



Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto
Corso di Laurea in
Consulente del Lavoro
2021-2022

I controlli del datore di lavoro sulle assenze per malattia e i doveri del
lavoratore

Relatore: Prof. Elena Pasqualetto

Studente: Elena Di Fant

Indice

Introduzione

Capitolo 1: Analisi di Cassazione del 25 novembre 2021 n. 36729

1.1: La vicenda esaminata dai giudici

1.2: Analisi della prima decisione e della sentenza nel giudizio di opposizione

1.3: Analisi della sentenza di secondo grado

1.4: Analisi della sentenza di terzo grado

Capitolo 2: Il trattamento della malattia nel diritto del lavoro

2.1: La malattia del lavoratore

2.2: Obblighi e tutele del lavoratore dipendente assente per malattia

2.3: Il potere di controllo da parte del datore di lavoro

2.4: Sanzioni per assenza alle visite fiscali

Capitolo 3: Le tutele applicabili al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo in riferimento alla malattia

3.1: Il licenziamento legittimo in costanza di malattia

3.2: I regimi di tutela previsti dall'art.18 L. 300/1970 prima delle riforme

3.3: Le modifiche apportate dalla L.92/2012

3.4: La disciplina di cui al D.lgs. 23/2015

Conclusioni

INTRODUZIONE

Con il presente lavoro di tesi si intende analizzare il tema degli obblighi del lavoratore durante la malattia, prendendo spunto dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 36729 del 25 novembre 2021, secondo cui anche in periodo di malattia il lavoratore dipendente è tenuto ad alcuni obblighi derivanti dal rapporto di lavoro, in particolare quello di reperibilità. Egli deve comunicare eventuali variazioni di indirizzo al datore di lavoro.

La malattia è uno dei casi contemplati dalla legge che comportano la sospensione della prestazione lavorativa, permanendo però in capo al lavoratore il vincolo derivante da rapporto di lavoro subordinato e l'obbligo di rispetto dei doveri di cooperazione, di buona fede (art. 1375 c.c.) e di correttezza (art. 1175 c.c.).

Infatti, nel rispetto dei doveri inerenti al rapporto di lavoro, al datore di lavoro deve essere comunicato ogni tipo di variazione di indirizzo, poiché quest'ultimo deve poter esercitare il potere direttivo e di controllo, tanto che può richiedere, sin dal primo giorno di congedo, dei controlli volti all'accertamento dell'effettivo stato di malattia.

La sentenza in esame afferma il principio secondo cui il vincolo fra lavoratore e datore non viene sospeso durante il periodo di assenza da lavoro per malattia ma, al contrario, il lavoratore ha il dovere di rispettare determinati obblighi al fine di godere della tutela prevista dalla legge.

Ciò che viene sospeso è infatti solo l'obbligo di lavorare. Ciò premesso, l'elaborato pone, inizialmente, attenzione al caso pratico deciso con la pronuncia della Corte di Cassazione, esaminando quelle che sono le sanzioni applicabili in caso di inosservanza dell'obbligo di comunicazione della variazione dell'indirizzo, per poi passare ad una più ampia analisi della fattispecie nel contesto normativo del diritto del lavoro.

Altre considerazioni correlate alla sentenza riguardano i casi in cui il licenziamento, in costanza di malattia, è da considerarsi legittimo, al fine di analizzare, successivamente, le specifiche tutele applicabili a fronte di licenziamento illegittimo nel caso di malattia, passando in rassegna la disciplina dell'art. 18 della L. 20 maggio 1970, n. 300, successivamente modificata dalla L. 28 maggio 2012, n. 92 ed infine il D. Lgs. 4 marzo 2015, n. 23.

Si conclude alla fine con un'analisi della disciplina della malattia evidenziando, altresì i principi e profili derivanti dai singoli CCNL di settore. È opportuno considerare che le regole in materia si differenziano tra loro anche a seconda di quanto previsto dai singoli CCNL di settore e pertanto è necessario interpretarle in modo da assicurare il bilanciamento tra la normativa ordinaria e quelle di fonte collettiva.

CAPITOLO 1

Analisi di Cassazione, 25 novembre 2021, n. 36729

1.1: La vicenda esaminata dai giudici

Un dipendente veniva licenziato dal datore di lavoro per assenza ingiustificata oltre i tre giorni, a fronte di una visita domiciliare di controllo medico effettuata da parte dell'INPS per accertare lo stato di malattia, visita alla quale egli era risultato assente presso l'indirizzo noto all'azienda.

Il prestatore, in data 1° ottobre 2015, nel comunicare la prosecuzione della malattia fino al 14 ottobre 2015, aveva segnalato all'INPS che avrebbe variato l'indirizzo di reperibilità a decorrere dal 5 ottobre 2015, ma l'ente, per asimmetrie informative interne, non ne aveva tenuto conto, tanto che durante il controllo del 7 ottobre 2015 lo aveva segnalato come assente ed irreperibile. Solamente il giorno successivo il dipendente aveva informato anche il datore di lavoro circa la variazione di reperibilità che aveva comunicato all' INPS, ma ciò non era bastato ad evitargli la contestazione, da parte della società, di assenza ingiustificata¹ dal luogo di lavoro e della violazione dell'obbligo di comunicare variazioni di indirizzo².

Il dipendente, ritenendo il licenziamento una sanzione sproporzionata, decise di agire giudizialmente nei confronti del datore di lavoro, rivolgendosi al giudice del lavoro, il Tribunale di Roma, sostenendo in primo luogo di non aver commesso alcuna omissione nei confronti del datore di lavoro, dato che aveva avvertito telefonicamente l'INPS con congruo preavviso del fatto che avrebbe variato l'indirizzo di domicilio. Inoltre riteneva che l'azienda avrebbe potuto semplicemente verificare all'interno del registro informatico dell'ente la nota di variazione. Affermava inoltre la non sussistenza a suo carico di obblighi di informare il datore di lavoro, essendo l'ente a dover eseguire i controlli. Per questi motivi il lavoratore si rivolgeva al Tribunale di Roma in funzione del giudice del lavoro affinché dichiarasse il provvedimento di licenziamento illegittimo e, conseguentemente, ordinasse la reintegrazione nel posto di lavoro, nonché *“la condanna della società al pagamento di tutte le retribuzioni medio tempore maturate.”* La società, di contro, riteneva infondata la domanda del lavoratore e dunque ne chiedeva il rigetto.

¹ Ai sensi dell'art. 225 CCNL chimico farmaceutico è previsto il licenziamento disciplinare *“per assenza ingiustificata oltre tre giorni nell' anno solare”*.

² Ai sensi dell'art.174, co.4, CCNL è previsto *“l'obbligo di reperibilità e di tempestiva comunicazione dell'allontanamento dal luogo di reperibilità.”*

1.2: Analisi della prima decisione e della sentenza nel giudizio di opposizione

Sentite le argomentazioni delle parti, il Tribunale rilevava che il licenziamento non poteva considerarsi una sanzione proporzionata, dal momento che l'assenza del lavoratore non era stata intenzionale.

Secondo il Tribunale, tuttavia, il dipendente, pur avendo provveduto a comunicare tempestivamente all'ente il cambio di indirizzo, aveva comunque violato i principi previsti dall'art. 224 CCNL³, nonché i doveri tipici del rapporto di lavoro subordinato, quali la buona fede e la correttezza. Per tali motivazioni, con sentenza del 12 aprile 2017 il Tribunale dichiarava l'illegittimità del licenziamento del lavoratore e dichiarava ai sensi dell'art. 18, co. 5, Legge 20 maggio 1970 n. 300⁴ la avvenuta risoluzione del rapporto di lavoro, prevedendo altresì il pagamento da parte della società, a titolo di indennità risarcitoria, di una somma pari a dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto e la condanna al pagamento per due terzi delle spese di lite.

Contro tale pronuncia il datore di lavoro proponeva opposizione al Tribunale per i seguenti motivi:

- non si era tenuto conto dell'importanza delle mansioni svolte dal lavoratore, per cui il mancato avviso aveva compromesso la fiducia nei suoi confronti;
- non si era tenuto conto che il CCNL, in caso di assenza ingiustificata oltre i tre giorni, prevede l'immediato licenziamento;
- non si era tenuto conto del dolo, in quanto in passato e nella medesima situazione il lavoratore aveva sempre informato del cambio di domicilio;
- non si era tenuto conto del fatto che il provvedimento disciplinare era basato sul giustificato motivo soggettivo, dal momento che al lavoratore era imputabile la violazione del dovere di comunicare anche al datore di lavoro ogni tipo di variazione;

Anche il lavoratore si opponeva alla sentenza sostenendo che:

- gli artt. 174 e 224 CCNL non prevedono l'obbligo per il lavoratore di comunicare al datore di lavoro il cambio di reperibilità;
- l'indennità di risarcimento individuata nella misura minima, prevista dal 5° comma dell'art. 18, era ingiustificata;

³ Ai sensi dell'art. 224 CCNL: "È dovere del personale di comunicare immediatamente all'azienda ogni mutamento della propria dimora sia durante il servizio che durante i congedi."

⁴ Ai sensi dell'art. 18, co. 5, L. 300 del 1970 (come novellato dalla L. n. 92 del 2012): "Il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, dichiara: risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento; e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo."

Per il lavoratore, Il Giudice aveva richiesto all'ente di verificare e provare il contenuto della missiva del dipendente nonché l'avvenuta ricezione della stessa⁵.

Per tali motivi, era erroneo parlare di assenza ingiustificata alla visita domiciliare del 7 ottobre 2015, dal momento che la colpa era imputabile allo stesso ente, il quale, nell'effettuare il controllo, non aveva tenuto conto della nota di variazione fatta dal lavoratore.

Al contempo egli non aveva l'obbligo di comunicare anche al datore di lavoro ogni tipo di variazione di indirizzo, in quanto tale principio non è ravvisabile né nella legge, né nel CCNL.

Il lavoratore ha l'onere di cooperazione e di reperibilità ai controlli.⁶

Nel giudizio di opposizione il Tribunale, analizzando il contenuto dell'art. 224 CCNL, che impone al lavoratore l'obbligo di comunicare al datore di lavoro ogni "*mutamento della propria dimora sia durante il servizio che durante il congedo*", ha ritenuto che la nozione "*mutamento di dimora*" non deve essere intesa in modo letterale e civilistico, ma come riferito a variazioni "*stabili*", cioè variazioni che renderebbero il lavoratore non reperibile nel luogo noto all'azienda e dunque irraggiungibile alle comunicazioni datoriali. Inoltre il cambio di indirizzo di reperibilità in malattia non rientra nella nozione in senso stretto di residenza, domicilio o dimora, bensì si riferisce al luogo in cui il lavoratore deve essere reperibile nelle cosiddette fasce d'obbligo, pertanto nel caso di specie non si può applicare l'art. 224 CCNL.

In conclusione il Tribunale, in data 23 luglio 2018, rigettava l'opposizione della società annullando il licenziamento ai sensi questa volta dell'art. 18, co.4, L. 300/1970⁷, condannando il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore, accogliendo parzialmente le ragioni sostenute dal lavoratore, riconoscendogli l'indennità risarcitoria di dodici mensilità al netto del t.f.r. ed il rimborso di tutte le spese giudiziali.

⁵ Ai sensi dell'art. 421 C.P.C.: "*..... Può altresì disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, ad eccezione del giuramento decisorio, nonché la richiesta di informazioni e osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti...*"

⁶ Nella sentenza Cass., sez. un., n. 1283/1993 si afferma che: "*alla luce dell'art. 5 D.L. n. 463 del 1983, conv. in L. n. 638 del 1983, vi sia un onere di collaborazione del lavoratore che lo obbliga a rendersi reperibile ai controlli, quindi egli deve controllare che il certificato medico riporti l'indirizzo di reperibilità, in caso contrario è passibile della perdita dell'indennità di malattia*".

⁷ Ai sensi dell'art 18, co. 4, L. 300/1970: "*Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili: annulla il licenziamento; e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma; e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione*".

Nella parte motiva, il Tribunale specificava che in sede di giudizio era stato accertato che il dipendente aveva avvisato l'INPS della variazione di indirizzo di reperibilità.

1.3: **Analisi della sentenza di secondo grado**

La società datrice di lavoro, contro la pronuncia del Tribunale poc'anzi analizzata, proponeva tempestivamente reclamo alla Corte di Appello⁸, ritenendo che il Tribunale in primo grado avesse commesso molteplici errori, quali:

- Il non aver considerato esistente l'obbligo del lavoratore di comunicare ogni variazione dell'indirizzo di domicilio anche durante l'assenza di malattia;
- il non aver considerato i principi tipici del rapporto di lavoro subordinato, quali la correttezza e la buona fede;
- l'aver ritenuto le assenze giustificate;
- l'aver applicato la tutela reintegratoria;
- il non aver valutato la possibilità di licenziamento per giustificato motivo oggettivo;

Anche il lavoratore, costituitosi in giudizio, proponeva reclamo incidentale, ritenendo che il Tribunale di Roma fosse incorso in errore nel non valutare il carattere discriminatorio e ritorsivo del licenziamento.

La Corte di Appello, sentite le ragioni della reclamante nonché le memorie del reclamato, con sentenza del 14 marzo 2019 dichiarava illegittima la sanzione irrogata dalla società, condannando la società a reintegrare il lavoratore e a provvedere al risarcimento in favore del prestatore di una somma a titolo di indennità risarcitoria pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione di fatto, oltre agli interessi legali ed alla rivalutazione monetaria secondo gli indici I.S.T.A.T.

