

cato che l'obbligo di reperibilità, durante le «fasce orarie», può essere introdotto dai contratti collettivi per coloro che sono stati colpiti da infortunio sul lavoro, andando cioè a vantaggio del lavoratore al quale, in assenza di un termine preciso, potrebbe essere richiesto, in ogni momento, l'obbligo di reperibilità. Pur mancando una precisa disposizione normativa in tal senso, secondo la Suprema Corte «poiché il contenuto degli obblighi di correttezza e buona fede è deducibile anche dal comune sentire in un dato momento storico, non è dubbio che nell'attuale coscienza generale è inscritta, con il dovere a tutti comune di lavorare e, specificamente, con il biasimo per ingiustificate assenze del lavoratore che pretestuosamente lamenti qualche infermità, anche il suo dovere di offrire una leale disponibilità per il relativo accertamento. E la norma collettiva che disciplina questa disponibilità, limitando il generale ed indefinito obbligo entro ristretti limiti temporali, è una legittima specificazione nell'interesse dello stesso lavoratore».

Dopo l'effettuazione della visita, il medico deve consegnare al lavoratore un referto indicante la prognosi, la diagnosi e il giudizio sulla capacità o incapacità dello stesso al lavoro, nonché l'eventuale dissenso del lavoratore. Successivamente, entro 24 ore, vi sarà la comunicazione da parte dell'INPS al datore di lavoro dell'esito della visita senza le indicazioni diagnostiche.

Nel caso in cui il lavoratore non venga trovato presso il proprio domicilio durante la visita di controllo, l'istituto di previdenza informa il datore di lavoro del fatto ed invita il lavoratore a presentarsi ad una visita ambulatoriale di controllo il giorno successivo non festivo<sup>107</sup>.

Per l'attestazione di assenza eseguita dal medico fiscale dell'INPS vale il principio di presunzione di legittimità degli atti amministrativi: in questo modo grava sul lavoratore provare di essere stato presente e reperibile presso il proprio domicilio o di aver avuto un valido motivo che giustificava l'assenza durante le «fasce orarie»<sup>108</sup>.

### 7.3. Obblighi del lavoratore nel controllo della malattia

Il lavoratore non ha solamente l'obbligo di reperibilità ma anche quello di porre in essere tutti quei comportamenti che possano far concludere con successo la visita. Si è quindi di fronte ad un illecito non solo se il lavoratore risulta assente, ma anche qualora per sua incuria, negligenza o altro motivo giuridicamente non ap-

stiene che «se da un lato la legge ha tutelato la dignità del lavoratore riservando i controlli alla struttura pubblica e prevedendo la reperibilità in ristrette «fasce orarie», dall'altro va tutelato anche il diritto dell'imprenditore a controllare lo stato di salute dei propri dipendenti»; cfr., F. BALLATORE-G. BERTOLINO-L. SCARZELLO, *Il rapporto di lavoro privato subordinato*, vol. I, t. II, Torino, 2004.

<sup>107</sup> Nella circ. 136 del 25 luglio 2003 l'INPS afferma che se il lavoratore rientra nella propria abitazione, prima della partenza del medico, quest'ultimo può comunque visitarlo, salvo poi rilevare l'assenza iniziale che dovrà essere giustificata. Tale concetto era già stato espresso, sempre da parte dell'INPS, nel messaggio n. 13385 del 21 ottobre 1999.

<sup>108</sup> Cass. 24 settembre 1996, n. 8423, in *Dir. prat. lav.*, 1997, p. 342.

prezzabile, impedisca l'effettuazione del controllo sanitario. In queste circostanze l'assenza si considera giustificata o meno a seconda che il lavoratore dimostri di aver adottato tutti i mezzi idonei a superare eventuali ostacoli di ordine pratico all'incontro con il medico<sup>109</sup>.

Il lavoratore ha anche l'obbligo di comunicare presso quale domicilio la visita di controllo debba essere effettuata. Il domicilio deve essere indicato nel certificato medico di malattia inviato all'ente previdenziale<sup>110</sup> ed il lavoratore deve comunicare tempestivamente ai soggetti interessati (INPS e datore di lavoro) una sua eventuale variazione anche nel caso in cui la stessa sia stata prescritta dal medico curante per guarire dallo stato di malattia<sup>111</sup>.

Qualora l'istituto previdenziale non sia in grado di effettuare la visita di controllo a causa della mancata indicazione del domicilio nel certificato medico, e il lavoratore non riesca a dimostrare la non imputabilità del fatto, la giurisprudenza ha in maggioranza ritenuto applicabile non tanto l'art. 5, c. 14°, l. n. 638/1983 (rendendo quindi equivalente la mancata indicazione del domicilio con l'irreperibilità domiciliare) bensì quella della perdita dell'indennità di malattia sino a quando l'ente previdenziale non sia messo nelle condizioni di predisporre il controllo domiciliare<sup>112</sup>.

Il lavoratore può però provare che l'ente avrebbe potuto effettuare ugualmente la visita medica in base ai dati in proprio possesso o agevolmente e concretamente acquisibili *aliunde*<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> Per l'impossibilità di aprire la porta a causa dello stato di malattia, v. Cass. 25 marzo 2002, n. 4233, in *Dir. e giust.*, 2002, 16, p. 31; per il mancato funzionamento del citofono, v. Cass. 14 settembre 1993, n. 9523, in *Dir. prat. lav.*, 1993, 47, p. 3116; per l'essersi trovato in stato di sonnolenza causato dalla malattia, v. Pret. Parma, 29 giugno 1985, in *Dir. prat. lav.*, 1986, p. 782; Pret. Firenze, 2 novembre 1985, in *Giust. civ.*, I, p. 575; per il sonno indotto da farmaci utilizzati per curare la malattia v. Pret. Torino, 19 luglio 1988, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, II, p. 290; per il sonno insorto naturalmente v. Cass. 18 novembre 1991, n. 12354, in *Dir. prat. lav.*, 1992, p. 243; per l'essere affetto da ipoacusia v. Cass. 14 settembre 1993, n. 9523, in *Dir. prat. lav.*, 1993, 47, p. 3116; Pret. Milano, 29 marzo 1988, *Lav. '80*, 1988, p. 701; per l'assenza dovuta al momentaneo spostamento presso una pertinenza nelle immediate vicinanze del domicilio v. Cass. 30 luglio 1993, n. 8484, in *Not. giur. lav.*, 1993, 5, p. 682; Cass. 18 novembre 1991, n. 12354, in *Dir. prat. lav.*, 1992, p. 243; Trib. Milano, 20 settembre 1996, in *Lav. giur.*, 1997, p. 155; per il timore di essere disturbato da ospiti indesiderati v. Pret. Verona, 28 settembre 1992, *Iustitia*, 1992, p. 1341; per l'aver ascoltato musica con l'auricolare v. Cass. 1° agosto 1991, n. 8490, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1165.

<sup>110</sup> Cass. 27 aprile 1991, n. 4687.

<sup>111</sup> Cass. 13 agosto 1987, n. 6925, in *Orient. giur. lav.*, 1987, p. 1055, ed in *Not. giur. lav.*, 1988, p. 216; Trib. Bologna, 29 marzo 1988, in *Dir. prat. lav.*, 1988, p. 1655; Pret. Milano, 16 ottobre 1996, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 138.

<sup>112</sup> Cass. 28 agosto 1997, n. 7909, in *Mass. giust. civ.*, 1997, p. 1488; Cass. 21 settembre 1991, n. 9877; Cass. 30 luglio 1991, n. 8423, in *Not. giur. lav.*, 1991, p. 588; Cass. 15 ottobre 1990, n. 10035; per l'accoglimento della tesi minoritaria per la quale si dovrebbe applicare la sanzione per la mancata reperibilità v. Cass. 3 agosto 1991, n. 8520; circ. INPS 11 aprile 1985, n. 84 e 26 marzo 1987, n. 76.

<sup>113</sup> Cass., Sez. Un., 2 febbraio 1993, n. 1283, in *Orient. giur. lav.*, 1993, p. 482; Cass. 14 giugno 1999, n. 5894; Cass. 8 luglio 1997, n. 6185; Cass. 6 febbraio 1997, n. 1137; Cass. 25 novembre 1994, n. 10024.

#### 7.4. Il giustificato motivo dell'assenza del lavoratore alle visite di controllo

Vi è l'esclusione dell'illecito solo qualora il lavoratore dimostri che l'assenza dal domicilio è derivata da una causa a lui non imputabile apportando un giustificato motivo, *ex art.* 1218 c.c. Il concetto di giustificato motivo non si identifica solamente con lo stato di necessità o con la forza maggiore, ma è integrato anche in presenza di una valida ragione che, ancorché non caratterizzata dall'indifferibilità e dall'urgenza, costituisca un motivo serio, plausibile e socialmente apprezzabile in comparabile con il rispetto delle «fasce orarie»<sup>114</sup>. Al contrario non costituisce un ragionevole impedimento, tale da esonerare il lavoratore dall'obbligo di reperibilità, quel motivo di assenza che è volto al conseguimento di un interesse che, senza pregiudizio per lo stesso, può essere ugualmente soddisfatto in orari non coincidenti con le «fasce orarie». Il giustificato motivo può consistere nella necessità del lavoratore di recarsi presso il proprio medico curante per la verifica dell'andamento della malattia o da altro medico per altre ragioni, purché il lavoratore dimostri la necessità e l'indifferibilità della visita necessaria per evitare un pregiudizio alla propria salute<sup>115</sup>.

Al lavoratore viene comunque richiesta la prova che egli non si sarebbe potuto recare presso l'ambulatorio in un altro momento della giornata non coincidente con le «fasce orarie» se non sopportando disagi irragionevoli<sup>116</sup>. O ancora si è difeso ad un giustificato motivo quando la presenza personale del lavoratore si sia resa necessaria per evitare gravi conseguenze per se stesso o per i componenti del suo nucleo familiare<sup>117</sup>.

La Corte di Cassazione ha affermato che l'onere della prova del giustificato motivo dell'assenza alla visita domiciliare grava sul lavoratore<sup>118</sup>.

<sup>114</sup> Cfr. Cass. 27 giugno 1994, n. 6166, in *Not. giur. lav.*, 1994, p. 734; Cass. 16 aprile 1994, n. 3642, in *Not. giur. lav.*, 1994, p. 342; Cass. 8 aprile 1998, n. 3625, in *Giur. lav.*, 1998, 21, p. 19; Cass. 4 marzo 1996, n. 2275, in *Dir. prat. lav.*, 1996, p. 2276; Cass. 1° maggio 1995, n. 2390, in *Riv. giur. lav.*, 1995, p. 466; Cass. 12 gennaio 1994, n. 266, in *Foro it.*, 1994, I, c. 407; Cass. 17 dicembre 1993, n. 12465, in *Dir. prat. lav.*, 1994, p. 670.

<sup>115</sup> È stata ritenuta giustificata l'assenza del lavoratore che si è recato presso il proprio medico curante perché affetto da un forte mal di denti, da Cass. 10 dicembre 1998, n. 12458, in *Dir. lav.*, 1996, p. 137.

<sup>116</sup> Cfr. Cass. 2 marzo 2004, n. 4247; Cass. 23 febbraio 2001, n. 2624; Cass. 12 dicembre 1997, n. 12575, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 535; circ. INPS 19 luglio 1990, n. 171.

<sup>117</sup> Circ. INPS n. 134421 Ago n. 10876, in *Dir. prat. lav.*, 1984, II, p. 783. In questa circolare l'INPS definisce il concetto di nucleo familiare: «Sono da considerarsi compresi in esso non solo i familiari che risultano a carico o, comunque, conviventi ma anche gli altri c.d. "stretti congiunti", quali gli ascendenti, i discendenti, i fratelli o le sorelle». L'ente ha anche indicato alcune situazioni che rendono indifferibile la presenza del lavoratore malato, come ricoveri ospedalieri, funerali, gravi infortuni, convocazione da parte di pubbliche autorità, partecipazione a pubblici esami.

<sup>118</sup> Cass. 12 gennaio 1991, n. 268, in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 1282. La Cassazione è intervenuta a sanare un contrasto sorto all'interno della giurisprudenza di merito. Per la soluzione scelta dalla Cassazione v. ad es. Pret. Bologna, 19 maggio 1987, p. 1710; in senso contrario v. Trib. Milano, 16 gennaio 1988, in *Lav.*, 80, 1988, p. 419.

Una situazione particolare può essere quella del lavoratore affetto da malattie neurologiche o psicologiche, per la cura delle quali la permanenza in casa sia controindicata<sup>119</sup>. Per essere esonerato dall'obbligo di reperibilità, il lavoratore, in questi casi, deve essere supportato da precise prescrizioni del proprio medico curante e sarà comunque obbligato a sottoporsi almeno alla visita ambulatoriale. In alcuni contratti collettivi si possono talora trovare delle clausole che obbligano il lavoratore a comunicare preventivamente al datore di lavoro la necessità di assentarsi durante le «fasce orarie» in presenza di un giustificato motivo, pena l'ingiustificata assenza alla visita domiciliare. In questi casi il lavoratore perde esclusivamente il contributo a carico del datore di lavoro, mentre continuerebbe a percepire quello a carico dell'ente previdenziale, nei confronti del quale le norme del contratto collettivo non hanno valore. Sulla questione la giurisprudenza si è divisa, ritenendo a volte tali previsioni non peggiorative rispetto alla disciplina legale e quindi valide<sup>120</sup>, mentre in altre<sup>121</sup> sentenze le ha ritenute eccessivamente gravose e quindi inapplicabili<sup>122</sup>.

Non sono in ogni caso legittime quelle clausole, presenti nei contratti collettivi, che obbligano il lavoratore a garantire la sua presenza in «fasce orarie» diverse da quelle stabilite dalla legge.

#### 7.5. Decadenza dal trattamento economico e sanzioni disciplinari

L'art. 5, c. 14°, l. n. 638/1983 sanzionava originariamente l'assenza ingiustificata con la decadenza del lavoratore medesimo da ogni trattamento economico per i primi dieci giorni di malattia e la riduzione dello stesso alla metà per l'ulteriore periodo. La Corte costituzionale ha ritenuto illegittima la seconda parte della norma, in relazione agli artt. 3 e 38, c. 2° Cost., prevedendo una seconda visita medica di controllo quale condizione necessaria perché possa avvenire la decurtazione del 50% del trattamento per i giorni successivi al decimo<sup>123</sup>. Così il lavoratore che sia irripetibile dal medico che effettua il controllo domiciliare nelle «fasce orarie» e non abbia un giustificato motivo, perde il diritto al trattamento economico per i primi dieci giorni anche se lo stato della malattia viene successivamente confermato

<sup>119</sup> C. app. Bari, 24 gennaio 2002.

<sup>120</sup> Cass. 9 marzo 1995, n. 2756, in *Riv. it. dir. lav.*, 199, II, p. 113; Cass. 17 novembre 1993, n. 11358, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 734, con la precisazione che tali clausole devono essere applicate secondo buona fede e ragionevolezza; Pret. Como, 6 aprile 1985, in *Orient. giur. lav.*, 1985, p. 462; Pret. Milano, 31 dicembre 1985, in *Lav.*, 80, 1986, p. 500.

<sup>121</sup> Pret. Milano, 28 marzo 1986, in *Orient. giur. lav.*, 1986, p. 718.

<sup>122</sup> Cass. 3 maggio 1990, n. 3681; Pret. Milano, 28 marzo 1986, in *Lav.*, 80, 1986, p. 886; Pret. Lugano, 25 marzo 1986, in *Orient. giur. lav.*, 1986, p. 482.

<sup>123</sup> Cfr. C. cost. 26 gennaio 1988, n. 78, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, p. 305; Cass. 24 maggio 1999, n. 5044, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 173.

to dalla visita di controllo ambulatoriale. La perdita del 50% dell'indennità per il periodo restante si ha solo nel caso in cui il lavoratore si renda indisponibile anche ad una seconda visita di controllo.

La recidiva nell'assenza alla visita domiciliare di controllo, che comporta l'ulteriore sanzione della perdita dell'indennità di malattia per il periodo successivo ai primi dieci giorni, non sussiste quando, tra la prima e la seconda visita domiciliare, pur inerenti alla medesima malattia, il lavoratore si presenti alla visita di controllo ambulatoriale ed ottenga il prolungamento del periodo di malattia. In questo caso la visita ambulatoriale ha effetto interruttivo rispetto alla precedente fase di assenza del lavoratore<sup>124</sup>.

Secondo la Cassazione l'assenza ingiustificata del lavoratore ad una seconda visita domiciliare di controllo durante le «fasce orarie» di reperibilità, non comporta la decadenza dell'indennità di malattia se si verifica nel periodo di prognosi indicato dal medico che ha effettuato la prima visita<sup>125</sup>.

Nell'ipotesi dell'assenza del lavoratore ad una terza visita di controllo dopo due accertamenti aventi avuto esito negativo, viene interrotta da parte dell'ente previdenziale l'erogazione delle prestazioni economiche dalla data in cui viene riscontrata tale ulteriore assenza. Solo nel caso in cui successivamente il lavoratore si sottoponga a visita ambulatoriale, che riscontri lo stato di malattia inabilitante, gli verrà ripristinata la corresponsione dell'indennità al 100% ma solo dalla data di tale visita. Se il lavoratore dovesse risultare assente ad una ulteriore visita, da tale momento sarà nuovamente disposta la sospensione dell'indennità.

