



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Brescia, Sezione Lavoro, composta dai
Sigg.:

Dott. Antonio MATANO Presidente
Dott.ssa Giuseppina FINAZZI Consigliere rel
Dott.ssa Giulia DI MARCO Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile promossa in grado d'appello con ricorso depositato
in Cancelleria il giorno 15/03/19, iscritta al n. 52/19 R.G. Sezione
Lavoro e posta in discussione all'udienza collegiale del 26/09/19

da

POSTE ITALIANE SPA, in persona del legale rappresentante pro-
tempore rappresentata e difesa dall'Avv.to [REDACTED] di
Roma e dall'Avv.to [REDACTED] di Brescia, quest'ultimo
domiciliatario giusta delega in atti.

RICORRENTE APPELLANTE

contro

[REDACTED], rappresentata e difesa dall'Avv.to Veronica
MEZZASALMA di Bergamo, domiciliatario giusta delega in atti.

RESISTENTE APPELLATA

In punto: appello a sentenza n. 613/18 del 13/09/18 del Tribunale di
Bergamo.

Conclusioni:

OGGETTO:

Contratto a termine
formazione e lavoro



Della ricorrente appellante:*Come da ricorso***Della resistente appellata:***Come da memoria*

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n.613/2018, pubblicata in data 13 settembre 2018, il Tribunale di Bergamo, in funzione di giudice del lavoro, ha accolto il ricorso proposto da ██████████ ed ha dichiarato l'illegittimità della risoluzione del rapporto di lavoro subordinato intercorso tra la ricorrente e Poste Italiane s.p.a. (per superamento del periodo di comporto previsto dal CCNL con riferimento alla prova), condannando quest'ultima società a pagare alla lavoratrice la somma di € 8.271,82, oltre accessori di legge, corrispondente alle retribuzioni spettanti fino alla naturale scadenza del termine apposto al contratto di lavoro; ha altresì condannato Poste al pagamento delle spese di lite.

Il giudice, dopo aver osservato che la questione oggetto del contendere atteneva alle modalità di calcolo del periodo di prova indicato nel contratto di assunzione, ha osservato che la pattuizione inserita in questo contratto secondo cui sarebbero stati utili soltanto i giorni di effettiva prestazione, contrastava con quella del CCNL che per quanto attiene alla prova nel contratto a termine, si limitava a prevedere che la stessa non potesse superare 1/5 della durata del contratto, senza nulla disporre in ordine alle modalità di computo dei giorni, con la



conseguenza che interpretando questa disposizione secondo i consolidati principi giurisprudenziali in materia, i giorni dei riposi settimanali e delle festività dovevano essere inclusi nei giorni della prova.

Ha aggiunto che una riprova della correttezza di questa interpretazione era costituita dal fatto che la stessa società aveva fissato in 42 giorni il periodo di prova, esattamente corrispondenti ad 1/5 della durata dell'intero rapporto di lavoro, pari 214 giorni, durata quest'ultima comprensiva anche delle festività e dei riposi, e pertanto i 42 giorni della prova non potevano che essere a loro volta comprensivi delle festività e dei riposi.

Una volta accertata l'illegittimità della pattuizione individuale, ha rilevato che avendo avuto il contratto di lavoro decorrenza dal 16 marzo 2017, il periodo di prova era già scaduto il 26 aprile 2017, ossia prima che la ██████ si assentasse per malattia e prima del recesso di Poste, per mancato completamento del periodo di prova (per superamento del periodo di comportamento).

Contro la sentenza, con ricorso dep. il giorno 15 febbraio 2019, Poste ha proposto appello, difendendo la validità del patto di prova e del proprio recesso dal periodo di prova.

Ha chiesto pertanto la riforma della decisione e il rigetto delle domande proposte dalla ██████

Quest'ultima si è costituita tempestivamente in giudizio e



ha resistito all'impugnazione, chiedendone il rigetto.

