

MARCO PATI CLAUSI

# SULLA LICENZIABILITÀ O MENO DEL LAVORATORE IN MALATTIA

## Sintesi

La giurisprudenza è tornata di recente ad occuparsi della questione, che sembrava ormai sopita da tempo, relativa al licenziamento per "scarso rendimento" del lavoratore, in ragione delle reiterate assenze per motivi di malattia, le quali però non superano il cd. periodo di comporto.

Le sentenze che qui si segnalano, muovendo da ricostruzioni ermeneutiche differenti, giungono a decisioni contrapposte, non sempre condivisibili.

## Licenziamento e malattia del lavoratore: periodo di comporto

Con la sentenza n. 16472 del 5 agosto 2015 la Sezione Lavoro della Corte di Cassazione si è occupata della vicenda di un dipendente dell'azienda pubblica di trasporto della città di Milano, il quale, a causa di numerose assenze per malattia, era stato licenziato ai sensi dell'articolo 27 del regolamento attuativo all. A) al R.D. n. 148 del 1931 (normativa speciale, tuttora in parte applicabile a quel settore), che prevede l'esonero dal servizio «per scarso rendimento o per palese insufficienza imputabile a colpa dell'agente nell'adempimento delle funzioni del proprio grado».

Il Tribunale e la Corte di Appello di Milano avevano respinto l'impugnativa del lavoratore, ritenendo legittimo il licenziamento, giustificato dallo scarso rendimento della prestazione lavorativa del dipendente "eccessivamente malato".

Avverso tale sentenza, il lavoratore ha promosso ricorso per cassazione, articolando le proprie doglianze in sei motivi dei quali, per quanto qui interessa, il quarto è risultato fondato per i Giudici di legittimità.

Più in particolare, il ricorrente deduceva violazione e falsa applicazione degli articoli 32 e 38 Cost. e del citato articolo 27 del R.D. n. 148/1931, «per avere la sentenza impugnata trascurato che lo scarso rendimento che legittima l'esonero dal servizio dell'agente deve essergli necessariamente imputabile per colpa, mentre le assenze per malattia non sono ascrivibili a tale titolo al lavoratore».

Pertanto, in parziale riforma della sentenza impugnata, la Cassazione ha ritenuto ingiustificato il recesso datoriale, conformandosi al costante orientamento della giurisprudenza, di legittimità e di merito che, nel solco della nota sentenza delle Sezioni Unite n. 2072/1980, «ha sempre statuito che anche in ipotesi di reiterate assenze del dipendente per malattia, il datore

di lavoro non può licenziarlo per giustificato motivo, ai sensi della L. n. 604 del 1966, art. 3 ma può esercitare il recesso solo dopo che sia esaurito il periodo all'uopo fissato dalla contrattazione collettiva, ovvero, in difetto, determinato secondo equità».

## Licenziamento e malattia del lavoratore: scarso rendimento

La sentenza sopra riportata non dovrebbe suscitare particolare interesse - considerato che non fa altro che confermare precedenti giurisprudenziali assolutamente consolidati a partire dagli anni '80 - se non fosse che la stessa interviene a distanza di appena un anno da un'altra pronuncia della Sezione Lavoro della Cassazione (sentenza n. 18678 del 4 settembre 2014), nella quale è stato affrontato un caso analogo.

Anche qui si era in presenza di un dipendente che aveva adito il Giudice del

Lavoro per sentire dichiarare illegittimo il licenziamento irrogatogli dall'azienda per giustificato motivo oggettivo, in ragione delle «sistematiche assenze "a macchia di leopardo", comunicate in limine, con conseguente mancanza di continuità e proficuità, anche se non superiori al periodo di comporlo, da cui derivava una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile da parte della società, risultando la stessa inadeguata sotto il profilo produttivo, e pregiudizievole per l'organizzazione aziendale».

Il Tribunale di Vasto rigettava l'impugnativa proposta dal lavoratore e la Corte d'Appello de L'Aquila confermava la decisione respingendo il gravame.