Va detto che i trattamenti economici che decadono a seguito dell'assenza del lavoratore alla visita di controllo sono sia quello a carico dell'INPS, sia quello a carico del datore di lavoro. Il pensiero maggioritario della dottrina e della giurisprudenza indica che la decadenza dal diritto all'indennità può essere disposta solo dall'ente previdenziale mentre il datore di lavoro non può operare nessuna trattenuta in assenza di una decisione dello stesso, e dovrà aspettare tale decisione per esercitare il diritto a recuperare quanto versato ma non dovuto dal lavoratore<sup>126</sup>.

Quando la trattenuta è invece relativa al periodo di carenza, non può essere altri che il datore di lavoro ad adottare il provvedimento di trattenere l'indennità, essendo, in questo caso, l'INPS del tutto estraneo alla questione<sup>127</sup>.

In larga prevalenza si afferma che la perdita del diritto al trattamento economico di malattia, per l'assenza ingiustificata alla visita di controllo, costituisce decadenza automatica non riconducibile all'esercizio del potere disciplinare del datore

<sup>124</sup> Cass. 21 ottobre 1995, n. 10965, in *Mass. giur. lav.*, 1996, p. 62.

<sup>125</sup> Cass. 20 maggio 1994, n. 4940, in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 550.

<sup>126</sup> Cass. 4 maggio 1996, n. 5185, in *Mass. giur. lav.*, 1986, p. 813; Pret. Milano, 13 giugno 1988, in *Lav. '80*, 1988, p. 702; Pret. Milano, 16 marzo 1987, in *Lav. '80*, 1987, p. 724; Pret. Taranto, 11 agosto 1986, in *Dir. prat. lav.*, 1986, p. 2675.

<sup>127</sup> Pret. Milano, 29 marzo 1988, in *Lav. '80*, 1988, p. 701.

di lavoro e non è di conseguenza soggetta alle garanzie di cui all'art. 7, l. n. 300/1970<sup>128</sup>.

L'assenza ingiustificata del lavoratore alla visita di controllo attribuisce al datore di lavoro un potere sanzionatorio. Ma mentre una parte della giurisprudenza, come condizione necessaria per dar luogo a tale potere da parte del datore di lavoro, pone che l'illecito sia predeterminato da parte del contratto collettivo<sup>129</sup>, un'altra parte ritiene sufficiente che il codice disciplinare, pur non contemplando puntualmente la mancanza, contenga una nozione ed una elencazione schematica e non dettagliata delle possibili azioni del singolo ed indichi in loro corrispondenza le sanzioni applicabili, sia pure in maniera ampia e suscettibile di adattamento in concreto secondo le effettive inadempienze<sup>130</sup>.

Per i sostenitori della prima tesi, nel caso di assoluta genericità del contratto collettivo di categoria e di mancata possibilità di far rientrare la condotta del lavoratore tra quelle contrarie all'interesse dell'impresa, l'inclusione del comportamento del lavoratore tra le condotte disciplinari sarebbe ritenuta arbitrariamente decisa dal datore di lavoro, contravvenendo così ai requisiti della predeterminazione e della proporzionalità delle sanzioni sanciti dagli artt. 7 St. lav. e 2106 c.c.<sup>131</sup>.

La sola ingiustificata assenza alla visita di controllo non costituisce un motivo tale da poter giustificare il licenziamento del dipendente. I presupposti per un licenziamento ci possono essere invece nel caso in cui il lavoratore si sia intenzionalmente rifiutato di sottoporsi alla visita di accertamento, avendo egli, in questo caso, violato il dovere di sottoporsi a tale visita, dovere la cui osservanza è indispensabile per assicurare la corretta esecuzione del rapporto di lavoro<sup>132</sup>.

La giurisprudenza ha anche esaminato il caso in cui il lavoratore sappia di non essere ammalato ma cerchi di frodare il datore di lavoro e l'istituto previdenziale per ricavare un beneficio che non gli compete. Si è concordi nel ritenere che la frode rappresenta una giusta causa di licenziamento per il venir meno del rapporto fi-

<sup>128</sup> Cass. 4 aprile 1990, n. 2788, in *Mass. giur. lav.*, 1990, p. 282; Cass. 9 agosto 1996, n. 7370, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 553; Cass. 20 maggio 1991, n. 5639, in *Foro it.*, 1991, I, c. 237. Secondo Cass. 14 luglio 1994, n. 6597, se una sanzione, avente contenuto identico di quella di cui alla legge, è prevista dal contratto collettivo, essa acquista carattere disciplinare e deve perciò seguire quanto previsto dall'art. 7, l. n. 300/1970.

<sup>129</sup> Cass. 9 agosto 1996, n. 7370, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 553; Cass. 10 marzo 1992, n. 2880; Cass. 16 febbraio 1991 n. 1642, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2377; Pret. Milano, 7 gennaio 1997, in *Lav. giur.*, 1997, p. 417.

<sup>130</sup> Cass. 11 dicembre 1995, n. 12686, in *Dir. prat. lav.*, 1996, p. 965; Cass. 19 aprile 1991, n. 4219, in *Not. giur. lav.*, 1991, p. 323; Cass. 17 febbraio 1988, n. 1703, in *Not. giur. lav.*, 1988, p. 373; Cass. 15 gennaio 1987, n. 277, in *Not. giur. lav.*, 1987, p. 180.

<sup>131</sup> Cass. 17 agosto 2001, n. 11153.

<sup>132</sup> Cass. 27 aprile 1996, n. 3915, in *Lav. giur.*, 1996, p. 866; Cass. 14 luglio 1994, n. 6597, in *Dir. prat. lav.*, 1994, p. 3475; Cass. 5 aprile 1990, n. 2818; Pret. Parma, 30 giugno 1992, in *Lav. prev. oggi*, 1992, p. 671.



ducatario indispensabile per la prosecuzione del rapporto di lavoro.<sup>133</sup> Si deve tenere presente che ai fini della sussistenza della giusta causa di licenziamento, non è sufficiente tuttavia a ledere il vincolo fiduciario fra le parti l'astratta idoneità del fatto contestato, occorrendo che tale idoneità sia altresì verificata in concreto in relazione alla posizione professionale del lavoratore nell'ambito aziendale ed alla conseguente maggiore o minore intensità di detto vincolo.<sup>134</sup>

#### 7.6. Il valore del referto rilasciato dal medico curante

Il referto del medico che ha eseguito la visita di controllo fa prova fino a querela di falso per quei fatti che lo stesso attesta di aver compiuto o che si siano verificati in sua presenza, come ad esempio l'orario della visita, la mancata risposta al citofono, la volontà di non sottoporsi alla visita, ecc.<sup>135</sup> Viceversa la diagnosi, costituendo un giudizio e non un fatto, può essere liberamente sindacata dal giudice, il quale può disporre mezzi istruttori come la nomina di un consulente tecnico o comunque confrontare le due fonti (certificato del medico curante e certificato del medico dell'INPS), verificando quella che fra esse risulti maggiormente attendibile e convincente.<sup>136</sup>

Nel caso in cui si verifichi un contrasto tra certificato del medico curante e certificato del medico che esegue il controllo, e quest'ultimo riduca la prognosi già riferita dal primo, la scelta di rispettare la prognosi redatta dal medico fiscale o continuare la propria assenza fino al termine stabilito nella prognosi originaria spetta al lavoratore. Infatti il giudizio definitivo sulla questione spetta al coordinatore sanitario della competente sede INPS, con la conseguenza che, in attesa di giudizio, il lavoratore è autorizzato a comportarsi come prescritto dal medico curante.<sup>137</sup>

<sup>133</sup> Cass. 2 agosto 1996, n. 6.984, in *Not. giur. lav.*, 1997, p. 100; Trib. Roma, 12 giugno 2001, in *Lav. giur.*, 2002, II, p. 689; Pret. Venezia, 5 marzo 1998, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 916; Pret. Torino, 11 marzo 1997.

<sup>134</sup> Cass. 1° marzo 1985, n. 1784, in *Not. giur. lav.*, 1985, p. 334.

<sup>135</sup> Cass. 5 novembre 1987, n. 8124, in *Not. giur. lav.*, 1987, p. 761; Cass. 24 gennaio 1992, n. 773, *Not. giur. lav.*, 1992, p. 813.

<sup>136</sup> Cass. 13 febbraio 1990, n. 1044, in *Not. giur. lav.*, 1990, p. 228; Cass. 17 novembre 1989, n. 4913, in *Dir. prat. lav.*, 1990, p. 776; Cass. 5 settembre 1988, n. 5027, in *Dir. prat. lav.*, 1988, p. 2868; Cass. 10 gennaio 1984, n. 155; Pret. Milano, 3 giugno 1994, in *Orient. giur. lav.*, 1994, p. 228; Pret. Torino, 27 marzo 1992, in *Giur. piem.*, 1993, p. 93.

<sup>137</sup> In Cass. 1° settembre 1987, n. 7167, in *Dir. prat. lav.*, 1987, p. 2690, e in *Orient. giur. lav.*, 1987, p. 695, la Cassazione ha affermato che in capo al lavoratore non vi è l'obbligo di comunicare al datore di lavoro la propria disponibilità per il periodo successivo a quello indicato nella prognosi del medico di controllo, più breve di quella del medico curante, e conseguentemente ha ritenuto illegittimo il licenziamento del lavoratore per assenza ingiustificata. Per conclusioni simili nella giurisprudenza di merito v. Pret. Milano, 28 luglio 1995, in *Lav. giur.*, 1996, p. 74.

A conclusioni opposte è però giunta una parte della giurisprudenza: Pret. Como, 30 settembre 1983, in *Orient. giur. lav.*, 1984, p. 118; Pret. Gardone Val Trompia, 8 aprile 1982, *Orient. giur. lav.*, 1982, p. 844; Pret. Castelfranco Veneto, 13 luglio 1981, *Orient. giur. lav.*, 1981, 1104.

L'invio di un nuovo certificato redatto dal medico curante successivo alla visita di controllo ed attestante il prolungamento dell'infermità oltre la data di presunta guarigione, comporta l'obbligo per il datore di lavoro di provare l'inesistenza della malattia mediante una nuova visita domiciliare di controllo.<sup>138</sup>

#### 7.7. Accertamenti investigativi del datore di lavoro

La giurisprudenza<sup>139</sup> e la dottrina<sup>140</sup> prevalente è orientata nell'ammettere indagami effettuate dal datore di lavoro, anche a mezzo di agenzie di investigazione, per verificare se il lavoratore assente per malattia, osservi dei comportamenti compatibili con il suo stato di salute o, al contrario, svolga attività che possono ritardare una completa guarigione o siano in grado di dimostrare la sopravvivenza idoneità al lavoro.

Tali accertamenti sfuggono alle garanzie previste dall'art. 5 St. lav. (che si occupa solo dei controlli sanitari), e nemmeno violano l'art. 8 dello stesso (che consente esplicitamente gli accertamenti sui fatti rilevanti al fine di valutare l'attitudine professionale del lavoratore), perché il fatto oggetto dell'indagine, pur ricadendo nell'area dei comportamenti privati del lavoratore, incide sull'adempimento delle obbligazioni presenti nel contratto e non rientra tra quei fatti nei confronti dei quali è vietata ogni indagine da parte del datore di lavoro.

Un problema legato anche all'innovazione tecnologica e ai nuovi tipi di lavoro è quello inerente al verificarsi di un comportamento sleale consumato all'interno delle mura domestiche che può sfuggire anche a questo tipo di controlli. Infatti un lavoratore potrebbe, fingendosi malato, preparare esami universitari, concorsi, accedere i propri familiari o svolgere lavori compatibili con l'utilizzo di una postazione informatica o di un computer collegato ad internet. In questo contesto il ricorso so alle agenzie di investigazione o a strumenti per spiare il lavoratore nel suo domicilio sono del tutto illegittimi!<sup>141</sup>

<sup>138</sup> Cass. 3 dicembre 1994, n. 10370, in *Dir. prat. lav.*, 1995, p. 1058.

<sup>139</sup> Cass. 29 luglio 1998, n. 7467, in *Guida lav.*, 45, p. 32; Cass. 26 febbraio 1994, n. 1974, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1909; Cass. 27 aprile 1992, n. 5006, in *Not. giur. lav.*, 1992, p. 602; Cass. 6 giugno 1990, n. 5407, in *Orient. giur. lav.*, 1990, p. 111; Pret. Roma, 31 gennaio 1996, in *Lav. giur.*, 1996, p. 322; Pret. Torino, 11 agosto 1995, in *Lav. giur.*, 1996, p. 83. Un orientamento minoritario che vieta al datore di lavoro di disporre di tali accertamenti si avuto con Cass. 26 febbraio 1982, n. 1241, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1210; Pret. Milano, 13 settembre 1984, in *Orient. giur. lav.*, 1984, p. 1118.

<sup>140</sup> Cfr. P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979, pp. 94 e 118; A. PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, p. 417; R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Milano, 1992, p. 567. In senso contrario, U. ROMAGNOLI, in G. GHEZZI-L. MONTUSCHI-U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, II ed., Bologna-Roma, 1981, p. 31.

<sup>141</sup> V. la nota di L. VALENTE, in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, p. 50.

## 8. I diritti del lavoratore: la conservazione del posto di lavoro

Come già detto in premessa, contrariamente a quanto avviene nei contratti con prestazioni corrispettive, ove l'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore estingua o riduca la reciproca obbligazione, nel rapporto di lavoro, l'impossibilità della prestazione lavorativa determinata dall'insorgenza di uno stato morboso non porta di per sé alla risoluzione del rapporto ma lascia sussistere in vita il rapporto stesso, che permane in uno stato di sospensione o di «quiescenza».

Un altro effetto della malattia sul rapporto di lavoro è rappresentato – oltre che dalla sospensione del rapporto stesso – anche dal diritto alla conservazione del posto spettante al prestatore d'opera. Tale diritto è tutelato attraverso la previsione di un esplicito divieto di licenziamento imposto al datore di lavoro.

L'art. 2110 c.c. inoltre, prevede un ulteriore e fondamentale effetto della malattia: il diritto del lavoratore ad un particolare trattamento economico, consistente nella retribuzione o in un'indennità «nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dalle norme corporative (oggi i contratti collettivi) o secondo equità».

Durante il periodo di malattia inoltre, il rapporto di lavoro pur trovandosi in una fase di quiescenza che fa venir meno una delle obbligazioni fondamentali delle parti, continua ad esistere ed esplica i suoi effetti collaterali.

In applicazione di tale principio, l'ultimo comma dell'art. 2110 c.c. prevede che il periodo di assenza per malattia «deve essere computato nell'anzianità di servizio a tutti gli effetti». Ne deriva che l'assenza da lavoro dovuta all'insorgenza di uno stato morboso non potrà mai compromettere la maturazione degli scatti di anzianità o per esempio delle mensilità aggiuntive.

### 8.1. Il diritto del lavoratore ammalato alla conservazione del posto ed il periodo di comporto

La sospensione del rapporto di lavoro con la preclusione del licenziamento dura ai sensi dell'art. 2110, c. 2°, c.c. per il periodo stabilito dalla legge, dai contratti collettivi, dagli usi o dall'equità.

Tale periodo viene definito di «comporto» e al termine di esso, se la malattia non è cessata, risorge il potere dell'imprenditore di esercitare il recesso nei confronti del lavoratore malato <sup>142</sup>.

<sup>142</sup> È tuttavia riconosciuta la facoltà al lavoratore di usufruire di un periodo di ferie o di un congedo non retribuito al fine di prolungare il periodo di assenza dovuta a malattia ed evitare il superamento del periodo di comporto. Tale facoltà concessa al lavoratore è subordinata ad una sua richiesta scritta al datore di lavoro ove egli deve indicare il momento a decorrere dal quale egli intende ottenere la conversione del titolo dell'assenza e deve precedere la scadenza del periodo di comporto, dato che al momento di detta scadenza il datore di lavoro acquisisce il diritto di recedere ai sensi dell'art.

La durata minima del periodo di comporto è stabilita dalla legge <sup>143</sup> solo per quanto riguarda gli impiegati. I limiti determinati dalla legge sono stati poi nel tempo ampiamente superati dalla contrattazione collettiva <sup>144</sup>, la quale ha provveduto a disciplinare l'istituto del comporto anche nei confronti degli operai per i quali mancava una normativa di carattere legislativo.

Il periodo di comporto può talvolta essere allungato come previsto dalla contrattazione collettiva, qualora un evento di malattia si prolunghi con una ricaduta a sé collegata, dovendosi però escludere che il periodo di comporto possa essere prolungato qualora il lavoratore si assenti dal lavoro in seguito al verificarsi di diversi episodi morbosi <sup>145</sup>.

Il periodo di comporto per malattia è disciplinato dalla contrattazione collettiva in modo estremamente variegato; si tratta di un vero e proprio labirinto di discipline contrattuali che, con un certo grado di approssimazione, possono essere indicate e classificate nei seguenti modi.

a) *Comporto per sommatoria o frazionato*. – Le clausole contrattuali che regolano questo tipo di comporto prevedono – oltre ad una esplicita possibilità di cumulo di eventuali assenze plurime – anche l'arco di tempo entro il quale tale cumulo deve essere effettuato.

Possono rientrare in tale fattispecie anche quelle clausole che, pur non prevedendo la possibilità di sommare le varie assenze per malattia, contengono tuttavia un riferimento all'arco di tempo entro cui il periodo di comporto debba incidere <sup>146</sup>.

Rientrano in questa medesima categoria anche quelle clausole che, pur prevedendo una esplicita possibilità di sommatoria, non contengano alcun parametro temporale entro cui calcolare il periodo di comporto, ma dispongono la cumulabi-

2110 c.c. Cfr. in merito Cass. 17 febbraio 2000, n. 1174, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 271; Cass. 11 maggio 2000, n. 6043, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 2171; Cass. 13 settembre 2002, n. 13396, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 272;

<sup>143</sup> Cfr. r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825.

