

In tema di licenziamento e malattia

1.Premessa

Il trattamento spettante al lavoratore in caso di malattia è disciplinato dall'art. 2110 c.c. il quale riconosce al lavoratore:

- a) la conservazione del posto di lavoro;
- b) la corresponsione della retribuzione o di una indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dalle norme contrattuali, dagli usi o secondo equità, salvo che non siano previste forme equivalenti di previdenza e di assistenza.

La Cassazione ha riepilogato i motivi della protezione accordata dal legislatore allo stato di malattia, sin dalla decisione dell'11 dicembre 1995 n. 12685¹.

Lo stato di malattia - secondo la sentenza sopracitata il cui orientamento è sempre rimasto fermo e quindi è da qualificarsi consolidato - è un caso d'impossibilità temporanea sopravvenuta della prestazione lavorativa. Applicando le norme generali sulle obbligazioni - in particolare gli artt. 1256 e 1463 c.c. - in una situazione del genere nulla dovrebbe essere corrisposto al lavoratore e il rapporto di lavoro si dovrebbe estinguere, se il datore di lavoro non avesse più interesse alla sua prosecuzione.

In deroga a questi principi, invece, il rapporto continua, come disposto dall'art. 2110, 2° co., c.c., per il periodo di comporto fissato dalla legge, dai contratti collettivi dagli usi o secondo equità, e ciò malgrado sia cessata temporaneamente l'obbligazione principale del lavoratore di prestare la sua collaborazione al datore di lavoro. Sempre in via eccezionale, in deroga ai principi statuiti negli artt. 1256 e 1463 c.c. prima ricordati, al lavoratore compete la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dai contratti collettivi, dagli usi o dall'equità o il trattamento previsto da forme equivalenti di previdenza stabilite dalla legge e dai contratti collettivi (art. 2110, 1° co., c.c.). Permane inoltre, durante tale periodo, il rapporto assicurativo e il periodo di assenza viene computato ai fini dell'anzianità e del trattamento di fine rapporto. Tutto ciò - secondo l'orientamento consolidato della Cassazione - per «*ovviare a una situazione meritevole di particolare considerazione per il fatto che è indipendente dalla volontà del lavoratore, il quale...trae dal reddito di lavoro i mezzi per il sostentamento suo e della propria famiglia*».

Il diritto alla conservazione del posto di lavoro comporta che il licenziamento intimato durante il periodo di comporto per malattia è inefficace; di conseguenza, soltanto dopo il decorso del periodo massimo di conservazione del posto o dopo la cessazione della malattia, cessa tale inefficacia e comincia a decorrere il periodo di preavviso. Quindi il licenziamento intimato per giustificato motivo soggettivo o oggettivo (*ex art. 3, l. n. 604/1966*) quantunque legittimo è inefficace per tutto il periodo di costanza della malattia, riprendendo la sua efficacia dopo la sospensione del rapporto per malattia (cioè al rientro in servizio del dipendente) e da questo momento inizia a decorrere il periodo di preavviso.

Tale principio, però, subisce un'eccezione nell'ipotesi in cui si sia in presenza di licenziamento per giusta causa. Infatti, in tale ipotesi il licenziamento è sempre possibile, in quanto lo stato di malattia del lavoratore non preclude il licenziamento in tronco, non avendo ragione d'essere la conservazione del posto di lavoro - in periodo di malattia - di fronte alla riscontrata esistenza di una causa che non consente (*ex art. 2119 c.c.*) la prosecuzione, neppure in via temporanea del rapporto di lavoro.

2.Nozione di malattia ed equiparazione ad essa dell'infortunio

In giurisprudenza è stato asserito che l'art. 2110 c.c. - prevedente la conservazione del posto per il periodo di comporto contrattuale - non fa alcuna distinzione tra assenza per malattia e assenza per infortunio.

