Numero di ruolo pubblicato	:	C-5/24
Numero dell'atto	:	1
Numero di registro	:	1278618
Data di deposito	:	05/01/2024
Data di iscrizione nel registro	:	05/01/2024
Tipo di atto	:	Domanda di pronuncia pregiudiziale domanda : Procedimento accelerato
	:	Atto
Riferimento del deposito effettuato tramite e-Curia	:	DC199287
Numero del file	:	1
Autore del deposito	:	Rocco Domini (J360912)

N. R.G. 2023/732

TRIBUNALE ORDINARIO di RAVENNA

SEZIONE CIVILE

SETTORE LAVORO

Il Giudice del Lavoro Dario Bernardi

A scioglimento della riserva assunta in data 19.12.2023,

pronuncia la seguente

ORDINANZA DI RINVIO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER QUESTIONE PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVA DEL DIRITTO DELL'U.E. (art. 19 TUE e art. 267 TFUE)

avente il seguente oggetto:

interpretazione della direttiva 2000/78 in tema di discriminazione a motivo di disabilità – diritto alla conservazione del posto di lavoro per un determinato periodo – uguale trattamento tra lavoratori disabili e lavoratori con handicap – discriminazione indiretta sulla base dei principi stabiliti dalla CGUE in alcuni precedenti – dubbi interpretativi.

Il fatto.

1. La lavoratrice P.M. veniva assunta a termine il 1.9.2021 quale commis di sala/cucina di S. Società in Nome Collettivo, con rapporto trasformato a tempo indeterminato il 1.1.2022.
2. Il datore di lavoro occupa in media 9 addetti (di cui 7 dipendenti) e svolge attività di ristorazione con somministrazione;
3. La lavoratrice veniva licenziata il 19 dicembre del 2022 per superamento del termine massimo di conservazione del posto di lavoro sospeso a causa di malattia (c.d. "periodo di comporto") e pari a 180 giorni nel periodo 1.1.2022-31.12.2022, risultando P.M. essere stata assente per malattia continuativamente dal 18.6.2022 al 19.12.2022 (la malattia risulta certificata in chiave lavorativa sino all'8.1.2023, essendo il relativo certificato stato emesso prima del licenziamento).
4. Il primo certificato di malattia è tailandese, tradotto in lingua italiana, con assenza dal lavoro nel periodo dal 18 giugno all' 8 agosto e reca l'indicazione della causale dell'assenza ("*emorragia subaracnoidea da rottura di aneurisma dell'arteria comunicante posteriore destra. Trombosi del seno venoso cerebrale in*

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

corrispondenza del seno trasverso sinistro e vena giugulare interna"). Tale certificato veniva consegnato al datore di lavoro.

5. L'assenza per malattia proseguiva ininterrotta sino all' 8.1.2023 (quindi anche successivamente al licenziamento) in base a certificati del medico di medicina generale italiano che – nella versione disponibile per il datore di lavoro – non indicano la causale (diagnosi) dell'assenza.
6. Medio tempore la ricorrente faceva domanda (il 4.11.2022) di riconoscimento di invalidità in via amministrativa, andando a visita il 24.1.2023 (dopo il licenziamento) ed ottenendo il riconoscimento dell'invalidità civile in misura del 35% in data 17.2.2023 con diagnosi di "*esito di trattamento endovascolare con microspirali di aneurisma sacculare carotido comunicante destro rotto, attualmente è in trattamento con TAO*", nonché portatrice di handicap ai sensi dell'art. 3, comma 1 della L. n. 104/1992.
7. Di tale iter amministrativo il datore di lavoro non era a conoscenza; esso inoltre si concludeva alcuni mesi dopo il licenziamento.
8. Di tutta tale documentazione sanitaria, quindi, solo il primo certificato, quello tailandese, poneva a conoscenza del datore di lavoro le cause dell'assenza.
9. Dagli atti emerge inoltre che lo stato di malattia è peraltro continuato anche successivamente sia al licenziamento, sia alla data dell'ultimo certificato (8.1.2023), come risulta da ulteriore certificazione che dà atto – anche nel periodo di marzo e aprile 2023 – di ulteriori interventi chirurgici e di ricoveri alla quale la lavoratrice è stata sottoposta sempre per problemi vascolari; inoltre, la relazione medico legale redatta da un consulente di fiducia della lavoratrice dà atto che anche nel momento della visita – ancora nell'agosto del 2023 – la paziente "*accusa astenia con facile affaticabilità, confusione mentale, caduta di oggetti dalle mani per deficit di forza da precocissima esauribilità*", elementi che rendono evidentemente improbabile il ritorno al lavoro della persona della lavoratrice ancora diversi mesi dopo il licenziamento.
10. Con ricorso del 16 ottobre del 2023 la lavoratrice impugna il licenziamento con un unico argomento, eccependone la discriminatorietà, atteso come alla stessa veniva applicato il termine massimo di conservazione del posto di lavoro per assenze annue per malattia (180 giorni nel periodo 1.1.2022-31.12.2022 di ciascun anno), applicabile a chiunque, anche non disabile, senza tenere conto della sua disabilità.
11. Domandava qui: di essere reintegrata nel posto di lavoro (con possibilità di opzione sostitutiva nella misura del pagamento di 15 mensilità di retribuzione a scelta del lavoratore), il risarcimento del danno in misura pari alle mensilità di retribuzione non corrisposte dalla data del licenziamento alla sentenza, nonché il pagamento dei contributi previdenziali omessi sempre in quel periodo, oltre ad un ulteriore risarcimento del danno non patrimoniale da discriminazione in misura di € 10.000,00, oltre al rimborso delle spese legali.
12. Il datore di lavoro, pur regolarmente citato, non si costituiva e non rassegnava difese.

Il diritto dell'Unione

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

13. 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. (…)

(…)

(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".

14. L'articolo 1 di tale direttiva, intitolato «Oggetto», così recita:

"La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, [l']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».

15. L'articolo 2 della direttiva in parola, intitolato «Nozione di discriminazione», ai suoi paragrafi 1 e 2 prevede quanto segue:

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

"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:

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

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".

16. L'articolo 3 della medesima direttiva, intitolato «Campo d'applicazione», al suo paragrafo 1, lettera c), così dispone:

"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".

Le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea:

17. <u>CGUE HK DANMARK, 11.4.2013 in cause riunite c-335/2011 e 337/2011</u>:

"38 Alla luce delle considerazioni svolte ai punti 28-32 della presente sentenza, la nozione di «handicap» deve essere intesa nel senso che si riferisce ad una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori.

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

41 Pertanto, si deve constatare che, se una malattia, curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78.

47 In base alle considerazioni di cui sopra, si deve rispondere alla prima e alla seconda questione dichiarando che 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. La natura delle misure che il datore di lavoro deve adottare non è determinante al fine di ritenere che lo stato di salute di una persona sia riconducibile a tale nozione.

69 Con la sua quarta questione, lettera a), il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se la direttiva 2000/78 debba essere interpretata nel senso che osta ad una disposizione nazionale che prevede che un datore di lavoro possa porre 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, qiuando tali assenze siano dovute al suo handicap.