La Corte Territoriale, infatti, riteneva che *"l'inesistenza dell'obbligo giuridico asseritamente violato rende il fatto disciplinare contestato come insussistente agli effetti del comma 4[^] dell'art. 18 L. n. 300 del 1970"*, ipotesi nella quale è incluso anche quel fatto reale ma giuridicamente irrilevante in termini disciplinari. Quindi ha confermato l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata.

In riferimento, invece, alla qualificazione del licenziamento come discriminatorio la Corte considerava tale prospettazione infondata. Infatti, nel caso di licenziamento discriminatorio il recesso da parte del datore di lavoro dovrebbe essere riferito a determinate caratteristiche del dipendente e bisognerebbe dimostrare che la motivazione alla base del licenziamento è la discriminazione.

⁸ Ai sensi dell'art 1, co. 58, L. 92/2012: *"La sentenza pronunciata in sede di giudizio di opposizione è reclamabile alla Corte di Appello (art. 1, comma 58, l. 92/2012)"*.

Per quanto attiene invece al licenziamento ritorsivo, si fa riferimento ad un comportamento del datore considerato ingiusto e vendicativo a seguito di una condotta tenuta dal dipendente. In questo caso, per poter parlare di carattere ritorsivo, il lavoratore, su cui grava l'onere della prova, dovrebbe dimostrare che il motivo ritorsivo è l'unica ragione sottesa alla sanzione irrogata dal datore di lavoro, trattandosi di fattispecie che rientra nella categoria di licenziamento per motivo illecito.

Secondo la Corte di Appello la società aveva deciso il recesso dal rapporto di lavoro deducendo dagli art. 224 e 174 CCNL un obbligo di comunicazione di ogni variazione di reperibilità anche nei confronti del datore di lavoro. Tale lettura sembrava essere confermato anche dal prestatore, il quale in passato aveva sempre provveduto a mettere a conoscenza anche la società di eventuali cambi di indirizzo, e per tale motivo si poteva considerare che l'azienda avesse irrogato il licenziamento solamente in ragione di un'effettiva convinzione dell'esistenza dell'illecito disciplinare.

Va premesso che il lavoratore, dopo ben due anni di assenza per congedo, era stato colpito da una malattia che non poteva garantire alcuna continuità della prestazione, tanto che l'assenza per malattia era dilazionata in tre periodi (31 agosto 2015-14 settembre 2015; 15 settembre 2015- 29 settembre 2015; 30 settembre 2015- 14 ottobre 2015).

All'inizio dei primi due periodi il dipendente aveva comunicato sia alla società sia all'ente l'indirizzo di reperibilità, mentre durante il terzo periodo aveva solo informato l'INPS della nota di variazione.

Il dipendente, nel giustificare al datore l'assenza alla visita domiciliare di controllo, aveva omesso ogni riferimento alla nota di variazione comunicata all'ente tramite numero verde. In considerazione del fatto che giuridicamente esiste l'obbligo in capo al lavoratore di comunicare la sua dimora all'inizio della malattia, è indiscutibile che tale obbligo sussista anche durante il periodo di congedo, in modo che il datore di lavoro possa esercitare il potere direttivo e di controllo.

L'obbligo di notificare ogni variazione anche al datore è inoltre giustificato dal fatto che le visite di controllo possono essere eseguite non solo dall'INPS, bensì anche da parte di agenzie investigative⁹, su richiesta del datore.

Secondo la Corte di Appello l'art. 224 CCNL, nel sancire che *"è un dovere del personale di comunicare immediatamente all'azienda ogni mutamento della propria dimora sia durante il servizio che durante i congedi"*, comprende nella nozione di congedo anche l'assenza per malattia.

⁹ Cass. 26/11/2014, n. 25162, *"Le disposizioni dell'art. 5 della L. 20 maggio 1970, n. 300, in materia di divieto di accertamenti da parte del datore di lavoro sulle infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente e sulla facoltà dello stesso datore di lavoro di effettuare il controllo delle assenze per infermità solo attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, non precludono al datore medesimo di procedere, al di fuori delle verifiche di tipo sanitario, ad accertamenti di circostanze di fatto atte a dimostrare l'insussistenza della malattia o la non idoneità di quest'ultima a determinare uno stato d'incapacità lavorativa e, quindi, a giustificare l'assenza"*.

Nella sentenza di primo grado il Tribunale, nell'analizzare l'articolo in questione, aveva interpretato il termine di variazioni come "*definitive*" o "*stabil*" e non temporanee, ma tali considerazioni non erano condivise dalla Corte di Appello.

L'interesse del datore di lavoro di essere a conoscenza di ogni variazione è giustificato dal fatto che la mancata comunicazione interferisce sull'esercizio non solo del potere datoriale di controllo, bensì anche del potere direttivo ed organizzativo. La comunicazione di variazione, qualunque sia la durata, grava sul lavoratore se è prevedibile che il datore di lavoro voglia esercitare i suoi poteri datoriali, e tale prevedibilità è riconducibile alla locuzione "*id quod plerumque accidit*" o al tipo di rapporto di lavoro che intercorre tra il dipendente e il datore di lavoro.

A confermare tale tesi è l'art. 225 CCNL, secondo cui tra gli illeciti disciplinari rientra anche la fattispecie del non dare "*immediata notizia all'azienda di ogni mutamento della propria dimora, sia durante il servizio che durante i congedi*".

Ciò premesso, per verificare se lo stesso CCNL permetteva, nel caso di specie, di adottare il licenziamento disciplinare, bisogna valutare la reale sussistenza all' assenza ingiustificata alla visita di controllo. Durante la visita domiciliare effettuata, l'INPS non aveva tenuto conto della variazione fatta dal dipendente, ma tale errore era dovuto anche al fatto che il datore di lavoro, nel fare la richiesta di visita di controllo, avesse indicato l'indirizzo di reperibilità a lui noto. Nei confronti dell'ente l'assenza del lavoratore alla visita di controllo poteva dirsi giustificata, non avendo tenuto conto della nota effettuata dal dipendente.

Al contrario nei confronti del datore l'assenza non può considerarsi tale poiché la mancata comunicazione aveva inficiato il pieno esercizio del potere datoriale. Ai sensi dell'art. 174, co. 4, CCNL in caso di assenza ingiustificata il dipendente ha l'obbligo di rientrare in azienda¹⁰ e in mancanza di questo rientro sono applicabili le conseguenze previste dagli art. 222¹¹ e 225 CCNL ed è pertanto possibile il licenziamento.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 174, co. 4, CCNL: "*Salvo i casi di giustificata e comprovata necessità di assentarsi dal domicilio per le visite, le prestazioni, gli accertamenti specialistici e le visite ambulatoriali di controllo e salvo i casi di forza maggiore, dei quali ultimi il lavoratore ha l'obbligo di dare immediata notizia all'azienda da cui dipende, il mancato rispetto da parte del lavoratore dell'obbligo di cui al secondo comma del presente articolo comporta comunque l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 5, legge 11 novembre 1983, n. 638, quattordicesimo comma, nonché l'obbligo dell'immediato rientro in azienda.*"

¹¹ Ai sensi dell'art. 222 CCNL: "*Salvo i casi di legittimo impedimento, di cui sempre incombe al lavoratore l'onere della prova, e fermo restando l'obbligo di dare immediata notizia dell'assenza al datore di lavoro, le assenze devono essere giustificate per iscritto presso l'azienda entro 48 ore, per gli eventuali accertamenti. Nel caso di assenze non giustificate sarà operata la trattenuta di tante quote giornaliere della retribuzione di fatto di cui all'art. 195 quante sono le giornate di assenza, fatta salva l'applicazione della sanzione prevista dal successivo art. 225.*"

Va però tenuto in considerazione che la stessa azienda aveva confermato che in casi analoghi il lavoratore aveva sempre provveduto a comunicare ogni variazione di dimora e pertanto l'episodio, oggetto di lite, poteva essere interpretato come una disattenzione in cui si rilevava solo la colpa grave. Era dunque ravvisabile l'inosservanza di un obbligo di diligenza a carico del lavoratore, ma dall'altra parte la società, nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza, non aveva mai informato il dipendente del dovere di rientro immediato in azienda.

Secondo la Corte di Appello tale condotta del datore di lavoro incide sulla gravità dell'illecito a tal punto da attenuare l'elemento soggettivo del fatto addebitato al lavoratore. Ne consegue che il licenziamento è da ritenersi illegittimo per sproporzione e pertanto ricorrono i presupposti per la tutela ai sensi dell'art. 18, co.5, L. 300/1970 e dunque della tutela reintegratoria attenuata.

1.4: Analisi della sentenza di terzo grado

Il lavoratore contro la pronuncia della Corte di Appello decide di fare ricorso alla Corte di Cassazione, adducendo sei motivi.

In primo luogo egli ritiene non sussistere alcun obbligo di comunicazione di variazione di indirizzo di reperibilità a suo carico nei confronti del datore di lavoro, in quanto quest'ultimo non può esercitare alcun controllo sullo stato di salute del dipendente¹². Dello stesso avviso non è tuttavia la Suprema Corte, poiché il rapporto di lavoro subordinato non viene meno neanche durante il periodo di malattia. Nello specifico il datore di lavoro può procedere a tutti gli accertamenti, purché non si tratti di visite mediche, volti a dimostrare l'insussistenza della malattia e, conseguentemente, considerare l'assenza non giustificata.

Inoltre, in virtù del rapporto di dipendenza del lavoratore nei confronti della società, vige l'obbligo di reperibilità del lavoratore anche durante la malattia. Ciò è desumibile dai principi tipici del rapporto di lavoro subordinato, quali l'obbligo di cooperazione¹³ ed il rispetto dei doveri di buona fede e correttezza nell'esecuzione della prestazione.

In secondo luogo, il dipendente considera erroneo estendere la nozione di congedo al periodo di malattia, ma la Corte di Cassazione è di diverso avviso, dal momento che lo status di malattia equivale alla sospensione della prestazione lavorativa e quindi si può considerare alla stregua di un congedo. La terza osservazione mossa dal ricorrente riguarda l'errata interpretazione ed applicazione dell'art.174 CCNL, dal momento che la comunicazione di variazione di indirizzo di reperibilità non è disciplinata dal comma 4.

Si evidenzia altresì che il concetto di assenza ingiustificata non si può far valere a fronte della mancata comunicazione della nota di variazione e conseguentemente anche l'obbligo di rientro in azienda non può essere esteso al caso di specie.

Secondo la Suprema Corte, infatti, non costituisce assenza ingiustificata il mancato rientro in azienda, poiché la circostanza della mancata comunicazione al datore di lavoro è al di fuori dai casi espressamente disciplinati dall'art 174, co.4, CCNL.

¹² Ai sensi dell'art 5. L. 300/1970: *“sono vietati accertamenti da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente.*

Il controllo delle assenze per infermità può essere effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, i quali sono tenuti a compierlo quando il datore di lavoro lo richieda.

Il datore di lavoro ha facoltà di far controllare la idoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico”:

¹³ Ai sensi dell'art 220 CCNL *“...Il lavoratore ha l'obbligo di conservare diligentemente le merci e i materiali, di cooperare alla prosperità dell'impresa.”*

A fronte di quanto esposto, la condotta del ricorrente può dirsi giustificata sia nei confronti dell'ente, sia nei confronti della società, poiché la visita di controllo è stata effettuata presso un domicilio differente e pertanto si può dire che il lavoratore non era mai stato visitato dall'organo ispettivo.

Con il quarto motivo, il prestatore sosteneva la violazione e falsa applicazione dell'art. 18, co.4, L.300/1970 per la mancata applicazione della tutela reintegratoria nonostante la *"irrelevanza giuridica del fatto contestato"*, dal momento che la stessa Corte di Appello aveva ritenuto la non intenzionalità nella condotta del dipendente.

La Corte di Cassazione, nel valutare il tipo di tutela applicabile al caso oggetto di lite, richiama la disciplina della tutela reale ai sensi dell'art. 18, co. 4, L.300/1970, secondo cui in caso di licenziamento illegittimo per un fatto non imputabile al lavoratore o *"manifestamente insussistente"* o quando il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa nella base delle previsioni di contratti collettivi, sorge l'obbligo, da parte della società, di provvedere alla reintegrazione del dipendente. Dall'analisi dei fatti risulta infatti che il lavoratore aveva violato l'art. 225 CCNL, il quale prevede che infatti che qualora il dipendente *"non dia immediata notizia all'azienda di ogni mutamento della propria dimora sia durante il servizio sia durante il congedo"* è applicabile una sanzione conservativa(multa) e non il licenziamento.

La Suprema Corte accoglie pertanto sia il terzo sia il quarto motivo addotti dal ricorrente. In conseguenza di ciò, sia il quinto motivo, con cui il dipendente lamentava di aver ricevuto un'indennità risarcitoria pari a sole quindici mensilità, sia il sesto, secondo cui la Corte di Appello aveva omesso di pronunciarsi sul carattere ritorsivo del licenziamento¹⁴, vengono ritenuti assorbiti.

Alla luce di quanto esaminato la Corte di Cassazione stabilisce che *"anche durante il periodo di congedo per malattia, il lavoratore è tenuto all'obbligo di reperibilità e pertanto deve comunicare la variazione del relativo indirizzo al datore di lavoro, permeando il regime di subordinazione. Sicché laddove il CCNL applicabile (nel caso di specie: art.224 CCNL Commercio) preveda per tale violazione una sanzione conservativa (multa) deve essergli applicata, in caso di licenziamento illegittimo, la tutela reintegratoria ai sensi dell'art.18, co.4, L.300/1970 come novellato dalla L. 92/2012"*. Dunque la sentenza va cassata per quanto riguarda i motivi accolti, nonché per la regolazione delle spese di giudizio.

