

RG 406/2019

## TRIBUNALE DELLA SPEZIA

## SEZIONE LAVORO

Il giudice Marco Viani, a scioglimento della riserva che precede, ha pronunciato la seguente

## ORDINANZA

osservato quanto segue:

La [redacted] dipendente di [redacted]; dal 2007, nel 2015 fu riconosciuta invalida civile al 70% perché affetta da epatite cronica attiva in follow-up per evoluzione cirrogena, che la rendeva idonea ad attività di tipo impiegatizio con esclusione di movimenti di carichi e turnazioni.

Con lettera 6.12.2018 la datrice di lavoro licenziò la [redacted] per superamento del periodo di comporta.

Con ricorso depositato il 28.3.2019 la [redacted] chiese che fosse accertata la nullità del licenziamento perché discriminatorio e in subordine la sua illegittimità per manifesta insussistenza dei motivi, argomentando che la maggior parte delle assenze erano connesse alla sua disabilità.

La società resiste.

È stata svolta in causa una consulenza tecnica; il consulente ha concluso nei termini che seguono:

*“Nel triennio 06.12.2015 / 06.12.2018 la ricorrente ha inviato n. 241 certificati per complessivi 542 giorni di assenza per malattia. Analizzando attentamente tutti i certificati e le relative diagnosi posso affermare che di questi 542 giorni: N. 47 giorni di malattia sono sicuramente da correlare alla patologia invalidante sopra menzionata in quanto il medico curante ha specificato “in epatopatia cronica”. N. 154 giorni di malattia sono da correlare probabilmente alla patologia invalidante in quanto vengono riportati sintomi ricadenti in qualche modo sullo stesso apparato digerente. N. 341 giorni non possono tout court essere correlati alla patologia invalidante o perché il medico curante non ha specificato “in epatopatia cronica” o perché riguardanti apparati diversi dall'apparato gastrointestinale o perché riguardanti interventi chirurgici o traumi o disturbi psichiatrici”.*

In via pregiudiziale la convenuta ha eccepito la nullità del ricorso per non essere indicate esattamente le giornate in cui l'assenza per malattia sarebbe stata causata dalla patologia epatica.

L'eccezione non appare condivisibile e il ricorso individua sufficientemente la propria *causa petendi* con l'allegazione del fatto che, se non si computano le giornate in cui la malattia è causata dalla patologia epatica, il comporta non è superato.

Una tale deduzione è implicita, ma chiara, nell'affermazione, che si legge in ricorso, che il licenziamento è nullo perché il superamento del comporta si ha computando i giorni di malattia causati dalla patologia della ricorrente.

Quanto, poi, alla carenza probatoria che condurrebbe, a detta della convenuta, al rigetto *in limine* del ricorso, è sufficiente osservare che ci si trova, nel presente giudizio, nella fase sommaria del rito dei licenziamenti, in cui non esistono preclusioni istruttorie e il giudice dispone di ampi poteri officiosi.

Nel merito, l'art. 2 della direttiva 2000/78/CE dispone: “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 [...] (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”.*

Ai sensi dell'art. 2 comma 1 lett. b) del D. Lgs. 216/03, che ha dato attuazione alla direttiva nel nostro ordinamento, si ha *“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”.*

La nozione di handicap assunta dal diritto europeo è stata riassunta da CGUE, 11.9.2019, in C-397/18, *Nobel Plastiques Ibérica*, nei termini che seguono: *“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)».*

Con particolare riferimento al caso del lavoratore affetto da handicap e licenziato per eccessiva morbilità, la CGUE ha affermato (CGUE, 18.1.2018, in C-270/16, Ruiz Conejero: "L'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), 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, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in base alla quale un datore di lavoro può licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, nella situazione in cui tali assenze sono dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore, tranne se tale normativa, nel perseguire l'obiettivo legittimo di lottare contro l'assenteismo, non va al di là di quanto necessario per raggiungere tale obiettivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare».

