

N. R.G.Lav. 171/2013



TRIBUNALE ORDINARIO DI BOLOGNA

SEZIONE LAVORO

Il Giudice unico, nella persona del dott. Carlo Sorgi, ha pronunciato la seguente ordinanza, a scioglimento della riserva formulata all'udienza del 14/6/2013, nel procedimento iscritto al n. 171/2013, promosso da:

██████████, rappresentata e difesa per mandato a margine del ricorso  
introduttivo dall'avvocato B A, presso il cui studio è pure  
elettivamente domiciliata VIA BOLOGNA

RICORRENTE

Contro

AZIENDA OSPEDALIERO - UNIVERSITARIA DI BOLOGNA, POLICLINICO  
SANT'ORSOLA MALPIGHI, rappresentata e difesa per mandato a margine della  
memoria di costituzione e risposta dall'avvocato C presso il  
cui studio, è pure elettivamente domiciliata VIA MASSARENTI N. 9 C/O SERVIZIO  
LEGALE AZ. OSP. POLICLINICO S.ORSOLA - MALPIGHI 40138 BOLOGNA

CONVENUTO

LLOYD'S OF LONDON, rappresentato e difeso dall'avv. A  
domiciliato in BOLOGNA, VIA DE'FUSARI N.6, presso lo studio dell'avv. MARCO  
TENTI

CHIAMATO IN CAUSA

Avente ad oggetto: ricorso ex art. 28 D.Lgs. 151/2011

SVOLGIMENTO E MOTIVI

Con ricorso ex art. 28 D.Lgs. 151/2011 depositato davanti al Giudice del lavoro di Bologna ██████████ dichiara di aver partecipato nel 2010 ad un bando di concorso pubblico presso l'Azienda Ospedaliero-Universitaria Policlinico S.Orsola Malpighi per la copertura di posti da infermiere per un semestre in sostituzione dei colleghi per ferie. Tra i requisiti " incondizionata idoneità fisica specifica alle mansioni del profilo in argomento". Dopo le prove positive viene dichiarato idoneo con la prescrizione " non può svolgere lavoro notturno". Infatti la patologia del ricorrente comporta la necessità di evitare lavoro notturno per non rischiare l'aggravamento della patologia stessa. L'Azienda non conclude il contratto per tale motivo ( 19/10/2012 ). Facendo presente di aver già svolto le medesime incombenze presso l'azienda USL di Rimini il ricorrente ritiene illegittimo il rifiuto dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria Policlinico S.Orsola Malpighi ritenendolo un comportamento discriminatorio incompatibile con la direttiva 2000/78/CE ed impugna il provvedimento negativo con la procedura specifica prevista per le discriminazioni.

Si costituisce l'Azienda Ospedaliero-Universitaria Policlinico S.Orsola Malpighi chiedendo in primo luogo l'inammissibilità del ricorso per incompatibilità dell'art. 702 bis c.p.c. con il rito del lavoro. Nel merito si ritiene legittimo il comportamento dell'azienda in quanto la funzione messa a concorso prevede turnazioni h.24 incompatibili con lo stato di salute del ricorrente. Relativamente alla direttiva europea richiamata in ricorso si evidenzia che la stessa relativamente al profilo in esame ex art. 5 (Soluzioni ragionevoli per i disabili) non è stata recepita dal nostro ordinamento, tanto da determinare procedure di infrazione dello Stato Italiano, e non si può parlare di normativa self-executing, venendo così a mancare il riferimento normativo. Viene richiesta la chiamata in causa della compagnia di assicurazione Lloyd's che viene autorizzata dal Giudice.

Costituendosi la compagnia di assicurazioni in primo luogo rileva l'inoperatività della polizza a situazioni come quella in esame e nel merito condivide l'impostazione espressa dall'azienda.