In conclusione, con la sentenza n. 37629 la Suprema Corte ha stabilito che, secondo i principi di buona fede e correttezza del lavoratore, tra i vari obblighi del dipendente nei confronti del datore di lavoro vi sia anche quello di comunicare le variazioni del luogo di reperibilità durante la malattia. Tale omissione, se si applica quanto previsto dai CCNL, è tuttavia punibile con una sanzione di tipo conservativo, ma non con il licenziamento, che risulta essere illegittimo in quanto sproporzionato.

¹⁴ Ai sensi dell'art.112 C.P.: *"Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti"*.

CAPITOLO 2

Il trattamento della malattia nel diritto del lavoro

2.1: La malattia del lavoratore

La scienza medica con il termine malattia intende “*quell’alterazione che si verifica in relazione all’intero organismo o ad una o più parti di esso*”. La scienza lavoristica invece, ritenendo tale definizione troppo generica, ha considerato opportuno circoscriverne la nozione, e sostenendo che la malattia è da intendersi come un’infermità tale da compromettere la capacità lavorativa del prestatore. Ad avvalorare questo assunto, a fronte di una pluralità di norme che disciplinano l’istituto della malattia, sono considerati come due pilastri di riferimento l’art. 2110 c.c.¹⁵, per il quale la malattia rientra tra le cause di sospensione della prestazione di lavoro, e l’art. 2 del D.L 30 dicembre 1979 n. 663, convertito in L. 29 febbraio 1980, n. 33, secondo cui la malattia è un’infermità che comporta l’incapacità di lavorare. Il concetto di malattia ex art. 2110 c.c. deve considerarsi comprensivo di ogni fase del fenomeno morboso: dalla manifestazione iniziale alle cure. Rientrano, quindi, tra le assenze dal posto del lavoro per malattia anche quelle necessarie alla cura, prevenzione, ricoveri ospedalieri per accertamenti diagnostici, la convalescenza, gli interventi di chirurgia estetica volti alla rimozione di vizi funzionali e le cure termali certificate dal medico.

La fattispecie della malattia, definita quindi in senso giuridico come uno status che comporta un impedimento assoluto o parziale dello svolgimento dell’attività lavorativa, nonché un’interruzione temporanea della prestazione di lavoro, rientra tra le ipotesi di sospensione dell’obbligo di esecuzione delle mansioni del lavoratore. La sospensione è giustificata dall’art. 32 della Costituzione, secondo cui il diritto alla salute è inviolabile. Pertanto il lavoratore nel caso in cui si trovasse in una situazione tale da incidere sul suo equilibrio fisico, morale e psicologico, ha diritto ad assentarsi dal lavoro al fine di recuperare la sua condizione ottimale.

¹⁵Ai sensi dell’art 2110 C.C.: “*In caso d’infortunio, di malattia, di gravidanza o di puerperio, se la legge o le norme corporative non stabiliscono forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o un’indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità. Nei casi indicati nel comma precedente, l’imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell’art. 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità. Il periodo di assenza dal lavoro per una delle cause anzidette deve essere computato nell’anzianità di servizio.*”

Inoltre, ai sensi dell'art. 38 della Costituzione, "il lavoratore ha diritto a beneficiare di tutti i mezzi necessari ed adeguati alle proprie esigenze di vita". Il fatto che sia garantito al lavoratore di assentarsi dal luogo di lavoro per recuperare la salute e le forze fa inoltre sì che, una volta guarito, egli possa e debba tornare ad espletare a pieno tutti i suoi compiti lavorativi e questo evidentemente costituisce anche un vantaggio per il datore di lavoro.

2.2: **Obblighi e tutele del lavoratore dipendente assente per malattia**

Il lavoratore, affetto da uno stato morboso tale da renderlo inidoneo allo svolgimento delle proprie mansioni, ha diritto per legge a percepire la cosiddetta indennità di malattia.

Al fine di beneficiare di tale tutela, la contrattazione collettiva¹⁶ individua una serie di obblighi a carico del lavoratore. Nello specifico:

- ottenimento di idonea certificazione di malattia;
- tempestivo invio del certificato di malattia, ad eccezione del ritardo per giustificato motivo;
- completa indicazione dell'indirizzo di reperibilità del lavoratore sul certificato medico, al fine di consentire la corretta esecuzione della visita di controllo;
- reperibilità alle visite domiciliari, salvo assenza per forza maggiore o per giustificato motivo;
- astensione da condotte che possono pregiudicare il proprio stato di salute e quindi di compromettere la propria guarigione.

Il lavoratore, nel momento in cui percepisce dei sintomi che lo affliggono al punto da compromettere lo svolgimento delle sue mansioni, ha l'obbligo di notificare tempestivamente il datore di lavoro, secondo le tempistiche previste dai vari CCNL di settore, al fine di consentirgli di provvedere alla sostituzione oppure alla riorganizzazione delle attività aziendali¹⁷.

Ove i CCNL non stabiliscano espressamente il termine entro cui il lavoratore deve provvedere alla comunicazione dello status di malattia, la giurisprudenza ritiene che egli debba comunque adempiere con tempestività e in conformità alle prassi aziendali ed in particolar modo nel rispetto del principio contrattuale di buona fede e correttezza.

¹⁶ Il CCNL per le industrie metalmeccaniche "prevede una serie di obblighi a carico del lavoratore assente, tutti volti a portare a conoscenza il datore del lavoro del motivo che giustifica l'assenza del dipendente".

¹⁷ Il Tribunale di Sassari, sez. lav. con sentenza n. 70 del 6 febbraio 2018 ha stabilito che qualora il CCNL di settore preveda l'obbligo per il lavoratore di comunicare al datore di lavoro l'inizio della malattia, l'omissione della comunicazione costituisce un'infrazione passibile di sanzione disciplinare a prescindere dall'avvenuto invio del certificato medico.

Ne consegue che in caso di inadempimento di tale obbligo il lavoratore può essere soggetto a sanzioni disciplinari anche gravi. Infatti il datore di lavoro può avviare le procedure di licenziamento per giusta causa¹⁸, ad eccezione dei casi in cui il lavoratore riesca a provare che il ritardo sia derivato da cause di forza maggiore, quali un incidente, un grave malore, accertamenti immediati o il ricovero. La comunicazione tempestiva di assenza per malattia nonché quella relativa all'eventuale prosecuzione o variazione dello status di malattia rispetto alla prognosi originaria devono essere seguite dalla trasmissione del certificato medico. Il lavoratore, infatti, ha l'obbligo di sottoporsi ad un accertamento sanitario da parte del proprio medico curante al fine di farsi rilasciare la certificazione medica.

Il medico curante, una volta rilevata la sussistenza dell'inidoneità del lavoratore all'espletamento della propria mansione lavorativa, certifica questo status di malattia indicandone la data di inizio, la data di presunta fine dello stato patologico, nonché l'indirizzo di reperibilità presso cui andranno effettuate le eventuali visite fiscali di controllo.

Le modalità di trasmissione del certificato di malattia sono state oggetto di profondi mutamenti. In particolare con l'art. 1, co. 149, della L. 30 dicembre 2004, n. 311 è stata introdotta la procedura di trasmissione telematica del certificato direttamente dal medico all'INPS. Prima di tale legge, il medico curante rilasciava il certificato in doppia copia al lavoratore, il quale doveva provvedere, entro due giorni dal rilascio dello stesso, a notificarlo al datore di lavoro e all'INPS, tramite raccomandata con ricevuta di ritorno.

Una volta trasmesso il certificato di malattia al datore di lavoro, il lavoratore non è esonerato dall'obbligo di verificare che all'interno dello stesso sia riportata la corretta indicazione del proprio domicilio o di qualsiasi altro luogo ove rendersi reperibile durante le eventuali visite mediche di controllo e, in difetto, deve provvedere a segnalare tempestivamente il luogo esatto. Inoltre, qualora il datore ne faccia espressa richiesta¹⁹, è cura del lavoratore richiedere al proprio medico il numero di protocollo relativo al certificato di malattia inviato al fine di comunicarlo al datore di lavoro. Ne deriva che l'inosservanza di tali obblighi impedisce l'insorgere del diritto di godere dell'indennità di malattia. Dello stesso avviso è la giurisprudenza²⁰ che ha adottato l'orientamento secondo cui la richiesta del certificato medico "*non esaurisce l'obbligo di diligenza del lavoratore*", restando fermi i doveri di segnalare tempestivamente l'assenza e di controllare l'avvenuta trasmissione del certificato di malattia da parte del medico.

¹⁸ Ai sensi dell'art. 2119 c.c. "*Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto.*"

¹⁹ Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 4 del 18 marzo 2011.

²⁰ Cassazione, Sez. Lavoro, n. 15226 del 22 luglio 2016.

Tra gli obblighi a carico del lavoratore vi è anche quello di preservare il proprio stato di salute. In linea di principio, lo status di malattia non consente lo svolgimento di alcuna attività extra lavorativa durante l'assenza, ma secondo la giurisprudenza²¹ non vi è alcun divieto nel praticare altre attività purché queste non determinino dei ritardi né compromettano la guarigione stessa. Pertanto solo nei casi in cui il lavoratore sia affetto da una patologia incompatibile con qualunque attività, egli non può svolgere alcuna attività, poiché il suo unico scopo deve essere quello di recuperare le “*energie*” psico-fisiche. Infatti, l'esercizio di qualunque altra attività tale da pregiudicare e rallentare il rientro in servizio costituisce una violazione dei principi di fedeltà, diligenza e correttezza.

Si può aggiungere che gli adempimenti a cui è tenuto il lavoratore garantiscono, se osservati, la possibilità di beneficiare di una serie di tutele: sia per quanto riguarda la conservazione del posto di lavoro, sia sotto il profilo economico.

Analizzando le tutele economiche durante l'assenza per malattia, valgono le considerazioni di seguito riportate. Per quanto attiene al periodo massimo indennizzabile, occorre distinguere se il lavoratore sia assunto a tempo indeterminato o sia, invece, a tempo determinato. Nel primo caso, la corresponsione dell'indennità di malattia è dovuta per un massimo di 180 giorni²² nell'anno solare, mentre nel secondo caso il limite dell'indennità è calcolato in base alla durata dell'attività lavorativa svolta nei 12 mesi precedenti l'evento morboso, tenendo conto che spazia solitamente da un minimo di 30 giorni fino a 180 giorni nell'anno solare.

Va altresì evidenziato che l'entità dell'indennità di malattia è a carico dell'Inps, dopo il superamento del periodo di carenza²³, oppure dal datore di lavoro, e varia a seconda della qualifica del lavoratore e del numero di giorni di assenza. In particolare: nel caso di qualifica di impiegato, il trattamento retributivo, se non diversamente previsto dalla contrattazione collettiva, è a carico del solo datore di lavoro; nel caso di qualifica operaia, invece, è l'ente a provvedere all'erogazione dell'indennizzo²⁴.

Infatti, l'art. 6, comma 5 Regio Decreto-Legge 13 novembre 1924, n.1825, stabilisce che agli impiegati con massimo dieci anni di servizio spetta il pagamento dell'intero compenso durante il primo mese di malattia e della metà per i due mesi successivi; nel caso di anzianità di servizio superiore ai dieci anni, il pagamento dell'intera retribuzione per i primi due mesi e della metà per i mesi successivi.

²¹ Corte di Cassazione, 12 aprile 1985, n. 2434; Corte di Cassazione, 26 aprile 2022, n. 13063.

²² Per calcolare il periodo massimo è necessario sommare tutte le giornate di assenza per malattia, onnicomprensiva delle giornate in cui l'indennità non è stata erogata.

²³ Per periodo di carenza si intendono i primi tre giorni di assenza per malattia, durante i quali nulla è dovuto a carico dell'INPS, salvo che il dipendente non abbia una ricaduta entro 30 giorni dalla sua guarigione. Generalmente i vari CCNL prevedono che il datore di lavoro corrisponda nei primi tre giorni la retribuzione al lavoratore nella misura pari al normale trattamento o limitatamente ad una parte di esso.

²⁴ Circolare INPS del 28 gennaio 1981, n. 134368.

Tuttavia, ove previsto dalla contrattazione collettiva ci possono essere deroghe migliorative per quanto riguarda il trattamento economico del lavoratore con qualifica impiegatizia durante la malattia. Per quanto attiene, invece, alla classe operaia, o a qualsiasi altra categoria in cui il datore di lavoro è tenuto a provvedere al versamento dei contributi di malattia, la contrattazione collettiva di norma prevede un'integrazione a carico del datore di lavoro al fine di far conseguire al lavoratore il normale trattamento economico.

È opportuno precisare che le tutele del lavoratore legate allo stato di salute previste dalla legge non consistono solo nella corresponsione dell'indennità di malattia, bensì anche nella conservazione del posto di lavoro per tutta la durata del periodo di comporto. Con questo termine si intende proprio quell'arco temporale di assenza del lavoratore per malattia²⁵ nel corso del quale il datore di lavoro deve per legge preservare il rapporto di lavoro. Infatti ai sensi dell'art. 2110, co. 2, c.c. è consentito al datore di lavoro recedere dal contratto solo nel caso in cui l'assenza per malattia oltrepassi il suddetto periodo di comporto o nel caso in cui il lavoratore tenga una condotta grave a tal punto da compromettere il rapporto di fiducia. Il termine di comporto è fissato dalla contrattazione collettiva o in assenza, dal giudice secondo equità.

Di norma i contratti collettivi disciplinano il periodo di comporto in considerazione dell'anzianità di servizio nonché della qualifica. Si possono distinguere due tipi di comporto, in particolare:

- 1) il comporto secco: inteso come la sommatoria dei giorni consecutivi di assenza in riferimento ad un'unica malattia;
- 2) il comporto per sommatoria: inteso come il totale del numero massimo di giorni di assenza in riferimento a più malattie in un certo lasso di tempo. Se tale tipo di comporto non è disciplinato dalla contrattazione collettiva, sarà il giudice a prevederlo secondo equità.