In tal senso Cass., sez. lav., 10 aprile 1996, n. 3351², secondo cui: «*Le assenze del lavoratore dovute ad infortunio sul lavoro o a malattia professionale sono riconducibili, in linea di principio, all'ampia e generale nozione di infortunio o malattia contenuta nell art. 2110 c.c., comprensiva*

anche di dette specifiche categorie di impedimenti dovuti a cause di lavoro, e sono pertanto normalmente computabili nel periodo di conservazione del posto di lavoro previsto nello stesso art. 2110, la cui determinazione è da questa norma rimessa alla legge, alle norme collettive, all'uso o all'equità».

Ad essa si è affiancata, tra le altre, Cass., sez. lav., 25 novembre 2004 n. 22248, affermando che: *«Le assenze del lavoratore dovute ad infortunio sul lavoro o a malattia professionale - al pari delle assenze per malattie comuni - sono riconducibili, in linea di principio, all'ampia e generale nozione di infortunio o malattia (di cui all'art. 2110 c.c.), e tali sono parimenti computabili - in difetto di contraria (o comunque diversa) previsione della contrattazione collettiva - nel periodo di comporto. Coerentemente la prospettata computabilità può essere esclusa - anche nel caso di assenze del lavoratore dovute ad infortunio sul lavoro o a malattia professionale - soltanto se l'infermità sia, comunque, imputabile a responsabilità del datore di lavoro, in dipendenza della nocività delle mansioni o dell'ambiente di lavoro, che lo stesso datore - in violazione dell'obbligo di sicurezza (art. 2087 c.c.) o di norme specifiche - abbia omesso di prevenire o eliminare».*

Anche in sede di merito (cfr. Corte Appello Bologna 17/7/2000, pres. e est. Castiglione)³, si riscontrava in precedenza lo stesso principio, così esplicitato: *«Le assenze del lavoratore dovute ad infortunio sul lavoro e a malattia professionale sono da computare ai fini della determinazione del periodo di comporto, atteso che l'art. 2110 c.c. ne impone l'assoggettamento alla medesima particolare disciplina, ferma restando la possibilità in capo alle parti stipulanti il contratto collettivo di diversamente ed autonomamente regolamentare le due diverse tipologie di assenze. Le assenze dovute ad infortunio non sul lavoro e a malattia sono cumulabili tra di loro e concorrono al superamento del comporto (applicazione relativa all'art. 28 CCNL impiegati agricoli)».*

Da questi principi discende quale conseguenza che non solo le assenze per infortunio si cumulano – salvo deroga migliorativa ed esonerativa a livello contrattuale collettivo – con quelle per malattia ai fini del superamento del comporto ma che durante l'infortunio possono essere disposti gli stessi accertamenti medico-fiscali previsti – ex art. 5, l. n. 300/70 – per la malattia.

Un primo orientamento – ascrivibile a Cass. n.5414/98 e a Cass. 1452/99 - aveva circoscritto il controllo medico-fiscale (nelle c.d. fasce orarie: 10-12/17-19 di ogni giornata della settimana, festivi compresi) alle sole infermità per malattia così esplicitato: *«l'obbligo di permanenza in casa durante le fasce orarie ai fini del controllo – legittimato dall'art.14, co.3°, della Costituzione secondo cui “gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali” - è previsto dalla legge n. 638 del 1983 soltanto per il caso di assenze per malattia e non per quello delle assenze per infortunio (...) si tratta di una riserva assoluta (e non relativa) di legge con la inevitabile conseguenza della impossibilità di estendere le disposizioni di cui alla legge n. 638 del 1983 e dei decreti ministeriali applicativi, oltre l'ipotesi della malattia in essa prevista».* In senso confermativo si è espressa successivamente Cass. n. 1247 del 30 gennaio 2002 (est. Amoroso) asserendo che: *«le norme relative alle fasce orarie di reperibilità che il lavoratore deve osservare ai fini dei controlli medici in caso di assenza (art. 5 della l. n. 638 del 1983) devono interpretarsi restrittivamente, dal momento che incidono sul diritto garantito al lavoratore, quale cittadino, dall'art. 16 della Costituzione, alla libertà di movimento nel territorio dello Stato; pertanto esse riguardano solo gli accertamenti espressamente indicati dal legislatore, ossia quelli relativi a malattie ordinarie e non anche quelli sullo stato di inabilità conseguente ad infortunio sul lavoro. In materia può ritenersi sussistente per il lavoratore interessato soltanto un generico obbligo di correttezza e buona fede, che implica un atteggiamento collaborativo per rendere possibile il controllo; questo generico obbligo può anche essere meglio specificato dalla contrattazione collettiva; deve comunque escludersi l'applicabilità delle specifiche prescrizioni recate dalla legge n. 683 del 1983 in materia di reperibilità».*