<sup>144</sup> In merito alla disciplina del periodo di comporto cfr. Cass. 1100 n. 4629, in *Rep. giur. lav.*, 2003, p. 243 ove si afferma che «ai fini della determinazione del periodo di comporto, l'art. 2110 c.c. rinvia alla legge, ai contratti collettivi, agli usi e all'equità, onde è possibile ricorrere a quest'ultima solo in assenza delle altre fonti; ne consegue che quando la contrattazione collettiva disciplina il comporto per sommatoria, il giudice deve attenersi alla relativa disposizione senza possibilità di sostituirla o integrarla col ricorso all'equità».

<sup>145</sup> Cfr. in tal senso Trib. Taranto, 4 settembre 1980, in *Orient. giur. lav.*, 1980, p. 862; Pret. Cassino, 22 marzo 1982, in *Orient. giur. lav.*, 1982, p. 1323; Pret. Varese, 31 maggio 1982, in *Orient. giur. lav.*, 1982, p. 1325; Trib. Pisa, 31 maggio 1983, in *Orient. giur. lav.*, 1983, p. 1208; Cass. 10 giugno 1983, n. 3999, in *Mass. giur. lav.*, 1984, p. 459; Cass. 13 dicembre 1988, n. 6799, in *Orient. giur. lav.*, 1989, p. 441.

<sup>146</sup> Il contratto collettivo dell'aziende del commercio per esempio stabilisce che in caso di malattia il lavoratore non in prova ha diritto alla conservazione del posto per un periodo massimo di 180 giorni nell'anno solare.

lità delle sole assenze che si siano verificate entro limiti temporali determinati. Le clausole di questo tipo, contenute in numerosi contratti collettivi, dispongono che le assenze per malattia non si sommano quando si verificano prima che sia trascorso un certo periodo di tempo dall'interruzione precedente.

b) *Il contratto secco o classico.* - I contratti collettivi che disciplinano questo tipo di comportamento non prevedono una esplicita possibilità di sommaria delle varie assenze per malattia, e molte non contengono alcun riferimento all'arco di tempo entro cui il cumulo delle assenze deve essere effettuato.<sup>147</sup>

c) *Comporto secco con prolungamento.* - Le clausole contrattuali di questo tipo prevedono, accanto al periodo di comportamento cosiddetto classico, anche l'ipotesi della ricaduta nella malattia, entro determinati limiti temporali.<sup>148</sup> La questione che suscita maggior dibattito in merito al periodo di comportamento è però la modalità di calcolo dello stesso; in merito a ciò risultano tuttora controversi alcuni problemi.

Il primo problema deriva dalle diverse espressioni contenute nei contratti collettivi in merito all'arco di tempo entro il quale deve essere calcolato il periodo di comportamento; i contratti infatti usano indifferentemente termini come «anno di servizio», «anno solare», «anno di calendario».

Dalla giurisprudenza formatasi in merito e dalla elaborazione dottrina si ricava che «per anno di calendario» deve intendersi il periodo di tempo compreso tra il 1° gennaio ed il 31 dicembre di ogni anno<sup>149</sup>; per l'espressione «anno solare» invece va inteso un arco temporale di 365 giorni decorrenti dalla data del primo episodio morboso o, a ritroso dalla data del licenziamento oppure alternativamente dall'una o dall'altra<sup>150</sup>. Per quanto riguarda invece la definizione di mese, allora

<sup>147</sup> Le clausole di comporto secco si esprimono normalmente nella forma più semplice quale ad esempio: «in caso di malattia il lavoratore ha diritto alla conservazione del posto per un periodo di 180 giorni».

<sup>148</sup> Tra i contratti collettivi che prevedono la clausola del comporto secco con prolungamento vanno ricordati soprattutto i contratti per l'industria metalmeccanica pubblica e privata i quali dispongono che «in caso di ricaduta nella stessa malattia entro il periodo massimo di due mesi dalla ripresa del lavoro, il lavoratore ha diritto alla conservazione del posto per un ulteriore periodo di ...».

<sup>149</sup> Cfr. in merito Pret. Latina, 1° febbraio 1974.

<sup>150</sup> In merito all'interpretazione per il calcolo del periodo di comportamento in riferimento all'anno cfr. Cass. 24 giugno 1983, n. 4328, in *Giust. civ. rep.*, 1983, voce *Lavoro*, p. 705; Cass. 9 maggio 1985, n. 2910 in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 869; Cass. 25 marzo 1986, n. 2135, in *Dir. lav.*, 1986, II, p. 198; Trib. Torino, 12 giugno 1986, in *Giur. piem.*, 1986, p. 733; Cass. 21 agosto 1987, n. 6987, in *Dir. prat. lav.*, 1988, p. 302; Trib. Milano, 11 luglio 1990, in *Orient. giur. lav.*, 1990, 3, p. 66; Pret. Milano, 23 giugno 1994, p. 302; Trib. Genova, 16 maggio 1998, n. 4955, in *Guida lav.*, 1998, n. 24, p. 26; Cass. 13 settembre 2002, n. 13396, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 272 la quale afferma che «in applicazione dei principi di logica, di ragionevolezza e di parità di trattamento tra lavoratori assenti per malattia per periodi ritenuti o meno nell'anno di calendario, la disposizione di cui all'art. 3, d.l.c.p.s. 31 ottobre 1947, n. 1304 deve essere interpretata nel senso che la base annua cui va rapportato il periodo di comporto (nella specie per concorde dato normativo e contrattuale di 180 giorni) si identifica

che l'entità del comporto sia fissata con riferimento all'unità temporale mensile, senza ulteriori specificazioni, il computo delle assenze deve essere effettuato secondo l'effettiva consistenza di ciascun mese in base al calendario comune degli anni in cui esso decorre, non già dunque, assumendone una durata convenzionale fissa costituita da un predeterminato numero di giorni.<sup>151</sup>

Ci sono però ulteriori problemi che sorgono nel contesto del calcolo del periodo di comporto; ai fini della maturazione del periodo di comporto sia secco che per sommaria, sono valutabili i giorni di malattia indicati nel certificato medico, se condotti il calendario comune. Dovendosi presumere, salvo prova contraria, la continuità dell'infermità ed il conseguente perdurare ininterrotto dell'indisponibilità del lavoratore, si ritengono computabili sia i giorni non lavorativi - domeniche e festività infrasettimanali - sia quelli non lavorativi per gestione aziendale - come nel caso dello sciopero - che dovessero cadere nel periodo di malattia.<sup>152</sup>

Lo stesso principio di cui sopra vale per quanto riguarda l'interazione tra ferie e malattia; come abbiamo visto relativamente alla sospensione delle ferie per malattia, va rilevato che l'imputazione fittizia di giorni di malattia a ferie è ammessa - purché consensuale - in virtù del principio di conversione del titolo dell'assenza; in anche il decorso del periodo di comporto per malattia può essere interrotto prima della sua scadenza, a richiesta del dipendente, imputando il residuo periodo di malattia a ferie, sino ad esaurimento delle stesse.<sup>153</sup>

Un principio assai importante, relativamente alla tematica in esame è quello sancito dalla Suprema Corte, secondo cui il periodo di assenza per malattia e per infortunio devono essere considerati unitariamente al fine del calcolo del periodo di comporto per sommaria, cioè devono essere tra loro sommati, sempre che la contrattazione collettiva applicabile al rapporto non disponga diversamente.<sup>154</sup> Infine, stante l'oggettiva ed infrequente difficoltà di individuare con precisione il momento di esaurimento del periodo di comporto è discusso in dottrina e giuris-

l'anno solare, e cioè nell'intervallo di 365 giorni decorrente dal primo episodio morboso, dall'inizio della malattia, se continuativa, ovvero, a ritroso, dalla data del licenziamento».

<sup>151</sup> In merito alla determinazione del mese nel periodo di comporto cfr. Cass. 23 gennaio 1984, n. 569, in *Corr. giur.*, 1984, I, p. 1494; Cass. 18 novembre 1982, n. 6224, in *TLG*, 1996, p. 112.

<sup>152</sup> In merito al computo dei giorni del periodo di comporto cfr. Cass. 22 febbraio 1990, n. 1337, in *Not. giur. lav.*, 1990, p. 973; Cass. 12 agosto 1994, n. 7405, in *Dir. prat. lav.*, 1995, 4, p. 310; Cass. 13 luglio 1995, n. 7672, in *Not. giur. lav.*, 1995, p. 838; Cass. 19 ottobre 2004, n. 20458, in *Rep. giur. lav.*, 2005, 272; Cass. 10 novembre 2004, n. 21383, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 273.

<sup>153</sup> Per quanto riguarda l'interazione tra ferie e malattia cfr. Cass. 30 marzo 1990, n. 2608, in *Dir. prat. lav.*, 1990, p. 2072; Cass. 6 giugno 1991, n. 6431, in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 2257; Cass. 15 dicembre 1994, n. 10761, in *Dir. prat. lav.*, 1995, p. 409; Cass. 11 marzo 1995, n. 2847, in *Not. giur. lav.*, 1995, p. 224; Cass. 28 gennaio 1997, n. 873, in *Dir. prat. lav.*, 1997, p. 1506.

<sup>154</sup> In merito alla cumulabilità del periodo di assenza per malattia e infortunio al fine del calcolo del periodo di comporto cfr. Cass. 10 aprile 1996, n. 3351, in *Dir. prat. lav.*, 1996, n. 2881; Cass. 15 settembre 1997, n. 9187, in *Dir. prat. lav.*, 1998, p. 523; Cass. 21 maggio 1998, n. 5091, in *Guida lav.*, 1998, n. 24, p. 27; Cass. 16 giugno 1998, n. 6001, in *Mass. giur. lav.*, 1998, n. 4-5, p. 69.

lità delle sole assenze che si siano verificate entro limiti temporali determinati. Le clausole di questo tipo, contenute in numerosi contratti collettivi, dispongono che le assenze per malattia non si sommano quando si verificano prima che sia trascorso un certo periodo di tempo dall'interruzione precedente.

b) *Il comporta secco o classico*. – I contratti collettivi che disciplinano questo tipo di comporta non prevedono una esplicita possibilità di sommatoria delle varie assenze per malattia, e molte non contengono alcun riferimento all'arco di tempo entro cui il cumulo delle assenze deve essere effettuato<sup>147</sup>.

c) *Comporta secco con prolungamento*. – Le clausole contrattuali di questo tipo prevedono, accanto al periodo di comporta cosiddetto classico, anche l'ipotesi della ricaduta nella malattia, entro determinati limiti temporali<sup>148</sup>.

La questione che suscita maggior dibattito in merito al periodo di comporta è però la modalità di calcolo dello stesso; in merito a ciò risultano tuttora controversi alcuni problemi.

Il primo problema deriva dalle diverse espressioni contenute nei contratti collettivi in merito all'arco di tempo entro il quale deve essere calcolato il periodo di comporta; i contratti infatti usano indifferentemente termini come «anno di servizio», «anno solare», «anno di calendario».

Dalla giurisprudenza formatasi in merito e dalla elaborazione dottrina si ricava che «per anno di calendario» deve intendersi il periodo di tempo compreso tra il 1° gennaio ed il 31 dicembre di ogni anno<sup>149</sup>; per l'espressione «anno solare» invece va inteso un arco temporale di 365 giorni decorrenti dalla data del primo episodio morboso o, a ritroso dalla data del licenziamento oppure alternativamente dall'una o dall'altra<sup>150</sup>. Per quanto riguarda invece la definizione di mese, allor-

<sup>147</sup> Le clausole di comporta secco si esprimono normalmente nella forma più semplice quale ad esempio: «in caso di malattia il lavoratore ha diritto alla conservazione del posto per un periodo di 180 giorni».

<sup>148</sup> Tra i contratti collettivi che prevedono la clausola del comporta secco con prolungamento vanno ricordati soprattutto i contratti per l'industria metalmeccanica pubblica e privata i quali dispongono che «in caso di ricaduta nella stessa malattia entro il periodo massimo di due mesi dalla ripresa del lavoro, il lavoratore ha diritto alla conservazione del posto per un ulteriore periodo di ...».

<sup>149</sup> Cfr. in merito Pret. Latina, 1° febbraio 1974.

<sup>150</sup> In merito all'interpretazione per il calcolo del periodo di comporta in riferimento all'anno cfr. Cass. 24 giugno 1983, n. 4328, in *Giust. civ. rep.*, 1983, voce *Lavoro*, p. 705; Cass. 9 maggio 1985 n. 2910 in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 869; Cass. 25 marzo 1986, n. 2135, in *Dir. lav.*, 1986, II, p. 198; Trib. Torino, 12 giugno 1986, in *Giur. piem.*, 1986, p. 733; Cass. 21 agosto 1987, n. 6987, in *Dir. prat. lav.*, 1988, p. 302; Trib. Milano, 11 luglio 1990, in *Orient. giur. lav.*, 1990, 3, p. 66; Pret. Milano, 23 giugno 1994, in *Orient. giur. lav.*, 1994, p. 297; Cass. 16 maggio 1998, n. 4955, in *Guida lav.*, 1998, n. 24, p. 26; Cass. 13 settembre 2002, n. 13396, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 272 la quale afferma che «in applicazione dei principi di logica, di ragionevolezza e di parità di trattamento tra lavoratori assenti per malattia per periodi rientranti o meno nell'anno di calendario, la disposizione di cui all'art. 3, d.l.c.p.s. 31 ottobre 1947, n. 1304 deve essere interpretata nel senso che la base annua cui va rapportato il periodo di comporta (nella specie per concorde dato normativo e contrattuale di 180 giorni) si identifica

ché l'entità del comporta sia fissata con riferimento all'unità temporale mensile, senza ulteriori specificazioni, il computo delle assenze deve essere effettuato secondo l'effettiva consistenza di ciascun mese in base al calendario comune degli anni in cui esso decorre, non già dunque, assumendone una durata convenzionale fissa costituita da un predeterminato numero di giorni<sup>151</sup>.

Ci sono però ulteriori problemi che sorgono nel contesto del calcolo del periodo di comporta; ai fini della maturazione del periodo di comporta sia secco che per sommatoria, sono valutabili i giorni di malattia indicati nel certificato medico, secondo il calendario comune. Dovendosi presumere, salvo prova contraria, la continuità dell'infermità ed il conseguente perdurare ininterrotto dell'indisponibilità del lavoratore, si ritengono computabili sia i giorni non lavorativi – domeniche e festività infrasettimanali – sia quelli non lavorativi per gestione aziendale – come nel caso dello sciopero – che dovessero cadere nel periodo di malattia<sup>152</sup>.

Lo stesso principio di cui sopra vale per quanto riguarda l'interazione tra ferie e malattia; come abbiamo visto relativamente alla sospensione delle ferie per malattia, va rilevato che l'imputazione fittizia di giorni di malattia a ferie è ammessa – purché consensuale – in virtù del principio di conversione del titolo dell'assenza; in sostanza, come le ferie rimangono sospese per il sopravvenire di una malattia, così anche il decorso del periodo di comporta per malattia può essere interrotto prima della sua scadenza, a richiesta del dipendente, imputando il residuo periodo di malattia a ferie, sino ad esaurimento delle stesse<sup>153</sup>.

Un principio assai importante, relativamente alla tematica in esame è quello sancito dalla Suprema Corte, secondo cui il periodo di assenza per malattia e per infortunio devono essere considerati unitariamente al fine del calcolo del periodo di comporta per sommatoria, cioè devono essere tra loro sommati, sempre che la contrattazione collettiva applicabile al rapporto non disponga diversamente<sup>154</sup>.

Infine, stante l'oggettiva ed infrequente difficoltà di individuare con precisione il momento di esaurimento del periodo di comporta è discusso in dottrina e giuri-

nell'anno solare, e cioè nell'intervallo di 365 giorni decorrente dal primo episodio morboso, dall'inizio della malattia, se continuativa, ovvero, a ritroso, dalla data del licenziamento».

<sup>151</sup> In merito alla determinazione del mese nel periodo di comporta cfr. Cass. 23 gennaio 1984, n. 569, in *Corr. giur.*, 1984, I, p. 1494; Cass. 18 novembre 1982, n. 6224, in *TLG*, 1996, p. 112.

<sup>152</sup> In merito al computo dei giorni del periodo di comporta cfr. Cass. 22 febbraio 1990, n. 1337, in *Not. giur. lav.*, 1990, p. 973; Cass. 12 agosto 1994, n. 7405, in *Dir. prat. lav.*, 1995, 4, p. 310; Cass. 13 luglio 1995, n. 7672, in *Not. giur. lav.*, 1995, p. 838; Cass. 19 ottobre 2004, n. 20458, in *Rep. giur. lav.*, 2005, 272; Cass. 10 novembre 2004, n. 21383, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 273.

<sup>153</sup> Per quanto riguarda l'interazione tra ferie e malattia cfr. Cass. 30 marzo 1990, n. 2608, in *Dir. prat. lav.*, 1990, p. 2072; Cass. 6 giugno 1991, n. 6431, in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 2257; Cass. 15 dicembre 1994, n. 10761, in *Dir. prat. lav.*, 1995, p. 409; Cass. 11 marzo 1995, n. 2847, in *Not. giur. lav.*, 1995, p. 224; Cass. 28 gennaio 1997, n. 873, in *Dir. prat. lav.*, 1997, p. 1506.

