

## CAPITOLO IX

### LA SOSPENSIONE DEL RAPPORTO

di Gaetano Zilio Grandi\*

SOMMARIO: Premessa. – 1. Contratto di lavoro e sospensione del rapporto. – 2. Le fonti di disciplina. Dal codice civile alla legislazione speciale: principi e deroghe. – 3. La tradizionale razione di malattia quale causa di impossibilità della prestazione. – 4. La nozione di infortunio sul lavoro e malattia professionale. – 4.1. L'infortunio sul lavoro – 4.2. La malattia professionale – 5. L'ambito di applicazione dell'art. 2110 cc. – 5.1. Art. 2110 c.c. e contratti atipici lavoro subordinato. – 5.2. Art. 2110 c.c. e malattia insorta durante il periodo di prova. – 5.3. Art. 2110 c.c. e malattia insorta durante il periodo di preavviso. – 5.4. Malattia e ferie. – 5.5. Malattia determinata da colpa del lavoratore. – 5.6. Le cure termali quali nuova forma di malattia. – 6. I doveri del lavoratore: comunicazione e certificazione della malattia. – 6.1. La forza degli obblighi. – 6.2. La comunicazione della certificazione quale onere probatorio. – 6.3. Il profilo dell'obbligo del lavoratore e la sanzione per inadempimento. – 6.3.1. L'inosservanza delle prescrizioni sanitarie da parte del lavoratore e l'astensione dalla prestazione lavorativa in costanza di malattia. – 7. Il controllo della malattia. – 7.1. Accertamento sanitario delle assenze per malattia. – 7.2. Controllo fiscale e «fasce orarie» di reperibilità. – 7.3. Obbligo del lavoratore nel controllo della malattia. – 7.4. Il giustificato motivo della assenza del lavoratore alle visite di controllo. – 7.5. Decadenza dal trattamento economico e sanzioni disciplinari. – 7.6. Il valore del referto rilasciato dal medico curante. – 7.7. Accertamenti investigativi del datore di lavoro. – 8. I diritti del lavoratore: la conservazione del posto di lavoro. – 8.1. Il diritto del lavoratore ammalato alla conservazione del posto ed il periodo di comporto. – 8.2. Il superamento del periodo di comporto. – 8.2.1. Malattie determinate da condizioni morbose dell'ambiente di lavoro. – 8.2.2. La disciplina applicabile ai lavoratori avvia obbligatoriamente al lavoro. – 8.2.3. L'eccessiva morbilità. – 8.3. La tutela del lavoratore infortunato. – 9. Il diritto del lavoratore alla retribuzione. – 9.1. L'indennità economica per malattia. – 9.1.1. Decorrenza e durata dell'indennità. – 9.1.2. Periodo massimo indennizzabile. – 9.1.3. L'ammontare e l'erogazione dell'indennità. – 9.1.4. Prescrizione del diritto all'indennità di malattia. – 9.1.5. Fattispecie particolari: le cure termali. – 9.2. Il trattamento economico in caso di infortunio del lavoratore. – 10. La tutela della maternità. – 10.1. Il concetto di gravidanza e puerperio ai fini della disciplina legislativa. – 10.2. Il divieto di lavorare. c.d. «astensione obbligatoria per maternità». – 10.3. Il divieto di licenziamento. – 10.4. L'art. 54, c. 3°, d.lgs. n. 151/2001: deroghe al divieto di licenziamento. – 10.4.1. Il licenziamento per giusta causa. – 10.4.2. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: la cessazione dell'attività dell'azienda. – 10.4.3. Esito negativo del periodo di prova. – 10.4.4. Ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta e la risoluzione del rapporto di lavoro per scadenza del termine. – 10.5. Le dimissioni della lavoratrice madre. – 10.6. Il divieto di impiego in lavori pregiudizievoli. – 10.7. Il diritto al rientro nello stesso posto di lavoro. – 10.8. Il diritto alla retribuzione. – 11. (Segue) ... e della paternità. – 12. I congedi parentali. – 12.1. Quadro normativo. – 12.2. «Congedi parentali». – 12.3. Riposi giornalieri. – 12.4. Permessi per malattia del bambino. – 12.5. Adozioni ed affidamenti – 13. Il servizio militare.

\* Con la collaborazione della dott.ssa Sara Marcuzzo.



13.1. Brevi premesse. - 13.2. Le diverse fattispecie e l'evoluzione (o involuzione) nella tutela - 13.2.1. Nozione di servizio militare e descrizione della fattispecie. - 13.3. Sospensioni e lavoro pubblico: ancora delle peculiarità (rinvio). - 15. La sospensione consensuale. - 16. Altre fattispecie di sospensione: cenni e rinvio. - 16.1. I congedi legati ai casi di disabilità. - 16.2. Il congedo matrimoniale. - 16.3. L'aspettativa e i permessi per funzioni pubbliche elettive: cenni. - 16.4. Riposi, permessi, carcerazione preventiva ed altro ancora.

## Premessa

La materia della sospensione del rapporto di lavoro subordinato si caratterizza, come noto, per essere attraversata da un lato da profili teorici di rilevante interesse, legati alla stessa configurazione del contratto di lavoro subordinato; dall'altro per la sua concretezza ed il suo rilievo nell'attuazione giurisprudenziale degli istituti ad essa sottesi; da un altro lato ancora per il non indifferente interesse nei confronti di essa dimostrato dalle parti sociali, nella predisposizione delle disposizioni collettive in materia e altresì dal legislatore stesso, sia in prospettiva di diritto sostanziale che amministrativa del lavoro, mediante la attrazione delle fattispecie nell'alveo del diritto della sicurezza sociale.

È per questo che la trattazione di questi aspetti richiede una attenta osservazione dei dati legislativi, giurisprudenziali e dottrinali, risultando utile cominciare proprio da questi ultimi, posto che la sospensione del rapporto di lavoro subordinato si atteggia, come appare *prima facie* evidente, a deroga nei confronti della disciplina generale del contratto, e del contratto a prestazioni corrispettive in particolare.

## 1. Contratto di lavoro e sospensione del rapporto

In effetti la sospensione del rapporto di lavoro viene annoverata dalla dottrina tra le vicende modificative del suo contenuto<sup>1</sup>, comprendenti in verità ipotesi eterogenee, alcune delle quali sono state e quindi verranno più approfondite. Ciò che accomuna tali, tipologicamente svariate, ipotesi (malattia e infortuni, sciopero, sospensioni dell'attività aziendale, permessi, aspettative, pause, riposi, ecc.) è tuttavia un elemento centrale nell'approccio sistematico e teorico alla tematica, ovvero ed appunto la sospensione totale o parziale dell'obbligazione di lavoro ma non di altre posizioni giuridiche derivanti dal medesimo rapporto. Di qui una prima, non irrilevante, osservazione della dottrina, relativa al fatto che la sospensione

<sup>1</sup> Per tutti F. GARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2003, p. 325.

ne riguarda in specie l'obbligazione (o le obbligazioni) inerenti alla prestazione lavorativa.

Così, è emerso prepotentemente il peculiare rapporto tra la disciplina legislativa e collettiva di tali ipotesi e la generale disciplina codicistica della sospensione dei contratti obbligatori, contenendo la prima regole non omogenee alla seconda, tese a proteggere, come affermato comunemente, gli interessi della parte debole del rapporto di lavoro<sup>2</sup>.

Vero è, tuttavia, che proprio perché si tratta di deroghe, esse debbono essere considerate con estremo rigore e secondo una classificazione tassativa da parte del legislatore medesimo, dovendosi poi valutare le stesse, come accennato sopra, non solo sul piano del singolo rapporto obbligatorio, ma anche su quello, ben più ampio, delle prerogative e delle regole derivate dalle norme di sicurezza sociale, che talora svolgono una funzione surrogatoria - e forse ben più significativa - di quelle civilistiche. Ma questo riguarda un aspetto - quello del diritto alla retribuzione ovvero ad una prestazione previdenziale - che potrà essere affrontato solo nel prosieguo della disamina (cfr. § 9).

Come anticipato, la tematica si inserisce nell'ambito della considerazione del contratto di lavoro come contratto «di durata» e «complesso»; e non può altresì prescindere dall'implicazione in esso della persona del lavoratore, da cui, come acutamente osservato, una possibile crisi di comparabilità dei ritmi lavorativi con vicende situazionali della stessa umana<sup>4</sup>. Proprio tale contesto, come ovvio, ha portato ad una tendenziale deroga ai principi del diritto delle obbligazioni, tesi generalmente a disciplinare rapporti ben più semplici e, di regola, non coinvolgenti la persona umana ed i suoi valori.

## 2. Le fonti di disciplina. Dal codice civile alla legislazione speciale: principi e deroghe

La tutela del lavoratore malato trova un fondamentale riconoscimento nella carta Costituzionale, la quale, - dopo aver sancito all'art. 32 il diritto alla salute per tutti i cittadini<sup>5</sup>, inteso come diritto dell'individuo ed interesse della collettività - stabilisce al successivo art. 38 il loro diritto affinché «siano preveduti ed assicurati

<sup>2</sup> *Op. ult. cit.*, p. 326.

<sup>3</sup> M. DELL'OLIO, *Sospensione del rapporto di lavoro*, in *Dir. IV ed., sez. comm.*, XV, p. 21.

<sup>4</sup> *Op. loc. ult. cit.*

<sup>5</sup> Su tale norma cfr. L. MONTUSCHI, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, p. 146 ss.; F. LESSONA, in P. CALAMANDREI-A. LEVI (a cura di), *Commentario della Costituzione Italiana*, vol. I, Firenze, 1950, p. 333 ss.; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione Italiana*, in *Riv. inf. e mal. prof.*, 1961, p. 1; L. CARIASSARE, *L'art. 32 della Costituzione ed il suo significato*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, e spec. *L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967, p. 103 ss.



mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio malattia (...) delegando agli organi ed istituti predisposti dallo stato l'attuazione di tali finalità (art. 38, c. 4°).

La sospensione della prestazione per malattia ed infortunio del lavoratore subordinato è regolata in linea generale dall'art. 2110 c.c. il quale sancisce, a sua volta, in primo luogo l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere al lavoratore ammalato o infortunato la retribuzione, nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, contratti collettivi, usi ed equità – sempreché manchino forme equivalenti di previdenza ed assistenza – ed in secondo luogo il diritto del lavoratore alla conservazione del posto e dell'anzianità di servizio, con il divieto per il datore di lavoro di sciogliersi dal vincolo contrattuale prima del superamento del periodo di compimento, stabilito dalla legge, dagli usi, o secondo equità<sup>6</sup>.

È possibile ritenere che nell'art. 2110 c.c. vengano in qualche modo anticipati i valori costituzionali, quali la tutela della salute nell'ambito del rapporto di lavoro ed il conseguente riconoscimento del valore della persona del lavoratore subordinato<sup>7</sup>.

E tuttavia, come si vedrà, i medesimi valori sono riusciti ad agire, per così dire, solo successivamente e dall'esterno, sul complesso di disposizioni in materia e soprattutto sulla loro interpretazione. Valori come il diritto alla salute, il diritto alla tutela ambientale e le conseguenti posizioni di diritto soggettivo, non più ricadenti nell'alveo di una concezione pubblicistica ma di una, al contrario, effettiva implementazione di un vero diritto reale a favore dei cittadini, invero, si atteggiano a tutt'oggi e altrettanto si sono posti in passato come principi ai quali la giurisprudenza e la dottrina più attente hanno conferito rilevante significato. Di qui una maggiore tutela della persona, in genere, e della persona-lavoratore, in particolare, in quanto evidentemente «esposta» maggiormente nei suoi profili di personalità e libertà, nell'ambito di una vera e propria dilatazione del concetto stesso di salute, da un lato, e del novero dei destinatari del precetto costituzionale di cui all'art. 32, non più limitato ai soggetti istituzionali e pubblici, ma esteso a qualunque terzo, dall'altro<sup>8</sup>.

In questo senso non è apparso ultroneo il richiamo ad un'altra norma costituzionale, l'art. 38. La dottrina ha infatti segnalato un «parallelismo funzionale» tra le norme citate, nel senso che alla prima risulterebbe assegnata una funzione più generale, mentre alla seconda spetterebbe una funzione più particolare, collegata innegabilmente alla figura, con essa prevalentemente protetta, dei lavoratori. Tale insieme non appare peraltro riconducibile ad una «ottica omogenea di sicurezza

<sup>6</sup> Norme speciali in materia di sospensione del rapporto di lavoro sono previste per il lavoro nautico ed aeronautico dal c. nav. agli artt. 336, 356, 365, 909 e 926; per il lavoro domestico all'art. 2242 c.c.

<sup>7</sup> In generale cfr. R. SANTUCCI, *La sospensione del rapporto di lavoro: spunti ricostruttivi*, in *Lav. dir.*, 1989, p. 39.

<sup>8</sup> R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, p. 7 ss.

sociale», stante la peculiarità delle prestazioni economiche di malattia, come si vedrà ancor oggi ispirate a logiche e regolate da meccanismi di tipo assicurativo<sup>9</sup>.

Ma è proprio quest'altra faccia, privatistica, a interessare maggiormente il discorso che qui deve svolgersi. A tale stregua deva riconoscersi come dal citato art. 32 Cost. debba derivarsi oramai un diritto tutelabile *erga omnes*, utile a socializzare, si è detto, il diritto alla salute medesimo e, quindi, a porre notevoli limiti alla stessa iniziativa economica privata, pure tutelata dall'art. 41 Cost. Dalla norma costituzionale, cioè, si è tratta non solo l'esistenza di un diritto della personalità, ma altresì di tutta una serie di implicazioni, giuridicamente rilevanti ed efficaci nei rapporti interpretati, *in primis* in quello derivante dal contratto di lavoro subordinato E, come opportunamente sottolineato dalla dottrina che maggiormente si è occupata del tema, ciò si è perfettamente inserito nella più ampia tendenza dei diritti fondamentali a penetrare all'interno dei rapporti sociali<sup>10</sup>.

Senza potere in questa sede soffermarsi eccessivamente su questi centrali aspetti, che hanno a nostro avviso permeato il diritto del lavoro recente, anche sull'onda di una progressiva «comunitarizzazione» del diritto del lavoro, come risulterà ancor più evidente nel prosieguo della trattazione, è tuttavia necessario riferire ora come nel gioco delle fonti di disciplina della materia la norma costituzionale sia servita a rivitalizzare, ed anzi a recuperare precettività, alle norme dettate in proposito dal codice civile e dalla legislazione speciale. In particolare l'art. 2087 c.c. è stato letto, in questa nuova luce «costituzionale», come fondante una vera e propria situazione giuridica soggettiva, non monetizzabile, centrale nell'assetto sinallagmatico del contratto di lavoro; cui andava significativamente affiancato quanto previsto dall'art. 9 St. lav., a sua volta promozionale di una effettiva «collettivizzazione» della materia, questa volta non in senso di possibile negoziazione dei diritti individuali, ma ben più significativamente di assunzione di responsabilità delle organizzazioni sindacali in una materia così delicata e importante per i lavoratori<sup>11</sup>.