In motivazione, la Corte ha precisato: "38 Per quanto riguarda la questione se [la disposizione di diritto interno che prevede il licenziamento del lavoratore che abbia superato una determinata soglia di assenze intermittenti per malattia] sia idonea a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sulla disabilità, si deve osservare che la presa in considerazione dei giorni di assenza dovuti a una patologia collegata alla disabilità nel calcolo dei giorni di assenza per malattia finisce per assimilare una patologia legata a una disabilità alla nozione generale di malattia. Orbene, come la Corte ha dichiarato al punto 44 della sentenza dell'11 luglio 2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456), è esclusa un'assimilazione pura e semplice della nozione di «handicap» a quella di «malattia» (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 75). 39 A tal proposito si deve constatare che un lavoratore disabile è, in linea di principio, maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare [la disposizione interna] rispetto a un lavoratore non disabile. Infatti, 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 di cui [alla disposizione interna]. 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). 40 Ai sensi



dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), della direttiva 2000/78, è necessario verificare se la disparità di trattamento tra i lavoratori disabili e i lavoratori non disabili risultante dall'articolo 52, lettera d), dello Statuto dei lavoratori 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... 43 Si deve ricordare che 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). 44 Nel caso di specie, si deve considerare che la lotta all'assenteismo sul lavoro può essere riconosciuta come finalità legittima, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2), lettera b), i), della direttiva 2000/78, dal momento che costituisce una misura di politica occupazionale (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 82). 45 Occorre, tuttavia, verificare se i mezzi utilizzati dalla normativa nazionale per il perseguimento di tale obiettivo siano adeguati e non vadano al di là di quanto è necessario per raggiungerlo. 46 A tal riguardo, da un lato, nell'esame dell'adeguatezza dei mezzi impiegati, spetta al giudice del rinvio verificare se i dati in cifre di cui [alla disposizione interna] siano effettivamente concepiti per rispondere all'obiettivo della lotta all'assenteismo sul lavoro, e non riguardino assenze che sarebbero meramente puntuali e sporadiche. 47 Il giudice del rinvio deve altresì prendere in considerazione tutti gli elementi pertinenti ai fini di tale verifica, in particolare i costi diretti e indiretti che le imprese devono sostenere a causa dell'assenteismo sul lavoro. 48 Spetta del pari al giudice del rinvio verificare se [la disposizione interna] nel prevedere il diritto di procedere al licenziamento dei lavoratori assenti in maniera intermittente dal lavoro per malattia per un determinato numero di giorni, abbia, nei confronti dei datori di lavoro, un effetto di incentivazione all'assunzione e al mantenimento dell'occupazione (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 et C-337/11, EU:C:2013:222, punto 88). 49 Dall'altro lato, per valutare se i mezzi di cui [alla disposizione interna] eccedano quanto necessario per realizzare la finalità perseguita, occorre ricollocare tale disposizione nel contesto in cui essa si inserisce e considerare il danno che essa può causare ai soggetti interessati (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 89 e giurisprudenza citata)... 51 Nella valutazione della proporzionalità dei mezzi di cui [alla disposizione interna], non si deve inoltre 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 C-337/11, EU:C:2013:222, punto 91)".

Giova precisare che, come si evince dalla stessa pronuncia della CGUE, la disposizione di legge spagnola prevede il licenziamento del lavoratore che resti assente per il 20% dei giorni feriali in due mesi consecutivi sempre che il totale delle assenze dal lavoro nei dodici mesi precedenti sia pari al 5% dei giorni feriali, o al 25% in quattro mesi non continuativi nel corso di un periodo di dodici mesi, e da questo computo sono escluse – fra l'altro – le assenze per



infortunio sul lavoro, quelle per malattia o infortunio di durata superiore a venti giorni consecutivi, quelle per la situazione fisica o psicologica conseguente a violenza di genere e quelle dovute a terapia medica per cancro o grave patologia. La normativa interna la cui compatibilità al diritto europeo è stata esaminata dalla CGUE nella sentenza Ruiz Conejero non è quindi esattamente congruente con quella italiana. La disposizione spagnola, infatti, con il riferirsi anche ad assenze di natura diversa e con l'escludere dal computo le assenze dovute a malattie particolarmente gravi in senso quantitativo o qualitativo, ha, come affermato davanti alla Corte dal governo di quello Stato, una finalità dissuasiva dell'assenteismo, inteso come ripetersi frequente di assenze di durata limitata e dovute a motivi di non particolare gravità, mentre nel diritto italiano la finalità sembra essere semmai quella di consentire al datore di lavoro di non conservare ulteriormente il posto di lavoro di un dipendente che non ritiene più utile perché le sue assenze per malattia sono eccessive (di soglia di "tollerabilità" dell'assenza parla la giurisprudenza di legittimità, fino alla recente Cass., 4.2.2020 n. 2527).

