

Accoglimento totale n. cronol. 26928/2021 del 10/11/2021
RG n.

N. R.G.L.



TRIBUNALE DI MILANO
SEZIONE LAVORO
ORDINANZA *EX* ART. 1, CO. 49, LEGGE 92/2012

Il Giudice del Lavoro, dott.ssa Chiara COLOSIMO, nel procedimento *ex* art. 1, co. 47ss., Legge 92/2012 promosso

da

, con l'Avv. e l'Avv.

contro

, con l'Avv. e l'Avv.

letti gli atti,
esaminati i documenti,

a scioglimento della riserva assunta il 3 novembre 2021,
osserva,

IN FATTO

con ricorso *ex* art. 1, co. 47ss., Legge 92/2012 depositato in data 13 settembre 2021,
ha convenuto in giudizio avanti al Tribunale di Milano –
Sezione Lavoro – , impugnando il licenziamento
intimato per superamento del periodo di comportamento, per sentir accogliere le seguenti
conclusioni:

“Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, in funzione di Giudice del lavoro, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e difesa, così giudicare:

1) Nel merito, in via principale:

a) accertare e dichiarare la nullità del licenziamento intimato da S alla sig.ra ., in quanto discriminatorio e, per l'effetto, condannare la convenuta alla reintegrazione della ricorrente nel posto di lavoro e al risarcimento del danno in misura pari a tutte le retribuzioni maturate dalla data del licenziamento a quella di effettiva reintegra, comunque in misura non inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, sulla base del tallone mensile di lordi euro 2.355,13, nonché al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali di legge in favore della ricorrente con riferimento al medesimo periodo, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, ai sensi dell'art. 18, commi 1 e 2, L. 300/1970;

2) Nel merito, in via subordinata:





a) accertare e dichiarare l'illegittimità del licenziamento di cui è causa in quanto intimato in violazione dell'art. 2110 c.c. e, per l'effetto, condannare la convenuta alla reintegrazione della ricorrente nel posto di lavoro e al risarcimento del danno in misura pari a tutte le retribuzioni maturate dalla data del licenziamento a quella di effettiva reintegra, nella misura massima di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, , sulla base del tallone mensile di lordi euro 2.355,13, nonché al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali di legge in favore della ricorrente con riferimento al medesimo periodo, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, ai sensi dell'art. 18, commi 7 e 4, L. 300/1970".

Con vittoria delle spese di lite.

Si è costituita ritualmente in giudizio , eccependo l'infondatezza in fatto e in diritto delle domande di cui al ricorso e chiedendo il rigetto delle avversarie pretese.

Con vittoria delle spese di lite.

Esperito inutilmente il tentativo di conciliazione e ritenuta la causa matura per la decisione senza necessità di accertamento istruttorio, il Giudice ha invitato i procuratori alla discussione orale e, all'esito, si è riservato di decidere.

IN DIRITTO

è stata assunta da il 2 aprile 2012 con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e pieno, inquadramento nel III C.C.N.L. Terziario e mansioni di assistente alla poltrona di medico odontoiatra (doc. 5, fascicolo ricorrente); con decorrenza dicembre 2012, è stata promossa caposala e supervisore del reparto odontoiatrico (doc. 6, fascicolo ricorrente). Il rapporto è proseguito sino al 25 febbraio 2021, quando la lavoratrice è stata licenziata per superamento del periodo di comporto, avendo maturato complessivi 229 giorni di assenza nei 12 mesi antecedenti (doc. 25, fascicolo ricorrente).

impugna il recesso datoriale eccepandone la discriminatorietà in conseguenza del suo stato di salute, contestando la maturazione del comporto in ragione della disciplina emergenziale ritenuta applicabile al caso di specie, e insistendo sul fatto che il licenziamento avrebbe potuto essere evitato con l'adozione di un ragionevole accomodamento.

Conclude, pertanto, come sopra precisato.

*** * ***



Accoglimento totale n. cronol. 26928/2021 del 10/11/2021
RG n. .



Il ricorso deve essere accolto nei limiti e per le ragioni di seguito evidenziate.

È circostanza pacifica in giudizio che _____ abbia effettivamente maturato complessivi 229 giorni di assenza nei 12 mesi antecedenti il licenziamento.

Con il presente giudizio, tuttavia, la ricorrente sostiene che, ai fini della maturazione del periodo di comporta, non avrebbero dovuto essere considerate tutte le assenze imputabili alla condizione di rischio cui si è trovata esposta – a far data dall’insorgere dell’emergenza epidemiologica Covid-19 – in ragione dell’immunodepressione correlata alle proprie condizioni di salute, quale soggetto affetto da insufficienza surrenalica cronica (doc. 7, fascicolo ricorrente).

