sia per la diversità delle fattispecie sia per la doverosa valutazione della legittimità dell'obiettivo perseguito dalla disposizione potenzialmente discriminatoria sia infine per la necessità di operare un bilanciamento tra i contrapposti interessi delle parti.

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



L'interesse del lavoratore disabile a conservare il posto di lavoro deve essere ponderato in relazione sinallagmatica con quello del datore di lavoro di non doversi fare carico a tempo indefinito del contraccolpo che le assenze cagionano all'organizzazione aziendale, bilanciamento di interessi del tutto trascurato nella sentenza impugnata.

Se poi anche si volesse ipotizzare l'esistenza di un obbligo in capo al datore di lavoro di espungere dal comparto le assenze collegate allo stato di invalidità del dipendente, affermazione non condivisa dal collegio, allora necessariamente occorrerebbe, al fine di rendere esigibile detto obbligo, imporre al dipendente l'onere di comunicare quali assenze siano riconducibili alla malattia invalidante stante l'oggettiva impossibilità per il datore di lavoro di controllare detto nesso causale non essendo a conoscenza della diagnosi dei certificati di malattia di cui normalmente viene a conoscenza solo in sede di impugnazione del recesso.

Il dovere del datore di lavoro di espungere dai giorni di assenza per malattia quelli riconducibili alla disabilità del dipendente presuppone infatti la conoscenza della ragione dell'assenza e detta conoscenza è possibile solo con la cooperazione del dipendente sul quale incombe l'onere di comunicare le assenze riconducibili alla disabilità.

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

La composizione dei contrapposti interessi delle parti è quindi possibile solo per il tramite della collaborazione di entrambe le parti e



la comunicazione da parte del lavoratore disabile dei giorni di malattia riconducibili alla disabilità, oltre ad essere condotta certamente non gravosa, si inquadra nel rispetto dei canoni di buona fede e correttezza nell'adempimento della prestazione.

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

Nella specie pacificamente il sig. \_\_\_\_\_ si è limitato a trasmettere alla \_\_\_\_\_ i certificati medici relativi alle sue assenze per malattia senza curare che negli stessi venisse indicata la riconducibilità causale dell'assenza alla sua condizione di invalido né comunicare altrimenti la circostanza. L'inadempimento del lavoratore all'obbligo di cooperazione rende quindi inesigibile il preteso obbligo del datore di lavoro di espungere dal comparto le giornate di assenza correlate all'invalidità.

Inoltre rileva il collegio, condividendo sul punto i rilievi della reclamante, che nella specie la potenziale discriminazione del disabile a causa dell'aumentato rischio di assenze per malattia è esclusa in radice dalle norme di legge e contrattuali che prolungano il periodo di comparto del disabile.

Rientrano in tale apparato di meccanismi di maggior tutela del disabile il congedo per cure accordato dall'art. 7 d.lgs. 119/11, espressamente escluso dal periodo di comparto, ed i permessi ex art.



33 legge 104/92, norme entrambe finalizzate ad alleggerire il peso della prestazione lavorativa per il lavoratore disabile.

La natura potenzialmente discriminatoria del periodo di conservazione del posto di lavoro determinato in misura uguale per i lavoratori normodotati e per i disabili è poi esclusa dalla previsione pattizia del comparto prolungato. Il ccnl di settore prevede infatti un periodo più lungo di conservazione del posto di lavoro in ipotesi di evento continuativo con assenza ininterrotta o interrotta da un'unica ripresa non superiore a 61 giorni di calendario ovvero almeno due malattie con assenza pari o superiore a 91 giorni di calendario. E' altresì previsto il comparto prolungato nel caso in cui, alla scadenza del comparto breve, sia in corso una malattia con prognosi pari o superiore a 91 giorni di calendario. La norma contrattuale tutela quindi in modo differenziato i lavoratori che, a causa delle loro condizioni di salute, siano maggiormente esposti al rischio di assenze prolungate.

La circostanza che le parti sociali, alle quali è demandato il compito di quantificare il periodo decorso il quale il datore di lavoro può esercitare il recesso ( art. 2110 II° comma c.c.), abbiano disciplinato in modo differenziato l'ipotesi di malattie che comportino assenze di lunga durata vale di per sé sola ad escludere la discriminazione discendente dall'applicazione dello stesso termine di comparto per i lavoratori normodotati e per quelli disabili poiché il rischio aumentato di assenze a causa di malattia invalidante gravante sui secondi è controbilanciato dal diritto ad un periodo più lungo di conservazione del posto di lavoro.