<sup>154</sup> In merito alla cumulabilità del periodo di assenza per malattia e infortunio al fine del calcolo del periodo di comporta cfr. Cass. 10 aprile 1996, n. 3351, in *Dir. prat. lav.*, 1996, n. 2881; Cass. 15 settembre 1997, n. 9187, in *Dir. prat. lav.*, 1998, p. 523; Cass. 21 maggio 1998, n. 5091, in *Guida lav.*, 1998, n. 24, p. 27; Cass. 16 giugno 1998, n. 6001, in *Mass. giur. lav.*, 1998, n. 4-5, p. 69.

sprudenza se al datore di lavoro incomba o meno l'obbligo di avvertire il dipendente del termine del periodo predetto. La tesi prioritaria sostiene in merito che, essendo il periodo di malattia gestito dal lavoratore, egli dovrebbe calcolare autonomamente il termine corretto del periodo di comportamento a sua disposizione<sup>155</sup>; per contro, si evidenzia che, laddove sia riscontrabile una situazione di oggettiva contituitività, come ad esempio nel caso di concorso tra infortunio e malattia, i principi di buona fede e correttezza di cui all'art. 1173 c.c. e 1373 c.c. a cui deve ispirarsi il comportamento del datore di lavoro, impongono a quest'ultimo di comunicare al lavoratore la prossima scadenza del periodo di comportamento pena l'illegitimità del licenziamento<sup>156</sup>.

## 8.2. Il superamento del periodo di comportamento

Un problema particolarmente delicato sul quale non si riscontra uniformità di soluzioni è quello degli effetti derivanti dal protrarsi della malattia oltre il periodo di comportamento.

Secondo una parte della giurisprudenza, il superamento del periodo di comportamento non determina automaticamente l'estinzione del rapporto di lavoro, dovendo invece accettarsi di volta in volta, accanto al superamento di tale periodo, l'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di licenziamento<sup>157</sup>.

Secondo altro orientamento, diffuso invece in giurisprudenza, il licenziamento successivo alla scadenza del periodo di comportamento integra una autonomia, tipica e legittima causa di sospensione del rapporto soggetta ad un regime speciale di recesso.

Un problema di natura generale della disciplina si risolve sulla risoluzione dei contratti

<sup>155</sup> A favore della tesi che sostiene che il datore di lavoro non ha l'onere di avvertire preventivamente il lavoratore dell'imminente scadenza del periodo di comportamento né quello di annunciarla propria intenzione di recedere cfr. Pret. Como, 7 dicembre 1990, in *Dir. prat. lav.*, 2001, p. 969; Pret. Milano, 23 giugno 1994, in *Lav. gior.*, 1994, p. 1184; Trib. Milano, 3 settembre 1994, in *Orient. gior. lav.*, 1994, p. 551; Trib. Milano, 11 marzo 1995, in *Orient. gior. lav.*, 1995, p. 140; Cass. 10 aprile 1996, in *Lav. gior.*, 1996, p. 778; Trib. Milano, 20 settembre 1996, in *Lav. gior.*, 1996, p. 154; Pret. Milano, 29 gennaio 1997, in *Lav. gior.*, 1997, p. 507; Pret. Milano, 23 aprile 1997, in *Lav. gior.*, 1997, p. 1031; Cass. 21 maggio 1998, n. 5091, in *Guida lav.*, 1998, n. 24, p. 24; Pret. Milano, 17 giugno 1998, in *Guida lav.*, 1998 n. 39, p. 39.

<sup>156</sup> Cfr. C. Cester in *Il rapporto di lavoro subordinato* in *Diritto del Lavoro. Commentario*, diretto da F. Carnacci, vol. II, Torino, in merito agli orientamenti giurisprudenziali che sostengono l'obbligo del datore di lavoro di comunicare il superamento del periodo di comportamento cfr. Pret. Milano, 29 marzo 1993, in *Orient. gior. lav.*, 1993, p. 42; Pret. Milano, 2 giugno 1997, in *Lav. gior.*, 1997, p. 848; Pret. lav., 2002, p. 1106.

<sup>157</sup> In merito all'orientamento minoritario a favore della non automaticità del licenziamento per superamento del periodo di comportamento cfr. G. Ghezzi-U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Bologna, 1995, p. 326 e R. DEL PUNTA, *La sospensione*, cit., p. 375 e ancora in giurisprudenza Pret. Milano, 16 ottobre 1979, in *Foro it.*, 1980, I, c. 731; Pret. Milano, 20 febbraio 1982, in *Orient. gior. lav.*, 1982, p. 452; Cass. 18 gennaio 1991, n. 439, in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 1283; Cass. 20 marzo 1992, n. 3517, in *Gior. it.*, 1993, I, 1, p. 1330; Cass. 18 marzo 1995, n. 3174, in *Lav. gior.*, 1995, p. 860.

per impossibilità sopravvenuta della prestazione parziale o temporanea di cui agli artt. 1256, 1462, 1464 c.c.; sia su quella limitativa dei licenziamenti<sup>158</sup>. Fattispecie, quindi, non inquadrate tra le ipotesi di giustificato motivo di licenziamento conseguente irrilevanza di ogni sua eventuale incidenza negativa sulle esigenze dell'impresa. Secondo questo orientamento, è lo stesso art. 2110 c.c. che delinea autonomamente una legittima ipotesi di risoluzione del rapporto di lavoro<sup>159</sup>.

In argomento è stato tuttavia precisato che il licenziamento per superamento del periodo di comportamento trova la sua disciplina speciale nell'art. 2110 c.c. limitatamente alla natura sostanziale attinente alle ragioni ed ai motivi del licenziamento, mentre, per ciò che riguarda le regole formali, e le comunicazioni dei motivi del recesso, valgono le norme generali e comuni a tutti i licenziamenti, dettate dall'art. 2, l. n. 604/1966 (come modificato dall'art. 2, l. n. 108/1990), con la conseguenza che il lavoratore ha la facoltà di chiedere i motivi del licenziamento, con l'indicazione delle giornate di assenza poste a suo fondamento, e con l'ulteriore conseguenza che, in caso di inottemperanza a tale richiesta, il datore di lavoro non potrà non te-

<sup>158</sup> Cfr. in merito Cass. 8 maggio 2003, n. 7074, in *Rep. gior. lav.*, 2003, p. 272 nella quale si afferma in virtù di quanto sopra che «le regole dettate dall'art. 2110 c.c. per le assenze determinate da malattia del lavoratore, tanto nel caso di una sola affezione continuata quanto in quello del successo di diversi episodi morbosi, prevalgono, in quanto speciali, sia sulla disciplina dei licenziamenti dettati dall'art. 2110 c.c., che prevalgono, per la loro specificità, sia sulle discipline lavorative, sia sulla definizione del contratto per sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione che, in dipendenza di tale specificazione del contenuto derogatorio delle suddette regole, il datore di lavoro, da un lato, non può unilateramente recedere o, comunque, far cessare il rapporto di lavoro prima del superamento del limite di tollerabilità dell'assenza ossia periodo di comportamento, predeterminato per legge, dalla disciplina collettiva o dagli usi, oppure, in difetto di tali fonti, determinato dal giudice in via equitativa, e, dall'altro, che il superamento di quel limite è condizione sufficiente di legittimità del recesso, nel senso che non è all'uopo necessaria la prova del giustificato motivo oggettivo né della sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, né della correlata impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse, senza che ne risultino violati disposizioni o principi costituzionali».

<sup>159</sup> In merito alla tesi che sostiene il licenziamento per superamento del periodo di comportamento «lavorativa» specie del recesso del datore di lavoro, per l'ipotesi di assenza determinata da malattia del lavoratore, tanto nel caso di una sola affezione continuata, quanto nel caso del succedersi di diversi episodi morbosi (cosiddetta eccessiva morbosità), si inquadra nello schema previsto, ed è soggetto alle regole dettate dall'art. 2110 c.c., che prevalgono, per la loro specificità, sia sulle discipline lavorative, sia sulla definizione del contratto per sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione che, in dipendenza di tale specificazione del contenuto derogatorio delle suddette regole, il datore di lavoro, da un lato, non può unilateramente recedere o, comunque, far cessare il rapporto di lavoro prima del superamento del limite di tollerabilità dell'assenza ossia periodo di comportamento, predeterminato per legge, dalla disciplina collettiva o dagli usi, oppure, in difetto di tali fonti, determinato dal giudice in via equitativa, e, dall'altro, che il superamento di quel limite è condizione sufficiente di legittimità del recesso, nel senso che non è all'uopo necessaria la prova del giustificato motivo oggettivo né della sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, né della correlata impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse, senza che ne risultino violati disposizioni o principi costituzionali».



nera conto delle assenze non contestate ai fini della verifica del superamento del periodo di comporto<sup>160</sup>.

### 8.2.1. Malattie determinate da condizioni morbigene dell'ambiente di lavoro

Per esigenze di completezza, è opportuno ricordare che alcune decisioni hanno preso in esame anche il caso in cui l'impossibilità del lavoratore a fornire la propria prestazione, ed il conseguente superamento del periodo di comporto, siano dovuti a circostanze rientranti nella sfera dell'impresa. È il caso ad esempio della malattia causata da insalubri condizioni di lavoro o determinata dalle mansioni affidate al lavoratore; in tali ipotesi la giurisprudenza ha unanimemente ritenuto illegittimo il licenziamento intimato<sup>161</sup>.

Resta naturalmente, al lavoratore colpito dalla malattia, l'onere di dare la prova<sup>162</sup> del collegamento causale tra la malattia che ha causato la sua assenza e il carattere morbigeno delle mansioni assegnategli<sup>163</sup>.

### 8.2.2. La disciplina applicabile ai lavoratori avviati obbligatoriamente al lavoro

Secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, il licenziamento per il superamento del periodo di comporto è applicabile anche ai lavoratori av-

<sup>160</sup> Cfr. Cass. 4 giugno 1998, n. 5509, in *Rep. giur. lav.*, 2001, 23.d; Cass. 14 agosto 1999, n. 8641, in *Dir. prat. lav.*, 2000, p. 348; Cass. 24 agosto 2004, n. 16696, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 272 in cui il Giudice ribadisce che «la sussistenza delle condizioni legittimanti il potere di recesso disciplinato dall'art. 2110 c.c. deve essere verificata al momento del suo esercizio, atteso che il superamento del periodo di comporto non implica la risoluzione automatica del rapporto, ma occorre che il datore di lavoro, che intende avvalersi di tali disposizioni e delle collegate previsioni del contratto collettivo, eserciti il suo diritto di recesso con le forme prescritte per porre fine al rapporto». Ne consegue che il superamento del periodo di comporto in relazione all'anzianità del lavoratore deve essere valutato al momento dell'invio della lettera di licenziamento e non all'inizio del periodo di malattia. In merito cfr. inoltre Cass. 3 agosto 2004, n. 14873, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 273 la cui massima sancisce che in «base alle regole dettate dall'art. 2, l. n. 604/1966 (modificato dall'art. 2, l. n. 108/1990) sulla forma dell'atto e la comunicazione dei motivi del recesso, qualora l'atto di intimazione del licenziamento non precisi le assenze in base alle quali sia ritenuto superato il periodo di conservazione del posto di lavoro – il quale, particolarmente nel caso di comporto per sommatoria, ha l'esigenza di poter opporre propri specifici rilievi – ha la facoltà di chiedere al datore di lavoro di specificare tale aspetto fattuale delle ragioni del licenziamento, con la conseguenza che nel caso di non ottemperanza con le modalità di legge a tale richiesta, il licenziamento deve considerarsi illegittimo».

<sup>161</sup> Cfr. Cass. 23 aprile 2004, n. 7730, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 267, la quale sancisce che «le assenze del lavoratore per malattia non giustificano, tuttavia, il recesso del datore di lavoro ove l'infermità sia comunque imputabile a responsabilità dello stesso datore di lavoro, in dipendenza della noività delle mansioni o dell'ambiente di lavoro, che egli abbia ommesso di prevenire o eliminare, in violazione dell'obbligo di sicurezza e di specifiche norme, incombendo, peraltro, sul lavoratore l'onere di provare il collegamento causale fra la malattia ed il carattere morbigeno della mansioni espletate».

<sup>162</sup> Circa l'onere della prova in capo al lavoratore cfr. Cass. 12 giugno 1995, n. 6601, in *Dir. prat. lav.*, 1996, p. 318.

<sup>163</sup> In merito a tale orientamento cfr. Cass. 14 giugno 1984, n. 3559, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 2778; Pret. Roma, 22 luglio 1985, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 911; Pret. Milano, 23 aprile 1987, in *Orient. giur. lav.*, 1989, p. 1043; Cass. 12 giugno 1995, n. 6601, in *Dir. prat. lav.*, 1996, p. 318; Cass. 10 aprile 1996, n. 3351, in *Lav. giur.*, 1996, p. 778; Cass. 18 aprile 2000, n. 5066, in *Lav. giur.*, 2000, p. 985.

viati obbligatoriamente al lavoro<sup>164</sup> a meno che non si dimostri che l'aggravamento dello stato fisico dell'invalide sia addebitabile al datore di lavoro il quale abbia destinato il lavoratore ad incombenze incompatibili con le sue condizioni fisiche<sup>165</sup>.

Ai fini del superamento del periodo di comporto non possono tuttavia essere computati i periodi di assenza determinati da malattia ricollegabile allo stato di invalidità<sup>166</sup>.

### 8.2.3. L'eccessiva morbilità

Per eccessiva morbilità si intende lo stillicidio di assenza intermittenti e prolungate, tali da determinare un pregiudizio alla funzionalità dell'impresa<sup>167</sup>.

Questo fenomeno costituisce un problema; in particolare è necessario stabilire se, oltre che per superamento del periodo di comporto il lavoratore possa legittimamente essere licenziato perché pone in essere ripetute e frequenti assenze per malattia tali – però – da non superare, sommate, il periodo di conservazione del posto.

Questa materia ha dato adito ad una esasperata conflittualità, alimentata da accesi contrasti nella giurisprudenza fintanto che il problema è stato risolto dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 1980 con una serie di sentenze consolidate poi nella giurisprudenza di merito e in quella di legittimità<sup>168</sup>. Le pronunce delle Sezioni Unite muovono dalla considerazione secondo cui la normativa applicabile al fenomeno della eccessiva morbilità non può essere l'art. 3, l. n. 604/1966 bensì

<sup>164</sup> Cfr. Pret. Padova, 21 maggio 1990 in *Orient. giur. lav.*, 1990, 4, p. 162; Trib. Milano, 15 marzo 1991 in *Orient. giur. lav.*, 1991, p. 326; Pret. Torino, 22 marzo 1991 in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 1497; Trib. Milano, 26 marzo 1991, in *Orient. giur. lav.*, 1991, p. 405.

<sup>165</sup> Cfr. Pret. Napoli, 16 gennaio 1995, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, p. 673.

<sup>166</sup> Cfr. Cass. 20 marzo 1990, n. 2302, in *Dir. prat. lav.*, 1990, p. 2008.

<sup>167</sup> Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Intervento, in Eccessiva Morbilità ed accertamenti sanitari*, atti del convegno di Viareggio del 4-5 dicembre 1982, Milano, 1983, p. 134 ss.

<sup>168</sup> L'orientamento delle Sez. Un. che ritiene il licenziamento per eccessiva morbilità riconducibile alla previsione contemplata dall'art. 2110 c.c. si è successivamente consolidato sia nella giurisprudenza di merito che in quella di legittimità; cfr. in merito Cass. 2 febbraio 1982, n. 619, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 1160; Cass. 21 gennaio 1983, n. 602, in *Lav. '80*, 1983, p. 1098; Cass. 16 maggio 1984, n. 3015, in *Orient. giur. lav.*, 1985, p. 173; Cass. 23 febbraio 1989, n. 1012, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 296; Pret. Milano, 30 gennaio 1991, in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 1105; Cass. 18 febbraio 1995, n. 1757, in *Rep. giur. lav.*, 2001, 23.d e 23.e; Cass. 12 giugno 1995, n. 6601, in *Rep. giur. lav.*, 2001, 23.d 2.23.e; Cass. 23 giugno 1995, n. 7103, in *Rep. giur. lav.*, 2001, 23.e; Cass. 10 aprile 1996, n. 3351, in *Rep. giur. lav.*, 2001, 23.e 2.24.r; Cass. 24 gennaio 1997, n. 716, in *Rep. giur. lav.*, 2001, 23.e; Cass. 13 settembre 1997, n. 9121, in *Rep. giur. lav.*, 2001, 23.d 2.23.e; Cass. 15 settembre 1997, n. 9175, in *Rep. giur. lav.*, 2001, 23.e; Cass. 16 giugno 1998, n. 6001, in *Rep. giur. lav.*, 2001, 23.e; Cass. 7 dicembre 1998, n. 12376, in *Rep. giur. lav.*, 2001, 23.e; Cass. 1° febbraio 1999, n. 843, in *Rep. giur. lav.*, 2001, 23.e; Cass. 13 dicembre 1999, n. 13992, in *Rep. giur. lav.*, 2001, 23.e; Cass. 14 dicembre 1999, n. 14065, in *Foro it.*, 2000, I, p. 51; Cass. 11 aprile 2000, n. 4629, in *Rep. giur. lav.*, 2001, 23.e; Cass. 13 dicembre 2000, n. 15688, in *Rep. giur. lav.*, 2000, 23.e; Cass. 20 dicembre 2002, n. 18199, in *Rep. giur. lav.*, 2003, 23.e; Cass. 20 dicembre 2002, n. 18199, in *Rep. giur. lav.*, 2003, p. 23.

l'art. 2110 c.c., così che la specifica regolamentazione della materia deve essere rin-

venuta nelle clausole dei contratti collettivi relative al periodo di comportamento<sup>169</sup>.

