

Cassazione civile

Licenziamento per assenteismo tattico

Joselita La Mendola - Funzionario ispettivo della Direzione territoriale del lavoro di Lodi (*)

Con la recente sentenza della Cassazione sez. lavoro 4 settembre 2014 n. 18678, la Suprema Corte si è pronunciata in materia di licenziamento di un lavoratore per “assenteismo tattico”, stabilendo che lo stesso è legittimo quando il datore di lavoro dimostri, sulla scorta della valutazione complessiva dell’attività svolta, una evidente violazione della diligente collaborazione del prestatore, «in conseguenza dell’enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento».

Per i giudici, pertanto, è ammissibile il licenziamento per giustificato motivo inferito al lavoratore a cui erano state contestate reiterate assenze per malattia, anche all’interno dello stesso mese, costantemente agganciate ai giorni di riposo del lavoratore, in quanto tali assenze, pur non avendo superato il periodo di comporto normativamente stabilito, «davano luogo ad una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile dalla società, rivelandosi la stessa inadeguata sotto il profilo produttivo e pregiudizievole per l’organizzazione aziendale». Prima di riassumere la vicenda sottesa alla pronuncia in esame e richiamare le argomentazioni dei giudici della Cassazione, occorre innanzitutto inquadrare giuridicamente la problematica del licenziamento individuale del lavoratore, ponendo

particolare attenzione alle due tipologie in evidenza nella sentenza in esame: il licenziamento per superamento del periodo di comporto e il licenziamento per giustificato motivo.

Licenziamento per superamento del periodo di comporto

Come è noto, il licenziamento è l’atto con cui il datore di lavoro risolve unilateralmente il rapporto di lavoro con il prestatore. L’articolo 2110 c.c. stabilisce che, in caso di infortunio o di malattia, il datore di lavoro ha diritto di recedere dal contratto, a norma dell’articolo 2118 c.c., decorso il periodo stabilito dalla legge, dagli usi o secondo equità. Secondo la suddetta previsione, il lavoratore ha diritto alla conservazione del posto, in costanza di malattia, purché essa non si prolunghi oltre un periodo normativamente stabilito, che viene definito comunemente “di comporto”. Il comporto costituisce un importante punto di equilibrio tra due contrapposti interessi, rappresentati dalla durata nel tempo degli obblighi lavorativi e dai correlativi diritti delle parti del rapporto.

La disciplina di tale licenziamento, al di là dei succitati riferimenti normativi, è contenuta principalmente nei contratti collettivi di settore, che ne regolano natura e durata (1).

(*) Il presente contributo è frutto esclusivo del pensiero dell’Autore e non ha carattere impegnativo per l’Amministrazione di appartenenza.

(1) Per un’ampia disamina su tale istituto si vedano, tra gli altri, Mannacio, *Licenziamento per superamento del periodo di comporto e legge 15 luglio 1966, n. 604* in *Lav. giur.*, 2010, 5, 464 - 469; Iarussi, *L’inapplicabilità del termine di decadenza per i licenziamenti individuali all’impugnativa del recesso per superamento del periodo di comporto*, in *Lav. giur.*, 2010, 5, 470 - 476; Riccio, *Principio di “tempestività” e ruolo del “tempo” nella giurisprudenza in tema di licenziamento per superamento del*

periodo di comporto, in *Dir. rel. ind.*, 2009, 4, 1073 - 1076; Carbone, *Superamento del periodo di comporto e riflessi sul rapporto di lavoro: problematiche ed orientamenti giurisprudenziali*, in *Il Foro italiano*, 2009, 2, pt. 1, 501 - 507; Collia - Rotondi (a cura di), *Licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Lav. giur.*, 2006, 5, 506 - 507; D’Amore, *Il superamento del periodo di comporto: problematiche e conseguenze*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2003, 4, pt. 2, 738 - 749. Cfr. inoltre La Mendola, *Licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Dir. prat. lav.*, 5/2011, 281 ss.

Approfondimenti

Viene, innanzitutto, operata una distinzione tra comportamento c.d. “secco” e comportamento c.d. “per sommaria”. Il primo ricorre quando la contrattazione collettiva si limita a prevedere il periodo con riferimento ad un’unica malattia; il secondo si ha, invece, quando viene previsto un ampio arco temporale entro il quale non possono essere superati i periodi massimi complessivi di conservazione del posto di lavoro. In tale ultimo caso, deve essere determinato anche il “termine esterno”, ossia l’ambito temporale massimo entro cui inserire il periodo di conservazione del posto, comunemente definito “termine interno”. In mancanza di previsione contrattuale, si ritiene che spetti al giudice, in via equitativa, determinare l’arco temporale di riferimento per il computo delle assenze (cfr. articolo 2110 c.c.) (2).

In materia di licenziamento per superamento del periodo di comportamento, assurge al rango di *ius receptum* il c.d. principio di “tempestività”, elaborato dalla giurisprudenza (3), che assegna al fattore tempo un’importanza fondamentale riguardo al momento di intimazione del licenziamento. Secondo tale principio, il recesso deve essere comunicato dal datore di lavoro «entro il lasso di tempo necessario per valutare convenientemente, nel suo complesso, l’entità degli episodi morbosi, ed accertare una possibile convenienza alla protrazione del rapporto» (4). Ciò al fine di non lasciare il rapporto di lavoro in uno stato di incertezza, in contrasto con «l’assetto stabile che l’ordinamento ha inteso conferirgli» (5).