Infine non può fondatamente sostenersi che l'onere di preavvertire il dipendente del compiersi del periodo di comportamento rappresenti un elemento costitutivo del recesso.

Secondo il condivisibile orientamento espresso in punto dalla Suprema Corte ( cass. 20761/18) “nella fattispecie di recesso del datore di lavoro per l'ipotesi di assenze determinate da malattia del lavoratore, tanto nel caso di una sola affezione continuata, quanto in quello del succedersi di diversi episodi morbosi (cosiddetta eccessiva morbilità), la risoluzione del rapporto costituisce la conseguenza di un caso di impossibilità parziale sopravvenuta dell'adempimento, in cui il dato dell'assenza dal lavoro per infermità ha una valenza puramente oggettiva; ne consegue che non rileva la mancata conoscenza da parte del lavoratore del limite cosiddetto esterno del comportamento e della durata complessiva delle malattie e, in mancanza di un obbligo contrattuale in tal senso, non costituisce violazione da parte del datore di lavoro dei principi di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto la mancata comunicazione al lavoratore dell'approssimarsi del superamento del periodo di comportamento (in quanto tale comunicazione servirebbe in realtà a consentire al dipendente di porre in essere iniziative, quali richieste di ferie o di aspettativa, sostanzialmente elusive dell'accertamento della sua inidoneità ad adempiere l'obbligazione. In senso analogo v. anche Cass. lav. n. 13396 del 13/09/2002: il lavoratore licenziato per superamento del periodo di comportamento non può lamentare che il datore di lavoro non l'abbia messo in grado di avvalersi del diritto, previsto dal contratto collettivo, di fruire di un periodo di aspettativa al termine del comportamento, dal



momento che il datore di lavoro non è tenuto a sollecitare il ricorso all'aspettativa e, d'altra parte, la normativa legale e contrattuale deve essere nota ad entrambe le parti del rapporto. Conforme id. n. 21385 del 10/11/2004. V. altresì Cass. lav. n. 1757 del 1995 e n. 3351 del 1996.”

In accoglimento del reclamo devono quindi respingersi le domande proposte con il ricorso introduttivo del giudizio.

La novità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di entrambi i gradi

### **P.Q.M.**

Visti gli art. 1 commi 58 ss. legge 92/12 e 437 c.p.c.,

in accoglimento del reclamo,

respinge le domande proposte con il ricorso introduttivo;

compensa le spese di entrambi i gradi.

Così deciso all'udienza del 26/10/2021.

La presidente

Clotilde Fierro





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 diffidato 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 LineeLecco S.p.A. consistita a) nel discriminare il ricorrente quanto al computo del periodo di comportamento applicando incondizionatamente l'art. 1 pt. 4 dell'Accordo Nazionale Autoferrotranvieri 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 Autoferrotranvieri 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, sicchè 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, sicchè 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 comportamento 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 comporto 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 contemperamento. 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 repechage 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 "scassetamento", 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 repechage 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 comparto 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



Tribunale di Milano

PRIMA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del giudice unico Dott. Orietta Micciche'  
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nella causa civile di I Grado iscritta al N. 13751/2019 R.G. promossa da:

XXXX con il patrocinio degli avvocati GAETANO DE LUCA, ALBERTO GUARISO (....),  
NERI LIVIO (....), con elezione di domicilio in VIA SPARTACO, 19  
20135 MJLANO, presso l'avv. DE LUCA GAETANO

contro:

..... SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE ONLUS, (C.F. ....)

con il patrocinio dell'avv. MARCO MAS e con elezione di domicilio in VIA SAN VITALE,  
40/3/A 40125 BOLOGNA, presso e nello studio dell'avv. MARCO MASI;

RESISTENTE

Con ricorso ex artt. 3 L. 67/2006, 28 D.Lgs. n. 150/2011 e 702bis cpc in proprio e in rappresentanza  
del figlio minore hanno convenuto in giudizio la società cooperativa ..... Onlus per chiedere che  
fosse accertata la condotta discriminatoria tenuta da quest'ultima.