All'odierna udienza, la causa è stata discussa e decisa con sentenza, del cui dispositivo è stata data pubblica lettura.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello non può trovare accoglimento, per quanto la decisione impugnata per certi aspetti vada rivista ed integrata.

Giova premettere un primo quadro dei fatti, del tutto pacifico.

La [REDACTED] invalida appartenente alle categorie protette, è stata assunta da Poste in adempimento della convenzione stipulata dalla società con la Provincia di Bergamo e relativa all'assolvimento degli obblighi occupazionali previsti dalla l.68/1999, in materia di accesso al lavoro dei disabili.

Le parti hanno sottoscritto un contratto a tempo determinato della durata di 7 mesi, dal 16 marzo 2017 al 17 ottobre 2017.

La lavoratrice è stata inquadrata quale impiegata di livello D, con mansioni di operatore di sportello junior, e l'orario di lavoro è stato pattuito a tempo parziale, per 25 ore settimanali.

Nel contratto di assunzione è stato inserito un patto di prova della durata di 42 giorni *“calcolati avendo ad esclusivo riferimento le giornate di calendario coincidenti con la fase lavorativa prevista dal presente contratto”*.

Instaurato il rapporto di lavoro, è accaduto che la [REDACTED], in data 2 maggio 2017, ha iniziato ad assentarsi dal lavoro per



malattia, senza soluzione di continuità e con certificazione frazionata, con ultima prognosi al 26 maggio 2017.

A fronte di questa assenza continuativa, durata più di 15 giorni, Poste, in data 22 maggio 2017, ha receduto dal rapporto di lavoro per superamento del periodo massimo di 15 giorni di assenza per malattia durante la prova, oltre il quale il lavoratore non era ammesso a completare il periodo di prova, secondo quanto previsto dall'art.22, comma 12, del CCNL (si tratta in sostanza di un comportamento speciale, previsto per il rapporto di lavoro in prova).

E' pacifico che Poste ha calcolato il periodo di prova, in conformità alla clausola del contratto di assunzione, ossia computando unicamente i giorni di effettivo lavoro (ed escludendo i periodi di riposo settimanale e le festività).

.....

Ciò premesso, con il gravame, la società appellante censura la statuizione del Tribunale che ha ritenuto che la pattuizione sulla durata del periodo di prova contenuta nel contratto individuale di assunzione e volta ad individuare i giorni della prova in quelli di effettivo lavoro (dunque con esclusione dei riposi settimanali, delle festività e delle ferie) sia contraria alle previsioni del CCNL in materia di computo del periodo di prova.

Osserva, in sintesi, che in verità queste previsioni collettive, nel disciplinare la durata della prova, nulla



dispongono per quanto attiene alle modalità di computo del relativo periodo ed in particolare al fatto che nei giorni della prova vadano inseriti (od esclusi) i giorni di riposo settimanale e quelli festivi.

Con la conseguenza che la specifica previsione del contratto individuale in argomento, non avrebbe affatto disposto *contra legem*, ma si sarebbe limitata a specificare un dato non regolato dal CCNL.

Deduce che la clausola del contratto individuale sarebbe del tutto legittima, non essendo in contrasto con il CCNL e non essendo neppure peggiorativa dello stesso, una volta considerata la ratio sottesa al periodo di prova, individuata nella tutela dell'interesse comune delle parti del rapporto di lavoro, essendo la prova diretta ad attuare un esperimento mediante il quale sia il datore di lavoro, sia il lavoratore possono verificare la reciproca convenienza del contratto.

Osserva ancora che non sarebbe neppure dirimente la considerazione che escludendo i giorni di riposo e festivi dal periodo di prova, Poste avrebbe illegittimamente stabilito un periodo di prova superiore al 1/5 della durata del contratto di lavoro, previsto dal CCNL con riferimento ai contratti a termine, essendo consentito dalla legge (art. 11, comma 2, della l.68/1999) prevedere nel caso di avviati al collocamento obbligatorio, periodi di prova più ampi di quelli previsti dal contratto collettivo.