Sul piano applicativo, tuttavia, non sempre il principio di tempestività è di agevole applicazione nella molteplicità delle fattispecie concrete (6). Per rispondere alle esigenze di certezza del diritto in tale ambito, la giurisprudenza ha

spesso fatto ricorso alle regole di correttezza e buona fede poste dagli articoli 1175 e 1375 c.c., che impongono un divieto di “abuso del diritto” nel licenziare, al fine di evitare indebite pressioni psicologiche in capo al prestatore (7). In dottrina, si è però osservato che anche il riferimento alla clausola generale di buona fede possa condurre ad una molteplicità di esiti interpretativi, quando scenda «nelle valutazioni del caso concreto» (8). L’impossibilità di pervenire ad un’interpretazione univoca del principio di tempestività, ha pertanto indotto la dottrina a domandarsi se il tempo rappresenti realmente un criterio decisivo nella valutazione della legittimità del recesso. Al riguardo, alcuni autori hanno fatto ricorso alla nozione di “silenzio circostanziato”, osservando come esso «viene sempre in considerazione come circostanza complementare o costitutiva di un comportamento positivo concludente» (9). Anche la giurisprudenza ha, in alcune occasioni, chiarito come la nozione di tempestività non possa risolversi in un dato meramente cronologico, ma vada considerata «caso per caso, con riferimento all’intero contesto delle circostanze significative» (10).

Per la giurisprudenza della Cassazione (sentenza 13 luglio 2010 n. 16421 (11)), qualora nell’atto di intimazione del recesso datoriale non siano state precisate le assenze in virtù delle quali si ritiene superato il periodo di comportamento, il lavoratore può richiedere di specificare tale circostanza fattuale, al fine di potere opporre specifici rilievi in ordine alle mancate presenze imputategli. È, però, legittimo il licenziamento, anche per assenze non certificate da un medico, potendo il giudice, in tal caso, dedurre la prova della malattia dalle testimonianze degli addetti dell’amministrazione.

(2) Cfr. sul punto Tremante, *Riflessioni sul periodo di comportamento e sul licenziamento per scarso rendimento*, in *www.lussit.it*. Cfr. inoltre Forte, *Il licenziamento per superamento del periodo di comportamento: basta l’elemento fattuale?*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2008, 2, pt. 2, 344 - 348.

(3) Cfr. al riguardo, tra le prime applicazioni, Pretura di Torino 3 Novembre 1981, in *Gius. civ.*, 1982, I, 797, con nota di Tosi, *Superamento del periodo di comportamento per eccessiva morbilità e decadenza del diritto di recesso del datore*; tra le prime sentenze della Suprema Corte sul tema, si veda Cassazione 1° agosto 1984, n. 4572.

(4) Cfr. Tosi, *Superamento del periodo di comportamento*, cit., p. 797. Cfr. inoltre Riccio, *Principio di “tempestività” e ruolo del “tempo” nella giurisprudenza in tema di licenziamento per superamento del periodo di comportamento*, in *Dir. rel. ind.*, cit.

(5) Così Cassazione n. 119/1989.

(6) Sul punto Maio, *Sulla tempestività del recesso per supe-*

ramento del periodo di comportamento, in *Adl*, 2006, 304 ss; Signorini, *Sul diverso contenuto della regola dell’immediatezza nel licenziamento disciplinare e in quello per superamento del comportamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 90 ss; Caro, *Aporie della giurisprudenza di cassazione in materia di immediatezza della reazione disciplinare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 208 ss.

(7) Sull’applicazione di tale principio cfr. ad esempio Cassazione 4 dicembre 1986, n. 7200; Cassazione 19 aprile 1985, n. 2598.

(8) Cfr. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio maternità, servizio militare. Artt. 2210 - 2111 c.c.*, in *Commentario Schlesinger* 1992, 382.

(9) Cfr. Sacco, *Obbligazioni e contratti*, in Rescigno, *Trattato di diritto privato*, Torino, 1997, 45.

(10) Cfr. sul punto Cassazione n. 253/2005.

(11) In *Dir. prat. lav.* 2011, 5, 281 ss. annotata da La Mendola, *Licenziamento per superamento del periodo di comportamento*.

Approfondimenti

La Suprema Corte ha, inoltre, stabilito che, ai fini del calcolo del periodo di comporto, vanno calcolate le sole assenze per malattia e non anche quelle per infortunio sul lavoro e malattia professionale, atteso che non possono porsi a carico del lavoratore le conseguenze del pregiudizio da lui subito a causa dell'attività lavorativa espletata (12).

Licenziamento per giustificato motivo

Per poter licenziare un lavoratore dipendente, oltre alla specifica normativa in tema di assenze di cui sopra, rilevante ai fini del superamento del c.d. "periodo di comporto", si devono verificare specifiche situazioni che possono riguardare la condotta del lavoratore o la particolare situazione in cui versa l'azienda (articolo 1, legge 15 luglio 1966, n. 604).

