

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/09/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37354-il-periodo-di-comporto>

Autore: Vitiello Nicola

Il periodo di comportamento

IL PERIODO DI COMPORTO

Sommario: 1) Premessa; 2) Il licenziamento per giusta causa in costanza di malattia; 3) Il periodo di comporto; 4) Il calcolo del periodo di comporto; 5) Il licenziamento per superamento del periodo di comporto.

1) PREMESSA

Nel corso del rapporto di lavoro possono verificarsi degli eventi che ne comportano la temporanea sospensione: tra questi, una delle cause più frequenti è l'insorgere della malattia non professionale del lavoratore.

Il concetto di malattia è definito dall'art. 2 D.L. 663/79 come “*un’infermità comportante incapacità lavorativa*”, configurandosi come un’ipotesi speciale di impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa.

Infatti, il legislatore ha previsto una disciplina specifica per il lavoratore in malattia, derogatoria rispetto alle disposizioni generali in materia di obbligazioni, le quali prevedono che nel caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione la medesima possa non essere più adempiuta – se il ricevente non ha più interesse alla sua prosecuzione – con contestuale ripetizione della prestazione eventualmente già resa.

Diversamente, l'art. 2110 c.c. prevede che, nel caso di malattia del lavoratore, quest'ultimo abbia comunque diritto alla conservazione del posto di lavoro e alla corresponsione della retribuzione o di un'indennità¹ determinata nella misura e nel tempo dalle leggi speciali, dalle norme contrattuali, dagli usi o secondo equità, salvo che non siano previste forme equivalenti di previdenza e di assistenza, preservando anche il rapporto assicurativo e previdenziale².

Le speciali tutele riconosciute sono necessarie per ovviare a una situazione meritevole di particolare considerazione per il fatto che l'insorgere dello stato morboso è indipendente dalla volontà del lavoratore, il quale trae dal reddito di lavoro i mezzi per il sostentamento suo e della propria famiglia.

¹ L'indennità di malattia è dovuta, salvo particolari eccezioni, dall'INPS, potendo tuttavia il CCNL prevedere un obbligo di integrazione a carico del datore di lavoro. La misura dell'erogazione è pari a una quota percentuale della retribuzione media giornaliera moltiplicata per il numero delle giornate indennizzabili comprese nel periodo di malattia, che vanno dal quarto giorno di assenza per malattia fino ad un massimo di 180 giorni per anno solare. I primi tre giorni di malattia non sono indennizzati dall'INPS, ma sono generalmente retribuiti dal datore di lavoro, come stabilito dalla contrattazione collettiva.

² Cass. Civ., Sez. Lavoro, 11 dicembre 1995, n. 12685.

Pertanto, il lavoratore in malattia risulta assente giustificato, con conseguente divieto per il datore di lavoro di licenziarlo durante l'evento morboso³, nei limiti di un periodo di conservazione del posto – cd. comporto – la cui durata è stabilita dalla contrattazione collettiva.

Il divieto di licenziamento incontra, tuttavia, due specifiche deroghe: il licenziamento per giusta causa e il superamento del periodo di comporto.

2) IL LICENZIAMENTO PER GIUSTA CAUSA IN COSTANZA DI MALATTIA

La sussistenza di una giusta causa *ex art.* 2119 c.c., ossia di un comportamento inadempiente che non consenta la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro, legittima la risoluzione immediata del contratto di lavoro, con l'omissione dell'intimazione del periodo di preavviso.

Tale principio è stato ribadito più volte in dottrina⁴ e in giurisprudenza⁵, le quali hanno osservato come la giusta causa di recesso dal rapporto di lavoro determina l'immediata estinzione del rapporto di lavoro pur in costanza del periodo di comporto per malattia, anche qualora la cognizione dei fatti da parte del datore di lavoro sia anteriore all'inizio della malattia e la contestazione sia successiva ad essa.