Per quanto riguarda la questione se detta disposizione sia atta a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sull'handicap, si deve osservare che la presa in considerazione dei giorni di assenza a causa di una malattia collegata all'handicap nel calcolo dei giorni di assenza per malattia finisce per assimilare una malattia legata ad un handicap alla nozione generale di malattia. Orbene, come la Corte ha dichiarato al punto 44 della sentenza Chacón Navas, citata, è esclusa un'assimilazione pura e semplice della nozione di «handicap» a quella di «malattia».

76 In proposito, 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. Pertanto, appare evidente che la norma dei 120 giorni prevista da tale disposizione è idonea a svantaggiare i lavoratori disabili e, dunque, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sull'handicap ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78.

92 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla quarta questione, lettera a), dichiarando che la direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che osta ad una disposizione nazionale che preveda che un datore di lavoro possa mettere fine al contratto di lavoro con un preavviso ridotto qualora il lavoratore

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

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.

18. CGUE 18.1.2018, RUIZI CONEJERO in C-270/2016

32 Tuttavia, occorre precisare che il fatto che il sig. Ruiz Conejero sia riconosciuto come persona disabile secondo il diritto nazionale, non comporta a priori che egli sia affetto da una disabilità ai sensi la direttiva 2000/78.

33 A tale proposito, per stabilire se, nel procedimento principale, la situazione in cui si trova il sig. Ruiz Conejero rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78, spetta al giudice del rinvio verificare se la limitazione della capacità del medesimo debba essere qualificata come disabilità, ai sensi di tale direttiva, secondo la definizione di cui al punto 28 della presente sentenza.

35 Nel caso di specie, l'articolo 52, lettera d), dello Statuto dei lavoratori, dispone che un contratto di lavoro può essere risolto in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, che ammontino al 20% dei giorni feriali in due mesi consecutivi, qualora il totale delle assenze nel corso dei dodici mesi precedenti sia pari al 5% dei giorni feriali o al 25% in quattro mesi non consecutivi nel corso di un periodo di dodici mesi.

39 A tal proposito si deve constatare che un lavoratore disabile è, in linea di principio, maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare l'articolo 52, lettera d), dello Statuto dei lavoratori 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 all'articolo 52, lettera d), dello Statuto dei lavoratori. 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).

19. CGUE 1.12.2016, DAOUIDI, in c-395/2015

"56 Tra gli indizi che consentono di considerare «duratura» una limitazione 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, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 47 delle sue conclusioni, il fatto che tale menomazione possa protrarsi in modo rilevante prima della guarigione di tale persona.

57 Nel contesto dell'esame del carattere «duraturo» della limitazione della capacità dell'interessato, il giudice del rinvio deve basarsi sugli elementi obiettivi complessivi di cui dispone, in particolare sui documenti e sui certificati concernenti lo stato di tale persona, redatti sulla base di conoscenze e dati medici e scientifici attuali"

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

Il diritto italiano

20. Art. 2110 c.c., 1° e 2° comma

"*In caso di infortunio, di malattia, di gravidanza o di puerperio, se la legge 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, dagli usi o secondo equità.*

Nei casi indicati nel comma precedente, l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'articolo 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge, dagli usi o secondo equità".

21. Art. 173 CCNL dipendenti aziende settore turismo Confcommercio del 20 febbraio 2010 (Conservazione del posto)

"*1. In caso di malattia accertata o di infortunio il personale che non sia in periodo di prova o di preavviso ha diritto alla conservazione del posto per un periodo di 180 giorni per anno, intendendosi per tale il periodo compreso tra il 1° gennaio e il 31 dicembre. 2. Ove il lavoratore si ammali o si infortuni più volte nel corso dell'anno i relativi periodi di assenza sono cumulabili agli effetti del raggiungimento del termine massimo di conservazione del posto di cui al precedente comma. 3. Per il personale assunto a termine, la conservazione del posto è comunque limitata al solo periodo di stagione o di ingaggio. 4. Qualora allo scadere del periodo per il quale è obbligatoria la conservazione del posto, il personale non possa riprendere servizio per il protrarsi della malattia, il rapporto di lavoro si intenderà risolto con diritto all'intero trattamento di fine rapporto ed a quanto altro dovuto, esclusa l'indennità sostitutiva di preavviso*".

22. Art. 174 (Aspettativa non retribuita)

"1. Nei confronti dei lavoratori ammalati e infortunati sul lavoro la conservazione del posto, fissata nel periodo massimo di 180 giorni dall'art. 173 del presente contratto, sarà prolungata, a richiesta del lavoratore, per un ulteriore periodo non superiore a centoventi giorni, alle seguenti condizioni: a) che non si tratti di malattie croniche e/o psichiche, fatto salvo quanto disposto al successivo articolo 175 (malattie oncologiche); b) che siano esibiti dal lavoratore regolari certificati medici o di degenza ospedaliera; c) che la richiesta del periodo eccedente i 180 giorni sia fatta dal lavoratore come "aspettativa generica" senza retribuzione e senza diritto a maturazione di alcun istituto contrattuale; d) che il lavoratore non abbia già fruito dell'aspettativa in precedenza. 2. I lavoratori che intendano beneficiare del periodo di aspettativa di cui al precedente comma dovranno far pervenire all'azienda richiesta a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, prima della scadenza del centottantesimo giorno di assenza per malattia o infortunio e firmare espressa dichiarazione di accettazione delle suddette condizioni. 3. Al termine del periodo di aspettativa il datore di lavoro potrà procedere al licenziamento ai sensi del precedente articolo 173; il periodo stesso è considerato utile ai fini dell'anzianità di servizio in caso di prosecuzione del rapporto"

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

23. ARTICOLO N.175 (Malattie oncologiche)

"*1. Con riferimento ai malati con gravi patologie oncologiche accertate da una commissione medica istituita presso l'azienda unità sanitaria locale territorialmente competente, il periodo di aspettativa generica di citi all'articolo 174 sarà prorogato anche se eccedente i 120 giorni. 2. Gli interessati dovranno far pervenire all'azienda, prima della scadenza del centoventesimo giorno di aspettativa generica, l'ulteriore certificazione medica a comprova dello stato di salute e della inidoneità alla ripresa del lavoro, contenente i giorni di proroga concessi dal medico curante o dalla struttura ospedaliera*"

24. Art. 5, L. n. 300/1970 (Statuto dei lavoratori):

"*Sono vietati accertamenti da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente.*

Il controllo delle assenze per infermità può essere effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, i quali sono tenuti a compierlo quando il datore di lavoro lo richieda.

(...)"

25. Corte di cassazione italiana n. 9095/2023:

"*20. In questo senso, nel caso di specie, l'applicazione al lavoratore dell'ordinario periodo di comporto ha condivisibilmente rappresentato, secondo la Corte di merito, discriminazione indiretta. Ciò perché, rispetto a un lavoratore non disabile, il lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute a una malattia collegata alla sua disabilità, e quindi soggetto a un maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia e di raggiungere i limiti massimi di cui alla normativa pertinente*".