In particolare i ricorrenti allegano le seguenti circostanze di fatto:

- un bambino con disabilità, certificato minore invalido in ragione di un disturbo da deficit dell'attenzione ed iperattività di tipo combinato, disturbo del linguaggio espressivo e livello cognitivo borderline in sindrome da microduplicazione Xq25, portatore di handicap in stato di gravità ed individuato come alunno in situazione di handicap (cfr., docc. nn. 2, 3, 4, 5 ricorrenti);
- ha frequentato la scuola materna privata paritaria gestita da ..... negli anni scolastici 2016/2017 e 2017/2018, scelta in quanto garantiva la possibilità di un percorso continuo e integrato tra la scuola per l'infanzia e la scuola primaria;
- in vista del passaggio alla scuola primaria, , in data 28/09/2017, ha provveduto a formalizzare online la domanda di pre-iscrizione di XXX alla prima classe della scuola primaria di Via .... a Milano, gestita dalla resistente (cfr., doc. n. IO ricorrenti);
- nonostante le rassicurazioni della . direttrice nel corso del colloquio in sede di pre-iscrizione, il 21/12/2018 (recte 2017) la stessa comunicava telefonicamente che per il bimbo non ci sarebbe stato più posto, a causa dell'iscrizione di altri due alunni con disabilità certificata e la presenza di due sole sezioni di prima elementare;
- la motivazione della decisione di non accogliere XXX in ragione della presenza di altri due alunni, uno per classe, con disabilità certificata, veniva ribadita a mezzo email sia dalla direttrice della scuola primaria che dalla

direttrice della materna ,e veniva confermato nonostante le rimostranze della ricorrente (cfr., docc. nn. 13, 14 e 16 ricorrenti);

- i genitori di XXXX pertanto, erano costretti a cercare velocemente una scuola per l'iscrizione del figlio, trovando disponibilità presso una scuola statale;
- la decisione della scuola di non consentire al minore di continuare il percorso scolastico iniziato insieme ai compagni ha comportato un grave disagio e lo ha messo in una condizione di forte svantaggio, poiché è stato costretto a ricostruire una sene di nuovi rapporti senza avere più nessun riferimento relazionale;
- anche i genitori hanno subito un forte disagio, consistente nel doversi dedicare alla ricerca di una diversa scuola e nel dover dedicare molto tempo al figlio per tenerlo all'oscuro delle reali motivazioni dell'esclusione dalla scuola di Via .... e minimizzare gli effetti dannosi della discriminazione. In particolare, la madre, per gestire il disagio subito dal bambino durante le prime settimane del nuovo anno scolastico, è stata costretta a ridurre il suo orario di lavoro, ricorrendo a periodi di aspettativa e di ferie.

I ricorrenti hanno quindi chiesto l'accertamento del carattere discriminatorio della condotta della cooperativa ....consistente nell'aver escluso XXX dalla possibilità di frequentare la prima classe presso la scuola primaria di Via .... e la condanna della resistente a risarcire ai ricorrenti, in proprio e in qualità di genitori esercenti la responsabilità genitoriale ....il danno non patrimoniale subito in conseguenza della citata condotta, da liquidarsi in via equitativa e comunque in misura,, non inferiore a € 10.000 ,00, nonché a risarcire ai ricorrenti il danno patrimoniale nella misura di€ 4.680,00 (o nella misura, maggiore o minore, ritenuta di giustizia). Hanno richiesto, infine, di ordinare ex art. 3 L. 67/2006, la pubblicazione del provvedimento a spese della convenuta su un quotidiano di tiratura nazionale, ovvero su uno dei quotidiani a maggiore diffusione nel territorio interessato.

Si è costituita in giudizio ..... che ha contestato di aver adottato una condotta discriminatoria nei confronti di e eccepito in via preliminare, il difetto dei poteri di rappresentanza del minore in capo ai genitori, per violazione dell'art. 320, 3° comma, c.p.c.