Dopo un rinvio determinato dall'esigenza di acquisire documentazione relativa agli accertamenti da parte della Commissione Medica per accertare lo stato di invalidità civile del ricorrente (provvedimento 7/3/2013) parte ricorrente richiama la recente sentenza CGUE 11/4/2013 relativa alla medesima materia ed il Giudice all'udienza del 14/6/2013 si riserva.

Ritiene questo Giudice sciogliendo la riserva, che il ricorso debba essere accolto.

Preliminarmente si ritiene di non poter accogliere l'eccezione di inammissibilità del ricorso vertendo le questioni rito-competenza funzionale su aspetti diversi ed apparendo il ricorso ex art. 28 D.Lgs. 151/2011 necessariamente riconducibile alla competenza funzionale del Giudice del lavoro vertendo sul diritto all'assunzione. Tutte le questioni procedurali saranno rese compatibili con il rito del lavoro dall'interpretazione ragionevole e prudente degli operatori.

Venendo al merito si constata che la situazione in esame presenta una serie di profili particolari. In primo luogo la patologia del ricorrente prima della verifica da parte della Commissione Medica per accertare lo stato di invalidità civile non appariva definita e/o stabilizzata comportando esclusivamente come quadro clinico una incompatibilità con il lavoro notturno. Per altro tale quadro appariva ben presente al ricorrente già durante la precedente attività presso l'Usl di Rimini ma non è esatto quanto si afferma nel ricorso che tale elemento non sia stato di ostacolo nel conferire gli incarichi perché la patologia si è conclamata in costanza di rapporto (iniziato nel maggio 2008 e concluso nel maggio 2012) ed evidentemente non poteva essere considerata giusta causa per risolvere un rapporto di lavoro in essere.

Diversa è la situazione con l'azienda bolognese. Al momento della domanda e della partecipazione al concorso (2010) il ricorrente non aveva ancora la consapevolezza della incompatibilità della propria patologia con il lavoro notturno, verificata successivamente. Quando veniva invitato (missiva 5/9/2012) a prendere contatti per la stipulazione del contratto individuale la "incondizionata idoneità specifica a tutte le mansioni del profilo professionale" era presente tanto che la competente unità Operativa della Medicina del lavoro ha attestato "l'idoneità con prescrizioni" relative al lavoro notturno che non vuole dire idoneità condizionata ma solo esonero dai turni notturni. Se al momento della domanda il ricorrente si fosse trovato nelle condizioni accertate dalla Commissione Medica per accertare lo stato di invalidità civile del ricorrente che con provvedimento 7/3/2013 ha dichiarato l'invalidità del 67% il suo handicap gli avrebbe consentito di partecipare al concorso come categoria protetta ma

questo non è avvenuto in considerazione dei tempi descritti di evoluzione della vicenda. Contestualmente nella dichiarazione relativa all' idoneità incondizionata al momento del concorso il ricorrente, lavorando presso altra azienda, aveva la completa ed assoluta buona fede di dire il vero.

Si tratta di vedere se le condizioni fisiche particolari del ricorrente apparivano tali da legittimare l'azienda bolognese al rifiuto per la conclusione del contratto ( ottobre 2012 ).

La materia è stata recentemente affrontata dalla sentenza 11/4/2013 della CGUE di estremo interesse sul punto. Infatti tale sentenza oltre a chiarire 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 “ ( 41 ) precisa inoltre che con riferimento all'art. 5 della direttiva 2000/78 :” Spetta al giudice nazionale valutare se, nelle circostanze dei procedimenti principali, la riduzione dell'orario di lavoro quale provvedimento di adattamento rappresenti un onere sproporzionato per il datore di lavoro” ( 64 ).

Detto questo per altro non si risolve la questione perché occorre esaminare con attenzione la norma di riferimento cioè l'art.5 richiamato :” Soluzioni ragionevoli per i disabili:Per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, ameno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili”.

Pacifico che la Commissione Europea ha deferito l'Italia alla Corte di giustizia dell'UE per lo scorretto recepimento della direttiva 2000/78/CE che, in materia di occupazione, proibisce ogni discriminazione fondata sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali ed in particolare per l'art. 5 che non è stato recepito dal nostro ordinamento in termini espliciti.