La società ripropone poi tutte le difese ed eccezioni esposte in primo grado, in ordine alla compatibilità delle mansioni assegnate alla █████ con la patologia che la rende disabile, e sulla legittimità di un periodo di comportamento che non preveda, ai fini del suo perfezionamento, l'esclusione della malattia collegata alla disabilità, nel caso di lavoratori avviati al lavoro in quanto appartenenti alle categorie protette.

Alcune doglianze devono ritenersi fondate, ma la loro fondatezza non incide sull'accoglimento della domanda della █████ oggetto della pronuncia finale del giudice di primo grado.

La società appellante ha ragione quando afferma che non può ritenersi in contrasto con il CCNL la clausola del contratto individuale, laddove prevede (seppure in maniera piuttosto criptica, ma in tema le parti concordano e non discutono) che i giorni della prova siano quelli di effettivo di lavoro, con conseguente esclusione dal periodo di prova dei giorni di riposo settimanali e delle festività.

Nel passato gli orientamenti giurisprudenziali in materia di durata del periodo di prova e di sospensione dello stesso a seguito di vari eventi (ferie, malattia, riposi, permessi, aspettative, ecc...), non sono stati omogeni, ma allo stato la giurisprudenza (anche di legittimità) pare aver raggiunto una certa univocità su alcuni punti fermi, di cui si dirà subito.

Un primo principio che può ritenersi ormai abbracciato dalla giurisprudenza prevalente, è quello secondo cui "in difetto



di diversa previsione contrattuale, il decorso di un periodo di prova determinato nella misura di un complessivo arco temporale, mentre non è sospeso da ipotesi di mancata prestazione lavorativa inerenti al normale svolgimento del rapporto, quali i riposi settimanali e le festività, deve ritenersi escluso, stante la finalità del patto di prova, in relazione ai giorni in cui la prestazione non si è verificata per eventi non prevedibili al momento della stipulazione del patto stesso, quali la malattia, l'infortunio, la gravidanza e il puerperio, i permessi, lo sciopero, la sospensione dell'attività del datore di lavoro, e, in particolare, il godimento delle ferie annuali, il quale, data la funzione delle stesse di consentire al lavoratore il recupero delle energie lavorative dopo un cospicuo periodo di attività, non si verifica di norma nel corso del periodo di prova." (cfr. tra le varie, Cass. 19558/2006, Cass.23061/2007 e Cass.4573/2012).

Questo perché si deve tener conto della funzione del periodo di prova concordato dalle parti, che è quella di consentire alle parti stesse di verificare la convenienza della collaborazione reciproca.

La durata del periodo è determinata nel tempo che le parti ritengono adeguato per questa verifica.

Se nel corso del periodo previsto per la prova, oppure di una parte di esso, la prestazione del lavoro non è effettiva per ragioni che non rientrano nel normale svolgimento del rapporto e che non erano previste al momento della stipulazione del patto,



le parti non hanno a disposizione, per effettuare la propria valutazione, una prestazione lavorativa la cui durata si sia prolungata per tutto il tempo che avevano ritenuto necessario.

Il primo criterio generale dunque è nel senso che quando la contrattazione collettiva stabilisce una durata del periodo di tempo rapportata ad una unità di tempo (a mesi, a settimane, a giorni) si deve ritenere che rientrino nel periodo stesso, e non ne sospendano la decorrenza, i giorni di mancata prestazione del lavoro per ragioni che rientravano nel normale svolgimento del rapporto e che perciò erano conosciute a priori, quali le festività ed i riposi settimanali, e che invece vadano esclusi, e comportino il prolungamento del periodo di prova, i giorni di mancata prestazione per eventi non prevedibili al momento della stipulazione del contratto di lavoro in prova, quali le malattie, gli infortuni, la gravidanza, il puerperio, i permessi, lo sciopero e anche le ferie.