Nel merito ha dedotto che:

- ..... gestisce (per quanto interessa), oltre alla scuola dell'infanzia frequentata dal minore in Piazzale .... e alla scuola primaria di cui è causa in Via ....., anche una scuola primaria in Via ....;
- l'accoglienza di studenti diversamente abili nelle sue scuole ha rappresentato da sempre un fattore distintivo di ....., tanto che l'incidenza di alunni disabili nelle scuole primarie gestite dalla cooperativa è superiore alla media nazionale;
- la direttrice non aveva mai garantito ai genitori di XXX l'iscrizione alla prima elementare nella scuola di Via ....., riferendo anzi di voler tenere in sospeso l'iscrizione fino a quando non si fosse chiarita la situazione complessiva dei bambini con disabilità certificata frequentanti la scuola dell'infanzia di Piazzale ....., precisando altresì alla famiglia che la scuola avrebbe dovuto ricevere la Diagnosi Funzionale aggiornata del minore (peraltro mai consegnata dai genitori);
- per l'anno scolastico 2018/2019, l'ente ha accolto due bambini affetti da disabilità (uno per classe in ragione della disabilità dei singoli), preferiti a XXX in quanto frequentanti da più

tempo la scuola dell'infanzia di Piazzale Brescia. Per l'anno scolastico di cui è causa, la scuola di Via C.... non avrebbe, infatti, potuto accogliere più di un alunno disabile per classe in ragione delle difficoltà dei minori accertate in sede di pre-iscrizione, diversamente presentandosi il rischio di non garantire un percorso formativo efficace a tutti gli alunni;

- La ..... aveva comunque proposto ai genitori del minore l'iscrizione presso l'altro istituto di Via ....., ma gli stessi non avevano accolto l'invito.

In punto di danno lamentato, la resistente ha contestato l'assenza di allegazione e prova dei danni non patrimoniali e patrimoniali in tesi subiti dai ricorrenti e del nesso di causalità con le condotte addebitate a ....., rilevando le seguenti ulteriori circostanze di fatto:

- la scuola primaria di Via ..... non era sita nel medesimo edificio della scuola dell'infanzia di Piazzale ....., frequentata dal minore
- i bambini frequentanti la scuola dell'infanzia del minore, poi iscritti alla prima elementare in Via ....., erano solo 4 su 26 alunni nella Sezione A e 5 su 26 alunni nella Sezione B (cfr., docc. nn. 10, 11, 12 resistente).
- Ha chiesto in via principale, il rigetto integrale delle domande dei ricorrenti e, in via subordinata, nell'ipotesi di accoglimento delle domande avverso ri e, la condanna al risarcimento in misura ridotta rispetto a quella prospettata.

\*\*\*

In via preliminare deve essere rigettata l'eccezione di .... di difetto di rappresentanza del minore XXX in capo ai signori .... fondata sull' assunto che l' azione promossa costituirebbe atto eccedente l' ordinaria amministrazione e, pertanto, avrebbe richiesto l' autorizzazione del giudice tutelare ai sensi de ll' art. 320, 3° comma, e.e..

L'art. 320 e.e., nel porre la distinzione tra atti di " ordinaria " e " straordinaria " amministrazione, si riferisce esclusivamente all'amministrazione ad opera dei genitori, dei " beni " dei figli e alla relativa rappresentanza in atti aventi contenuto patrimoniale.

Nel caso in esame , l'azione proposta dai genitori anche quali rappresentanti del minore, è diretta alla tutela di interessi non patrimoniali del figlio e, pertanto, non appare pertinente il richiamo all'autorizzazione del giudice tutelare richiesta dall'art. 320, 3° comma, e.e. per gli atti di straordinaria amministrazione.

In ogni caso, l' azione proposta, oltre a non avere un contenuto economico particolarmente elevato e a non presentare profili di rischio per il patrimonio del minore (rischio che, tutt'al più, consisterebbe nella condanna alla rifusione alla controparte delle spese di lite, ma che, agendo i genitori anche in proprio, potrebbe essere integralmente sopportata da questi ultimi), è diretta (anche) ad ottenere il risarcimento del danno subito dal minore e, come tale, essendo finalizzata al miglioramento del suo patrimonio, può essere proposta dai genitori esercenti la responsabilità genitoriale senza autorizzazione del giudice tutelare (cfr., Cass. n. 734/2012; Cass. n. 59/1989; Cass. n. 3977/1983).

Non sussiste, in definitiva, alcun difetto di rappresentanza in capo ai genitori di XXX per l'esercizio dell'azione proposta nel presente giudizio anche in nome e per conto del figlio.

\*\*\*

Prima di affrontare il merito della questione, pare opportuno richiamare il quadro normativo di riferimento per la risoluzione della controversia.