*

Ai fini del superamento del periodo di comporta, _____ ha considerato le assenze maturate nei periodi dal 27 febbraio 2020 al 3 marzo 2020, dall’11 marzo 2020 al 3 aprile 2020, dal 28 maggio 2020 al 28 giugno 2020, dal 29 giugno 2020 al 31 luglio 2020, dal 27 ottobre 2020 al 26 novembre 2020, dal 27 novembre 2020 al 28 dicembre 2020, dal 19 dicembre 2020 al 28 gennaio 2021 e dal 29 gennaio 2021 al 25 febbraio 2021 (doc. 25, fascicolo ricorrente).

Come si evince dalla documentazione di causa, il periodo di assenza dal 27 febbraio 2020 al 3 marzo 2020 è imputabile a una “*distorsione caviglia sx*” (doc. 11, fascicolo ricorrente); del pari, il periodo di assenza dall’11 marzo 2020 al 3 aprile 2020 è riconducibile a “*dolore in instabilità articolare post-trauma caviglia sx*” (doc. 12, fascicolo ricorrente).

Si tratta, dunque, di assenze senz’altro rilevanti ai fini del comporta.

Con lettera inviata per conoscenza alla lavoratrice, ma diretta al legale rappresentante, al direttore generale e al direttore sanitario di _____

, il 9 marzo 2020, il medico competente ha segnalato la “*condizione di ipersuscettibilità al rischio biologico legato all’emergenza COVID-19*” di _____

precisando: “...la Signora _____ presenta condizioni di ipersuscettibilità tali per cui potrebbe rendersi necessario l’astensione dal Lavoro a scopo precauzionale qualora le procedure, i mezzi di protezione e le strategie organizzative eventualmente individuate dall’Azienda (*cambio mansione senza attività di assistenza, distanza di sicurezza di 1 metro da altro operatore, mascherina con filtro ffp3*) non fossero rispettate o attuabili o non venissero





più giudicate sufficienti ad assicurare la corretta protezione dal Servizio di Prevenzione e Protezione, di concerto con la sottoscritta, o da eventuali indicazioni operative che dovessero essere emesse nel prosieguo dell'epidemia dagli organi competenti. Valutare, ove possibili, soluzioni di smart working” (doc. 10, fascicolo ricorrente).

Il successivo 5 maggio 2020, il medesimo medico competente ha trasmesso alla convenuta il giudizio di idoneità alla mansione specifica della ricorrente ritenendola – previa valutazione, tra gli altri, del rischio da “Agenti biologici: con riferimento ad emergenza coronavirus” – soggetto “idoneo con limitazioni. Limitazioni: precluse attività di sterilizzazione strumenti; preclusa assistenza al paziente”, e disponendo una periodicità di visita “trimestrale” con suggerimento di una ulteriore verifica “entro il 04/08/2020 previa esecuzione degli accertamenti previsti dal programma di sorveglianza sanitaria predisposto dal medico competente ed in vostro possesso” (doc. 13, fascicolo ricorrente).

Con e-mail del 28 maggio 2020 diretta all'HR Internal Staff Officer il medico competente ha comunicato all'azienda quanto segue: “per _____ ho saputo che le tutele del decreto cura italia tra cui il codice V07 per gli ipersuscettibili sono prorogate fino al 31 luglio 2020. Si tratta dell'art 74 comma 1 lettera a) del D.L. 34 del 19 maggio 2020 che modifica l'art 26 comma 2 del D.l. del 17 marzo 2020. Questo significa che con una mia dichiarazione – che invio subito a _____ [n.d.e. la ricorrente] che la porta al suo curante – lei può godere di astensione dal Lavoro senza essere penalizzata fino al 31 luglio 2020. Questo percorso non è obbligatorio, attenzione. È una soluzione temporanea nel caso in cui l'azienda non possa compensare: una modifica della sua mansione e della sua esposizione a rischio potrebbe renderla operativa già da subito. Io credo che l'Azienda debba considerare seriamente la possibilità di un cambio mansione per _____ [n.d.e. la ricorrente], a lungo termine” (doc. 14, fascicolo ricorrente; documento prodotto parzialmente, ma non contestato nel suo contenuto richiamato al cap. 26, ricorso). Parallelamente, il sanitario ha informato la lavoratrice che “...le tutele del decreto cura italia tra cui il codice V07 per gli ipersuscettibili sono prorogate fino al 31 luglio 2020. Si tratta dell'art 74 comma 1 lettera a) del D.L. 34 del 19 maggio 2020 che modifica l'art 26 comma 2 del D.l. del 17 marzo 2020. In questo momento tu sei inquadrata come ASO [Assistente Odontoiatra, NdR], quindi il fatto che tu sia portatrice di una patologia cronica che ti costringe ad assumere una terapia immunosoppressiva, ti mette nella condizione di non idoneità temporanea alla mansione di assistenza. Pur ritenendo che la soluzione sia in realtà un cambio mansione a lungo termine (oggi è il coronavirus, domani chissà...), in questo momento



