

Approfondimenti

Corte di cassazione

Visita fiscale senza preavviso: assenza del lavoratore e conseguenze

Gianraimondo Farina - Dottore di ricerca presso Università cattolica S.C.
Alessia La Mendola - Funzionario dell'Agencia delle entrate

In tema di licenziamento per giusta causa di lavoratore reiteratamente assente alle visite fiscali ed inadempiente all'obbligo di comunicazione preventiva all'azienda circa la sua non reperibilità, una particolare rilevanza assume la sentenza della Corte di cassazione n. 64 del 4 gennaio 2017, nella quale i giudici di legittimità hanno affermato che *“la permanenza presso il proprio domicilio durante le fasce orarie previste per le visite mediche domiciliari di controllo costituisce non già un onere bensì un obbligo per il lavoratore ammalato, in quanto l'assenza, rendendo di fatto impossibile il controllo in ordine alla sussistenza della malattia, integra un inadempimento, sia nei confronti dell'istituto previdenziale, sia nei confronti del datore di lavoro, che ha interesse a ricevere regolarmente la prestazione lavorativa e, perciò, a controllare l'effettiva sussistenza della causa che impedisce tale prestazione”*.

Prima di riassumere la vicenda sottesa alla menzionata pronuncia, al fine di un esauriente trattazione dell'argomento in esame, e richiamare le motivazioni dei giudici di legittimità nella sentenza n. 64/2017, occorre analizzare la normativa relativa ai diritti del lavoratore in malattia, con particolare riferimento alla disciplina delle visite fiscali alla luce della Riforma Madia del 2017, ed i precedenti orientamenti giurisprudenziali in materia.

Il diritto del lavoratore alla malattia: la disciplina e le novità della Riforma Madia per i dipendenti pubblici

La visita fiscale è un accertamento predisposto dal datore di lavoro per verificare l'effettivo stato patologico del dipendente assente per malattia.

Il lavoratore è tenuto alla reperibilità presso il luogo indicato nel certificato rilasciato dal medico.

Quest'ultimo, nell'ipotesi in cui la malattia sia terminata, ed il lavoratore possa riprendere l'attività lavorativa, deve rilasciare un nuovo certificato, che annulla quello precedente di malattia, e che deve essere inviato all'Inps, e presentato al datore di lavoro al rientro.

Per i dipendenti privati le visite fiscali si effettuano sette giorni su sette, con le seguenti fasce di reperibilità:

- dalle ore 10:00 alle ore 12:00;
- dalle ore 17:00 alle ore 19:00.

L'obbligo di reperibilità sussiste anche nei giorni non lavorativi e festivi (1).

In riferimento alle visite fiscali dei dipendenti pubblici la riforma Madia del pubblico impiego, approvata dal Consiglio dei Ministri il 19 maggio 2017, ha cambiato regole e fasce di reperibilità dal 1° settembre 2017, attribuendo la nuova competenza all'Inps sulle visite fiscali in caso di assenza per malattia in luogo dell'Asl territoriale.

È stato, infatti, costituito il Polo unico Inps per privati e statali, di modo da garantire l'effettivo controllo in caso di malattia, introducendo, inol-

(1) Aa.Vv. *Visita fiscale* in *Wikipedia-enciclopedia libera*; cfr Di Girolamo A., *Accertata la malattia il lavoratore è libero di uscire in Italia Oggi* 28 aprile 2009.

tre, uniformità di orari e fasce di reperibilità delle visite fiscali, attualmente differente, con la conseguenza che anche per i dipendenti pubblici gli orari delle visite fiscali sono i medesimi dei lavoratori privati con fascia di reperibilità di quattro ore (2).

Inoltre, il dipendente pubblico, come il lavoratore privato, qualora non risulti reperibile nell'orario delle visite fiscali 2017 di cui al nuovo Testo unico del pubblico impiego incorre nelle seguenti sanzioni economiche e disciplinari:

- riduzione della retribuzione del 100% per i primi dieci giorni di malattia;
- riduzione della retribuzione del 50% per i giorni seguenti;
- licenziamento con o senza preavviso.

Ad ogni modo, i lavoratori, nel caso di assenza durante le fasce orarie delle visite fiscali nel 2017, possono presentare una giustificazione che motivi la loro non reperibilità, entro e non oltre 15 giorni per particolari casi di esenzione che sono:

- terapie salvavita;
- infortuni sul lavoro e malattie professionali;
- patologie connesse all'invalidità del soggetto;
- accertamenti specialistici.

Alcuni esempi, confermati da prassi e giurisprudenza, di giustificata assenza dal proprio domicilio durante le fasce di reperibilità per le visite fiscali sono:

- visite mediche presso il proprio medico curante, quando risulti impossibile effettuarle fuori dalle fasce di reperibilità;
- necessità di iniezioni per trattamenti legati alla causa di presentazione del certificato medico a lavoro;
- ritiro di radiografie collegate al certificato medico;
- cure dentistiche urgenti;
- necessità di recarsi in farmacia (3).