Sulla scorta della sentenza *Ruiz Conejero*, in giurisprudenza di merito si è affermato che il licenziamento del lavoratore disabile per superamento del comportamento costituisce discriminazione indiretta se non si escludono dal computo le assenze connesse alla sua disabilità (si vedano, p.e., Trib. Mantova, 16.7.2018, e Trib. Milano, 6.4.2018 e 24.9.2018; il Tribunale di Milano, peraltro, era già pervenuto anche in precedenza ad analoga conclusione con la sentenza 28.10.2016).

Va ricordato, a questo punto, che, ai sensi dell'art. 40, D. Lgs. 198/06, "*quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione*". Questa disposizione si applica direttamente al procedimento per la repressione della condotta discriminatoria regolato dal rito sommario ai sensi dell'art. 28 D. Lgs. 150/11 (che la riproduce), ma, almeno per coerenza dell'ordinamento, non può non tenersene conto anche nei giudizi in tema di licenziamento discriminatorio (cfr. Cass., 5.4.2016 n. 6575).

Deve infine rammentarsi che nel licenziamento discriminatorio, diversamente da quanto accade nel licenziamento ritorsivo, non è necessario che il motivo discriminatorio sia unico e determinante, perché la nullità discende direttamente dalla violazione di norme di diritto interno ed europeo, e che anzi "*la discriminazione- diversamente dal motivo illecito- opera obiettivamente - ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta- ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro*" (per entrambi i punti cfr. Cass., 6575/16, cit.).

La prima considerazione esclude che possa rilevare in causa la giurisprudenza di legittimità che esclude la possibilità di ravvisare una nullità del licenziamento – ma sotto il profilo della ritorsività e non della discriminatorietà – quando il comportamento sia stato effettivamente superato perché, in tal caso, il motivo illecito non sarebbe unico e determinante.



Dato che la discriminazione opera obiettivamente, poi, non hanno rilievo in causa le difese con cui la convenuta nega che lo stato patologico della ricorrente le fosse stato reso noto, o compiutamente noto; a tale riguardo, giova aggiungere che la pronuncia di Cass., 19.11.2001 n. 14475, richiamata dalla convenuta, è anteriore alla direttiva europea su cui si fondano le ragioni della ricorrente, mentre la recentissima Cass., 18.5.2020 n. 9084, pure richiamata dalla convenuta, si occupa di altra materia e segnatamente di responsabilità da inadempimento all'obbligo di cui all'art. 2087 c.c..

Con tali premesse, la condizione patologica della ricorrente deve ritenersi rientrare nella nozione di handicap ai sensi della direttiva 2000/78/CE.

Non è in contestazione che la malattia da cui è affetta la ricorrente sia tendenzialmente stabile e duratura; è pacifico che in conseguenza di tale malattia le è stata riconosciuta una invalidità civile del 70%.

Che questa condizione comporti limitazioni fisiche che possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori risulta evidente, sol che si consideri che da un lato la ricorrente non può essere soggetta a turnazioni e non può movimentare carichi [così il giudizio della Commissione medica per l'accertamento della capacità globale ai fini del collocamento mirato in data 11.2.2016], dall'altro è frequentemente assente per malattie connesse alla sua patologia, e anzi per questo ultimo motivo è stata licenziata.

Pare il caso di aggiungere, a proposito di quest'ultima osservazione, che non si tratta di un ragionamento circolare, visto che l'esistenza di limitazioni rilevanti non si desume dal solo fatto obiettivo del superamento del compito, ma dal fatto che siano numerose le assenze connesse alla patologia invalidante (lo stesso consulente di parte convenuta riconosce che 42 giorni di assenza possano essere attribuiti alla patologia epatica).

Va anche osservato che la convenuta non ha contestato specificamente che la condizione della [redacted] rientri nella nozione di handicap di diritto europeo.

A questo punto, quanto meno nella presente sede sommaria, non vi sono elementi in forza di cui concludere che la norma interna che consente il licenziamento per superamento del periodo di compito abbia finalità legittima e non ecceda quanto necessario per raggiungere l'obiettivo.

Nella fattispecie, l'art. 2110 c.c. dispone: *"In caso d'infortunio, di malattia, di gravidanza o di puerperio, se la legge o le norme corporative non stabiliscono forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità. Nei casi indicati nel comma precedente, l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'art. 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità"*.