Accoglimento totale n. cronol. 26928/2021 del 10/11/2021
RG n.



l'unica cosa che puoi fare, se non ti propongono un cambio mansione, è farti fare un certificato di malattia con codice V07 per stare a casa fino al 31 Luglio. Questo senza che questo periodo rientri nel monte-ore di malattia ed entri quindi nel conteggio del periodo di comparto. Ovvio che se ti propongono altra mansione, cambia la prospettiva” (doc. 15, fascicolo ricorrente).

Ancora, il 25 giugno 2020, il medico competente ha confermato “la non idoneità temporanea alle mansioni di assistenza e sterilizzazione. I Medici Competenti hanno ricevuto precise indicazioni in merito alle condizioni di fragilità da continuare a tutelare e tra queste rientra anche la condizione in questione. Dal mio punto di vista, quindi, credo che debba essere continuata la malattia in assenza di un cambio mansione che, vista la dinamica ancora incerta dell'epidemia, ritengo sempre più indicato per permettere il rientro della Lavoratrice – che sta bene – in condizioni di sicurezza” (doc. 17, fascicolo ricorrente).

In questo contesto si inseriscono le assenze del periodo dal 28 maggio 2020 al 28 giugno 2020, dal 29 giugno 2020 al 31 luglio 2020 e dall'1 agosto 2020 al 16 agosto 2020, tutte prescritte per “necessità di isolamento e di altre misure profilattiche per insuff. cortico-surrenalica, asma” (docc. 16, fascicolo ricorrente).

D'altronde, è del 3 agosto 2020 la e-mail con cui l'HR Internal Staff Officer conferma ad _____ che “dev[e] continuare con la malattia perché non pu[ò] essere adibita alla tua normale mansione e non abbiamo posti vacanti alternativi”; comunicazione che segue quella con cui il medico competente aveva rappresentato: “lo stato di emergenza è stato prorogato, quindi direi che anche dal punto di vista dei Lavoratori ipersuscettibili possiamo considerare la possibilità di prolungare l'assenza a scopo precauzionale. Credo che [n.d.e. la ricorrente] possa sentire il suo Medico di Medicina Generale per verificare che abbia ancora effettivamente la possibilità di usare il codice INPS. Se questo non fosse possibile, credo che debbano essere valutate soluzioni che permettano smart working” (doc. 18, fascicolo ricorrente).

È poi documentale che, nel periodo compreso tra il 16 agosto e il 27 ottobre 2020, _____ si è assentata per ferie, permessi e ROL (docc. 20 e 21, fascicolo ricorrente): “...ti confermo che resterai in ferie/permesso/roll fino a quando la situazione sanitaria generale non sarà cambiata. Per quanto concerne la mansione e lo smartworking, come già ti avevamo accennato durante la call effettuata, non c'è fattibilità al momento” (doc. 22, fascicolo ricorrente).



Accoglimento totale n. cronol. 26928/2021 del 10/11/2021
RG n.



È, infine, documentale che le assenze dal 27 ottobre 2020 al 26 novembre 2020, dal 27 novembre 2020 al 28 dicembre 2020, dal 19 dicembre 2020 al 28 gennaio 2021 e dal 29 gennaio 2021 al 28 febbraio 2021 sono riconducibili allo “*stato di immunodepressione in iposurrenalismo da prescrizione medico competente*” (doc. 24, fascicolo ricorrente).

Il 25 febbraio 2021 è stata licenziata per superamento del periodo di comporto.

