

Onere della prova

## Superamento del periodo di comportamento: istruzioni probatorie contrarie

Alessia La Mendola - Funzionario dell'Agencia delle Entrate  
Direzione Provinciale di Monza e Brianza

In materia di diritto alla malattia del lavoratore e licenziamento per superato limite del periodo di comportamento, una notevole rilevanza assume l'ordinanza della Corte di cassazione, sezione lavoro n. 21262/2018, ove, secondo gli ermellini, "incombe sul lavoratore l'onere di dimostrare che la decorrenza del periodo di comportamento non si è verificata allegando certificati medici, dai quali si evinca la riconducibilità dello stato di malattia a cause che consentano l'esclusione delle assenze di malattia dal periodo di comportamento, come l'infortunio sul lavoro, risultando irrilevante sindacare il soggetto sul quale imporre l'onere della prova in sede di legittimità, tranne che per vizio di motivazione della sentenza impugnata, che nella fattispecie non sussiste".

Prima di riassumere la vicenda sottesa alla summenzionata decisione, e richiamare le motivazioni dei giudici di legittimità nella sentenza n. 21262/2018, al fine di un'esauriente trattazione dell'argomento in esame, occorre analizzare l'istituto della malattia e il licenziamento per superamento del periodo di comportamento alla luce delle novità del *Jobs Act*, nonché gli orientamenti giurisprudenziali in merito.

### Malattia e licenziamento per superamento del periodo di comportamento

Ai sensi dell'art. 2110 c.c., la malattia, così come l'infortunio, la gravidanza e il puerperio, costitui-

scono ipotesi di temporanea impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa, che non comportano la risoluzione del contratto di lavoro, bensì una mera sospensione dello stesso.

Dal punto di vista giuslavoratistico, per malattia si intende uno stato patologico tale da determinare una condizione di incapacità a svolgere determinate mansioni lavorative (1).

Lo stato di malattia deve essere valutato tenendo conto degli incarichi in concreto eseguiti dal lavoratore.

Pertanto è inabile al lavoro colui che non è ragionevolmente in grado di esercitare le proprie mansioni senza un significativo disagio o sofferenza fisica, o senza il rischio di aggravamenti del suo stato (2).

*Ergo*, nel concetto di malattia deve farsi rientrare ogni fase del fenomeno morboso, dalla manifestazione iniziale alla cura dello stesso: rientra, pertanto, nella disciplina dell'art. 2110 c.c. anche l'ipotesi dell'assenza dal lavoro dettata dalla necessità di sottoporsi a una cura volta a prevenire una malattia, che potrebbe anche non comportare un'incapacità lavorativa futura, come nei casi di ricovero ospedaliero per accertamenti diagnostici o per esami di laboratorio necessari per la cura di una patologia (3).

Detto diritto, tuttavia, non impedisce al datore di lavoro di licenziare il prestatore che, durante il periodo di comportamento, si sia reso gravemente ina-

(1) Del Punta R., *Diritto del Lavoro*, Milano, 2008, pp. 537 ss.

(2) Biasi M. Bell Alexander, *Trattamento di Malattia in Wikilabour*.

(3) Aa.Vv., sentenza Pret. Massa 14 aprile 1995, in Riv. It. Dir. lav., 1995, II, pp. 881 ss.

# Approfondimenti

dempiente nei confronti dell'azienda, legittimando così un recesso per giusta causa (4).

Infatti, l'art. 2110, comma 2, c.c. statuisce che, anche nei casi di malattia per infortunio, gravidanza, ovvero puerperio, in presenza di determinati presupposti *ex lege*, il datore di lavoro può recedere ai sensi dell'art. 2118 c.c., il quale prevede che "ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti dalla legge, dagli usi o secondo equità" (5).

Pertanto, un recesso unilaterale del datore di lavoro può essere legittimato allorché nella fruizione di tale diritto il prestatore violi i doveri generali di correttezza e buona fede e gli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, ad esempio, nell'ipotesi di una fraudolenta simulazione della malattia, che, in relazione alla natura della patologia, possa ritardare la guarigione e il rientro in servizio del lavoratore (6).

*Ergo*, gli indiscutibili diritti alle ferie e alla malattia devono, tuttavia, essere compatibili con gli obblighi di correttezza e di buona fede contrattuale del lavoratore di cui all'art. 1375 c.c.

Infatti, la tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del prestatore esige che questi dia la propria collaborazione, adottando comportamenti congrui ai principi di onestà e probità, i quali sono le fondamenta di un rapporto di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c. (7).