Illustrazione del diritto interno

26. Nel sistema italiano – nell'ambito del quale, salvo casi ormai eccezionali, non è possibile procedere a licenziamento senza una giustificazione – è prevista la conservazione del posto di lavoro in caso di malattia, evento questo che sospende il rapporto. Tale conservazione è prevista sino ad un termine massimo, e tale periodo è chiamato "periodo di comporto": **sussistendo lo stato di malattia del lavoratore, prima della scadenza di tale periodo vige il divieto di licenziamento per giustificato motivo ed il lavoratore non può essere licenziato a motivo dell'essere restato assente per malattia**.

    La determinazione del termine è rimessa dalla legge alla contrattazione collettiva tra rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro.

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

Ciascun contratto collettivo (essendovi libertà sindacale ve ne sono uno o più di uno per ogni settore produttivo) prevede un termine diverso e diverse modalità di computo.

27. **Nessun contratto collettivo in Italia, a quanto risulta allo scrivente, prevede alcun tipo di particolarità per quanto riguarda in generale i lavoratori qualificabili come disabili ai sensi del diritto dell'U.E.**; molti contratti collettivi, tra cui il presente, prevedono regole di maggior favore per quanto riguarda determinate patologie implicanti disabilità (in questo caso oncologiche), oltre a prevedere un'ulteriore sospensione – non retribuita – del rapporto, a richiesta del lavoratore; per il resto essi prescindono dalla specifica causale delle assenze per malattia che possono avere determinato l'astensione dal lavoro.
28. Superato il periodo di comporto, viene quindi "attivata" una facoltà di licenziamento ulteriore rispetto alle ipotesi esistenti, e viene lasciata alla mera volontà del datore di lavoro la possibilità di licenziare – senza quindi giustificazione ulteriore – il lavoratore che ha superato tale periodo.
29. La normativa italiana (comprensiva di legge e contrattazione collettiva complessivamente considerate) pone quindi un limite temporale al diritto del lavoratore assente per malattia alla conservazione del posto di lavoro, limite che tiene conto dei due interessi contrapposti, quello del lavoratore alla conservazione del posto in prospettiva di guarigione o di recupero dalla malattia e quello del datore di lavoro relativamente alle proprie finanze, alla propria organizzazione e alla necessità, ad un certo punto, di potere porre fine ad un rapporto che non può avere ulteriore profittevole esecuzione (Corte di Cassazione n. 27334/2022: "*20. Nell'art. 2110, comma 2, cod. civ. si rinviene un'astratta predeterminazione (legislativo-contrattuale) del punto di equilibrio fra l'interesse del lavoratore a disporre d'un congruo periodo di assenze per ristabilirsi a seguito di malattia o infortunio e quello del datore di lavoro di non doversi fare carico a tempo indefinito del contraccolpo che tali assenze cagionano all'organizzazione aziendale. 21. Le Sezioni Unite (n. 12568 del 2018 cit., e già Cass., S.U. n. 2072 del 1980), nell'interpretare l'art. 2110, comma 2, cod. civ., ne hanno sottolineato il carattere di norma imperativa, in combinata lettura con l'art. 1418 cod. civ., in quanto finalizzata all'esigenza di tutela della salute, il cui valore è sicuramente prioritario all'interno dell'ordinamento - atteso che l'art. 32 Cost. lo definisce come «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» - così come lo è quello del lavoro (artt. 1, comma 1, 4, 35 e ss. Cost.). Hanno posto in rilievo come la salute non possa essere adeguatamente protetta se non all'interno di tempi sicuri entro i quali il lavoratore, ammalatosi o infortunatosi, possa avvalersi delle opportune terapie senza il timore di perdere, nelle more, il posto di lavoro*").
30. **Con particolare riferimento al contratto collettivo applicabile al caso di specie** (da questo momento ci si riferirà solo a questo) il periodo di assenza per malattia retribuita con diritto alla conservazione del posto di lavoro è individuato in **180 giorni decorrenti dal 1.1. al 31.12. di ciascun anno (e nell'anno successivo il periodo riparte da zero**).
31. La retribuzione della malattia è così regolata nel caso di specie: il primo giorno è a carico del lavoratore, il 2° e il 3° sono a carico dell'azienda; dal 4° al 180° giorno sono a carico dell'Istituto nazionale di previdenza sociale (I.N.P.S.) che eroga una

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

provvidenza pari ad una parte della retribuzione (50 % dal 4° al 20° giorno e 66,66 % dal 21° giorno in avanti), mentre la differenza (il 25 % dal 4° al 20% giorno; il 33,33 % dal 21° giorno in avanti) è a carico del datore di lavoro; dunque dal 21° giorno al 180 ° giorno di assenza tra indennità INPS (66,66 %) e quota pagata dal datore di lavoro (33,33 %), il lavoratore percepisce il 100 % della retribuzione; **nell'arco del periodo di 180 giorni il datore corrisponde quindi una somma pari a circa 2 mensilità senza ricevere controprestazione**;

32. **L'istituto nazionale di previdenza sociale non corrisponde più alcunché dopo il 180° giorno di malattia all'interno dello stesso anno solare** (superato l'anno solare, riprende la piena indennizzabilità per ulteriori 180 giorni, se il rapporto è ancora attivo e, quindi, assicurato);
33. La normativa del caso di specie, peraltro, tiene conto di particolari situazioni, prevedendo la possibilità per il lavoratore – su sua richiesta – di conservare il posto nonostante **assenze per ulteriori 120 giorni (non retribuiti)** dovuti a malattia "in genere" (tra cui però espressamente non rientrano le malattie croniche e/o psichiche, ma eccettuate le malattie oncologiche).
34. **Per le malattie oncologiche, al contrario, non vi è limite alla durata dell'assenza che dà diritto alla conservazione del posto di lavoro**.
35. Ne consegue che il lavoratore in base al contratto applicabile al caso di specie:

    1) usufruirà del periodo di 180 giorni di assenza per malattia retribuita dall'Istituto nazionale di previdenza sociale;

    2) potrà usufruire di ulteriori 120 giorni di assenza non retribuita con conservazione del posto di lavoro (e relativi a malattie non croniche e/o psichiche: precisazione sulla quale si tornerà);

    3) in caso oncologico (in cui è riconosciuta ovviamente una specifica ipotesi di disabilità), potrà rimanere in assenza non retribuita senza limiti di tempo.

36. Venendo ora alle conseguenze del licenziamento in violazione del diritto alla conservazione del posto di lavoro a causa di sospensione del rapporto per malattia, la normativa italiana prevede la massima sanzione possibile, ossia la nullità del licenziamento (Corte di Cassazione, Sezioni Unite n. 12568/2018), con diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro (rinunciabile dal lavoratore dietro il pagamento in suo favore di una somma pari a 15 mensilità) ed il risarcimento del danno (trattandosi di ipotesi potenzialmente riconducibile a discriminatorietà il risarcimento copre tutte le mensilità di retribuzione non corrisposte che vanno dalla risoluzione sino alla riassunzione). Questo per tutti i lavoratori (sia nel regime valido per quelli assunti prima del 7.2.2015 ai quali si applica l'art. 18, L. n. 300/1970, Statuto dei lavoratori; sia per i lavoratori assunti a partire da tale data ai quali si applica il D.Lgs. n. 23/2015).
37. Tale regime si applica ai rapporti di lavoro sia con imprenditori che con non imprenditori.
38. Secondo la giurisprudenza, infine, questo regime sanzionatorio si applica a prescindere dal numero di dipendenti impiegati dal datore di lavoro (numero altrimenti rilevante nel sistema italiano, nel senso che la reintegrazione nel rapporto

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

di lavoro ed una entità risarcitoria più elevata sono riservate ai lavoratori addetti ad imprese di maggiori dimensioni occupazionali);

39. Al di fuori dei casi di nullità (che qui deriverebbe esclusivamente dall'applicazione del divieto di discriminazione indiretta, laddove ritenuto operante, venendo in rilievo altrimenti un licenziamento completamente valido), per le piccole imprese quale la convenuta, la normativa italiana prevederebbe (1) l'esclusione della reintegrazione nel posto di lavoro e (2) rilevanti limiti risarcitori (una somma pari al massimo a 6 mensilità di retribuzione).