Queste decisioni sono state tuttavia contrastate dalla successiva Cass. 9 novembre 2002, n. 15773 (est. Cuoco, in causa Telecom SpA), che ha dissentito dai precedenti giurisprudenziali sopracitati ed ha legittimato anche per l'infortunato il controllo domiciliare ex art. 5 Stat. lav. nelle fasce orarie per la malattia (previsto, nella fattispecie esaminata, dal ccnl di categoria), sostenendo la sussistenza sul

lavoratore infortunato di un dovere di disponibilità - o assoggettamento al controllo dello stato di salute per infortunio - di natura indefinita (in ragione dei principi generali di correttezza e buona fede), nei cui confronti la norma contrattuale equiparativa dell'infortunio alla malattia si era rivelata garantista e di favore, circoscrivendo nelle sole fasce orarie (della malattia) l'altrimenti indeterminato stato di disponibilità al controllo medico *ex art. 5 Stat. lav.*, per l'infortunato.

In adesione a quest'ultima precisazione della Suprema corte, in diversi ccnl l'infortunio è stato equiparato alla malattia ai fini dell'assoggettamento al controllo medico-fiscale, facendo (talora ma non certo sempre, semmai piuttosto episodicamente nei CCNL) salvo il mancato computo dell'infortunio ai fini del superamento del periodo di conservazione del posto (cd. *comporto*).

Va sottolineato, altresì, come risulti prevalente in giurisprudenza l'orientamento secondo cui la perdita della retribuzione (o dell'indennità di malattia) sia correlata al solo evento dell'assenza ingiustificata dal domicilio, a prescindere quindi dall'effettività della malattia, e quindi, dalla successiva presentazione a visita ambulatoriale e dall'esito confermativo di questa, fermo restando che la decurtazione retributiva cessa dal momento - e per il periodo posteriore a quello - in cui viene accertata, tramite visita ambulatoriale, l'effettività della malattia.

Va anche detto che Cass., sez. lav., n. 6236 del 3.5.2001, est. Toffoli ⁴, ha legittimato, in costanza di malattia (quindi al di fuori dell'attività lavorativa) il controllo di veridicità della malattia denunciata e certificata (nel caso lombosciatalgia) ad opera di agenzia investigativa privata. Contro le obiezioni della difesa del lavoratore che sosteneva di non potersi far ricorso, richiamandosi all'art. 5 stat. lav., a strutture diverse da quelle pubbliche, la Cassazione ha sostenuto che il controllo in questione non era di tipo "sanitario" ma afferiva a "comportamenti o circostanze di fatto" tenute dal lavoratore durante l'assenza per malattia dalle quali poter trarre il convincimento della simulazione, dell'aggravamento della sintomatologia denunciata al medico traendolo in inganno ai fini della redazione della certificazione, ovvero della mancata denuncia di un'avvenuta remissione della malattia stessa che, secondo buona fede e correttezza, gli avrebbe imposto il rientro in servizio. Poiché l'agenzia investigativa aveva riscontrato che il lavoratore affetto da lombosciatalgia aveva effettuato frequenti viaggi alla guida della macchina, aperto un club della moglie ove aveva svolto impegnativa attività di ricezione (in piedi) della clientela e pubbliche relazioni, la Cassazione ha legittimato il licenziamento per simulazione di malattia, asserendo il principio secondo cui: *«Il divieto a carico del datore di lavoro di (far) effettuare accertamenti sanitari relativi all'idoneità e all'infermità per malattia o infortunio del dipendente, stabilito dall'art. 5 della legge 20 maggio 1970 n. 300 (Statuto dei lavoratori), non si estende alle osservazioni su mere circostanze di fatto, effettuate a mezzo di agenzia investigativa, anche se dalle stesse possano emergere incompatibilità logiche con il dichiarato stato di malattia. L'attendibilità delle certificazioni mediche relative allo stato di malattia del lavoratore dipendente (...) può essere superata da rilevanti circostanze di fatto che, pur non avendo direttamente ad oggetto l'accertamento della situazione sanitaria del dipendente, dimostrino per deduzione logica l'insussistenza dello stato di malattia denunciato, o, comunque, l'inidoneità della malattia a cagionare l'incapacità lavorativa che giustifica l'assenza».*