L'art. 36, commi 10 sgg., del CCNL applicabile prevede: *"10. Nel caso di assenza per malattia al lavoratore non in prova assunto a tempo indeterminato sarà conservato il posto di lavoro per i periodi di tempo e con la retribuzione sotto specificati: - 180 giorni di calendario ad intera retribuzione; - 185 giorni di calendario al 50% della retribuzione. Qualora i suddetti periodi di conservazione vengano superati a causa di un evento morboso continuativo caratterizzato da assenza ininterrotta, o interrotta da un'unica ripresa del lavoro per un periodo non superiore a due mesi, il periodo di conservazione del posto ed il relativo trattamento retributivo sono prolungati sino ad un*



massimo di ulteriori 120 giorni di calendario. 11. In ogni caso ove si verificano più assenze per malattia o infortunio non sul lavoro, i trattamenti di cui al precedente punto 10 si intendono riferiti alle assenze complessivamente verificatesi nel periodo di tre anni precedente ogni nuovo ultimo episodio morboso... 14. Se l'interruzione del servizio supera i termini massimi sopra indicati, l'azienda può risolvere il rapporto di lavoro corrispondendo al lavoratore il trattamento di fine rapporto e l'indennità sostitutiva di preavviso previsti dal presente contratto".

Secondo i parametri previsti dalla CGUE nella sentenza *Ruiz Conejero*, infatti, da un lato – come si è visto – non è neppure certo che il sistema del comparto abbia la finalità di lottare contro l'assenteismo, dall'altro non sono assolutamente noti in causa i costi diretti e indiretti che le imprese devono sostenere a causa dell'assenteismo sul lavoro e non si sa se vi sia un effetto di incentivazione all'assunzione e al mantenimento dell'occupazione.

È invece presumibilmente certo, quanto meno sulla base di dati di comune esperienza, che il licenziamento rechi un grave danno al lavoratore affetto da handicap, che, come tale, deve ritenersi ancor meno suscettibile del lavoratore comune di utile e rapida ricollocazione.

In questa sede, pertanto, si deve concludere che sottoporre il lavoratore affetto da handicap al medesimo periodo di comparto degli altri lavoratori costituisca una discriminazione indiretta, e che l'unica possibilità di eliminarla sia l'esclusione dei giorni di malattia connessi alla patologia causa di handicap.

Soltanto in questo modo, infatti, la posizione del lavoratore affetto da handicap è parificata a quella degli altri lavoratori.

In particolare, non sarebbe sufficiente, a far venir meno la discriminazione, la possibilità – effettivamente richiamata dal CCNL – di chiedere una sospensione del rapporto di lavoro non retribuita per diciotto mesi. Questa possibilità, infatti, da un lato sostituirebbe una discriminazione con altra discriminazione di grado minore, dall'altro non sarebbe neppure, intuitivamente, efficace nel caso in cui, come accade alla ██████████, la patologia causa di handicap comporti ripetute assenze intermittenti di breve durata.

Ancora meno rilevante sarebbe, per escludere la discriminazione, la possibilità di far ricorso a permessi mensili ai sensi della legge 104/92, che appare estrinseca rispetto alla materia di cui si discute.

Sulla base di tali considerazioni in astratto, in concreto si deve prendere atto che, secondo le stime del consulente, esclusi dal computo i giorni di malattia sicuramente correlati alla patologia epatica e quelli probabilmente correlati alla patologia epatica, il comparto non era superato (mentre lo sarebbe se, come vuole la convenuta, si escludessero soltanto i giorni di malattia sicuramente correlati alla patologia epatica).

Sentito a chiarimenti sul punto, il consulente ha dichiarato: *"Il chiarimento che mi si chiede è molto difficile ma io ritengo la correlazione altamente probabile, trattandosi di una infermità che provoca disturbi aspecifici a carico dell'apparato gastrointestinale. Ritengo cioè molto probabile che, senza la patologia invalidante, questi 154 giorni di assenza non ci sarebbero stati o quanto meno non ci sarebbero stati per quel motivo. In particolare, l'epatite C procura difficoltà digestive e quindi ritengo che possa causare anche la gastrite. La gastrite non è un sintomo, è un dato anatomo-patologico, il sintomo è la dispepsia: probabilmente quando il medico ha scritto 'gastrite' nei certificati intendeva 'gastralgia'. Anche l'ansia può causare gastralgia. Anche*



*l'eccesso di fumo può causare gastralgia, come l'uso di farmaci antidolorifici a stomaco vuoto. La gastralgia è infatti un sintomo aspecifico, che può associarsi a moltissime cause. Nel caso di specie trattandosi di una paziente affetta da epatite C ritengo probabile che la gastralgia sia associata a quella patologia invece che ad altre cause. Preciso che le possibili cause possono anche combinarsi fra di loro con efficacia concausale".*

Queste valutazioni del consulente appaiono ampiamente condivisibili per due ordini di motivi.