Rispetto al precedente periodo – seppure successivo all'approvazione della carta costituzionale – il quadro normativo si arricchisce pertanto negli ultimi tre decenni di una considerazione diversa e più profonda della materia e dei diritti ad essa sottesi, utilizzando peraltro anche strumenti «antichi» e purtuttavia flessibili, quali lo stesso art. 2087 c.c.<sup>12</sup>. Questo quadro, come appare evidente anche ad uno sguardo distratto alla vicina tematica dei danni al lavoratore<sup>13</sup>, finisce tuttavia per incidere in misura inferiore sugli istituti che vengono presi in considerazione in

<sup>9</sup> *Op. ult. cit.*, p. 11.

<sup>10</sup> *Op. ult. cit.*, p. 13.

<sup>11</sup> Su questi aspetti, oltre a R. DEL PUNTA, cit., v. anche L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1986, p. 158; PERA, in C. ASSANTI-G. PERA, *Commentario allo statuto dei lavoratori*, Padova, 1972, p. 113 ss. Più di recente M. FRANCO, *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, Milano, 1995, p. 345 ss.

<sup>12</sup> V. soprattutto e sin d'ora la C. cost. n. 184/1986 su cui v. già M. FRANCO, *op. cit.*, p. 36 ss.

<sup>13</sup> Per tutti M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Danno biologico ed oltre*, Torino, 1995.



questa sede, e in particolare su quelli che in modo più eclatante confermano come in tali ambiti la malattia (e con essa le altre, similari, ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro per causa del lavoratore) si atteggi sempre e comunque quale «impedimento», ovvero ostacolo alla realizzazione della causa del rapporto e non certo come «talore»<sup>14</sup>

Tale considerazione ci trova concordi nel momento in cui si verifica, come appena fatto, che le ipotesi di sospensione cui si fa riferimento sono quelle legate ad una *causa* inerente il lavoratore, ma non ad una *scelta* del medesimo. Ad un evento naturale, cioè, piuttosto che ad interessi dotati di una valenza, anche giuridica, positiva, attiva.

Se questo è vero, la tutela della quale ci occupiamo in questa sede consiste nella parziale e non assoluta espressione del diritto costituzionalmente garantito dall'art. 32; parziale perché essa concerne solo quella che possiamo chiamare «fase due» della garanzia del diritto alla salute, nell'ambito specifico del contratto, e del rapporto di lavoro. In una parola, la malattia, o gli altri omogenei eventi, consente solo una tutela parziale, successiva e appunto relativa del diritto alla salute; una tutela che si attegga in definitiva a «contemperamento delicato e continuo fra istanze opposte»<sup>15</sup>, collocare tuttavia sulla medesima linea che collega il contratto di lavoro alla persona del lavoratore<sup>16</sup>.

È questo necessario contemperamento di interessi e principi che ha portato ad una evidente deviazione, per il contratto di lavoro, rispetto alla tradizionale (anche essa codicistica) disciplina dell'impossibilità sopravvenuta. Un'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore, evidentemente, che tuttavia evita per così dire le classiche conseguenze delineate dal diritto comune - autوماتica estinzione del rapporto e riduzione della (contro) prestazione dovuta (artt. 1256 e 1258 c.c.), nonché estinzione della reciproca obbligazione e risoluzione di diritto del contratto (art. 1463 c.c.) - per addiventare invece a soluzioni più favorevoli alla parte debole del rapporto, sempre, si è detto, sulla base di altra regola codicistica (artt. 2110 e 2111).

Di recente, tuttavia, la dottrina si è nuovamente soffermata, e a dire il vero ben più approfonditamente del solito, sull'argomento delle sospensioni, arrivando a conclusioni diverse rispetto al passato sul piano della configurazione generale dei casi di sospensione, discutendosi tra l'altro se occorra parlare di sospensioni del rapporto ovvero della prestazione o obbligatezza<sup>17</sup>.

In primo luogo, la dottrina citata opportunamente ha ricordato la labilità dei confini tradizionalmente tracciati tra *pause e riposi*, ovvero eventi «fisiologici» del

rapporto di lavoro e sospensioni vere e proprie, eventi «patologici» e vizi funzionali del rapporto rispetto alla causa del contratto<sup>18</sup>. È di conseguenza si è imposta anche qui una trattazione unitaria degli stessi, anche in considerazione che gli istituti normalmente richiamati per differenziare le varie ipotesi (trattamento economico, anzianità di servizio, obblighi accessori e diritto alla conservazione del posto) non sono, secondo tale impostazione, utili a confermare la suddetta partizione.

La medesima dottrina ha poi, e a nostro avviso condivisibilmente, ritenuto la non riconducibilità della maggior parte dei casi di sospensione *della prestazione* alla categoria dogmatica dell'impossibilità temporanea (o parziale) sopravvenuta. Tale riconduzione, ovviamente conforme alla sentita esigenza post-costituzionale di tutelare più intensamente - ma anche in casi ben determinati - i ricordati diritti della personalità del lavoratore subordinato, non sembra in effetti sposarsi perfettamente con gli svariati casi e norme che, ad oggi, prevedono l'astensione dal lavoro anche se per esigenze proprie della persona del lavoratore<sup>19</sup>.

Se dunque non può parlarsi di impossibilità sopravvenuta, con ovvie ricadute non solo teoriche ma pratiche, pare corretto riferirsi, come anticipato, ad un altro principio, ovvero quello della inesigibilità. Tale ricostruzione, è quasi inutile dirlo, si manifesta funzionale alla più generale concezione del contenuto del contratto di lavoro in termini assicurativi, propugnata dalla medesima dottrina citata.

È ancora, seguendo tale prospettiva è facile, e anche riteniamo soddisfacente, rilevare come sia lo stesso contratto di lavoro a «delineare una serie di ipotesi nelle quali l'interesse del lavoratore all'astensione dal lavoro o l'interesse pubblico all'adempimento da parte del lavoratore di un dovere collidente con l'obbligazione lavorativa, possono prevalere sull'interesse del creditore al normale svolgimento dell'attività lavorativa», determinandone appunto la temporanea «inesigibilità»<sup>20</sup>. Se questa rilettura delle norme in tema di sospensione del rapporto è condivisibile, essa comporta altresì che la - fino a questo momento affermata - sospensione *del rapporto* non possa più facilmente distinguersi dalla sospensione della (*sola*) prestazione. In altre parole, solo due specifiche ipotesi - impossibilità sopravvenuta *stricto sensu* e sospensione consensuale (sulla quale *infra*) - possono considerarsi vicende modificative del rapporto di lavoro, altrimenti dovendosi più esattamente parlare di sospensione, appunto, della prestazione, di per sé caratterizzata da una propria elasticità e flessibilità.

Si tratta, vi è da dire, di una ricostruzione che si colloca al di fuori dell'alveo del-

<sup>18</sup> Op. cit.: ivi anche ampie citazioni della dottrina sul punto, tra cui debbono ricordarsi senz'altro P. MAGNO, *Le vicende sospensive del rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 1976; T. TREU, *Onerosità e correttezza nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 1976; G. SUPPES, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Padova, 1982; R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Milano, 1992.

<sup>19</sup> P. ICHINO, op. cit., p. 7.

<sup>20</sup> Oltre all'Autore da ultimo cit., v. soprattutto C. SMURAGLIA, *La persona del lavoratore*, cit., pp. 238-245.

<sup>14</sup> R. DEL PUNTA, op. cit., 19; v. anche M. CINELLI, *I permessi nelle vicende del rapporto di lavoro*, Milano, 1984, p. 203 ss.

<sup>15</sup> R. DEL PUNTA, op. cit., p. 21.

<sup>16</sup> Sulla persona nel contratto di lavoro v. per tutti C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, *passim*.

<sup>17</sup> Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, Milano, 2003, cap. XIII, *passim*.



la tradizionale e maggioritaria dottrina in tema<sup>21</sup>, e che tuttavia richiama intuizioni di altri, altrettanto autorevoli, Autori<sup>22</sup>, che parlano in proposito di «sospensione non del rapporto di lavoro, ma soltanto dell'obbligazione di lavoro». Proprio per questo, tuttavia, le conseguenti soluzioni proposte circa le questioni concretamente dibattute (ad es. cumulo di cause sospensive diverse e trattamento economico applicabile, rapporti tra malattia e sciopero, rapporti tra festività infrasettimanale e sospensione per Cig, aspettativa per chiamata a funzioni pubbliche elettive o a cariche sindacali, incidenza sull'anzianità di servizio)<sup>23</sup>, appaiono talora in netta controtendenza rispetto all'orientamento prevalente. Il che, a nostro avviso, nulla toglie alla lucidità e profondità dell'approccio proposto, che trova conferma in un'ampia trattazione della materia in un paragrafo successivo<sup>24</sup>.

Tornando alle fonti di regolamentazione dell'istituto in oggetto, non va poi dimenticata, per la malattia e l'infortunio, la norma di cui all'art. 98 delle disposizioni di attuazione del c.c. che conserva efficacia all'art. 6, r.d.l. n. 1825/1924, circa il trattamento degli impiegati malati. La disposizione, anche se è poi stata largamente migliorata dalla successiva contrattazione collettiva, può trovare ancora applicazione nei casi in cui il contratto collettivo manchi di efficacia o faccia ad essa riferimento come ad un trattamento minimo.

Per quanto riguarda le modalità di pagamento dell'indennità di malattia e di certificazione della stessa sono disciplinate dalla l. n. 33/1980.

Una legislazione speciale è altresì prevista per quanto riguarda le cure termali, la tossicodipendenza e la tubercolosi.

### 3. La tradizionale nozione di malattia quale causa di impossibilità della prestazione

La nozione di malattia tutelata dall'art. 2110 c.c. – quale evento che causa la sospensione del rapporto di lavoro – non coincide con quella rinvenibile dalla scienza medica, ove rileva qualsiasi alterazione delle normali condizioni o del normale

<sup>21</sup> Per tutti L. MENGONI, *Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950.

<sup>22</sup> G. SUPPIEJ, *op. ult. cit.*, p. 348.

<sup>23</sup> *Amplius* P. ICHINO, *op. ult. cit.*, p. 17 ss.

<sup>24</sup> *Op. ult. cit.*, p. 47 ss. Qui si trovano invero confermate le idee circa la *originarietà nel contratto* (c.n.) dell'interesse del lavoratore ad una propria tutela nei casi di sospensione della prestazione lavorativa «in ossequio al principio fondamentale di tutela della persona» e di altri, rilevanti, principi. Allo stesso modo viene affermata la peculiare «funzione di garanzia di sicurezza per il lavoratore» svolta dal contratto di lavoro subordinato, fondata sulla ragione socio-economica dello squilibrio tra le parti in caso di cessazione del rapporto e, in definitiva, sulle asimmetrie informative che caratterizzano il mercato del lavoro; da ultimo, dello stesso A., v. *A che cosa serve il sindacato*, Milano, 2005, *passim* sul punto.

equilibrio psico-fisico dell'individuo, ma consiste piuttosto in ogni alterazione delle normali condizioni psico-fisiche comportante una incapacità specifica al lavoro ed in particolare alle prestazioni esigibili.

Indicazioni positive in tal senso si rinvergono sia nelle pronunce giurisprudenziali<sup>25</sup> come del resto nell'art. 2, c. 1°, n. 33/1980 – che fa riferimento ai casi di infermità comportanti «incapacità lavorativa» – sia nella convenzione O.I.L. n. 132/1970 resa esecutiva con la l. n. 157/1980, ove parimenti si parla di «incapacità al lavoro».

Nella nozione di malattia tutelata dalla norma in commento, sono quindi presenti due fattori, quello dell'impossibilità o incapacità di rendere la prestazione e quello della tutela della salute, che l'art. 2110 c.c. garantisce in via prioritaria, in virtù del dettato Costituzionale, all'interno del rapporto di lavoro<sup>26</sup>.

La lettura qui prospettata propone il concetto di impossibilità come sfondo sistematico della fattispecie che stiamo esaminando e della disciplina che vi si ricollega<sup>27</sup>.

La malattia potrà così essere concepita quale adattamento della nozione di impossibilità, ossia come la particolare veste con cui l'impossibilità si presenta nel rapporto di lavoro; di conseguenza, l'elemento che assume rilevanza centrale ai fini definitivi è l'incapacità al lavoro, inteso come dato autonomo ed autosufficiente<sup>28</sup>.

In questo contesto interviene anche l'INPS con due circolari nn. 134368 e 134379/1981, il quale ha esaminato la nozione di malattia ai fini del diritto all'indennità giornaliera definendola «uno stato morboso che comporti inabilità al lavoro».

Da ciò ne deriva che numerose malattie, anche di non lieve entità, possano essere prive di rilevanza diretta nel rapporto di lavoro in quanto non costituiscono impedimento alla normale prestazione: si pensi ai disturbi cardiaci meno gravi, oppure ad alcuni disturbi cronici dell'apparato circolatorio, alle forme più comuni di menomazione della vista, ai disturbi sessuali, ulcere gastriche in fasi meno acute e altre malattie dentarie<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. Cass. 14 agosto 1991, n. 8855, in *Giust. civ. mass.*, 1991, fasc. 8; Pret. Parma, 22 luglio 1995, in *Giust. civ. mass.*, 1995, p. 3996 secondo la quale, affinché l'assenza del lavoratore per malattia sia giustificata non basta che vanga accertata l'esistenza di una infermità ma è necessario che questa sia di natura ed entità tale da determinare una incapacità lavorativa in relazione alle specifiche mansioni del lavoratore; cfr. ancora Cass. 14 dicembre 1999, n. 10065, in *Mass. giur. lav.*, 2000.

<sup>26</sup> Per un'ampia rassegna di definizioni mediche e giuridiche della malattia, v. L. BONARETTI-E. CHERICONI, *Malattia e lavoro subordinato*, Milano, 1979, p. 25 ss.; cfr. anche G. AMORTH, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Padova, 1974, p. 11.

<sup>27</sup> Così R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro, malattia, infortunio, maternità, servizio militare. Artt. 2110-2111 c.c.*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992, p. 44.

<sup>28</sup> Cfr. in tal senso S. PICCININNO, *Le assenze per malattia*, Roma, 1986.

<sup>29</sup> Cfr. P. ICHINO, *Malattia del lavoratore subordinato*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1988, p. 2.