La sentenza della Corte di Giustizia consente, per altro, di risolvere i problemi interpretativi. Posto che la situazione del ricorrente al momento della presentazione del ricorso era riconducibile al concetto ampio di handicap come individuato dalla sentenza richiamata ( certamente per quanto non stabilizzata era una patologia che non poteva definirsi transeunte ) appare di particolare significato il richiamo alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, approvata in nome della Comunità europea con la decisione 2010/48/CE del Consiglio, del 26 novembre 2009 (GU 2010, L 23, pag. 35 ), al suo considerando e) che recita: «riconoscendo che la disabilità è un concetto in evoluzione e che la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri». Secondo l'articolo 2, quarto comma, di detta Convenzione, «per 'accomodamento ragionevole' si intendono le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o

eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali». Con la legge 3 marzo 2009, n. 18 (pubblicata in G.U. n. 61 del 14 marzo 2009) il Parlamento ha autorizzato la ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e del relativo protocollo opzionale, sottoscritta dall'Italia il 30 marzo 2007. Conseguentemente i medesimi principi ricavabili dall'art. 5 della direttiva 2000/78/CE si trovano nella ricordata convenzione ratificata dallo Stato e, conseguentemente, devono essere utilizzati dal Giudice nazionale.

L'ulteriore passaggio è quello di vedere se l'accomodamento ragionevole nel caso in esame avrebbe imposto un onere sproporzionato o eccessivo al datore di lavoro. Sotto questo profilo soccorrono valutazioni relative alla tipologia del posto di lavoro in esame ( un contratto a termine per sei mesi ) e il contesto lavorativo (l'Azienda Ospedaliero-Universitaria Policlinico S.Orsola Malpighi con oltre 4.000 dipendenti come personale ospedaliero ) e da questo punto di vista prevedere per il ricorrente turni di lavoro esclusivamente nelle dodici ore diurne avrebbe comportato un onere organizzativo assolutamente non sproporzionato e con una ricaduta sui colleghi di lavoro del [REDACTED] contenuta nel tempo e nelle conseguenze.

Verificato conclusivamente il comportamento dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria Policlinico S.Orsola Malpighi discriminatorio ma non provato alcun ulteriore danno se non quello rappresentato dal mancato guadagno non risultando praticabile l'ordine di assunzione richiesto da parte ricorrente essendo scaduti i termini relativi al bando in oggetto e risultando restrizioni particolarmente intense per le nuove assunzioni a carico dell'azienda confortate dalla produzione del protocollo 15/5/2013 appare realizzabile esclusivamente un risarcimento nel caso di specie meramente patrimoniale rappresentato dalle retribuzioni alle quali avrebbe avuto diritto il ricorrente nel semestre per il quale non è stato ammesso in servizio.

Non appare utilizzabile la copertura assicurativa perché alle considerazioni della compagnia Lloyd's l'azienda non ha risposto con alcun argomento in sede di discussione. Spese compensate relativamente a tale rapporto processuale data la sua problematicità, mentre per il procedimento principale l'Azienda Ospedaliero-Universitaria Policlinico S.Orsola Malpighi deve essere condannata al pagamento delle spese della fase a favore del ricorrente.

P.Q.M.

-Accertato il comportamento discriminatorio dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria Policlinico S.Orsola Malpighi nei confronti di [REDACTED] condanna l'azienda ad un risarcimento commisurato alle retribuzioni perdute a seguito della mancata assunzione per un semestre come da bando di concorso di cui alla determinazione 29/12/2009 n.1252/P ed al pagamento delle spese della presente fase del giudizio che liquida in € 1.500,00 oltre Iva e Cpa;

-Rigetta la richiesta di manleva nei confronti della compagnia Lloyd's of London compensando le spese della fase del giudizio tra le parti;

Bologna, 18/6/2013

Il Giudice  
Carlo Sorgi