*** * ***

Alla luce di tutta la documentazione sin qui richiamata, possono darsi per acquisite al giudizio le seguenti circostanze: le assenze comprese tra il 28 maggio 2020 e il 25 febbraio 2021 non sono conseguenti a una malattia (intesa quale perturbazione funzionale di tipo dinamico e/o alterazione che induce una temporanea limitazione funzionale dell'organismo) della ricorrente; nel periodo compreso tra il 28 maggio 2020 e il 25 febbraio 2021 le condizioni di salute di non avevano subito nessun cambiamento né alcun aggravamento rispetto alla condizione pregressa che ne aveva consentito l'ordinario – e pieno – svolgimento della mansioni di assegnazione; lato lavoratrice, le assenze comprese tra il 28 maggio 2020 e il 25 febbraio 2021 sono esclusivamente imputabili all'emergenza epidemiologica e alla ritenuta insorgenza, da parte del medico competente, di un rischio specifico di esposizione ad agenti biologici incompatibile con la diagnosi di iposurrenalismo; delle suddette circostanze il datore di lavoro è sempre stato reso pienamente edotto; le assenze comprese tra il 28 maggio 2020 e il 25 febbraio 2021 sono, parimenti, correlate alla ritenuta impossibilità – da parte del datore di lavoro – di adibire la ricorrente a mansioni differenti ovvero ad attività lavorativa in *smart working*.

*** * ***

Orbene, per le ragioni che si vanno a esporre, ritiene il giudicante che le assenze comprese tra il 28 maggio 2020 e il 25 febbraio 2021 non potessero essere considerate ai fini della maturazione del comporto.

*

Con l'art. 26, co. 2, D.L. 18/2020 – nella sua formulazione originaria – si era stabilito: “*Fino al 30 aprile ai lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge*



Accoglimento totale n. cronol. 26928/2021 del 10/11/2021
RG n.



5 febbraio 1992, n.104, nonché ai lavoratori in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della medesima legge n. 104 del 1992, il periodo di assenza dal servizio prescritto dalle competenti autorità sanitarie, è equiparato al ricovero ospedaliero di cui all'articolo 19, comma 1, del decreto legge 2 marzo 2020, n. 9". L'art. 19, co. 1, D.L. 9/2020 prevedeva: "Il periodo trascorso in malattia o in quarantena con sorveglianza attiva, o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva, dai dipendenti delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, dovuta al COVID-19, è equiparato al periodo di ricovero ospedaliero".

In sede di conversione, l'art. 26, co. 2, D.L. 18/2020 è stato così sostituito dall'art. 1, co. 1, Legge 27/2020: *"Fino al 30 aprile 2020 per i lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché per i lavoratori in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della medesima legge n. 104 del 1992, il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero di cui all'articolo 87, comma 1, primo periodo, del presente decreto ed è prescritto dalle competenti autorità sanitarie, nonché dal medico di assistenza primaria che ha in carico il paziente, sulla base documentata del riconoscimento di disabilità o delle certificazioni dei competenti organi medico-legali di cui sopra, i cui riferimenti sono riportati, per le verifiche di competenza, nel medesimo certificato. Nessuna responsabilità, neppure contabile, è imputabile al medico di assistenza primaria nell'ipotesi in cui il riconoscimento dello stato invalidante dipenda da fatto illecito di terzi?"* (disposizione in vigore dal 30 aprile 2020 al 18 maggio 2020).

La previsione è stata successivamente modificata dall'art. 74, co. 1, lett. a), D.L. 19/2020 poi convertito, con modificazioni, dalla Legge 77/2020: *"Fino al 31 luglio 2020 per i lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché per i lavoratori in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della*



Accoglimento totale n. cronol. 26928/2021 del 10/11/2021
RG n.



medesima legge n. 104 del 1992, il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero di cui all'articolo 87, comma 1, primo periodo, del presente decreto ed è prescritto dalle competenti autorità sanitarie, nonché dal medico di assistenza primaria che ha in carico il paziente, sulla base documentata del riconoscimento di disabilità o delle certificazioni dei competenti organi medico-legali di cui sopra, i cui riferimenti sono riportati, per le verifiche di competenza, nel medesimo certificato. Nessuna responsabilità, neppure contabile, è imputabile al medico di assistenza primaria nell'ipotesi in cui il riconoscimento dello stato invalidante dipenda da fatto illecito di terzi" (disposizione in vigore dal 19 maggio 2020 al 14 agosto 2020).

Ai sensi dell'art. 87, co. 1, primo periodo, D.L. 18/2020, *ratione temporis* applicabile, "Il periodo trascorso in malattia o in quarantena con sorveglianza attiva, o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva, dai dipendenti delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, dovuta al COVID-19, è equiparato al periodo di ricovero ospedaliero".