I Contratti collettivi nazionali stabiliscono la durata del periodo di conservazione del posto di lavoro, ipotizzandone due modalità: *comporto "secco"* o *"per sommatoria"*, a seconda che il tempo di conservazione del posto di lavoro si riferisca ad ogni singolo evento, oppure a più eventi che si manifestano in un arco temporale predeterminato.

Il *comporto* è il periodo di tempo concesso al lavoratore che debba assentarsi dal lavoro per malattia o infortunio.

Esistono due tipi di periodo di *comporto*, che possono essere previsti dai contratti collettivi nazionali di lavoro:

- il *comporto secco* o *comporto unitario*, nell'ipotesi in cui l'assenza del lavoratore si protragga per un unico periodo continuativo;

- il *comporto per sommatoria* o *frazionato*, nel caso in cui si tratti di più assenze frazionate nel tempo. In questo caso il contratto di lavoro può stabilire un arco di tempo - ad esempio l'anno solare, quindi 365 giorni calcolati a partire da qualsiasi giorno dell'anno - entro il quale la somma dei giorni di malattia non può superare un determinato limite.

La durata del periodo di *comporto* è poi stabilita dai vari Ccnl, i quali possono prevedere un arco di tempo che si basi sull'anno solare o sull'anno civile.

Per quanto riguarda, invece, il calcolo del periodo di *comporto*, devono essere conteggiati anche i giorni non lavorativi che cadano nel periodo di malattia, poiché si presume che la stessa sia continuativa e dunque devono essere tenuti in considerazione anche i giorni festivi.

Il periodo di *comporto* sarà dunque conteggiato dal primo giorno di malattia, o comunque dal primo giorno indicato sul certificato medico, sino all'ultimo giorno dell'evento morboso, comprendendo anche le festività.

Poiché il periodo di *comporto* è strettamente connesso a motivi strettamente collegati alla salute della persona, in tale arco temporale il lavoratore ha diritto alla conservazione del posto di lavoro, nonostante l'esecuzione delle proprie prestazioni lavorative sia sospesa.

Pertanto, il datore di lavoro non può procedere alla risoluzione del contratto di lavoro ed è tenuto a corrispondere al lavoratore la retribuzione o l'indennità contrattualmente prevista, con la conseguenza che un licenziamento intimato in tale periodo è nullo.

Unica eccezione a tale principio è costituita da due fattispecie:

**1)** il licenziamento per giusta causa, disciplinato dall'art. 2119 c.c., che consente il recesso immediato del datore di lavoro senza alcun preavviso. Rientrano in tale fattispecie quelle cause talmente gravi da non permettere la prosecuzione, nemmeno provvisoria, del rapporto di lavoro;

(4) Magalesi F., *Attività lavorativa e ricreativa durante il periodo di comporto: quando legittima il licenziamento* in *Corso on line Avvocato Viola*, Edizione Overlex, 19 febbraio 2011.

(5) Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2007, pp. 1471 ss.

(6) Cfr. Cass. n. 8165/1993; n. 5407/1991; 6236/2001; 7198/2001.

(7) Dubini R., *Sicurezza sul lavoro: l'obbligo di correttezza e buona fede contrattuale del lavoratore e gli aspetti penali conseguenti alla sua condotta*, in *Rivista on line*, gennaio 2011.

2) il licenziamento per giustificato motivo, con preavviso da parte del datore di lavoro. Esso si verifica quando vi sia un inadempimento degli obblighi contrattuali del dipendente, inadempimento che non deve essere così grave da integrare una giusta causa, e giustificato motivo oggettivo, riguardante, invece, l'organizzazione del lavoro e l'attività produttiva ai sensi dell'art. 3, legge n. 604/1996 (8).

In riferimento a quanto introdotto dal Jobs Act in ordine al licenziamento per superamento del periodo di comportamento si consideri quanto *infra*.

L'art. 18 Stat. lav., nel testo risultante *ante* riforma Fornero 2012, prevedeva la reintegrazione del lavoratore e il risarcimento limitato nel massimo a dodici mensilità quale sanzione esclusiva per i licenziamenti a causa di superamento del periodo di comportamento che si rivelavano infondati, come nell'ipotesi di errori di calcolo.

Il decreto sulle tutele crescenti, invece, non menziona in alcun modo il licenziamento per superamento del periodo di comportamento quale fattispecie alla quale ricollegare una particolare forma di tutela, diversa da quella prevista in via generale per tutte le ipotesi di illegittimità del licenziamento.

Ne consegue che ai licenziamenti per superamento del periodo di comportamento, dei quali sia accertata l'illegittimità, non potrà applicarsi il rimedio della reintegrazione, che è un'eccezione limitata a casi specificamente individuati.