Alla condotta del lavoratore si riconducono le motivazioni per il licenziamento disciplinare, per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, mentre alla situazione in cui si trova l'azienda si riconduce la fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Il giustificato motivo soggettivo è costituito da «un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro», mentre il giustificato motivo oggettivo è costituito da «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» (articolo 3, legge n. 604/1996) (13). Il licenziamento per giustificato motivo può riguardare uno o più lavoratori, ma è ben diverso dal licenziamento collettivo (regolamentato dalla legge n. 223/1991). È necessario, infatti, un preavviso da parte del datore, in base ai contratti di lavoro, in mancanza del quale lo stesso dovrà pagare al lavoratore la relativa retribuzione.

Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e procedura ai sensi della legge n. 92/2012

Come sopra accennato, il giustificato motivo oggettivo si configura nel momento in cui esiste un'esplicita necessità dell'impresa (es. crisi aziendale) per cui il datore di lavoro è costretto a privarsi di alcuni tra i suoi dipendenti che non può utilmente reimpiegare in altri comparti della sua attività (14).

Esso può riguardare ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento. Non concerne pertanto il comportamento del lavoratore. Perché sia possibile procedere a tale forma di licenziamento, non è sufficiente che il datore di lavoro decida di riorganizzare la produzione, perché occorre anche che la figura professionale licenziata non sia più utile all'interno dell'azienda. Diversamente l'imprenditore ha l'obbligo di ricollocare il lavoratore in un'altra posizione (c.d. obbligo di ripescaggio). Tra i casi più frequenti, individuati dalla giurisprudenza come giustificato motivo oggettivo, vi sono la cessazione dell'attività, la riorganizzazione aziendale, il fallimento, ma anche la sopravvenuta inidoneità fisica al lavoro o la carcerazione del prestatore. Secondo quanto previsto dalla legge n. 92/2012 (c.d. legge Fornero), nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (definito come «economico» nel suddetto testo legislativo), il giudice può obbligare il datore di lavoro al pagamento di un'indennità, tra un minimo di 12 mensilità ed un massimo di 24. Il reintegro nel posto di lavoro, che prima era automatico, oggi, in caso di licenziamento giudicato illegittimo, può essere disposto dal giudice solamente nel caso in cui si provi che esso sia stato determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari (15).

(12) Cfr. sul punto Cassazione n. 14756/2013 annota da La Mendola, *Infortunio in itinere e superamento del periodo di comporto*, in *Dir. prat. lav.*, 2014, 1, 86 ss.

(13) La giusta causa, invece, si caratterizza, ai sensi dell'articolo 2119 c.c., per un gravissimo inadempimento degli obblighi contrattuali o anche per un fatto esterno al rapporto, ma tale da far venir meno la fiducia del datore di lavoro nella puntualità dei successivi adempimenti del prestatore.

(14) Sul problema del licenziamento per giustificato motivo oggettivo si vedano, tra gli altri, Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in *www.bollettinoadapt.it*; Goffredo - Meleca, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo la Legge Fornero: nuove procedure, nuove sanzioni*, in *www.dirittoegiustizia.it*; Tatarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in

www.giuslavoristi.it; Pugliese, *Tentativo obbligatorio di conciliazione a seguito della riforma Fornero*, in *www.altalex.it*.

(15) La riforma c.d. Fornero ha inciso profondamente sulla disciplina relativa alle conseguenze per il lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, modificando anche, al riguardo, il testo dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori (legge n. 300/1970). Le conseguenze del licenziamento illegittimo si distinguono, in primo luogo, a seconda che esso sia stato intimato nell'ambito di un'impresa che abbia sino a 15 dipendenti oppure almeno 16. Nel primo caso, a prescindere dal vizio individuato, il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro a riassumere il dipendente entro il termine di 3 giorni, oppure, in mancanza, a versargli un risarcimento, la cui misura viene determinata tra un minimo di 2,5 e un massimo di 6 mensilità (tenendo conto del numero dei dipendenti occu-

Approfondimenti

Con la legge n. 92/2012, il legislatore ha stabilito inoltre che il datore di lavoro che abbia alle proprie dipendenze più di 15 lavoratori nella stessa unità produttiva o nello stesso Comune o comunque più di 60 lavoratori complessivamente, debba seguire una specifica procedura per potere ricorrere a tale particolare forma di recesso dal rapporto di lavoro.

La nuova procedura, indicata nel testo novellato dell'articolo 7 della legge n. 604/1966, prevede che:

a) il datore di lavoro, prima di formalizzare il licenziamento, deve inviare alla Direzione territoriale del lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera, e, per conoscenza, al lavoratore, una comunicazione scritta in cui siano indicati:

- l'intenzione di procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo;
- gli specifici motivi posti alla base del licenziamento;
- le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato;

b) entro il termine perentorio di 7 giorni decorrenti dalla data di ricezione della comunicazione, la Direzione territoriale del lavoro deve convocare il datore di lavoro e il lavoratore per un incontro conciliativo, da svolgersi dinanzi alla commissione provinciale di conciliazione prevista dall'articolo 410 c.p.c.;

c) l'incontro deve svolgersi e concludersi entro 20 giorni di calendario dal momento in cui la Direzione territoriale del lavoro ha trasmesso la convocazione (salvo, naturalmente, che le parti non ritengano di raggiungere un accordo in forma privata, rinunciando alla suddetta procedura);

d) durante l'incontro, datore di lavoro e lavoratore possono farsi assistere dalle organizzazioni di

rappresentanza a cui sono iscritte o abbiano conferito mandato, ovvero da un avvocato o da un consulente del lavoro;

e) al termine dei 20 giorni, se non si è trovato un accordo, il datore di lavoro potrà comunicare per iscritto il licenziamento al lavoratore, specificando i motivi che lo hanno determinato.