La questione: premessa.

40. Si chiede a questa Corte di chiarire la portata del diritto dell'U.E. rispetto ai propri precedenti sopra citati del 2013 e del 2018 e relativamente alla fattispecie di licenziamento per superamento del periodo di comporto, ovverosia per l'ipotesi in cui il lavoratore sia stato assente dal lavoro per malattia (non riconducibile a dolo o colpa datoriale, perché altrimenti tale periodo non si calcola a questi fini) per un periodo superiore rispetto a quello previsto dai contratti collettivi stipulati dalle associazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro.

41. Nel primo caso (CGUE HK DANMARK, 2013) era affrontata una questione relativa all'entità del preavviso e non – perlomeno è quello che emerge dalla sentenza – dell'esistenza o meno del diritto del datore di lavoro di porre fine al rapporto di impiego (non veniva in rilievo, quindi, il rapporto tra la facoltà di recesso del datore di lavoro, il superamento di una soglia temporale e lo status di disabilità, bensì solamente il parametrare di una entità economica collegata al recesso).

42. Nel secondo caso (CGUE RUIZ CONEJERO, 2018), invece, veniva in rilievo un istituto del diritto spagnolo teso a colpire l'assenteismo sul lavoro e, dunque, le assenze brevi e frammentarie ancorché legittime, prevedendo una ipotesi di recesso al datore di lavoro ("*…per assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, che ammontino al 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*").

43. Questo precedente è, quindi, più specifico del primo sul tema oggetto anche della presente indagine.

44. Si trattava per il diritto spagnolo di periodi estremamente limitati dal punto di vista temporale (dati per lavorativi circa 20 giorni per ogni mese, ne conseguono 40 giorni nel bimestre, il cui 20 % è pari ad 8 giorni; i giorni lavorativi nell'arco dei 12 mesi sono pari – al netto di festività, sabati e periodo di ferie – a circa 220 giorni ed il 5 % degli stessi è pari a circa 11 giorni; il 25 % in quattro mesi non continuativi è invece pari a 30 giorni).

45. In quel caso, dunque, si discuteva del diritto a licenziare per assenze, giustificate (anche da malattia) per periodi complessivamente pari a circa **40 giorni nell'arco di 1 anno**, comprensivi di assenze intermittenti di 8 giorni nell'ambito dell'ultimo bimestre.

46. In ogni modo in entrambi i precedenti in esame non si è posta in alcun modo la necessità per la Corte di confrontarsi con il principio (pur richiamato nella premessa ricostruttiva del diritto dell'U.E.) di cui al 17mo considerando della direttiva, ai sensi

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

del quale "*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*".

47. Nel caso del diritto italiano, invece, viene in rilievo la facoltà del datore di lavoro di procedere al licenziamento per assenze di **lungo periodo**, rimesse dalla legge alla determinazione dei contratti collettivi e, nel caso di specie, pari a 6 mesi nell'arco di 1 anno (anno da considerarsi quale periodo dal 1 gennaio al 31 dicembre), per ogni anno e aumentabili (1 sola volta) su istanza di ulteriori 120 giorni (questi ultimi non retribuiti).

48. Se è vero che il principio affermato già dalla sentenza del 2013 (in tema di preavviso ridotto) permetteva di evitare che il lavoratore disabile (che poteva essere gravato da assenze riconducibili alla propria disabilità, oltre che da malattie "comuni") fosse discriminato – circa l'entità del preavviso – rispetto ad un lavoratore non disabile (che poteva incorrere solo in assenze causate da malattie "comuni"), occorre prima di tutto (1° questione) capire se tale principio possa essere applicato – relativamente alla facoltà di licenziare – anche **per assenze di lungo (potendo descrittivamente qualificarsi in questi termini quelle fino a 180 giorni) e lunghissimo periodo (potendo descrittivamente qualificarsi in questi termini quelle fino a 300 giorni), evidentemente strutturate *ab origine* per tutelare il lavoratore anche contro assenze riconducibili a disabilità**.

49. In secondo luogo (2° questione) occorrerà comprendere se l'eventuale discriminazione indiretta sia giustificabile in base alle regole del diritto dell'U.E. e (3° questione) se l'aspettativa non retribuita con conservazione del posto di lavoro (eventualmente depurata dei suoi aspetti potenzialmente discriminatori) di ulteriori 120 giorni dopo la malattia possa rappresentare un accomodamento ragionevole sufficiente ad escludere la discriminazione o (4° questione) se esistano altri accomodamenti ragionevoli conciliabili con la normativa esistente.

50. Come detto, la Corte di cassazione italiana ha direttamente opinato nel senso dell'applicabilità diretta dei principi delle sentenze della CGUE del 2013 e del 2018, senza porsi i dubbi che qui vengono sollevati e sui quali è quindi necessario, a parere di chi scrive, adire l'interprete autentico in materia.

51. Va premesso che nel caso di specie (come del resto in ogni caso di questo tipo) **l'unica limitazione** sul lavoro che incontra il disabile e che viene in rilievo è quella dell'**assenza continuata dal lavoro**, causata dall'impossibilità assoluta di rendere la prestazione in un certo periodo a causa di uno stato permanente di malattia certificata:

La prima questione.

52. Si tratta di capire se, in relazione ad un tempo di conservazione del rapporto di lavoro di lunga o lunghissima durata, unico per tutti i lavoratori, sia possibile ravvisare una discriminazione indiretta per non avere la normativa italiana previsto un trattamento espressamente diverso per il disabile eurounitario.

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

53. Il dubbio è che possa non sussistere alcuna discriminazione, posto che (1) il periodo di 180 giorni (e a maggior ragione quello di 300 giorni) è talmente lungo da garantire proprio il lavoratore in grado di avere un maggiore rischio di malattia (ossia il disabile, che somma al rischio di malattie "comuni" il rischio di malattia connessa alla disabilità) anche perché (2) le assenze per malattia di lunga durata integrano la nozione di disabilità per il diritto dell'U.E..

54. La questione trae spunto dalla nozione stessa di malattia rilevante in chiave di disabilità, come sopra riportata nella giurisprudenza di codesta Corte: "*Pertanto, si deve constatare che, se una malattia, curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78*" (HK DANMARK cit.).