A partire da settembre 2010, i medici sono tenuti a rilasciare il certificato di malattia in modalità elettronica e devono effettuare le operazioni di predisposizione e invio telematico dei certificati di malattia all'Inps attraverso il Sistema di Accoglienza Centrale curato dal Ministero dell'economia e delle finanze.

L'Inps dovrà poi notificare l'assenza per malattia all'indirizzo di posta elettronica certificata del datore di lavoro con dovere per il lavoratore assente di accertarsi che la procedura informatica vada a buon fine e che il certificato sia effettivamente trasmesso dal medico abilitato all'Inps, facendosi fornire dal medico il numero di protocollo del certificato.

È bene precisare che il datore di lavoro ha il diritto di richiedere la visita fiscale fin dal primo giorno di assenza anche se ancora non esiste il certificato di malattia, e la legge del 4 novembre 2010, n. 183 ha disposto che il certificato di malattia cartaceo è sostituito anche nel settore privato dal certificato elettronico.

Il diritto alla malattia viene disciplinato dall'art. 2110, Codice civile, il quale prevede in caso di malattia, infortunio o gravidanza, una retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali.

La disposizione civilistica stabilisce, inoltre, che in tali particolari situazioni l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'art. 2118, decorso il periodo di comporto stabilito dalla legge, ed in ogni caso il periodo di assenza dal lavoro per una delle cause anzidette deve essere computato nell'anzianità di servizio e non può essere conteggiato nel periodo di ferie in quanto ne impedisce il godimento e pregiudica la funzione di riposo e recupero delle energie psicofisiche.

Infatti, se il lavoratore presenta regolare certificato medico, il periodo di ferie è sospeso per tutta la durata della malattia, e avrà diritto a godere di altrettanti giorni di ferie in un periodo successivo, a nulla rilevando che il lavoratore si trovi nello stesso luogo dove si è recato per le ferie.

In riferimento al licenziamento durante il periodo di comporto in violazione dell'art. 2118 c.c. la legge stabilisce la durata di tale periodo soltanto per alcune categorie di lavoratori e per gli impiegati (4).

Per questi ultimi il periodo di comporto è di 3 mesi quando l'anzianità di servizio non supera i dieci anni, e 6 mesi quando l'anzianità di servizio supera i dieci anni ai sensi dell'art. 6, comma 5, R.D.L. n. 1825/1924 (5).

(2) Aa.Vv. *Visite fiscali 2017: orari, fasce, reperibilità e regole Inps* in *Informazione fiscale* 22 maggio 2017.

(3) Cfr Girolami P. *La visita di controllo sul lavoratore assente per malattia. Aspetti giuridici e medico legali*, Milano 1998, pag. 70 ss.

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

(5) Biasi M. Bell A. *Trattamento di Malattia* in *Wikilabour*.

Approfondimenti

Negli altri casi, la durata del periodo di comportamento è normalmente fissata dalla contrattazione collettiva.

Di regola, i Contratti collettivi prevedono due tipi di periodo di comportamento: il comportamento c.d. "secco" e il comportamento "per sommatoria":

- per comportamento "secco" si intende il numero massimo di giorni consecutivi di assenza dal lavoro per malattia cui ha diritto il lavoratore;

- per comportamento "per sommatoria" si intende, invece, la somma dei giorni di malattia cui il lavoratore ha diritto in un determinato arco di tempo (normalmente fissato in tre anni).

Qualora il contratto collettivo non preveda un comportamento per sommatoria esso deve essere determinato dal giudice, eventualmente adito dal lavoratore mediante l'impugnazione del licenziamento, e chiamato a decidere secondo il criterio dell'equità richiamato dall'art. 2110 c.c.

La contrattazione collettiva può stabilire un prolungamento del periodo di comportamento a favore dei lavoratori afflitti da malattie di lunga durata, i quali possono usufruire di un periodo di aspettativa non retribuita da aggiungersi al periodo di comportamento previsto in via ordinaria.

Alla scadenza del periodo di comportamento, il datore di lavoro può recedere dal contratto nel rispetto delle procedure previste per il licenziamento individuale, senza bisogno di fornire la prova del giustificato motivo oggettivo, né della sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, né della correlata impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse (6).

Il licenziamento, tuttavia, si considererà illegittimo nel caso in cui il superamento del periodo di comportamento sia addebitabile alla malattia contratta dal lavoratore a causa della nocività del luogo di lavoro, che il datore abbia omesso di prevenire ovvero di eliminare.

Di recente l'Inps con la circolare del 16 gennaio 2013, n. 3 ha chiarito che il licenziamento per superamento del periodo di comportamento non rientra nell'ambito dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo.

Pertanto, in tale ipotesi di licenziamento non deve essere seguita la procedura preventiva, introdotta dalla Riforma Fornero, ove il datore di lavoro attiva, inviando alla competente Direzione

territoriale del lavoro e, per conoscenza, al dipendente, una comunicazione, nella quale deve indicare la sua volontà di licenziare il dipendente e i motivi del licenziamento.

