

Roma, 27 Giugno 2016

CIRCOLARE N. 16/2016

Prot. 92/2016
Sez. II/1

**A TUTTI GLI ISTITUTI ASSOCIATI
LORO SEDI**

**Oggetto: Ancora due pronunce dei Tribunali del Lavoro aventi ad oggetto il licenziamento giustificato motivo oggettivo per scarso rendimento dovuto ad eccessiva morbidità.
Sentenza Tribunale Lavoro Bergamo 27 Aprile 2016. Ordinanza Tribunale Lavoro Roma 24 Dicembre 2015.**

Le due pronunce in oggetto affrontano ancora una volta la questione dibattuta, ma non ancora definitivamente risolta, in dottrina e giurisprudenza, afferente la legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo per scarso rendimento, motivato dell'eccessivo numero di assenze per malattia del dipendente, ancorché regolarmente certificate.

Di particolare interesse risulta l'allegata pronuncia emessa dalla sezione Lavoro del Tribunale di Bergamo, a seguito del ricorso in opposizione ex art. 1.c. 51 L. 92/2012 promosso da una Guardia Giurata dipendente di Istituto di Vigilanza. Come riportato nella precedente Circolare n. 27/2015, la vicenda trae origine da un licenziamento per giustificato motivo oggettivo per scarso rendimento comminato ad una GPG a causa del suo eccessivo numero di assenze per malattia ancorché le stesse fossero state regolarmente giustificate con certificato medico ed il lavoratore non avesse superato il periodo di comporto previsto dal vigente CCNL, in quanto dette assenze, secondo il datore di lavoro, avevano comunque provocato disservizi e avevano fatto venir meno l'interesse dell'azienda alla sua prestazione. Nella fase sommaria del procedimento d'impugnazione del licenziamento prevista dal c.d. Rito Fornero, il Giudice adito aveva ritenuto legittimo il provvedimento espulsivo, sulla base dei principi espressi nella nota Sentenza n. 18678 Corte di Cassazione in data 4 Settembre 2014, secondo cui, fattispecie come quella sopra descritta, potevano rientrare nell'alveo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, una volta verificato in concreto che le assenze per malattia davano luogo ad una residua prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile per la società.

Di tenore diametralmente opposto è però risultata la successiva sentenza emessa dal Tribunale del Lavoro a seguito dell'opposizione presentata dal dipendente: il Giudice adito, non condividendo il precedente rappresentato dalla sentenza della C. Cass. N. 18678/2014 in quanto a suo parere "**ancorché recente appare isolata nel panorama giurisprudenziale**" ha dichiarato illegittimo il licenziamento del lavoratore disponendone la reintegrazione e condannando la società al risarcimento del danno.



Non si discosta da questo orientamento anche la pronuncia del Tribunale Lavoro Roma in sede sommaria riportata in oggetto: il Giudice adito ha infatti emesso ordinanza con la quale ha accolto il ricorso presentato da un dipendente che era stato licenziato per giustificato motivo oggettivo per scarso rendimento da una società di trasporti, secondo la quale l'assenteismo del lavoratore licenziato andava ben oltre i limiti di "tolleranza fisiologica" e poteva impedire il corretto svolgimento del servizio svolto in appalto.

I provvedimenti in esame affrontano con incisività la tematica dello scarso rendimento sul posto di lavoro e soprattutto la possibilità per il datore di lavoro, laddove lo scarso rendimento sia desunto quale conseguenza della eccessiva morbilità del dipendente, di procedere al conseguente licenziamento per giustificato motivo oggettivo; entrambi i Giudici di merito ritengono non legittimo un provvedimento espulsivo così motivato, pervenendo a conclusioni conformi ad un orientamento ad oggi prevalente della Corte di Cassazione, che possono essere così sintetizzate:

- se le assenze per malattia del lavoratore sono considerate dal datore di lavoro come ingiustificate, (perché ad es. si contesta la regolarità delle certificazioni mediche prodotte a supporto delle assenze o la violazione dei termini di comunicazione delle assenze laddove, come nel caso di attività resa da Istituti di Vigilanza il datore di lavoro ha la necessità di confidare con ragionevole continuità sulla presenza dei suoi addetti, pena la scopertura dei servizi), **il licenziamento assume carattere disciplinare con conseguente obbligo di preventiva contestazione degli addebiti al lavoratore e concessione del termine a difesa;**

- laddove, invece, non sussista alcuna contestazione sulla regolarità delle assenze per malattia del dipendente, la specialità della disciplina di cui all'art. 2110 c.c. **facoltizza il datore di lavoro di recedere solo una volta decorso il periodo di comportamento previsto di norma dai CCNL di settore. Durante il periodo di comportamento non è quindi consentito all'imprenditore di recedere dal rapporto di lavoro con il dipendente per nessuna ragione attinente le sue assenze per malattia, neppure se considerate sotto il profilo della sopravvenuta inutilità della prestazione o del venir meno dell'interesse datoriale alla prosecuzione della prestazione,** diversamente ragionando, si verificherebbe un aggiramento della tutela dei diritti dei lavoratori affidata dall'art. 2110 cc alla legge o agli usi.