I Giudici di Piazza Cavour, investiti della questione dal lavoratore soccombente - pur riconoscendo che, nelle ipotesi di assenze per malattia viene in rilievo la speciale disciplina di cui all'articolo 2110 c.c., con la conseguenza che il datore può recedere solo quando sia superato il periodo di comporlo - hanno però sottolineato che, nel caso di specie, «le assenze del lavoratore vengono in rilievo sotto un diverso profilo, per cui non può trovare applicazione la giurisprudenza da ultimo richiamata, come invece dedotto dal ricorrente». Ed invero, per il modo in cui le assenze si sono verificate in quel caso - «per un numero esiguo di giorni, due o tre, reiterate anche all'interno dello stesso mese, e costantemente "agganciate" ai giorni di riposo del lavoratore (n. 520 ore nel 1999, n. 232 nel 2000, n. 168 nel 2001, n. 368 nel 2002, n. 248 nel 2003)» - le stesse hanno dato luogo ad una prestazione non più sufficiente e proficua per l'azienda, diventando pregiudizievole per la stessa or-

ganizzazione imprenditoriale. Corretta, quindi, è stata la statuizione della Corte di Appello circa la legittimità del licenziamento irrogato al lavoratore per giustificato motivo oggettivo.

E' stato, infine, ritenuto che per tale tipo di recesso non viene neanche in rilievo il cd. "repechage", che com'è noto è posto a carico del datore in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Siffatto *revirement* della Suprema Corte, seppur con dei limiti ermeneutici, sembra schiudere le "rigide porte" del licenziamento ad una nuova fattispecie che, pur rientrando nella ipotesi del giustificato motivo oggettivo, si estende al punto da ricomprendere fatti che attengono alla persona del lavoratore non imputabili a sua negligenza o imperizia (*rectius*: episodi morbosi).

Sulla scia dell'apertura mostrata dalla Cassazione, anche due Giudici del Lavoro del Tribunale di Milano hanno aderito al "cambio di rotta", ritenendo legittimi due licenziamenti irrogati per gli stessi motivi. Il primo (*ordinanza del 15 gennaio 2015*) ha precisato che «alla luce di quanto esposto appaiono "prima facie" evidente i disservizi continuativamente patiti dalla resistente, dai suoi clienti e dai colleghi del ricorrente a causa delle numerose, continuative e spesso improvvisate assenze del lavoratore che costringevano la società a dover organizzare i singoli servizi in tempi strettissimi, con verosimili contestuali disfunzioni, di scopertura e/o ritardi, per i singoli clienti, e disagi per gli altri dipendenti che potevano essere richiamati in servizio all'ultimo momento da periodi di riposo e da altri turni lavorativi, senza usufruire del previsto riposo» ed ha, quin-

di, concluso per il rigetto del ricorso del lavoratore.

Il secondo (*ordinanza del 19 settembre 2015*), pur condividendo tutto quanto statuito dalla predetta sentenza della Cassazione n. 18678/2014 e dal suo Collega nella richiamata ordinanza, ha però applicato il quinto comma dell'articolo 18, Legge n. 300/1970, dichiarando risolto il rapporto di lavoro e condannando il datore al pagamento di un'indennità risarcitoria di quindici mensilità, giacché non era stata raggiunta dal datore la prova che la prestazione del dipendente licenziato fosse stata inutilizzabile nei giorni di presenza dello stesso.

Orbene - in attesa di un auspicato intervento delle Sezioni Unite che, a distanza di 35 anni dal proprio precedente, possa riesaminare la questione alla luce dell'attuale mondo del lavoro profondamente modificato - si può senz'altro concludere che il licenziamento per scarso rendimento dovuto ad assenze reiterate del lavoratore non possa oggi trovare una soluzione unitaria da applicarsi indistintamente a tutte le fattispecie.

Si dovrà, pertanto, caso per caso, verificare se le assenze del lavoratore vengono in rilievo esclusivamente come eccessiva morbilità (licenziamento per superamento del periodo di comporlo ed art. 2110 c.c.), oppure sotto il profilo oggettivo e, cioè, tali da rendere la prestazione del lavoro non più utilizzabile con conseguente pregiudizio per l'organizzazione aziendale (licenziamento per giustificato motivo oggettivo) ovvero, infine, come condotta negligente del lavoratore (licenziamento per giusta causa, con le garanzie procedurali di cui all'art. 7, L. n. 300/1970).