A tale riguardo le Sezioni Unite hanno rilevato che solo il comportamento «per sommaatoria» o «trazionato» può essere interpretato senza difficoltà nel senso di comprendere il fenomeno dell'eccessiva morbilità<sup>170</sup>. Qualora il contratto collettivo preveda invece il «comporto secco» si deve ritenere che le parti collettive abbiano effettivamente omesso di regolare l'ipotesi della pluralità di eventi morbosi di origine diversa. Ed è appunto per queste ipotesi che si impone – secondo le Sezioni Unite – il ricorso ai criteri sussidiari previsti dall'art. 2110 c.c. In altre parole, ciò significa che il giudice chiamato a risolvere il caso del licenziamento per eccessiva morbilità, non rinviandone la regola nella contrattazione collettiva, deve passare a ricercarla nelle ulteriori fonti indicate dalla norma stessa, vale a dire negli usi o nell'equità.

Del tutto minoritaria risulta invece la tesi secondo cui l'eccessiva morbilità si collega al giustificato motivo obiettivo di licenziamento ex art. 3, l. n. 604/1966 o alla disciplina della impossibilità sopravvenuta ex art. 1464 c.c.<sup>171</sup>.

### 8.3. La tutela del lavoratore infortunato

A differenza di quanto avviene nel caso di malattia, l'infortunio sul lavoro e la malattia professionale traggono la loro causa dalla prestazione lavorativa. La sospensione del rapporto quindi si giustificava ancor più nel principio del trasferimento sulla imprenditore del rischio connesso alla temporanea o definitiva perdita della capacità lavorativa del prestatore di lavoro. La sospensione del rapporto in caso di infortunio e malattia professionale garantita dall'art. 2110 c.c. trova la sua ratio nella volontà da parte del legislatore di attribuire al lavoratore infortunato la possibilità di provvedere alle necessarie cure ed alla riabilitazione. Tutela che non potrebbe essere sufficiente se non fosse integrata dal precetto della conservazione del posto di lavoro e del mantenimento della retribuzione.

<sup>169</sup> Cfr. in merito Cass., Sez. Un., 29 marzo 1980, nn. 2072, 2073, 2074, in *Orient. giur. lav.*, 1980, pp. 643, 851, 419.

<sup>170</sup> Cfr. in merito Trib. Forlì, 8 settembre 2003 in merito al quale in ipotesi di malattia che comporti il superamento del periodo di comporto per eccessiva morbilità, il c.c.n.l. dei metalmeccanici industriali al c. 12° dell'art. 19 sancisce che il comporto cosiddetto lungo si applica anche nel caso in cui si siano verificate, nei tre anni precedenti ogni ultimo nuovo episodio morboso, almeno due malattie, ciascuna, una assenza continuativa pari o superiore a tre mesi. Questa clausola contrattuale va interpretata estensivamente, e cioè nel senso che nel ritenuto è sufficiente che sussista solo una parte di malattia ultratrimestrale e non invece un'intera malattia ultratrimestrale.

<sup>171</sup> A sostegno di questa tesi minoritaria che riconduce l'eccessiva morbilità al licenziamento ai sensi dell'art. 3, l. n. 604/1966 o alla disciplina della impossibilità sopravvenuta ex art. 1464 c.c. cfr. Trib. Milano, 20 novembre 1981, in *Orient. giur. lav.*, 1982, p. 473; Pret. Napoli, 14 luglio 1982, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, p. 396; Trib. Milano, 20 luglio 1982, in *Lav.*, 80, 1982, p. 1030; Trib. Ferrara, 15 dicembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2754; Trib. Milano, 14 novembre 1984, in *Lav.*, 80, 1985, p. 313.

Come più volte ribadito, l'art. 2110 c.c. dispone che nei casi di malattia o di

infortunio il datore di lavoro può recedere dal rapporto, ma solo dopo il decorso del periodo stabilito dalla legge, dalla contrattazione collettiva o secondo equità. Anche se nel codice civile vengono comprese in un'unica disposizione esse sono due cause distinte di sospensione del rapporto di lavoro.

Mentre la malattia è uno stato patologico del lavoratore subordinato incompatibile con la prestazione lavorativa, l'infortunio è invece la lesione dell'integrità psicofisica per causa violenta in occasione di lavoro, da cui deriva quanto meno un'abilità temporanea assoluta al lavoro.

Malgrado queste sostanziali differenze la Corte costituzionale ha equiparato l'infortunio sul lavoro alla malattia professionale ai fini della tutela predisposta dall'art. 2110 c.c.<sup>172</sup>

È opportuno però sottolineare che, a differenza della malattia, molti contratti collettivi prevedono l'obbligo della conservazione del posto del lavoratore infortunato non solo per il periodo di comporto bensì fino alla effettiva guarigione clinica del lavoratore<sup>173</sup>.

Una eccezione alla regola si presenta nel caso di infortunio da cui derivi una inidoneità al lavoro da parte del dipendente. Se infatti – come ha sancito la Corte di Cassazione<sup>174</sup> – a seguito di infortunio sul lavoro si presenta una sostanziale inidoneità permanente del lavoratore a svolgere le mansioni assegnategli, derivante dalle conseguenze lesive ormai consolidate di un infortunio, il datore di lavoro non è tenuto ad adibirlo ad altre mansioni, ma è legittimato a recedere dal rapporto per impossibilità della prestazione. Ciò in applicazione del principio per cui, il difetto di interesse alla prosecuzione del rapporto deve essere valutato alla luce dei criteri previsti per la configurabilità del giustificato motivo oggettivo

<sup>172</sup> La Corte in merito aggiunge che «l'eventuale diversità dei rispettivi sistemi di accertamento della determinazione del periodo di comporto». Cfr. Cass. 15 settembre 1997, n. 9187, in *Dir. lav.*, 1999, II, 242 conforme Cass. 28 gennaio 1997, n. 860, *Mass. giur. n.*, 1997.

<sup>173</sup> Si possono citare in tal senso alcuni esempi: il c.c.n.l. delle aziende del commercio e del terziario dispone che per la conservazione del posto in caso di infortunio sul lavoro e malattia professionale valgono le stesse norme previste per la malattia, e cioè un massimo di centotanta giorni in un anno solare, trascorso il quale, il datore di lavoro potrà procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro. Il periodo di infortunio e malattia però, secondo le disposizioni di questo c.c.n.l. vanno distinti e agli effetti della conservazione del posto di lavoro hanno una durata di centotanta giorni caduno, il c.c.n.l. delle aziende edili ed affini 1° gennaio 2000, dispone che in caso di infortunio sul lavoro e malattia professionale la conservazione del posto di lavoro è garantita fino a quando dura l'abilità temporanea che impedisca totalmente o di fatto al lavoratore medesimo di riprendere il lavoro o comunque non oltre la data indicata nel certificato definitivo di abilitazione alla ripresa del lavoro rilasciato dal competente istituto. Da ultimo, il c.c.n.l. dell'industria metalmeccanica privata del 1° gennaio 1999 il quale stabilisce che al lavoratore sarà conservato il posto di lavoro in caso di malattia professionale per un periodo pari a quello per il quale egli percepisce l'indennità per inabilità temporanea prevista dalla legge; in caso di infortunio sul lavoro invece, fino alla guarigione clinica comprovata con rilascio del certificato medico definitivo da parte dell'istituto assicuratore.

<sup>174</sup> Cass. 2 aprile 1996, n. 3040, in *Not. giur. lav.*, 1997, p. 618.

di licenziamento, senza necessità di attendere l'esaurimento del periodo di comporta.

Per quanto concerne infine il periodo di comporta in caso di infortunio, vige il principio della cumulabilità delle assenze per malattia e per infortunio; disposizioni contrarie sono ammesse allorché vi sia l'espressa previsione da parte della contrattazione collettiva. Allorché manchi una previsione esplicita in senso contrario si versa quindi nella fattispecie della cumulabilità di cui all'art. 2110 c.c. Dice infatti una pronuncia della Cassazione: «ai fini della tutela predisposta dall'art. 2110 c.c. l'infortunio sul lavoro deve essere equiparato alla malattia, anche se l'eventuale diversità dei rispettivi sistemi di accertamento non è di ostacolo ad una loro considerazione unitaria ad opera della contrattazione collettiva ai fini della determinazione del periodo di comporta per sommatoria»<sup>175</sup>.

Venendo ad altri temi specifici, in particolare con riferimento ai fattori di nocività connessi alle mansioni svolte dal lavoratore, la giurisprudenza di merito e di legittimità esclude la commutabilità delle assenze per infortunio nel periodo di comporta «nelle ipotesi in cui l'infortunio sul lavoro o la malattia professionale non solo abbiano avuto origine in fattori di nocività insiti nelle modalità di esercizio della mansioni o comunque presenti nell'ambiente di lavoro, e siano pertanto legate allo svolgimento dell'attività lavorativa, ma altresì quando il datore di lavoro sia responsabile di tale situazione nociva o dannosa, per essere egli inadempiente all'obbligazione contrattuale a lui facente carico ai sensi dell'art. 2087 c.c., norma che impone di porre in essere le misure necessarie – secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica – per la tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore, atteso che in tali ipotesi l'impossibilità della prestazione lavorativa è imputabile al comportamento della stessa parte cui detta prestazione è destinata»<sup>176</sup>.

## 9. Il diritto del lavoratore alla retribuzione

Il c. 1° dell'art. 2110 c.c. attribuisce al lavoratore ammalato o infortunato – per un certo tempo ed in una certa misura – il diritto a percepire la retribuzione o una indennità.

Questo disposto normativo pone come principio base la necessità di una tutela economica del lavoratore ammalato o infortunato anche sul piano del rap-

<sup>175</sup> Cass. 12 ottobre 1988, n. 5501, in *Orient. giur. lav.*, 1989, p. 166, nella specie, la Suprema Corte ha confermato la pronuncia del giudice del merito del quale – procedendo all'interpretazione degli artt. 69 e 71, c.c.n.l. 10 aprile 1979 per i dipendenti dei pubblici esercizi – aveva ritenuto che dovessero cumularsi i periodi di assenza per malattia con quelli di assenza per infortunio al fine dell'accertamento del superamento o meno del periodo di comporta.

<sup>176</sup> Cass. 10 aprile 1996, n. 3351, in *Not. giur. lav.*, 1997, p. 218 conforme Cass. 1° gennaio 1995, n. 1169, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 66; Trib. Milano, 8 maggio 1999, in *Lav. giur.*, 1999, p. 871.

porto di lavoro; disposto, questo, che si inserisce benissimo nel quadro costituzionale nel quale troviamo condensati il caratteristico impulso protettivo del diritto del lavoro ed i più moderni principi di tutela della persona sintetizzati dagli artt. 2 e 3 Cost., da legarsi a sua volta in una connessione con gli artt. 36 e 38 Cost.<sup>177</sup>.

Il dettato normativo di cui all'art. 2110 c.c. sancisce che in caso di malattia gravida e puerperio del lavoratore il rapporto di lavoro si sospende per impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a temporanea inidoneità fisica al lavoro.

L'assenza per malattia e infortunio – oggetto del nostro studio – determina l'insorgere in capo al lavoratore del diritto ad una prestazione economica nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dalla contrattazione collettiva, dagli usi o secondo equità.

### 9.1. L'indennità economica di malattia

Per effetto quindi del c. 1° dell'art. 2110 c.c., durante la malattia al lavoratore è assicurata, in ogni caso, la corresponsione di un trattamento economico da parte dei competenti enti previdenziali o, in alternativa, del datore di lavoro.

L'art. 74, c. 1°, l. n. 833/1978 definisce l'indennità economica di malattia «una prestazione economica previdenziale»<sup>178</sup>; i presupposti per l'insorgenza e la decorrenza del diritto alla stessa, nonché i criteri per la determinazione del suo ammontare hanno rilevanza anche nella gestione del rapporto individuale di lavoro.

La legge prevede l'anticipazione dell'indennità stessa a carico del datore di lavoro con diritto dello stesso di rivalersi nei confronti dell'ente previdenziale conguagliando i contributi a lui dovuti; il datore di lavoro è quindi mero *adiectus solutionis causa* dell'indennità di malattia posta a carico dell'INPS, e della quale, ai sensi del d.l. n. 663/1979, convertito in l. n. 33/1980, corrisponde ai lavoratori anticipazioni per conto dell'istituto<sup>179</sup>.

Il datore di lavoro, è tenuto invece ad erogare il proprio trattamento integrativo di malattia eventualmente previsto e posto a suo carico dalla contrattazione collettiva<sup>180</sup>.

<sup>177</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., p. 398.

<sup>178</sup> In merito alla qualificazione giuridica dell'indennità di malattia, la dottrina, in seguito ad attenti studi ha detto che, poiché il lavoratore – debitore che viene colpito dal morbo è impossibilitato ad offrire la prestazione lavorativa e di conseguenza, per tale ragione in virtù del sinallagma genetico funzionale del contratto non avrebbe diritto ad alcuna prestazione economica, le somme di cui all'art. 2110 c.c. non potevano che avere – malgrado la dizione usata dallo stesso disposto – una natura genuinamente retributiva bensì una natura prettamente indennitaria. Cfr. R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare, Artt. 2110-211 c.c.*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992, p. 430.

<sup>179</sup> Cit. C. CESTER, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, in *Diritto del Lavoro commentario*, diretto da F. Carinci, vol. II, Torino, p. 1192; cfr. inoltre Cass. 28 agosto 2000, n. 11296, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 274.

<sup>180</sup> Cfr. in merito Cass. 10 marzo 1990, n. 1942, in *Dir. prat. lav.*, 1990, p. 1223; Cass. 23 settem-

Quanto all'entità del trattamento in questione il r.d.l. n. 1825/1924 fissa per gli impiegati dell'industria una misura pari all'intera retribuzione per il primo mese di assenza da lavoro e il cinquanta per cento nei successivi due anni, per anzianità di servizio fino a dieci anni; l'intera retribuzione per i primi due mesi e cinquanta per cento per i quattro mesi successivi, per anzianità superiore a dieci anni.

Oggi l'ammontare del trattamento economico è fissato dal c.c.n.l. a condizioni di miglior favore, rispetto a quelle previste nel 1924, ed è totalmente a carico del datore di lavoro per gli impiegati dell'industria, del credito, delle assicurazioni e dei servizi tributari appaltati.

In sintesi, secondo quanto previsto dalla circolare INPS n. 134368/1981, hanno diritto all'indennità di malattia gli operai e categorie assimilate dal settore industriale ed artigianale, gli impiegati ed i quadri del commercio a tempo pieno e a tempo parziale<sup>182</sup>, tutti i salariati del settore credito, assicurazione e servizi tributari<sup>183</sup>, i salariati fissi a contratto annuo, salariati fissi con contratto intero all'anno, braccianti ed aventizi del settore agricolo<sup>184</sup>. Hanno altresì diritto all'indennità di malattia i lavoratori soci di società ed enti cooperativi, anche di fatto, che prestino la propria attività per conto della società od enti medesimi<sup>185</sup>. Agli operai, impiegati e quadri addetti al commercio l'indennità giornaliera di malattia

bre 1991, n. 9919, in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 3045; Cass. 20 gennaio 1993, n. 696, in *Dir. prat. lav.*, 1993, p. 719; Cass. 4 giugno 1996, n. 5185, in *Dir. prat. lav.*, 1996, p. 1046.

<sup>181</sup> Gli impiegati dell'industria sono esclusi dalle prestazioni economiche previdenziali atteso che il D.lgs. 20/1946 ha differenziato il loro trattamento rispetto agli operai, deducendo altresì la contribuzione dovuta, in relazione all'indennità di malattia. Tale differenziazione non è stata modificata dalla legge istitutiva del s.s.n. che, sopprimendo l'INAM, ha trasferito all'INPS la gestione delle prestazioni economiche, né dalle successive leggi che disciplinano la contribuzione all'INPS, le quali commisurano il contributo non alle retribuzioni dei dipendenti, ma solo a quelle «aventi diritto all'indennità di malattia». Cfr. Cass. 6 aprile 2004, n. 4613, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 276.

<sup>182</sup> Per quanto riguarda i lavoratori a tempo parziale una precisazione va fatta per quanto riguarda la fattispecie del contratto a tempo parziale di tipo verticale; nel caso di specie, l'indennità dovuta da farispecie del contratto a tempo parziale di tipo verticale; nel caso di specie, l'indennità dovuta in relazione alla perdita che il lavoratore ammalato subisce a causa della sospensione dell'attività lavorativa, non è dovuta al lavoratore impiegato non è dovuta nel caso in cui egli si ammali nell'intero periodo di inattività contrattuale, in cui, non avendo diritto ad alcuna retribuzione, non subisce, in conseguenza della malattia, alcuna perdita retributiva. Cfr. Cass. 18 agosto 2003, n. 2087, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 276.

<sup>183</sup> Cfr. art. 3, d.lgs. lgr. n. 212/1946. In materia di determinazione dell'indennità di malattia per i braccianti agricoli cfr. art. 45, c. 21, l. 17 maggio 1999, n. 144. Cfr. inoltre Cass. 9 luglio 2004, n. 12788, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 276; Cass. 21 aprile 2005, n. 13553, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 276.

<sup>185</sup> Sulla disciplina del trattamento economico in caso di malattia cfr. art. 1, d.p.r. n. 602/1970; il trattamento economico degli impiegati del commercio e degli operai in malattia è a carico degli istruiti previdenziali (salvo i primi tre giorni che sono a carico del datore di lavoro), e consistono in una indennità del cinquanta per cento della retribuzione globale giornaliera elevata al 66,66 per cento dal ventunesimo giorno di malattia e per un massimo di centotanta giorni nell'anno solare. Le norme dei contratti collettivi dispongono, di regola per il datore di lavoro l'obbligo di corrispondere una integrazione al trattamento di cui sopra in modo da garantire complessivamente al lavoratore il mantenimento del trattamento economico che avrebbe percepito se avesse lavorato.

spetta in misura pari al 50% della retribuzione media globale giornaliera<sup>186</sup> per i primi 20 giorni, mentre dal 21° giorno di malattia l'indennità spetta nella misura del 66,66% della retribuzione media globale giornaliera<sup>187</sup>.