È utile precisare in tale senso che la sussistenza o meno di un impedimento deve essere valutata non avendo riguardo rigorosamente ad una impossibilità estrema, bensì ad un livello ragionevole di prestazione che può richiedersi all'uomo medio; ne segue che, accogliendo questa ipotesi, la tutela è graduata, e cioè è sufficiente un disturbo lieve per far dichiarare quel lavoratore malato, ciò però all'interno di una condizione che quel medesimo disturbo venga a correre un concreto rischio di aggravamento o acuitazione o inasprimento in caso di continuazione del lavoro da parte del soggetto.<sup>30</sup>

Per definire l'incapacità al lavoro è necessario peraltro valutare le mansioni specificamente svolte dal lavoratore subordinato; ciò comporta quindi per il medico che effettua la diagnosi il dovere di accertarsi previamente delle mansioni cui il paziente è adibito e di modulare in relazione a quelle la valutazione sulla sussistenza dell'impedimento o comunque sulla prognosi.<sup>31</sup> Gli esempi in questo caso sono molteplici: basti pensare a come una frattura del polso possa creare impossibilità al lavoro ad un operaio addetto alla lavorazione del legno mentre la stessa diagnosi non possa creare impossibilità al lavoro ad una impiegata con mansioni di centralinista in quanto tale infermità non comporta inabilità a svolgere le sue mansioni e allo stesso tempo non comprometteva il suo stato di salute.

È chiaro quindi che la definizione lavoristica di malattia è la risultante di un fascio di concetti che non può essere separato: «la malattia quale alterazione delle normali condizioni psico-fisiche, comportanti una incapacità specifica al lavoro ed in particolare alle prestazioni «sigibili» deve essere vista in stretta relazione con le

<sup>30</sup> La Suprema Corte in una pronuncia significativa in tal senso ha sottolineato che «la circostanza che una determinata sindrome caratterizzata da cefalea, nausea e vomito che renda la lavoratrice temporaneamente e periodicamente incapace al lavoro sia ad un fatto fisiologico (c.d. sindrome premenstruale), non esclude che la stessa sindrome sia da considerare quale vera e propria malattia rientranne nella previsione di cui all'art. 2110 c.c.». Cfr. Cass. 27 marzo 1991, n. 3332, in *Not. giur. lav.*, 1991, p. 141; ed ancora, «è invece qualificabile come malattia il periodo di convalescenza (nel caso di tre mesi) seguito dalla fase acuta dell'evento morboso e necessario ai fini della completa guarigione». Cfr. Cass. 4 giugno 1998, n. 5509, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 77.

<sup>31</sup> Cfr. M. TAVARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Padova, 1993, p. 31 in cui si afferma che «l'incapacità lavorativa va intesa non in senso assoluto e generico, ma relativo e specifico, dovendo essere rapportata all'attività che altrimenti l'ammalato dovrebbe svolgere, con pregiudizio alla sua salute». Di ciò ne dà sicura conferma l'art. 2, l. 29 febbraio 1980, n. 33, come modificato dall'art. 15, l. 23 aprile 1981, n. 155, il quale prescrive che il medico curante «nei casi di infermità comportanti incapacità lavorativa» redige il certificato di diagnosi e l'attestazione di prognosi, che il lavoratore deve inoltrare, rispettivamente all'INPS ed al datore di lavoro. Non meno importante è il riscontro che si innalza nel decreto del Ministero della Sanità 8 gennaio 1985, che, nel modificare l'art. 4, d.m. 25 febbraio 1984, relativo allo schema tipo di convenzione previsto dall'art. 5, c. 9°, l. 11 novembre 1983, n. 658, ha disposto che il medico di controllo deve confermare o meno «l'esistenza di una malattia che produca incapacità al lavoro». Trattasi in sostanza di un processo in atto di alterazione patologica di organi e delle loro funzioni, che, per i sintomi con cui si manifesta e per le conseguenze che produce sull'organismo del lavoratore, impedisce temporaneamente l'esecuzione della prestazione lavorativa. In tal senso cfr. anche Cass. 23 settembre 1987, n. 7279, in *Not. giur. lav.*, 1987, p. 433 e Cass. 30 luglio 1987, n. 6632, *ibidem*, 1988, p. 67.

mansioni del dipendente, e l'inabilità si lascia apprezzare, a sua volta, solo in relazione all'esigenza di tutela del suo diritto alla salute.

I problemi sono inverosimili quando ci si trovi ad occupare di tutti quei casi in cui il soggetto, pur non soffrendo al momento di una tangibile infermità, deve sottoporsi ad accertamenti clinici e/o chirurgici per prevenire o curare una futura o possibile infermità appunto diagnosticata.

In tal caso è opportuno fare delle distinzioni. Anzitutto, se l'accertamento o l'intervento (ed i periodi di degenza ospedaliera prodromici ad essa) si legano alla necessità di curare una affezione già in corso anche se in stadi tali da non provocare ancora una incapacità al lavoro (ad esempio nel caso di un tumore a lento decorso), non sorge il dubbio sul fatto che si tratti della fattispecie di malattia poiché l'esigenza curativa impone al soggetto di abbandonare temporaneamente il lavoro.

Il concetto di malattia può trovare però maggior ampiezza nei casi invece di sospensione temporanea dal lavoro per effettuare quegli accertamenti od analisi di laboratorio aventi finalità preventive o precauzionali, o dei controlli medici volti alla prevenzione di una determinata malattia, prescritti dal medico di fiducia in relazione alla possibile presenza di una malattia a lento decorso, magari legata a malformazioni congenite del soggetto, a precedenti episodi morbosi oppure, a maggior ragione, all'insorgenza di concreti possibili sintomi.

Diversa è invece la situazione nella quale il soggetto non abbia concrete ragioni di supporre l'esistenza di una malattia, quantomeno a parere del medico, ma voglia ugualmente sottoporsi ad esami particolari; in questa fattispecie è opportuno che il lavoratore usufruisca dei permessi, escludendosi che egli possa invocare l'art. 2110 c.c. giacché si è al di fuori di una qualsiasi definizione di malattia per quanto latentemente intesa. Ciò non perché la prevenzione non abbia un'importanza fondamentale ma perché non può essere considerata a carico del contratto di lavoro.<sup>32</sup>

Le medesime conclusioni valgono, a maggior ragione, per accertamenti o interventi chirurgici legati essenzialmente ad esigenze di natura psicologica, e non a particolari per la salute ragionevolmente intesa, qual è tipicamente il caso degli interventi di chirurgia estetica.

Caso altrettanto delicato si presenta di fronte alla malattia inferiva che non comporti uno stato di incapacità lavorativa bensì comporti il rischio di contagio alla collettività. In questi casi la malattia inferiva è stata considerata a tutti gli effetti malattia a prescindere dallo stato di inabilità al lavoro o meno esclusivamente per le sue implicazioni contagiose; un caso nel quale il concetto di malattia tende più che mai a divaricarsi da quello di impossibilità, per qualificarsi in relazione all'interessesse della salute di terzi. Naturalmente, molto dipende dalle modalità e possibilità di contagio legate a ciascun evento morboso.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Sul contratto di lavoro come contratto a funzione assicurativa da ultimo v. ancora P. ICHINO, *La*

*che cosa serve il sindacato*, cit.

<sup>33</sup> Cfr. P. ICHINO, *Sui lavoratori tossicodipendenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 542.



#### 4. La nozione di infortunio sul lavoro e malattia professionale

##### 4.1. L'infortunio sul lavoro

Anche per l'infortunio sul lavoro l'art. 2110 c.c. prevede le conseguenze della sospensione del rapporto di lavoro, della conservazione del posto e della corresponsione di una indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dalle norme collettive, dagli usi o secondo equità.

Secondo la Corte di Cassazione l'art. 2110 c.c. contiene un'ampia e generica nozione di infortunio e malattia, comprensiva anche degli impedimenti determinati da cause di lavoro<sup>34</sup>.

Sul piano generale, per quanto attiene alle fonti che disciplinano tale materia, la prima normativa organica in tema di infortuni sul lavoro risale al 1898, ma la fonte basilare dell'attuale sistema assicurativo è il r.d. 17 agosto 1935, n. 1765, integrato da altre norme dell'epoca; successivamente il codice civile ha formulato l'art. 2087 c.c. in cui è disposto che «l'imprenditore è tenuto ad adottare, nell'esercizio dell'impresa, le misure che secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro». In seguito è stato emanato un «Testo Unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali», approvato con d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124, e lo «Statuto dei lavoratori» che va ad incidere profondamente anche in tema di legislazione prevenzionistica. Sono state inoltre emanate la l. 26 novembre 1981, n. 689, che dispone la depenalizzazione delle contravvenzioni nel sistema dell'assicurazione degli infortuni, la l. 17 maggio 1999, n. 144 con delega al Governo per il riordino della normativa INAIL ed infine il d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38 che ha apportato l'ultima sostanziale riforma.

L'evoluzione legislativa è stata caratterizzata quindi da una logica di tipo prevenzionistico ed assicurativo; per il profilo del rapporto tra datore di lavoro e lavoratore infortunato e della conseguente responsabilità, va dato conto di una evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sulla posizione della responsabilità extracontrattuale e di quella contrattuale, da quest'ultima alla responsabilità oggettiva ed infine, al principio del rischio professionale<sup>35</sup>.

Nel vigente Testo Unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali si definisce infortunio sul lavoro «quello avvenuto per causa violenta in occasione di lavoro che determina la morte, l'inabilità permanente al lavoro, assoluto o parziale, oppure una inabilità temporanea assoluta superiore a tre giorni di lavoro».

Causa violenta ed occasione di lavoro sono, pertanto, i due elementi caratterizzanti l'infortunio, e al tempo stesso di diversità rispetto alla malattia professionale.

<sup>34</sup> Cfr. ad es. Cass. 28 gennaio 1997, n. 860, in *Mass. giur. it.*, 1997.

<sup>35</sup> Cfr. G. CASALE, *L'assicurazione infortuni e malattie professionali*, Milano, 2001, p. 311.

Volendo riassumere in una definizione il fiume di inchiostro usato dalla Suprema Corte sul primo dei requisiti, è possibile affermare che la causa è violenta quando essa è necessaria e sufficiente a ledere l'organismo del lavoratore operando *ab extrinseco* mediante azione individuale e concentrata nel tempo. Non è invece necessario che la causa violenta abbia in sé i caratteri della straordinarietà, dell'imprevedibilità o accidentalità.

In pratica, la causa è violenta quando è efficiente, rapida ed esterna.

Le ipotesi di causa violenta più comuni sono quelle derivanti dall'utilizzo di energia meccanica e dunque lesioni prodotte da macchine, attrezzi di lavoro, ecc. ...; altre volte invece, la causa violenta può essere determinata in altro modo: ad esempio da energia elettrica ed elettromagnetica quali la corrente elettrica o il fulmine; da energia termica quali colpi di sole o assideramento; o ancora da sostanze tossiche, quali inalazioni di sostanze venefiche; da cause di natura microbica come le penetrazioni nell'organismo a seguito di contatto di germi patogeni ed ancora da cause di natura psichica come nevrosi da spavento.

L'infortunio sul lavoro quindi va sempre collegato alla causa violenta, anche quando sono presenti fattori preesistenti o sopravvenuti, definiti concause, la cui presenza andrà ad incidere però solo sulla determinazione della rendita.

Il secondo elemento che definisce l'infortunio sul lavoro è dato dall'occasione di lavoro, sul cui concetto pure si è scritto molto.

Per cercare di comprendere l'esatta portata di questo concetto è utile sottolineare che il Testo Unico emanato con d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124 – oggetto di recenti modifiche con il d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38 – non parla di infortunio che si verifica *a causa del lavoro*, bensì *in occasione di lavoro*. Questo sta a significare che non è necessario un rapporto diretto di causa – effetto, ma è sufficiente che il rischio sia derivazione della prestazione lavorativa svolta<sup>36</sup>. Di contro, non basta a realizzare l'occasione di lavoro la semplice coincidenza cronologica o topografica, ovvero che l'infortunio sia occorso durante il normale orario di lavoro o sul luogo di lavoro.

Collegato al concetto di infortunio sul lavoro è l'infortunio *in itinere* che ha visto coronare la sua origine giurisprudenziale e dottrinale nell'art. 12, d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38.

Infine, affinché l'evento originato da causa violenta ed in occasione di lavoro realizzi la fattispecie dell'infortunio sul lavoro esso deve produrre, come conseguenza lesiva, la morte del lavoratore ovvero un'inabilità al lavoro del medesimo.

<sup>36</sup> In merito all'occasione di lavoro quale elemento tipicizzante l'evento infortunio cfr. Cass. 18 gennaio 1991, n. 430, in *Giust. civ. mass.*, 1991, fasc. 1; Cass. 2 marzo 1991, n. 2195, in *Orient. giur. lav.*, 1992, I, p. 201; Cass. 24 luglio 1991, n. 8292, in *Giust. civ. mass.*, 1991, fasc. 7; Cass. 28 aprile 1992, n. 5070, in *Giust. civ. mass.*, f. 4; Cass. 13 ottobre 1992, n. 11172, in *Riv. inf. e mal. prof.*, 1993, II, p. 16; Cass. 4 novembre 1993, n. 10895, in *Orient. giur. lav.*, 1994, p. 154; Cass. 26 novembre 1994, n. 10065, in *Riv. inf. e mal. prof.*, 1995, II, p. 38; Cass. 4 ottobre 1995, n. 10406, in *Riv. inf. e mal. prof.*, 1995, II, p. 147; Cass. 5 febbraio 1998, n. 1196, in *Giust. civ. mass.*, 1998, p. 250; Cass. 11 aprile 1998, n. 3747, in *Giust. civ. mass.*, 1998, p. 792.







L'invalidità è realizzata quando comporta una totale o parziale incapacità lavorativa definitiva oppure una totale incapacità lavorativa momentanea della durata superiore ai tre giorni.

#### 4.2. La malattia professionale

La tutela della malattia professionale si aggiunge negli anni a quella dell'infortunio sul lavoro, da cui si differenzia nei requisiti della causa e dell'occasione di lavoro.

L'insorgere di una malattia professionale è infatti sempre caratterizzato da una causa non violenta ossia da una serie di fattori che agiscono lentamente sull'organismo; inoltre, tra la malattia ed il tipo di lavoro che il lavoratore svolge, esiste sempre un nesso di causalità esclusivo e preminente.

È proprio in conseguenza di questo nesso di causalità diretta che il legislatore scelse il sistema tabellare tassativo, ossia un elenco tassativo di tecnopatie e di lavorazioni morbigene, in base al quale l'eventuale insorgenza di una malattia che colpisce un lavoratore addetto ad una lavorazione morbigena, per essere indennizzata, deve manifestarsi entro un determinato periodo di tempo dopo l'abbandono della predetta lavorazione.

Orbene, il sistema tabellare, se da un lato ha il vantaggio di esonerare il lavoratore dall'onere di provare che quella malattia è stata causata effettivamente da quella lavorazione morbigena, dall'altro ha il difetto di circoscrivere la tutela alle sole tecnopatie elencate nella tabella.