Con il successivo art. 26, co. 1bis, 104/2020, convertito con modificazioni dalla Legge 126/2020, il comma è stato così sostituito: "Fino al 15 ottobre 2020 per i lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero ed è prescritto dalle competenti autorità sanitarie, nonché dal medico di assistenza primaria che ha in carico il paziente, sulla base documentata del riconoscimento di disabilità o delle certificazioni dei competenti organi medico-legali di cui sopra, i cui riferimenti sono riportati, per le verifiche di competenza, nel medesimo certificato. Nessuna responsabilità, neppure contabile, salvo il fatto doloso, è imputabile al medico di assistenza primaria nell'ipotesi in cui il riconoscimento dello stato invalidante dipenda da fatto illecito di terzi. È fatto divieto di monetizzare le ferie non fruite a causa di assenze dal servizio di cui al presente comma" (disposizione in vigore sino dal 14 agosto al 31 dicembre 2020).

A norma dell'art. 1, co. 481, Legge 178/2020, le disposizioni di cui al comma in esame hanno trovato applicazione, altresì, nel periodo compreso tra l'1 gennaio 2021 e il 28 febbraio 2021.

*



Accoglimento totale n. cronol. 26928/2021 del 10/11/2021
RG n.



Sostiene parte convenuta che, sino all'introduzione della modifica di cui all'art. 15, co. 1, lett. a), D.L. 41/2021 (*“Fino al 30 giugno 2021, laddove la prestazione lavorativa non possa essere resa in modalità agile ai sensi del comma 2-bis, per i lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero ed è prescritto dalle competenti autorità sanitarie, nonché dal medico di assistenza primaria che ha in carico il paziente, sulla base documentata del riconoscimento di disabilità o delle certificazioni dei competenti organi medico-legali di cui sopra, i cui riferimenti sono riportati, per le verifiche di competenza, nel medesimo certificato. I periodi di assenza dal servizio di cui al presente comma non sono computabili ai fini del periodo di comporto e, per i lavoratori in possesso del predetto riconoscimento di disabilità, non rilevano ai fini dell'erogazione delle somme corrisposte dall'INPS, a titolo di indennità di accompagnamento. Nessuna responsabilità, neppure contabile, salvo il fatto doloso, è imputabile al medico di assistenza primaria nell'ipotesi in cui il riconoscimento dello stato invalidante dipenda da fatto illecito di terzi. E' fatto divieto di monetizzare le ferie non fruite a causa di assenze dal servizio di cui al presente comma”*), non vi era alcuna norma che consentisse l'equiparazione della fattispecie di cui all'art. 26, co. 2, D.L. 18/2020 a quella di cui all'art. 26, co. 1, D.L. 18/2020 la quale ultima – sin dal principio – ha previsto l'esclusione dal computo del periodo di comporto dei giorni di assenza per quarantena con sorveglianza attiva o permanenza domiciliare fiduciaria: *“Il periodo trascorso in quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva di cui all'articolo 1, comma 2, lettere b) e i) del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, dai lavoratori del settore privato, è equiparato a malattia ai fini del trattamento economico previsto dalla normativa di riferimento e non è computabile ai fini del periodo di comporto”* (testo originario).

La disposizione di cui all'art. 15, co. 1, lett. a), D.L. 41/2021 sarebbe necessariamente innovativa, in quanto intervenuta dopo la scadenza dei termini di cui all'art. 1, co. 481, Legge 178/2020, e destinata a regolare il solo periodo intermedio e successivo: *“Per il periodo dal 1° marzo 2021 alla data di entrata in vigore del presente decreto si applica la disciplina di cui all'articolo 26, commi 2 e 2-bis, del decreto-legge 17 marzo 2020, n.*



Accoglimento totale n. cronol. 26928/2021 del 10/11/2021
RG n.



18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, così come modificato al presente articolo” (art. 15, co. 3, D.L. 41/2021).

Il dato letterale delle disposizioni richiamate e la successione cronologica degli interventi legislativi darebbero conto – secondo l’assunto difensivo di

– dell’intenzione del Legislatore di introdurre una “*comune norma dispositiva con efficacia retroattiva*”.

*

Ritiene il giudicante che la tesi di parte convenuta non possa essere condivisa.

Questo Tribunale ha già avuto modo di pronunciarsi sulla necessità di adottare – rispetto alla normativa emergenziale – un approccio interpretativo coerente con la straordinarietà del contesto della crisi epidemiologica, e aderente a quella prospettiva teleologica che, sola, pare idonea a salvaguardare, nel complesso contesto della crisi sanitaria, la concreta possibilità di tutela dei diritti e degli interessi complessivamente coinvolti: un orientamento che, inevitabilmente, collide con il rigore formale cui fanno riferimento le argomentazioni di segno contrario, che non paiono – talvolta – considerare adeguatamente l’assoluta urgenza e l’estrema complessità degli interventi normativi che il Legislatore è stato chiamato ad adottare (cfr. Tribunale di Milano, 9 novembre 2020, n. 1638).