Precedenti giurisprudenziali

Prima di procedere all'esame della sentenza della Cassazione in commento, è opportuno accennare ad alcuni significativi precedenti giurisprudenziali in materia di licenziamenti individuali, aventi ad oggetto contestazioni per scarso rendimento, dovute ad assenze per malattia dei lavoratori c.d. "tattiche", tali tuttavia da non superare il periodo di comportamento normativamente stabilito per legge.

La sentenza della Cassazione n. 9713/1997 (16), ad esempio, affronta il caso di un lavoratore licenziato per motivi disciplinari, in quanto nell'ultimo triennio aveva effettuato ben 816 giorni di assenza, pari ai $\frac{3}{4}$ dell'intero periodo di lavoro e, proprio in riferimento a tale condotta, gli era stata contestata «l'irregolarità del comportamento ritenuto lesivo degli obblighi contrattuali». Nel corso del giudizio, era stato accertato che gli innumerevoli episodi di assenza dal lavoro erano avvenuti in concomitanza all'avvicinarsi di giorni non lavorativi ed erano cessati con l'approssimarsi della scadenza contrattuale del periodo di comportamento, onde evitare di incorrere nelle conseguenze di legge dovute a tale particolare forma di licenziamento. Il datore di lavoro, nel caso in esame, aveva posto fine al rapporto di lavoro con il prestatore per «scarso rendimento», ai sensi dell'articolo 80, lettera h, del Ccnl di settore, in quanto le numerose assenze effettuate

pati, delle dimensioni dell'impresa, dell'anzianità di servizio del lavoratore, nonché del comportamento e della condizione delle parti). Nel secondo caso, invece, le conseguenze sanzionatorie sono stabilite dall'articolo 18 dello Statuto lavoratori, come modificato dalla legge n. 92/2012. Prima di tale intervento, infatti, era prevista una tutela unica (c.d. tutela reale), che comportava la reintegrazione del lavoratore ed il risarcimento pieno del danno (con il pagamento delle retribuzioni e della contribuzione dal licenziamento fino all'effettiva reintegrazione e, comunque, nella misura minima di 5 mensilità). Il nuovo testo dell'articolo 18, invece, prevede il seguente sistema di tutele differenziate che mutano a seconda del vizio riscontrato nel licenziamento: quando non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa per insussistenza del fatto contestato o perché il fatto rientra fra le condotte punibili con una sanzione conservativa, il giudice applica la c.d. tutela reale attenuata (reintegrazione nel posto di lavoro e indennizzo

commisurato alla retribuzione con il limite di 12 mensilità oltre al versamento dei contributi previdenziali per tutto il periodo dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione); nelle altre ipotesi in cui non ricorrano gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, il giudice applica la c.d. tutela obbligatoria standard (ossia condanna il datore al pagamento di un'indennità risarcitoria in una misura compresa fra 12 e 24 mensilità della retribuzione globale di fatto, tenendo conto dell'anzianità del lavoratore, del numero dei dipendenti, della dimensione dell'attività economica e del comportamento e condizioni delle parti). Per approfondimenti sul tema si vedano, tra gli altri, Alvaro, *Riforma del lavoro Fornero: prime considerazioni*, in www.altalex.it; Ferraresi, *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in www.bollettinoadapt.it.

(16) Annotata da Ichino, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 1998, 337 ss.

Approfondimenti

dallo stesso costituivano «causa del difetto permanente dell'attività lavorativa». Tuttavia, i giudici della Suprema Corte, aditi dal lavoratore soccombente in I e II grado di giudizio, avevano annullato il licenziamento inferto dal datore di lavoro per un vizio formale dello stesso. In particolare, avevano osservato che, nella lettera di contestazione del licenziamento, era stato omesso il riferimento all'articolo 77 dello stesso contratto collettivo, che concerneva la specifica fattispecie della simulazione della malattia, emersa in entrambi i gradi di giudizio anche attraverso perizie giudiziali, ma non espressamente citata dal datore nel provvedimento di recesso.

In precedenza, la Suprema Corte, per un caso analogo di licenziamento del lavoratore dovuto a scarso rendimento per «eccessiva morbilità», con sentenza n. 10286/1996 (17), aveva, invece, confermato il licenziamento inferto, senza attribuire rilievo formale alla simulazione della malattia, ma basandosi esclusivamente sull'ipotesi, provata in giudizio, dello scarso rendimento del lavoratore collegata all'eccessivo assenteismo dello stesso.