3. Non computabilità nel *comporto* delle assenze per infermità indotte dal comportamento datoriale

Non sono naturalmente computabili ai fini del licenziamento per superamento del *comporto* le assenze per malattia o infortunio discendenti da comportamenti posti in essere dal datore in violazione della norma prevenzionale di cui all'art. 2087 c.c. E' quindi pacifica l'affermazione secondo cui: *«La malattia o le malattie del lavoratore non giustificano il licenziamento intimato per superamento del periodo di *comporto* ove l'infermità abbia avuto causa, in tutto o in parte, nella nocività insita nelle modalità di esercizio delle mansioni o comunque esistente nell'ambiente di lavoro, della quale il datore di lavoro sia responsabile per aver omesso le misure atte a prevenirla o ad eliminare l'incidenza, in adempimento dell'obbligo di protezione ed eventualmente anche delle specifiche norme di legge connesse alla concretizzazione di esso, incombando peraltro al*

lavoratore di dare la prova del collegamento causale fra la malattia che ha determinato l'assenza ed il carattere morbigeno delle mansioni espletate» (Cass. 18/4/2000, n. 5066 ⁵).

Il licenziamento per superamento del comportamento contrattuale – allo stesso modo di qualsiasi tipologia di licenziamento – deve, a nostro avviso, essere assistito dalla cd. “tempestività” del provvedimento risolutorio del rapporto, con la conseguenza che il mantenimento al lavoro (per un apprezzabile periodo di tempo) del dipendente che abbia esaurito il comportamento, determina concludentemente la rinuncia aziendale all'esercizio di un successivo e tardivo licenziamento, che pertanto si atteggia ad illegittimo. Il principio *de quo* è stato asserito in giurisprudenza nelle seguenti massime: «*Anche nel caso di superamento da parte del dipendente del periodo di comportamento cosiddetto per sommatoria, il recesso del datore di lavoro deve essere caratterizzato da tempestività, requisito la cui sussistenza va verificata dal giudice di merito con riferimento all'intero contesto delle circostanze al riguardo significative (ivi compresa la eventuale complessità strutturale e organizzativa del datore di lavoro) non potendo il detto recesso considerarsi giustificato a norma dell'art. 2110 c.c. qualora il datore di lavoro, valutati nel loro complesso gli episodi morbosi del lavoratore riammesso in servizio, lasci trascorrere un ulteriore e prolungato lasso di tempo prima di esercitare la facoltà di sciogliere il rapporto, potendo tale atteggiamento rilevare come implicita rinuncia a tale facoltà, in una valutazione complessiva del comportamento delle parti, condotta secondo il fondamentale principio di buona fede e di correttezza» (Cass. 17/6/98, n. 6057 ⁶). «*E' illegittimo il licenziamento per superamento del periodo di comportamento, ove l'esercizio del potere di recesso intervenga con notevole ritardo rispetto al momento del superamento del periodo stesso (nella fattispecie concreta, sei mesi); infatti, le vicende successive al superamento del periodo di comportamento, quali la ripresa dell'attività lavorativa e il godimento delle ferie da parte del lavoratore, integrano la rinuncia, per fatti concludenti, del datore di lavoro al potere di recesso»⁷.**