Infatti, in base alla *ratio* ispiratrice del Jobs Act, questo tipo di recesso è una fattispecie particolare di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sanzionabile, in caso di illegittimità, con il solo indennizzo.

Inoltre, in base alle novità legislative, sicuramente il licenziamento per superamento del periodo di comportamento non è un recesso disciplinare, e non può neanche essere automaticamente dichiarato discriminatorio ove non ne ricorrano i presupposti.

Infatti, tale tipologia di licenziamento può nascondere una discriminazione, che però non può essere presunta, ma dovrà essere dimostrata in giudizio dal lavoratore.

Unica eccezione in merito è specificata dall'art. 2, comma 4, D.Lgs n. 23/2015, che mantiene la tutela reintegratoria per i disabili riconosciuti tali

ai sensi della legge n. 68/1999, destinatari di un licenziamento riconosciuto illegittimo proprio in ragione della condizione di disabilità (9).

## Orientamenti giurisprudenziali

In riferimento ai doveri che datore di lavoro e lavoratore devono osservare in caso di contestato superamento del periodo di comportamento, si presenta un vasto panorama giurisprudenziale, ove l'attenzione è stata più volte focalizzata sulla *questio* inerente l'onere probatorio in ordine all'esatto conteggio del numero massimo di assenze per malattia indicate dalla contrattazione di settore.

*In primis* degna di menzione è la sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite n. 12568/2018, ove secondo la Suprema Corte "il licenziamento intimato per il perdurare delle assenze per malattia od infortunio del lavoratore, ma prima del superamento del periodo massimo di comportamento fissato dalla contrattazione collettiva o, in difetto, dagli usi o secondo equità, è nullo per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110, comma 2, c.c."

*In secundis* si consideri la sentenza della Corte di cassazione n. 13973/2018, ove secondo i giudici di legittimità "al fine di rispettare il principio dell'immediatezza è necessario ponderare le tempistiche tecniche di parte datoriale con l'esigenza del lavoratore di certezza della vicenda contrattuale. Dunque il comportamento, complessivamente considerato, del datore di lavoro che, al termine del periodo di comportamento, si traduca in una prolungata inerzia, risulta sintomatico della volontà di rinuncia al potere di licenziamento o tale da ingenerare un corrispondente incolpevole affidamento da parte del dipendente circa la prosecuzione del rapporto".

*In tertiis* di particolare interesse risulta la sentenza n. 15095/2018, ove gli ermellini hanno deliberato che "il licenziamento per superamento del periodo di comportamento non può assimilarsi ad un licenziamento disciplinare con i connessi obblighi in tema di specificità ab origine della contestazione (*ex aliis*, Cass. n. 8440/2013), che il datore di lavoro non è tenuto a specificare i giorni di assenza di malattia (Cass. n. 21377/2016), salva esplicita richiesta del lavoratore *ex art. 2*, legge n. 604/1966 (Cass. n. 2554/2015), tuttavia, una volta indicate

(8) Aa.Vv., *Il periodo di comportamento cosa è e come si calcola*, in *Avvocatoflash*, 17 febbraio 2017.

(9) Toffoletto F., De Luca Tamajo R, *Le novità del Jobs Act*, in *Ius Laboris Italy*.

# Approfondimenti

le assenze nella lettera di licenziamento, esse non possono essere poi modificate dal datore di lavoro”.

Ancora una notevole rilevanza assume la sentenza della Corte di cassazione, sezione lavoro n. 1634/2018, ove, secondo gli ermellini, “incombe sul datore di lavoro la prova della decorrenza del comporto e che non bastano le buste paga a supportare tale incumbente, dovendo il datore di lavoro che licenzia per superamento del periodo di comporto dimostrare lo stato di malattia del dipendente, allegando i certificati medici. Pertanto, di fronte all’eccezione mossa dal lavoratore di aver imputato una parte dell’assenza a ferie maturate e non fruito, si ritiene non adempiuta dal datore di lavoro la prova che tutto il periodo indicato come comporto debba considerarsi come periodo di malattia. Ed, in merito all’interruzione del comporto ad opera delle ferie, il lavoratore assente per malattia ha facoltà di domandare la fruizione delle ferie - maturate e non godute - allo scopo di sospendere il decorso del periodo di comporto, ma deve formulare l’istanza in epoca anteriore alla sua scadenza, non potendosi, in ogni caso, configurare un obbligo del datore di lavoro di accedere a tale richiesta qualora il lavoratore abbia la possibilità di fruire di regolamentazioni legali o contrattuali che gli consentano di evitare la risoluzione del rapporto nell’ipotesi di superamento del periodo di comporto”.