55. Nel caso di specie, si è visto che il lavoratore può restare assente per 180 giorni, anche non continuativi, retribuiti nell'arco del periodo 1.1-31.12 di ciascun anno, ossia può rimanere assente ogni anno per circa la metà dei giorni di calendario, mantenendo il diritto al posto di lavoro.

56. Vista l'entità di tale termine, appare evidente come lo stesso si presti quasi esclusivamente a tutelare assenze riconducibili a disabilità e non a semplice malattia "comune" (intendendo con tale aggettivo quella non riconducibile a disabilità).

57. Per rendere conto di ciò, riprendendo l'esempio utilizzato dall'Avvocato generale nelle conclusioni rese nell'ambito dei procedimenti c-335/2011 e 337/2011, ossia quello dell'influenza, si evidenzia esemplificativamente che, data una durata media della stessa di 7 giorni per giungere a completa guarigione, avremo che **per avvicinarsi al periodo di "comporto" un lavoratore dovrebbe ammalarsi per ben 25 volte di influenza (o di altra malattia ad analogo decorso)**.

58. Esempio ovviamente iperbolico teso ad evidenziare come il termine in questione sia stato pensato *ab origine* per tutelare i lavoratori proprio contro assenze nel lungo periodo e, dunque, non riconducibili esclusivamente a malattia "comune".

59. Si consideri inoltre che già la rottura di un arto o di un'articolazione dà di regola luogo a disabilità posto che (1) in tali casi spesso non c'è una prospettiva ben delimitata di superamento nel breve periodo – e qui va considerata anche la riabilitazione – e si rientra quindi nella disabilità; (2) se invece la prospettiva di guarigione completa vi è fin dall'inizio e si colloca in almeno 3-4 mesi, anche qui potrebbe aversi una limitazione di lunga durata e vi è quindi disabilità.

60. Che un individuo "non disabile" possa anche solo avvicinarsi a tali termini si ritiene estremamente difficile in concreto, rimanendo tale possibilità limitata a casi di scuola (l'agente nella sostanza si ammalerebbe o si ferirebbe di continuo, ma sempre in modo non grave, con assenze sempre "non di lunga durata" e tutto questo in continuazione, per ben 180 giorni nel periodo 1° gennaio-31 dicembre; per non parlare dei 300 giorni in relazione ai quali il superamento dovuto esclusivamente a malattia "comune" appare pressoché impossibile).

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

61. Appare dunque logico ritenere che tale termine possa ricomprendere e tutelare in ampiezza sia situazioni di malattia riconducibili a disabilità, che situazioni di malattia "comuni", risultando in effetti eccessivo se la finalità è solo quella di tutelare esclusivamente contro queste ultime;

62. La conferma, peraltro, ci giunge dalla circostanza che tale trattamento è assicurato non già una sola volta nella vita lavorativa del soggetto, ne né è prevista una diminuzione scalare nel tempo (180 giorni il primo anno; 120 il secondo e così via), ma esso è assicurato in uguale misura in ogni anno lavorativo; e qui si dissipano tutti i dubbi sul fatto che tale termine (**essenzialmente è assicurata l'assenza per malattia per metà anno lavorativo, ciascun anno, per sempre**) è destinato a tutela proprio del disabile (che in effetti è l'unico che possa avere tali prospettive di lunghe assenze per malattia ripetute nel tempo).

63. Ciò posto, si ricorda che la fattispecie della discriminazione indiretta presuppone uno stesso trattamento per due situazioni diverse ed è quindi necessario che vengano comparati un lavoratore disabile e uno non disabile in relazione ad un determinato aspetto della prestazione lavorativa (qui la conservazione del posto in rapporto alle assenze per malattia).

64. Ma nel caso di specie, proprio vista la particolarità dell'istituto che viene in rilievo e la lunga durata dell'assenza – già i 180 giorni retribuiti – vi è un concreto dubbio che possa introdursi un **ragionevole** discorso discriminatorio in una normativa che appare già strutturata per tutelare precipuamente i soggetti disabili.

65. Siamo quindi evidentemente ben lontani dai termini brevissimi di cui alla normativa spagnola che ha dato vita al caso del 2018 (assenze di 8 giorni rapportate ad ulteriori assenze di 30 giorni in un quadrimestre), ma anche considerevolmente lontani (di 1/3) da quelli della normativa danese sul preavviso breve (assenze di 120 giorni nell'arco di un anno) che ha dato vita al precedente del 2013.

66. Il discorso risulta logicamente impostato già con riferimento ai 180 giorni di malattia retribuita. Esso è ancora più evidente considerando gli ulteriori 120 giorni di assenze non retribuite che, su richiesta del lavoratore, possono essere accordate al fine di evitare il licenziamento.

67. Viste le gravissime conseguenze che ne deriverebbero (essenzialmente tutta la contrattazione collettiva italiana sarebbe discriminatoria; i licenziamenti sarebbero tutti nulli, con gravissime conseguenze patrimoniali, anche per le piccole imprese – quale la presente convenuta – ed anche per i datori di lavoro non imprenditori: per una piccola entità imprenditoriale con una condanna al pagamento di 25-30 mesi di retribuzioni a chi non ha lavorato, di regola si rischia la chiusura dell'attività), si ritiene di rappresentare a codesta Corte questo dubbio interpretativo; esso è ancora più rilevante se si considera che – a quanto consta – il diritto dell'U.E. non prescrive una durata specifica del periodo di comporto per il disabile, che il legislatore italiano in materia ha quindi ampia discrezionalità (qui delegata alle parti sociali) e che va evitato che tale discrezionalità possa essere surrettiziamente scavalcata da una non corretta applicazione del diritto dell'Unione immaginando la necessità di differenziare per i disabili un trattamento che è già predisposto per tutelare in prevalenza gli stessi.

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

La seconda questione

68. Nel caso in cui si ritenesse sussistente una astratta discriminazione indiretta, dovrebbe verificarsi essenzialmente se le ragioni del disabile fossero comunque già sufficientemente tutelate dalla normativa in questione, in rapporto agli altri interessi rilevanti nella fattispecie.

69. Come visto il diritto dell'U.E. non prescrive (con l'efficacia interpretativa propria dei considerando) "*il mantenimento dell'occupazione ... di un individuo ... non capace ... ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro*" (17mo considerando), caso in cui sembra rientrare proprio chi non può radicalmente lavorare essendo assente per malattia per un arco di tempo lungo, qui pari ad oltre 180 giorni nel periodo 1.1 – 31.12.

70. A questo punto, l'eventuale ipotetica discriminazione indiretta che ne deriverebbe, dovrebbe essere valutata come legittima o meno, prevedendo la direttiva la legittimità del "*criterio o ... prassi [che] siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari*" (questo in quanto la tutela del disabile va coordinata con altri beni giuridici rilevanti) ed appaiono sussistere dubbi al riguardo.

71. Si è consci che codesta Corte ordinariamente rimette alla valutazione del giudice nazionale l'esistenza di tali parametri e questo probabilmente perché tale valutazione involge più il diritto nazionale – la cui interpretazione esula dai compiti della CG – del diritto dell'Unione.