Interventi normativi, giova rammentare, con i quali si è dovuto far fronte al repentino dilagare dell’emergenza sanitaria imponendo l’adozione di misure oltremodo drastiche di distanziamento sociale e di contenimento della diffusione dell’epidemia, e che hanno inciso significativamente sulle libertà e sull’esercizio dei diritti degli individui e delle collettività, in primo luogo, al precipuo fine di salvaguardarne il primario diritto alla vita e alla salute.

In questa prospettiva, deve necessariamente considerarsi come le previsioni di cui all’art. 26, co. 1 e 2, D.L. 18/2020, sin dalla loro originaria formulazione, partecipino della medesima finalità e si caratterizzino per un approccio uguale, seppur contrario: il primo comma, guarda alla necessità di isolare dalla collettività quanti abbiano o possano aver contratto il virus (“*Il periodo trascorso in quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva di cui all’articolo 1, comma 2, lettere b) e i) del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, dai lavoratori del settore privato, è equiparato a malattia ai fini del trattamento economico previsto dalla normativa di riferimento e non è computabile ai fini*





del periodo di comporto”); il secondo comma, guarda alla necessità di salvaguardare dal virus i lavoratori che abbiano particolari fragilità e che siano, per questo, maggiormente esposti al contagio e al rischio di contrarre la malattia nelle sue forme più critiche (“Fino al 30 aprile ai lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell’articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché ai lavoratori in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ai sensi dell’articolo 3, comma 1, della medesima legge n. 104 del 1992, il periodo di assenza dal servizio prescritto dalle competenti autorità sanitarie, è equiparato al ricovero ospedaliero di cui all’articolo 19, comma 1, del decreto legge 2 marzo 2020, n. 9”).

Vero che solo l’art. 26, co. 1, D.L. 18/2020 precisa che il periodo di assenza “non è computabile ai fini del periodo di comporto”, sul punto, tuttavia, alcuni rilievi.

Il primo comma regola esclusivamente l’assenza dei lavoratori dipendenti del settore privato, equiparandola alla “malattia”.

Il secondo comma regola l’assenza dei dipendenti del settore pubblico e privato, equiparandola al “ricovero ospedaliero di cui all’articolo 19, comma 1, del decreto legge 2 marzo 2020, n. 9”, ossia al ricovero ospedaliero del dipendente pubblico (dipendente “delle amministrazioni dipendenti delle amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”), al quale è parimenti equiparato il periodo che i medesimi dipendenti pubblici trascorrono “in malattia o in quarantena con sorveglianza attiva, o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva”.

L’equiparazione alla malattia nel settore privato necessitava dell’espressa esclusione del comporto in ragione dell’astratta applicabilità dell’art. 2110 c.c., ma non vi è modo di ritenere che la mancata specificazione nel passaggio successivo – quello dell’equiparazione al ricovero ospedaliero del pubblico dipendente – sottendesse una oggettiva volontà di differenziazione della disciplina.

Tanto si afferma, in primo luogo, in ragione della peculiarità dello statuto normativo del pubblico impiego privatizzato che, come noto, si caratterizza – già dalla riforma di cui alla Decreto Legislativo 29/1993 – per la centralità della contrattazione collettiva che è fonte di regolazione del rapporto, da ultimo, giuste previsioni di cui all’art. 2, co. 2, e all’art. 40, co. 1, D. Lgs. 165/2001: una



Accoglimento totale n. cronol. 26928/2021 del 10/11/2021
RG n.



contrattazione collettiva che prevede, in plurimi comparti, una regolazione *ad hoc* della computabilità nel comparto dei periodi di ricovero ospedaliero, dei periodi di assenza correlati a terapie per gravi patologie o salvavita (cfr. Corte Costituzionale, 3 marzo 2021, n. 28).

Tanto si afferma, ancora, in ragione di una – imprescindibile – lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni di cui qui si discute, sotto il duplice profilo del principio di uguaglianza e di ragionevolezza.

Quanto al primo aspetto, non vi sarebbe modo di giustificare – in punto di computabilità ai fini del comparto – un trattamento differenziato, deteriore per i pubblici dipendenti, di situazioni del tutto equiparabili quali “*il periodo trascorso in quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva... dai lavoratori del settore privato...*” (art. 26, co. 1, D.L. 18/2020) e “*il periodo trascorso in malattia o in quarantena con sorveglianza attiva, o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva, dai dipendenti delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165...*” (art. 19, co. 1, D.L. 9/2020).