Un altro precedente giurisprudenziale di notevole interesse sul tema in esame è rappresentato dalla sentenza della Cassazione n. 14065/1999 (18), concernente l'ipotesi di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo di una lavoratrice part-time per eccessiva morbosità, e del rapporto tra tale risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro ed il superamento del periodo di comporto normativamente stabilito. Nel caso in esame, i giudici si sono domandati, innanzitutto, se la durata del periodo di comporto avrebbe dovuto essere considerata allo stesso modo nel rapporto di lavoro part-time e full-time, nulla prevedendo il contratto collettivo al riguardo. Hanno concluso per una risposta affermativa a tale quesito, in ragione del fatto che al contratto in questione si applicano le norme dello stesso contratto collettivo, «in quanto compatibili con la natura del rapporto». Per quanto concerne poi la questione afferente la necessità del superamento del periodo di comporto, al fine di procedere legittimamente e validamente al licenziamento del lavoratore per giustificato motivo oggettivo, la Suprema Corte,

richiamandosi alla sua precedente giurisprudenza (in particolare Cass. S.U. n. 2072-2073-2074/1980), afferma che, per la risoluzione di tale problema, devono trovare applicazione i principi espressi dall'articolo 2110 c.c., «che prevale in quanto norma “speciale”, sia sulla normativa generale del recesso, che su quella del codice civile in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione». La Corte individua così il fulcro della disciplina della malattia del lavoratore nell'articolo 2110 c.c., riconducendovi «non solo la malattia a carattere unitario e continuativo, ma anche il fenomeno della c.d. eccessiva morbilità» (19).

Cassazione n. 18678/2014

La sentenza della Cassazione sez. lavoro 4 settembre 2014, n. 18678, qui in commento, si pronuncia su problematiche connesse al licenziamento per giustificato motivo e del suo rapporto con il superamento del periodo di comporto normativamente stabilito.

Nel caso in esame, il dipendente di una società, licenziato per giustificato motivo oggettivo, aveva adito il tribunale di Vasto per sentire dichiarare l'illegittimità del licenziamento, ma il foro abruzzese aveva rigettato il ricorso. La Corte d'appello di L'Aquila aveva confermato la decisione di primo grado, ritenendo i motivi addotti dal lavoratore privi di fondamento, in quanto il recesso era stato sufficientemente motivato, ed era stato assolto da parte della società l'onere di provare la causa del licenziamento.

Avverso tale pronuncia d'appello, il dipendente ricorreva allora in Cassazione, deducendo tre diversi motivi di doglianza. In *primis* rilevava il difetto di motivazione della sentenza, per insufficienza e contraddittorietà della stessa su un punto decisivo della controversia, ossia il mancato superamento del periodo di comporto. Ad avviso del ricorrente, infatti, il licenziamento poteva legittimamente essere inferto solo in caso di superamento di tale periodo normativamente stabilito, circostanza non verificatasi nel caso di specie. Inoltre, non sarebbe stata chiara, dalla lettura complessiva degli atti processuali, la ragione del licenziamento, se per giusta causa o per giustifi-

(17) Annotata da Mariani, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 1997, 324 ss.

(18) Annotata da Ferluga, in *Gius. civ.*, 12, 2000, 3229 ss.

(19) Cfr. Cass. n. 14065/1999, in *Gius. civ.*, cit; cfr. inoltre,

sull'affermazione di tale principio, *ex multis*, Cass., n. 1861/2010.

Approfondimenti

cato motivo oggettivo, atteso il riferimento allo «scarso rendimento del lavoratore».

In secondo luogo, il ricorrente lamentava la violazione dell'articolo 2697 c.c. in tema di onere della prova, rilevando che la società resistente non aveva offerto idonea prova in ordine alla circostanza che le assenze avessero causato problemi all'organizzazione produttiva, tenuto conto che la stessa era gestita in modo tale da potere sostituire senza problemi un lavoratore assente per improvvisa malattia. Inoltre, ad avviso del ricorrente, non era stato provato dalla società lo scarso rendimento del lavoratore.

Infine, con il terzo motivo di ricorso, il prestatore denunciava il vizio di violazione e falsa applicazione dell'articolo 2110 c.c., nonché dell'articolo 3 della legge n. 604/1966, anche in relazione all'articolo 32 della Costituzione in quanto la Corte d'appello di L'Aquila aveva affermato che «l'eccessiva morbilità, anche se indipendente dalla colpevolezza dello stesso, e nei limiti del periodo di tolleranza contemplato dalla contrattazione collettiva, aveva integrato gli estremi dello scarso rendimento, sicché la propria prestazione non si rilevava più utile per il datore di lavoro». A giudizio del prestatore, il licenziamento poteva intervenire solo al momento del superamento del periodo di comporto, anche in caso di malattia di carattere non unitario o continuativo. Inoltre, non erano state provate le esigenze organizzative e produttive poste alla base del recesso datoriale e non era avvenuto il c.d. *repechage*, ossia il riutilizzo del lavoratore in altre mansioni all'interno dell'azienda.

La Corte di Cassazione, nella sentenza in esame, respinge il ricorso del lavoratore, giudicando infondati i suddetti motivi, trattandoli congiuntamente.