Inoltre, sempre in riferimento al licenziamento in costanza di malattia, a seguito della legge n. 92/2012, così detta "Riforma Fornero", che ha profondamente modificato la disciplina applicabile ai licenziamenti di lavoratori in aziende con più di 15 dipendenti, la legge oggi prevede che, qualora il datore di lavoro licenzi il lavoratore ammalato, in violazione dell'obbligo di conservazione del posto di lavoro che sussiste durante il periodo di comportamento, il giudice lo condannerà ai sensi dell'art. 18, comma 7, Stat. lav.

- alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro;

- al pagamento, a favore del dipendente, di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello di effettiva reintegra, 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 (in ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non potrà essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto);

- al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative.

Quanto alle aziende con meno di 15 dipendenti, nulla invece è mutato a seguito della Riforma Fornero: l'eventuale licenziamento intimato prima della scadenza del periodo di comportamento continuerà, pertanto, a considerarsi nullo per violazione della norma imperativa prevista dall'art. 2110 c.c.

(6) Cfr Cistaro M. Cui S., *La malattia del lavoratore. Diritti e doveri delle parti*, Milano 2012 pag. 100 ss.

L'unica ipotesi in cui il recesso è legittimo durante il periodo di comporto è quella del licenziamento per giusta causa, che ha efficacia immediata a dispetto dell'esistenza di uno stato di malattia dal momento che si tratta di una causa che non consente la prosecuzione, neppure in via temporanea, del rapporto di lavoro (7).

Tra le ipotesi di giusta causa rientrano, secondo la giurisprudenza, i casi in cui il lavoratore in malattia abbia violato in maniera significativa il dovere di non compromettere il recupero del proprio stato di salute, ed anche il caso in cui sia stato assente durante le fasce di reperibilità, in occasione della visita di controllo, senza un giustificato motivo (8).

In riferimento all'indennità di malattia di cui all'art. 2110 Codice civile, essa nasce come un indennizzo erogato dalla Previdenza sociale al datore, sostitutivo per i giorni di prestazione lavorativa persi a causa dell'assenza del dipendente malato.

Si tratta di una sorta di risarcimento danni, il quale, tuttavia, non sussiste quando il periodo di malattia si estende a giorni in cui la prestazione lavorativa non avrebbe avuto luogo, indipendentemente dallo stato di salute del lavoratore.

In riferimento a permessi per esami, visite e terapie, con sentenza del Tar n. 5714 del 17 aprile 2015 è stato ribadito che il diritto alla salute per i lavoratori si concretizza in permessi retribuiti per tali prestazioni specialistiche ed esami diagnostici presso strutture pubbliche o private.

E tale diritto vige anche quando tali visite non siano immediatamente riconducibili a malattia, escludendosi in siffatte esigenze mediche l'obbligo di utilizzare solo permessi per motivi personali o di famiglia, ovvero permessi brevi e ferie (9).

Gli orientamenti giurisprudenziali

Un importante precedente giurisprudenziale della Corte di cassazione, nella tematica, riguardante la sentenza in commento, si rinviene nella sentenza del 2 dicembre 2016 n. 24681, ove i giudici di legittimità hanno ribadito che la reperibilità nel domicilio durante prestabilite ore della giornata "è, ad un tempo, un onere all'interno del

rapporto assicurativo ed un obbligo accessorio alla prestazione principale del rapporto di lavoro, ma il cui contenuto resta, in ogni caso, la "reperibilità" in sé; con la conseguenza che l'irrogazione della sanzione può essere evitata soltanto con la prova, il cui onere grava sul lavoratore, di un ragionevole impedimento all'osservanza del comportamento dovuto e non anche con quella della effettività della malattia", chiarendo, inoltre, che "il dipendente non può limitarsi a produrre il certificato medico attestante l'effettuazione di una visita specialistica, ma deve dare dimostrazione delle "comprovate necessità" che impediscono l'osservanza delle fasce orarie, e cioè che la visita non poteva essere effettuata in altro orario al di fuori delle predette fasce, ovvero che la necessità della visita era sorta negli orari di reperibilità, tenuto conto che il giustificato motivo di assenza del lavoratore ammalato dal proprio domicilio durante le fasce di reperibilità si identifica in una situazione sopravvenuta che comporti la necessità assoluta ed indifferibile di allontanarsi dal luogo nel quale il controllo deve essere esercitato", con la conseguenza che "la violazione da parte del lavoratore dell'obbligo di rendersi disponibile per l'espletamento della visita domiciliare di controllo entro tali fasce assume rilevanza di per sé, a prescindere dalla presenza o meno dello stato di malattia, e può anche costituire giusta causa di licenziamento" (10).

Nel vasto panorama giurisprudenziale pronunciato *ratione materiae* altro importante contributo è offerto dalla sentenza della Corte di cassazione n. 3226/2008, per la quale "in tema di controlli sulle assenze per malattia dei lavoratori dipendenti, volti a contrastare il fenomeno dell'assenteismo e basati sull'introduzione di fasce orarie entro le quali devono essere operati dai servizi competenti accessi presso le abitazioni dei dipendenti assenti dal lavoro, ai sensi del Decreto legge 12 settembre 1983, n. 496, articolo 5, comma 14, convertito con modificazioni dalla legge n. 638/1983, la violazione da parte del lavoratore dell'obbligo di rendersi disponibile per l'espletamento della visita domiciliare di controllo entro

(7) Cfr Marvasi C. Delle Piane L. *Malattia del lavoratore: diritti, doveri assenteismo tattico e lic*, Roma 2016, pag. 80 ss.