E' possibile ricavare la nozione di discriminazione dall'art. 2 della L. 67/06 ("Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni"), il quale dispone che: *"Il principio di parità di trattamento comporta che non può essere praticata alcuna discriminazione in pregiudizio delle persone con disabilità. Si ha discriminazione diretta quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga. Si ha discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone. [...]"*.

Una definizione di discriminazione è offerta anche dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006 (che ha assunto rango primario nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento giuridico in tale anno, essendo stata ratificata con L. 18/09, contenente il relativo ordine di esecuzione), che stabilisce (cfr. art. 2) che la: *"Discriminazione sulla base della disabilità" indica qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole"*.

Con particolare riferimento al diritto all'istruzione delle persone disabili (che costituisce diritto fondamentale della persona costituzionalmente tutelato – cfr., artt. 34 e 38 Cost.-

ed oggetto specifico della presente controversia), l'art. 12 della L. 104/92 riconosce espressamente il diritto dell'alunno con disabilità all'integrazione scolastica (*"E' garantito il diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie"*). Anche l'art. 24 della citata Convenzione ONU del 13/12/2006 stabilisce che *"gli Stati*

*Parti riconoscono il diritto all'istruzione delle persone con disabilità e, in particolare: "Allo scopo di realizzare tale diritto senza discriminazioni e su base di pari opportunità, gli Stati Parti garantiscono un sistema di istruzione inclusivo a tutti i livelli ed un apprendimento continuo lungo tutto l'arco della vita, finalizzati: a) al pieno sviluppo del potenziale umano, del senso di dignità e dell'autostima ed al rafforzamento del rispetto dei diritti umani, delle libertà fondamentali e della diversità umana; (...) c) a porre le persone con disabilità in condizione di partecipare effettivamente a una società libera. 2. Nell'attuazione di tale diritto, gli Stati Parti devono assicurare che: (...) b) le persone con disabilità possano accedere su base di uguaglianza con gli altri, all'interno delle comunità in cui vivono, ad un'istruzione primaria, di qualità e libera ed all'istruzione secondaria; c) venga fornito un accomodamento ragionevole in funzione dei bisogni di ciascuno; d) le persone con disabilità ricevano il sostegno necessario, all'interno del sistema educativo generale, al fine di agevolare la loro effettiva istruzione; e) siano fornite efficaci misure di sostegno personalizzato in ambienti che ottimizzino il progresso scolastico e la socializzazione, conformemente all'obiettivo della piena integrazione. (...) 5. Gli Stati Parti garantiscono che le persone con disabilità possano avere accesso all'istruzione secondaria*

*superiore, alla formazione professionale, all'istruzione per adulti ed all'apprendimento continuo lungo tutto l'arco della vita senza discriminazioni e su base di uguaglianza con gli altri. A questo scopo, gli Stati Parti garantiscono che sia fornito alle persone con disabilità un accomodamento ragionevole.*” Per quanto qui interessa, l'organizzazione della rete scolastica e, in particolare, delle classi con alunni in situazione di disabilità, è disciplinata dall'art. 5, 2° comma, del D.P.R. 81/2009: *“Le classi iniziali delle scuole ed istituti di ogni ordine e grado, ivi comprese le sezioni di scuola dell'infanzia che accolgono alunni con disabilità sono costituite, di norma, con non più di 20 alunni, purchè sia esplicitata e motivata la necessità di tale consistenza numerica, in rapporto alle esigenze formative degli alunni disabili, e purchè il progetto articolato di integrazione definisca espressamente le strategie e le metodologie adottate dai docenti della classe, da/l'insegnante di sostegno, o da altro personale operante nella scuola[. ]”.*

\*\*\*

Dalla ricostruzione dal quadro normativo emerge che il diritto all'istruzione delle persone disabili deve essere garantito mediante il loro inserimento nelle classi comuni delle scuole di ogni ordine e grado (cfr., art. 12 L. 104/1992). A tale disposizione (che assume carattere imperativo in ragione della natura dei diritti fondamentali – all'eguaglianza e all'istruzione- che mira a tutelare) è obbligata a conformarsi non solo l'amministrazione scolastica statale, ma anche quella delle scuole paritarie, secondo quanto disposto dalla L. 62/2000 che (dopo aver qualificato le predette istituzioni scolastiche come svolgenti un pubblico servizio), stabilisce che esse, da un lato, sono tenute ad accogliere chiunque, compresi gli studenti con handicap, dall'altro, sono soggette all'applicazione delle norme vigenti in materia di inserimento di studenti con handicap (cfr., art. 1, comma 3 e 4).