Con riferimento al problema della qualificazione giuridica del licenziamento irrogato, i giudici rilevano innanzitutto che il tribunale di merito, in più punti della sentenza impugnata e in modo chiaro, afferma la legittimità del licenziamento irrogato, qualificandolo espressamente «per giustificato motivo oggettivo». Pertanto, il problema non investe la qualificazione giuridica di tale licenziamento, bensì le condizioni per ritenerlo legittimo, in ragione delle doglianze espresse dal lavoratore nei tre motivi di ricorso.

La pronuncia richiama la costante giurisprudenza della S.C., secondo cui la fattispecie del recesso

del datore, per le assenze per malattia del lavoratore, è soggetta, in via di principio, alle regole dell'articolo 2110 c.c., che prevalgono, in quanto speciali, sulle altre discipline normative in materia. Ne consegue che, in generale, il datore non può recedere dal rapporto di lavoro prima del superamento del periodo di comporto, e che il superamento di tale periodo costituisce condizione sufficiente di legittimità del recesso, a prescindere dalla prova di altri elementi, quali il giustificato motivo oggettivo o l'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Tuttavia, nel caso in esame, le assenze del lavoratore hanno assunto rilievo sotto un diverso profilo, in quanto, per la modalità con cui si sono verificate (per un numero esiguo di giorni ed agganciate ai giorni di riposo del lavoratore), hanno dato luogo «ad una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile per la società, rilevandosi la stessa inadeguata sotto il profilo produttivo e pregiudizievole per l'organizzazione aziendale così da giustificare il provvedimento risolutorio».

I giudici della Cassazione precisano, inoltre, che, in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, compete al giudice il controllo in ordine all'effettiva sussistenza dei motivi addotti dal datore di lavoro che giustificano il recesso unilaterale del rapporto di lavoro. Nel caso in esame, è legittimo il licenziamento intimato al lavoratore per scarso rendimento, in quanto è risultata provata dal datore «sulla scorta della valutazione complessiva dell'attività resa dal lavoratore stesso ed in base agli elementi dimostrati dal datore di lavoro», una evidente «sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, avuto riguardo al confronto dei risultanti dati globali, riferito ad una media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione». Inoltre, la sentenza chiarisce che, nel caso di specie, le assenze per malattia del lavoratore non hanno rilievo in sé, ma in quanto le stesse, anche se incolpevoli, sono causa dello scarso rendimento del lavoratore, «incidendo negativamente sulla produzione aziendale» e creando enormi «scompensi organizzativi».

A ben vedere, la sentenza qui in commento, sostiene chiaramente l'applicabilità, al licenziamento per scarso rendimento dovuto ad assen-

Approfondimenti

teismo c.d. “tattico”, della disciplina generale sul licenziamento, e in particolare delle previsioni della legge n. 604/1966, articolo 3 sul licenziamento per giustificato motivo. I giudici, in parziale difformità rispetto alla precedente succitata giurisprudenza della Suprema Corte,

hanno infatti rilevato che, in caso di reiterate assenze per malattia del lavoratore, anche non continuative, il prestatore, pur non avendo superato il periodo di comporta, ben può essere licenziato, a causa dei pregiudizi organizzativi arrecati all'impresa.

Cass. civ., sez. lav., sentenza 4 settembre 2014, n. 18678

Roselli (Pres.) - Tricomi (Est.) - Carestia (P.M.) - F.G. (Ric.) c. Pilkington Italia Spa (Res.)

Svolgimento del fatto

1. La Corte d'appello de L'Aquila, con la sentenza n. 801/11, pronunciando sull'impugnazione proposta da F.G. nei confronti della società Pilkington Italia spa, avente ad oggetto la sentenza del Tribunale di Vasto n. 335 dell'11 gennaio 2011, la rigettava.

2. F.G. aveva adito il Tribunale per sentir dichiarare l'illegittimità del licenziamento irrogatogli per giustificato motivo oggettivo dalla suddetta società in data 10 novembre 2003, con tutte le conseguenti statuizioni ripristinatorie e risarcitorie.

3. Per la cassazione della sentenza resa in grado di appello ricorre il F. prospettando tre motivi di ricorso.

4. La società Pilkington Italia spa resiste con controricorso e ricorso incidentale condizionato relativo all'inammissibilità dell'appello e quindi del ricorso per cassazione.

Motivi della decisione

Preliminarmente, va disposta la riunione dei ricorsi in quanto proposti avverso la medesima sentenza di appello.

1. Con il primo motivo di ricorso è prospettato il vizio di difetto di motivazione della sentenza, per insufficienza e contraddittorietà della stessa su un punto decisivo della controversia, in relazione all'articolo 360, n. 5.

Il F. censura la statuizione della Corte d'appello che ha ritenuto legittimo il licenziamento per giustificato motivo soggettivo irrogato in ragione delle sistematiche assenze del medesimo, “a macchia di leopardo”, comunicate in limine, con conseguente mancanza di continuità e proficiuità, anche se non superiori al periodo di comporta, 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.

Ad avviso del ricorrente, il licenziamento può intervenire solo se viene superato il periodo di comporta, circostanza non verificatasi nel caso di specie.

Peraltro, dalla complessiva lettura degli atti processuali e della sentenza non sarebbe chiara la ragione del licenziamento: giusta causa, o giustificato motivo oggettivo, atteso il riferimento anche allo scarso rendimento.