Il lavoratore, previa richiesta al datore di lavoro e prima della scadenza del periodo di comporto, può farsi concedere le ferie residue²⁶, sostituendole alla malattia mediante l'indicazione espressa del giorno in cui intende procedere con la conversione²⁷.

Questa richiesta da parte del lavoratore ha una duplice funzione: da un lato il prolungamento dell'assenza al fine della guarigione, dall'altro la sospensione del periodo di comporto.

²⁵ L'assenza per malattia del lavoratore è da considerarsi una tra le più ricorrenti cause di sospensione del rapporto di lavoro. G. BRANCA *La sospensione nelle vicende del rapporto di lavoro*, 1971.

²⁶ Cassazione 7 giugno 2013 n.14471.

²⁷ Cassazione 11 maggio 2000 n.6043.

Tuttavia, secondo la giurisprudenza, a carico del datore di lavoro non vi è alcun obbligo di concedere tale conversione, poiché il periodo feriale corrisponde ad una scelta dell'imprenditore in considerazione alle esigenze lavorative. Oltre alla richiesta di conversione, ove previsto dalla contrattazione collettiva, il lavoratore affetto da malattie di lunga durata può richiedere di beneficiare di un periodo di aspettativa non retribuita da sommarsi al comporto²⁸.

Ai sensi dell'art. 2110 c.c.²⁹ il datore di lavoro non può licenziare il lavoratore affetto da una patologia tale da ostacolare lo svolgimento delle sue mansioni e dunque il prestatore di lavoro ha il diritto alla conservazione del posto ma solo finché dura il periodo di comporto. Ne deriva che, se viene superato il periodo di comporto senza che il lavoratore sia rientrato in azienda per lo svolgimento della sua prestazione, il datore è legittimato ad intraprendere nei suoi confronti le procedure di licenziamento, senza dover provare il venir meno dell'interesse alla prosecuzione del rapporto, poiché il superamento del periodo di comporto è condizione sufficiente a fondare il potere di recesso. Il licenziamento per il superamento del periodo di comporto è assimilabile a quello per giustificato motivo oggettivo.

Ovviamente, il lavoratore affetto da uno status impeditivo dell'espletamento delle proprie mansioni, affinché riceva adeguata tutela, è tenuto all'osservanza di alcuni obblighi a suo carico, al fine di poter beneficiare della tutela prevista dalla legge consistente nella conservazione del posto di lavoro e nella corresponsione dell'indennità economica.

²⁸ Per esempio, per il settore Metalmeccanico il CCNL prevede che il lavoratore, su richiesta scritta, potrà beneficiare di un periodo di aspettativa pari ad un massimo di 4 mesi, durante il quale non percepirà la retribuzione e non decorrerà l'anzianità di servizio. Il lavoratore potrà beneficiare di un'ulteriore proroga non superiore a 24 mesi continuativi, previa richiesta scritta.

²⁹ Art. 2110 c.c. *"In caso d'infortunio, di malattia, di gravidanza o di puerperio, se la legge o le norme corporative non stabiliscono forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità". Nei casi indicati nel comma precedente, l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'art. 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità". Il periodo di assenza dal lavoro per una delle cause anzidette deve essere computato nell'anzianità di servizio."*

2.3: Il potere di controllo da parte del datore di lavoro

Lo stato di malattia può essere oggetto di controlli su richiesta del datore di lavoro, al fine di accertare la veridicità delle condizioni psicofisiche del lavoratore ed il conseguente impedimento all'esercizio delle sue mansioni. Il potere di controllo, tra cui le visite cosiddette fiscali, garantisce il bilanciamento tra il diritto alla salute ed il diritto del datore di lavoro di vedere la prestazione eseguita. La legge, infatti, prevede che il lavoratore in caso di assenza per malattia possa beneficiare di tutela nonché del diritto a ricevere le cure, purché la malattia sia giustificata e certificata. Ove invece l'assenza sia ingiustificata il datore di lavoro può provvedere all'emanazione di sanzioni conservative o, nei casi più gravi, recedere dal rapporto di lavoro.

È espressamente stabilito dall'art. 2094 c.c. che il lavoratore è colui che si obbliga, dietro corrispettivo, a prestare un'attività "sotto la direzione" del datore di lavoro. Pertanto, il prestatore di lavoro subordinato è assoggettabile al potere direttivo, disciplinare e di controllo.

Per potere di controllo si intende quel potere da parte del datore di verificare l'esatta esecuzione della prestazione di lavoro in conformità dei doveri di diligenza e fedeltà, ma tale potere, sebbene sia riconosciuto al datore di lavoro, deve essere esercitato nel rispetto dei limiti e principi imposti dalla legge, al fine di non ledere il diritto alla dignità ed alla riservatezza del prestatore.

Tra le fonti normative in materia, ha particolare rilevanza l'art. 5 dello Statuto dei lavoratori³⁰ secondo cui il datore di lavoro può rivolgersi solo alle strutture specializzate per verificare l'infermità fisica del lavoratore. In particolare, la norma, se da un lato riconosce un diritto del datore di lavoro di esercitare tale potere per contrastare eventuali abusi, dall'altro impone dei limiti nell'esercizio dello stesso, nel rispetto del diritto alla salute, costituzionalmente garantito.

Con l'entrata in vigore dell'art. 17 del d. lgs. 19 settembre 1994 n. 626³¹, poi sostituito ed abrogato dal T.U. 9 aprile 2008, n. 81, la giurisprudenza è intervenuta più volte per verificarne la compatibilità con l'art. 5 della L. 300/1970.

La Corte di Appello di Torino, con la sentenza n. 826 del 16 luglio 2003, ha sancito che "*Il datore è tenuto a sottoporre a visita medica i propri dipendenti*³², e dove vige tale obbligo la legge attribuisce

³⁰ L'art. 5 della L.300/1970 prevede espressamente che il controllo sull'assenza del lavoratore venga effettuata "*attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti e non attraverso medici di fiducia del datore di lavoro.*"

³¹ Con il D. Lg. 19 settembre 1994 n, 626, la materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro è stata unificata in un unico testo.

³² La sorveglianza sanitaria si effettua nelle seguenti ipotesi:

- a) per constatare l'assenza di controindicazioni al lavoro cui il lavoratore è destinato al fine di valutare la sua idoneità alla mansione specifica;*
- b) per controllare lo stato di salute dei lavoratori ed esprimere il giudizio di idoneità alla mansione specifica.*
- c) richiesta del lavoratore, qualora sia ritenuta dal medico competente correlata ai rischi professionali o alle sue condizioni di salute, suscettibili di peggioramento a causa dell'attività lavorativa svolta, al fine di esprimere il giudizio di idoneità alla mansione specifica;*
- d) in occasione del cambio della mansione."*

il compito di effettuare gli accertamenti al medico competente, che può essere anche un dipendente del datore di lavoro; dove invece, il datore di lavoro vuole verificare la persistente idoneità fisica del lavoratore alle specifiche mansioni affidategli, in attività non rientranti nell'ambito della sorveglianza sanitaria ma per ragioni genericamente attinenti alla salute del dipendente, egli sarà tenuto a rivolgersi esclusivamente alle strutture autorizzate.”

Si rileva pertanto che le due norme sono tra loro complementari in quanto l'art 5 dello Statuto dei Lavoratori circoscrive il potere delle visite fiscali nei confronti del lavoratore assente o per malattia o per infortunio, mentre l'art. 17 del d.lgs. 626/1994, successivamente abrogato dal D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81³³, istituisce la figura professionale del medico competente all'interno dei luoghi di lavoro. Per l'espletamento dei controlli fiscali, il datore di lavoro deve farne espressa richiesta, utilizzando gli strumenti telematici³⁴, all'INPS, ogni qualvolta egli voglia verificare lo status di malattia del lavoratore. Il medico fiscale, una volta ricevuta la richiesta da parte del datore di lavoro, si reca presso il domicilio del lavoratore al fine di verificare la sussistenza della malattia. Tale attività deve avvenire in determinate fasce orarie: dalle 10:00 alle 12:00 e dalle 17:00 alle 19:00 (anche nei giorni festivi). Sussiste, infatti, in capo al dipendente, l'obbligo di permanenza³⁵ durante gli orari di visita presso il proprio domicilio o presso qualunque altro luogo regolarmente comunicato. In difetto, fatte salve alcune eccezioni³⁶, egli può subire sanzioni disciplinari nonché la perdita della indennità.

Sono riscontrabili, quali cause di esenzione:

- le patologie gravi “*che richiedono terapie salvavita*”³⁷ documentate e certificate;
- le malattie “*sottese e connesse ad uno stato di invalidità riconosciuta in misura pari o superiore al 67%*”;

Precedentemente, tra le cause di esenzione vi era anche quella relativa ai dipendenti che avessero già ricevuto una visita fiscale. Con l'istituzione dell'INPS come polo unico per lo svolgimento delle visite fiscali, è stato stabilito che il lavoratore possa subire una seconda visita in riferimento allo stesso evento morboso, al fine di contrastare e disincentivare gli abusi.

³³ Con l'art.17 del D. Lgs. 626/1994, e successivamente con l'art. 2, comma 1, lettera h D. lgs. 81/2008, è stata individuata la figura del medico competente e sono specificatamente esposte le sue attribuzioni.

³⁴ Circolare Inps n. 118 del 12 novembre 2011.

³⁵ Con la sentenza n. 8388 del 16 ottobre 2017, Il Tribunale di Roma ha affermato che la presenza del lavoratore presso il proprio domicilio rappresenta un obbligo, poiché il rendere impossibile il controllo sulla sussistenza dello stato di malattia “*integra un inadempimento*” sia nei confronti dell'Inps sia nei confronti del datore di lavoro che ha l'interesse a ricevere la prestazione.

³⁶ Art. 25 D. lgs. 24 settembre 2015, n. 151.

³⁷ Per “*terapie salvavita*” si intendono quelle che permettono di salvare la vita al paziente, come ad esempio la chemioterapia. Sono quelle cure indispensabili alla sopravvivenza.

Tuttavia, oltre alle eccezioni di reperibilità, la legge prevede alcuni casi in cui l'assenza alle visite fiscali per ritenersi giustificata. È infatti possibile allontanarsi dal domicilio indicato nel certificato di malattia non solo per motivi gravi ed urgenti, bensì anche per ragioni diverse dallo status di malattia purché costituiscano una valida ragione, socialmente apprezzabile, la cui dimostrazione è a carico del lavoratore.

2.4: **Sanzioni per assenza alle visite fiscali**

È stato sottolineato che è onere del lavoratore verificare che all'interno del certificato sia stato correttamente indicato il luogo ove effettuare le visite fiscali e provvedere alla comunicazione dell'eventuale allontanamento dal luogo di reperibilità. La decadenza dal diritto di ricevere la tutela prevista dalla legge può dipendere non solo dall'allontanamento dalla propria abitazione, ma anche da qualsiasi altra condotta negligente volta ad impedire lo svolgimento dei controlli. In caso di assenza alle visite fiscali, la legge prevede l'applicazione di alcune sanzioni economiche.

Infatti, nel caso in cui non fosse fornita una motivazione tale da giustificare l'assenza, il dipendente perde il diritto a ricevere il 100% della retribuzione per i primi dieci giorni di malattia, mentre per i giorni successivi ha diritto solo alla metà della sua retribuzione. In merito alla decadenza della tutela economica, la giurisprudenza si è più volte pronunciata. In particolare, l'art. 5, comma 14, della Legge 11 novembre 1983, n. 638³⁸ che prevedeva l'irrogazione della sanzione della perdita della tutela indennitaria come una conseguenza che prescindeva dall'effettiva sussistenza di malattia, è stato interpretato in modo restrittivo. Infatti, secondo la giurisprudenza prevalente, l'assenza ingiustificata non poteva essere sanata da una successiva visita poiché a capo del lavoratore vi era un vero e proprio obbligo di reperibilità, con la conseguenza che tale assenza poteva considerarsi giustificata solo in determinati casi espressamente previsti³⁹.

Successivamente, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della norma nella parte in cui non si prevedeva una seconda visita fiscale prima della perdita di qualunque trattamento economico nella misura della metà per il periodo successivo ai primi dieci giorni.

L'effettuazione di una seconda visita, anche ambulatoriale, volta ad accertare la reale sussistenza dello status di malattia nonché l'idoneità allo svolgimento della propria prestazione lavorativa, avrebbe evitato la protrazione degli effetti della sanzione per il periodo successivo ai primi dieci giorni.

³⁸ L art. 5, comma 14 della L. 638/1983 stabilisce che, *“qualora il lavoratore pubblico o privato risulti assente alla visita di controllo senza giustificato motivo, decade dal diritto a qualsiasi trattamento economico per l'intero periodo fino a dieci giorni e nella misura della metà per l'ulteriore periodo, esclusi quelli di ricovero ospedaliero o già accertati da precedenti visite di controllo.”*

³⁹ L'assenza si considerava giustificata nei casi di: *“forza maggiore, in concomitanza di visite, prestazione accertamenti specialistici che abbiano reso imprescindibile la presenza del lavoratore in altro luogo.”*

A ciò si aggiunge che la giurisprudenza, nel corso degli anni, ha mutato il suo orientamento, garantendo al lavoratore la possibilità di giustificare la propria assenza non solo per cause di forza maggiore ma anche per *“serie e valide ragioni, socialmente apprezzabili”*.

Pertanto in caso di assenza alle visite fiscali, prima di applicare la sanzione economica, è necessario valutare le circostanze che hanno comportato l'assenza del lavoratore dal proprio domicilio. Inoltre, l'assenza dal luogo indicato nel certificato per le visite fiscali, se previsto dai CCNL dei singoli comparti, *“può integrare in alcuni casi anche la fattispecie del licenziamento disciplinare”*⁴⁰ ove la condotta del lavoratore sia tale da violare gli obblighi contrattuali.