Un secondo principio che a sua volta può ritenersi ormai consolidato, è che il criterio generale di cui si è appena detto vale per il caso in cui non vi sia una disciplina della contrattazione collettiva (o anche individuale), che regoli espressamente il sistema di calcolo dei giorni della prova.

Quando sussiste una simile regolamentazione pattizia, secondo la giurisprudenza occorre rifarsi a quest'ultima, interpretandola naturalmente in modo conforme alla legge.

In particolare, è principio prevalente che se la



contrattazione collettiva fa riferimento al criterio del servizio effettivamente prestato, questo concetto deve essere inteso nel senso di ricomprendere nel computo del relativo arco temporale i *soli giorni effettivamente lavorati*, al fine di salvaguardare il periodo di prova (cfr.Cass.23061/2007, già citata, e anche 25482/2014, 4347/2015).

Questo perché l'uso dell'aggettivo "effettivo" affiancato al concetto di servizio o prestazione lavorativa, ha l'inequivoco significato letterale di dare rilevanza alla prestazione concreta di attività lavorativa, con esclusione dei periodi in cui questa attività non sia prestata in concreto.

Infine, vi è un altro principio piuttosto consolidato in giurisprudenza e ricavabile da tutte le numerose pronunce che hanno affrontato il problema della durata della prova, che è quello secondo cui la prova, come già detto, ha la finalità di consentire ad *entrambe le parti* (e non solo al datore di lavoro) di verificare la convenienza del rapporto di lavoro, con una *reale ed esattamente valutabile sperimentazione* del rapporto medesimo, con la conseguenza che l'allungamento del periodo non sempre va a svantaggio del lavoratore, proprio perché potrebbe essere necessario un certo periodo di lavoro effettivo per apprezzare la bontà delle sue capacità e delle sue prestazioni (periodo questo che se ridotto, appunto anche per l'inclusione dei giorni di riposo settimanale o dei giorni in cui il lavoratore non ha prestato attività lavorativa, potrebbe indurre il datore di



lavoro ancora in dubbio sulla confacenza del lavoratore alle proprie esigenze, a recedere comunque dalla prova, per non pregiudicarsi la possibilità di recedere ad nutum, prima della definitiva stabilizzazione del rapporto di lavoro).

Venendo al caso di specie, è pacifico che il contratto collettivo di settore regoli in maniera specifica il periodo di prova per il personale assunto con contratto di lavoro a tempo determinato, senza tuttavia nulla disporre sulle modalità di calcolo di detto periodo.

L'art.22, comma 12, sancisce che per questo personale *“la durata del periodo di prova viene fissata in misura non superiore ad 1/5 della durata del contratto stesso”*, e null'altro aggiunge sul computo del periodo di prova.

Stesso discorso vale per l'art.19 dello stesso CCNL, che disciplina il periodo di prova per gli assunti a tempo indeterminato, che anche in questo caso nulla dice sulle modalità di computo della prova.

Entrambe le norme si limitano poi a prevedere dei periodi di comporto nell'ambito della prova, oltre i quali il datore di lavoro è legittimato a recedere dal rapporto di lavoro, ancorché il periodo di prova non si sia completato.

Precisamente, l'art.22 (che qui rileva, proprio perché Poste ha receduto dal rapporto con la ricorrente per il superamento del periodo di comporto ivi previsto), sancisce che *“nel caso in cui il predetto periodo di prova venga interrotto per*



causa di malattia o infortunio, il lavoratore sarà ammesso a completare il periodo stesso ove le assenze, cumulativamente, non superino 1/3 della durata del periodo di prova in caso di malattia, o l'intera durata del periodo di prova stesso in caso di infortunio".

Queste previsioni, all'evidenza, non aiutano nell'interpretazione delle disposizioni collettive in esame, essendo del tutto neutre dal punto di vista delle modalità di computo del periodo di prova.

Se questo è il contenuto delle previsioni della contrattazione collettiva, è dato certo che le stesse nulla dispongano sulle modalità di calcolo del periodo di prova.