2. Con il secondo motivo di ricorso è prospettato il vizio di difetto di motivazione su un punto decisivo della controversia, costituito dalla mera adesione alle conclusioni dell'appellato senza tener conto delle contestazioni dell'appellante; violazione di legge e dei principi dell'onere della prova ex articolo 2697 c.c., in relazione all'articolo 360 c.p.c., nn. 3 e 5.

La società resistente non avrebbe offerto prova in ordine alla circostanza che le assenze avessero causato problemi all'organizzazione produttiva, pur gravando sulla stessa il relativo onere, tenuto conto, altresì, che la medesima società era organizzata in modo da poter sostituire senza difficoltà un lavoratore per improvvisa malattia, tanto che le assenze di esso ricorrente, come risultava dalla prova per testi non avevano bloccato la produzione. Né era stato provato lo scarso rendimento.

La sentenza della Corte d'appello, sarebbe, altresì, affetta da vizio di motivazione rispetto all'esistenza di inequivoci comportamenti discriminatori posti alla attenzione della medesima (quali l'invio di lettera a chiarimento sulle assenze), e sui quali non si era pronunciata affermando che esulassero dal giudizio, benché esso ricorrente avesse posto in luce una successione di eventi che evidenziavano la premeditazione del licenziamento.

3. Con il terzo motivo di ricorso è dedotto il vizio di violazione e falsa applicazione dell'articolo 2110 c.c., nonché della legge 15 luglio 1966, n. 604, articolo 3, anche in relazione all'articolo 32 Cost., con conseguente difetto di motivazione, in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 3 e 5.

Il lavoratore censura la statuizione con la quale la Corte d'appello ha affermato che l'eccessiva morbilità, dovuta a reiterate assenze, anche se indipendente da colpevolezza dello stesso, e nei limiti del periodo di tolleranza contemplato dalla contrattazione collettiva, aveva integrato gli estremi dello scarso rendimento, sicché la propria prestazione non si rilevava più utile per il datore di lavoro.

Approfondimenti

Esponde il ricorrente che il licenziamento può intervenire solo nel caso di superamento del periodo di comportamento, anche quando la malattia non ha carattere unitario o continuativo.

Non poteva, quindi, ritenersi il giustificato motivo oggettivo del licenziamento, non essendo, inoltre, state provate le esigenze produttive e organizzative poste alla base del recesso datoriale, che peraltro avrebbe richiesto, il c.d. *repechage*.

Ai fini di una corretta lettura delle vicende di causa il F., infine richiama la motivazione dell'ordinanza del Tribunale di Vasto che aveva accolto il reclamo avverso il rigetto del ricorso *ex* articolo 700 c.p.c., avente ad oggetto la reintegra nel posto di lavoro.

4. I tre motivi del ricorso principale devono essere trattati congiuntamente. Gli stessi non sono fondati e devono essere rigettati.

4.1. Le censure toccano, sotto il profilo del vizio di motivazione e della violazione di legge, i seguenti punti della statuizione della Corte d'appello.

Mancata chiarezza nella sentenza circa la causale del licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa.

Illegittimità del licenziamento per eccessiva morbilità.

Mancanza di prova delle esigenze organizzative e produttive e dello scarso rendimento del lavoratore.

4.2. Va premesso che, anche in sede di impugnazione, sarebbe ammissibile la conversione del licenziamento per giusta causa in licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in quanto le dette causali del recesso datoriale costituiscono mere qualificazioni giuridiche di comportamenti ugualmente idonei a legittimare la cessazione del rapporto di lavoro, fermo restando l'immutabilità della contestazione, e persistendo la volontà del datore di lavoro di risolvere il rapporto (si cfr., Cass., n. 12884 del 2014).

Tuttavia, nella specie, la sentenza, in modo chiaro, e in più punti, afferma la legittimità del licenziamento irrogato per giustificato motivo oggettivo, così qualificando l'atto di recesso.

In particolare, sia nel richiamare la prospettazione del ricorrente in appello: «l'appellante censura l'impugnata sentenza addebitandole di aver erroneamente ritenuto legittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo irrogatogli», sia nell'espone le argomentazioni che fanno «giustificare il provvedimento risolutorio per giustificato motivo oggettivo, anche sotto il profilo della proporzionalità della sanzione irrogata», il giudice di secondo grado qualifica come licenziamento per giustificato motivo oggettivo l'atto di recesso.

Quindi, ritiene il Collegio che la censura nella sostanza investa, in uno con le altre doglianze, la mancanza delle condizioni per ritenere legittimo il recesso, così qualificato, in ragione delle doglianze sopra esposte in sintesi.

4.3. Costituisce giurisprudenza costante di questa Corte che la 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), è soggetta alle regole dettate dall'articolo 2110 c.c., che prevalgono, per la loro specialità, sia sulla disciplina generale della risoluzione del contratto per sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione lavorativa, sia sulla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali.

Ne consegue che il datore di lavoro, da un lato, non può recedere dal rapporto prima del superamento del limite di tollerabilità dell'assenza (cosiddetto periodo di comportamento), il quale è 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 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 (*ex multis*, Cass., n. 1861 del 2010).