Ovviamente l'eccezione opera unicamente nell'ipotesi di licenziamento per giusta causa: nella diversa fattispecie del licenziamento per giustificato motivo, infatti, tale potere è precluso al datore di lavoro, il quale dovrà attendere la cessazione del periodo di malattia prima di intimare il licenziamento, senza che tale decorso del tempo possa comportare la tardività del recesso ovvero ingenerare nel lavoratore l'affidamento in ordine all'accoglimento delle giustificazioni comunicate⁶.

La giurisprudenza si è a lungo interrogata circa la sussistenza della giusta causa nell'ipotesi in cui il lavoratore, durante il periodo di malattia, abbia svolto diversa attività lavorativa.

A tal proposito, la Corte di Cassazione⁷ si è recentemente pronunciata evidenziando che il dipendente, assente per malattia dal lavoro, ben potrebbe, durante tale periodo, svolgere altre attività lavorative in favore di terzi purché

³ Tale regime è stato confermato anche dalla L. 92/12, la quale ha previsto che il giudice, qualora accerti la violazione dell'art. 2110 c.c., debba applicare, ove il caso rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 18 L. 300/70, la cd. tutela reintegratoria attenuata.

⁴ M. MEUCCI, "In tema di licenziamento e malattia", su www.altalex.com, 2009.

⁵ Cass. Civ., Sez. Lavoro, 20 ottobre 2000, n. 13903; Cass. Civ., Sez. Lavoro, 29 luglio 1998, n. 7467; Cass. Civ., Sez. Lavoro, 1 giugno 2005, n. 11674.

⁶ Sul punto, Cass. Civ., Sez. Lavoro, 20 dicembre 1997, n. 12915. In senso conforme, Cass. Civ., Sez. Lavoro, 27 febbraio 1998, n. 2209.

⁷ Cass. Civ., Sez. Lavoro, 3 marzo 2015, n. 4237. In senso conforme, Cass. Civ., Sez. Lavoro, 21 aprile 2009, n. 9474; Cass. Civ., Sez. Lavoro, 28 febbraio 2014, n. 4869.

sussistano alcune condizioni, non rilevandosi nell'ordinamento un divieto assoluto per il lavoratore di prestare, durante l'assenza, un'attività lavorativa in favore di terzi⁸.

In particolare, ai fini dell'illegittimità del licenziamento, è necessario che il lavoratore non abbia simulato la malattia, abbia rispettato l'obbligo di fedeltà al datore di lavoro con contestuale divieto di svolgere lavori che possano porsi in concorrenza e abbia svolto un'attività tale da non compromettere o ritardare la pronta guarigione⁹.

Perciò, il licenziamento è senza giusta causa se l'azienda non dimostra che il lavoratore ha agito fraudolentemente ai danni del datore di lavoro, simulando la malattia, lavorando durante l'assenza con altre imprese concorrenti o compromettendo la propria guarigione, sfruttando in questo modo il suo diritto al riposo per trarne un reddito dal lavoro diverso in costanza di malattia.

3) IL PERIODO DI COMPORTO

Diversa eccezione al divieto di licenziamento è rappresentata dal superamento del periodo di comporto, ossia nella circostanza che il lavoratore – a causa di uno o più eventi morbosi – si sia assentato dal posto di lavoro per un intervallo superiore a quello previsto dalla contrattazione collettiva.

Il periodo di comporto può essere di due tipi:

- Secco, se il periodo di conservazione del posto di lavoro è riferito ad un'unica ed interrotta malattia;
- Frazionato (o per sommatoria), se le clausole contrattuali prevedono un arco di tempo entro il quale la somma dei diversi periodi di malattia non può superare un determinato limite.

Il periodo di comporto è quantificato di volta in volta dalla contrattazione collettiva¹⁰ (di solito è pari a 180 giorni¹¹), la quale dispone anche se tale periodo debba riferirsi all'anno di calendario (dal 1 gennaio al 31 dicembre) ovvero a quello solare (periodo di 365 giorni dal primo giorno della prima malattia).

⁸ Lo svolgimento dell'attività lavorativa presso terzi durante la malattia determina la perdita per il lavoratore del diritto all'indennità previdenziale e alla copertura figurativa del periodo ai fini contributivi.