Ne deriva che per questa ragione, e solo per questa ragione, la loro applicazione in concreto comporta l'operatività del principio giurisprudenziale sopra ricordato, secondo cui quando la contrattazione collettiva, come nella specie, nulla disponga al riguardo (non prevedendo in particolare che i giorni della prova siano quelli di effettivo lavoro), nel periodo di prova vanno senz'altro inclusi quelli di riposo settimanale e le festività.

In altri termini, nulla prevedendo la contrattazione collettiva di settore sulle modalità di computo del periodo di prova, opera il principio generale affermato dalla giurisprudenza di cui si è appena detto.

Ma questo non è un principio inderogabile, essendo pacifico che lo stesso possa essere derogato da pattuizioni di



diverso contenuto (appunto collettive, ma anche individuali) che, al contrario, prevedano che i giorni della prova siano quelli di effettivo lavoro.

Tanto è vero che la giurisprudenza, come visto, ha sempre ritenuto la validità di clausole del contratto collettivo di simile contenuto (e giova ripeterlo ha affermato il principio contrario soltanto *in assenza* di clausole contrattuali che disciplinino la materia).

Ciò anche perché simili previsioni non necessariamente sono peggiorative della posizione del lavoratore, posto che secondo l'altro principio giurisprudenziale di cui si è detto sopra, la prova ha la finalità di consentire ad *entrambe le parti* (e non solo al datore di lavoro) di verificare la convenienza del rapporto di lavoro, con una *reale ed esattamente valutabile sperimentazione* del rapporto medesimo, con la conseguenza che l'allungamento del periodo non può ritenersi sempre svantaggioso per il lavoratore, proprio perché potrebbe essere necessario un certo periodo di lavoro effettivo per far apprezzare le sue capacità (si pensi al caso di mansioni complesse), ovvero perché il lavoratore stesso valuti la confidenza dell'ambiente di lavoro alle proprie aspettative.

La volontà delle parti (non solo collettive, ma anche individuali quando non vi siano previsioni collettive ad hoc), dunque, ben può collegare la verifica della reciproca convenienza del rapporto di lavoro ad una reale ed esattamente



valutabile sperimentazione dello stesso, con esclusione dei giorni in cui la prestazione non è di fatto resa (rendendo così la sperimentazione meramente virtuale), e lo può fare superando il principio giurisprudenziale di diverso contenuto, che, vale la pena di ripeterlo ancora una volta, opera soltanto in assenza di diversa regolamentazione pattizia (collettiva o anche individuale, quando, come nella specie, non vi sia alcuna regolamentazione collettiva).

Non può dunque ritenersi che la clausola del contratto individuale concluso dalle parti, nella parte in cui prevede che i giorni della prova siano quelli effettivi, sia illegittima perché contraria alla contrattazione collettiva, appunto perché questa contrattazione nulla prevede in materia.

Né fornisce argomenti a favore della tesi del lavoratore, avallata dal giudice di primo grado, il fatto che il periodo di prova sia determinato in una frazione della durata del contratto di lavoro a termine (con la conseguenza che poiché la durata del rapporto di lavoro ricomprende anche e necessariamente i riposi settimanali e festivi, la frazione della sua durata, a sua volta, dovrebbe essere calcolata con gli stessi criteri, pena l'allungamento del periodo di prova).

Ancora una volta deve rilevarsi che la previsione collettiva ha l'unica funzione di individuare il periodo massimo di durata della prova, ma non precisa se debba trattarsi di periodo di effettivo lavoro, o meno.



Le norme pertanto non precludono un'interpretazione del termine massimo, come quella adottata nella specie dalle parti, nel contratto da loro concluso.

Questo termine è rispettato in entrambe le ipotesi (dell'inclusione dei riposi e delle festività ovvero, al contrario, della loro esclusione) e si tratta solo di individuare il modo di calcolo dei giorni che lo compongono (si tratta sempre di 42 giorni, nell'uno e nell'altro caso).