Inoltre tra le pronunzie *ratione materiae* si ricordi la sentenza della Corte di cassazione n. 9395/2017, in base alla quale “nell’ipotesi di rapporto di lavoro con invalido assunto obbligatoriamente ai sensi della legge 12 aprile 1968, n. 482, le assenze dovute a malattie collegate con lo stato di invalidità non possono essere computate nel periodo di comporto, ai fini della conservazione del posto di lavoro ex art. 2110 c.c., se l’invalido sia stato adibito, in violazione dell’art. 20, legge n. 482/1968, a mansioni incompatibili con le sue condizioni di salute, in quanto la impossibilità della prestazione deriva, in tale caso, dalla violazione, da parte del datore di lavoro, dell’obbligo di tutelare l’integrità fisica del lavoratore, il quale è tuttavia gravato dell’onere di provare gli elementi oggettivi della fattispecie, sulla quale si fonda la responsabilità contrattuale del datore di lavoro, dimostrandone l’inadempimento, nonché il nesso di causalità tra l’inadempimento stesso, il danno alla salute e le assenze dal lavoro che ne

conseguano”; la sentenza della Corte di cassazione n. 8834/2017, ove la Suprema Corte precisa che “l’eccedenza del limite contrattuale, ai fini del calcolo del periodo di comporto, può essere interrotto dalle ferie non godute alla condicio sine qua non che l’istanza di fruizione di tale diritto venga presentata in data anteriore alla scadenza. Infatti non è configurabile un obbligo per il datore di lavoro di validare tale richiesta qualora il lavoratore avesse avuto antecedentemente la possibilità di fruire di regolamentazioni legali o contrattuali, che gli avrebbero consentito di evitare la risoluzione del rapporto di lavoro nell’ipotesi di superamento del periodo di comporto”; la sentenza della Corte di cassazione n. 24027/2016 che ha ribadito “la necessità di tener conto, ai fini del calcolo del comporto, dei giorni non lavorativi cadenti nel periodo di assenza per malattia, dovendosi presumere la continuità dell’episodio morboso. Infatti detta presunzione di continuità opera sia per le festività ed i giorni non lavorativi che cadano nel periodo della certificazione, sia nella diversa ipotesi, che qui viene in rilievo, di certificati in sequenza di cui il primo attesti la malattia sino all’ultimo giorno lavorativo che precede il riposo domenicale (ossia fino al venerdì) ed il secondo la certifichi a partire dal primo giorno lavorativo successivo alla domenica (ovvero dal lunedì)” in quanto “la prova idonea a smentire la suddetta presunzione di continuità può essere costituita soltanto dalla dimostrazione dell’avvenuta ripresa dell’attività lavorativa, atteso che solo il ritorno in servizio rileva come causa di cessazione della sospensione del rapporto, con la conseguenza che i soli giorni che il lavoratore può legittimamente richiedere che non siano conteggiati nel periodo di comporto sono quelli successivi al suo rientro in servizio”.

In ultima analisi si consideri la sentenza del Tribunale di Milano, 22 marzo 2013 ove l’autorità giudiziaria adita ha affermato che “il licenziamento per superamento del periodo di comporto deve essere preceduto dal tentativo obbligatorio di conciliazione, previsto dall’art. 7, legge n. 604/1966, come modificato dall’art. 1, comma 40, della legge n. 92/2012. L’obbligo scaturisce dal fatto che tale tipo di recesso è assimilabile al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con la conseguenza che la circolare n. 3/2013 del Ministero del lavoro, che escludeva la procedura

conciliativa, in base ad una correttezza interpretativa, non può contraddire la norma legale”.

Di significativa importanza sono la sentenza della Corte di cassazione n. 14377/2012, la quale statuisce che “il datore di lavoro ha l’onere di indicare specificamente i giorni di assenza, se ciò sia chiesto dal lavoratore; invece, se il lavoratore ha direttamente impugnato il licenziamento, il datore di lavoro può precisare in giudizio i motivi di esso ed i fatti che hanno determinato il superamento del periodo di comportamento, non essendo ravvisabile in ciò un’integrazione o modificazione della motivazione del recesso” e la sentenza n. 14482/2012, la quale asserisce che “le assenze dovute ad infortuni sul lavoro non possono concorrere al computo del periodo di comportamento per malattia e viceversa”.