In tema di licenziamento per superamento del periodo di comportamento – riconducibile eminentemente alla nozione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo conseguente al superamento del cd. “bilanciamento” tra le esigenze produttivo-organizzative aziendali ed il dovere di solidarietà sociale verso il prestatore⁸ incorso in evento pregiudizievole ad esso non imputabile – un cenno va fatto alla sussistenza o meno di un obbligo datoriale di preavvisare l'epoca del prossimo superamento del comportamento onde consentire individuali valutazioni di opportunità al lavoratore.

Si è affermata la doverosità della comunicazione solo (e non sempre) dietro espressa richiesta del lavoratore⁹ – in relazione al comportamento di correttezza e buona fede gravante sulle parti – ma in linea di principio tale dovere a carico del datore di pre-informare il dipendente che versa nel rischio di licenziamento per prossimo esaurimento del comportamento è stato negato dalla prevalente giurisprudenza della Cassazione¹⁰ (cfr. Cass. 26 maggio 2005 n. 11092 e Cass. 28 giugno 2006 n. 14891). Alla stregua delle seguenti considerazioni la seconda sentenza: «*Nella fattispecie di recesso del datore di lavoro per l'ipotesi di assenze determinate da malattia del lavoratore, tanto nel caso di una sola affezione continuata, quanto in quello del succedersi di diversi episodi morbosi (cosiddetta eccessiva morbilità), la risoluzione del rapporto costituisce la conseguenza di un caso di impossibilità parziale sopravvenuta dell'adempimento, in cui il dato dell'assenza dal lavoro per infermità ha una valenza puramente oggettiva; ne consegue che non rileva la mancata conoscenza da parte del lavoratore del limite cosiddetto esterno del comportamento e della durata complessiva delle malattie e, **in mancanza di un obbligo contrattuale in tal senso**, non costituisce violazione da parte del datore di lavoro dei principi di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto la mancata comunicazione al lavoratore dell'approssimarsi del superamento del periodo di comportamento, in quanto tale comunicazione servirebbe in realtà a consentire al dipendente di porre in essere iniziative, quali richieste di ferie o di aspettativa, sostanzialmente elusive dell'accertamento della sua inidoneità ad adempiere l'obbligazione». Sulla base delle seguenti considerazioni, la prima decisione: «*Il licenziamento per superamento del periodo di comportamento è assimilabile non già ad un licenziamento disciplinare, sibbene ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, causale di licenziamento a cui si fa riferimento anche per le ipotesi di impossibilità della prestazione riferibile alla persona del lavoratore diverse dalla malattia. Solo impropriamente, riguardo ad**

esso, si può parlare di contestazione delle assenze, non essendo necessaria la completa e minuta descrizione delle circostanze di fatto relative alla causale e trattandosi di eventi, l'assenza per malattia, di cui il lavoratore ha conoscenza diretta. Ne consegue che il datore di lavoro non deve indicare i singoli giorni di assenza, potendosi ritenere sufficienti indicazioni più complessive, idonee ad evidenziare un superamento del periodo di comporto in relazione alla disciplina contrattuale applicabile, come l'indicazione del numero totale delle assenze verificatesi in un determinato periodo, fermo restando l'onere, nell'eventuale sede giudiziaria, di allegare e provare, compiutamente, i fatti costitutivi del potere esercitato».