Per eliminare tale inconveniente una sentenza della Corte costituzionale<sup>37</sup> ha dichiarato illegittimo l'art. 3, c. 1°, art. 211 t.u. nella parte in cui non prevedeva che l'assicurazione coprisse anche malattie diverse da quelle tabellate e da quelle provocate da una lavorazione specificata o da un agente patogeno indicato nella tabella stessa. Di seguito a tale sentenza l'INAIL, con circolare 30 settembre 1997 n. 80, ha introdotto di fatto un sistema misto, estendendo la tutela anche al caso di tecnopatie non contemplate nelle liste, ma manifestatesi dopo un periodo massimo di indennizzabilità<sup>38</sup>. Incomberà ovviamente sul lavoratore l'onere di provare il nesso di causalità tra lo stato morbigeno insorto e la lavorazione svolta<sup>39</sup>.

Per il riconoscimento della natura professionale della malattia, il lavoratore è te-

<sup>37</sup> C. cost. 18 febbraio 1988, n. 179, in *Riv. pen. economia*, 1989, p. 105.

<sup>38</sup> Cfr. Cass. 26 luglio 2004, n. 14023, in *Giust. civ. mass.*, f. 7-8.

<sup>39</sup> In merito al nesso di causalità tra malattia denunciata ed attività svolta cfr. Cass. 29 maggio 2004, n. 10448, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 698, con nota di A. GARLATTI secondo la quale, il nesso causale tra malattia professionale e causa lavorativa non è escluso da una precedente predisposizione morbosa del lavoratore e quindi dal concorso di altre cause aventi origine extralavorativa. Cfr. inoltre Cass. 11 giugno 2004, n. 11128, in *Giust. civ. mass.*, 2004, f. 6; Cass. 25 febbraio 2005, n. 2005, in *Giust. civ. mass.*, 2005, f. 2.; Cass. 17 marzo 2005, n. 5890, in *Giust. civ. mass.*, 2005, f. 3; Cass. 25 settembre 2004, n. 19312, in *Giust. civ. mass.*, 2004, f. 9.

nuto a produrre tutta la documentazione ragionevolmente acquisibile sia sulle condizioni di rischio che sull'esistenza della malattia.

Inoltre, ad integrazione della precedente normativa ed allo scopo di una più costante ed aggiornata revisione della tabella delle malattie professionali, il d.lgs. n. 38/2000, all'art. 10, ha disposto la costituzione di un'apposita Commissione scientifica che, avvalendosi della collaborazione di istituti ed enti di ricerca, possa valutare il riconoscimento di patologie che abbiano a rientrare nel campo delle malattie professionali.

Una fase importante della malattia professionale è quindi la sua manifestazione. Questa è indispensabile per stabilire l'inizio del periodo di indennizzabilità, o l'inizio del decorrere della prescrizione triennale di cui all'art. 112 t.u.

La giurisprudenza in merito al concetto di manifestazione ha chiarito che esso deve essere inteso come un fatto o una serie di fatti, che dia la certezza sia che la malattia esiste, sia che il lavoratore ne sia a conoscenza<sup>40</sup>. Sotto questo profilo è necessario distinguere il caso in cui la malattia insorga in costanza di rapporto di lavoro, nel qual caso essa si manifesta con il primo giorno di sospensione da lavoro; se invece la malattia si manifesta dopo la cessazione del rapporto di lavoro la manifestazione si da coincidere con l'invio all'INAIL della denuncia corredata da certificazione medica.

#### 5. L'ambito di applicazione dell'art. 2110 c.c.

La disciplina di cui all'art. 2110 c.c. è una norma di applicabilità generale. Essa vale per tutti i lavoratori subordinati, anche se legati da rapporti di lavoro particolari come quelli di apprendistato, di formazione e lavoro, oggi contratti di inserimento, contratti a termine, contratti a tempo parziale o in prova.

Si impongono dunque alcune annotazioni su queste tipologie di rapporto di lavoro subordinato, soffermandosi in particolare su alcune fattispecie.

##### 5.1. Art. 2110 c.c. e contratti atipici di lavoro subordinato

L'art. 2110 c.c. con il conseguente regime di sospensione del rapporto di lavoro è applicabile anche al contratto di apprendistato e formazione lavoro, al contratto a tempo determinato e a tempo parziale in quanto non è incompatibile con la specialità di tali rapporti.

Una parte della dottrina e una timida corrente giurisprudenziale<sup>41</sup> sono interve-

<sup>40</sup> In merito cfr. Cass. 18 agosto 2000, n. 10951, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 1816; Cass. 10 dicembre 2004, n. 23110, in *Giust. civ. mass.*, 2004, f. 12.

<sup>41</sup> Cfr. T. RENZI, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da F. Carinci, vol. II, Torino, e Pret. Milano, 11 aprile 1981, in *Lav. '80*, 1981, p. 694, secondo cui «è legittima in un contratto a termine per lavoro all'estero, la previsione di un periodo di comporto per malattia più breve di quello previ-







nuti in merito al contratto a termine sostenendo la necessità di procedere al riproporzionamento del comparto previsto dal contratto collettivo con riferimento alla ridotta durata del contatto; va detto peraltro che il rapporto di lavoro a tempo determinato si estingue alla scadenza del termine legittimamente apposto e, pertanto, i periodi di infortunio e malattia sopravvenuti non possono allungare il termine stesso<sup>42</sup>.

Lo stesso criterio si applica al contratto a tempo parziale in cui, come si legge da una pronuncia della Suprema Corte «il comparto per malattia e quindi il termine di conservazione del posto di lavoro, non può essere superiore bensì uguale o proporzionalmente inferiore a quello previsto dal contratto collettivo per la prestazione a *full time*, giacché la diversa configurazione del rapporto non può giustificare un diverso sacrificio in capo all'imprenditore; pertanto, ove il contratto collettivo non preveda un diverso termine di comparto per il lavoratore *part-time* il giudice dovrà valutarlo in via equitativa in relazione alla fattispecie tipica di lavoro subordinato, applicando al lavoratore *part-time* lo stesso termine o riducendolo proporzionalmente alla quantità della prestazione ed al sacrificio che il datore di lavoro si era assunto in relazione ad una durata normale del rapporto di lavoro»<sup>43</sup>.

Tale orientamento risulta confermato sia dalla più recente giurisprudenza di legittimità che di merito<sup>44</sup>.

Per quanto riguarda i contratti a contenuto formativo, secondo le regole generali, l'insorgenza della malattia da luogo alla sospensione del rapporto per tutta la durata della stessa, nei limiti del comparto ed alla possibilità di risolvere il rapporto stesso in caso di superamento del periodo protetto<sup>45</sup>.

Per i contratti a contenuto formativo tuttavia, la malattia determina anche un altro effetto: il prolungamento del contratto per un periodo pari alla durata dell'invalidità, naturalmente entro i limiti temporali del contratto a contenuto formativo.

Questo principio è stato, peraltro, autorevolmente fatto proprio dalla Corte costituzionale nella cui sentenza si sottolinea che «essendo lo schema causale del contratto (nella specie di formazione e lavoro) caratterizzato non solo dallo scambio tra prestazione lavorativa e retribuzione, ma anche da una finalità formativa, qualora fatti oggettivamente impeditivi, quali una malattia, precludano il raggiungimento di tale finalità, si deve ammettere la proroga pari al periodo di sospensio-

sto dal contratto collettivo per il settore essendo quest'ultimo applicabile esclusivamente nei limiti del territorio nazionale e comunque al rapporto di lavoro a tempo indeterminato».

<sup>42</sup> Cfr. in merito Pret. Torino, 2 luglio 1992, in *Giur. piem.*, 1992, p. 453 conforme Pret. Roma, 4 marzo 1994, in *Lav. giur.*, 1994, p. 1279.

<sup>43</sup> Cfr. in merito Cass. 11 aprile 1990, n. 3063, in *Mass. giur. lav.*, 1990, p. 424 nella cui specie la Suprema Corte ha sancito che – in relazione al c.c.n.l. 8 luglio 1982 per gli addetti ai pubblici esercizi che prevedeva, all'art. 61, un comparto di 180 giorni per il rapporto di lavoro *full-time* – aveva ritenuto proporzionalmente ridotto alla metà quello stesso termine di comparto per il rapporto di lavoro *part-time* per il quale il contratto non dettava allora nessuna norma specifica.

<sup>44</sup> Cfr. in merito Pret. Roma, 19 ottobre 1992, in *Giur. it.*, I, 2, p. 504; Pret. Firenze, 29 ottobre 1993, in *Trattato giur. lav.*, 1994, p. 36; Pret. Roma, 29 marzo 1994, in *Dir. lav.*, 1994, II, p. 143 con riferimento al *part-time* verticale.

<sup>45</sup> Cfr. in tal senso F. BALLATORE, *Il contratto di formazione e lavoro*, Torino, 1984, p. 18.

ne»<sup>46</sup>. Non mancano tuttavia le pronunce di opposto tenore che mettono l'accento sulla scadenza del termine piuttosto che sulle finalità formative<sup>47</sup>.

Alla *vexata questio* – di difficile soluzione soprattutto per la mancanza di norme che regolino specificatamente la fattispecie – il definitivo sigillo sembra essere stato apposto dal citato intervento della Corte costituzionale<sup>48</sup>, consacrato poi dalla giurisprudenza di merito che in questo senso tende ad uniformarsi seguendo una *ratio* interpretativa secondo la quale «in caso di assenza con obbligo di conservazione del posto, la proroga del termine non deve ritenersi dovuta in modo automatico, ma deve ritenersi sempre rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito con valutazione circa la possibilità di una valutazione differita al rientro del lavoratore, al di fuori dei modi e dei tempi in origine programmati, con costi e modalità sostenibili da parte del datore di lavoro»<sup>49</sup>.

Quella di cui sopra sembra essere quindi una conclusione assai ragionevole, che tiene conto delle finalità del contratto di formazione e lavoro ma non disconosce l'esistenza di difficoltà applicative che, in concreto, si possono frapporre ad una formazione ritardata rispetto a quella programmata dall'azienda<sup>50</sup>.

## 5.2. Art. 2110 c.c. e malattia insorta durante il periodo di prova

L'obbligo della conservazione del posto compete anche nei confronti del lavoratore che sia caduto in malattia durante il periodo di prova.

<sup>46</sup> C. cost. 8 aprile 1993, n. 149, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 148.

<sup>47</sup> In una pronuncia giurisprudenziale si legge infatti che «l'art. 2110, c. 2°, c.c., che attribuisce al datore di lavoro un autonomo potere di recesso (...) è applicabile anche al contratto a termine, ed al contratto di formazione e lavoro che ne costituisce una specie, senza che in tal caso, ove il detto periodo maturi prima della scadenza del termine del contratto, il rapporto debba essere prorogato per un periodo pari a quello della sospensione onde consentire il completamento della formazione»: cfr. Cass. 7 novembre 1995, n. 11578, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 706 conforme Pret. Torino, 2 maggio 1991, in *Riv. dir. impresa*, 1992, p. 1054.

<sup>48</sup> La Corte con la citata pronuncia ha superato peraltro un precedente orientamento (cfr. C. cost. 25 maggio 1987, n. 190, in *Foro it.*, 1988, I, c. 361) che aveva sottolineato la prevalenza del profilo occupazionale su quello formativo del contratto di formazione e lavoro; essa ha infatti affermato, in modo deciso, in primo luogo «la peculiarità dello schema causale del c.f.l. rispetto al normale contratto di lavoro subordinato, schema causale arricchito dall'elemento della formazione che si intreccia con il momento lavorativo» e che consente quindi di parlare di «causa mista» per un contratto, come quello di formazione e lavoro considerato, può dirsi ormai pacifico, *species* del più ampio *genus* contratto a tempo determinato. In secondo luogo, ed è ciò che più interessa, ha affermato la stretta correlazione tra la durata del rapporto ed il fine formativo, qualificando l'opposizione del termine come «funzionale alle finalità negoziali proprie in quanto la mera prestazione lavorativa non esaurisce i contenuti sinallagmatici del contratto» con la logica conclusione della proroga per un periodo pari a quello della sospensione ai fini del completamento della formazione, in tutti i casi in cui si verificano fatti oggettivamente impeditivi della formazione professionale (nel caso di specie l'assolvimento del servizio militare di leva).

<sup>49</sup> Cass. 28 marzo 1997, n. 2822, in *Dir. lav.*, 1998, II, p. 3 con nota di V. VALENTINI.

<sup>50</sup> Cfr. F. BALLATORE, *Il rapporto di lavoro privato subordinato*, II ed., in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 2004, p. 686.



In tal caso il periodo di prova viene allungato per tutta la durata della malattia o rientra nelle condizioni di decidere liberamente se confermare il rapporto di lavoro o risolverlo per mancato superamento della prova.

L'orientamento giurisprudenziale maggioritario<sup>51</sup> ritiene che al rapporto di lavoro in prova sia applicabile altresì l'art. 2110 c.c. e che quindi la malattia incida sul periodo di prova, determinandone la sospensione.

Un orientamento minoritario della giurisprudenza<sup>52</sup> ha invece ritenuto — in merito al caso in esame — l'inapplicabilità dell'art. 2110 c.c., ma tale tentativo contraddittorio è stato da subito smentito da alcune sentenze della Cassazione<sup>53</sup> le quali affermano a chiare lettere che la tutela assicurata al lavoratore in caso di malattia è in cui all'art. 2110 c.c. trova applicazione anche per il rapporto di lavoro in prova, essendo irrilevante a tal fine il carattere definitivo del rapporto stesso.

### 3. Art. 2110 c.c. e malattia insorta durante il periodo di preavviso

Analizzando gli effetti dovuti alla malattia insorta durante il periodo di preavviso è necessario fare in *primis* una distinzione, a seconda che ci si trovi nella fatti-

<sup>51</sup> Significativa in tal senso la pronuncia di Cass. 1° dicembre 1992, n. 12814, in *Mass. giur. lav.*, 92, p. 588, secondo la quale «la decorrenza del periodo di prova computato a mesi è sospesa in assenza di una malattia del lavoratore computato a mesi e sospesa in presenza di una malattia del lavoratore dipendente, sopravvenuta nel corso della prova stessa». Nella specie, è stato ritenuto l'irritualità, ai sensi dell'art. 2096, c. 3°, cc., il licenziamento del lavoratore in prova ma solo in quanto comunicato al termine della malattia protrattasi oltre il termine contrattuale previsto per la durata della prova. Conforme Trib. Milano, 22 giugno 1996, in *Lav. giur.*, 1996, p. 94 con la cui pronuncia il giudice dichiara il licenziamento intimato al lavoratore durante la intervenuta malattia inefficace. A tal fine — aggiunge la malattia determina un effetto sospensivo del licenziamento in prova. A tal fine — aggiunge la pronuncia — è irrilevante che il certificato di malattia pervenga al datore di lavoro in data successiva a quella del licenziamento, essendo viceversa sufficiente che la malattia — regolatamente certificata e comunicata al datore di lavoro nei termini stabiliti dal contratto — fosse già esistente nel momento in cui il rapporto di lavoro avrebbe dovuto risolvere per effetto della dichiarazione recitata di reso».