72. Tuttavia, proprio perché ciò è solo tendenziale (perché in fondo anche attraverso un utilizzo distorto di tali parametri si giungerebbe al risultato della violazione del diritto dell'U.E.), codesta Corte è solita fornire al giudice nazionale utili indicazioni anche concrete sul percorso logico interpretativo da seguire al riguardo (v. proprio i casi del 2013 e del 2018 sopra citati), indicazioni che qui sarebbero particolarmente utili anche perché la giurisprudenza interna di legittimità che si è occupata della questione ha essenzialmente fatto coincidere la discriminazione indiretta con l'illegittimità del trattamento.

73. Nel caso di specie pare a chi scrive che la **finalità** compromissoria perseguita (v. sopra punto n. 29) dalla normativa italiana possa essere ritenuta **legittima**, tutelando in maniera intensa il lavoratore dal rischio di malattia, con conservazione del posto di lavoro per un lungo periodo (circa metà anno, ogni anno, per sempre), ma concedendo al datore di lavoro di porre fine liberamente (superato tale limite) ad un rapporto che non consente una proficua esecuzione (con riallineamento tra forma e sostanza).

74. Circa la **appropriatezza dei mezzi impiegati**, va evidenziato che – come già evidenziato nell'ambito della prima questione – la normativa italiana sulla malattia appare tutelare soprattutto il disabile, posto che garantisce una quantità di assenze per malattia che di regola solo il disabile può maturare, anche in prospettiva pluriennale; ed in tale fase i diritti del disabile sono massimizzati (essendo precluso ogni tipo di licenziamento per giustificato motivo, soggettivo o oggettivo, eccettuata solo la giusta causa che preclude la prosecuzione di ogni rapporto; percependo il disabile una somma pari alla retribuzione come visto al punto n. 31) a fronte della

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

compressione – seppur giustificata, anche in chiave costituzionale – assoluta della situazione giuridica del datore di lavoro (gravato, oltre che da costi economici diretti v punto n. 31, anche da costi organizzativi e formativi relativi all'assunzione di personale a tempo determinato in sostituzione del lavoratore assente per malattia, personale che potendo optare per un rapporto a tempo indeterminato abbandonerà la sostituzione alla prima occasione).

75. Solo superato il termine massimo di comporto (**quando, quindi, il rapporto, nell'arco dell'anno, si svolge per più tempo da ineseguito che da eseguito**) vengono a prevalere gli interessi economici ed organizzativi del datore di lavoro.

76. Viene inoltre prevista la possibilità – a domanda del lavoratore – di ottenere – una sola volta – un ulteriore periodo di stabilità del rapporto, di altri 120 giorni, non retribuiti (anche perché l'istituto nazionale di previdenza sociale ne indennizza – seppure come visto parzialmente, il resto lo paga il datore – al massimo 180).

77. Sul punto va rilevato che la previsione al riguardo contenuta nel contratto collettivo esclude tale possibilità per le malattie croniche e psichiche: questa limitazione, effettivamente, potrebbe apparire contraria al diritto dell'U.E. proprio nella parte in cui dovesse rappresentare un ostacolo discriminatorio per il disabile portatore di una siffatta patologia e la relativa limitazione potrebbe essere disapplicata dal giudice nazionale; tale ultimo tema non è però qui direttamente rilevante in quanto la lavoratrice – pur potendolo fare – non ha fatto richiesta del termine ulteriore in questione che, quindi, non è stato concesso.

78. Tali due periodi sommati tra loro permettono pertanto un'assenza, continuata o meno, di 300 giorni su 365 per il primo anno; per gli anni successivi il lavoratore conserverà il posto di lavoro se rimarrà nel limite di 180 giorni (retribuiti).

79. Tale aspettativa non retribuita di 120 giorni (come detto depurata ovo occorrente del suo carattere discriminatorio relativamente alle malattie croniche o psichiche) – che fa parte della regola normativa – potrebbe anche essere valutata quale potenziale ragionevole accomodamento al fine di escludere l'eventuale discriminazione indiretta.

80. Circa la **necessità dei mezzi impiegati** si è già detto che la normativa fa scattare la facoltà di licenziamento al plastico manifestarsi dell'**inefficienza oggettiva** dal rapporto (**quando in una annualità è più il tempo passato in malattia che quello non in malattia**), venendo qui il dubbio che non si possa comunque fare gravare sul datore di lavoro, oltre un ragionevole arco di tempo (necessario a verificare se il rapporto può proficuamente riprendere) i costi (diretti e organizzativi) di un rapporto con un soggetto comunque non in grado di svolgere la propria prestazione con profitto, perché persistentemente assente dal lavoro.

81. Va inoltre dato atto che la normativa italiana appare frutto non solo di compromesso tra organizzazione aziendale e interesse del lavoratore alla conservazione dell'impiego anche durante una malattia, ma che essa è frutto anche della necessità di garantire la **privacy del disabile**, non tenuto a rivelare al datore di lavoro né il proprio stato di disabilità (salvo sia assunto *ab origine* in quota disabili, ma non è questo evidentemente il caso), né le ragioni (diagnosi) alla base delle proprie assenze per malattia, avendo di contro il datore di lavoro espresso divieto (art. 5, Statuto dei

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

lavoratori) di svolgere propri accertamenti sanitari sulla persona del lavoratore ("*Sono vietati accertamenti da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente*").

82. Secondo la normativa italiana il datore di lavoro non sa il motivo dell'assenza del lavoratore, **non ricevendo certificati con diagnosi** (ossia con la causale della malattia) ma solo con prognosi (anche nel caso di specie ciò si è verificato per i certificati italiani, dall'agosto al dicembre del 2022; solo il certificato thailandese ha riportato la diagnosi).

83. Da ciò consegue che, quando il datore di lavoro fa utilizzo della possibilità di licenziare il lavoratore all'esito di assenze di lungo periodo, lo fa "al buio", ignorando le motivazioni delle assenze per malattia e non è in grado di formulare concrete ipotesi circa l'esistenza o meno di disabilità.

84. Al contrario – non essendo nemmeno sufficiente una eventuale documentazione amministrativa di disabilità: punto n. 32 della sentenza CGUE CONEJERO del 2018 – **per fare una accurata valutazione sull'esistenza o meno della disabilità rilevante in ambito eurounitario sarebbe necessario avere una completa discovery di tutta la documentazione sanitaria del paziente**.

85. Infatti, proprio perché la disabilità è una nozione biopsicosociale non è la malattia o la malformazione in quanto tale a rilevare (CGUE, Z. 18.3.2014, in C-363/2012), ma l'eventuale l'interazione negativa di essa con l'ambiente di lavoro, interazione qui rappresentata esclusivamente dall'assenza prolungata;

86. Ne consegue che per sapere se tale limitazione è prolungata – e, dunque, se il lavoratore è disabile – occorre sapere la specifica causa di un numero di assenze collegate tra loro e tali da integrare la "*limitazione di lunga durata*".

87. Ne consegue che l'idea che il datore di lavoro possa – in controversie come questa in cui si discute solamente di assenza per malattia quale unica limitazione rilevante – essere a conoscenza di una ontologica "disabilità" del lavoratore", in questa chiave, non ha alcun senso, potendo il disabile essere mancato dal lavoro per motivi comuni (e salvo non ammettere, quindi, l'impossibilità di potere superare il periodo di 180-300 giorni a forza di assenze per malattie comuni, ciò che ci riporterebbe però all'insussistenza di una discriminazione indiretta in base alla 1° questione).