⁹ Per valutare l'eventuale legittimità del comportamento del dipendente, in ipotesi di questo tipo, è necessario verificare caso per caso la compatibilità delle mansioni svolte presso terzi durante la malattia e la patologia sofferta.

¹⁰ Il CCNL può prevedere anche l'estensione del periodo di comporto in relazione ai giorni di ricovero ospedaliero.

¹¹ Esclusi gli impiegati, per i quali il periodo si calcola in base all'anzianità di servizio, ossia fino a un'anzianità di servizio di 10 anni il periodo di comporto è pari a 3 mesi, per un'anzianità di servizio oltre 10 anni è invece pari a 6 mesi.

In giurisprudenza si assiste ancora oggi ad un ampio dibattito in merito al periodo di comporto, soprattutto con riferimento al calcolo e alla fattispecie del licenziamento per superamento di tale periodo.

4) IL CALCOLO DEL PERIODO DI COMPORTO

La possibilità per il datore di lavoro di recedere ai sensi dell'art. 2118 c.c., nell'ipotesi di superamento del periodo di comporto, ha determinato la necessità di porre particolare attenzione al calcolo del periodo di malattia.

In particolare, profili critici sono emersi a proposito di quali giorni conteggiare ai fini del periodo di comporto e all'eventualità che la durata del periodo di comporto possa subire delle modifiche *in peius* nell'ipotesi di lavoratore a tempo parziale.

La Suprema Corte ha chiarito più volte¹² come ai fini del calcolo del comporto si debbano considerare anche i giorni non lavorativi cadenti nel periodo di assenza per malattia, dovendosi presumere la continuità dell'episodio morboso.

Ne consegue che debbano essere conteggiati tutti i giorni del calendario ricompresi tra il giorno iniziale¹³ e quello finale dell'evento morboso, comprendendo anche le eventuali festività.

Unica eccezione è ovviamente rappresentata dalle assenze per malattia o per infortunio discendenti da comportamenti posti in essere dal datore di lavoro in violazione delle norme prevenzionali di cui all'art. 2087 c.c.

In tale caso, infatti, la malattia non giustifica il licenziamento intimato per superamento del periodo di comporto ove l'infermità abbia avuto causa, in tutto o in parte, nella nocività insita nelle modalità di esercizio delle mansioni o comunque esistente nell'ambiente di lavoro, delle quali il datore di lavoro sia responsabile per aver omesso le misure atte a prevenire o eliminare l'incidenza, in adempimento dell'obbligo generale di protezione e delle eventuali specifiche norme di legge connesse alla concretizzazione di esso.

L'onere di allegare e debitamente provare il nesso di causalità tra la condotta omissiva del datore di lavoro e l'insorgenza dello stato morboso spetta al lavoratore: in tal caso, tutti i giorni di assenza imputabili al carattere morbigeno della mansione espletata devono essere espunti dal calcolo del periodo di comporto¹⁴.

¹² Cass. Civ., Sez. Lavoro, 24 settembre 2014, n. 20106. In senso conforme, Cass. Civ., Sez. Lavoro, 4 marzo 1991, n. 2227; Cass. Civ., Sez. Lavoro, 18 ottobre 2000, n. 13816; Cass. Civ., Sez. Lavoro, 19 ottobre 2004, n. 20458; Cass. Civ., Sez. Lavoro, 15 dicembre 2008, n. 29317.

¹³ La malattia decorre dal giorno di inizio della medesima dichiarato dal lavoratore ovvero dalla data della certificazione medica.

¹⁴ Cass. Civ., Sez. Lavoro, 18 aprile 2000, n. 5066; Cass. Civ., Sez. Lavoro, 12 giugno 1995, n. 6601.

Ulteriori problematiche sono emerse con riferimento al calcolo del periodo di comporto per i lavoratori a tempo parziale.