Confermando così quanto espresso in sede di merito con la seguente statuizione: «*Nel rapporto di lavoro i principi di correttezza e buona fede rilevano, come norme di relazione con funzione di fonti integrative del contratto (art. 1374 c.c.), ove ineriscano a comportamenti dovuti in relazione ad obblighi di prestazione imposti al datore di lavoro dal contratto collettivo o da altro atto di autonomia privata; ne consegue che, in assenza di qualsiasi obbligo previsto dalla contrattazione collettiva, il datore di lavoro non ha l'onere di avvertire preventivamente il lavoratore della imminente scadenza del periodo di comporto per malattia al fine di permettere al lavoratore di esercitare eventualmente la facoltà di chiedere tempestivamente un periodo di aspettativa, come previsto dal contratto collettivo stesso» (così Trib. Milano 31 agosto 2004).*

Non si può non rilevare come Cass. n. 14891/2006 risenta dell'indisponibilità verso la tesi – invero dibattuta con contrasti in dottrina e in giurisprudenza - del cd. mutamento di titolo della malattia in ferie ai fini della salvaguardia del superiore interesse alla conservazione dell'occupazione, che invece ha ricevuto un apprezzabile legittimazione, di recente, ad opera di Cass., sez. lav., 3 aprile 2009 n. 5078 (est. Stile), la quale ha così statuito: «*Il lavoratore ha la facoltà di sostituire alla malattia la fruizione delle ferie, maturate e non godute, allo scopo di sospendere il decorso del periodo di comporto, dovendosi escludere una incompatibilità assoluta tra ferie e malattia; in tali casi non sarebbe costituzionalmente corretto precludere il diritto alle ferie in ragione delle condizioni psico-fisiche inidonee al loro pieno godimento – non potendo operare, a causa della probabile perdita del posto di lavoro conseguente al superamento del comporto, il criterio della sospensione delle stesse e del loro spostamento al termine della malattia – perchè si renderebbe così impossibile la effettiva fruizione delle ferie. Ne consegue che il datore di lavoro nell'esercizio del suo diritto alla determinazione del periodo feriale è tenuto, se sussiste una richiesta del lavoratore ad imputare a ferie un'assenza per malattia, a prendere in debita considerazione il fondamentale interesse del lavoratore ad evitare la perdita del posto di lavoro in conformità con i principi generali di correttezza e buona fede».*

In taluni settori – quali quello creditizio, tramite l'art. 52, 9 comma, del CCNL 8 dicembre 2007 per quadri direttivi e personale delle aree professionali – le aziende hanno aderito a contrattualizzare la richiesta sindacale di segnalare «*con un mese di anticipo, ai lavoratori/lavoratrici interessati, nei singoli casi, la scadenza del periodo di comporto contrattualmente previsto».*

4. La legittimità del licenziamento per giusta causa in costanza di malattia

La nozione di giusta causa di licenziamento risiede nell'art. 2119 c.c. secondo cui ad essa è riconducibile qualsiasi comportamento inadempiente che non consenta la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro e legittimi conseguentemente la risoluzione in tronco, senza intimazione (cioè concessione) di preavviso lavorabile. Il che avviene di norma per infrazione del vincolo fiduciario o a causa di altro comportamento che non consenta al datore di lavoro di ritenere ragionevolmente affidabile per il futuro l'adempimento della prestazione lavorativa, ovvero per effettuazione in malattia di un secondo lavoro, licenziamento giustificato dalla recentissima Cass., sez. lav., 5 novembre 2009 n. 23444 non tanto dal compimento di un altro lavoro, quanto dal fatto che questo nuovo impegno avrebbe la conseguenza di una compromissione dello stato di salute del dipendente, aggravandone la malattia, e ritardandone il rientro in azienda. In pratica, si tratterebbe di una grave violazione dell'obbligo di leale collaborazione che deve contraddistinguere tutta la vita lavorativa del dipendente.