Si consideri anche la sentenza della Corte di cassazione, 31 gennaio 2012, n. 1404, ove i giudici di legittimità precisano che “le regole dettate dall’art. 2110 c.c. per le ipotesi di assenze determinate da malattia del lavoratore prevalgono, in quanto speciali, sia sulla disciplina dei licenziamenti individuali che su quella degli artt. 1256, 1463 e 1464 c.c., e si sostanziano nell’impedire al datore di lavoro di porre fine unilateralmente al rapporto sino al superamento del limite di tollerabilità dell’assenza (c.d. comportamento) predeterminato dalla legge, dalle leggi o, in via equitativa, dal giudice, nonché nel considerare quel superamento unica condizione di legittimità del recesso; le stesse regole hanno quindi la funzione di temperare gli interessi confliggenti del datore di lavoro (a mantenere alle proprie dipendenze solo chi lavora e produce) e del lavoratore (a disporre di un congruo periodo di tempo per curarsi senza perdere i mezzi di sostentamento e l’occupazione), riversando sull’imprenditore, in parte ed entro un determinato tempo, il rischio della malattia del dipendente. Ne deriva che il superamento del periodo di comportamento è condizione sufficiente a legittimare il recesso, e pertanto non è necessaria, nel caso, la prova del giustificato motivo oggettivo né dell’impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa né quella della correlativa impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse”; e la sentenza della Corte di cassazione, 20 dicembre 2011, n. 27689, secondo cui “le assenze dovute alle conseguenze di un infortunio sul lavoro non sono utili ai fini del computo del periodo di comportamento ove l’azienda

non dimostri di non esserne stata a conoscenza senza sua colpa; in difetto della prova di tale circostanza non è quindi consentita la riduzione dell’ammontare del risarcimento economico spettante al lavoratore illegittimamente licenziato”.

Infine, si rammentino la sentenza della Corte di cassazione, 17 gennaio 2011, n. 916, in base alla quale “l’avvenuto superamento del periodo di comportamento, anche di quello c.d. per sommatoria conseguente al verificarsi di una serie distinta di episodi morbosi, determina il diritto del datore di lavoro di recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo, senza che debba sussistere uno specifico onere di contestare le singole assenze, ben potendo il datore limitarsi a indicare il numero complessivo di queste nel periodo di valutazione considerato utile”; la sentenza della Corte di cassazione del 28 gennaio 2010, n. 186, la quale recita che “dato che il licenziamento per superamento del periodo di comportamento non è regolato dalla legge n. 604/1966, e successive modificazioni, ma dall’art. 2110 c.c., comma 2, in questa ipotesi l’impugnazione da parte del prestatore di lavoro non è soggetta al termine di decadenza stabilito dall’art. 6 della stessa legge, ma solamente ai termini ordinari di prescrizione”; e la sentenza della Corte di cassazione del 23 gennaio 2008, n. 1438, ove i giudici di legittimità statuiscono che “in tema di licenziamento del lavoratore per superamento del periodo di comportamento, opera ugualmente il criterio della tempestività del recesso, sebbene, difettando gli estremi dell’urgenza che si impongono nell’ipotesi di giusta causa, la valutazione del tempo decorso fra la data di detto superamento e quella del licenziamento - al fine di stabilire se la durata di esso sia tale da risultare oggettivamente incompatibile con la volontà di porre fine al rapporto - vada condotta con criteri di minor rigore che tengano conto di tutte le circostanze all’uopo significative, così da temperare da un lato l’esigenza del lavoratore alla certezza della vicenda contrattuale e, dall’altro, quella del datore di lavoro al vaglio della gravità di tale comportamento, soprattutto con riferimento alla sua compatibilità o meno con la continuazione del rapporto. (Nella specie, la S.C., nel rigettare il ricorso del datore di lavoro, ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto la concessione al lavoratore di un congedo parentale, dopo il superamento del periodo di

# Approfondimenti

comporto, incompatibile con la volontà di rescindere il rapporto)”.  
 In conclusione è utile menzionare anche la sentenza della Corte di cassazione del 27 febbraio 2003, n. 3028, ove la Suprema Corte ricorda che “il lavoratore che, assente per malattia ed impossibilitato a riprendere servizio intenda evitare la perdita del posto di lavoro a seguito dell’esaurimento del periodo di comportamento, deve comunque presentare la richiesta di fruizione delle ferie, affinché il datore di lavoro possa concedere al medesimo di fruire delle ferie durante il periodo di malattia, valutando il fondamentale interesse del richiedente al mantenimento del posto di lavoro, né le condizioni di confusione mentale del lavoratore per effetto della malattia fanno venir meno la necessità di una espressa domanda di fruizione delle ferie, indispensabile a superare il principio di incompatibilità tra godimento delle ferie e malattia” (10).