Non hanno diritto all'indennità di malattia – qualunque sia il loro settore di appartenenza – i lavoratori assunti con la qualifica di apprendista. Tuttavia, il diritto di assunzione deve essere riconosciuto agli apprendisti passati in qualifica o in possesso di un diploma di qualifica durante i periodi nei quali il datore di lavoro abbia ancora diritto all'agevolazione contributiva<sup>188</sup>.

I giovani di età compresa tra i 15 ed i 29 anni, assunti con i contratti di solidarietà e formazione lavoro, hanno diritto, in caso di malattia, al trattamento economico da parte dell'INPS secondo le norme comuni proprie del settore e della categoria di appartenenza<sup>189</sup>.

Laddove manchi una equivalente forma di previdenza, graverà sul datore di lavoro il trattamento economico dei dirigenti, degli apprendisti e degli impiegati di settori diversi dal commercio<sup>190</sup>.

La tutela economica per i casi di malattia ed infortunio non professionale sorge dalla data di effettivo inizio del rapporto e permane per tutta la sua durata. Essa sussiste anche nei casi di sospensione o cessazione del rapporto di lavoro, purché la malattia sia insorta in costanza di rapporto di lavoro e si protragga oltre la data

<sup>186</sup> Ai sensi della circ. INPS n. 179/2001 e n. 134368/1981 si intende retribuzione media globale giornaliera, la retribuzione assoggettabile a contribuzione previdenziale di cui all'art. 12, l. n. 153/1969 e successive modifiche.

<sup>187</sup> In merito all'ammontare dell'indennità di malattia non va traslasciato che – come affermato da una sentenza della Cass. Sez. Un. del 1992 – l'indennità di malattia, a norma dell'art. 20 del c.c.n.l. corporativo nazionale per gli operai dell'industria del 3 gennaio 1939, richiamato dall'art. 6, c. 4°, l. 11 gennaio 1943, n. 138 (istitutiva dell'ente poi denominato INAM), e sopravvissuto alla soppressione dell'ente corporativo in forza dell'art. 43, c. 2°, d.lgs. 23 novembre 1944, n. 369, l'indennità di malattia, menzionata al n. 8 dello stesso art. 6, e da questo non integralmente disciplinata, è ridotto di due quinti, rispetto alla misura normale, per il lavoratore in stato di ricovero ospedaliero, applicandosi la disposizione del citato contratto, (la cui sopravvivenza è riflessata dall'art. 1, d.lgs. 19 aprile 1946, n. 213), anche dopo l'attuazione della riforma sanitaria ed il trasferimento alle regioni dei compiti in materia di assistenza ospedaliera e dovendo escludersi, alla stregua dell'art. 38, c. 2°, Cost., sia dell'art. 2110 c.c., l'esistenza di un principio per cui la detta indennità debba essere fissata in un ammontare invariabile e non inferiore all'importo della retribuzione, tenuto altresì conto – quanto alla ragionevolezza della suindicata disposizione contrattuale – che il ricovero del lavoratore infermo (che da luogo alla riduzione dell'indennità di malattia) solleva il medesimo dalle spese del proprio mantenimento (cui è destinata una parte della retribuzione) e ne contiene il danno economico. Cfr. Cass., Sez. Un., 24 novembre 1992, n. 12516, in *Giust. civ. mass.*, 2002, f. 11.

<sup>188</sup> Cfr. artt. 21, c. 6° e 22, l. n. 56/1987 e circ. INPS n. 127/1992.

<sup>189</sup> Il diritto alla prestazione economica di malattia è riconosciuto altresì ai lavoratori extracomunitari regolarizzati a decorrere dal 10 settembre 2002, ancorché il contratto di soggiorno, con contestuale riascizio del permesso di soggiorno per lavoro sia stato sottoscritto in data posteriore. Cfr. in merito Messaggio INPS n. 4383/2004.

<sup>190</sup> Con riguardo agli impiegati dei settori diversi dal commercio, cfr. art. 6, r.d.l. n. 1825/1924, conv. in l. n. 562/1926.

di cessazione o sospensione e sia denunciata entro 60 giorni decorrenti dalla data di cessazione o sospensione del rapporto stesso.

Per le malattie che insorgono durante tali periodo i lavoratori hanno diritto alla corresponsione dell'indennità anche se in misura ridotta.

È appena il caso di rilevare che presupposto per l'erogazione del trattamento di malattia, da chiunque sia dovuto, è la giustificata assenza da lavoro come assenza per infermità<sup>191</sup>.

L'obbligazione contributiva per le prestazioni economiche di malattia ha carattere generale e sussiste pertanto anche nei riguardi di quei datori di lavoro che, in forza di un contratto collettivo, sono direttamente obbligati nei confronti dei propri dipendenti all'erogazione dell'indennità di malattia. A questa considerazione si perviene ragionando sul carattere pubblicistico e solidaristico dell'obbligazione contributiva, che, di conseguenza, non è sinallagmatica – e quindi necessariamente correlata alla spettanza delle prestazioni cui si riferisce<sup>192</sup>.

Circa la natura del trattamento economico – come già detto nel corso di questo lavoro – è appena il caso di dire che l'indennità è a carico degli istituti di previdenza ed ha quindi una incontrovertibile natura assistenziale; per quanto concerne le erogazioni poste a carico del datore di lavoro da parte dei contratti collettivi (carenza ed integrazione contrattuale) la dottrina è controversa sulla qualificazione della loro natura, ritenendo una parte la natura indennitaria ed assistenziale di questa per la sua assenza di corrispettività tra integrazione di malattia e prestazione lavorativa e, al contrario, l'orientamento opposto attribuisce invece natura prettamente retributiva accogliendo una nozione di retribuzione non strettamente corrispettiva.

Sta di fatto che ai sensi dell'art. 6, d.lgs. 2 settembre 1997 in vigore dal 1° gennaio 1998 «il reddito di lavoro dipendente, ai fini sia fiscali che contributivi, è costituito da tutte le somme ed i valori in genere, a qualunque titolo percepiti nel periodo di imposta, anche sotto forma di erogazione liberali, in relazione al rapporto di lavoro»; in forza di questa definizione di imponibile si è così dedotto che le somme corrisposte dal datore di lavoro al lavoratore assente per malattia sono soggette a oneri contributivi e fiscali.

#### 9.1.1. Decorrenza e durata dell'indennità

L'indennità economica di malattia è dovuta dal IV giorno di malattia comportante l'incapacità al lavoro ed è corrisposta per i giorni di prognosi indicati sul cer-

<sup>191</sup> Si afferma in giurisprudenza che nulla deve essere corrisposto al lavoratore che abbia falsamente giustificato un'assenza per malattia. Giudica in proposito il pretore di Vicenza: «Non compete la prestazione previdenziale a colui che pone in essere un comportamento contrario ai principi di correttezza e buona fede, sfruttando consapevolmente a proprio vantaggio l'erronea compilazione del certificato da parte del medico fiscale sulla durata della malattia». Cfr. Pret. Vicenza, 4 maggio 1993, in *Inf. prev.*, 1993, p. 1470.

<sup>192</sup> Pret. Milano, 30 maggio 1997, in *Informaz. previd.*, 1997, p. 441; conforme Trib. Torino, 19 dicembre 1997, in *Informaz. previd.*, 1997, p. 441.

tificato medico iniziale e per quelli indicati su eventuali certificati di continuazione della malattia.

La malattia può anche essere soggetta ad una ricaduta; la ricaduta della malattia deve essere debitamente certificata e deve intervenire entro 30 giorni dalla guarigione dell'evento morboso precedente; in questo caso la ricaduta viene considerata a tutti gli effetti continuazione di quest'ultima.

La nuova malattia insorta entro il termine di trenta giorni non potrà considerarsi ricaduta se ciò non è espressamente dichiarato nell'attestato medico consegnato al datore di lavoro.

#### 9.1.2. Periodo massimo indennizzabile

L'indennità giornaliera di malattia è dovuta per un periodo massimo di 180 giorni complessivi nell'anno solare; a tal fine si sommano tutte le giornate di malattia dell'anno solare, ivi comprese quelle per le quali l'indennità non è stata corrisposta. A tal fine, sono escluse dal computo del periodo massimo di malattia indennizzabile le giornate comprese nei periodi di astensione da lavoro per maternità e congedo parentale, malattia causata da infortunio sul lavoro, malattia professionale, malattia tubercolare ed infine, per il caso di malattia causata da terzi per il quale l'INPS abbia esperito l'azione di surrogazione.

Nel caso di malattia insorta in un anno e protrattosi ininterrottamente nell'anno seguente – c.d. «malattia a cavaliere» – le giornate di malattia devono essere attribuite, al fine del computo del periodo massimo indennizzabile, ai rispettivi anni solari<sup>193</sup>.

Per quanto riguarda la misura dell'indennità, qualora alla data del primo giorno dell'anno successivo a quello di insorgenza dell'evento il rapporto di lavoro sia da ritenersi ancora in atto, l'indennità spetterà in misura intera; al contrario, se il suddetto rapporto debba ritenersi cessato o sospeso da non oltre due mesi, la misura dell'indennità sarà ridotta in applicazione delle regole generali. Nessuna indennità spetterà invece al lavoratore ammalato il cui rapporto di lavoro al 1° gennaio sia sospeso o cessato da più di due mesi.

Nell'ipotesi, invece, in cui la malattia, si protragga nell'anno successivo a quello di insorgenza – senza che in quest'ultimo anno sia stato raggiunto il massimo periodo indennizzabile – all'inizio di detto secondo anno il lavoratore avrà automaticamente maturato il diritto ad altri 180 giorni di indennizzo, senza che sia necessario un ulteriore accertamento dei requisiti assicurativi.

Una nota tecnica è necessaria per quanto riguarda le giornate che devono esse-

<sup>193</sup> Come dettato dalla circ. INPS n. 145/1993 e n. 134368/1981 nel caso di malattia a cavallo di due anni, deve essere esclusa l'indennizzabilità delle giornate posteriori al conseguimento del limite massimo di 180 giorni che cadono nell'anno di inizio dell'evento. Di contro, devono essere automaticamente indennizzate le giornate della stessa malattia che cadono nell'anno successivo, per un massimo di ulteriori 180 giorni, considerando a tal scopo la malattia medesima come un unico episodio morboso ai fini della misura dell'indennità e della carenza.

re indennizzate dall'INPS; ai lavoratori con qualifica di operaio dell'industria, commercio e categorie assimilate, l'indennità compete per le giornate feriali comprese nel periodo di malattia (incluso il sabato) con esclusione delle domeniche e delle festività nazionali ed infrasettimanali.

Per gli impiegati e quadri del commercio invece, l'indennità compete per tutte le giornate comprese nel periodo di malattia, con esclusione delle festività nazionali ed infrasettimanali cadenti di domenica, qualora questi lavoratori percepiscano per dette giornate un trattamento economico previsto dal contratto.<sup>194</sup>

### 9.1.3. L'ammontare e l'erogazione dell'indennità

L'ammontare dell'indennità di malattia è stabilita in misura diversa a seconda della categoria alla quale appartiene il lavoratore.

Salvo quanto precisato sopra in merito all'ammontare dell'indennità di malattia è utile precisare che la Corte di Cassazione ha posto a disamina la definizione di retribuzione al fine in esame sostenendo che, in mancanza di un principio di omnicomprensività della retribuzione, la disciplina collettiva ben può escludere un determinato emolumento del trattamento di malattia ai sensi dell'art. 2110 c.c.<sup>195</sup>

Si riscontrano tuttavia numerose pronunce giurisprudenziali che riconoscono al lavoratore ammalato una retribuzione comprensiva di tutti gli elementi che gli sarebbero spettati se avesse lavorato.<sup>196</sup>

Altre sentenze in merito concludono che, ove la legge o la contrattazione collettiva facciano riferimento – come base di calcolo degli istituti indiretti (con specifico riferimento al lavoro notturno) – alla retribuzione normale, deve comprendersi anche la maggiorazione per lavoro notturno prestato secondo regolari turni per il quale l'art. 2108 c.c. non prescrive alcun obbligo di maggiorazione. Da ciò consegue che tale maggiorazione deve essere computata nella base di calcolo per il trattamento di malattia ed infortunio, ove per esempio la contrattazione collettiva richiami il parametro della retribuzione normale, nonché nel trattamento dovuto per le festività infrasettimanali, atteso che a tale parametro fa riferimento l'art. 5, l. 27 maggio 1949, n. 260.<sup>197</sup>

<sup>194</sup> In merito alle giornate indennizzabili dall'INPS cfr. circ. INPS n. 134368/1981. Nella specie l'impugnata sentenza confermata dalla Suprema Corte aveva ritenuto che la c.d. indennità di trasferta forfettizzata non fosse computabile ai fini del trattamento di malattia, non essendo compresa nell'elenco, avente carattere tassativo, degli emolumenti computabili a tali fini ai sensi del c.c.n.l. 25 gennaio 1992, n. 1786, in *Orient. giur. lav.*, 1992, p. 315.

<sup>195</sup> In proposito un giudice di merito afferma che «le indennità di malattia e maternità spettanti ai dipendenti, vanno calcolate – a differenza di quanto avviene in materia di calcolo dei contributi previdenziali – sulla retribuzione di fatto erogata». Pret. Brindisi, 28 aprile 1995, in *Informaz. previd.*, 1995, p. 1071.

<sup>196</sup> Cfr. in merito Cass. 13 marzo 1990, n. 2019, in *Mass. giur. lav.*, 1990; conformi Cass. 3 gennaio 1986, n. 27, in *Mass. giur. it.*, p. 1986.

Sempre in merito all'entità del trattamento di malattia è stato giudicato che l'indennità del compenso per lavoro straordinario continuativo va computata sul compenso dovuto per indennità di malattia ai sensi di quanto previsto dal c.c.n.l. RAI agli artt. 8 e 22.<sup>198</sup>

### 9.1.4. Prescrizione del diritto all'indennità di malattia

Venendo poi in generale ai termini di prescrizione va rilevato che vengono individuati due differenti termini di scadenza a seconda del soggetto erogatore della prestazione e quindi della sua natura.<sup>199</sup>

La quota dell'indennità di malattia contrattualmente a carico del datore di lavoro si ritiene infatti soggetta a prescrizione quinquennale prevista dall'art. 2948 c.c.

L'azione per conseguire l'indennità giornaliera di malattia a carico dell'Istituto di previdenza si prescrive invece nel termine di un anno dal giorno in cui la medesima è dovuta.

Per le indennità erogate e poste a conguaglio del datore di lavoro la prescrizione decorre dal giorno successivo a quello di scadenza del periodo di paga nel corso del quale si è verificata la ripresa dell'attività lavorativa.<sup>200</sup>

Nell'ipotesi in cui il datore di lavoro sia tenuto a norma dei c.c.n.l. ad erogare delle anticipazioni, la prescrizione del diritto decorre dal giorno successivo a quello in cui il lavoratore, nel corso dell'evento morboso, può pretendere la corrispondenza della prestazione.<sup>201</sup>

Sia il datore di lavoro che il lavoratore hanno facoltà di far valere i propri diritti – relativamente alle prestazioni economiche di malattia – in sede amministrativa.

Il previo esperimento di tale procedura amministrativa costituisce, ai sensi dell'art. 443 c.p.c., condizione di procedibilità della domanda proposta dall'autorità giudiziaria ordinaria.

I ricorsi avverso i provvedimenti dell'INPS riguardo alle prestazioni economiche di malattia vanno decise in via definitiva dal comitato provinciale della sede INPS competente in relazione alla residenza del lavoratore.<sup>202</sup>

Avverso la pronuncia è ammessa solo impugnazione in sede giudiziaria.

### 9.1.5. Fattispecie particolari: le cure termali

La prestazioni economiche di malattia – a loro volta oggetto di studio – sono erogabili nei confronti dei lavoratori assenti da lavoro per cure idrotermali, data la

<sup>198</sup> Trib. Milano, 2 luglio 1988, in *Lav.*, '80, 1988, p. 1030.

<sup>199</sup> In merito alla prescrizione del trattamento economico di malattia cfr. Trib. Milano, 20 aprile 1988, in *Lav.*, '80, 1988, p. 984; Pret. Torino, 18 aprile 1991, in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 2086; Cass. 20 maggio 1991, n. 5639, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2376.

<sup>200</sup> Cfr. circ. INPS n. 147/1996.

<sup>201</sup> Cfr. art. 1, c. 1°, d.l. n. 663/1979.

<sup>202</sup> Art. 46, l. n. 88/1989.

sostanziale equiparazione dell'assenza per le cure stesse a quelle per malattia comune<sup>203</sup>.

Come già detto, le prestazioni idrotermali, possono essere usufruite dai lavoratori dipendenti, anche al di fuori dei congedi ordinari e delle ferie annuali, quando un medico specialistico dell'ASL attesti con prescrizione motivata l'esistenza di una affezione, l'idoneità terapeutica riabilitativa della cura e l'importanza determinante per la risoluzione dell'affezione di un tempestivo trattamento termale<sup>204</sup>.

È attribuito allo specialista ASL il giudizio circa la sussistenza della condizione in cui la cura sia determinante nella fattispecie, se effettuata con tempestività, per la risoluzione della patologia riscontrata.