Citando per esempio il CCNL del settore di commercio, l'art. 139 sancisce che il lavoratore risultato assente senza giustificato motivo alla visita fiscale, è passibile sia di una sanzione disciplinare, sia della *“perdita dell'integrazione aziendale”*. Inoltre, l'assenza alla visita fiscale comporta anche il venir meno del diritto all'indennità. Ne consegue che la sanzione può essere evitata solo con la prova della sussistenza di un giustificato motivo, onere che grava sul lavoratore.

Con riferimento all'applicazione delle sanzioni disciplinari, la giurisprudenza si è pronunciata più volte sul tema e si rileva che l'orientamento è mutato più volte.

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 64 del 2017, ha sancito la legittimità del licenziamento per giusta causa del dipendente risultato più volte assente alle visite fiscali di controllo e ciò a prescindere dell'effettività della malattia. Il fatto sottoposto alla Suprema Corte vedeva il caso di un dipendente licenziato a seguito di tre visite fiscali a cui era risultato assente *“ingiustificato”*, non avendone comunicato preventivamente l'assenza dal proprio domicilio. Secondo la Suprema Corte nel caso specifico il licenziamento era da intendersi fondato su una giusta causa.

Di orientamento diverso è però la recente sentenza della Corte di Cassazione n.13063 del 26 aprile 2022. La questione sottoposta alla Suprema Corte vede il caso di un dipendente licenziato per lo svolgimento di attività extralavorativa in grado di comprometterne la guarigione e per aver omesso di comunicare la variazione di domicilio, sicché le visite fiscali avevano dato esito negativo.

La Corte di Cassazione ribadisce l'inesistenza di un divieto di svolgimento di altre attività lavorative, affermando che grava sul datore di lavoro l'onere di provare che tale attività, posta in essere dal lavoratore durante l'assenza per malattia, abbia effettivamente avuto conseguenze negative, ritardandone la guarigione.

⁴⁰ Cassazione, Sez. Lavoro, 13 dicembre 2005 n. 27429

La Suprema Corte dichiara che nel caso di specie non si tratta di *“mancata reperibilità alle visite fiscali”* bensì di *“mancata comunicazione del nuovo domicilio ai fini dell’eventuale visita di controllo”*. In conformità alla pronuncia di Cassazione 11 aprile 2022, n. 11665⁴¹, l’orientamento della Suprema Corte è quello secondo cui il giudice, in assenza di clausola specifica, può interpretare le previsioni generali del CCNL. Ne consegue che, ove la fattispecie *“punita con una sanzione conservativa”* si possa ritenere compresa in una clausola generale del contratto collettivo, è dovere del giudice interpretare la norma. Nel caso di specie, l’art. 40 del CCNL Aris (Associazione Religiosa Istituti Socio-sanitari) indica alcune ipotesi, a titolo esemplificativo, per le quali è prevista la sanzione conservativa, senza prevederne un elenco tassativo.

Occorre evidenziare, tuttavia, che con tale orientamento della Suprema Corte non si intende *“estendere la sanzione conservativa ad ipotesi non previste”* quanto piuttosto si evidenzia che il giudice può ricomprendere la condotta del lavoratore, anche laddove non rientri tra le condotte elencate, nella previsione contrattuale che punisca l’illecito con una sanzione conservativa *“attraverso la fattispecie disciplinare, valutando che la mancanza accertata sia di gravità omologabile a quella che connota le infrazioni esplicitamente menzionate nel catalogo”*.

Ne consegue che, dal momento che nel citato articolo la condotta più grave, quale l’assenza dal proprio domicilio, rientra tra le cause assoggettabili ad una sanzione conservativa, è possibile sussumere anche la condotta della mancata comunicazione di assenza tra le fattispecie punibili con una sanzione conservativa.

In sintesi, si rileva che tale orientamento avrà un notevole impatto in materia di licenziamenti disciplinari, in quanto al giudice è data la possibilità di sussumere la condotta addebitata al lavoratore ed accertata anche nelle disposizioni del CCNL che prevedano una sanzione conservativa anche laddove sia espressa con clausole generali, con la conseguenza che il licenziamento eventualmente intimato al lavoratore debba considerarsi illegittimo e sanzionato con la tutela reintegratoria ex art. 18, comma 4, Statuto dei Lavoratori.

⁴¹ La Corte di Cassazione stabilisce che *“Non più solo casi tipici, ma anche ipotesi generali di sanzioni conservative contrattuali comportano la reintegrazione se il licenziamento è illegittimo”*.

Capitolo 3

Le tutele applicabili al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo in riferimento alla malattia

3.1: Il licenziamento legittimo in costanza di malattia

Il datore di lavoro, come si è già avuto modo di evidenziare, in ragione dell'art. 2110 c.c., non può licenziare il lavoratore assente per malattia fino alla scadenza del termine di comporto, dopodiché può legittimamente recedere senza dover provare la sussistenza del giustificato motivo oggettivo, né l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, né l'impossibilità di svolgere diverse mansioni⁴². Il datore di lavoro, al fine di poter procedere con il licenziamento per il superamento del periodo di comporto, è soggetto all'obbligo di preavviso, a pena di nullità, e ad esibire, in caso di contestazione, i certificati di malattia per dimostrare l'effettivo superamento del periodo di comporto. Si sottolinea che in questa fattispecie, a differenza del licenziamento per motivi disciplinari, è possibile procedere anche in via differita e pertanto anche successivamente alla ripresa dell'attività lavorativa da parte del dipendente. Infatti, la Corte di Cassazione ha sancito che il datore di lavoro, superato il periodo di comporto, può recedere anche prima del rientro del prestatore, ma ha anche la possibilità di sperimentare, una volta ripreso il servizio, se vi siano dei "margini di riutilizzo del dipendente"⁴³. Infatti, il licenziamento differito, da non intendersi come ad una rinuncia alla cessazione del rapporto, consente al datore di lavoro di valutare la possibilità di procedere con il licenziamento beneficiando di un congruo "spatium deliberandi"⁴⁴.

Tuttavia, nei casi in cui vi sia la sussistenza di gravi comportamenti da parte del prestatore, è possibile irrogare il licenziamento prima dello scadere del periodo di comporto. In particolare, si tratta delle fattispecie di giusta causa⁴⁵. Con il termine giusta causa si intendono tutte quelle inadempienze da parte del lavoratore tali da compromettere il vincolo di fiducia e da non consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro, nemmeno provvisoriamente. In questo caso, il datore può recedere dal rapporto di lavoro, con effetto immediato, senza concessione di preavviso⁴⁶.

⁴² Tribunale Milano, sez. lav. n. 3426/2015; Cassazione civile, sez. lav. 1568/2013.

⁴³ Cassazione civile, sez. lav. n. 18441/2016

⁴⁴ MAGLIOCCO R., CHAMBEYRONT G., La malattia del lavoratore, Ipsoa, 2021, pg. 42

⁴⁵ Cassazione civile, sez. lavoro, 29 luglio 1998 n. 7467." *In costanza di malattia il lavoratore può essere legittimamente licenziato per giusta causa, con effetto immediato.*"

⁴⁶ Secondo l'art. 2119 c.c.: "Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto.

Il licenziamento per giusta causa, per esempio, sussiste, a certe condizioni, nel caso in cui il lavoratore eserciti un'attività extralavorativa durante l'assenza per malattia⁴⁷. Tale principio è stato ribadito anche nell'ordinanza della Cassazione n. 26709 del 1° ottobre 2021, secondo cui è legittimo il licenziamento per giusta causa, in costanza di malattia, laddove sia accertata la violazione dei doveri di correttezza e buona fede. Il caso sottoposto alla Suprema Corte riguarda l'impugnazione, da parte di un lavoratore, del licenziamento irrogatogli per non aver tenuto uno stile di vita, durante l'assenza per malattia, conforme allo status psicofisico che lo affliggeva e tale anzi da rallentarne la guarigione ed il conseguente rientro in azienda. Il lavoratore sottopone alla Cassazione alcuni argomenti di cui illustreremo solamente quelli specificamente inerenti alla nostra analisi:

1) Secondo il lavoratore, le attività eseguite durante il periodo di malattia consistevano in "*meri incumbenti della vita quotidiana*" che non potevano essere ricondotti alla fattispecie di licenziamento per giusta causa. Diversamente da quanto verificato dai giudici di merito, secondo i quali il lavoratore aveva trasportato due sacchi di terra, non era possibile, a suo dire, capirne il peso effettivo, poiché le immagini che "*riproducevano i sacchetti*" non erano nitide. Inoltre, il prestatore affermava che i video relativi a questo spostamento dei sacchi evidenziavano che gli stessi erano stati spostati in modo compatibile con la sua patologia.

2) La Corte d' Appello aveva condiviso l'opinione del giudice di primo grado secondo cui lo status di malattia era stato simulato, senza considerare che, in realtà, la patologia del lavoratore era da ritenersi comprovata alla luce delle certificazioni mediche ma la Cassazione non ha condiviso queste doglianze del lavoratore.

Infatti, è stato ribadito più volte dalla Cassazione che lo svolgimento di altre attività, in costanza di malattia, può costituire causa di recesso da parte del datore di lavoro qualora vi sia una violazione degli obblighi contrattuali tipici del rapporto di lavoro subordinato, nello specifico il dovere di correttezza e buona fede, oltre che in tutti quei casi in cui l'attività posta in essere sia "*sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia*".

La Corte d' Appello, aveva evidenziato che il datore di lavoro aveva in diverse occasioni contestato al lavoratore il fatto di aver svolto delle attività faticose e tali da ritardarne il rientro in azienda nonché la guarigione.

3) Il lavoratore riteneva di essere stato licenziato durante il periodo di comporto e pertanto tale provvedimento doveva ritenersi illegittimo.

Secondo la Corte di Cassazione tale motivo è da considerarsi invece infondato, poiché il giudice di seconda istanza aveva correttamente individuato, nel caso di specie, il presupposto del recesso per giusta causa.

⁴⁷ Nella sentenza n. 23444/2009 la Corte di Cassazione ribadisce che: "*il licenziamento è giustificato non tanto dal compimento di un altro lavoro, quanto dal fatto che questo nuovo impegno avrebbe la conseguenza di una compromissione dello stato del dipendente, aggravandone la malattia e ritardandone il rientro in azienda.*"

In particolare, se da una parte il 2110 c.c. tutela il lavoratore, stabilendo che quest'ultimo ha diritto di godere di un ragionevole arco temporale per curarsi, dall'altra tutela gli interessi del datore di lavoro. In questo caso, il licenziamento durante il periodo di comporto è da considerarsi legittimo per giusta causa per il fatto che erano venuti meno i doveri di correttezza e buona fede a seguito della condotta del lavoratore, pertanto l'argomentazione relativa alla violazione del periodo di comporto *“era da ritenersi eccentrica rispetto alla materia del contendere”*.

4) Secondo la Suprema Corte le disposizioni dettate dall'art. 5 L. 300/1970 non impediscono al datore di lavoro di contestare, anche con circostanze di fatto, l'insussistenza di malattia, in particolare se il lavoratore sta svolgendo un'altra attività tale da rallentare la guarigione⁴⁸ e quindi che possa determinare un inadempimento degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro. Ne consegue che al datore di lavoro è riconosciuta la facoltà⁴⁹ *“di prendere conoscenza”* dei suddetti comportamenti.

Dall'analisi della sentenza è possibile comprendere che il lavoratore, in costanza di malattia, può essere licenziato legittimamente anche durante il periodo di comporto se egli svolge un'attività che faccia presumere una simulazione della malattia stessa o che comunque possa compromettere e ritardare la sua guarigione e la conseguente ripresa della prestazione lavorativa.

La legittimità di tale provvedimento è da ricondurre quindi alla violazione degli obblighi di correttezza e *“leale collaborazione”* derivanti dal rapporto di lavoro subordinato.

Si evidenzia altresì che il dipendente può essere licenziato per sopravvenuta inidoneità, anche parziale, allo svolgimento delle proprie mansioni lavorative, qualora quest'ultime possano causare pericolose conseguenze al suo stato di salute. Fino agli anni ottanta del Novecento si applicava la disciplina dell'art. 1464 c.c. in tema di impossibilità parziale della prestazione, il quale prevede che la parte possa recedere qualora non vi sia alcun interesse *“apprezzabile all'adempimento parziale”*⁵⁰.

Ne conseguiva che il datore di lavoro, in virtù dell'art. 3 della L. 15 luglio 1996, n. 604, poteva adottare il licenziamento per giustificato motivo per ragioni *“inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”*, non sussistendo alcun obbligo a carico del datore ad assegnare al lavoratore attività diverse da quelle concordate.

Successivamente, verso la fine degli anni novanta, ci fu un'evoluzione giurisprudenziale⁵¹ per la quale nell'ipotesi di sopravvenuta inidoneità fisica del prestatore il licenziamento può ritenersi legittimo solo se il datore di lavoro riesce a dimostrare l'impossibilità di un *“ricollocaimento alle mansioni diverse da quelle divenute ineseguibili”*.

⁴⁸ Cassazione n. 3704/1987, n. 5407/1990; n. 5006/1992, n. 8165/1993; n. 6399/1995, n. 11355/1995;

⁴⁹ Cassazione n. 26162/2014, n. 18507/2016;

⁵⁰ L'art. 1464 c.c. prevede che: *“Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale.”*

⁵¹ Tribunale di Forlì 16 agosto 1999.