La specificazione in sede giurisprudenziale del concetto soprariferito è reperibile in un orientamento consolidato che così recita: «*La giusta causa di recesso dal rapporto di lavoro importa l'immediata estinzione del rapporto pur in costanza del periodo di comporto per malattia, e ciò anche quando la cognizione dei fatti da parte del datore di lavoro sia anteriore all'inizio della malattia e la contestazione sia successiva a questa*» (Cass., sez. lav., 20 ottobre 2000 n. 13903¹¹). «*In costanza di malattia il lavoratore può essere legittimamente licenziato per giusta causa, con effetto immediato*» (Cass., sez. lav., 29 luglio 1998, n. 7467¹²). «*Lo stato di malattia del lavoratore preclude al datore di lavoro l'esercizio del potere di recesso solo quando si tratta di licenziamento con preavviso per giustificato motivo; esso non impedisce, invece, l'intimazione del licenziamento per giusta causa, non avendo ragion d'essere la conservazione del posto di lavoro in periodo di malattia di fronte alla riscontrata esistenza di una causa che non consente la prosecuzione neppure in via temporanea del rapporto*»¹³. «*Lo stato di malattia del lavoratore - ancorchè non impedisca l'intimazione del licenziamento per giusta causa, non avendo ragione d'essere la conservazione del posto di lavoro in periodo di malattia di fronte alla riscontrata esistenza di una causa che non consenta la prosecuzione, neppure in via temporanea, del rapporto di lavoro - preclude, invece, al datore di lavoro l'esercizio del potere di recesso quando si tratta di licenziamento con preavviso per giustificato motivo; sicchè legittimamente il datore di lavoro - che abbia contestato l'addebito e ricevuto, nel termine di cui all' art. 7 st. lav., le giustificazioni del lavoratore, subito dopo assentatosi dal lavoro per malattia - attende la cessazione del periodo di malattia prima di intimare il licenziamento disciplinare, senza che in tal caso il decorso del tempo possa ingenerare nel lavoratore l'affidamento in ordine all'accoglimento delle giustificazioni precedentemente comunicate, nè comportare la tardività del recesso*» (Cass., sez. lav., 20 dicembre 1997, n. 12915¹⁴).

Da quanto soprariferito consegue l'infondatezza di quella vera e propria "leggenda metropolitana" coltivata da molti lavoratori, alla stregua della quale il "porsi in malattia" immediatamente dopo una contestazione disciplinare lumeggiante un licenziamento in tronco (a motivo della gravità del proprio comportamento), li salvaguarderebbe per tutta la durata dell'assenza dal licenziamento per giusta causa.

Mario Meucci - Giuslavorista

Roma, ottobre 2009

¹ In *Not. giur. lav.* 1995, 893.

² In *Giust. civ. Mass.*, 1996, 539.

³ In *Lav. giur.* 2001, pag. 757, con nota di Zavalloni.

⁴ In *Guida lav.* n.27/2001, 17, con nota.

⁵ In *Lav. giur.* 2000, pag. 985.

⁶ In *Argomenti dir. lav.* 2001, pag. 364. *Contra*, Cass., sez. lav., 8 maggio 2003 n. 7047 e Cass. 7 gennaio 2005 n. 253, secondo cui: «*Mentre nel licenziamento disciplinare vi è l'esigenza della immediatezza del recesso, volta a garantire la pienezza del diritto di difesa all'incolpato, nel licenziamento per superamento del periodo di comporto per malattia l'interesse del lavoratore alla certezza della vicenda contrattuale va temperato con un ragionevole "spatium deliberandi" che va riconosciuto al datore di lavoro perché egli possa valutare convenientemente nel complesso la sequenza di episodi morbosi del lavoratore, ai fini di una prognosi di compatibilità della presenza in azienda del lavoratore in rapporto agli interessi aziendali; ne consegue che in questo caso la tempestività del licenziamento non può risolversi in un dato cronologico fisso e predeterminato, ma costituisce valutazione di congruità che il giudice di merito deve fare caso per caso, con riferimento all'intero contesto delle circostanze significative, e la cui valutazione non è sindacabile in Cassazione ove adeguatamente motivata. (Nella specie, la S.C ha ritenuto corretta la valutazione del giudice di merito, secondo il quale, in relazione alle dimensioni dell'ente datoriale, al comportamento del datore di lavoro successivo al superamento del periodo di comporto e al rilievo che dopo tale superamento il lavoratore era ancora rimasto assente per malattia, la tempestività del licenziamento andava valutata con riferimento non al momento di superamento del comporto, bensì al momento di rientro in servizio del lavoratore)*».