La circolare INPS n. 287/1992 afferma che le prestazioni termali di natura preventiva erogate dall'INPS non danno diritto ad alcuna indennità economica di malattia; quindi, sono escluse dall'indennità economica di malattia poste a carico dell'INPS tutte le cure termali per le quali non sia attestata dalla ASL la sussistenza dei requisiti sopradescritti<sup>205</sup>, ivi comprese le cure meramente preventive.

Non sono inoltre indennizzabili le cure effettuate nei periodi nei quali il datore di lavoro abbia attestato la possibilità, nei confronti dei lavoratori interessati, di fruire di ferie e congedi ordinari ed i tutti i periodi di cura eccedenti i 15 giorni per anno solare.

L'INPS indennizza il periodo di cura termale nell'arco del periodo massimo di quindici giorni, nelle sole giornate in cui la cura è stata effettivamente praticata. Vanno comunque esclusi dall'indennizzo, anche se rientranti nel periodo globale di quindici giorni, i primi tre giorni (definiti di *carezza*), eventuali giorni di viaggio ed eventuali giornate in cui non risulta effettuata la cura.

### 9.2. Il trattamento economico in caso di infortunio del lavoratore

In caso di infortunio sul lavoro compete al lavoratore un trattamento economico in parte a carico del datore di lavoro ed in parte a carico dell'INAIL.

Il datore di lavoro, secondo quanto disciplinato dall'art. 73, d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124, è tenuto a corrispondere una indennità al lavoratore infortunato in occasione di lavoro. Tale indennità corrisponde all'intera retribuzione per la giornata nella quale è avvenuto l'infortunio ed il sessanta per cento della retribuzione stessa, salvo migliori condizioni previste da norme legislative e regolamentari, nonché dai contratti collettivi e individuali di lavoro, per i giorni successivi, fino a quando sussiste la carezza assicurativa.

A carico dell'INAIL compete invece una indennità giornaliera temporanea a partire dal quarto giorno di infortunio fino al novantesimo nella misura equivalen-

te al sessanta per cento della retribuzione media giornaliera riferita ai quindici giorni precedenti l'infortunio; dal novantunesimo giorno in poi l'INAIL deve erogare al lavoratore infortunato una indennità giornaliera pari al settantacinque per cento della retribuzione. Si precisa inoltre che l'indennità dell'INAIL è dovuta anche per i giorni festivi.

Le prestazioni economiche erogate dall'INAIL a favore dei lavoratori infortunati si possono distinguere in indennità giornaliera per lavoratori infortunati, rendita per inabilità permanente, assegno per l'assistenza personale continuativa, cure mediche e chirurgiche compresi gli accertamenti clinici e fornitura di apparecchi di protesi.

Si tenga presente, a questo proposito che, secondo la Corte di Cassazione, ai fini della determinazione della permanente inabilità lavorativa parziale derivante da infortunio sul lavoro o da malattia professionale, il relativo accertamento deve essere compiuto con riferimento alla capacità lavorativa generica, cioè alla attitudine dell'infortunato a svolgere un qualsiasi lavoro e non solo quello specifico abitualmente svolto dall'assicurato<sup>206</sup>. È importante sottolineare che le prestazioni sopradescritte competono agli infortunati anche nel caso in cui il datore di lavoro non abbia adempiuto agli obblighi assicurativi.

Senza dare meno importanza alle prestazioni escluse, sarà oggetto di approfondimento – per maggior rilevanza nell'argomento trattato – l'indennità giornaliera per l'inabilità temporanea e la rendita per inabilità permanente.

L'indennità giornaliera per inabilità temporanea è corrisposta, come già detto, a partire dal quarto giorno successivo a quello nel quale si è verificato l'infortunio, in ragione del 60% della retribuzione giornaliera spettante al lavoratore fino al novantesimo giorno di assenza e in ragione del 75% della retribuzione giornaliera per i successivi giorni di assenza.

In caso di ricovero ospedaliero, l'INAIL potrà ridurre di un terzo l'ammontare di predetta indennità.

L'Inail potrà chiedere al datore di lavoro di anticipare tale indennità, e il datore di lavoro non potrà rifiutarsi. La materia viene regolamentata anche dalla contrattazione collettiva che potrà stabilire altresì l'onere in capo al datore di lavoro di erogare una integrazione fino a copertura dell'intera retribuzione.

Quando invece sia accertato che, a seguito di un infortunio sul lavoro sia derivata al lavoratore infortunato una invalidità permanente, tale da ridurre la sua attitudine al lavoro in misura pari o superiore al dieci per cento, ad esso viene corrisposta, con effetto dal giorno successivo a quello di cessazione dell'inabilità temporanea assoluta, una rendita di percentuale ragguagliata al grado di inabilità permanente, fino ad un massimo del cento per cento in caso di inabilità totale.

Per la determinazione della rendita si fa riferimento alla retribuzione percepita dal lavoratore nei 12 mesi precedenti l'infortunio, o, nel caso di infortunato che ab-

<sup>203</sup> Cfr. circ. INPS n. 85/1991.

<sup>204</sup> Cfr. circ. INPS n. 140/1992.

<sup>205</sup> Cfr. art. 16, c. 5°, l. n. 412/1991.

<sup>206</sup> Cass. 8 novembre 1999, n. 12426, in *Rep. Giur. it.*, 2001, f. 24, m.

bia lavorato per meno di dodici mesi, al raggugliamento di un anno della retribuzione percepita per il minor periodo di lavoro, secondo opportuni accorgimenti. Con effetto dall'anno 2000 e a seguito del d.lgs. n. 38/2000 la retribuzione di riferimento per la liquidazione delle rendite verrà rivalutata annualmente con decreto del Ministero del Lavoro.

In caso di aggravamento, il titolare della rendita potrà richiedere una revisione a distanza non inferiore ad un anno nei primi quattro anni dalla data di costituzione della rendita, e a distanza non inferiore ad un triennio dopo il quarto anno di costituzione della rendita.

Finalmente in questo caso potrà disporre delle visite di accertamento per la revisione periodica della rendita, al fine di aumentarla o diminuirne.

Il diritto del lavoratore alla rendita già istituita a suo favore per inabilità permanente è un diritto imprescrittibile.<sup>207</sup>

Anche nel caso di malattia professionale infine, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere il 60% della retribuzione giornaliera per i primi tre giorni (carenza). Dal quarto giorno interverrà l'INAIL a corrispondere l'indennità temporanea. Si applicano quindi le stesse modalità già previste per l'infortunio sul lavoro, tenendo altresì presente che i c.c.n.l. hanno introdotto il criterio di garantire la retribuzione netta normalmente percepita dal lavoratore.

## 10. La tutela della maternità

Gli altri due eventi sospensivi del rapporto di lavoro disciplinati dall'art. 2110 c.c., dopo la malattia e l'infortunio, sono la «gravidezza» ed il «puerperio», che possiamo unificare nell'espressione sintetica di «maternità».

La tutela della maternità nel nostro Paese è volta a garantire alla donna la possibilità di esercitare il suo ruolo «fondamentale» nella famiglia senza che venga pregiudicato il suo diritto di lavoratrice.<sup>208</sup> La necessità di tutelare questo istituto è sentito e consacrato dalla nostra legislazione in *primis* nell'art. 37 Cost. il quale, al c. 1°, sancisce che «la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità dell'uomo, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro della donna devono consentire l'espletamento delle sue essenziali funzioni familiari e assicurare alla madre ed al bambino una speciale adeguata protezione»<sup>209</sup>; questo principio si allinea con un più generale precetto costituzionale contenuto nell'art. 32 che

<sup>207</sup> Cfr. Cass. 2 luglio 1981, n. 4317, in *Riv. giur. lav.*, 1981, III, p. 65.

<sup>208</sup> Per un profilo storico di ampio respiro sul lavoro femminile v. E. SULLEROT, *La donna ed il lavoro. Storia e sociologia del lavoro femminile*, Milano, 1969; cfr. anche PUCINI, *Condizione della donna e questione femminile (1892-1922)*, in *Problemi del socialismo*, 1976, n. 4, p. 42 ss.; M. PERSIANI, *La disciplina del lavoro femminile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, c. 103.

<sup>209</sup> Cfr. T. TREU, *Commento all'art. 37 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1979.

è quello di tutelare la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse

La maternità, anche se contemplata in *primis* - in riflesso del dettato Costituzionale - nell'art. 2110 c.c., è una materia che è dominata da una consistente legislazione speciale, che ha origini ben più antiche, ed i cui contenuti sono andati ampliandosi, nel corso degli anni, sino ad occupare un'area più vasta e variegata di fonti normative. È proprio nel regime delle fonti che si denotano i tratti che differenziano la disciplina della maternità da quella della malattia e dell'infortunio; mentre per la malattia e l'infortunio l'art. 2110 c.c. rimane costantemente la norma di riferimento per l'interprete, sia nella sua intrinseca capacità regolativa, sia come fonte di rinvio alla contrattazione collettiva, la maternità è invece fatta oggetto di una regolamentazione ben dettagliata venutasi a formare grazie ad un incessante e laborioso cammino.

Volendo svolgere un *exkursus* relativo alla tutela normativa che questo istituto laborioso cammino.

Volendo ricordare che dalla l. 19 giugno 1902, n. 342 in materia ha avuto negli anni, è utile ricordare che dalla l. 13 novembre 1923, n. 1825 che operava di lavoro delle donne e dei fanciulli<sup>210</sup> si è giunti dapprima alla tutela del posto di lavoro in caso di gravidezza con il r.d.l. 13 novembre 1934 con il r.d.l. 22 marzo, n. 654 si è raggiunti ad un primo timido traguardo frutto di un cammino laborioso che ha dato adito ad un indispensabile sviluppo dell'evento maternità<sup>211</sup>.

Il laborioso cammino tracciato dall'incessante processo evolutivo è proseguito fruttuosamente disciplinando per la prima volta nel 1971 con la l. 30 dicembre, n. 1204 il diritto della lavoratrice madre di astenersi da lavoro e in determinare condizioni - quali adozioni ed affidamento - questo diritto viene esteso anche al padre.

Affianco al legislatore nazionale, a farsi carico della disciplina e della delicata materia se ne occupa il giudice costituzionale e di legittimità il quale interviene anche in tempi recenti a colmare le lacune e le distorsioni dei provvedimenti legislativi che in merito a ciò è utile ricordare le censure di incostituzionalità all'uopo emanati. In merito a ciò è utile ricordare le censure di incostituzionalità mosse nei confronti dell'art. 4, l. n. 1204/1971 nella parte in cui, in ipotesi di parto prematuro non era previsto la possibilità per la madre di far decorrere i termini di astensione obbligatoria dalla data del parto presunto<sup>212</sup>. Rilevanti del periodo di astensione obbligatoria nei confronti della legge stessa nel-vanti sono anche le censure emanate nei confronti dell'art. 2 della legge stessa nella parte in cui non è ammesso il licenziamento della lavoratrice madre per esito negativo della prova<sup>213</sup>; ed ancora dell'art. 7 nella parte in cui non prevedeva al padre lavoratore il diritto di godere del diritto di astensione obbligatoria ed ai ri-

<sup>210</sup> Cfr. NOVADA, *Il lavoro delle donne e dei fanciulli*, Milano, 1903; FERAGLIANA, *Il lavoro delle donne e dei fanciulli: commento alla l. 19 giugno 1902, con richiami di giurisprudenza*, Empoli, 1904.

<sup>211</sup> Per approfondimenti cfr. F. CARINCI, *In tema di «diritto di licenziamento» della lavoratrice madre*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 1589.

<sup>212</sup> Cfr. C. cost. 30 giugno 1999, n. 270, in *Foro it.*, 2000, p. 1445.

<sup>213</sup> Cfr. C. cost. 31 maggio 1996, n. 172, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2645.



posi giornalieri nel caso in cui intervenga una grave infermità o il decesso della madre<sup>214</sup>.

In via generale, con la l. n. 1204/1971 si può affermare che sia stata data attuazione in modo progressivamente incisivo ed esteso al principio di tutela speciale della maternità così come sancito dall'art. 37 Cost. e della convenzione O.I.L. n. 103/1952 ratificata e resa esecutiva in Italia con la l. 19 ottobre 1970, n. 864. Attuazione, che ha allargato successivamente il suo campo con il d.p.r. 25 novembre 1976, n. 1026 con il quale viene disciplinato il divieto di adibire la donna a lavori faticosi ed insalubri durante la gravidanza e fino a sette mesi dopo il parto; poi con la l. 9 settembre 1977, n. 903 in cui viene sancito il divieto di lavoro notturno per la lavoratrice durante il periodo di gravidanza e puerperio e da ultimo, con la l. 4 maggio 1983, n. 184 in cui vengono accordate alle lavoratrici – nei casi di affidamento familiare – misure di tutela equiparate a quelle concesse sin d'ora solo alla madre naturale.

Ma la questione della tutela della lavoratrice madre e della tutela della maternità non trova ancora staticità, dopo questo lungo percorso normativo segnato dal progresso, si sono maturati i tempi affinché si tutelasse l'evento maternità sia sotto l'aspetto normativo – confermando alla lavoratrice madre la permanenza del rapporto di lavoro per tutto il periodo di astensione dall'attività lavorativa – ed intervenendo in ordine all'estensione del concetto di maternità anche sotto l'aspetto economico attraverso la corresponsione di una somma a titolo indennitario<sup>215</sup>.

È stato tralasciato sin d'ora la rilevanza che il tema ha rivestito anche in ambito sovranazionale; tra le fonti internazionali in questione in questa materia che hanno avuto riflesso nell'ambito del nostro Paese, va ora annoverato la già richiamata convenzione O.I.L. 28 giugno 1952, n. 103 ratificata e resa esecutiva in Italia nel 1970 con la l. n. 864, la convenzione ONU 18 dicembre 1979 che all'art. 11 vincola gli stati aderenti a tutelare la gravidanza e la maternità. Successivamente, va ricordata la direttiva comunitaria 19 ottobre 1992, n. 85 per il «miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti» cui l'Italia ha dato attuazione con il d.lgs. 25 novembre 1996, n. 645.

A costituire un significativo passo in avanti sulla strada dell'effettiva opportunità di parità tra uomo e donna in ambito comunitario, è stata la direttiva comunitaria 3 giugno 1996, n. 96/34, di recepimento dell'Accordo quadro sul Congedo Parentale concluso dall'UNICEF, dal CEEP e dalla CES; un atto legislativo della Comunità Europea, emanato in tema di conciliazione tra vita professionale e vita familiare.

Il legislatore Italiano, nel dovere di recepire quanto disciplinato dalla Comunità Europea in questa direttiva, ha atteso qualche anno prima di divenire ad una completa sistemazione della materia; soltanto nell'anno 2000 con la l. n. 53 dell'8 mar-

<sup>214</sup> Cfr. C. cost. 15 luglio 1991, n. 341, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, p. 862.

<sup>215</sup> In merito al trattamento economico della lavoratrice in maternità cfr. R. DEL PUNTA, *Le sospensioni del rapporto di lavoro*, cit. p. 687.

zo si è concretizzato il processo riformatore del momento, che va a modificare, dopo quasi trent'anni, la disciplina della tutela della maternità relativamente ad alcuni aspetti quali i congedi parentali, la flessibilità dell'astensione obbligatoria, i periodi di riposo ed il parto prematuro<sup>216</sup>.

Questo intervento legislativo ora riordinato nel Testo Unico emanato con la l. 26 marzo 2001, n. 151, il cui all'art. 86, c. 2°, lett. a) dispone l'abrogazione totale della legge del 1971<sup>217</sup> ha avuto luogo nella prospettiva di consentire alla donna di conciliare al meglio la sua vita professionale con quella familiare; dunque, lo *ius novum* della legge in argomento consiste nella disciplina dei «congedi dei genitori» che permettono di garantire un vero e proprio sostegno non solo al ruolo della madre lavoratrice ma anche e soprattutto al padre cui sin'ora il legislatore aveva ignorato il peso del suo ruolo familiare<sup>218</sup>.

Con la previsione dei congedi parentali, si consolida quindi l'orientamento, già palese nella legislazione precedente, secondo il quale la normativa già predisposta per tutelare la lavoratrice madre persegue una doppia finalità: proteggere la salute della lavoratrice durante il periodo di gestazione ed anche nel periodo di puerperio ma soprattutto tutelare le esigenze affettive e biologiche del bambino, indispensabili per lo sviluppo della sua personalità<sup>219</sup>.

Allo stato attuale in estrema sintesi, la tutela della maternità e della paternità si concreta: nel diritto di astenersi da lavoro, usufruendo di un trattamento economico; nel diritto di rientrare – al termine del periodo di astensione – nella stessa unità produttiva nella quale si era occupati in precedenza o in un'altra sita nel medesimo Comune; nel diritto di poter svolgere mansioni uguali o equivalenti a quelle da ultime svolte ed infine, nel diritto di poter usufruire di una serie di permessi ed agevolazioni per l'allattamento e l'assistenza del neonato.

<sup>216</sup> Sui congedi parentali cfr. L. CALAFA, *Congedi e rapporti di lavoro*, Padova, 2004; D. GOTTARDI (a cura di), *I nuovi congedi*, Milano, 2001; R. NUNIN, *La direttiva n. 90/34/CE in materia di Congedi Parentali*, in *I Congedi Parentali, formativi e tempi della città*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, pp. 13-22; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 149.