(8) Cfr Aa.Vv. *Legittimo il licenziamento del lavoratore che viola i principi di correttezza e buona fede*, in *Rivista on line Studio legale Girardi, Edizione istituto comprensivo statale Don Mi-*

lani, Crotone 2011.

(9) Cfr Cirioli D. *Malattia, controlli mai esclusi in Italia Oggi* 11 luglio 2016.

(10) Gallozzi S. *La reperibilità ai controlli domiciliari di malattia in Aiop* 15 dicembre 2016.

Approfondimenti

tali fasce assume rilevanza di per sé, a prescindere dalla presenza o meno dello stato di malattia, e può anche costituire giusta causa di licenziamento”.

Infine si rammentino le sentenze della Corte di cassazione n. 2756/1995 e n. 13982/1991 ove gli Ermellini hanno statuito che *“il giudizio sull’osservanza dell’obbligo di reperibilità non dipende dal fatto dell’esistenza della malattia, nel senso della necessità di ritenere il lavoratore assolto da tale obbligo soltanto perché effettivamente malato, in quanto, in base a detto obbligo di reperibilità a carico del lavoratore, il dipendente non può limitarsi a produrre il certificato medico attestante l’effettuazione di una visita specialistica, ma deve dare dimostrazione delle “comprovate necessità” che impediscono l’osservanza delle fasce orarie, e cioè che la visita non poteva essere effettuata in altro orario al di fuori delle predette fasce, ovvero che la necessità della visita era sorta negli orari di reperibilità, tenuto conto che il giustificato motivo di assenza del lavoratore ammalato dal proprio domicilio durante le fasce orarie di reperibilità, si identifica in una situazione sopravvenuta che comporti la necessità assoluta ed indifferibile di allontanarsi dal luogo nel quale il controllo deve essere esercitato”.*

La decisione della Suprema Corte n. 64/2017

Nella vicenda giuridica, oggetto della sentenza n. 64 del 4 gennaio 2017, un dipendente di una società adiva innanzi la Suprema Corte il datore di lavoro, che aveva proceduto nei suoi confronti a licenziamento in quanto assente a tre visite di controllo in due mesi.

A tal proposito nei motivi di ricorso presso la Corte di cassazione il lavoratore adduceva che le assenze dal domicilio non erano idonee a concretizzare una giusta causa di licenziamento in quanto non avevano pregiudicato il diritto del datore di lavoro a verificare l’effettività della malattia.

Infatti, a tal proposito l’attore evidenziava che si era sempre sottoposto il giorno dopo alle visite di controllo, ove era stata confermata la sussistenza della denunciata causa di impedimento lavorativo.

Nei precedenti gradi di giudizio, il Tribunale e la Corte d’Appello avevano dichiarato la validità della sanzione espulsiva, deliberata a carico del lavoratore, in quanto avevano appurato l’inadempimento dell’obbligo di comunicazione preventiva dell’assenza dal domicilio, non rilevando il fatto che in un momento successivo alla visita, non eseguita per assenza del dipendente, fosse stata confermata, da parte del medico dell’Inps, la malattia diagnosticata con la relativa prognosi (11).

La Corte di cassazione nella sentenza n. 64/2017, oggetto del contributo, rigetta il ricorso del lavoratore per le ragioni di cui *infra*.

A fronte della doglianza, mossa dal ricorrente, in merito a violazione e falsa applicazione degli articoli 2110 e 2118 c.c., per i giudici della Suprema Corte nella decisione n. 64/2017 deve ritenersi che la permanenza presso il proprio domicilio del lavoratore durante le fasce orarie, previste per le visite mediche domiciliari di controllo, costituisce non già un onere bensì un obbligo per il lavoratore ammalato.

Infatti, secondo gli Ermellini, l’assenza, rendendo di fatto impossibile il controllo in ordine alla sussistenza della malattia, integra un inadempimento, sia nei confronti dell’istituto previdenziale, sia nei confronti del datore di lavoro, che ha interesse a ricevere regolarmente la prestazione lavorativa, ed a controllare l’effettiva sussistenza della causa, che ne costituisce l’impedimento.

Al riguardo rammentano i giudici di legittimità che lo stato di malattia del lavoratore preclude al datore di lavoro l’esercizio del potere di recesso solo quando si tratta di licenziamento per giustificato motivo, non impedendo, invece, l’intimazione del licenziamento per giusta causa, che non consente la prosecuzione neppure in via temporanea del rapporto.

Pertanto, a parere della Suprema Corte, l’allontanamento dal domicilio integra una giusta causa di licenziamento in quanto non risulta essere assistito da valide giustificazioni, sussistendo l’obbligo per il lavoratore di comunicare di volta in volta l’assenza per consentire all’azienda di con-

(11) Gentili B. *Legittimo il licenziamento del dipendente malato, assente tra volte in due mesi alla visita fiscale in Il foglietto della ricerca* 12 gennaio 2017.

trollare, tramite l'Inps, l'effettività della sua malattia.