⁷ Così Pret. Milano 25/10/95, est. Taraborrelli, in *D&L* 1996, 246, e Pret. Milano 3/10/94, est. Porcelli, *ivi* 1995, 435.

⁸ In tal senso Cass., sez. lav., 6 settembre 2005, n. 17780, secondo cui: «*Nella fattispecie di recesso del datore di lavoro per l'ipotesi di assenze determinate da malattia del lavoratore, tanto nel caso di una sola affezione continuata, quanto in quello del succedersi di diversi episodi morbosi (cosiddetta eccessiva morbilità), il dato dell'assenza dal lavoro ha una valenza puramente oggettiva, con la conseguenza che il datore di lavoro, da un lato, non può unilateralmente*

recedere o, comunque, far cessare il rapporto di lavoro prima del superamento del limite di tollerabilità dell'assenza (cosiddetto periodo di comportamento), predeterminato per legge, dalla disciplina collettiva o dagli usi, oppure, in difetto di tali fonti, determinato dal giudice in via equitativa, e, dall'altro, che il superamento di quel limite è condizione sufficiente di legittimità del recesso, nel senso che non è all'uopo necessaria la prova del giustificato motivo oggettivo né della sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, né della correlata impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse, senza che ne risultino violati disposizioni o principi costituzionali. (Nella specie, la S.C. ha confermato sul punto la sentenza di merito, che aveva ritenuto illegittimo il licenziamento ed irrilevante l'erroneo convincimento del datore di lavoro dell'avvenuto superamento del periodo, benché dovuto al mancato adempimento dei doveri di informazione a carico del lavoratore circa la natura della malattia che ne aveva provocato l'assenza dal luogo di lavoro, dovuta ad infortunio "in itinere" e quindi non computabile nel periodo di comportamento)». Conforme: Cass., sez. lav., 8 maggio 2003 . n. 7047.

⁹ Così, in sede di merito, Trib. Milano 22 gennaio 2007 (est. Frattin, in *Lav. giur.* 2007, 1150) secondo cui: «*In linea di principio il datore di lavoro, a seguito di specifica richiesta del dipendente, ha l'onere di comunicare i giorni di malattia dallo stesso usufruiti e i criteri di computo del rapporto. La mancata comunicazione al lavoratore, a richiesta avvenuta, integra un comportamento contrario a buona fede e correttezza, tale da poter invalidare il licenziamento*».

¹⁰ Lo ha preteso invece Cass., sez. lav., 20 dicembre 2002 n. 18199, (est. De Matteis, in *D&L* 2003, 151, con nota di S. Muggia, "Superamento del periodo di comportamento ed obbligo di motivazione del licenziamento") secondo cui: «*L'art. 2 L. 15/7/66 n. 604 trova applicazione anche in caso di licenziamento per superamento del periodo di comportamento; conseguentemente il datore di lavoro, a fronte della tempestiva richiesta del lavoratore, ha l'onere di indicare i giorni di assenza con un grado di specificità tale da consentire al lavoratore di rendersi conto delle assenze contestate e di replicare adeguatamente, prima ancora dell'eventuale giudizio (nella specie la Corte ha ritenuto insufficiente l'indicazione del numero complessivo di assenze ogni anno)*».

¹¹ In *Orient. giur. lav.*, 2000, I, 1060.

¹² In *Riv. it.dir. lav.*, 1999, II, 715 con nota di R. Scognamiglio.

¹³ Così, Cass., sez. lav., 1 giugno 2005 n. 11674; Cass., sez. lav., 27 febbraio 1998, n. 2209, in *Not. giur. lav.*, 1998, 446; conformi: Cass., sez. lav., 22 febbraio 1995, n. 2019, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 2040; Cass., sez. lav., 17 marzo 1987 n. 2707, in *Orient. giur. lav.*, 1987, 483; Cass., sez. lav., 7 maggio 1983, n. 3142, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, fasc. 5.

¹⁴ In *Not. giur. lav.*, 1998, 46.