L'obbligo di accoglienza di studenti con disabilità nelle scuole statali (e, conseguentemente, in quelle paritarie) non è soggetto ad alcun limite numerico rigidamente prestabilito .

L'art. 5 del D.P.R. 81/2009 (disposizione, per il vero, nemmeno invocata da parte resistente), infatti, stabilendo che “di norma ” le classi che accolgono alunni disabili sono costituite da non più di 20 alunni , non impedisce l'inserimento di più alunni disabili nella stessa classe (facendo riferimento esclusivamente al numero complessivo degli studenti per classe che ospiti alunni disabili), né, in ogni caso, preclude, in modo assoluto, il superamento del limite di 20 alunni per le classi ospitanti alunni disabili (cfr. TAR Toscana sentenza n. 439/2018). Queste considerazioni in ordine al numero degli studenti – anche disabili – per classe appaiono condivise da .... la quale nell'anno scolastico 2018 / 19 ha composto classi nelle sezioni di prima elementare (plesso di Via C...) ospitanti alunni disabili di 26 alunni ciascuna (cfr., p. 12 memoria resistente). Ancora, la resistente ha dichiarato di aver accolto nell'a.s. 2018/2019 i 3 bambini con disabilità certificati su 10 classi (cfr., p. 6 memoria resistente).

Venendo al caso in esame, è pacifico che .... non abbia consentito, per l'anno scolastico 2018/19 , l'iscrizione di XXX alla classe prima elementare della scuola di Via C.... in ragione della sua disabilità, rifiutandone la domanda in considerazione dell'avvenuta iscrizione di due altri alunni portatori di handicap, inseriti uno in ciascuna sezione di prima elementare.

Tale condotta si presenta come discriminatoria in quanto il rifiuto di iscrizione risulta direttamente connesso alla condizione di disabilità del minore e dunque apparentemente contraria all'obbligo di parità di trattamento degli alunni disabili e normodotati.

La ..... , onerata ex art. 28 d.lgs. 150 /2011 della prova dell'insussistenza della discriminazione, ha giustificato la propria condotta con l'impossibilità di accogliere più di un alunno disabile per ciascuna sezione di prima elementare costituita nell'anno scolastico 2018 /19, in ragione delle difficoltà dei minori accertate in sede di pre-iscrizione, tali che la compresenza in classe di più bambini disabili avrebbe messo a rischio la garanzia di un percorso formativo efficace per tutti gli alunni.

Ha inoltre sostenuto che la natura discriminatoria del comportamento sarebbe da escludere in considerazione dell'offerta, non accolta dai genitori, di iscrivere XXX nel plesso scolastico di Via ... (parimenti gestito dalla società resistente) e, comunque, della generale attenzione de ... all'accoglienza di alunni portatori di handicap.

Le argomentazioni difensive della resistente non convincono.

E' rimasta indimostrata la circostanza per cui, in ragione di esigenze organizzative e formative e, in particolare, per garantirne il pieno successo formativo, per l'a.s. 2018/2019 potessero essere accolti nella prima elementare di Via .... solo due alunni disabili in ragione delle specifiche disabilità.

Anche a voler considerare la citata circostanza come astrattamente idonea ad escludere la natura illecita della condotta della scuola, la resistente non ha provato, né chiesto di provare che sia stata eseguita un'effettiva valutazione comparativa delle disabilità dei tre aspiranti all'iscrizione (XXX e i due bambini ammessi in prima elementare), volta ad accertare la compatibilità con le esigenze educative della compresenza di quei bambini disabili nella medesima classe.

In particolare, si rileva che i documenti prodotti sub nn. 7-

8 dalla resistente, citati a corredo delle richiamate difese, sono costituiti dai piani educativi individualizzati (P.E.I.) riguardanti esclusivamente i due bambini poi ammessi in prima elementare (e non XXX) e, comunque, oltre a non contenere alcuna valutazione comparativa, risalgono all'ottobre/novembre 2018, mentre il rifiuto dell'iscrizione risale al dicembre 2017/gennaio 2018.