Questo orientamento trova fondamento nei principi della Costituzione agli art. 1,3,4 e 35 e nei postulati della correttezza e buona fede dai quali si evince l'obbligo, da parte del datore di lavoro, di provvedere ad un ricollocamento all'interno dell'azienda, in quanto il lavoratore potrebbe risultare idoneo a svolgere mansioni diverse, senza dover essere licenziato. Infatti, qualora il datore di lavoro avesse intimato il licenziamento, per sopravvenuta impossibilità, avrebbe dovuto giustificare oggettivamente i motivi di tale scelta.

Secondo la Corte di Cassazione⁵², purché ci sia un giustificato motivo oggettivo non è sufficiente l'inidoneità fisica del lavoratore nello svolgimento delle attività a cui è adibito ma occorre anche dimostrare l'inesistenza, all'interno dell'azienda, di mansioni diverse o inferiori compatibili con il suo stato di salute. Una recente sentenza⁵³, ha confermato tale obbligo a carico del datore di lavoro sancendo che, ove il dipendente abbia manifestato la volontà di svolgere mansioni anche inferiori, il datore, qualora voglia disporre il licenziamento, ha l'onere di giustificare tale decisione, provando che il dipendente è inidoneo o dimostrando l'impossibilità di poterlo comunque adibire ad altre mansioni per esigenze tecniche o produttive. La normativa dunque tutela da una parte il lavoratore e dall'altra anche il datore di lavoro, il quale è legittimato a ricorrere al licenziamento di regola solo dopo il compimento del periodo di comporto, ma può eccezionalmente recedere prima di tale periodo, se vi è una giusta causa, e nel caso in cui il lavoratore versi in una condizione tale da non poter svolgere alcuna mansione neppure inferiore⁵⁴.

⁵² Cassazione civile, sez. lav. 3245/2003.

⁵³ Cassazione civile, sez. lav. 29250/2017, Cassazione civile, sez. lav., n. 10018/2016.

⁵⁴ Art. 10, comma 3 L. 12 marzo 1999, n. 69: *“Nel caso di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro, il disabile può chiedere che venga accertata la compatibilità delle mansioni a lui affidate con il proprio stato di salute. Nelle medesime ipotesi il datore di lavoro può chiedere che vengano accertate le condizioni di salute del disabile per verificare se, a causa delle sue minorazioni, possa continuare ad essere utilizzato presso l'azienda. Qualora si riscontri una condizione di aggravamento che, sulla base dei criteri definiti dall'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'articolo 1, comma 4, sia incompatibile con la prosecuzione dell'attività lavorativa, o tale incompatibilità sia accertata con riferimento alla variazione dell'organizzazione del lavoro, il disabile ha diritto alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro fino a che l'incompatibilità persista. Durante tale periodo il lavoratore può essere impiegato in tirocinio formativo. Gli accertamenti sono effettuati dalla commissione di cui all'articolo 4 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, integrata a norma dell'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'articolo 1, comma 4, della presente legge, che valuta sentito anche l'organismo di cui all'articolo 6, comma 3, del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, come modificato dall'articolo 6 della presente legge. La richiesta di accertamento e il periodo necessario per il suo compimento non costituiscono causa di sospensione del rapporto di lavoro. Il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la predetta commissione accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda.”*

3.2: I regimi di tutela previsti dall'art.18 L. 300/1970 prima delle riforme

L'art. 18 della L. 300/1970 è considerato il pilastro della disciplina dei licenziamenti, in quanto riconosce al lavoratore un'ampia tutela in caso di licenziamento illegittimo.

Come è noto, la norma che si applica ai datori di lavoro "sopra soglia" è stata oggetto di un intervento fondamentale (ad opera della L. 92/2012) che ne ha modificato la portata dal punto di vista sostanziale.

L'art. 18, comma 1, dello Statuto dei Lavoratori, prima di tale rivisitazione, disponeva che "*Ferma restando l'esperibilità delle procedure previste dall'art. 7 della Legge 15 luglio 1966 n. 604⁵⁵, il giudice, con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo ovvero ne dichiara la nullità a norma della legge stessa, ordina al datore di lavoro la reintegrazione nel posto di lavoro*". Ne derivava che la tutela prevista dal suddetto articolo era una tutela cosiddetta reale, che garantiva cioè al lavoratore il diritto alla reintegrazione⁵⁶ nel posto di lavoro.

Occorre evidenziare che la novità dell'art. 18 è stata proprio quella di prescrivere la reintegrazione, in quanto precedentemente la L. 604/1966 oltre ad introdurre nell'ordinamento Italiano la regola della necessaria giustificazione del licenziamento, aveva previsto in via alternativa la riassunzione del lavoratore o il risarcimento del danno, quindi una tutela del tutto obbligatoria in caso di licenziamento illegittimo.

Con la tutela reale, che in astratto può essere assimilata alla disciplina del possesso⁵⁷, si intende ricostituire il rapporto di lavoro come se esso non si fosse mai interrotto, riassegnando al lavoratore le sue mansioni, nonché provvedendo al pagamento delle retribuzioni dalla data del licenziamento a quella dell'effettivo rientro in azienda.

⁵⁵ L'art 7 comma 7, L. 15 luglio 1966,n. 604: prevede che "*Ferma l'applicabilità, per il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo, dell'articolo 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'articolo 3, seconda parte, della presente legge, qualora disposto da un datore di lavoro avente i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, deve essere preceduto da una comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla Direzione Territoriale del lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera, e trasmessa per conoscenza al lavoratore. Nella comunicazione di cui al comma 1, il datore di lavoro deve dichiarare l'intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo e indicare i motivi del licenziamento medesimo nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato.*"

⁵⁶ La tutela reintegratoria poteva applicarsi nei casi di licenziamento di lavoratori che lavoravano presso imprese con determinate soglie dimensionali, in particolare unità produttiva con più di 15 lavoratori, o più di 5 in caso di imprenditore agricolo, o più di 60 dipendenti in totale. Per le imprese produttive più piccole, viceversa, la tutela che si offriva era quella risarcitoria nella misura tra le 2,5 e 6 mensilità, con la conseguenza che il datore di lavoro non era tenuto a provvedere alla reintegrazione de lavoratore.

⁵⁷ L'art 1168 c.c. prevede che "*chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso, può entro l'anno dal sofferto spoglio, chiedere contro l'autore di esso la reintegrazione del possesso medesimo.*"

Tale indennità risarcitoria, calcolata sulla base dell'ultima retribuzione globale di fatto a partire dal giorno del licenziamento fino al giorno della reintegrazione, non può essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione. È dovuto inoltre il versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali.

Ai sensi dell'art. 18, comma 4⁵⁸, il lavoratore può richiedere al datore di lavoro un'indennità sostitutiva al posto della reintegrazione, nella misura di quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Ove il prestatore non riprenda l'attività entro 30 giorni dall'ordine di reintegrazione o non abbia richiesto l'indennità sostitutiva, il rapporto è da considerarsi risolto.

3.3: **Le modifiche apportate dalla L.92/2012**

Con la L. 28 giugno 2012, n. 92, il legislatore ha sostituito la rubrica dell'art 18 della L. 300/1970 da "Reintegrazione nel posto di lavoro" a "Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo". Infatti, la Riforma Fornero, a differenza di quanto previsto dal vecchio art. 18 L. 300/1970, opera una quadripartizione in tema di tutele a seconda dei motivi e dei vizi alla base dei licenziamenti. I nuovi regimi di tutela introdotti sono i seguenti:

- a) Tutela reintegratoria "piena": commi 1,2,3;
- b) Tutela reintegratoria "attenuata": commi 4 e 6;
- c) Tutela obbligatoria "forte": comma 5;
- d) Tutela obbligatoria "ridotta": comma 7;

A differenza dal vecchio assunto dell'art.18 Statuto dei Lavoratori, la Riforma Fornero ha riconosciuto la tutela reintegratoria cosiddetta "piena" solo nelle ipotesi di licenziamento nullo, perché discriminatorio o perché irrogato in *"concomitanza con il matrimonio, ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché' riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile"*.

⁵⁸ L'art. 18, comma 4, stabilisce che: *"...Qualora il lavoratore entro trenta giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non abbia ripreso servizio, né abbia richiesto entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza il pagamento dell'indennità di cui al presente comma, il rapporto di lavoro si intende risolto allo spirare dei termini predetti"*:

Il nuovo art. 18, pur basandosi sull'impostazione precedente, introduce un'ulteriore novità, ovvero, estende la tutela reale piena, quella dei primi tre commi, anche alle imprese che prima erano escluse, non considerando più come elemento fondamentale il carattere dimensionale dell'attività produttiva. Pertanto, nei casi in cui il giudice accerti la sussistenza della nullità del licenziamento, ordina al datore di lavoro la reintegrazione del dipendente, condannandolo anche a provvedere al risarcimento del danno subito da parte del lavoratore (e l'ammontare riconosciuto deve essere non inferiore alle cinque mensilità) dalla data del licenziamento fino al giorno dell'effettiva reintegrazione, detraendo "*l'aliunde perceptum*". Ciò che rileva è che l'indennità non viene più commisurata alla retribuzione globale di fatto, bensì in base all'ultima retribuzione riferita "*al rapporto di lavoro come cristallizzato al momento del licenziamento*". Resta ferma per il licenziamento la possibilità di esercitare il diritto di opzione⁵⁹, che consiste nella facoltà di richiedere⁶⁰ un'indennità "*nella misura di quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto*", che si sostituisce alla reintegrazione. Ne deriva che, il contratto è da ritenersi risolto a decorrere dalla data della richiesta dell'indennità sostitutiva ma spetta comunque il risarcimento del danno.

La seconda tutela è quella reintegratoria "attenuata" che si applica, ai sensi dell'art 18, comma 4, "*nelle ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili.*" In tali ipotesi, il giudice annulla il licenziamento, ordinando al datore di lavoro la reintegrazione del prestatore ed il pagamento del risarcimento, nonché il versamento dei contributi previdenziali fino al rientro effettivo nel luogo di lavoro. Come nella tutela reale piena, la misura del risarcimento si calcola in riferimento all'ultima retribuzione globale di fatto, detraendo, in questo caso, sia "*l'aliunde perceptum*" sia "*l'aliunde percipiendum*". Emerge altresì che in questa ipotesi, rispetto al precedente regime sanzionatorio, non vi è più il minimo delle mensilità da corrispondere ma, al contrario, è stato stabilito un tetto massimo pari a dodici mensilità. Anche in questo regime sanzionatorio è comunque fatta salva la possibilità di chiedere indennità sostitutiva della reintegrazione, pari a quindici mensilità della retribuzione globale di fatto.

⁵⁹ L'indennità sostitutiva è stata introdotta nel "vecchio" testo dell'art. 18 dalla L.11 maggio 1990, n. 108.

⁶⁰ La richiesta va fatta entro 30 giorni dalla comunicazione di deposito della sentenza o dall'invito del datore di lavoro alla ripresa del servizio.

La terza tutela prevista dal nuovo art. 18 è quella cosiddetta “meramente obbligatoria” e riguarda i casi non previsti dalle precedenti tutele, ovvero quelli in cui il giudice accerta che non ci sono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o giusta causa⁶¹ al di fuori delle ipotesi che ricadono nel secondo livello.

In questo caso, il giudice dichiara la risoluzione del rapporto e condanna il datore di lavoro al pagamento di un’indennità risarcitoria che varia da un minimo di dodici mensilità ed un massimo di ventiquattro mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto. Il legislatore ha stabilito che la misura del risarcimento omnicomprensivo è determinata tenendo conto dell’anzianità di servizio, della dimensione dell’unità produttiva nonché del comportamento e delle condizioni di entrambe le parti. L’ultimo regime sanzionatorio previsto, quello definito “tutela obbligatoria ridotta”, si applica nelle ipotesi in cui il provvedimento di licenziamento è illegittimo per difetto di motivazione o per violazione degli obblighi procedurali previsti dall’art. 7 L. 300/1970 per i licenziamenti disciplinari o per violazione dell’art. 7 della L. 604/1966.

In questo caso la tutela indennitaria attenuata viene calcolata tra un minimo di sei mensilità ed un massimo di dodici mensilità, da determinarsi dal giudice tenendo in considerazione la gravità del vizio formale o procedurale.

Una volta esaminate le varie tutele, per capire la portata del nuovo art. 18 è necessario distinguere due diversi momenti dell’accertamento giudiziale conseguenti all’impugnazione del licenziamento: da un lato l’accertamento della sussistenza della legittimità o l’illegittimità del licenziamento e, dall’altro, l’individuazione del regime sanzionatorio applicabile. Per quanto attiene al primo controllo, la riforma non ha introdotto alcuna variazione, e quindi il giudice è chiamato a valutare se il licenziamento sia legittimo o meno. Nel vecchio art. 18 L. 300/1970, se l’accertamento dava esito negativo, il giudice ordinava sempre la reintegrazione del prestatore, ovviamente a condizione che si trattasse di un datore “sopra soglia”

Nel nuovo art. 18 invece, il giudice, una volta accertata l’illegittimità, deve effettuare un’ulteriore valutazione in modo da individuare la sanzione applicabile alla fattispecie del caso.

Per quanto riguarda la fattispecie del licenziamento per superamento del comporto la norma di riferimento è il comma 7 dell’art. 18⁶², per il quale ove il giudice abbia accertato l’insussistenza del giustificato motivo oggettivo o la violazione dell’art 2110 c.c., il regime sanzionatorio è proprio quello della tutela reintegratoria attenuata.

⁶¹ Ipotesi contemplata all’art 18, comma 5, novellato dalla L. 92/1992.