Infatti, la circostanza, in base alla quale in un momento successivo alla visita non eseguita per assenza della lavoratrice fosse stata confermata la malattia diagnosticata con la relativa prognosi, non esclude l'obbligo di comunicazione preventiva dell'assenza dal domicilio.

E tale adempimento, secondo la sentenza n. 64/2017, è dovuto *a fortiori* in forza del rapporto fiduciario, caratterizzante l'incarico dirigenziale dell'attore, che comportava una valutazione maggiormente rigorosa del comportamento del ricorrente, dell'addebitabilità dei fatti contestati a titolo di grave negligenza, e della idoneità di tale condotta, ripetuta per ben tre volte nell'arco temporale di circa due mesi, ad incidere in modo definitivo sul vincolo fiduciario, a riprova del disinteresse dimostrato per le esigenze datoriali.

Infatti, la Corte di cassazione, a tal proposito, conclude che in tema di licenziamento per giusta causa, ai fini della proporzionalità tra addebito e recesso, rileva ogni condotta che, per la sua gravità, possa infievolire la fiducia che il datore di lavoro ripone sul lavoratore, facendo ritenere la continuazione del rapporto pregiudizievole agli scopi aziendali.

Pertanto, a parere dei giudici di legittimità, la congruità della sanzione espulsiva non deve essere determinata sulla base di una valutazione astratta dell'addebito, ma tenendo conto di ogni aspetto concreto del fatto, alla luce di un apprezzamento unitario e sistematico della gravità della condotta posta in essere.

Infatti risulta rilevante la potenziale attitudine del comportamento del dipendente a porre in dubbio la fiducia da parte dell'azienda in futuri adempimenti, denotando scarsa inclinazione del lavoratore-dirigente all'attuazione degli obblighi di diligenza, buona fede e correttezza.

Conclusioni

La decisione della Suprema Corte rileva l'estrema attualità della questione relativa ai controlli previsti dalla legge per i lavoratori in stato di malattia, introducendo, quale *quid pluris*, il principio in base al quale la reiterata assenza del dipendente alla visita fiscale implica la legittimità

del licenziamento per una giusta causa, che ai sensi dell'art. 2119 c.c. non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto, e tale conseguenza è giuridicamente ammissibile a prescindere dall'effettività della situazione di malessere. La base normativa della sentenza in commento poggia senza dubbio *in primis* sull'art. 5, Stat. lav., in base al quale le visite di controllo della malattia possono essere effettuate soltanto da soggetti di natura pubblica attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, così vietando l'utilizzo di medici privati, pagati dal datore di lavoro; *in secundis* sull'art. 2110 c.c., in base al quale in caso di malattia il prestatore ha, comunque, diritto alla retribuzione, ovvero ad un'indennità nella misura prevista dalle leggi speciali.

Tuttavia, come si evince dal P.Q.M. della Suprema Corte, se è vero che viene riconosciuto al lavoratore il diritto alla salute ai sensi dell'art. 32 Cost., risulta altrettanto incontrovertibile in capo al dipendente il rispetto dell'obbligo di diligenza, richiesta dalla natura della prestazione e dall'interesse dell'impresa ai sensi dell'art. 2104 c.c.

Infatti, in assenza dell'adempimento dei doveri di correttezza e buona fede di cui all'art. 1176 c.c., perderebbe di significato nel mercato del lavoro anche la corretta applicazione dell'art. 38 Cost., in base al quale i lavoratori hanno diritto che siano previsti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria (12).

Di conseguenza, nel momento in cui il prestatore non osserva le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro, impartite dall'imprenditore ai sensi dell'art. 2094 c.c., l'iniziativa economica privata non si svolge conformemente all'utilità sociale, essendosi incrinato ogni elemento fiduciario essenziale, indispensabile nelle relazioni fra datore e lavoratore al fine di un'efficace tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni ai sensi dell'art. 35 Cost., ed allo scopo di promuovere le condizioni che rendono effettivo il diritto-dovere al lavoro in funzione del progresso materiale e spirituale della società ai sensi dell'art. 4 Cost. (13).

(12) Cfr Napoli M., *Questioni di diritto del lavoro*, Torino 1996, pag. 50 ss.

(13) Cfr Delgiudice F., *Manuale di diritto costituzionale*, Napoli 2016, pag. 50 ss.

Approfondimenti

Cass. n. 64/2017

Svolgimento del processo

D.A.M.G., dipendente della Banca nazionale del lavoro e dirigente dal maggio 2000, proponeva due cause verso la datrice di lavoro. Con la prima causa chiedeva: a) il riconoscimento della qualifica dirigenziale; b) la condanna della datrice di lavoro, nonché del dirigente O.V., a risarcirle i danni subiti in quanto vittima di mobbing, c) la declaratoria della nullità (perché intervenuto in periodo di malattia) del licenziamento per giustificato motivo oggettivo irrogatole il 25 luglio 2006. Con la seconda causa chiedeva: a) di annullare un secondo licenziamento (stavolta per giusta causa costituita dall'assenza a più visite di controllo) irrogatole il 31 gennaio 2007, oltre il risarcimento del danno; b) in subordine, dichiarare inefficace il licenziamento e condannare la Banca alle indennità di fine rapporto dirigenziale, oltre il risarcimento del danno.