## Decisione della Suprema Corte n. 21262/2018

In tema di onere probatorio nell’ipotesi di contestato superamento del periodo di comportamento, una particolare rilevanza assume l’ordinanza della Corte di cassazione, sezione lavoro n. 21262/2018, ove i giudici di legittimità statuiscano che grava sul lavoratore l’onere di provare che il travalicamento del limite temporale computato nel comportamento è avvenuto per causa imputabile al datore di lavoro ai sensi dell’art. 1218 c.c.

Nella fattispecie, la Corte d’Appello, a conferma della pronuncia del Tribunale, dichiarava la legittimità del licenziamento, intimato ad un lavoratore per superamento del periodo di comportamento dalla società datrice di lavoro.

Per tal ragione, i giudici di secondo grado respingevano la domanda del dipendente in ordine alla richiesta di reintegrazione nel posto di lavoro, ai sensi dell’art. 18, legge n. 300/1970, nel testo antecedente la legge n. 92/2012, e l’istanza di risarcimento del danno.

Secondo la Corte di merito, infatti, il lavoratore non aveva fornito elementi istruttori sufficienti a provare che le avvenute assenze per malattia in tutti i periodi considerati nella lettera di licenzia-

mento fossero eziologicamente connesse a cause ostative, determinate da condotta colposa del datore di lavoro.

In particolare il dipendente non aveva prodotto in giudizio riscontri documentali e medici esaustivi, dai quali si enucleasse il sinallagma fra un trascorso periodo di malattia ed un infortunio sul lavoro, che aveva provocato tale stato patologico.

Ricorre presso la Suprema Corte il lavoratore lamentando l’erronea imposizione dell’onere probatorio in capo al dipendente e non al datore di lavoro, considerato che il licenziamento per superamento del periodo di comportamento è assimilabile, non già ad un licenziamento disciplinare, ma ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

La Corte di cassazione nella sentenza sezione lavoro n. 21262/2018 rigetta le pretese attrici per le ragioni di cui *infra*.

I giudici di legittimità nella pronuncia in commento ricordano che il licenziamento per superamento del periodo di comportamento presuppone una causa di impossibilità della prestazione lavorativa, anche di carattere temporaneo, la quale implica la totale impossibilità della prestazione, con conseguente legittimità del recesso ai sensi dell’art. 2110 c.c. nell’ipotesi di astensione dal lavoro per un tempo superiore al *quantum* concesso.

Da tale assunto discende, a parere della Suprema Corte, il dovere in capo al lavoratore di opporsi ad un addebito disciplinare, confutando le prove addotte dal superiore gerarchico in ordine al superamento del numero massimo di assenze per malattie mediante validi supporti istruttori, dai quali emergano i motivi che escludano tali giorni di assenza dal comportamento.

Ad avviso della Corte, poiché l’istante non ha dimostrato il nesso eziologico fra l’infortunio sul lavoro e l’ulteriore periodo di malattia goduto, risulta irrilevante l’eccezione, in base alla quale l’onere della prova deve essere adempiuto *in toto* dal datore.

Infatti, l’azienda assolve l’*onus probandi ex art. 2697*, comma 1, c.c. in qualità di attore in senso sostanziale e il lavoratore, in base ad un iter giuridico logico e razionale, a fronte di un’azione proposta contro di lui, deve rispondere producen-

(10) Rinaldi M., *Licenziamento per superamento del periodo di comportamento*. Rassegna giurisprudenziale, in *Diritto & diritti*, 13 maggio 2013.

do fatti documentali, da porre a fondamento delle eccezioni *ex art.* 2697, comma 2, c.c.

Poiché tale schema normativo non è stato *sub specie* rispettato, i giudici di legittimità respingono il ricorso.

## Conclusioni

La decisione n. 21262/2018 della Suprema Corte rileva l'estrema attualità della questione relativa al licenziamento per superamento del periodo di comporto, introducendo, quale *quid pluris*, il principio in base al quale incombe sul lavoratore l'onere di fornire prova contraria avverso la contestazione del datore di lavoro in merito allo sfioramento del numero massimo di assenze per malattia, previste dalla contrattazione collettiva.

La base normativa della sentenza in commento poggia senza dubbio sul combinato disposto dell'art. 2110 c.c. e dell'art. 2697, comma 2, c.c.

Infatti, come si evince dal dispositivo, nell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione de-

dotta nel contratto di lavoro a causa di malattia, che abbia determinato un'astensione lavorativa eccessivamente prolungata, la tutela del principio della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. esige che venga garantita l'indiscussa validità giuridica del dettato normativo di cui all'art. 2014 c.c., in base al quale il prestatore deve osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore, incluso, quindi, *sub specie*, il rispetto del limite massimo dei giorni imputabili al periodo di comporto.