A tal proposito, la giurisprudenza ha sottolineato come debba operarsi una distinzione tra part time verticale e part time orizzontale, poiché presentano un peculiare regime giuridico.

Infatti, le sentenze¹⁵ in argomento hanno evidenziato che nel caso in cui il rapporto di lavoro sia un part-time cd. orizzontale – ovvero distribuito sui tutti i giorni lavorativi, ma con una durata giornaliera ridotta – non vi è motivo di riconoscere un periodo di comporto inferiore rispetto a quello ordinario, effettuando tale lavoratore un numero di giornate lavorative analogo a quello dei colleghi a tempo pieno.

Diversamente, nel caso in cui il part-time sia verticale – ovvero con orario pieno ma per pochi giorni la settimana – potrebbe essere riconosciuto al lavoratore un periodo massimo di assenza ridotto, al fine di evitare conseguenze eccessivamente pesanti per il datore di lavoro e mantenere così inalterato il rapporto fra prestazione e controprestazione, spettando al giudice determinare, in via equitativa e in assenza di espressa disposizione contrattuale, la durata di tale periodo.

5) IL LICENZIAMENTO PER SUPERAMENTO DEL PERIODO DI COMPORTO

Le regole dettate dall'art. 2110 c.c. prevalgono, in quanto speciali, sulla disciplina dei licenziamenti individuali e si caratterizzano nell'impedire al datore di lavoro di cessare unilateralmente il rapporto di lavoro sino al limite di tollerabilità dell'assenza predeterminato dalla legge, dalle parti ovvero, nei casi residuali, in via equitativa da parte del giudice e dal considerare tale superamento unica condizione di legittimità del recesso¹⁶.

Infatti, il recesso del datore di lavoro per superamento del periodo di comporto secco o frazionato costituisce un'ipotesi del tutto peculiare di cessazione del rapporto di lavoro, non imputabile né a un fatto dell'azienda né a un fatto o colpa propria del lavoratore, ma è dettata dall'impossibilità da parte di quest'ultimo di adempiere con sufficiente continuità la propria prestazione¹⁷.

Il superamento di tale limite di tolleranza, infatti, è condizione necessaria e sufficiente di legittimità del recesso, non gravando sul datore di lavoro l'onere di

¹⁵ Sul punto, Cass. Civ., Sez. Lavoro, 14 dicembre 1999, n. 14065; Cass. Civ., Sez. Lavoro, 30 dicembre 2009, n. 27762.

¹⁶ Cass. Civ., Sez. Lavoro, 7 aprile 2003, n. 5413; Cass. Civ., SS. UU., 29 marzo 1980, n. 2072, 2073 e 2074.

¹⁷ Per approfondimenti, R. STAIANO, "Recesso per superamento del periodo di comporto", su www.diritto.it, 2012.

provare il giustificato motivo oggettivo né della possibilità di avvalersi della prestazione del lavoratore adibendolo a mansioni diverse¹⁸.

Tale tipologia di cessazione del rapporto ha, tuttavia, determinato un ampio dibattito in giurisprudenza in merito ad alcune problematiche critiche, con riferimento all'esistenza di un obbligo in capo al datore di lavoro di informare il lavoratore dell'imminente scadenza del periodo di comporto e alla tempestività del provvedimento risolutorio.

In particolare, la giurisprudenza prevalente¹⁹ ha sostenuto che non sussiste alcun dovere a carico del datore di lavoro di pre-informare il lavoratore del rischio di licenziamento per prossimo esaurimento del comporto, tranne nell'ipotesi in cui sia lo stesso lavoratore a formulare espressa richiesta, stante l'obbligo di correttezza e di buona fede tra le parti²⁰.

Infatti, in mancanza di un obbligo contrattuale in tal senso, l'omessa comunicazione al lavoratore dell'approssimarsi del superamento del periodo di comporto non costituisce violazione del principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto, *“in quanto tale comunicazione servirebbe in realtà a consentire al dipendente di porre in essere iniziative – quali richieste di ferie e aspettativa – sostanzialmente elusive dell'accertamento della sua inidoneità ad adempiere l'obbligazione”*²¹.