<sup>52</sup> A sostegno della tesi minoritaria cfr. Pret. Milano, 12 giugno 1995, in *Giust. civ.*, 1995, p. 3747 secondo la quale — in merito alla spettanza della retribuzione al lavoratore malato in periodo di prova — tiene che «le norme di legge e di contratto collettivo sul rapporto di lavoro a tempo indeterminato sono applicabili analogicamente al rapporto di lavoro in prova. Pertanto, in assenza di una norma di legge o di una clausola dei contratti collettivi espressamente riferita al periodo di prova, il lavoro in prova, in caso di malattia, non ha diritto alla retribuzione». Nello stesso senso cfr. Pret. Como 14 gennaio 1986, in *Orient. giur. lav.*, 1986, p. 78 secondo la quale «nel rapporto con patto di prova l'oggetto del contratto è lo scambio tra retribuzione e prestazione lavorativa ed esperimento delle attività tecniche; essendo pertanto diverso l'oggetto dei due contratti, non può applicarsi ad entrambi la stessa norma e precisamente l'art. 2110 c.c., che, essendo una norma derogatoria, non è suscettibile di estensione analogica; pertanto, la malattia intervenuta in periodo di prova, dà diritto soltanto al lavoratore; concorde in tal senso Pret. Roma, 16 aprile 1991, in *Dir. lav.*, 1991, p. 285.

<sup>53</sup> Cfr. Cass. 21 giugno 1991, n. 6988, in *Dir. priv. lav.*, 1991, p. 2459; Cass. 1° dicembre 1992, n. 14, in *Mass. giur. lav.*, 1992, p. 588.

specie delle dimissioni del lavoratore o al contratto di licenziamento intimato al lavoratore.

In merito al licenziamento intimato al lavoratore, la Corte di Cassazione ha sancito che «il recesso dal contratto di lavoro intimato al dipendente durante il periodo di malattia è perfettamente valido, però ne resta temporaneamente paralizzata l'efficacia con la conseguente sospensione del decorso del termine di preavviso fino alla guarigione del lavoratore»<sup>54</sup>.

Questo concetto viene poi confermato in una successiva pronuncia, nella quale appunto la Suprema Corte ribadisce che «il preavviso è soggetto a sospensione per sopravvenuta malattia del prestatore, nei limiti del periodo di comporto»<sup>55</sup>. Secondo la teoria maggioritaria, dato che durante il periodo di preavviso permangono inalterate le reciproche obbligazioni delle parti, il sopravvenire della malattia attiva la relativa tutela, sospendendo il decorso del preavviso sino alla guarigione ed alla scadenza del comporto e paralizzando temporaneamente l'efficacia del licenziamento eventualmente intimato<sup>56</sup>.

Diversamente, qualora il datore di lavoro rinunci al preavviso lavoratore, con accettazione da parte del lavoratore, il rapporto di lavoro si estingue in tutti i suoi effetti<sup>57</sup>. In una recente sentenza della Cassazione si legge infatti che «il preavviso di cui il lavoratore continui nella prestazione della sua attività, mentre si verifica l'immediata interruzione del rapporto quando interverga fra le parti un accordo in proposito, anche manifestato per fatti concludenti, come nell'ipotesi di accettazione e senza riserva da parte del lavoratore dell'indennità sostitutiva del preavviso»<sup>58</sup>.

Qualora al contratto non ci sia l'accettazione da parte del dipendente — secondo una pronuncia di merito<sup>59</sup> — il datore di lavoro ha facoltà di dispensare il lavoratore di prestare attività in preavviso di licenziamento, ma, ove questi non consenta all'immediata estinzione del rapporto, questo continua a produrre i suoi effetti giuridici ed economici fino al termine del periodo di preavviso, restando esposto alle vicende che si verificano in tale periodo tanto sotto l'aspetto economico e contrattuale, quanto sotto quello di eventuali sospensioni dovute a malattia, gravida-

<sup>54</sup> Cass. 13 gennaio 1989, n. 133 in *Mass. giur. it.*, 1989.

<sup>55</sup> Cass. 22 luglio 1992, n. 8823, in *Orient. giur. lav.*, 1992, p. 1024.

<sup>56</sup> Cfr. Cass. 22 luglio 1988, n. 4394, in *Not. giur. lav.*, 1988, p. 524; Cass. 22 luglio 1992, n. 8823, in *Dir. priv. lav.*, 1992, p. 2679; Cass. 26 settembre 1994, n. 7868, in *Foro it.*, 1995, I, c. 171 con nota

<sup>57</sup> Cfr. Cass. 19 novembre 1983 n. 6911, in *Mass. giur. lav.*, 1984, p. 186; Pret. Arezzo, 19 febbraio 1994, in *Tosc. lav. giur.*, 1994, p. 411.

<sup>58</sup> Cass. 29 luglio 1999 n. 8256, in *Not. giur. lav.*, 1999, p. 640.

<sup>59</sup> Pret. Prato, 20 novembre 1989, in *Tosc. lav. giur.*, 1990, p. 94.



Nel caso di dimissioni del lavoratore è invece discusso se la malattia del lavoratore sospenda o meno il preavviso. Secondo una pronuncia di merito<sup>60</sup>, la malattia, insorta successivamente alle dimissioni presentate dal lavoratore, a differenza dei casi precedenti, non sospende il decorso del periodo di preavviso. Questa pronuncia fonda le sue ragioni sulla *ratio* del periodo di preavviso, che in questa fattispecie è posto a favore del datore di lavoro, per consentirgli di sostituire il dipendente dimissionario. A conclusioni opposte perviene però una successiva sentenza della Corte di Cassazione la quale, nel riconoscere una facoltà di scelta del dimissionario a quando porre termine al rapporto di lavoro, mette l'accento sulla conservazione del posto anche in caso di dimissioni<sup>61</sup>.

Infine, la sospensione del preavviso è riconosciuta anche nel caso di lavoratore licenziato per superamento dell'età pensionabile. Nel caso in cui il lavoratore si ammali durante il periodo di preavviso, il termine di questo ultimo si sospende per tutta la durata della malattia, rimanendo il licenziamento temporaneamente inefficace. In merito, in una pronuncia della Suprema Corte si legge che « al principio che nel contratto di lavoro a tempo indeterminato il recesso del datore di lavoro diventa operativo alla scadenza del termine di preavviso spettante al lavoratore e che il decorso di tale termine rimane sospeso nel caso di malattia del lavoratore fino alla sua guarigione o alla scadenza del periodo di comporto, non si sottrae il caso del lavoratore cui sia stato intimato il licenziamento per superamento dell'età pensionabile e che sia stato colpito da infermità nel corso del periodo di preavviso, a meno che la stabilità del rapporto sia garantita da apposita clausola, nella quale il limite di età sia previsto come causa di risoluzione automatica del rapporto medesimo (clausola di stabilità relativa a favore del lavoratore); in mancanza di tale clausola, il raggiungimento da parte del dipendente di una determinata età non è causa risolutiva del rapporto di prestazione d'opera subordinata, la quale, nonostante l'acquisizione del diritto del lavoratore al pensionamento, può continuare ad essere eseguita dal lavoratore, sicché all'intimazione del licenziamento da parte del datore di lavoro continuano ad inerire le conseguenze proprie del recesso *ad nutum*»<sup>62</sup>.

#### 5.4. Malattia e ferie

La malattia intercorsa durante il godimento delle ferie da parte del lavoratore ha dato adito ad un acceso dibattito conclusosi a seguito di una sentenza della Corte costituzionale<sup>63</sup>, la quale ha sancito il principio della sospensione delle ferie in caso di malattia sopravvenuta durante le stesse. Con questa sentenza la Corte ha di-

<sup>60</sup> Pret. Roma, 17 dicembre 1986, in *Not. giur. lav.*, 1986, p. 756.

<sup>61</sup> Cass. 23 gennaio 1987, n. 669, in *Mass. giur. it.*, 1987.

<sup>62</sup> Cass. 16 luglio 1980, n. 4624, in *Not. giur. lav.*, 1981, p. 253; conforme Cass. 22 luglio 1992, n. 8823, in *Orient. giur. lav.*, 1992, p. 1024.

<sup>63</sup> C. cost. 30 dicembre 1987, n. 616, in *Dir. prat. lav.*, 1988, p. 221.

chiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 2109 c.c., nella parte in cui non prevede la sospensione delle ferie per l'insorgenza della malattia nel decorso delle stesse o, quanto meno, non prevede il diritto del lavoratore ad un ulteriore periodo di ferie retribuite. La stessa Corte costituzionale ha però precisato, con la sentenza richiamata, che affinché la fattispecie malattia sia commisurata all'effetto di cui all'art. 2110 c.c. è necessario che la stessa sia impeditiva del decorso delle ferie e capace di vanificare la funzione propria delle stesse.

L'identificazione della funzione dell'istituto feriale quale «quota inalienabile di tempo libero del lavoratore» diviene così l'elemento interpretativo a carattere decisivo, lasciando in sottordine il diritto alla salute.

La stessa Corte costituzionale ha sottolineato che il contenuto essenziale delle ferie consiste nel « diritto del lavoratore a fruire di un congruo periodo di riposo con conseguente sottrazione al lavoro affinché egli possa ritemperare le energie psico-fisiche usurate dal lavoro e possa altresì soddisfare le sue esigenze ricreative-culturali e più incisivamente partecipare alla sua vita familiare e sociale».

Sono evidentemente ambigui i messaggi lanciati dalla sentenza e la effettiva difficoltà di individuare la soglia di non tollerabilità del pregiudizio alle ferie<sup>64</sup>. I casi che si presentano sono così svariati e multiformi che non è possibile dare una soluzione unica al caso malattia incorso durante il periodo feriale<sup>65</sup>.

Ora, è necessario chiedersi quand'è che le ferie possono dirsi pregiudicate nel loro contenuto reale ed effettuale a causa di una malattia. E sarà necessario a questo fine valutare sia la durata della malattia che il contenuto della stessa.

Sotto il profilo del contenuto, si richiede evidentemente che nel certificato medico inviato dal lavoratore sia indicata anche la diagnosi della malattia; la questione può però complicarsi laddove la malattia sia determinata da colpa del lavoratore come ad esempio nel caso di malattia dovuta ad esercizio, durante il periodo feriale, di attività sportive pericolose o altresì nel caso di malattia diagnostica quale eritema per eccessiva esposizione al sole; da questa considerazione ne consegue una seconda che difende il diritto del lavoratore al libero utilizzo del proprio tempo e per la quale, quindi, l'unico parametro sul quale si può commisurare lo stato

<sup>64</sup> A favore della tesi che sostiene l'effetto sospensivo delle ferie in ogni caso di evento di malattia Cass. 28 novembre 1994, n. 10110, in *Dir. prat. lav.*, 1995, p. 916; Cass. 11 marzo 1995, n. 2847, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 206; Cass. 27 luglio 1996, n. 6808, in *Foro it.*, 1996, c. 3732; Cass. 8 novembre 1996, n. 9762, in *Dir. prat. lav.*, 1997, p. 721; Trib. Milano, 21 maggio 1997, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, p. 126.

<sup>65</sup> La Corte di Cassazione e un considerevole settore della giurisprudenza in tal merito ha affermato che «il precetto introdotto dai giudici costituzionali in ordine all'effetto sospensivo delle ferie a causa di una sopravvenienza di una malattia è immediatamente operativo ed esaustivo, senza che il proposito possa assumere rilievo ostativo la mancanza di una normativa di dettaglio e senza possibilità di distinguere tra malattia effettivamente impeditiva o meno del godimento delle ferie». Cfr. in merito Cass. 26 gennaio 1989, n. 476, in *Lav. prev. oggi*, 1989, p. 2393; Pret. Milano, 22 giugno 1990, in *Dir. prat. lav.*, 1990, III, p. 73; Pret. Torino, 13 settembre 1990, in *Giur. piem.*, 1990, p. 712; Trib. Bologna, 3 aprile 1991, in *Lav. prev. oggi*, 1991, p. 1865.



di malattia è pur sempre quello di una ragionevole individuazione di una malattia

impeditiva.

Nella valutazione della natura della malattia denunciata si potrà tener conto, quale parametro, anche del tipo di prescrizione terapeutiche che sono state rivolte al lavoratore; è chiaro che le malattie che comportano una convalescenza a letto e a riposo rovinano il contenuto reale ed effettuale delle ferie; mentre, le malattie che comportano una terapia esclusivamente farmacologica, condizioni del paziente permettendo, possono non pregiudicare il godimento sostanziale del periodo feriale.

Per quanto riguarda le malattie di tipo nervoso, è di dubbio fondamento che esse possano dare adito a sospensione del periodo feriale in quanto proprio le stesse vanno curate in concomitanza con la *ratio* delle ferie, con riposo e svago.

Altro elemento da considerare è quello della prognosi della malattia; una forma di malattia morbosa e virulenta che però si protrae per non più di due o tre giorni non può di per se compromettere apprezzabilmente il godimento del periodo feriale. È eccessivamente restrittiva invece la tesi minoritaria che sostiene che «solo tanto una malattia che abbia comportato il ricovero ospedaliero sarebbe idonea a determinare l'effetto sospensivo delle ferie»<sup>66</sup>. Sicuramente il ricovero ospedaliero rappresenta il caso caratterizzante quale elemento sospensivo delle ferie, ma si può ritenere che — a discezione dell'autonomia collettiva alla quale è stato dato ampio spazio nella regolazione della disciplina in genere superiore ai tre giorni —

ni ha effetto sospensivo del periodo feriale.

Il contrasto fin qui evidenziato è stato finalmente risolto dai giudici delle Sezioni Unite della Cassazione, i quali hanno sancito a chiare lettere che «la regola dell'effetto sospensivo del periodo feriale non ha valore assoluto, ma tollera eccezioni, per l'individuazione delle quali occorre avere riguardo alla specificità degli stati morbosi denunciati e alla loro incompatibilità con l'essenziale funzione propria delle ferie, che è quella del riposo, della ricreazione e del recupero delle energie psico-fisiche»<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> La giurisprudenza di merito maggioritaria ha adottato una interpretazione restrittiva della sentenza della Corte costituzionale n. 616, sostenendo che il principio in essa contenuto non può avere immediata efficacia preceettiva in difetto di intervento specifico da parte del legislatore e ritenendo applicabile, in assenza di disciplina di dettaglio per il rapporto di lavoro privato, la normativa prevista per il pubblico impiego, la quale limita l'effetto sospensivo della malattia sulle ferie all'ipotesi del ricovero ospedaliero, ad eventi morbosi non lievi di durata superiore ai 3 giorni, ed infermità gravi ed adeguatamente documentate. Cfr. in merito Pret. Milano, 8 maggio 1990, in *Orient. giur. lav.*, 1990, III, p. 67; Pret. Milano, 20 giugno 1990, in *Dir. prat. lav.*, 1990, p. 245; Pret. Firenze, 4 febbraio 1991, in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 1102; Trib. Milano, 15 marzo 1991, in *Orient. giur. lav.*, 1991, p. 34; sempre a favore della tesi che sostiene la malattia idonea ad interrompere le ferie solo se impedisce di realizzare la funzione di recupero delle energie psico-fisiche del lavoratore Trib. Milano, 11 novembre 1995, in *Orient. giur. lav.*, 1995, p. 917; Cass. 20 dicembre 1995, n. 12998, in *Dir. prat. lav.*, 1996, p. 1107; Cass. 10 aprile 1997, n. 3093, in *Not. giur. lav.*, 1997, p. 382; Cass. 17 novembre 1997, n. 11401, in *Not. giur. lav.*, 1997, p. 837.