Detti documenti appaiono quindi irrilevanti ai fini della prova delle relative circostanze dedotte da ,, , e, cioè, che sia stata in effetti eseguita una valutazione comparativa tra gli aspiranti iscritti e che la stessa abbia dato l'esito riferito dalla resistente.

Irrilevante, invece, è l'allegazione di ....secondo la quale i genitori di XXX non avrebbero mai consegnato la Diagnosi Funzionale aggiornata del minore. Pur prescindendo dalla considerazione che i ricorrenti hanno contestato che tale diagnosi fosse loro stata richiesta (cfr., verbale ud. del 29.01.2020), La Zolla non ha mai giustificato l'esclusione del minore in ragione della mancata ricezione di documentazione, bensì in ragione degli esiti delle "valutazioni" di cui si è detto sopra (cfr., anche docc. nn. 13, 16 e 17 ricorrente, non contestati da ...).

Si rileva inoltre che, mentre .... – come più sopra accennato – appare ritenere che non esistano obblighi normativi con riferimento al numero massimo di alunni disabili per classe, d'altra parte la – comunque discutibile – necessità di contenimento del numero di alunni disabili non risulta neppure esplicitata in regolamentazioni interne alla scuola, che, stabilendo a priori le modalità e i criteri di valutazione degli alunni con disabilità, possano consentire all'utenza una piena e consapevole scelta. In mancanza di un atto regolamentare il rifiuto dell'iscrizione si prospetta come arbitrario.

Scarso rilievo nella valutazione della condotta della resistente ha poi la circostanza che sia stata proposta l'iscrizione presso l'altra scuola primaria gestita dalla cooperativa .....

In assenza di ragioni normative, regolamentari o di evidente esigenza didattica che giustificassero il mancato accoglimento della domanda di iscrizione di- alla scuola di Via ....., il rifiuto all'iscrizione del bambino – fondato sulla sola circostanza della disabilità – e l'indicazione di altro istituto (sito in via ....), diverso da quello prescelto, assume di per sé carattere discriminatorio, in quanto si risolve in un trattamento diverso e deteriore, in ragione della disabilità, rispetto a quello riservato ai compagni normodotati accolti nel plesso scolastico desiderato.

Irrilevante, infine, è che la scuola dimostri (mediante l'allegazione delle "tabelle" sull'incidenza degli alunni disabili nelle classi degli istituti scolastici statali e paritarie cfr., p. 5 memoria resistente) la propria generica attenzione nei confronti dei bambini portatori di handicap, avendo rilievo nel presente giudizio esclusivamente la condotta tenuta con il piccolo

Alla luce di quanto sopra, va dunque affermata la natura discriminatoria della condotta, tenuta da .....

\*\*\*

I ricorrenti hanno chiesto il risarcimento del danno non patrimoniale subito da XXX(ravvisato nell'umiliazione e nella condizione di forte disagio sofferta dal minore per essere stato separato dai compagni e costretto a ricostruire nuovi rapporti nella nuova scuola) e dai genitori (consistente nel disagio di dover cercare una nuova scuola per il figlio e di dedicare a lui più tempo per "farlo soffrire il meno possibile"), oltre che del danno patrimoniale subito dai ricorrenti (individuato nella riduzione della retribuzione in busta paga e nell'incidenza negativa su tredicesima e TFR della madre, che avrebbe rinunciato alle 'attività lavorativa per assistere XXXX nel passaggio alla nuova scuola).

Va escluso che, nel nostro ordinamento, possa ritenersi sussistente un danno *in re ipsa* automaticamente conseguente all'illecito discriminatorio, l'accoglimento della domanda risarcitoria presupponendo che il danneggiato rigorosamente fornisca la prova dei danni-conseguenza causalmente riconducibili all'illecito subito.

In materia di risarcibilità del danno non patrimoniale, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite (nelle note sentenze di San Martino nn. 26972, 26973, 26974 e 26975 del 2008) ha stabilito che la citata categoria di danno è risarcibile quando:

1. la legge preveda espressamente la risarcibilità del danno non patrimoniale o, in mancanza, il fatto illecito abbia vulnerato un diritto della persona direttamente tutelato dalla Costituzione;
2. la lesione al diritto costituzionalmente tutelato sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità imposta dalla convivenza civile;
3. il danno non sia futile, ossia non consista in meri disagi o fastidi

Anche il danno non patrimoniale deve essere allegato e provato dal danneggiato, con esclusione di qualsivoglia automatismo risarcitorio (cfr., anche Cass. n. 75 I 3/20 I 8). Alla luce di quanto sopra, si ritiene che i ricorrenti non abbiano fornito sufficiente prova del danno non patrimoniale (danno-conseguenza) subito dal piccolo XXX quale conseguenza dell'accertata condotta discriminatoria.