In altri termini, la pattuizione individuale non si pone affatto in contrasto con la previsione della contrattazione collettiva, in quanto non introduce un termine superiore rispetto a quello massimo ivi previsto: semplicemente specifica la modalità di calcolo di detto termine (che resta sempre di 42 giorni).

Soltanto in assenza di pattuizioni contrarie, il termine applicabile sarà quello massimo di 1/5 della durata del contratto a termine, calcolato secondo il calendario comune e comprendendo i riposi settimanali e le festività (e detraendo comunque, secondo il principio generale di cui si è appena detto, i periodi di sospensione della prestazione lavorativa per eventi non prevedibili al momento della stipulazione del patto stesso, quali malattia, gravidanza, ecc...).

Diversamente, se il contratto individuale, come nella specie, disciplina specificamente le modalità di calcolo del periodo di prova, individuato in quello massimo contrattuale di



1/5 della durata del contratto a termine, disponendo che sono utili soltanto i giorni di effettivo lavoro, occorre riferirsi a questo criterio, considerando, ovviamente, quale termine massimo sempre quello contrattuale di 1/5 della durata del contratto (ossia 42 giorni lavorati).

In materia di illegittimità della clausola del contratto individuale per contrasto con il CCNL, la sentenza di primo grado va pertanto rivista.

.....

Senonché, questa considerazione ancora non porta all'accoglimento dell'appello e al rigetto della domanda della lavoratrice.

Ritiene infatti questa Corte territoriale che il recesso di Poste debba ritenersi comunque illegittimo per la non corretta applicazione, nel caso di specie, della clausola contrattuale relativa al comporta (nella prova).

Questa clausola è dettata dal CCNL sul piano generale, con riferimento ad ogni lavoratore assunto a tempo determinato (disabile e non disabile).

L'art.22, prevede, appunto, che nel caso in cui il periodo di prova *“venga interrotto per causa di malattia o infortunio, il lavoratore sarà ammesso a completare il periodo stesso, ove le assenze, cumulativamente, non superino 1/3 della durata del periodo di prova in caso di malattia, o l'intera durata del periodo di prova stesso in caso di infortunio”*.



Si tratta certamente di clausola di per sé legittima, come anche recentemente statuito dalla Suprema Corte nel precedente (invocato da Poste), da cui non vi è ragione di discostarsi.

La Corte di Cassazione nella sentenza n.23898/ 2018, che ha esaminato proprio la previsione del CCNL che qui rileva, ha affermato che *“in tema di patto di prova, la disposizione del contratto collettivo che, attribuendo rilevanza sospensiva del periodo di prova alla malattia, stabilisca un periodo di comporto più breve rispetto a quello previsto per la generalità dei lavoratori, è legittima, poiché, da un lato, è coerente con la causa del contratto in prova, connotata della reciproca verifica di convenienza del rapporto - in cui rileva anche l'esigenza della parte datoriale di vagliare i tempi coesenziali all'esercizio della sua attività e la possibilità di proseguire nel rapporto stesso -, e, dall'altro, tutela sia il diritto alla salute che quello alla conservazione del posto del lavoratore, salvaguardando, in un'ottica di equo bilanciamento di interessi, il diritto al lavoro e quello al libero esercizio dell'impresa”* (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto nulla la clausola contrattuale che, in caso di interruzione per malattia del periodo di prova di durata trimestrale, prevedeva che il lavoratore fosse ammesso a completare il periodo stesso solo ove le assenze, cumulativamente, non avessero superato i trenta giorni di calendario).

Sennonché, quando la clausola in parola deve essere



applicata al caso particolare della prova di un lavoratore disabile, necessita, come fondatamente sostenuto dalla lavoratrice appellata, di un adeguamento derivante dall'applicazione dei principi ispiratori della stessa legge sul collocamento obbligatorio al lavoro dei lavoratori disabili, e più in generale dai principi relativi alla tutela dei disabili da condotte di discriminazione anche indiretta, immanenti sia nell'ordinamento interno sia in quello dell'Unione Europea.