88. Dunque, da questo punto di vista, le esigenze di tutela della disabilità mediante l'applicazione di un ipotetico regime differenziato di vantaggio e le esigenze di tutela della privacy medica del disabile potrebbero apparire inconciliabili.

89. Inoltre, laddove in seguito si addebitasse al datore di lavoro un comportamento scorretto, questo sarebbe in realtà di regola incolpevole, **mancando** (a cagione dell'ignoranza delle diagnosi delle singole assenze) **un elemento soggettivo di dolo o di colpa**.

90. E sul punto va evidenziato come la normativa italiana, in materia lavoristica, non prevede ipotesi di risarcimento del danno (qui conseguenti al licenziamento) svincolate dall'esistenza di un elemento soggettivo del danneggiante ed apparirebbe eccessivamente gravoso fondare sul solo piano oggettivo, della discriminazione indiretta (elemento già precario a monte, sulla base di tutto quanto evidenziato in relazione alla prima questione sollevata) una siffatta ipotesi di responsabilità.

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

91. In definitiva, la normativa italiana, al superamento di un termine massimo (che appare tutelare *in primis* proprio i disabili), di lunghezza tale (oltre 180 giorni retribuiti) da rendere oggettivamente e stabilmente disfunzionale il rapporto, tanto da rimettere al datore di lavoro la scelta discrezionale di procedere al licenziamento, ritiene – ma solo laddove il lavoratore non richieda un periodo di aspettativa non retribuita di altri 120 giorni al fine di conservare il rapporto di lavoro – infine di fare prevalere gli interessi economici ed organizzativi del datore di lavoro (17mo considerando), consentendogli di procedere ad un licenziamento che ha quale unico e semplice presupposto il superamento del termine, senza introdurre questioni ulteriori in ordine al tipo di patologia che affligge il lavoratore o che ne ha determinato le assenze, in quanto il sistema – a tutela della privacy del lavoratore – non informa il datore di lavoro delle diagnosi delle sue assenze per malattia; questioni che aprirebbero ad una fase di enorme incertezza non solo sui presupposti di licenziamento, ma anche sul futuro dell'attività, danneggiando ulteriormente la stessa (si pensi per tutte alla legittime necessità di stabilizzare i lavoratori a termine in sostituzione degli assenti per malattia oltre il termine massimo, necessità gravemente compromesse dall'esistenza di possibili contenziosi discriminatori – con diritto alla riassunzione – quale il presente).

92. La normativa italiana (L. n. 68/1999), peraltro, tutela il disabile anche all'esterno del rapporto di lavoro e più in generale nell'ambito del mercato del lavoro, posto che i datori di lavoro che occupano **più di 14 dipendenti** devono **riservare una quota variabile di posti di lavoro** in favore di soggetti **disabili (**dai 15 ai 35 è necessario assumere 1 lavoratore disabile che sale a 2 nella fascia da 36 a 50 dipendenti. Le aziende con più di 50 dipendenti devono, invece, riservare il 7% dei posti in favore delle categorie protette) che vengono assunti da speciali elenchi e previa verifica della condizione di disabilità (in base a determinate soglie sanitarie: p.e. occorre almeno il 46% di invalidità civile; ma è sufficiente il 34 % se l'invalidità è derivante da causa lavorativa) da parte di commissioni mediche pubbliche (ad onor del vero la ricorrente, in base alla valutazione della commissione medica di circa 1 anno fa, è al di sotto di tale soglia, ma si tratta di valutazione che può comunque essere ripetuta).

93. Alla luce di tali criticità c'è quindi il dubbio che **rendere del tutto incerti i confini applicativi di una legittima facoltà di recesso (all'esito del superamento del comporto) senza giustificazione potrebbe rendere la stessa eccessivamente rischiosa ed onerosa, importandone una sorta di abrogazione di fatto** e compromettendo oltremodo la gestione dell'azienda o dell'attività.

94. In tale quadro sorge quindi il dubbio interpretativo che l'eventuale discriminazione indiretta potrebbe comunque rispondere ai requisiti di legittimità, appropriatezza e necessità.

I possibili accomodamenti ragionevoli.

95. Vi sono anche problemi in tema di accomodamenti ragionevoli astrattamente adottabili: tale analisi è necessaria in quanto **l'eventuale assenza di possibili accomodamenti ragionevoli diversi da quelli già previsti dalla normativa, andrebbe a sancire ulteriormente la natura necessitata della disciplina nazionale attuale e conseguentemente la legittimità dell'operato del datore di lavoro**.

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

96. Uno di essi è già previsto a livello normativo e potrebbe essere quello dell'aspettativa non retribuita previsto dal contratto collettivo applicabile al rapporto di specie (anche depurato da eventuali profili di discriminatorietà) e sullo stesso, come anticipato, si chiede una eventuale valutazione della Corte in termini di ragionevolezza e sufficienza al fine di evitare un trattamento discriminatorio (il fatto di non essere in concreto stato richiesto dalla lavoratrice non dovrebbe andare a svantaggio del datore, rilevando comunque la circostanza che il sistema prevedesse tale possibilità).

    La circostanza che l'aspettativa debba essere richiesta dal lavoratore discende evidentemente dalla circostanza che questi è (legalmente) il solo in possesso della documentazione necessaria, nonché è (legalmente) a conoscenza del proprio eventuale stato di disabilità e, comunque, è certamente il soggetto interessato ad ottenere un eventuale allungamento del rapporto; d'altra parte anche una eventuale conoscenza (come nel caso di specie), nel datore, di parte (minoritaria) delle causali delle assenze (e, dunque, come visto ai punti 84-87, con assenza della conoscenza della disabilità del lavoratore), difficilmente potrebbe essere valorizzata al fine di introdurre un obbligo in capo allo stesso, soprattutto laddove ***in primis*** **il lavoratore a ciò direttamente interessato abbia ritenuto di non avvalersi di tale facoltà**.

97. Altri strumenti potrebbero invece apparire di **problematica applicazione e quindi potenzialmente irragionevoli**: il primo teoricamente utilizzabile (scomputo dei periodi riferiti ad assenze determinate da disabilità) si scontra frontalmente con il 17mo considerando della direttiva, posto che è idoneo ad impedire l'estinzione di un rapporto di lavoro di chi non è permanentemente in grado di lavorare, risultando a quel punto ammissibili assenze per un periodo di tempo potenzialmente infinito.

98. Il secondo teoricamente utilizzabile (assegnazione di un periodo **retribuito** di maggiore durata della conservazione del posto di lavoro per il disabile, evidentemente diverso dall'aspettativa non retribuita di 120 giorni già prevista dal contratto collettivo), soggiace alle incertezze di determinare un termine ad opera del datore di lavoro (che come detto opera "alla cieca" senza conoscere la documentazione sanitaria del lavoratore), compromettendo la certezza del diritto e la legittimità del futuro licenziamento (potendo evidentemente il giudice successivamente adito ritenere troppo corto il periodo ulteriore assegnato dal datore), ciò che pure parrebbe compromettere quanto salvaguardato dal 17mo considerando.