In primo luogo, il diritto civile è retto dal criterio del "più probabile che non", sicché, per valutare se sussista un nesso causale fra una patologia e un'assenza, non ci si può porre sul piano della certezza e non è richiesto, né sarebbe esigibile, che si escludano le altre possibili cause.

In secondo luogo, secondo il criterio di riparto dell'onere della prova che si è sopra richiamato, sarebbe spettato a questo punto al datore di lavoro provare, per escludere la discriminazione, che quelle assenze erano estranee alla patologia causa di handicap, e il dubbio si riverbera a suo danno, non a danno della lavoratrice.

In questi termini, non si tratta di applicare un criterio di causalità stocastica, come rileva criticamente la convenuta, ma di applicare un criterio analogo a quello secondo cui, per esempio, nel campo della responsabilità medica, quando venga individuata una causa probabile dell'evento, grava allora sul medico l'onere di dimostrare che l'evento è stato in realtà causato da un'altra causa.

E, a tal fine, non è sufficiente indicare che l'altra causa è possibile, o anche operante, perché occorre anche dimostrare che ha avuto efficacia causale preponderante.

Va precisato, allora, che le conclusioni sopra raggiunte valgono anche per le assenze concausate dalla patologia epatica, quanto meno perché sarebbe stato onere del datore di lavoro dimostrare che si sarebbero verificate anche in assenza della patologia epatica.

Né alla carenza probatoria si potrebbe ovviare con criteri meramente equitativi o abbattendo in percentuale forfettaria le assenze la cui connessione causale con la patologia epatica è probabile ma non certa, trattandosi di un criterio del tutto estraneo alla disciplina positiva della causalità.

Con tali precisazioni, le conclusioni del consulente sono recepite e fatte proprie dal giudice.

Ne consegue che il licenziamento è discriminatorio perché il comporta è stato superato per effetto di assenze connesse causalmente alla patologia causa di handicap della lavoratrice.

Si applica, pertanto, la disciplina dell'art. 18 commi 1 e 2 st. lav.

Non vi sono elementi in atti in forza di cui valutare, nella presente sede sommaria, la sussistenza di un *aliunde perceptum vel percipiendum* e non vi è motivo di accogliere le esplorative istanze di esibizione di parte convenuta.

L'effettiva presenza di precedenti di merito, anche recenti, di segno difforme giustifica la compensazione delle spese di lite per la metà; nel resto, le spese si liquidano come da dispositivo (DM 55/14 s.m.i., tabella cautelare da considerarsi applicabile per analogia alla fase sommaria, valore indeterminabile) e seguono la soccombenza.

Anche le spese di consulenza si pongono quindi, nei rapporti interni, a carico definitivo della convenuta per il 75% e della ricorrente per il 25% (riparto che equivale a una loro compensazione per metà).





pqm  
dichiara la nullità del licenziamento intimato da [redacted] S.p.A. a [redacted] perché discriminatorio, nei sensi di cui in motivazione, ordina a [redacted] S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, la reintegrazione di Francesca Paoli nel posto di lavoro, condanna [redacted] S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a risarcire il danno a [redacted], stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto quale desunta dalle buste paga in atti dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, comunque non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalla maturazione, e a versare, per il medesimo periodo, i contributi previdenziali e assistenziali, compensa le spese per metà e condanna [redacted] S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a rifondere a [redacted] la restante metà, che liquida, già in frazione, in € 2.767,50 per compensi, oltre spese generali, contributo previdenziale forense, IVA e successive occorrenze, pone, nei rapporti interni, le spese di consulenza tecnica a carico definitivo di [redacted] S.p.A. per il 75% e di [redacted] per il 25%.

Si comunichi

La Spezia, 2.8.2020

Il giudice

Marco Viani