Quanto al secondo profilo, sarebbe del tutto irragionevole riservare un trattamento deteriore a soggetti, quali quelli contemplati dall'art. 26, co. 2, D.L. 18/2020, che – in ragione delle peculiari patologie da cui risultano affetti ovvero dello stato di *handicap* – si sono scoperti portatori di una fragilità specifica rispetto al rischio di contagio da Covid-19.

Tanto si afferma, poi, perché è lo stesso Legislatore a intervenire – nella complessa opera regolatoria dell'emergenza epidemiologica – uniformando, sotto il profilo formale, la disciplina di cui si discute.

Sicuramente, come rilevato da parte convenuta, con l'art. 15, co. 1, lett. a), D.L. 41/2021 che ha previsto “*Fino al 30 giugno 2021, laddove la prestazione lavorativa non possa essere resa in modalità agile ai sensi del comma 2-bis, per i lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero ed è prescritto dalle competenti autorità sanitarie, nonché dal medico di assistenza primaria che ha in carico il paziente, sulla base*



Accoglimento totale n. cronol. 26928/2021 del 10/11/2021
RG n.



documentata del riconoscimento di disabilità o delle certificazioni dei competenti organi medico-legali di cui sopra, i cui riferimenti sono riportati, per le verifiche di competenza, nel medesimo certificato. I periodi di assenza dal servizio di cui al presente comma non sono computabili ai fini del periodo di comporto e, per i lavoratori in possesso del predetto riconoscimento di disabilità, non rilevano ai fini dell'erogazione delle somme corrisposte dall'INPS, a titolo di indennità di accompagnamento...".

Tuttavia, in questo senso il Legislatore era già intervenuto con il precedente art. 26, co. 1^{quinquies}, D.L. 104/2020, inserito in sede di conversione dall'art. 1, co. 1, Legge 126/2020, che ha modificato l'art. 87, co. 1, *alinea*, D.L. 18/2020, per come convertito dalla Legge 27/2020, stabilendo, tra l'altro, che “*al primo periodo sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: “e non è computabile ai fini del periodo di comporto”*”.

Disposizione, quest'ultima, che è entrata in vigore il 14 ottobre 2020, e che non ha trovato espresso richiamo nell'art. 26, co. 2, D.L. 18/2020 in quanto lo stesso è stato contemporaneamente così modificato: “*Fino al 15 ottobre 2020 per i lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero ed è prescritto dalle competenti autorità sanitarie, nonché dal medico di assistenza primaria che ha in carico il paziente, sulla base documentata del riconoscimento di disabilità o delle certificazioni dei competenti organi medico-legali di cui sopra, i cui riferimenti sono riportati, per le verifiche di competenza, nel medesimo certificato. Nessuna responsabilità, neppure contabile, salvo il fatto doloso, è imputabile al medico di assistenza primaria nell'ipotesi in cui il riconoscimento dello stato invalidante dipenda da fatto illecito di terzi. E' fatto divieto di monetizzare le ferie non fruite a causa di assenze dal servizio di cui al presente comma*”.

Peraltro, che il complessivo approccio del Legislatore sia sempre stato quello volto a garantire la più ampia tutela possibile ai lavoratori interessati dalle condizioni di cui si discute si evince altresì dal fatto che, con l'art. 87, co. 3^{bis}, D.L. 18/2020, introdotto in sede di conversione dall'art. 1, co. 1, Legge 27/2020, si è garantita – per il caso di ricovero ospedaliero, e situazioni equiparate – la salvaguardia del trattamento retributivo anche accessorio (“*All'articolo 71, comma 1, del decreto-legge 25*



Accoglimento totale n. cronol. 26928/2021 del 10/11/2021
RG n.



giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, al primo periodo, dopo le parole: “di qualunque durata,” sono inserite le seguenti: “ad esclusione di quelli relativi al ricovero ospedaliero in strutture del Servizio sanitario nazionale per l'erogazione delle prestazioni rientranti nei livelli essenziali di assistenza (LEA),”. Agli oneri in termini di fabbisogno e indebitamento netto derivanti dal presente comma si provvede ai sensi dell'articolo 126, comma 6-bis”).

Tanto si afferma, infine, per un ulteriore rilievo di ragionevolezza, posto che l'interpretazione voluta da parte convenuta estenderebbe le tutele dei soggetti di cui all'art. 26, co. 2, D.L. 18/2020 solo a marzo 2021, nell'avvio della fase di contenimento dell'epidemia con la campagna vaccinale, in un contesto connotato da una perdurante situazione emergenziale e da immutate esigenze preventive.

Così, evidentemente, non può essere.