Il recesso può essere operato unicamente nell'ipotesi di superamento del periodo di comporto: nel caso in cui il licenziamento sia intimato prima di tale termine, il medesimo atto deve ritenersi nullo per violazione di norma imperativa (art. 2110 c.c.) e non temporaneamente inefficace, con differimento dei relativi effetti al momento della scadenza²².

La giurisprudenza ha inoltre notato come, nella diversa ipotesi di licenziamento intimato in periodo successivo alla scadenza di tale periodo, al fine di verificare

¹⁸ Cass. Civ., Sez. Lavoro, 28 gennaio 2010, n. 1861.

¹⁹ Cass. Civ., Sez. Lavoro 28 giugno 2006, n. 14891; Cass. Civ., Sez. Lavoro, 4 giugno 2014, n. 12563; Cass. Civ., Sez. Lavoro, 17 gennaio 2011, n. 916. In senso contrario, Trib. Milano, 23 maggio 2005, secondo cui è illegittimo, per violazione degli obblighi di buona fede e correttezza, il licenziamento intimato per superamento del periodo di comporto, allorquando il datore di lavoro non abbia provveduto a comunicare l'imminenza del superamento di tale limite al lavoratore con congruo anticipo.

²⁰ Il datore di lavoro, a fronte di tempestiva richiesta del lavoratore, ha l'onere di indicare i giorni di assenza con un grado di specificità tale da permettere al lavoratore di rendersi conto delle assenze contestate e di replicare adeguatamente, non essendo sufficiente la mera indicazione del numero complessivo di assenze in un anno. Sul punto, Cass. Civ., sez. Lavoro, 20 dicembre 2002, n. 18199.

²¹ Cass. Civ., Sez. Lavoro, 26 maggio 2005, n. 11092. In senso conforme, Trib. Milano, 31 agosto 2004.

²² La nullità del licenziamento non preclude la possibilità di rinnovare l'atto, in quanto – risolvendosi nel compimento di un negozio diverso da quello precedente – esula dallo schema dell'art. 1423 c.c., norma diretta a impedire la sanatoria di un negozio nullo. Cass. Civ., Sez. Lavoro, 18 novembre 2014, n. 24525.

la tempestività di tale recesso si debba far riferimento non ad un dato cronologico fisso e predeterminato, ma ad un periodo di tempo valutato volta per volta dal giudice sulla base delle circostanze del caso concreto, dovendo il lavoratore dimostrare che l'intervallo temporale tra il superamento del periodo di comporto e la comunicazione di recesso abbia superato i limiti di adeguatezza e ragionevolezza, tale da far ritenere la sussistenza di una volontà tacita del datore di lavoro di rinunciare alla facoltà di recedere dal rapporto.

In particolare, è stato evidenziato come il datore di lavoro abbia la facoltà di attendere il rientro del lavoratore per sperimentare in concreto se residuano margini di riutilizzo del dipendente all'interno dell'assetto organizzativo aziendale e solo l'eventuale prolungata inerzia nel recedere dal rapporto possa essere oggettivamente sintomatica della volontà di rinuncia al potere di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e ingenerare un corrispondente incolpevole affidamento circa la prosecuzione del rapporto di lavoro da parte del lavoratore²³.

Il datore di lavoro ha, dunque, la facoltà di procedere all'intimazione del licenziamento immediatamente dopo il superamento del periodo di comporto, potendo tuttavia procrastinare tale evento ad un momento successivo – dedicato, ad es., alla valutazione dello stato morboso del lavoratore e la sua possibile presenza in azienda in rapporto agli interessi aziendali – senza che sia lesa l'interesse del lavoratore alla certezza della vicenda contrattuale.

Nicola Vitiello

²³ Cass. Civ., Sez. Lavoro, 25 novembre 2011, n. 24899; Cass. Civ., Sez. Lavoro, 23 gennaio 2008, n. 1438; Cass. Civ., Sez. Lavoro, 17 giugno 1998, n. 6057.