⁶² Ai sensi del comma 7, art 18 Statuto dei Lavoratori, novellato dalla L. 92/2012: *“il giudice applica la medesima disciplina di cui al quarto comma del presente articolo nell’ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell’inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell’articolo 2110, secondo comma, del codice civile.”*

Con la L. 92/2012, a differenza di quanto previsto dal vecchio art. 18, secondo cui il licenziamento irrogato prima del superamento del periodo di comporta era considerata un'ipotesi di violazione dell'art. 2110 c.c., il legislatore ritiene che questa fattispecie di licenziamento in violazione del diritto del lavoratore alla conservazione del posto sia dunque riconducibile alla disciplina di cui all'art. 18, comma 4, L. 300/1970 almeno nelle aziende con più di 15 dipendenti. È prevista, quindi, la reintegrazione nel posto di lavoro, nonché il pagamento dell'indennità risarcitoria non superiore alle dodici mensilità. Per quanto attiene, invece, alle aziende "sotto soglia", il lavoratore ha il diritto di beneficiare di una tutela indennitaria, compresa tra le 2,5 e le 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

3.4: La disciplina di cui al D.lgs. 23/2015

Con il d.lgs. 23/2015, che va sotto il nome di “*Jobs Act*”, è stata introdotta una nuova disciplina delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo. La nuova normativa, tuttavia, non sostituisce quella precedente ma si affianca ad essa, riferendosi solamente ad una determinata categoria di lavoratori, e cioè agli impiegati, quadri ed operai assunti a tempo indeterminato a partire dalla data dell'entrata in vigore della stessa, e cioè dal 7 marzo 2015.

Tale decreto modifica i regimi sanzionatori dei licenziamenti sia individuali sia collettivi, estendendo, in particolare, l'ambito di applicazione della tutela risarcitoria, riducendo quindi il ricorso alla tutela reale.

Ne consegue che la riforma oggetto di esame non può essere estesa ai lavoratori assunti prima di tale data, né ai dirigenti, casistiche per le quali sarà applicato l'art. 18, L. 300/1970, nella versione modificata dalla Riforma Fornero.

Ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 23/2015, analogamente a quanto previsto dall'art. 18 L. 300/1970, vengono disciplinate le tutele nei casi di licenziamento “*discriminatorio, nullo e intimato in forma orale*”. Il giudice rilevata la nullità del provvedimento, ordina la reintegrazione del lavoratore, condannando il datore di lavoro al risarcimento del danno in misura pari all'ultima retribuzione dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione, dedotto “*l'aliunde perceptum*”. In ogni caso, il risarcimento non può essere inferiore alle 5 mensilità. Come negli assunti precedenti, al lavoratore è lasciata la facoltà di richiedere l'indennità sostitutiva, pari alle quindici mensilità dell'ultima retribuzione presa a base per il calcolo del TFR.

L'art. 3, comma 1, del d.lgs. 23/2015⁶³, disciplina il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (cosiddetto licenziamento economico), o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, riducendo l'area di applicazione della reintegrazione del prestatore nel posto di lavoro ed individuando, come regime sanzionatorio principale, il pagamento di un'indennità risarcitoria nella misura non inferiore alle sei mensilità e non superiore a trentasei mensilità.

Tuttavia, dall'art. 9⁶⁴ del decreto si evince che l'indennità risarcitoria varia anche a seconda delle dimensioni dell'azienda produttiva. Infatti, per le aziende che non superano la soglia dei 15 dipendenti, essa è ridotta, a tal punto che il tetto massimo è pari a sei mensilità.

⁶³ Art. 3 del d.lgs. 23/2015: “ *nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità.*”

⁶⁴ Art. 9 del d.lgs. 23/2015:” *Ove il datore di lavoro non raggiunga i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge n. 300 del 1970, non si applica l'articolo 3, comma 2, e l'ammontare delle indennità e dell'importo previsti dall'articolo 3, comma 1, dall'articolo 4, comma 1 e dall'articolo 6, comma 1, è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità.*”

Ne deriva che il lavoratore che si trova ad essere illegittimamente licenziato, nella maggior parte dei casi, avrà diritto esclusivamente all'indennità.

L'art. 3, comma 2, del d. lgs. 23/2015, disciplina invece, il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o giusta causa⁶⁵, secondo cui Il giudice, una volta dimostrata la non sussistenza "*del fatto contestato*", applica la tutela reale attenuata (secondo livello).

L'ambito di applicabilità della reintegrazione nelle ipotesi di licenziamenti per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo dichiarati illegittimi, è stato notevolmente circoscritto. Già nella rivisitazione da parte della Riforma Fornero dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori, la dottrina e la giurisprudenza di merito si sono interrogate su quale fosse effettivamente il significato da attribuire alla nozione di "*fatto contestato*". Da una parte vi era l'opinione che fosse da intendersi una mera condotta del lavoratore, dall'altra che nella nozione fosse compresa anche la sua "*qualificazione in termini di giusta causa o giustificato motivo*", e che bisognasse tenere in considerazione dell'elemento soggettivo del danno.

L'orientamento della Cassazione⁶⁶ è quello di attribuire il primo significato all'espressione di fatto contestato ed ha sentenziato che "*il nuovo art. 18 ha tenuto distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione. La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza dell'inesistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo all'individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato.*"

⁶⁵ Art. 3 comma 2 del d.lgs. 23/2015: "*Esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché' quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione non può essere superiore a dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva. Al lavoratore è attribuita la facoltà di cui all'articolo 2, comma 3.*"

⁶⁶ Cassazione Corte di cassazione, sentenza 6 novembre 2014 n. 23669.

Da questa pronuncia, emerge che qualsiasi valutazione discrezionale del giudice viene eliminata, soprattutto perché ai sensi dell'art. 3 d.lgs. 23/2015 il fatto materiale non prevede un indennizzo in base alla gravità o proporzionalità tra sanzione e condotta del lavoratore.

Ciò premesso, nel caso in cui non sussista il fatto contestato, la tutela applicabile è quella che prevede la reintegrazione del prestatore nonché il pagamento dell'indennità calcolata in riferimento all'ultima retribuzione di riferimento per il trattamento di fine rapporto che non può essere superiore alle dodici mensilità. È fatta, tuttavia, salva la possibilità di richiedere la corresponsione dell'indennità sostitutiva. La nuova normativa disciplina anche il licenziamento illegittimo per mancanza di giustificato motivo relativo all'idoneità fisica e psichica del lavoratore⁶⁷, stabilendo che la tutela prevista è quella consistente nella reintegrazione forte (primo livello) o indennità sostitutiva. Il concetto di "*disabilità psichica o fisica*" non è da intendersi nella nozione tecnica di cui all'art. 1 della L. 68/1999, ma nel senso di impossibilità allo svolgimento delle proprie mansioni. Trattasi, infatti, dei casi di licenziamento per sopravvenuta inidoneità del prestatore alle mansioni o per il peggioramento del proprio stato di salute, tali da non rendere possibile la prosecuzione della prestazione.

Nell'ipotesi di sopravvenuta inidoneità, il lavoratore è diventato inidoneo, nell'altra ipotesi invece, il prestatore già apparteneva alle categorie "protette".

Ne consegue che il giudice ove accerti l'illegittimità del licenziamento per motivi legati alla inidoneità psico-fisica dei lavoratori assunti dal 7 marzo 2015, ordina la reintegrazione e condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno calcolato sulla base dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR.

Occorre evidenziare che, a differenza di quanto previsto dalla precedente riforma che disciplinava il licenziamento per superamento del periodo di comporto, il D. lgs. 23/2015 non contiene alcun riferimento a tali fattispecie.

Al fine di colmare questo vuoto normativo, in dottrina, infatti, vi sono solo tre orientamenti.

Il primo consiste nella sussunzione della violazione dell'art. 2110 c.c. nell'ipotesi di nullità di recesso di cui all'art. 1418 c.c., prevedendo in questo caso l'applicazione della tutela reintegratoria forte prevista dall'art. 2 del D. lgs. 23/2015. Il secondo orientamento riconduce il licenziamento irrogato in costanza di malattia alle altre ipotesi in cui non ricorrano i presupposti di giustificato motivo oggettivo o soggettivo o della giusta causa, applicando in questo caso la tutela indennitaria "forte".

La terza ipotesi applica per analogia l'art. 18, comma 7. dello Statuto dei Lavoratori con la conseguente tutela reintegratoria debole.

⁶⁷ Art. 2 comma 4 del d.lgs. 23/2015: "La disciplina di cui al presente articolo trova applicazione anche nelle ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68."

L'orientamento⁶⁸ prevalente è il primo con la conseguenza che, nel caso in cui venga irrogato un licenziamento in violazione di quanto previsto dall'art. 2110 c.c. la tutela, nel silenzio della normativa, deve essere ricondotta ai casi di nullità. Ciò è stato confermato anche dalla Cassazione⁶⁹, secondo cui il licenziamento intimato per malattia prima del superamento del periodo di comporto rientra tra i casi della nullità, stabilendo che la tutela da applicarsi è quella reintegratoria forte.

⁶⁸ Cassazione Civile, SS. UU., 22 maggio 2018, n 12568.

⁶⁹ Cassazione 18 novembre 2014, n. 24525.

CONCLUSIONI

Dall'analisi della disciplina della malattia è emerso che il lavoratore, al fine di poter beneficiare delle tutele previste dalla legge, consistenti nella conservazione del posto di lavoro e nel diritto a ricevere l'indennità di malattia, è soggetto ad alcuni obblighi. Al fine di consentire al datore di lavoro la riorganizzazione dell'unità aziendale, il prestatore affetto da uno status psico - fisico tale da compromettere l'espletamento delle proprie mansioni, ha l'onere di comunicare tempestivamente al datore di lavoro la sua assenza.

L'assenza per malattia rientra tra le cause di sospensione del rapporto di lavoro ma durante tale sospensione alcuni doveri derivanti dal rapporto di lavoro subordinato, quali la correttezza, la buona fede, la diligenza e la cooperazione, non vengono meno.

Infatti, in virtù del bilanciamento degli interessi di entrambe le parti, si individuano reciprocamente dei doveri e dei diritti, e quindi il datore, in qualunque momento, può avanzare la richiesta di visite fiscali allo scopo di verificare l'effettiva sussistenza dello status patologico del lavoratore e se l'assenza dal posto di lavoro possa realmente intendersi giustificata. Il lavoratore, al fine di consentire al datore di lavoro il corretto esercizio del potere di controllo e direttivo, deve essere reperibile in determinate fasce orarie, in particolare nell'arco compreso tra le 10:00 e le 12:00 e tra le 17:00 e le 19:00.

Durante l'assenza per malattia è fatta salva la possibilità di cambiare l'indirizzo di reperibilità, comunicandolo tempestivamente e con congruo anticipo al datore di lavoro.

Dalla recente sentenza n. 36729 del 25 novembre 2021 della Cassazione è emerso che in capo al lavoratore assente per malattia sussiste l'obbligo di comunicare ogni tipo di variazione del proprio indirizzo di domicilio non solo all'ente previdenziale ma anche al datore di lavoro. In difetto può subire delle sanzioni disciplinari. Tale obbligo lo si deduce sia dall'art. 224 CCNL di comparto, secondo cui: *"è dovere del personale di comunicare immediatamente all'azienda ogni mutamento della propria dimora sia durante il servizio che durante i congedi,"* sia dai generali principi di correttezza, diligenza e buona fede.

La trattazione si è poi soffermata ad esaminare la fattispecie del licenziamento illegittimo in costanza di malattia, in considerazione anche delle recenti riforme L. 92/2012 e D.lgs. 23/2015.

Infatti dall'analisi della citata sentenza della Suprema Corte, è emerso che nei vari gradi di giudizio sono stati applicati due regimi di tutela diversi tra quelli previsti dall'art. 18 L. 300/1970.

La Corte d' Appello ha applicato la tutela obbligatoria ai sensi dell'art. 18, comma 5, L.300/1970, dichiarando risolto il rapporto di lavoro dalla data del licenziamento e condannando il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

La Suprema Corte, nel valutare la sussistenza di un vero e proprio obbligo a carico del lavoratore, dichiara che laddove questa comunicazione di variazione del proprio domicilio sia obbligatoria per effetto delle disposizioni della contrattazione collettiva e individuale, il datore può irrogare la sanzione prevista da contratto.

Nel caso di specie, il contratto collettivo prevede quale conseguenza dell'inadempimento l'applicazione di una sanzione conservativa, con la conseguenza che il licenziamento non può essere applicato in quanto trattasi di una misura più rigida. Pertanto, il licenziamento è da intendersi illegittimo e sproporzionato ed ai sensi dell'art. 18, comma 4, così come novellato dalla L. 92/2012, il lavoratore ha diritto a ricevere la tutela reintegratoria attenuata.

RINGRAZIAMENTI

In conclusione di questo lavoro di tesi, vorrei ringraziare la Prof.ssa Elena Pasqualetto, che mi ha seguito in questi mesi, incoraggiandomi nei miei momenti di sconforto e di difficoltà senza mai farmi mancare il suo sostegno.

Un ringraziamento sentito va soprattutto alla mia famiglia ed al mio fidanzato, che sono stati il mio punto di riferimento. Questo percorso universitario, per me ha rappresentato emotivamente molti ostacoli a tal punto che qualche anno fa non avrei mai immaginato che sarei riuscita ad arrivare a questo traguardo. Il loro sostegno, la loro immensa pazienza e la loro vicinanza hanno reso tutto questo possibile.

Anche se non esterno molto le mie emozioni, so che non sarei mai arrivata fino in fondo se non fosse stato per voi. Avete condiviso con me questo mio difficile percorso, tutte le mie sconfitte, le mie amarezze ed il mio non sentirmi adeguata, ma la verità è che vi sarò sempre grata perché in voi ho sempre ritrovato la forza per ritornare sui miei passi.