I ricorrenti non hanno dimostrato che in seguito alla mancata frequenza presso la scuola di via ....., abbia concretamente patito le sofferenze prospettate, o abbia incontrato nella nuova scuola difficoltà causalmente riconducibili al rifiuto di ... di accoglierlo nell' istituto di Via .... o, comunque, al cambiamento di ambiente.

Tale carenza probatoria non può essere colmata a mezzo di presunzioni e ciò in considerazione dell'improbabile "continuità" (che, se rispettata, nella tesi dei ricorrenti, avrebbe evitato il danno) tra l'esperienza della scuola materna e quella della scuola elementare anche ove XXXX fosse stato ammesso al plesso di Via C..... Come evidenziato dalla resistente la scuola elementare di Via ..... si trova in un edificio diverso da quello della scuola materna e comunque, anche ove fosse stato ammesso avrebbe goduto della compagnia solo di 4 compagni dell'asilo nella Sezione A o di 5 nella Sezione B, compagni rispetto ai quali i ricorrenti non hanno nemmeno specificato quali fossero i rapporti con il bambino.

Analogamente, se è pur vero che dal P.E.I. predisposto per l' a.s. 2018/2019 dalla nuova scuola risulta che il bambino mostri "notevoli difficoltà relazionali e comunicative con i pari", non è stato in alcun modo dimostrato che tale atteggiamento costituisca diretta conseguenza della discriminazione (o del cambio di scuola). Manca, quindi, ancora, la prova del nesso causale tra la discriminazione e il danno.

Quanto al danno non patrimoniale lamentato dai genitori di XXX lo stesso non appare risarcibile secondo i criteri stabiliti dalla Suprema Corte nella giurisprudenza innanzi richiamata. I genitori di XXX, infatti, oltre a non aver personalmente subito alcuna discriminazione, non hanno allegato e provato di aver subito un ' apprezzabile lesione di un proprio diritto costituzionalmente tutelato. Peraltro, è da escludersi la risarcibilità del danno di entità almeno apprezzabile quali meri disagi e fastidi come quelli allegati dai ricorrenti e consistenti nella ricerca di una nuova scuola per XXXX.

Infine non è risarcibile nemmeno l'allegato danno patrimoniale in tesi subito da in assenza di prova del nesso *di* causalità tra la condotta de .... e la scelta della ricorrente di assentarsi dal lavoro. Non è stato in alcun modo dimostrato che le assenze (peraltro, solo parzialmente documentate) siano state determinate dall' ' esigenza di gestire il (comunque indimostrato) 'particolare" disagio di XXXX nelle prime settimane del nuovo anno scolastico conseguente al cambio della scuola.

In assenza di prova del danno subito dai ricorrenti e considerata la funzione riparatoria della pubblicazione, deve essere rigettata anche la domanda di condanna della resistente alla pubblicazione a sue spese del provvedimento

Non si ravvisano elementi di gravità tale condurre alla pubblicazione della presente ordinanza.

L'accoglimento della domanda di accertamento della condotta discriminatoria della resistente giustifica in ogni caso la condanna di .... al pagamento delle spese di lite nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, definitivamente pronunciando, rigettata ogni altra domanda e eccezione, così decide:

1. accerta la condotta discriminatoria tenuta da ... società cooperativa sociale ONLUS nei confronti di XXXX

1. rigetta le domande di condanna al risarcimento dei danni non patrimoniali e patrimoniali svolte dai ricorrenti nei confronti di .... società cooperativa sociale ONLUS;
2. condanna .... società cooperativa sociale ONLUS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a pagare le spese processuali sostenute dai Signori , in proprio e in rappresentanza del figlio minore liquidate in complessivi euro 4.786,00 (di cui euro 286,00 per spese ed euro 4.500,00 per compensi), oltre al rimborso delle spese generali pari al 15%, nonché IVA e CPA.

Si comunichi.

Milano, 19 febbraio 2020