L'adito Tribunale di Roma dichiarava inammissibile l'impugnazione del primo licenziamento e rigettava tutte le altre domande. Proposto appello dalla lavoratrice, la Corte d'Appello di Roma (sentenza 11 dicembre 2012) rigettava l'impugnazione. La Corte territoriale riteneva che: 1) il primo licenziamento (per giustificato motivo oggettivo, ma in corso di malattia), essendo sospeso fino alla guarigione, fosse privo di effetti e che correttamente il Tribunale avesse ommesso di valutare le domande ad esso connesse; 2) fosse indimostrato che la D.A. avesse svolto funzioni dirigenziali prima del conseguimento della qualifica (maggio 2000); 3) non fosse provato il mobbing ascritto al dirigente superiore O.; 4) fosse documentalmente provato (quanto alla giusta causa del secondo licenziamento) che la D.A. fosse rimasta senza giustificazione assente dal suo domicilio tre volte nell'arco di due mesi, sottraendosi alle visite di controllo (circostanze da cui era nato un procedimento disciplinare).

Propone ricorso per cassazione la D.A. con quattro motivi, che sostanzialmente si concretano tutti nella doglianza che il giudice di merito non abbia considerato l'intera vicenda in unico contesto, ma abbia inopportuno scisso il primo dal secondo licenziamento.

Resistono con controricorso la Banca nazionale del lavoro Spa ed O.V.

Le parti depositano, altresì, memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

Motivi della decisione

1. Col primo motivo la ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 2110 e 2118 c.c., degli artt. 7 e 18, legge n. 300/1970, dell'art. 3, legge n. 108/1990, degli artt. 726 e 29 del Ccnl dirigenti bancari, dell'art. 2087 c.c., dell'art. 6, comma 2b, D.Lgs. n. 58/1998 e dell'art. 111 Cost. in riferimento all'art. 360 n. 3 c.p.c.

In particolare la ricorrente contesta la suddivisione, da parte della Corte di merito, della fattispecie attinente all'intero rapporto di lavoro in due segmenti temporali in relazione ad ognuno dei quali è stato applicato il dettato normativo riguardante i due licenziamenti. Invece, secondo la ricorrente, la legittimità di entrambi i provvedimenti di risoluzione avrebbe dovuto essere apprezzata unitariamente, così come le stesse situazioni singole sottese ad entrambi i licenziamenti avrebbero dovuto essere valutate alla luce della trattazione unitaria della vicenda. Quindi, secondo tale assunto difensivo, il contestato percorso giuridico compiuto dalla Corte territoriale finisce per tradursi in un processo non giusto, in contrasto con l'art. 111, Costituzione, dal momento che la verità materiale risulta essere alterata, non essendovi stata una esatta ricostruzione dei fatti nella loro unitarietà che, se eseguita, avrebbe consentito di cogliere nel suo reale significato la strategia operata dalla Banca con una serie procedimentale di atti diretti ad estrometterla dal posto di lavoro. Ciò in quanto essa ricorrente aveva individuato, nell'espletamento delle sue funzioni dirigenziali, violazioni, errori ed inosservanze della banca nazionale del lavoro rispetto a normative interne ed esterne che la datrice di lavoro non voleva fossero apprese dalla nuova proprietaria "Bnp Paribas" e dai componenti del nuovo collegio sindacale.

1.a. Il motivo è infondato.

Invero, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, risulta corretta la decisione della Corte di merito di ritenere che l'efficacia del primo licenziamento, intimato il 25 luglio 2006 per giustificato motivo oggettivo (criticità nella gestione del ruolo affidato), era rimasta sospesa durante tutto il periodo di malattia sofferto dalla lavoratrice e che, essendosi fuori dall'ambito della tutela reale, gli effetti definitivi della risoluzione del rapporto in esame non potevano che ricondursi al secondo licenziamento intimato per giusta causa (ripetute ed ingiustificate assenze alle visite fiscali), del quale si imponeva la verifica di legittimità. Né, tantomeno, è condivisibile l'assunto attraverso il quale si contesta la decisione della Corte di merito di aver voluto scindere la ricostruzione in punto di fatto dei due licenziamenti in quanto, una volta accertato che gli effetti della risoluzione del rapporto discendevano direttamente dal secondo licenziamento intimato per giusta causa, il relativo tema d'indagine restava logicamente circoscritto alla disamina della vicenda che vi aveva dato vita.

Al riguardo si è già avuto modo di statuire (Cass., sez. lav., n. 11674 dell'1 giugno 2005) che "lo stato di malattia del lavoratore preclude al datore di lavoro l'esercizio del potere di recesso solo quando si tratta di licenziamento per giustificato motivo; esso non impedisce, invece, l'intimazione del licenziamento per giusta causa, non avendo ragion d'essere la conservazione del posto di lavoro in periodo di malattia di fronte alla riscontrata

Approfondimenti

esistenza di una causa che non consente la prosecuzione neppure in via temporanea del rapporto.”.