In tal modo i giudici di legittimità rendono necessaria la tutela da un lato del diritto alla salute *ex art.* 32 Cost. sia come diritto fondamentale dell'individuo, che come interesse della collettività; *aliunde* del diritto al lavoro in tutte le sue forme e applicazioni ai sensi dell'art. 35 Cost., allo scopo di promuovere le condizioni che rendano effettivo tale diritto-dovere in funzione del progresso materiale e spirituale della società ai sensi dell'art. 4 Cost.

## Corte di cassazione, ordinanza 28 agosto 2018, n. 21262

Licenziamento per superamento del periodo di comporto - Impugnazione - Onere della prova - Violazione del precetto - Non ricorre nell'ipotesi in cui il giudice, a seguito di un'incongrua valutazione delle acquisizioni istruttorie, abbia errato nel ritenere che la parte onerata abbia assolto tale onere - Ricorso inammissibile

### Rilevato

che con sentenza in data 5 maggio 2016, la Corte d'appello di Brescia rigettava il reclamo proposto da M.L.C. avverso la sentenza di primo grado, che aveva dichiarato l'inefficacia dell'impugnazione del licenziamento intimato il 27 maggio 2014, del quale lo stesso Tribunale aveva accertato, con ordinanza ai sensi dell'art. 1, comma 49, legge n. 92/2012, la legittimità per superamento del periodo di comporto, per decadenza dall'impugnazione a norma del novellato testo dell'art. 6, primo comma, legge n. 604/1966 e dell'art. 410, secondo comma c.p.c.: esclusa dalla Corte territoriale, che invece ribadiva nel merito la legittimità del licenziamento per superamento del periodo di comporto;

che avverso tale sentenza la lavoratrice ricorreva per cassazione con quattro motivi, cui resisteva la società datrice con controricorso, contenente ricorso incidentale condizionato con unico motivo, cui la prima replicava con controricorso.

### Considerato

che la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c., per erroneo assunto di mancata propria contestazione della programmazione da tempo del (terzo) intervento chirurgico alla caviglia del 14 maggio 2014, resosi invece necessario in conseguenza dell'adibizione datoriale, al suo rientro al lavoro dopo la frattura alla caviglia (e ben due interventi chirurgici) il 24 gennaio 2014, a mansioni di archivista che, come fatto presente, non avrebbe potuto svolgere costringendola a restare a lungo in piedi; e tale impossibilità avendo la società datrice ammesso nella memoria di costituzione nella fase sommaria del giudizio di primo grado, senza pertanto alcun onere proprio di contestare una circostanza a sé favorevole (primo motivo); omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio: quale l'ammissione dalla società datrice (a pagg. 12 e 39 della propria memoria 14 maggio 2015) della dipendenza causale dell'intervento chirurgico del 14 maggio 2014 dalle mansioni inidonee assegnate alla lavoratrice reduce da malattia, avendone riconosciuto l'impossibilità a rimanere a lungo in posizione eretta; e quale la specifica contestazione, nel proprio atto di opposizione (ai p.ti da 38 a 41 di pagg. 6 e 7), delle deduzioni datoriali in ordine alle cause della propria assenza per malattia (secondo motivo); violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c., per erronea esclusione dalla Corte datoriale di offerta dal-

# Approfondimenti

la lavoratrice di elementi dimostrativi della dipendenza della propria assenza per malattia dal 14 maggio 2014 dall'inidonea attività lavorativa impostale dalla datrice, avendo pure, al di là delle già illustrate ammissioni di controparte, dedotto puntuali prove orali al riguardo e richiesto idoneo accertamento tramite C.t.u. medico-legale: istanze tuttavia disattese (terzo motivo); omesso esame di fatti decisivi per il giudizio, quali il contenuto degli atti difensivi già citati al secondo motivo e le istanze istruttorie oggetto del terzo, nell'irrelevanza di una mancanza di certificati medici per il periodo da gennaio a maggio 2014, in quanto la lavoratrice non risultante malata, ma regolarmente al lavoro (quarto motivo);

che a propria volta la società controricorrente deduce, in via di ricorso incidentale condizionato, violazione e falsa applicazione degli artt. 410 c.p.c., 6, legge. 604/1966 anche in relazione all'art. 12 disp. prel. c.c., per la decadenza della lavoratrice dall'impugnazione del licenziamento, per il deposito del ricorso oltre i 180 giorni previsti dalla seconda norma denunciata, computato anche il termine di sospensione stabilito dalla prima norma, nell'inapplicabilità (in via analogica, non consentita per la natura eccezionale della disposizione) della previsione dell'art. 6, secondo comma, ult. parte legge n. 604/1966, di decadenza dal deposito del ricorso "entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo", nel caso in cui "la conciliazione o l'arbitrato siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento" (unico motivo);