99. Trattandosi (in tesi) di un periodo di ulteriore assenza retribuita appena susseguente ai 180 giorni già retribuiti/indennizzati, l'Istituto di previdenza sociale nazionale non parteciperebbe alla spesa, che sarebbe quindi totalmente a carico del datore di lavoro (che nel caso di specie ha già corrisposto circa 2 mensilità complessive al lavoratore nell'arco dei 180 giorni di malattia), con il conseguente innescarsi di una ulteriore questione, anche ai fini della valutazione della "proporzione" dell'onere economico conseguente (ai sensi dell'art. 5 della direttiva), valutazione anche questa certamente non banale (inoltre, considerato come i 180 giorni di comporto riguardano ciascuna annualità, è logico immaginare che tale accomodamento consistente in un ulteriore periodo di assenza retribuita a carico del datore di lavoro possa ripetersi in una pluralità di annualità).

100. Peraltro, occorre anche domandarsi se nella ragionevolezza rientri il sostenere il datore di lavoro un costo economico (anche rilevante) non finalizzato

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

all'adempimento della controprestazione da parte del lavoratore (come p.e. riadattare i locali), bensì totalmente svincolato da essa.

101. Resta infine un ulteriore elemento da valutare (in punto a nesso di causalità tra mancata adozione dell'accomodamento ragionevole e licenziamento) ed è rappresentato dalla possibilità o meno di verificare se l'eventuale concessione di un ulteriore periodo di sospensione del rapporto di lavoro al disabile ne avrebbe consentito effettivamente il ritorno al lavoro ed evitato pertanto il licenziamento (cosiddetta "prova di resistenza").

102. Nel caso di specie, come visto, anche dopo una ventina di giorni dal superamento dei 180 giorni la ricorrente era certificata come in malattia; inoltre, ancora a distanza di molti mesi dal licenziamento, la lavoratrice si trovava in condizioni di salute tali da impedirne la ripresa del lavoro e di tale elemento – pur successivo al licenziamento – c'è il dubbio che possa o debba tenersi conto ai fini della valutazione di una eventuale condotta discriminatoria da parte del datore di lavoro, perché in effetti, sanzionare (con le gravi conseguenze risarcitorie sopra esaminate) il datore di lavoro, anche di piccole dimensioni, anche non imprenditore, che ha licenziato il lavoratore in base alla normativa esistente (già a tutela di assenze di lungo periodo), in tesi per non avergli concesso un ulteriore periodo (retribuito) di conservazione del posto di lavoro, **allorquando quest'ultimo comunque non sarebbe stato in grado di tornare comunque al lavoro anche in un termine ulteriore** (17mo considerando), potrebbe essere ritenuto eccessivo e, di contro, la normativa interna contraria, sul punto necessitata.

Conclusioni

103. Il dubbio complessivo che consegue a quanto esposto è che – dato il sistema normativo italiano così come appena riassunto – potrebbe non apparire possibile una correzione "volante" e parziale ad opera della discriminazione indiretta, senza comportare un pregiudizio rilevante per gli altri interessi coinvolti, venendo in gioco l'impostazione generale del sistema (individuazione del periodo massimo di sospensione del rapporto, tutela della privacy del disabile, tutela del datore di lavoro in relazione all'elemento soggettivo nel momento del licenziamento, funzionamento della previdenza sociale), rimessa alla discrezionalità del legislatore, con la conseguenza che la normativa esistente potrebbe apparire sul punto necessitata.

Richiesta di applicazione del procedimento accelerato.

104. Si ritengono sussistenti i motivi ("*la natura della causa richiede un suo rapido trattamento*") che giustificano la richiesta di trattazione con procedimento accelerato ai sensi dell'art. 105, paragrafo 1, del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia del 25 settembre 2012.

105. Il diritto italiano – sul punto anche recependo le regole eurounitarie – pone grande attenzione alla ragionevole durata dei processi: in materia di lavoro ed in particolare in tema di licenziamento in cui vi è domanda di reintegrazione nel posto di lavoro, si richiede al giudice una particolare celerità (art. 441-bis c.p.c.) venendo, inoltre, in questione denari di regola necessari alla sussistenza del lavoratore; sotto altra prospettiva, l'attesa degli ordinari tempi di decisione di codesta Corte, in sinergia con il meccanismo risarcitorio italiano per l'ipotesi di discriminazione – che in caso di accoglimento porterà alla liquidazione in favore del lavoratore di una

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868

somma pari a tutte le retribuzioni omesse sino alla pronuncia reintegrazione (e al pagamento dei relativi contributi previdenziali) – potrebbe pregiudicare eccessivamente le ragioni della parte convenuta, in ipotesi di sua soccombenza.

per questi motivi

Chiede alla Corte di giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, sulle questioni interpretative pregiudiziali formulate in motivazione, ossia:

1) **se la direttiva 2000/78 sia di ostacolo ad una normativa nazionale che, prevedendo il diritto alla conservazione del posto di lavoro in caso di malattia per 180 giorni retribuiti, nel periodo dal 1.1 al 31.12 di ciascun anno, oltre ad ulteriori 120 giorni di aspettativa non retribuita (fruibili questi 1 sola volta) su richiesta del lavoratore, non preveda una disciplina differente tra lavoratori qualificabili come disabili e lavoratori che non lo sono;**
2) **laddove la normativa nazionale descritta in motivazione dovesse essere considerata astrattamente integrante una discriminazione indiretta, se la normativa stessa sia comunque oggettivamente giustificata da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari;**
3) **se un accomodamento ragionevole idoneo e sufficiente ad evitare la discriminazione possa essere rappresentato dalla previsione di un'aspettativa non retribuita, a richiesta del lavoratore, successiva allo scadere dei 120 giorni di malattia ed idonea ad impedire il licenziamento sino alla sua scadenza;**
4) **se possa ritenersi ragionevole un accomodamento consistente nel dovere del datore di lavoro di concedere – alla scadenza del periodo di 180 giorni di malattia retribuita – un ulteriore periodo retribuito integralmente a suo carico, senza ottenere una controprestazione lavorativa;**
5) **se, al fine di valutare il comportamento discriminatorio del datore di lavoro, possa valutarsi (ai fini dello stabilire la legittimità o meno del licenziamento) la circostanza che anche un'eventuale ulteriore periodo di stabilità del rapporto retribuita a carico del datore di lavoro non avrebbe consentito il rientro al lavoro del disabile, permanendo il suo stato di malattia.**

Chiede alla Corte di giustizia dell'Unione europea che le questioni pregiudiziali siano decise con procedimento accelerato, ai sensi degli articoli 23bis dello Statuto e 105 del Regolamento di procedura della Corte.

Dispone la sospensione del giudizio sino alla pubblicazione della decisone della Corte di giustizia sulle predette questioni interpretative pregiudiziali. Manda alla cancelleria, perché trasmetta alla Cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea, con le modalità indicate nelle Raccomandazioni relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, la presente ordinanza unitamente alla copia del fascicolo d'ufficio, provvedendo a tutti i necessari adempimenti di competenza.

Si comunichi

Ravenna, li 04/01/2023

IL GIUDICE

DOTT. DARIO BERNARDI

Firmato Da: BERNARDI DARIO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 97799b963b89ea68b334f7825946868