Sono stata ad un passo dal mollare tutto, spinta dall'idea che forse questo mio percorso non facesse per me, ma alla fine, grazie alla mia Ohana (famiglia) ho trovato il coraggio di non farmi abbattere e di rimettermi in gioco, iniziando a capire che alla fine *"gli ostacoli esistono per essere superati"*.

E poi voglio ringraziare me stessa, che nonostante tutto ciò che ho affrontato, sono riuscita a portare a termine, tra molti bassi e alti, il mio percorso con sacrifici e tenacia. Sono grata a me stessa per aver trovato la forza e la fiducia e per non aver rinunciato così facilmente al mio obiettivo.

Questa tesi e questo immenso traguardo li dedico a me stessa perché in questo lungo percorso universitario, io mi sono ritrovata.

Bibliografia:

- GOFFREDO M. T., MELECA V., Le assenze del lavoratore, Ipsoa, 2022.;
- MAGLIOCCO R., CHAMBEYRONT G., La malattia del lavoratore, Ipsoa, 2021;
- VALLEBONA A., Breviario del diritto del lavoro, G. Giappichelli Editore, 2021;
- CURZIO P., DI PAOLA L., ROBERTO R., Diritti e doveri nel rapporto di lavoro, Giuffrè Editore, 2018;
- TEAT G., Breve manuale operativo in materia di licenziamenti, Key Editore, 2018;
- RAUSEU I P., Tutto Jobs act, Ipsoa 2017;
- RINALDI M., La nuova disciplina dei licenziamenti. Tutele del lavoratore illegittimamente licenziato dalla Riforma Fornero al jobs act, Pacini Editore, 2016;
- BELLOCCHI P., GAETA L., MARESCA A., SCARPELLI F., TULLINI P., ZOLA C., I rapporti di lavoro nel diritto vivente, Giappichelli, 2013;
- BARBERI M., DALFINO D., Il licenziamento individuale. Nell'interpretazione della legge Fornero, Cacucci, 2013;
- BORNENGO M., ORAZI A.M., Articolo 18. La reintegrazione al lavoro. Storie di vita aziendale... e la riforma?, Esculapio, 2012;
- CISTARO M., CUI S., La malattia de lavoratore diritti e doveri delle parti, Giuffrè Editore, 2012;
- GOFFREDO M.T., MELECA V., Controlli sul lavoratore e poteri disciplinari in azienda, Giuffrè Editore, 2011;
- CUI S., Lo stato di malattia del lavoratore. Le forme di controllo cui il datore di lavoro può ricorrere, Halley Editrice, 2006
- BRANCA G, La sospensione nelle vicende del rapporto di lavoro, 1971;

Sitografia:

<https://www.rivistalabor.it/sullobbligo-di-comunicare-al-datore-di-lavoro-la-variazione-dellindirizzo-di-reperibilita/>;

<https://www.puntodidiritto.it/riforma-processo-civile-e-strumenti-risoluzione-alternativa-controversie-testo-di-legge-approvato/>

<https://fiscomania.com/chi-manda-la-visita-fiscale/>;

<https://www.wikilabour.it/dizionario/licenziamento-e-dimissioni/licenziamento-per-malattia-superamento-periodo-di-comporto/>;

<https://www.fiscoetasse.com/rassegna-stampa/31603-cambio-di-indirizzo-in-malattia-da-comunicare-anche-allazienda.html>;

<https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/illegittimo-licenziamento-dipendente-omessa-dichiarazione-variazione-domicilio-caso-malattia-AEYZwO7>;

<https://www.puntodidiritto.it/mancata-comunicazione-a-datore-cambio-domicilio-e-assenza-a-visita-fiscale-a-lavoratore-tutela-reintegratoria-attenuata/>

<https://www.laleggepertutti.it/542350-dipendente-in-malattia-non-comunica-il-cambio-di-domicilio>;

[https://veneto.uilpa.it/media/com_acymailing/upload/assenza alla visita fiscale inps sanzioni economiche e disciplinari .pdf](https://veneto.uilpa.it/media/com_acymailing/upload/assenza%20alla%20visita%20fiscale%20inps%20sanzioni%20economiche%20e%20disciplinari.pdf);

[https://www.laleggepertutti.it/479945-ci-sono-sanzioni-per-assenza-alla-visita-fiscale#Si puo cambiare il domicilio per la visita fiscale](https://www.laleggepertutti.it/479945-ci-sono-sanzioni-per-assenza-alla-visita-fiscale#Si-puo-cambiare-il-domicilio-per-la-visita-fiscale);

<https://www.rivistalabor.it/wp-content/uploads/2022/01/cni.pdf>;

<https://www.ordinecdlna.it/n-022022-del-17012022/>;

<https://www.lavoroediritto.it/giurisprudenza/lavoratore-malattia-obbligo-comunicare-variazioni-indirizzo-reperibilita#:~:text=Con%20Sentenza%20n.,variazione%20dell'indirizzo%20di%20reperibilit%C3%A0>;

<https://www.wikilabour.it/dizionario/questioni-processuali-e-procedurali/articolo-18-statuto-dei-lavoratori/>

<https://www.fiscoetasse.com/rassegna-stampa/31603-cambio-di-indirizzo-in-malattia-da-comunicare-anche-allazienda.html>;

<http://www.cortolex.it/2017/09/15/corte-di-cassazione-sentenza-25-maggio-2017-n-13178/>;

<https://www.wikilabour.it/segnalazioni/rapporto-di-lavoro/corte-di-cassazione-sentenza-6-novembre-2014-n-23669/#:~:text=23669,-Stampa%20segnalazione&text=In%20materia%20licenziamento%20disciplinare%20infondato,collettiva%20o%20dei%20codici%20disciplinari>;

https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=6&idDocMaster=8063253&idUnit

[aDoc=0&nVigUnitaDoc=1&isCorrelazioniSearch=true;](#)

[Licenziamento discriminatorio: quali conseguenze? \(laleggepertutti.it\);](#)

[https://www.poliedra.polimi.it/wp-content/uploads/codice-disciplinare-CCNL-Commercio.pdf;](https://www.poliedra.polimi.it/wp-content/uploads/codice-disciplinare-CCNL-Commercio.pdf)

<https://www.leggioggi.it/2020/02/20/durata-malattia-periodo-di-comporto-assenze-totali-licenziamento/#:~:text=Comporto%20%E2%80%9Csecco%E2%80%9D%2C%20quando%20la,il%20limite%20previsto%20dal%20CCNL.>

<https://www.altalex.com/documents/news/2003/03/31/sull-imputazione-a-ferie-di-un-periodo-di-malattia-su-richiesta-del-lavoratore;>

[https://www.inps.it/prestazioni-servizi/indennita-di-malattia-per-lavoratori-](https://www.inps.it/prestazioni-servizi/indennita-di-malattia-per-lavoratori-dipendenti#:~:text=inviare%20un'email%20alla%20casella,al%20numero%20verde%20803%20164)

[dipendenti#:~:text=inviare%20un'email%20alla%20casella,al%20numero%20verde%20803%20164](https://www.inps.it/prestazioni-servizi/indennita-di-malattia-per-lavoratori-dipendenti#:~:text=inviare%20un'email%20alla%20casella,al%20numero%20verde%20803%20164)

.

[http://www.proia.it/1/circolare_inps_134368_1981_1642512.html;](http://www.proia.it/1/circolare_inps_134368_1981_1642512.html)

[https://www.inps.it/Circolari/Circolare%20numero%2014%20del%2028-1-1981.htm;](https://www.inps.it/Circolari/Circolare%20numero%2014%20del%2028-1-1981.htm)

https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7316363&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=0&semantica=1&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false;

[https://www.corriere.it/economia/cards/visite-fiscali-ecco-come-funzionano-fasce-orarie-eccezioni-giustificazioni/visita-fiscale_principale.shtml;](https://www.corriere.it/economia/cards/visite-fiscali-ecco-come-funzionano-fasce-orarie-eccezioni-giustificazioni/visita-fiscale_principale.shtml)

[https://www.inps.it/bussola/VisualizzaDoc.aspx?sVirtualURL=%2FCircolari%2FCircolare%20numero%20118%20del%2012-09-2011.htm;](https://www.inps.it/bussola/VisualizzaDoc.aspx?sVirtualURL=%2FCircolari%2FCircolare%20numero%20118%20del%2012-09-2011.htm)

<https://www.inps.it/Circolari/Circolare%20numero%2095%20del%2007-06-2016.htm>

[https://www.wikilabour.it/dizionario/salute-e-sicurezza/visite-medico-](https://www.wikilabour.it/dizionario/salute-e-sicurezza/visite-medico-fiscali/#:~:text=5%2C%20comma%2014%20della%20Legge,assenza%20alla%20visita%20di%20c)

[fiscali/#:~:text=5%2C%20comma%2014%20della%20Legge,assenza%20alla%20visita%20di%20controllo.;](https://www.wikilabour.it/dizionario/salute-e-sicurezza/visite-medico-fiscali/#:~:text=5%2C%20comma%2014%20della%20Legge,assenza%20alla%20visita%20di%20controllo.;)

[https://www.zambellipartners.com/per-la-reintegra-non-serve-una-clausola-specifica/;](https://www.zambellipartners.com/per-la-reintegra-non-serve-una-clausola-specifica/)

[https://www.wikilabour.it/dizionario/licenziamento-e-dimissioni/licenziamento-per-malattia-superamento-periodo-di-comporto/;](https://www.wikilabour.it/dizionario/licenziamento-e-dimissioni/licenziamento-per-malattia-superamento-periodo-di-comporto/)

<https://www.licenziamentopergiustacausa.com/news/il-licenziamento-del-lavoratore-in-costanza-di-malattia#II-licenziamento-lavoratore-in-costanza-di-malattia;>

[http://www.lavorosi.it/rapporti-di-lavoro/licenziamenti-individuali/cassazione-legittimo-il-](http://www.lavorosi.it/rapporti-di-lavoro/licenziamenti-individuali/cassazione-legittimo-il-licenziamento-durante-la-malattia-se-sussiste-la-giusta-)

[causa/#:~:text=Con%20l'ordinanza%20n.,fede%20da%20parte%20del%20lavoratore.](http://www.lavorosi.it/rapporti-di-lavoro/licenziamenti-individuali/cassazione-legittimo-il-licenziamento-durante-la-malattia-se-sussiste-la-giusta-causa/#:~:text=Con%20l'ordinanza%20n.,fede%20da%20parte%20del%20lavoratore.)

[http://www.lavorosi.it/fileadmin/user_upload/GIURISPRUDENZA_2020/Cass.-ord.-n.-26709-2021.pdf;](http://www.lavorosi.it/fileadmin/user_upload/GIURISPRUDENZA_2020/Cass.-ord.-n.-26709-2021.pdf)

<https://www.arkigest.it/il-miglior-articolo-18-e-la-passione-per-il-lavoro-che-si-fa/>

<https://www.wikilabour.it/dizionario/questioni-processuali-e-procedurali/tutela-reale/>

<https://www.lavorodirittieuropa.it/dottrina/principi-e-fonti/507-appunti-su-e-attorno-allo-statuto-dei-lavoratori>;

<https://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/amministrazione-del-personale/quotidiano/2020/02/11/statuto-lavoratori-primi-50-regole-aggiornare>;

<https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/licenziamenti-economici-tutela-ex-articolo-18-anche-se-insussistenza-fatto-non-e-manifesta-AEuPDsZB>;

<http://www.di-elle.it/45-approfondimenti/337-risarcimento-del-danno-reintegra-e-opzione-per-l-alternativa-economica-in-caso-di-licenziamento-invalido-di-mario-meucci>;

https://www.foroeuropeo.it/images/pdf/Levoluzione_della_normativa_sui_licenziamenti.pdf;

<https://www.fmb.unimore.it/wp-content/uploads/2019/01/N.3-2012-licenziamento-nullo-e-conseguenze-che-cosa-%C3%A8-cambiato-Note-minime-sul-nuovo-testodellart.-18-coma-1-3.pdf>;

<https://www.studiolegaleassociato.it/a-due-anni-dalla-fornero-la-tutela-del-lavoratore-nellart-18/>;

https://www.openstarts.units.it/bitstream/10077/14013/1/Dell%E2%80%99Aringa_Mercato_lavoro_online.pdf;

<https://www.ipsoa.it/dossier/jobs-act-licenziamenti>

<https://www.wikilabour.it/dizionario/tipologie-contrattuali/contratto-a-tempo-indeterminato-a-tutele-crescenti-ctc/>;

<https://www.wikilabour.it/segnalazioni/rapporto-di-lavoro/corte-di-cassazione-sentenza-6-novembre-2014-n-23669/#:~:text=23669,-Stampa%20segnalazione&text=In%20materia%20licenziamento%20disciplinare%20infondato,collettiva%20o%20dei%20codici%20disciplinari>;

<https://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/amministrazione-del-personale/quotidiano/2020/03/07/licenziamento-resta-jobs-act>;

https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/22694/mod_resource/content/2/ebook_vol_46.pdf;

<https://www.avvocatopetracci.it/articolo-18-ed-ipotesi-di-reintegra-gli-ultimi-interventi-della-consultera-della-suprema-corte-costituzionale-1-4-2021-n-59-corte-cassazione-sezione-lavoro-25-11-2021-n-36729/>;

<https://www.filodiritto.com/licenziamento-il-superamento-del-periodo-di-comporto>

<https://studiolegalerosiello.it/wp-content/uploads/2021/03/articolo-annalisa-su-lic.pdf>;

<http://studiolegalemeiffret.it/il-licenziamento-per-superamento-del-periodo-di-comporto/>;

https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/22694/mod_resource/content/2/ebook_vol_46.pdf

https://www.euroconference.it/media/files/458_giu01_22.pdf;

https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/138123/195750/phd_unimib_760847.pdf