Per tutti questi motivi, ritiene il giudicante che le disposizioni di cui all'art. 26, co. 1 e 2, D.L. 18/2020, all'art. 19, co. 1, D.L. 9/2020 e all'art. 87, co. 1, D.L. 18/2020 debbano essere lette in una prospettiva di reciproca complementarità e compenetrazione, soprattutto, in una prospettiva di complessiva coerenza funzionale, così che deve escludersi che le assenze del comma secondo potessero originariamente essere computate ai fini del comperto, pena l'inevitabile frustrazione della *ratio* alle stesse sottese.

*

Ciò posto, dell'oggettiva riconducibilità alla previsione di cui all'art. 26, co. 2, D.L. 18/2020 di tutte le assenze del periodo compreso tra il 28 maggio 2020 e il 25 febbraio 2021, si è già detto: dette assenze non possono, dunque, essere considerate ai fini della maturazione del comperto, con la conseguenza che

non ha superato – nei dodici mesi antecedenti il licenziamento – il periodo di tolleranza contrattualmente previsto (cfr. art. 186 C.C.N.L. di settore – doc. 9, fascicolo resistente).

Quanto sin qui osservato in ordine alla non computabilità dei giorni di assenza correlati alla condizione di rischio derivante da immunodepressione esclude che, nel caso di specie, possano ricorrere le ulteriori violazioni denunciate in ricorso. In particolare, non potendosi tener conto di quei giorni ai fini della maturazione del comperto, non può a priori porsi alcun problema di ricorrenza di un'ipotesi di



Accoglimento totale n. cronol. 26928/2021 del 10/11/2021
RG n.



discriminazione che sarebbe stata, comunque, indiretta (cfr., *ex multis*, Tribunale di Milano, 27 febbraio 2020, n. 514); del pari, nemmeno può contestarsi un'inadempienza datoriale nella ricerca di soluzioni alternative al licenziamento.

*** * ***

Ai sensi dell'art. 18, co. 7, Legge 300/1970, "Il giudice applica la medesima disciplina di cui al quarto comma del presente articolo nell'ipotesi in cui accerti... che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile...".

_____, quindi, deve essere condannata all'immediata reintegrazione della ricorrente nel posto di lavoro di cui in precedenza o altro equivalente. La convenuta, inoltre, deve essere condannata al pagamento, in favore _____, dell'indennità risarcitoria pari a tutte le retribuzioni lorde globali di fatto (pari a € 2.355,13 lordi mensili, non utilmente contestati e documentalmente provati – cfr. doc. 28, fascicolo ricorrente) maturate dal giorno del licenziamento sino alla presente decisione, nei limiti delle 12 mensilità di legge, oltre le ulteriori mensilità dalla pronuncia sino all'effettiva reintegrazione, e oltre interessi e rivalutazione.

Dalla suddetta somma dovrà essere dedotto l'*aliunde perceptum*.

La resistente, infine, deve essere condannata al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella eventualmente accreditata alla lavoratrice in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative.

*

In ragione del parziale accoglimento del ricorso e della novità della questione, deve procedersi alla compensazione in misura di un terzo delle spese di lite tra le parti; per il resto, la regolazione delle spese segue la soccombenza e, pertanto, la convenuta deve essere condannata al pagamento delle stesse liquidate come in dispositivo.

Ordinanza immediatamente esecutiva *ex art. 1, co. 49, Legge 92/2012*.

P.Q.M.



Accoglimento totale n. cronol. 26928/2021 del 10/11/2021
RG n.



annulla il licenziamento e ordina a l'immediata reintegrazione della ricorrente nel posto di cui in precedenza o equivalente.

Condanna la convenuta a pagare ad l'indennità risarcitoria determinata in tutte le retribuzioni globali di fatto (pari a € 2.355,13 lordi mensili) maturate dalla data del licenziamento a quella della presente decisione, nei limiti delle 12 mensilità, detratto l'*aliunde perceptum*, oltre le ulteriori dalla pronuncia sino alla reintegrazione, e oltre interessi e rivalutazione.

Condanna a versare i contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe maturata nel rapporto di lavoro per cui è causa e quella eventualmente accreditata alla ricorrente in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative.

Rigetta, per il resto, il ricorso.

Compensa, per un terzo, le spese di lite tra le parti.

Condanna alla rifusione delle restanti spese che liquida in complessivi € 3.500,00 oltre spese generali e accessori come per legge.

Ordinanza immediatamente esecutiva *ex lege*.

MANDA

alla Cancelleria per la tempestiva comunicazione alle parti costituite.

Milano, 10 novembre 2021

IL GIUDICE DEL LAVORO
dott.ssa Chiara COLOSIMO