<sup>67</sup> Cass., Sez. Un., 23 febbraio 1998, n. 1947, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 743, con nota di P. Tur-LINI.

Ma le Sezioni Unite hanno evidenziato con tale sentenza due altri rilevanti principi, precisando innanzitutto che il semplice invio, da parte del lavoratore, del certificato medico, attestante la sola prognosi della malattia, è idoneo ad interrompere il decorso delle ferie a far tempo dalla sua ricezione da parte del datore di lavoro, ed è altresì idoneo a convertire l'assenza per ferie in assenza per malattia, al fine di valutare la ricorrenza o meno della idoneità dell'evento morboso a compromettere la funzione delle ferie, impedendone la fruizione.

È importante a questo punto ricordare che i principi fissati dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 1947/1998 sono stati interamente recepiti dall'INPS il quale, con la circolare n. 109 del 17 maggio 1999<sup>68</sup> ha fornito una serie di dettagli e innuoziosi se istruzioni sull'applicazione della sentenza stessa, modificando il proprio precedente orientamento espresso nella pregiudicante circolare INPS n. 11 del 9 gennaio 1991<sup>69</sup> secondo la quale l'istituto riteneva idonee ad interrompere le ferie, agli effetti dell'erogazione delle prestazioni economiche di malattia, solo le infermità di durata superiore a tre giorni, sempreché avessero comportato la necessità di ricovero ospedaliero.

### 5.5. *Malattia determinata da colpa del lavoratore*

Abbiamo accennato ai casi di malattia sopravvenuti per colpa del lavoratore; si pensi al caso poc' anzi accennato di una frattura provocata durante l'esercizio di sport pericolosi oppure al caso di un'eritema solare per eccessiva esposizione al sole durante le vacanze, o ancora al caso di incapacità ad adempiere provocata da un episodio di ubriachezza od abuso di alcolici o da assunzione di sostanze stupefacenti. In questi casi potrebbe ricondursi anche l'infortunio — che verrà discusso in seguito — ma che a questo tema ben si ricollega — il quale sia stato provocato da una rissa tra lavoratori.

Ritacendosi alla configurazione della malattia e dell'infortunio, essa ci porterebbe ad escludere rigorosamente l'applicabilità della tutela disciplinata dall'art. 2110 c.c. ad eventi di tale genere, posto che *ex art.* 2118 c.c. l'impossibilità della prestazione rileva come tale, esonerando il debitore da responsabilità, solo ove essa sia dipesa da una causa non imputabile.

Nella fattispecie in esame però si determina una prima rilevante deroga al regime del diritto comune; dopo precedenti incertezze determinate da alcuni ostacoli normativi, si è infatti affermata in giurisprudenza la tesi secondo cui il lavoratore può beneficiare dell'indennità economica anche per malattia contratta per colpa.

<sup>68</sup> Circolare INPS n. 109 del 17 maggio 1999, in *Dir. prat. lav.*, 1999, p. 1744.

<sup>69</sup> Circolare INPS n. 11 del 9 gennaio 1991, in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 545.

<sup>70</sup> Cfr. in tal senso delibere INPS del 1974 e del 1984 sull'assistibilità delle malattie colpose e di quelle derivanti per assunzioni di droghe.



Il quadro si completa considerando la regolamentazione dell'infortunio sul lavoro, per il quale, la legge agli artt. 11, c. 3° e 65, t.u. n. 1124/1965, ha escluso il diritto alla prestazione soltanto nel caso di infortunio causato dal dolo da parte del soggetto protetto. Ciò che il diritto positivo stabilisce per il caso di infortunio sul lavoro dovuto a dolo del lavoratore viene esteso sia sul piano del rapporto di lavoro che sul piano previdenziale, anche al caso della malattia dolosa, la quale così non potrà essere considerata una ipotesi di impossibilità e ricadrà quindi nel concetto di inadempimento. Ne consegue che sia nel caso di infortunio che nel caso di malattia dolosa, non può dirsi operante la tutela di cui all'art. 2110 c.c.

Le conclusioni di cui sopra sia per quanto attiene alla colpa del lavoratore che al caso di dolo potrebbero però entrare in contrasto con l'opinione secondo cui il lavoratore ha diritto alla libertà di gestire il suo tempo libero e questo diritto non potrà essere limitato dalla sua condizione di subordinazione lavorativa. In questo modo il diritto inviolabile della persona entra in contrasto con gli obblighi contrattuali della stessa. Questo conflitto tra diritti assoluti e pretese contrattuali si risolve a vantaggio dei primi portando così alla conclusione che un qualunque caso che costituisce una colpa da un punto di vista medico nel caso della malattia o da quello dei normali canoni di prudenza nel caso dell'infortunio non può divenire automaticamente una colpa sul piano del rapporto di lavoro. Ciò non esclude che nel caso di colpa particolarmente grave e ancor più nei casi di dolo si possa giungere a sanzionare in via disciplinare il comportamento del lavoratore che sia all'origine di una malattia o di un infortunio. Questo provvedimento disciplinare potrà essere motivato dalla violazione dell'obbligo di correttezza e buona fede e dovrà quindi essere valutato in relazione al grado di colpevolezza soggettivo senza potere peraltro escludere aprioristicamente l'applicabilità dell'art. 2110 c.c. ai medesimi eventi.

### 5.6. Le cure termali quali nuova forma di malattia

La disciplina delle cure idrotermali ha formato oggetto negli ultimi anni di numerosi e disordinati interventi legislativi relativamente risolti dopo il pronunciarsi di due sentenze della Corte costituzionale<sup>71</sup>. Il tema infatti da ancora adito a numerosi contrasti giurisprudenziali<sup>72</sup>.

Le cure termali sono state regolate dal punto di vista sanitario dall'art. 36 della

<sup>71</sup> C. cost. 18 dicembre 1987, n. 559, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II., p. 3. e C. cost. 19 giugno 1990, n. 297, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2780.

<sup>72</sup> La dottrina e la giurisprudenza sostenevano in tal merito che «la disciplina delle cure termali si iscriveva pacificamente nell'area dell'art. 2110 c.c. in quanto trattasi di peculiare fattispecie legale d'impossibilità temporanea della prestazione lavorativa riferibile, ma non imputabile al dipendente e soggetta appunto a quanto tale all'art. 2110 c.c.» cfr. in merito Cass. 8 agosto 1990, n. 8028, in *Giur. it.*, 1992, I, I, c. 82; Cass. 16 dicembre 1991, n. 13526, in *Foro it.*, 1992, I, c. 694; Cass. 28 ottobre 1992, n. 11710, in *Dir. prat. lav.*, 1993, p. 61; Cass. 5 febbraio 1993, n. 1422, in *Dir. prat. lav.*, 1992, p. 961.

legge di riforma sanitaria, ivi stabilendosi in linea generale che le medesime rientrano nella c.d. assistenza integrativa purché siano limitate a fini esclusivamente terapeutici, per la cura cioè di malattie in essere e non quindi in funzione meramente preventiva.

Sul piano del rapporto di lavoro, alle origini la materia riceveva una specifica regolamentazione soltanto in virtù di apposite previsioni contenute in alcuni contratti collettivi<sup>73</sup>, in mancanza delle quali era diffusa la prassi di imputare i periodi di cure termali quali ferie.

Le cure termali possiedono una naturale polivalenza sotto il profilo strettamente medico, il che non manca di riflettersi sulla soluzione del problema giuridico qui in esame; la cura termale, oltre ad avere una generica funzione preventiva, è rivolta per lo più verso eventi morbosi a carattere cronico che possono essere eventualmente integrate con una cura farmacologica. Le stesse cure termali sono invece espressamente controindicate durante le fasi di terapia di forme morbose a fase acuta. Da un punto di vista medico questo comporta che la cura termale non è mai urgente in una certa terapia a pena di pregiudizio per lo stato di salute del soggetto.

Il problema in merito al trattamento economico e normativo del periodo di astensione da lavoro per cure termali è sorto in un primo momento quando il legislatore, al fine di contenere le spese per il s.s.n. nonché per arginare l'assenteismo per abuso di cure termali, ha posto un rigido divieto alla concessione di congedi straordinari per cure termali<sup>74</sup> caducando tutte le norme collettive più favorevoli. Solo con il successivo provvedimento legislativo sfociato nel d.l. 12 settembre 1983, n. 463, convertito in l. 11 novembre 1983, n. 638 (art. 171 *bis*) la materia ha trovato un assetto normativo, prevedendo che per i lavoratori dipendenti pubblici e privati le prestazioni idrotermali potessero essere concesse, fuori dai congedi ordinari e dalle ferie annuali esclusivamente per effettive esigenze terapeutiche o riabilitative, su motivata prescrizione di un medico specialista dell'unità sanitaria locale, ovvero, limitatamente ai lavoratori avviati alle cure dall'INPS e dall'INAIL, su motivate prescrizioni dei medici dei predetti istituti. Al fine di impedire assenze eccessivamente prolungate si è inoltre previsto che tra le cure termali ed il godimento delle ferie deve trascorrere un tempo non inferiore ai 15 giorni.

Il destino di questa norma che ha messo pace ad alcune anime inquiete, si è comunque giocato ancora intorno ad una questione sulla quale essa tace: la spettanza o meno della retribuzione durante il periodo di fruizione delle cure idrotermali autorizzate. Il problema sottostante è quello della riconducibilità della fattispecie e di collocazione della medesima nell'ambito dell'art. 2110 c.c. e proprio questo pro-

<sup>73</sup> Cfr. ad esempio art. 77, c.c.n.l. 18 aprile 1980 per il personale delle aziende di credito; in merito cfr. anche Pret. Bologna, 2 novembre 1981, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, p. 77, con nota di M. BIGGI, *Accertamenti sanitari, cure termali e competenze delle unità sanitarie locali*.

<sup>74</sup> Cfr. d.l. 25 gennaio 1982, n. 16, art. 1, convertito in l. 25 marzo 1982, n. 98.



blema ha qualificato il dibattito sulle cure termali in «dibattito sulla malattia».

Una parte della dottrina e della giurisprudenza di merito sostiene la tesi della «spettanza della retribuzione», sostenendo la necessità interpretativa di una equiparazione *quoad effectum* delle cure termali alla malattia, ma questa tesi si imbatte in decisive incongruenze interne essendo infatti difficile prospettare una equiparazione di effetti senza che ci sia una effettiva appartenenza alla medesima fattispecie. Nella tesi qui in esame l'ipotesi di cure termali veniva ritenuta equiparabile, nel trattamento, alla malattia, purché essa attenesse ai soli casi nei quali la terapia idro-termale fosse prescritta per curare uno stato patologico in fase acuta, o fosse come tale inidoneo a pena di un pregiudizio per la salute del lavoratore. A sostegno di questa tesi sono intervenuti spunti innovativi caratterizzati da una riflessione più approfondita sulla nozione di malattia. Si è cercato in particolare di recuperare il ruolo autonomo che all'interno di tale nozione può avere la mera esigenza terapeutica, indipendentemente da una affezione in atto, osservando che si ha «malattia» ogniqualvolta il lavoro, se prestato durante la malattia, compromette la garanzia del soggetto o lo espone al pericolo di aggravamento perché impedisce o anche solo ostacola la necessaria terapia quale essa possa essere<sup>75</sup>.

Per far rientrare le cure termali entro l'alveo dell'art. 2110 c.c. si è resa dunque necessaria una ricostruzione della fattispecie della malattia.

Ad agguistare questa eccessiva forzatura del concetto di malattia è intervenuta successivamente la Corte costituzionale con la sent. 18 dicembre 1987, n. 559<sup>76</sup> la quale, spaventata da una soluzione eccessiva, ha preferito collocarsi su un piano più elevato ragionando su un collegamento diretto fra l'art. 32 Cost. e l'art. 2110 c.c. e configurando il principio della tutela della salute come espressione di uno degli interessi primari della collettività, un interesse la cui rilevanza non si esaurisce nella sfera pubblicistica individuata dall'art. 32 Cost. ma si estende bensì ai rapporti fra privati. La Corte in merito afferma che «l'interesse alla salvaguardia della salute del lavoratore — che può subire pregiudizio anche per le modalità della prestazione lavorativa — fa parte del sinallagma contrattuale. Conseguentemente, la corrispondenza della retribuzione durante le assenze per malattia non è fatto eccezionale, ma strumento per far assolvere ad essa la sua normale funzione». Con questa sentenza, l'alterazione della normale funzione causale della retribuzione ha compiuto un notevole salto di qualità, configurandosi la salute non solo come un interesse che il rapporto non può ledere né porre in pericolo, ma altresì come un valore che esso deve tendere — naturalmente entro determinati margini — a realizzare.

Sulla base di queste premesse la Corte sottopone l'art. 2110 c.c. ad una interpretazione evolutiva che la induce a ritenere compresa nella relativa tutela anche la necessità di cura di malattie croniche e non soltanto le malattie acute<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Cfr. Cass. 8 gennaio 1987, n. 49, in *Civiltà*, 1987, I, p. 1761.

<sup>76</sup> Cfr. C. Cost. 18 dicembre 1987, n. 559, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, p. 3.

<sup>77</sup> Secondo la Corte costituzionale, alla stregua della disciplina speciale, al fine di giustificare la retribuitività dell'assenza, le terapie termali devono anche risultare non solo idonee a determinare un

## 6. I doveri del lavoratore: comunicazione e certificazione della malattia

### 6.1. La fonte degli obblighi

Qualora il dipendente cada in malattia, esso ha l'onere di comunicare tempestivamente il sopraggiunto evento al datore di lavoro, comunicandogli altresì la presenza di un'eventuale malattia. Tale esigenza ha una notevole rilevanza giuridica sul piano contrattuale, in quanto risponde ai principi di correttezza e buona fede.

L'impiego della clausola di buona fede come fonte di doveri accessori o strutturali dipende dalla corretta esecuzione del contratto, specialmente in riferimento ad una istanza di organizzazione. Questo obbligo di buona fede si riferisce a maggior ragione al datore di lavoro, in quanto è proprio il datore di lavoro che, in virtù del principio di buona fede, l'obbligo di certificazione è invece configurabile, in quanto costituisce un fatto suscettibile di un accertamento tecnico, da farsi per quanto possibile nell'immediatezza, non avrebbe senso consentire al dipendente di assentarsi a piacimento sulla base della propria parola.

La comunicazione di malattia da parte del lavoratore deve essere propriamente documentata.