Nel senso che ai fini del superamento del comporta speciale in questione non può considerarsi la malattia dovuta alla disabilità del lavoratore.

Diversamente opinando la clausola del comporta finirebbe per produrre effetti di discriminazione indiretta del disabile.

E' noto che la legge sul collocamento obbligatorio dei disabili (n.68/1999), come espressamente previsto dal suo art.1, ha l'evidente funzione di favorire l'inserimento nel mondo del lavoro delle persone che a causa delle patologie invalidanti che le affliggono hanno più difficoltà a reperire un posto di lavoro.

E' poi noto che ai sensi dell'art.1 del d.lgs. 216/2003, di attuazione della direttiva 2007/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, *“per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o*



dell'orientamento sessuale”; e si ha *“discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone”* (cfr.lett.b della norma citata).

Nel caso di discriminazione indiretta, dunque, la disparità vietata è l'effetto di un atto, di un patto, di una disposizione o di una prassi in sé legittima, ossia di un comportamento che è corretto in astratto e che, in quanto destinato a produrre i suoi effetti nei confronti di un soggetto con particolari caratteristiche, nello specifico un portatore di handicap, determina invece una situazione di disparità che l'ordinamento sanziona.

Ora nel caso di specie, è indubbio che la previsione del CCNL sul comparto speciale nella prova, si applichi in modo indifferenziato a tutti i lavoratori in prova, portatori di handicap e non.

La norma contrattuale di per sé, come sopra precisato, non è illegittima e quindi non contempla alcuna discriminazione diretta del portatore di handicap in quanto si fonda su un concetto (quello della malattia di una certa durata, oltre la quale il rapporto di lavoro in prova può essere risolto), che non è legato all'handicap.



La norma pattizia diviene indirettamente discriminatoria per il disabile quando nel computo dei giorni dell'assenza, non distingue il concetto di malattia collegata all'handicap.

E questo perché è indubbio un lavoratore disabile è maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare il comporta in questione, rispetto ad un lavoratore non disabile.

Ed invero, è innegabile che un lavoratore disabile sia più esposto, proprio a causa delle patologie che derivano dalla sua disabilità, al rischio di accumulare più giorni di assenza per malattia rispetto ad un lavoratore non disabile, e quindi al maggior rischio di superare il periodo di comporta in questione.

Risulta così che la norma contrattuale, non escludendo dal computo dei giorni utili ad integrare il comporta speciale durante la prova, quelli di assenza per malattia dovuta alle patologie che rendono disabile il lavoratore, crea uno svantaggio per quest'ultimo e dunque comporta una disparità di trattamento basata sull'handicap ai sensi del cit.art.lett.b del d.lgs.216/2003, e prima ancora, ai sensi dell'art.2, paragrafo 2, lettera b, della direttiva 2000/78, di cui la norma interna è attuazione.

In questi esatti termini, come fondatamente osservato dalla [REDACTED] si è pure espressa la Corte di Giustizia Europea, cui spetta l'interpretazione della normativa comunitaria, la quale nella sentenza n.335 dell'11 aprile 2013, nelle cause riunite C-335/2011 e C-337/2011, ha appunto osservato che una disposizione normativa che parifica la malattia del lavoratore



disabile a quella del lavoratore non disabile, può comportare una discriminazione indiretta basata sull'handicap, appunto perché un lavoratore disabile è maggiormente esposto al rischio di accumulare giorni di assenza per malattia a causa della sua disabilità, finendo così per essere svantaggiato rispetto ai lavoratori non disabili.