In senso conforme si è più di recente ribadito (Cass., sez. lav., n. 23063 del 10 ottobre 2013) che “lo stato di malattia del lavoratore preclude al datore di lavoro l’esercizio del potere di recesso quando si tratti di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che, tuttavia, ove intimato, non è invalido ma solo inefficace e produce i suoi effetti dal momento della cessazione della malattia”.

2. Col secondo motivo la ricorrente si duole della violazione e falsa applicazione degli artt. 2110 e 2118 c.c., 7 e 18, legge n. 300/1970, 3, legge n. 108/1990, 726 e 29 del Ccnl dirigenti bancari, 2087 c.c., in riferimento all’art. 360, n. 3, c.p.c., nonché dell’art. 6, comma 2b, D.Lgs. n. 58/1998.

La D.A. adduce che le sue tre assenze dal domicilio, poste a base del secondo provvedimento di risoluzione, non erano idonee a concretizzare una giusta causa di licenziamento in quanto non avevano pregiudicato il diritto del datore di lavoro a verificare l’effettività della malattia, atteso che si era sempre sottoposta il giorno dopo alle visite di controllo che avevano confermato la sussistenza della denunciata causa di impedimento lavorativo. Aggiunge la ricorrente che proprio il ritardo col quale era stata fornita la motivazione del primo licenziamento e la genericità della stessa avevano ingenerato il suo stato depressivo ed ansiogeno che aveva poi finito per determinare lo stato di malattia dal cui evolversi era scaturito il secondo licenziamento. In definitiva, non si era considerato che nei suoi confronti erano stati posti in essere atti discriminatori e in ogni caso risultava violato il principio di proporzionalità tra addebito contestato e sanzione inflitta.

2.a. Il motivo è infondato.

Anzitutto, alcuna correlazione può essere configurata tra i fatti sottesi ai due licenziamenti dal momento che la Corte territoriale ha chiaramente circoscritto l’indagine alla verifica della sussistenza o meno della giusta causa del secondo licenziamento, tenendola ben distinta da ciò che concerneva l’intimazione del primo licenziamento per giustificato motivo oggettivo, una volta ritenuta l’inefficacia di quest’ultimo per le ragioni in precedenza illustrate. Inoltre, la ricorrente prospetta sotto l’apparente denuncia di un vizio di violazione di legge ciò che in realtà costituisce un vero e proprio tentativo di rivisitazione del merito istruttorio che non è consentito nel giudizio di legittimità allorché, come nella fattispecie, la valutazione dei fatti di causa posti a base della ritenuta legittimità del licenziamento è stata eseguita dal giudice di secondo grado sulla scorta di una motivazione adeguata ed esente da rilievi di ordine logico e giuridico. Quest’ultimo ha, infatti, precisato, richiamando la giurisprudenza di legittimità, che la permanenza presso il proprio domicilio durante le fasce orarie previste per le visite mediche domiciliari di controllo costituisce non già un onere bensì un obbligo per il lavoratore ammalato, in quanto l’assenza, rendendo di fatto impossibile il controllo in ordine alla sussistenza della malattia, integra un inadempimento, sia nei confronti dell’istituto previdenziale, sia nei confronti del datore di lavoro, che ha interesse a ricevere regolarmente la prestazione lavorativa e, perciò, a controllare l’effettiva sussistenza della causa che impedisce tale prestazione. Quindi, la Corte territoriale ha esaminato accuratamente la documentazione attinente alle assenze riscontrate in occasione delle visite fiscali domiciliari ed alle giustificazioni fornite dalla lavoratrice, rilevando, all’esito di tale accertamento di fatto, che l’allontanamento dal domicilio non era risultato essere assistito da valide giustificazioni e che, in ogni caso, lo stesso non escludeva l’obbligo per la lavoratrice di comunicare di volta in volta l’assenza per consentire all’azienda di controllare, tramite l’Inps, l’effettività della sua malattia. Inoltre, la Corte di merito ha giustamente osservato che il fatto che in un momento successivo alla visita non eseguita per assenza della lavoratrice fosse stata confermata, da parte del medico dell’Inps, la malattia diagnosticata con la relativa prognosi non rilevava ai fini dell’apurato inadempimento dell’obbligo di comunicazione preventiva dell’assenza dal domicilio. Infine, i giudici d’appello hanno evidenziato che il rapporto fiduciario caratterizzante l’incarico dirigenziale comportava una valutazione maggiormente rigorosa del comportamento della lavoratrice, dell’addebitabilità dei fatti contestati a titolo di grave negligenza e della idoneità dello stesso, ripetuto per ben tre volte nell’arco temporale di circa due mesi a riprova del disinteresse dimostrato per le esigenze datoriali, ad incidere in modo definitivo sul vincolo fiduciario.