Tenuto conto della importanza e delicatezza dei diritti coinvolti nella questione e stante il contrasto giurisprudenziale in atto in ordine al quale è auspicabile un intervento della C. Cass a Sezioni Unite, si raccomanda agli Associati di valutare attentamente l'opportunità di procedere a risoluzioni del rapporto di lavoro per scarso rendimento sotto il profilo del giustificato motivo oggettivo per eccessiva morbilità senza superamento da parte del dipendente del periodo di comportamento.

Distinti saluti.

Avv. Giovanni Pollicelli

All:

- Sentenza del Tribunale di Bergamo n. 366 del 27 Aprile 2016





REPUBBLICA ITALIANA
TRIBUNALE DI BERGAMO - SEZIONE LAVORO
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Bergamo in funzione di giudice monocratico del lavoro in persona della **dott.ssa Maria Vittoria Azzollini** ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa n. 2880/2015 R.G. promossa

Da:

LA NOTTE ROBERTO, con l'avv. SONZOGNI RAFFAELLA

PARTE OPPONENTE

contro:

SORVEGLIANZA ITALIANA SRL, con gli avv. BIANCHI LORENZO e MAROTTA ALBERTO

PARTE OPPOSTA

Oggetto: opposizione ex art. 1 c. 51 l.92/2012

MOTIVI

Con ricorso depositato il 29-12-2015 La Notte Roberto presentava opposizione avverso l'ordinanza in data 3-12-2015 ex art. 1 c. 49 l. 92/2012 con cui questo Tribunale aveva rigettato l'impugnativa del licenziamento intimatogli in data 15-5-2015 da Sorveglianza Italiana srl esponendo che: 1) aveva lavorato alle dipendenze della ISPB (fusa con la CVB srl e quindi divenuta Sorveglianza Italiana srl) dal 10-4-2007 come guardia giurata; 2) in data 24-3-2015 la società gli aveva comunicato di aver avviato la procedura per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, all'esito della quale, il successivo 15-5-2015, gli aveva comunicato il



licenziamento per l'eccessivo numero di assenze per malattia, solitamente di breve durata, che, anche per la tempistica di comunicazione, aveva provocato disservizi e malumori che avevano fatto venir meno l'interesse alla sua prestazione; l'opponente insisteva sull'illegittimità di tale licenziamento (diversamente da quanto ritenuto dal giudice della fase sommaria sulla base del precedente rappresentato dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 18678/2014) per violazione dell'art. 2110 cc, negava la sussistenza dei comportamenti non collaborativi attribuitigli (tali da aggravare le conseguenze delle sue malattie e rendere inutile la sua prestazione), contestava la decorrenza del licenziamento, e chiedeva la reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento del danno (o in subordine il solo risarcimento del danno), ai sensi dell'art. 18 stat. lav. come mod. dall'art. 1 c. 41 a l. 92/20121.

L'opposta si costituiva ribadendo le difese già svolte nella fase sommaria e chiedendo il rigetto dell'opposizione.

Dopo l'esperimento infruttuoso del tentativo di conciliazione, l'interrogatorio libero, l'assunzione dei testimoni e i deposito di note scritte autorizzate delle parti, la causa veniva discussa e decisa all'odierna udienza con lettura della presente sentenza con motivazione contestuale.

Questo giudice non condivide il precedente rappresentato dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 18678/2014 che, per quanto recente, appare isolata nel panorama giurisprudenziale (salvo Cass. 10286/1996 che però riguardava un caso in cui era applicabile la speciale disciplina prevista per gli autoferrotranvieri).

Secondo la giurisprudenza consolidata la fattispecie del recesso del datore di lavoro per l'ipotesi di assenze determinate da malattia del lavoratore, sia nel caso di un'unica malattia che nel caso di successione di episodi morbosi è soggetta unicamente alle regole dettate dall'art. 2110 cc, che prevalgono, per la loro specialità, sia sulla disciplina generale della risoluzione del contratto per



sopravvenuta impossibilità parziale delle prestazioni lavorative, sia sulla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali, con la conseguenza da un lato che il datore di lavoro non può recedere dal rapporto prima del superamento del periodo (secco nel caso di malattia unica o per sommatoria nel caso di successione di episodi morbosi) e dall'altro che il superamento dello stesso è condizione sufficiente di legittimità del recesso.

La ricerca del delicato punto di equilibrio fra le esigenze di funzionalità dell'impresa (in ogni caso coinvolte in caso di malattie lunghe o ricorrenti) e la tutela dei diritti dei lavoratori, è affidata dall'art. 2110 cc. alla legge, agli usi o, in via residuale, alla valutazione equitativa del giudice.