E' pur vero che il caso concreto preso in considerazione dalla CGUE era diverso da quello qui in esame (e la Corte, in quel giudizio, ha concluso 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 disabile interessato sia stato assente per malattia, ..., 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”*); ma il principio affermato, per come dedotto dalle previsioni della direttiva 2000/78, non può non valere sul piano generale e può senz'altro essere utilizzato quale chiave di lettura della normativa italiana di attuazione di detta direttiva e anche della normativa contrattuale applicabile nella specie, sotto il profilo della sussistenza o meno, della discriminazione indiretta lamentata dalla ██████

In definitiva, concludendo in punto, deve ritenersi che la



previsione contrattuale di cui si tratta se interpretata nel senso di equiparare alle malattie comuni le assenze per malattia dovute all'handicap del lavoratore, sotto il profilo del superamento del comportamento speciale durante il periodo di prova ivi disciplinato, finisca per produrre effetti sfavorevoli nei confronti dei lavoratori disabili assunti in prova (perché costoro proprio a causa del loro handicap sono più esposti al rischio di accumulare assenze per malattia dovute alle patologie che li rendono disabili), con conseguente sussistenza di una loro discriminazione indiretta vietata dalla legge.

La norma pattizia va dunque interpretata in conformità ai principi dell'ordinamento, con la conseguenza che ai fini del perfezionamento del periodo di comportamento speciale in questione, vanno esclusi quando si tratta di lavoratore disabile, i giorni di malattia dovuti al suo stato di handicap.

.....

Affermato il principio che precede, non resta che valutare se effettivamente la ██████ durante il periodo della prova sia rimasta assente per malattia collegata al suo handicap (dato quest'ultimo che Poste ha molto contestato, deducendo che non ricorrerebbe alcuna prova al riguardo e che sarebbe stato onere della ricorrente fornirla).

In verità, la documentazione versata in causa dalla ██████ dimostra che effettivamente la malattia accumulata dalla lavoratrice è dipesa dalle patologie che la rendono invalida.



La lavoratrice è affetta dalla patologia psichiatrica del “*disturbo schizoaffettivo, disturbo di personalità border – line, psicosi paranoidea cronica con acuzie recidivanti*”, in compenso psicopatologico, come accertato dalla Commissione ASL ai fini del collocamento mirato (cfr.doc.2 fasc.1° grado dell’appellata).

Come può chiaramente evincersi dai certificati medici versati in causa della [REDACTED] (cfr.docc.5,6 e 7 del suo fascicolo di 1° grado), dal 2 maggio 2017 al 3 maggio 2017, è rimasta assente per “*depressione*” e dal 4 al 26 maggio 2017, è rimasta assente, continuativamente, per “*disturbo di personalità*”.

Risulta pertanto dimostrato che le assenze per malattia della lavoratrice che hanno portato al superamento del comportamento speciale durante la prova, sono collegate alla patologia psichiatrica invalidante che l’affligge e che è causa della sua disabilità.

Queste assenze non possono pertanto essere prese in considerazione ai fini del perfezionamento del periodo di comportamento speciale previsto dall’art.22 del CCNL.

Ne discende che la [REDACTED], nella specie, non aveva raggiunto questo comportamento e di conseguenza Poste non poteva recedere dal rapporto di lavoro in prova, per superamento dello stesso.

Sotto questo profilo il recesso della società va dichiarato illegittimo e le conseguenze che ne derivano sono quelle già accertate dal giudice di primo grado.



In conclusione, assorbita ogni altra questione (una volta accertata l'illegittimità del recesso di Poste per la ragione di cui si è appena detto) la statuizione finale del giudice di primo grado va confermata, seppure con diversa motivazione.

.....

Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza di Poste e vanno liquidate come in dispositivo.

Trattandosi di rigetto integrale dell'impugnazione, la Corte dà atto che sussistono i presupposti per il versamento da parte dell'appellante dell'importo previsto dall'art. 1, co. 17, legge 228/12.

p.q.m.

Respinge l'appello avverso la sentenza n.613/2018 del Tribunale di Bergamo e condanna l'appellante al pagamento in favore della parta appellata delle spese del presente grado di giudizio, liquidandole in complessivi € 2.000,00 oltre accessori di legge.

Brescia, 26 settembre 2019

Il Consigliere relatore

(dott.ssa Giuseppina Finazzi)

Il Presidente

(dott.Antonio Matano)