4.4. Nella specie, tuttavia, le assenze del lavoratore, dovute a malattia, vengono in rilievo sotto un diverso profilo, per cui non può trovare applicazione la giurisprudenza da ultimo richiamata, come, invece, dedotto dal ricorrente.

4.5. Per le modalità con cui le assenze si verificavano, che, riportate in sentenza (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), non sono contestate dal lavoratore con l'odierno ricorso, le stesse, infatti, davano luogo ad una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile per la società, rivelandosi la stessa inadeguata sotto il profilo produttivo e pregiudizievole per l'organizzazione aziendale così da giustificare il provvedimento risolutorio (senza peraltro, come dedotto dal lavoratore che la Corte d'appello facesse riferimento a motivi oggettivi).

4.6. Occorre ricordare che, ai sensi della legge n. 604 del 1966, articolo 3, «il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa».

4.7. La giurisprudenza di questa Corte ha, poi, precisato che in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato da ragioni tecniche, organizzative e produttive, compete al giudice - che non può, invece, sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'articolo 41 Cost. - il controllo in ordine all'effettiva sussistenza del motivo addotto dal datore di lavoro,

Approfondimenti

in ordine al quale il datore di lavoro ha l'onere di provare, anche mediante elementi presuntivi ed indiziari, l'effettività delle ragioni che giustificano l'operazione di riassetto (*ex multis*, Cass., n. 7474 del 2012).

Ancora, si è affermato che è legittimo il licenziamento intimato al lavoratore per scarso rendimento qualora sia risultato provato, sulla scorta della valutazione complessiva dell'attività resa dal lavoratore stesso ed in base agli elementi dimostrati dal datore di lavoro, una evidente violazione della diligente collaborazione dovuta dal dipendente - ed a lui imputabile - in conseguenza dell'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, avuto riguardo al confronto dei risultanti dati globali riferito ad una media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione (Cass., n. 3876 del 2006).

4.8. La statuizione della Corte d'appello ha fatto corretta applicazione, con congrua motivazione, dei principi sopra enunciati.

È bene chiarire che per la Corte d'appello, la malattia non viene in rilievo di per sé, come si è già detto, ma in quanto le assenze in questione, anche se incolpevoli, davano luogo a scarso rendimento e rendevano la prestazione non più utile per il datore di lavoro, incidendo negativamente sulla produzione aziendale.

Le stesse, infatti, incidevano sulle esigenze di organizzazione e funzionamento dell'azienda, dando luogo a scompensi organizzativi.

Come risultava dalla istruttoria (testi escussi colleghi del F.) le assenze comunicate all'ultimo momento determinavano la difficoltà, proprio per i tempi particolarmente ristretti, di trovare un sostituto, considerato, fra l'altro che il F., risultava assente proprio allorché doveva effettuare il turno di fine settimana o il turno notturno, il che causava ulteriore difficoltà nella sostituzione (oltre che malumori nei colleghi che dovevano provvedere alla sostituzione), ciò anche in ragione del verificarsi delle assenze "a macchia di leopardo".

Peraltro, questa è la *ratio decidendi* della sentenza, mentre il richiamo alla mancata risposta alla lettera con la quale si invitavano i dipendenti tra cui il F. a dedurre in ordine alle numerose assenze, non è posto dalla Corte d'appello in relazione con il licenziamento.

Priva di fondamento è, dunque, la censura della non irrogabilità del licenziamento in presenza di assenze per malattia che non superino il periodo di comporto, così come non fondata è la censura che contesta la congruità del controllo effettuato dal giudice di merito sulle ragioni del licenziamento, in ragione della motivazione sopra richiamata della decisione impugnata.

Né viene in rilievo in questo caso, per le sopra esposta causale del licenziamento, il c.d. "repechage", con il quale si esprime l'obbligazione posta a carico di quest'ultimo di adibire il lavoratore licenziato in altre mansioni reperibili in azienda di analogo livello professionale.

Il richiamo alle prove testimoniali effettuato dal ricorrente (teste Zerra) è parziale e non consente di verificarne la decisività, e si presenta meramente funzionale a sottoporre alla Corte una propria ricostruzione dei fatti sui quali si chiede un'inammissibile, in sede di legittimità, valutazione di merito.

Quanto alle deduzioni difensive volte a censurare l'inadeguatezza e la carenza della sentenza impugnata rispetto all'esistenza di inequivoci comportamenti discriminatori, occorre rilevare che il F., che non ricorre ex articolo 360 c.p.c., n. 4, rinvia all'atto di appello, non riportando i motivi dello stesso nel presente ricorso, con conseguente difetto di autosufficienza della censura, e contesta in modo generico la statuizione della Corte d'appello circa l'esclusione dal *thema decidendum* del presente giudizio della valenza persecutoria o discriminatoria del licenziamento, fattispecie che avrebbe dovuto essere ricollegata ad una diversa domanda, di accertamento di mobbing, risultando inammissibili le censure.

5. Il ricorso deve essere rigettato.

6. Al rigetto del ricorso principale segue l'assorbimento del ricorso incidentale proposto in via condizionata.

7. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi. Rigetta il ricorso principale. Assorbito l'incidentale. Condanna il ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in euro cento per esborsi, oltre euro quattromila per compensi professionali, oltre accessori di legge.