Le parti sociali solitamente si fanno carico di ciò e nei CCNL prevedono la durata massima del periodo.

Nel caso di specie è pacifico che il periodo non è stato superato.

Ad avviso di questo giudice non è ammissibile che le assenze per malattia possano assumere un rilievo diverso e fondare un giustificato motivo oggettivo del licenziamento.

La convenuta non ha dubitato della esistenza delle malattie certificate dal ricorrente, ma ciononostante (e nonostante il mancato superamento del periodo) lo ha licenziato.

E' ovvio che durante il periodo di malattia l'utilità o l'interesse del datore di lavoro per la prestazione di lavoro del lavoratore si riduca o possa addirittura venir meno, ma questa è la ragione per cui storicamente è stata prevista la speciale tutela di cui all'art. 2110 cc, nei limiti massimi di durata individuati dalle parti sociali in sede di contrattazione collettiva.

Durante il periodo di periodo non è legittimo licenziare il lavoratore, per nessuna ragione attinente alle sue assenze per malattia, neppure se considerate sotto il profilo, apparentemente diverso, del possibile venir meno dell'utilità o dell'interesse datoriale alla prosecuzione del rapporto di lavoro.



Una volta che non sia contestata la causale dell'assenza, la tutela offerta al lavoratore in malattia deve essere piena.

I rischi di un arretramento delle tutele fondamentali è altrimenti troppo forte, stante l'ovvio interesse dal datore di lavoro a eliminare i lavoratori meno produttivi.

Se la minor produttività è causata da malattia ciò non è invece possibile nè, ad avviso di questo giudice, sono possibili ulteriori distinguo.

Ciò rende di per sé illegittimo il licenziamento dell'opponente.

Ad ogni buon conto si osserva che è vero che lo stesso aveva l'abitudine di comunicare per lo più le assenze verso le 19-20 (v. doc. 11 e 14 all. fasc. opposta), ma ciò era conforme alle disposizioni aziendali (v. circolare del 5-1-2012 in atti) e in ogni caso non interferiva in modo particolare con l'organizzazione del lavoro attraverso il sistema delle c.d. doppie zone, difficilmente evitabile in caso di malattie improvvise e ricorrenti, come quelle in questione (come già detto mai contestate o messe in discussione dalla società).

Infatti i testi hanno dichiarato che le zone assegnate a ciascuna guardia giurata non erano indicate nella programmazione mensile, ma solo in quella giornaliera, affissa in bacheca poco prima delle ore 22,45, orario ordinario di inizio del turno di lavoro.

Né i testi hanno confermato che le altre guardie giurate si siano mai apertamente lamentate di dover coprire le zone n. 8 e 30, di solito assegnate all'opponente, a causa delle assenze particolarmente frequenti dello stesso.

Per quanto riguarda infine i disservizi causati dall'opponente durante i suoi turni, gli stessi sono stati oggetto di contestazioni disciplinari e non sembrano collegarsi alla sua eccessiva morbilità (v. doc. 17 ss. all. fasc. conv.).

Il licenziamento dell'opponente non può quindi dirsi legittimo, con le conseguenze, stante la violazione dell'art. 2110 cc, di cui al 7°



comma (che richiama espressamente il 4° c.) dell'art. 18 stat. lav. come mod. dall'art. 1 c. 41 l. 92/2012.

Va quindi disposta la reintegrazione dell'opponente, con condanna dell'opposta al risarcimento in favore dello stesso del danno in misura pari alle retribuzioni e ai contributi dal licenziamento alla reintegrazione (non essendo al momento superato il limite massimo delle 12 mensilità), oltre alla rivalutazione e agli interessi.

Le spese di causa vanno peraltro compensate, in quanto la società si è determinata al licenziamento avendo appreso della giurisprudenza a sé favorevole che si andava sviluppando (v. int. lib. leg. rappr. conv.) nonché per l'esito contrastante della fase sommaria rispetto alla presente fase di merito.

P.Q.M.

Il Tribunale di Bergamo in funzione di giudice del lavoro, definitivamente pronunciando, così provvede: 1) accerta l'illegittimità del licenziamento intimato in data 15-5-2015 da Sorveglianza Italiana srl a La Notte Roberto e per l'effetto ordina la reintegrazione di quest'ultimo nel posto di lavoro e condanna la prima a risarcire allo stesso il danno in misura pari alle retribuzioni e ai contributi dal licenziamento alla reintegrazione, oltre alla rivalutazione e agli interessi dal dovuto al saldo; 2) dichiara compensate fra le parti le spese di causa.

Bergamo, 27 aprile 2016

Il Giudice del Lavoro
dott.ssa Maria Vittoria Azzollini