Al riguardo si è affermato (Cass., sez. lav., n. 2013 del 13 febbraio 2012) che “in tema di licenziamento per giusta causa, ai fini della proporzionalità tra addebito e recesso, rileva ogni condotta che, per la sua gravità, possa scuotere la fiducia del datore di lavoro e far ritenere la continuazione del rapporto pregiudizievole agli scopi aziendali, essendo determinante, in tal senso, la potenziale influenza del comportamento del lavoratore, suscettibile, per le concrete modalità e il contesto di riferimento, di porre in dubbio la futura correttezza dell’adempimento, denotando scarsa inclinazione all’attuazione degli obblighi in conformità a diligenza, buona fede e correttezza; spetta al giudice di merito valutare la congruità della sanzione espulsiva, non sulla base di una valutazione astratta dell’addebito, ma tenendo conto di ogni aspetto concreto del fatto, alla luce di un apprezzamento unitario e sistematico della sua gravità, rispetto ad un’utile prosecuzione del rapporto di lavoro, assestandosi rilievo alla configurazione delle mancanze operata dalla contrattazione collettiva, all’intensità dell’elemento intenzionale, al grado di affidamento richiesto dalle mansioni, alle precedenti modalità di attuazione del rapporto, alla durata dello stesso, all’assenza di pregresse sanzioni, alla natura e alla tipologia del rapporto medesimo”.

3. Col terzo motivo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 2110 e 2118 c.c., 7 e 18, legge n. 300/1970, 3, legge n. 108/1990, 726 e 29 del Ccnl dirigenti bancari, 2087 c.c. e conseguente violazio-

Approfondimenti

ne delle norme in materie di prova in riferimento all'art. 360, n. 3, c.p.c. Lamenta la ricorrente che, a fronte della domanda di accertamento della nullità del primo licenziamento del 25 luglio 2006 e della conseguente richiesta di reintegra e di risarcimento del danno, la Corte di merito aveva omesso di scrutinare la legittimità o meno di tale provvedimento risolutivo e di pronunciare la condanna della Banca convenuta al pagamento dell'indennità supplementare.

3.a. Il motivo è infondato in quanto, come si è già osservato in premessa, la Corte d'Appello aveva ritenuto correttamente che il primo licenziamento del 25 luglio 2006 era rimasto privo di effetti, a causa del concomitante stato di malattia della lavoratrice, come tale inidoneo ad incidere sulle sorti del rapporto di lavoro, per cui solo il secondo licenziamento aveva determinato effetti risolutivi e solo di questi si imponeva la disamina, essendo rimasta assorbita ogni altra questione nascente dal primo provvedimento rimasto inefficace. Tra l'altro, il motivo denota anche un profilo di inammissibilità laddove la ricorrente deduce come vizio di violazione di legge quello che, in realtà, rappresenta un omesso esame di una determinata domanda che, in ogni caso, è rimasto assorbito dalla decisione incentrata sul secondo licenziamento risolutivo del rapporto.

4. Col quarto motivo la ricorrente assume che vi sia stata violazione e falsa applicazione degli artt. 2110 e 2118 c.c., 7 e 18, legge n. 300/1970, 3, legge n. 108/90, 726 e 29 del Ccnl dirigenti bancari, 2087 c.c. e conseguente violazione sulle norme in materia di prove in riferimento all'art. 360, n. 3, c.p.c.

Assume la ricorrente che, per quel che concerne le pretese retributive del quinquennio antecedente la messa in mora, la Corte d'Appello si è pronunciata nel senso della loro prescrizione per l'epoca antecedente al 30 aprile 1995, avendo come riferimento il quinquennio precedente l'attribuzione della qualifica di dirigente, mentre la stessa causa estintiva decorre per i dirigenti solo dalla cessazione del rapporto di lavoro e non in costanza dello stesso.

4.a. Quest'ultimo motivo è infondato atteso che nell'impugnata sentenza è chiaramente spiegato che solo dal primo maggio del 2000 la D.A. conseguiva formalmente la qualifica di dirigente, per cui solo rispetto a tale data poteva eseguirsi il calcolo a ritroso della prescrizione quinquennale che, pertanto, si arrestava al 30 aprile 1995, con conseguente perdita del diritto ad esigere eventuali differenze retributive maturate prima di quest'ultima data. In effetti, come correttamente rilevato dalla difesa della controricorrente, la questione della decorrenza della prescrizione non è decisiva nella fattispecie, atteso che una volta escluso, dai giudici di merito, il diritto al riconoscimento della qualifica superiore con riferimento al periodo anteriore al momento del suo formale riconoscimento, avvenuto solo nel corso dell'anno 2000, non poteva nemmeno sorgere in relazione al periodo antecedente al predetto quinquennio un diritto a differenze retributive.

Pertanto, il ricorso va rigettato.

Le spese di lite seguono la soccombenza della ricorrente e vanno poste a suo carico, come da dispositivo, unitamente al contributo unificato di cui all'art. 13, comma 1-*quater*, D.P.R. n. 115/2002.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio nella misura di euro 5100,00, di cui euro 5000,00 per compensi professionali, oltre spese generali al 15% ed accessori di legge.

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