che il collegio ritiene che tutti i motivi del ricorso principale, congiuntamente esaminabili per ragioni di stretta connessione, siano inammissibili; che non sussistono le violazioni di legge denunciate, da dedurre, a pena di inammissibilità, non solo mediante la puntuale indicazione delle norme asseritamente violate, ma anche mediante specifiche argomentazioni, intese motivatamente a dimostrare in qual modo determinate affermazioni in diritto, contenute nella sentenza gravata, debbano ritenersi in contrasto con le norme regolatrici della fattispecie o con l'interpretazione delle stesse fornita dalla dottrina e dalla prevalente giurisprudenza di legittimità (Cass. 16 gennaio 2007, n. 828; Cass. 26 giugno 2013, n. 16038; Cass. 15 gennaio 2015, n. 635);

che in particolare, non si configura violazione del precetto dell'art. 2697 c.c., ricorrente soltanto nell'ipotesi che il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne sia gravata secondo le regole dettate da quella norma, non anche quando, a seguito di un'incongrua valutazione delle acquisizioni istruttorie, il giudice abbia errato nel ritenere che la parte onerata abbia assolto tale onere, poiché in questo caso vi sarà soltanto un erroneo apprezzamento sull'esito della prova, sindacabile in sede di legittimità solo per vizio di motivazione (Cass. 2 dicembre 1993, n. 11949; Cass. 14 febbraio 2001, n. 2155; Cass. 10 febbraio 2006, n. 2935; Cass. 17 giugno 2013, n. 15107);

che parimenti inconferente è la denunciata violazione dell'art. 115 c.p.c., non potendo essere invocata per un'erronea valutazione del materiale istruttorio compiuta dal giudice di merito, ma solo allorché si alleggi che quest'ultimo abbia posto a base della decisione prove non dedotte dalle parti, ovvero disposte d'ufficio al di fuori dei limiti legali (Cass. 27 dicembre 2016, n. 27000);

che le censure consistono nel loro complesso, in una contestazione, in funzione di una diversa ricostruzione del fatto, del suo concreto accertamento e della valutazione probatoria compiuti dalla Corte territoriale e sorretti da un ragionamento argomentativo corretto (per le ragioni esposte dall'ultimo capoverso di pag. 10 all'ultimo di pag. 12 della sentenza), nella sottesa ma evidente sollecitazione di un riesame del merito, insindacabile in sede di legittimità (Cass. 16 dicembre 2011, n. 27197; Cass. 18 marzo 2011, n. 6288; Cass. 19 marzo 2009, n. 6694), tanto più per il rigoroso ambito devolutivo introdotto dal novellato testo dell'art. 360, primo comma, n. 5 c.p.c. (Cass. S.U. 7 aprile 2014, n. 8053; Cass. 10 febbraio 2015, n. 2498; Cass. 21 ottobre 2015, n. 21439);

che a quest'ultimo riguardo deve essere escluso l'omesso esame di un fatto, pure equivocamente individuato tra l'ammissione dalla società datrice della dipendenza causale dell'intervento chirurgico del 14 maggio 2014 dalle mansioni inidonee assegnate alla lavoratrice e il riconoscimento della sua impossibilità a rimanere a lungo in posizione eretta (peraltro smentite dalla trascrizione della memoria difensiva della società datrice a pagg. da 24 a 27 del controricorso; assente invece nel ricorso, con evidente difetto di specificità, in violazione della prescrizione a pena di inammissibilità dell'art. 366, primo comma, n. 4 e n. 6 c.p.c., sotto il profilo dell'inosservanza del principio di autosufficienza: Cass. 30 luglio 2010, n. 17915; Cass. 31 luglio 2012, n. 13677; Cass. 3 gennaio 2014, n. 48): posto che la Corte territoriale ha esaminato i fatti, avendone dato una valutazione (argomentata con le ragioni suindicate) insindacabile in sede di legittimità;

che dalle superiori argomentazioni discende l'inammissibilità del ricorso principale, con assorbimento dell'incidentale condizionato e la regolazione delle spese del giudizio secondo il regime di soccombenza.

## **P.Q.M.**

Dichiara inammissibile il ricorso principale, assorbito l'incidentale condizionato; condanna M.L.C. alla rifusione, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio, che liquida in € 200,00 per esborsi e € 4.000,00, per compensi professionali, oltre rimborso per spese generali 15% e accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, D.P.R. n. 115/2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1-*bis*, dello stesso art. 13.