In secondo luogo, l'obbligo di giustificare la sua assenza da lavoro grava comunque sul prestatore di lavoro e risulta quindi più conveniente per entrambe le parti del rapporto dimostrarlo contestualmente all'evento piuttosto che in giudizio, la dove la prova diverrebbe molto più ardua.

Il miglioramento della malattia cronica o recidivante, ma anche condizionata nella loro efficacia da un'esecuzione convenientemente tempestiva. La tempestività delle cure — precisa successivamente la Corte — si traduce in realtà nella loro maggiore efficacia ai fini di un incisivo conseguimento degli obiettivi terapeutici, di volta in volta perseguiti. Il diritto a conseguire delle cure tempestive assume non solo quando, a parere del sanitario se ne possa ricavare un beneficio immediato, ma in tutti i casi in cui la fruizione extraterapeutica appaia più utile ed efficace rispetto allo scopo cui sono preordinate. Cfr. in merito più recenti pronunce conformi: C. Cost. 16 giugno 1990, n. 297, in *Mass. giur. lav.*, 1990, p. 368; C. Cost. 26 ottobre 1990, n. 506, in *Civiltà*, 1990, p. 2912; Cass. 3 giugno 1992, n. 6738, in *Civiltà*, 1993, I, p. 1769; Cass. 16 aprile 1993, n. 4502, in *Not. giur. lav.*, 1993, p. 535; Cass. 25 marzo 1996, n. 2624, in *Dir. priv. lav.*, 1996, p. 38, p. 2755; Cass. 28 marzo 1997, n. 2823, in *Not. giur. lav.*, 1997, p. 302, p. 12; Cass. 14 giugno 1999, n. 5898, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 277; Cass. 23 dicembre 2002, n. 18283, p. 12; Cass. 26 marzo 1984, n. 1977, in *Civiltà*, 1984, I, p. 2170, secondo la quale «pur in assenza di una previsione contrattuale esplicita, il lavoratore deve comunicare la malattia tempestivamente secondo correttezza e buona fede».



Analizzando le fonti che disciplinano l'onere del lavoratore di comunicare lo stato di malattia al datore di lavoro, si deve considerare che tutti i contratti collettivi prevedono l'obbligo del lavoratore di comunicare al datore di lavoro l'assenza per malattia, o per infortunio non lavorativo, con la presentazione di un certificato medico, facendo precedere tale comunicazione ad un ulteriore obbligo di mera comunicazione verbale. Quest'ultima comunicazione deve essere fatta entro una termine estremamente breve che i contratti collettivi fissano solitamente in 24 ore, lasciando un margine un po' più ampio per l'invio della documentazione sanitaria.

L'avviso preventivo assolve ad una mera funzione di notizia che permette al datore di lavoro di organizzare il lavoro a fronte della mancanza del lavoratore e in secondo luogo gli permette di disporre l'eventuale visita di controllo fiscale.

La certificazione sanitaria invece, oltre alla funzione probatoria, serve anche a dare una relativa certezza all'imprenditore della prevista durata dell'impedimento del lavoratore.

Oltre alla fonte contrattuale, a disciplinare gli oneri del lavoratore in caso di malattia è sopraggiunta nel 1980 una disciplina di natura legislativa; l'art. 2, l. 29 febbraio 1980, n. 33, come modificato dall'art. 15, l. 23 aprile 1981, n. 155, ha introdotto una specifica previsione in ordine al contenuto ed ai termini di spedizione del certificato di malattia all'INPS e dell'attestazione di malattia al datore di lavoro.

Si è previsto altresì che il medico curante rediga una duplice attestazione e consegnino al lavoratore la diagnosi e la prognosi della malattia che egli deve inviare all'INPS, mentre al datore di lavoro deve inviare la copia attestante la sola prognosi.

Il mancato avvio della diagnosi al datore di lavoro è motivato dal fatto di tutelare la riservatezza del lavoratore che può avere interesse a non far conoscere la natura della affezione morbosa che lo ha colpito o dell'evento chirurgico che ha subito.

Sia il certificato che l'attestazione debbono essere trasmessi a mezzo raccomandata o recapitati a mano<sup>79</sup> a cura del lavoratore entro il termine di due giorni dal rilascio del documento. Questo termine deve ritenersi perentorio, e deve ritenersi applicabile anche ai casi di prosecuzione della malattia oltre la prognosi iniziale laddove, come si ricava dall'ultimo comma del testo modificato dalla l. n. 155/1981, deve essere fatta menzione della prosecuzione della originaria malattia nel certificato e nell'attestazione.

La *ratio* di questo onere da parte del lavoratore, di trasmettere il certificato di prognosi e diagnosi all'INPS ed a sua volta al datore di lavoro, si giustifica nel fatto che il datore di lavoro viene alla luce nella sua veste di soggetto obbligato ad anticipare agli aventi diritto l'indennità di malattia dovuta dall'INPS e la corrispondenza di tale indennità richiede pertanto che il datore di lavoro sappia della malat-

<sup>79</sup> Secondo un primo orientamento giurisprudenziale «non è possibile depositare il certificato in una cassetta postale, è necessario comunicarlo tramite raccomandata», cfr. Cass. 4 febbraio 1988, n. 1166, in *Orient. giur. lav.*, 1988, p. 633.

tia: è pertanto del tutto logico che, per tale scopo, la legge preveda, anziché un onere dell'INPS di trasmettere a sua volta il certificato al datore di lavoro, un obbligo diretto a carico del lavoratore nei confronti di colui che dovrà versare materialmente l'indennità e che quindi ha una posizione ben definita anche nell'ambito del rapporto previdenziale<sup>80</sup>.

Ne consegue che tale obbligo si sovrappone materialmente a quelli stabiliti dai contratti collettivi, che, malgrado vengano soddisfatti dal lavoratore con un unico atto, rimangono collocati su piani diversi.

A ragione di ciò, la normativa legale e contrattuale in merito all'invio della comunicazione e della certificazione della malattia al datore di lavoro e all'INPS deve essere rispettata anche in caso di malattia intercorsa durante le ferie, al fine di determinare la sospensione delle medesime; ciò è stato ribadito anche da una circolare dell'INPS, nella quale si ricordano anche le norme previste da particolari accordi internazionali per i lavoratori che si ammalano mentre sono in ferie in paesi esteri<sup>81</sup>.

Nell'ipotesi invece delle cure termali, il procedimento normale di certificazione della malattia è alterato in quanto, in questa fattispecie, la concessione dei relativi permessi è condizionata già in partenza ad un motivato accertamento non solo pubblico ma anche specialistico, dal quale devono risultare in modo esauriente tutti gli elementi del caso. Tale scelta è motivata dall'esigenza di verificare che tali esigenze terapeutiche rientrino nella disciplina di cui alla l. n. 638/1983.

## 6.2. La comunicazione della certificazione quale onere probatorio

Detto del quadro normativo, è ora necessario approfondire il discorso sulla posizione del dipendente relativamente alla certificazione della malattia.

Si può cominciare a sciogliere questa matassa abbastanza intricata considerando che, con la produzione del certificato, il dipendente cerca di adempiere all'onere di provare che la sua assenza è stata determinata da un legittimo impedimento, ossia da una malattia comportante incapacità al lavoro nel senso già precisato<sup>82</sup>.

L'oggetto dell'onere risale quindi al fatto storico della malattia e non tanto alla

<sup>80</sup> In giurisprudenza si è più volte affermato che l'inosservanza dell'obbligo di comunicazione configura un inadempimento contrattuale a cui può far seguito l'irrogazione di sanzioni disciplinari, non escluso il licenziamento; cfr. in merito Cass. 1° luglio 1986, n. 4347, in *Giust. civ.*, 1987, p. 1211; Cass. 27 aprile 1987, n. 4074, in *Orient. giur. lav.*, 1987, p. 699; Trib. Milano, 5 ottobre 1988, in *Lav.* '80, 1989, p. 249.

<sup>81</sup> Cfr. in merito la circolare INPS n. 11/1991 in cui gli accordi prevedono generalmente che il lavoratore prima di recarsi all'estero si premunisca di un apposito formulario da esibire all'istituzione sanitaria straniera competente, a disposizione della quale il lavoratore dovrà mettersi, in caso di malattia, e che provvederà a trasmettere in Italia la certificazione acquisita e i referti degli eventuali controlli.

<sup>82</sup> Cfr. in tal senso A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, p. 112 ss.



certificazione in sé, che è soltanto lo strumento tramite il quale detta prova viene posta in essere.

La sua funzione è duplice: dando la prova dell'evento morboso, il dipendente dimostra l'esistenza di una condizione di impossibilità della prestazione di lavoro, che ne giustifica il mancato adempimento per il periodo corrispondente al comparto. In secondo luogo, grazie alla stessa disciplina dettata dall'art. 2110 c.c. per questo tipo di impossibilità, si costituisce in capo al lavoratore il diritto ad un trattamento economico quale effetto conferito direttamente dalla norma giuridica.

Lo stesso accade sul piano del rapporto previdenziale; la malattia deve essere provata poiché essa è l'evento generatore del bisogno che fa sorgere in capo al lavoratore il diritto all'indennità di malattia.

L'onere di certificazione non è altro che un normale onere probatorio - processuale che non coincide peraltro con la figura dell'onere in senso sostanziale, e che concreta come tale una posizione tale da non contrapporsi strutturalmente al compito onere, ponendosi essa come proiezione processuale interna alle vicende dell'obbligo sostanziale principale.

### 6.3. Il profilo dell'obbligo del lavoratore e la sanzione per inadempimento

La natura formale dell'obbligo vigente in capo al lavoratore di inviare la documentazione al datore di lavoro e all'INPS significa che esso deve essere rispettato come tale, a prescindere dal fatto che la malattia poi risulti o meno sussistente e da quello che tale sussistenza possa essere altrimenti nota al datore di lavoro, o sia comunque dimostrabile dal dipendente con idonei mezzi di prova. In altre parole non è necessario che la malattia venga dimostrata in sé, quanto che venga provata attraverso una tempestiva trasmissione di un certificato formalmente compiuto.

Il maggior problema suscitato da questa disposizione è quello della sanzione applicabile al lavoratore in caso di omesso o ritardato invio del certificato medico. È discusso se esso comporti o meno la perdita dell'indennità di malattia nei confronti dell'INPS e a sua volta della relativa retribuzione da parte del lavoratore<sup>83</sup>.

Questo comunque non comporta l'interferenza fra le rispettive aree di incidenza sul piano della sanzione; il mancato invio dell'attestazione di malattia nel termine di due giorni dal rilascio della stessa avrà come conseguenza la perdita dell'indennità di malattia nei confronti dell'INPS, mentre, sul piano del rapporto di lavoro, sia gli estremi di sussistenza dell'inadempimento dell'obbligo strumentale che le conseguenze del medesimo dovranno essere misurate sul contenuto della norma contrattuale collettiva che ha posto l'obbligo. La soluzione qui accolta<sup>84</sup> si

ispira al criterio di evitare per quanto possibile l'invadenza della legge in un campo regolato dall'autonomia collettiva.

Quindi, nell'ipotesi di assenza ingiustificata da lavoro, e quindi, nel caso in cui non venga inviato il certificato nei termini al datore di lavoro, è come se la malattia non fosse mai esistita; dal che deriva che il lavoratore è passibile di licenziamento qualora denunci una malattia inesistente, magari producendo un certificato falso, ma anche qualora ometta di inviare il certificato o di avvisare della sua assenza per malattia.

Rimane da risolvere il problema attinente alla incidenza del mancato invio del certificato sul diritto al trattamento economico riconosciuto al lavoratore. In generale, come si è visto, la prova della malattia è il fatto sostanziale costitutivo di tale diritto. Su questo piano però è necessario fare una distinzione tra la mancata certificazione nei termini previsti dal contratto e la mancata prova della malattia: la prima non dovrebbe comunque pregiudicare la possibilità di fornire successivamente la seconda.

In altre parole, poiché la sanzione nasce soltanto dall'inadempimento formale, il buon diritto del datore di lavoro di disporre, oltre a detta sanzione disciplinare, la ritenuta retribuitiva per i giorni di assenza, in applicazione dell'art. 1460 c.c. Dall'altro lato però rimarrà salva la facoltà del lavoratore di provare il fatto storico della malattia, il che, se non varrà a risparmiare la sanzione disciplinare, gli consentirà quantomeno e salvo quel che si dirà in seguito, di recuperare il trattamento economico perduto per quei giorni<sup>85</sup>.

Si tratterà pertanto di un meccanismo affidato alla valutazione delle prove raccolte.

Nel merito sono intervenute diverse pronunce giurisprudenziali, in particolare Cassazione<sup>86</sup>, anche a Sezione Unite, le quali unanimemente una pronuncia della Cassazione<sup>86</sup>, anche a Sezione Unite, le quali unanimemente hanno concluso - dopo molteplici contrasti - «che, poiché il diritto all'indennità sorge soltanto con l'atto di certificazione, che ha efficacia costitutiva poiché comporta implicitamente l'ammissione al godimento della prestazione previdenziale, e poiché l'utile effettuazione di tale controllo presuppone che l'Istituto abbia ricevuto la certificazione nel termine previsto dalla legge, è ragionevole configurare tale atto come un onere che determina, se inosservato, il non conseguimento del diritto in questione per tutto il periodo di prosecuzione del ritardo e non già la perdita o la decadenza del diritto stesso come nel caso invece di assenza del lavoratore alla visita domiciliare di controllo (vedi *infra*, § 7) di cui alla l. n. 638/1983»<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> È orientamento ormai comune da parte della giurisprudenza ritenere che il mancato o ritardato invio della certificazione medica rende ingiustificata l'assenza per malattia e conseguentemente il datore di lavoro può irrogare sanzioni disciplinari. Cfr. in tal senso Pret. Milano, 26 gennaio 1990, in *Ornt. giur. lav.*, 1990, p. 524.

<sup>84</sup> Cfr. in successione Cass. 5 novembre 1985, n. 5392, in *Foro it.*, 1986, I, c. 472, con nota di L. DE ANGELIS; Cass. 9 aprile 1986, n. 2494, in *Ornt. giur. lav.*, 1986, p. 1096; Cass. 14 ottobre 1986, n. 6020, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2735.

<sup>85</sup> Per un esauriente riepilogo della materia cfr. PONTANDOLFI, *Omesso o ritardato invio della cer-*

<sup>86</sup> Cfr. S. PICCININNO, *Il diritto all'indennità di malattia nel caso di omesso o tardivo invio del certificato*, in *Industria e Sindacato*, 1987 nn. 46-47, p. 6.

<sup>87</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *La sospensione*, cit., *sub art. 2110. Infortunio, malattia, gravidanza puerperale*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, p. 121.



### 6.3.1. L'inosservanza delle prescrizioni sanitarie da parte del lavoratore e l'astensione dalla prestazione lavorativa in costanza di malattia

Una questione che ha dato adito ad ulteriori problemi e contrasti tra i giudici è quella volta a stabilire se nei confronti del lavoratore ammalato sia configurabile, accanto agli obblighi fin qui descritti anche l'ulteriore obbligo di curarsi secondo le prescrizioni mediche.

La sussistenza di un obbligo siffatto è stata esclusa da una parte della giurisprudenza di merito, secondo la quale, il lavoratore «è arbitro di tutelare la sua salute nel modo in cui crede e di tenere nel conto che vuole le prescrizioni del sanitario che per lui costituiscono meri consigli»<sup>88</sup>.

In netta opposizione con tale orientamento la Cassazione ha affermato che il lavoratore ammalato ha l'obbligo di sottostare alle prescrizioni mediche per non aggravare le proprie condizioni e per consentire la più sollecita reintegrazione delle proprie energie, ai fini della ripresa lavorativa, al termine del previsto periodo di malattia. Ne deriva, sempre secondo la Cassazione, che la mancanza di attuazione diligente delle misure prescritte dal medico, rende compatibile e giustificata l'applicazione di sanzioni disciplinari da parte del datore di lavoro<sup>89</sup>.

Altro problema riguarda lo svolgimento di attività lavorativa durante il periodo di assenza per malattia. Salvo alcune isolate pronunce, la giurisprudenza di merito è in parte orientata a ritenere che la prestazione di attività lavorativa, sia per conto proprio che a favore di terzi durante il periodo di malattia, configura una giusta causa di licenziamento, per violazione dell'obbligo di fedeltà previsto dall'art. 2105 c.c., e più in generale del dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede imposto dalle parti dall'art. 1375 c.c.<sup>90</sup>.

La Cassazione invece con orientamento ormai costante da anni, ritiene che non esista un divieto assoluto per il prestatore d'opera ammalato di svolgere altra attività, tranne che risulti poi una simulazione dell'infermità o una complicazione delle sue condizioni fisiche tali da compromettere la guarigione<sup>91</sup>.

tificazione medica da parte del lavoratore malato. Conseguenze sul diritto all'indennità economica», in *Inf. prev.*, 1987, p. 848. Cfr. anche S. PICCININNO, *Le prestazioni economiche*, in *Trattato di previdenza sociale*, diretto da M. Persiani e F.P. Rossi, Vol. V, *la Tutela della salute*, Padova, 1990, p. 465 ss. Nella giurisprudenza cfr. Cass. 17 aprile 2001, n. 5620, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 274.

<sup>88</sup> Cfr. C. app. Milano, 5 dicembre 1974, in *Mass. giur. lav.*, 1975, p. 187.

<sup>89</sup> In merito a tale orientamento cfr. Cass. 17 giugno 1983, n. 4179, in *Riv. giur. lav.*, 1984, II, p. 381; Cass. 14 giugno 1985, n. 3578, in *Dir. prat. lav.*, 1985, p. 1400.

<sup>90</sup> Cfr. Cass. 16 giugno 1994, n. 5833, in *Giur. it.*, 1995, I, 424; Pret. Torino, 10 febbraio 1995, in *Giur. piem.*, 1995, p. 225; Trib. Nocera Inferiore, 26 maggio 2000, in *Lav. giur.*, 2000, p. 1159; Cass. 15 dicembre 2000, n. 15827, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 276; Cass. 3 dicembre 2002, n. 17128, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 276 nella quale si sancisce in merito allo svolgimento di altra attività da parte del lavoratore durante il periodo di malattia l'onere a suo carico di dimostrare la compatibilità dell'attività svolta con la malattia impeditiva della prestazione lavorativa contrattuale e la sua inidoneità a pregiudicare il recupero delle normali energie psico-fisiche.

<sup>91</sup> Cfr. Cass. 19 febbraio 1991, n. 1747, in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 1491; Cass. 17 luglio 1991, n.

Un principio nuovo ed interessante relativamente alla materia in esame è stato recentemente affermato dai giudici del Supremo Collegio<sup>92</sup>, secondo i quali il lavoratore in malattia, che intenda svolgere attività lavorativa presso terzi – il cui espletamento non sia pregiudizievole alla sua rapida guarigione – è tenuto, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede, ad offrire tale prestazione parziale al datore di lavoro, il quale potrebbe temporaneamente adibire il lavoratore a mansioni equivalenti a quelle originarie, per le quali risulti idoneo.

L'orientamento della Suprema Corte, favorevole alla legittimità dello svolgimento – da parte del dipendente assente per malattia – di una seconda attività lavorativa che sia compatibile con lo stato di infermità, è condiviso da un settore consistente dei giudici di merito, i quali ritengono illegittimo il licenziamento del lavoratore assente allorché risulti che questi era impegnato in un'attività compatibile con il morbo contratto<sup>93</sup>.

L'onere di provare la compatibilità dell'evento lavorativo con la malattia impeditiva della prestazione grava comunque sul lavoratore<sup>94</sup>.

## 7. Il controllo della malattia

### 7.1. Accertamento sanitario delle assenze per malattia

«Il potere di controllo non è soltanto lo strumento tecnico che permette al creditore della prestazione di sincerarsi della sussistenza di una causa esoneratrice dall'adempimento dell'obbligazione, bensì è soprattutto una particolare manifestazione del più generale potere direttivo e di controllo spettante al datore di lavoro, a presidio del regolare funzionamento dell'organizzazione cui è preposto»<sup>95</sup>.

L'obbligo del lavoratore di sottoporsi al controllo medico non è dunque che il secondo passaggio, dopo quello dell'invio della certificazione, del più generale obbligo di dare prova della malattia. Infatti, non essendo la malattia un elemento che può essere definito neutro rispetto all'organizzazione aziendale, in quanto oltre ai costi economici diretti comporta anche una riorganizzazione di certi compiti all'interno dell'azienda, esiste un interesse del datore di lavoro, reso formale dall'art. 5 St. lav.<sup>96</sup>, di sincerarsi dell'effettività di tale stato.

7915, in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 2743; Cass. 2 luglio 1993 n. 8165, in *Dir. prat. lav.*, 1993, p. 2707; Cass. 7 giugno 1995, n. 6399, in *Dir. prat. lav.*, 1996, p. 254.

<sup>92</sup> Cass. 22 luglio 1998, n. 7467, in *Lav. giur.*, 1998, p. 213.

<sup>93</sup> Cfr. in merito Trib. Torino, 28 giugno 1990, in *Giur. piem.*, 1990, p. 733; Trib. Roma, 16 giugno 1995, in *Lav. giur.*, 1996, p. 243; Pret. Acqui Terme, 16 novembre 1998, in *Guida lav.*, 1999, n. 8, p. 36.

<sup>94</sup> In merito all'onere della prova in capo al lavoratore Cass. 21 ottobre 1991, n. 11142, in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 2261; Cass. 13 aprile 1999, n. 3647, in *Dir. prat. lav.*, 1999, p. 2664.

<sup>95</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., p. 183.

<sup>96</sup> Sulla legittimità costituzionale dell'art. 5 St. lav., cfr. C. cost. 5 febbraio 1975, n. 23, in *Riv. it. dir. lav.*, 1975, II, p. 45.



Tale controllo avviene attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, ai quali può essere richiesto sin dal primo giorno di assenza del lavoratore<sup>97</sup>, ed anche nel caso in cui il lavoratore assente non sia titolare del diritto a prestazioni economiche erogate dall'ente previdenziale<sup>98</sup>. La l. n. 833/1978 ha attribuito le funzioni di controllo all'Usl (ora Asl), anche se successivamente, con la l. dell'11 novembre 1983 n. 638, è stato reso possibile il ricorso a medici inclusi in liste speciali tenute dall'INPS. Le visite mediche devono essere richieste con atto scritto ma è comunque esclusa la possibilità, per il datore di lavoro, di richiedere la visita di controllo nominativamente ad uno dei medici compresi nelle liste o comunque a sanitari o ad altre persone di sua fiducia<sup>99</sup>.

A seguito del rinviato contenuto negli artt. 8 bis, d.l. n. 168/1991 e 5, c. 12, d.l. n. 463/1983, sono stati emanati dei decreti ministeriali (d.m. 25 febbraio 1984, d.m. 8 gennaio 1985, d.m. 15 luglio 1986, d.m. 27 maggio 1987) che hanno definito le modalità di convenzione fra Usl e INPS nonché i modi nei quali devono essere effettuate le visite di controllo<sup>100</sup>.

## 7.2. Controllo fiscale e «fasce orarie» di reperibilità

Prima del 1983 il lavoratore ammalato non era tenuto a rimanere presso il proprio domicilio, ma, in caso di assenza alla visita di controllo, aveva solo l'obbligo di presentarsi successivamente ad una visita ambulatoriale. Dedurre l'obbligo di reperibilità presso il proprio domicilio dall'art. 5, l. n. 300/1970 avrebbe significato, data la mancanza di una delimitazione oraria, costringere il lavoratore a rimanere costantemente presso la propria abitazione, e questo sarebbe stato un obbligo eccessivo. Ma per ridurre i costi dei controlli, spesso infertuosi, e reperire forme di assenteismo abusivo il legislatore ha introdotto, con l'art. 5, l. n. 638/1983, le cosiddette «fasce orarie» di reperibilità domiciliare, riprese poi dai contratti collettivi. Con esse il lavoratore ammalato ha l'obbligo di non assentarsi, senza giustificato motivo, dal proprio domicilio durante tali «fasce orarie» che vanno dalle ore 10 alle 12 e dalle ore 17 alle 19 di ogni giorno anche festivo.

Si è a lungo discusso se l'obbligo di reperibilità rimanga in capo al lavoratore anche successivamente all'espletamento di una prima visita di controllo. Una parte minoritaria della giurisprudenza ha affermato che, una volta che sia stata effettuata

<sup>97</sup> La visita domiciliare deve essere eseguita nella stessa giornata se la richiesta perviene entro le ore 10, mentre se la richiesta è recapitata dopo tale orario la visita deve essere eseguita entro le ore 12 del giorno successivo.

<sup>98</sup> Circ. INPS n. 122/1987.

<sup>99</sup> Cass. 14 dicembre 1985, n. 6349, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1582; Cass. 30 gennaio 1990, n. 609; Cass. 17 gennaio 1986, n. 309, in *Mass. giur. lav.*, 1986, p. 200.

<sup>100</sup> La visita di controllo si deve intendere come «singolo e ben determinato atto tecnico-professionale che si esplica attraverso l'esame del soggetto assistito e la contestuale formulazione della valutazione clinica», v. Pret. Ascoli Piceno, 17 aprile 1990, in *Iustitia*, 1990, p. 1576 ed in *Dir. lav.*, 1990, p. 139.

ta una visita di controllo e che la stessa abbia appurato l'effettività dello stato di malattia, cessa l'obbligo di reperibilità per la durata residua della malattia, in modo tale che possa essere richiesta al lavoratore una eventuale visita ambulatoriale solo nel caso in cui lo stesso sia assente alla visita di controllo presso il proprio domicilio<sup>101</sup>. La giurisprudenza prevalente si è invece schierata nel senso di importare al lavoratore l'obbligo di reperibilità, e quindi la sottoposizione ad altri controlli, anche successivamente alla prima visita medica<sup>102</sup>, purché essi mirino a controllare l'effettivo decorso della malattia e non si concretino in un comportamento vessatorio che molesti o danneggi il lavoratore che in tal caso potrebbe chiedere il risarcimento dei danni morali e biologici<sup>103</sup>.

Va precisato che per lungo tempo la giurisprudenza ha considerato l'obbligo di reperibilità nelle «fasce orarie» solo per l'ipotesi di malattia o infortunio extralavoristico. Tale obbligo non valeva, quindi, per quei lavoratori colpiti da infortuni sul lavoro, per i quali la norma doveva essere interpretata restrittivamente per non andare contro i diritti sanciti dalla Costituzione. Ma mentre le prime sentenze<sup>104</sup> affidavano che l'obbligo di rispettare le «fasce orarie» di reperibilità per i lavoratori infortunati sul lavoro violava l'art. 14 Cost. relativo agli accertamenti sanitari, una pronuncia successiva e recente<sup>105</sup> ha dichiarato che in tal modo si andava, piuttosto, contro l'art. 16 Cost. che riguarda la libertà di movimento nel territorio dello Stato.

Di recente la Corte di Cassazione<sup>106</sup> ha mutato il suo orientamento e ha giudi-

<sup>101</sup> La giurisprudenza ha voluto in questo modo salvaguardare anche il diritto del lavoratore a poter effettuare quelle terapie che richiedono l'allontanamento del luogo di abituale residenza. Cass. 21 ottobre 1995, in *Mass. giur. lav.*, 1996, p. 62; Cass. 30 ottobre 1990, n. 10442, in *Not. giur. lav.*, 1991, p. 49; Cass. 10 marzo 1990, n. 1942, in *Dir. lav.*, 1990, II, p. 297.

<sup>102</sup> Cass. 20 maggio 1994, n. 4940, in *Not. giur. lav.*, 1994, p. 167; Cass. 22 ottobre 1992, n. 11534, in *Dir. prat. lav.*, 1992, p. 3410; Cass. 15 gennaio 1990, n. 116, in *Dir. prat. lav.*, 1990, p. 770; Cass. 30 ottobre 1989, n. 4538. Nello stesso senso si è espressa la circolare dell'INPS n. 134421 Ago dell'8 agosto 1984.

<sup>103</sup> In Cass. 19 gennaio 1999, n. 475, in *Orient. giur. lav.*, 1999, p. 295, è stato riconosciuto ad un lavoratore il danno biologico derivante dal comportamento persecutorio del datore di lavoro che aveva continuamente e immotivatamente richiesto visite fiscali per l'accertamento dello stato di malattia nonostante l'effettività della patologia fosse già stata accertata dai controlli precedenti; Cass. 20 maggio 1994, n. 4940, in *Orient. giur. lav.*, 1994, p. 556.

<sup>104</sup> Cass. 2 giugno 1998, n. 5414, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2866, e *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 613; Cass. 20 febbraio 1999, n. 1452, in *Arch. civ.*, 1999, p. 563 e *Not. giur. lav.*, 1999, 15, p. 1219. Tali sentenze hanno sancito la nullità delle clausole dei contratti collettivi che estendono all'ipotesi di infortunio sul lavoro gli obblighi di reperibilità previsti in caso di malattia.

<sup>105</sup> Cass. 30 gennaio 2002, n. 1247, in *Dir. lav.*, 2002, II, p. 91, *Not. giur. lav.*, 2002, p. 206 e *Lav. giur.*, 2002, p. 673. Questa sentenza prelude ad un cambiamento di orientamento nel momento in cui ritiene che rientri nell'obbligo di correttezza e buona fede il comportamento collaborativo del lavoratore, assente per infortunio sul lavoro, durante l'accertamento sanitario. Affermando poi che i contratti collettivi possono specificare tale obbligo di collaborazione, finisce per legittimare questi ultimi a regolare la materia.

<sup>106</sup> Cass. 29 ottobre 2002, n. 15773, in *Lav. giur.*, 2003, 4, p. 350. In questa sentenza la Corte so-