<sup>217</sup> Cfr. in proposito M. BARBERA, nel commentario M. NAPOLI-M. MAGNANI-E. BOLDI (a cura di), *Congedi Parentali, formativi e tempi della città*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, sub art. 15 «il Testo Unico prende parte non meno della legge oggetto di questo commento, alla demolizione di quello che, mutando un'immagine coniata del pensiero femminista, potremmo chiamare «l'ordinamento simbolico della madre», ed alla costruzione in corso di un nuovo ordine più programmatico e paritario, costituito da una nuova «politica della famiglia», le cui ascendenze cattoliche vengono corrette e temperate da un laico e tollerante riconoscimento delle molteplici forme che la famiglia può assumere oggi, da una consapevole valorizzazione del lavoro di cura, cui si accompagna la dichiarata intenzione di distribuire i vantaggi ed i costi sociali tra uomini e donne». Con questa norma l'ordinamento italiano si colloca insieme all'Ungheria ed alla Russia, al vertice della graduatoria mondiale in fatto di protezione della lavoratrice madre (Fonte: *Bureau International du Travail*, 1998).

<sup>218</sup> Cfr. in merito A. D'ANDREA, *Il sistema di tutela a sostegno della maternità. Il «dialogo» della legislazione italiana con la normativa comunitaria*, in *Lav. prev. oggi*, 2001, pp. 1275-1305.

<sup>219</sup> Cfr. in merito D. DIZZI, *Congedi parentali: un passo in avanti verso la parità lavoratori-lavoratrici*, in *Dir. prat. lav.*, 1997, pp. 1523-1526.

### 10.1. Il concetto di gravidanza e puerperio ai fini della disciplina legislativa

Il fulcro attorno al quale ruota la disciplina normativa sopra richiamata è ovviamente la gravidanza; quindi sarà opportuno chiarire quali siano i concetti cardine che fanno scattare la tutela normativa.

Per concetto di gravidanza in ambito legislativo ci si rifa al significato comune che presume la donna in stato di gravidanza dalla data del concepimento alla data del parto, come risulta dal certificato medico all'uopo rilasciato.

Per quanto concerne invece la definizione di «parto» una definizione legislativa è rinvenibile nel d.p.r. n. 1026/1976 che all'art. 12 definisce il parto «l'interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza che si verifica almeno dopo centotanta giorni dall'inizio della stessa»; da questa testuale definizione è possibile ricavare a sua volta la definizione di «aborto» quale interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza che avviene invece nei primi centotanta giorni dall'inizio di questa e che da addio ad una malattia comune con la relativa applicazione della tutela per questa prevista dall'art. 2110 c.c.

Da queste disposizioni emerge nettamente il rilievo che assume la certificazione medica per cui viene fatta valere una presunzione *furis et de iure*. Il «puerperio» invece la fase post parto ed ha lo scopo di assicurare al neonato le prime premure e cure nel suo primo stadio di crescita<sup>220</sup>.

### 10.2. Il divieto di lavorare; la c.d. «astensione obbligatoria per maternità»

Ciò che una apprezzabile normativa di protezione della lavoratrice madre deve prioritariamente disciplinare è «l'obbligo» di astensione dal lavoro della lavoratrice nella fase più delicata della gravidanza e del puerperio. Inoltre, è necessario che sia garantita alla lavoratrice durante questo periodo di «interdizione al lavoro» un'adeguata assistenza economica e – per concludere il cerchio delle tutele – la garanzia di poter rientrare nel suo posto di lavoro mantenendo – malgrado il periodo di assenza – il suo livello di professionalità.

Queste garanzie rappresentano gli standard di protezione individuati da consolidate fonti internazionali come le convenzioni n. 3/1919 e n. 103/1952 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, alle quali il nostro paese ha da tempo ottenuto con notevoli margini di ampiezza<sup>221</sup>.

La realizzazione dell'esigenza di rendere obbligatoria l'astensione dal lavoro della lavoratrice nella fase più delicata della gravidanza e del puerperio si è concretizzata storicamente nell'imposizione al datore di lavoro di veri e propri «divieti» avvenuti ad oggetto l'utilizzazione lavorativa della dipendente gestante e puerpera.

<sup>220</sup> In merito al periodo di puerperio, una parte della giurisprudenza ha ritenuto che esso non è escluso nel caso di bambino nato morto, non implicando necessariamente la con testualità con la maternità. Cfr. in merito Cass. 8 febbraio 1993, n. 1532, in *Not. giur. lav.*, 1993, p. 519.

<sup>221</sup> R. DEL PUNTA, *Le sospensioni del rapporto di lavoro*, cit., p. 605.

Divieti che sono sempre stati accompagnati dalla previsione di pesanti sanzioni penali per la loro inosservanza.

Il divieto di lavorare ha una *ratio* di natura pubblicistica consistente nella necessità di tutelare la salute fisica della lavoratrice, la quale assorbe e comporta necessariamente il diritto in capo alla lavoratrice di astenersi dal lavoro, determinando una sospensione coatta del rapporto. Qualora mancasse un vero e proprio divieto di lavorare e fosse invece previsto un solo diritto in capo alla lavoratrice di astenersi dal lavoro, avremmo una normale sospensione del rapporto affidata alla iniziativa della lavoratrice stessa.

Nel diritto vigente, il d.lgs. n. 151/2001, oltre a sanare in *primis* (art. 3) il divieto di discriminazione fondata sul sesso, prevede all'art. 16, Capo III «il divieto di adibire al lavoro le donne durante i due mesi precedenti la data presunta del parto e durante i tre mesi successivi a tale data». Con riferimento al parto prematuro che, se il parto viene in anticipo rispetto alla data presunta, i giorni di congedo non fruiti prima dell'evento prematuro vengono aggiunti al congedo di maternità susseguente il parto<sup>222</sup>. La novità è stata apportata dal legislatore in virtù del dettato costituzionale di cui agli artt. 3, c. 2°, 4, 31, 32 e 37 e delle fonti normative comunitarie ed internazionali dirette ad una incisiva tutela degli interessi sia delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento<sup>223</sup> sia del figlio<sup>224</sup>.

In questo quadro, l'istituto dell'astensione obbligatoria dal lavoro *post partum*, oltre ad essere volto a tutelare la salute della donna, considera e protegge il rapporto che, in tale periodo necessariamente si instaura tra madre e figlio, anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono decisive sia per un corretto sviluppo del bambino, sia per lo svolgimento del ruolo di madre<sup>225</sup>.

Una questione che ha dato adito a contrasti giurisprudenziali consiste nella definizione del momento di decorrenza del termine dei tre mesi di astensione obbligatoria previsto dopo il parto. Secondo una parte della giurisprudenza<sup>226</sup> la data va individuata nel giorno immediatamente successivo a quello originariamente previsto per il parto a prescindere dal giorno in cui la data si è anticipatamente verificata.

<sup>222</sup> Il legislatore ha così accolto quanto in precedenza stabilito dalla Corte costituzionale con sentenza 30 giugno 1999, n. 270, in *Orient. giur. lav.*, 1999, p. 606, nella quale viene dichiarata la parziale incostituzionalità dell'art. 4 della l. n. 1204/1971 laddove non prevedeva, in caso di parto prematuro, che l'astensione avesse una durata congrua ad assicurare alla madre ed al bambino una adeguata tutela.

<sup>223</sup> Direttiva del Consiglio, 19 ottobre 1992, n. 92/85, recepita con il d.lgs. 25 novembre 1996, n. 645.

<sup>224</sup> Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo resa esecutiva con la l. 27 maggio 1991, n. 176.

<sup>225</sup> La giurisprudenza di merito ha prontamente recepito nelle sue pronunce la nuova situazione normativa secondo il principio per cui la norma dichiarata incostituzionale, conformemente a quanto asserito da dottrina e giurisprudenza, viene eliminata dall'ordinamento *ex tunc*, con la sola esclusione delle posizioni giuridiche già esaurite.

<sup>226</sup> Cfr. Trib. Ravenna, 13 ottobre 1999, in *Crist. lav.*, 1999, n. 45, p. 14.

ta e da quello in cui il neonato abbia fatto effettivamente ingresso in famiglia (nel caso di adozioni). Di contrario avviso, altra giurisprudenza<sup>227</sup> – sempre nel caso di parto prematuro avvenuto prima dell'emanazione della l. n. 53/2000 – sostiene che la legge in questione, trattandosi di una norma sostanziale e non interpretativa, non può ricevere applicazione retroattiva in applicazione dell'art. 11 delle preleggi, e affronta quindi l'argomento dell'astensione *post partum* deducendo il principio secondo cui la decorrenza dei tre mesi di astensione *post partum* va calcolata a partire dalla data del parto presunto o, se il parto avviene successivamente a tale data a partire da quest'ultima.

La gravidanza, al pari della malattia e dell'infortunio, determina quindi una sospensione coatta del rapporto di lavoro; la lavoratrice, in tale periodo contemplato dalla norma ha l'obbligo di astenersi dal lavoro e di non prestare alcuna attività lavorativa.

Questa norma non è intrisa di *ius novum* dal momento che ripropone il testo contenuto nella l. n. 1204/1970; il t.u. rispetto alla tutela precedentemente disciplinata introduce la possibilità – attribuita alla lavoratrice madre – di scegliere se astenersi da lavoro due mesi prima del parto e tre mesi dopo oppure un mese prima del parto e quattro mesi dopo<sup>228</sup>. La novità apportata da questo testo normativo consiste – in sostanza – nella facoltà concessa alla lavoratrice di «flessibilizzare» il periodo di astensione obbligatoria per maternità a condizione che il suo stato di salute e quello del nascituro lo permettano<sup>229</sup>.

Come ribadito, nel periodo di astensione obbligatoria il datore di lavoro ha l'obbligo di non adibire al lavoro la lavoratrice. Questo periodo tuttavia può essere più lungo nel caso in cui si manifestino gravi complicazioni della gestazione o di preesistenti forme morbose che possono aggravare lo stato di salute della donna gravida e del nascituro; in tal caso infatti l'astensione obbligatoria dal lavoro deve essere anticipata a tre mesi prima del parto. Qualora altresì le condizioni ambientali siano pregiudizievoli alla salute della donna e del nascituro, sempre che la lavoratrice non possa essere adibita ad altre mansioni – il periodo di astensione anticipata viene determinato dalla Direzione provinciale del lavoro servizio ispettivo in base ad accertamento medico<sup>230</sup>. Il provvedimento dell'ispettorato in questa fatti-

<sup>227</sup> Cfr. Trib. Como, 31 gennaio 2001, in *Giust. lav.*, 2001, n. 21, p. 24.

<sup>228</sup> Questa seconda ipotesi potrà essere adottata dalla lavoratrice allor quando il medico specialista del servizio sanitario nazionale ed il medico competente ai fini della prevenzione e della tutela della salute nei luoghi di lavoro attestano che non si determina danno per la salute della gestante.

<sup>229</sup> Il periodo cosiddetto «flessibile» può andare da un minimo di un giorno ad un massimo di un mese a partire dal settimo mese di gravidanza. Tuttavia, questo periodo potrà essere ridotto anche dopo che è stato richiesto ed accordato dalla lavoratrice, con conseguente ampliamento del periodo di astensione *ante partum*, per fatti sopravvenuti come il sorgere di una malattia.

<sup>230</sup> In merito all'interdizione anticipata da lavoro è intervenuta una sentenza della Corte costituzionale con riferimento alle lavoratrici a domicilio. La C. cost., sent. 26 luglio 2000, n. 360, in *Giust. lav.*, 2000, n. 37, ha dichiarato illegittimo il c. 2°, l. n. 1204/1971 nella parte in cui non richiama anche l'art. 5 della stessa legge che prevede l'interdizione anticipata dal lavoro in determinate circostanze

specie, costituisce un fatto di legittimazione ad una «*condicio iuris*» della riconducibilità dell'assenza dal lavoro allo stato di gravidanza e della sua riconoscibilità dell'assenza determinata da uno degli eventi protetti<sup>231</sup>.

Con la riforma inoltre, viene introdotto il principio generale secondo cui tutte le disposizioni comprese nell'art. 3, l. n. 53/2000 «trovano applicazione anche nei confronti dei genitori adottivi o affidatari»<sup>232</sup>, in coerenza con la valorizzazione della «priorità dei valori spirituali ed educativi della famiglia rispetto ai legami di sangue», che rappresenta una tendenza del nostro ordinamento contemplata dalla Costituzione.

Nel nostro ordinamento la materia delle adozioni e degli affidamenti è stata nuovamente disciplinata dalla l. n. 184/1983 che ha abrogato la l. n. 431/1967 ed i relativi istituti dell'adozione ordinaria e dell'adozione legittimante, sostituendoli con quelli dell'adozione delle persone maggiori di età e dell'adozione dei minori<sup>233</sup>.

Per genitori «adottivi» ai fini dell'applicabilità della legge devono intendersi sia quelli adottivi per adozione legittimante del minore abbandonato, sia per adozioni «in casi particolari», sia in esito alla c.d. «adozione internazionale», purché come è ovvio, rientrino nei limiti temporali di fruibilità del diritto. Non sono invece interessati i genitori adottanti di maggiorenni.

Per genitori «affidatari», la norma non precisa in alcuno modo il termine, pertanto devono intendersi i genitori che siano tali sia in virtù di affidamento preadottivo *ex art. 314/20 c.c.* e ora art. 22, l. n. 184/1983, sia in virtù di affidamento provvisorio *ex art. 2, l. n. 184/1983*.

### 10.3. Il divieto di licenziamento

La sospensione del rapporto di lavoro è integrata dall'obbligo in capo al datore di lavoro di conservare il posto di lavoro.

L'art. 2, c. 2°, l. n. 1204/1970 ora confluito nell'art. 54 t.u. vieta il licenziamento della lavoratrice gestante o puerpera dall'inizio della gravidanza sino al compimento di un anno di età del bambino.

della gestazione. La Corte nella sentenza richiamata, ha ritenuto che l'inapplicabilità dell'art. 5 alle lavoratrici a domicilio discrimina irragionevolmente queste ultime rispetto alla generalità delle lavoratrici subordinate per quanto concerne la protezione della maternità, con conseguente contrarietà della norma ai parametri costituzionali.

<sup>231</sup> Cfr. Cass. 20 gennaio 2000, n. 603, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 257. Nel caso di specie la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso che la lavoratrice ricorrente – la quale pur lamentando «gravi complicanze della gestazione» si era limitata a presentare una semplice denuncia di malattia al datore di lavoro, senza quindi osservare l'obbligo di richiedere l'autorizzazione al servizio ispettivo del Ministero del lavoro (allora previsto dall'art. 18, d.p.r. n. 1026/1976) il quale rappresenta condizione necessaria per poter beneficiare dello speciale regime di protezione previsto per le lavoratrici madri ed ottenere, conseguentemente, la sottrazione dell'evento subito dal periodo di rapporto ai fini del licenziamento.

<sup>232</sup> In generale cfr. F. CIAMPI, *Un nuovo sistema di sostegno alla maternità con uguali diritti per genitori affidatari ed adottivi*, in *Guida dir.*, n. 12, p. 35 ss.

Il licenziamento della lavoratrice durante il periodo di operatività del divieto è nullo e come tale attribuisce il diritto di ottenere il ripristino del rapporto mediantente presentazione – da parte della lavoratrice – entro novanta giorni dal licenziamento, di idonea certificazione.

Sulla «delicata materia, la giurisprudenza aveva precisato che, il divieto di licenziamento delle lavoratrici madri opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza o puerperio, ancorché il datore di lavoro sia inconsapevole, alla data del licenziamento, dello stato della lavoratrice<sup>234</sup> e, per un altro verso, che alla lavoratrice madre, illegittimamente licenziata, non era applicabile il regime previsto dall'art. 18, della l. n. 300/1970 disciplinante la tutela reale, ma quello di nullità di diritto comune e quindi inidoneità del licenziamento ad estinguere il rapporto con il conseguente risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 1223 c.c.

In questo contesto, assume particolare rilevanza la tematica delle condizioni relative al ripristino di un licenziamento avvenuto nel periodo di operatività del divieto; la giurisprudenza sulla questione ha intrapreso differenti orientamenti. Secondo un primo orientamento, nel caso di licenziamento intimato alla lavoratrice in gravidanza nel periodo di interdizione previsto dalla l. n. 1204/1971, il «*des a quo*» del termine di novanta giorni previsto dall'art. 2, c. 2°, per la presentazione da parte della lavoratrice licenziata del certificato medico di gravidanza, cui è esclusivamente subordinata il diritto della stessa al ripristino del rapporto di lavoro, decorre – non già dall'intimazione del licenziamento – ma dall'effettiva cessazione del rapporto di lavoro, come espressamente previsto dal regolamento di esecuzione (art. 4, c. 2°, d.p.r. n. 1026/1976), per cui l'interesse della lavoratrice al ripristino del rapporto si manifesta al momento dell'effettiva cessazione del lavoro stesso»<sup>235</sup>.

Un secondo orientamento ritiene che la mancanza di una tempestiva richiesta di ripristino del rapporto e la stessa buona fede del datore di lavoro – ignaro dello stato di gravidanza – non costituiscono un'eccezione alla regola di cui all'art. 2, c. 2°, del regolamento di esecuzione, per cui l'interesse della lavoratrice al ripristino del rapporto si manifesta al momento dell'effettiva cessazione del lavoro stesso»<sup>235</sup>.

Questa seconda ipotesi da poi vita a tre fattispecie di adozioni: le adozioni di minori, le adozioni di minore abbandonato detta anche «adozione piena» o «legittimante», le adozioni «parziali» e le adozioni internazionali.

Cass. 20 gennaio 2000, n. 610, in *Rep. g. l. n. 2005*, p. 259 nella quale si afferma che «come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 61/1991 il licenziamento intimato alla lavoratrice madre in violazione della l. n. 1204/1971 è affetto da nullità; ne consegue che nel caso si verificasse un simile licenziamento il rapporto deve ritenersi come mai interrotto e la lavoratrice ha diritto al risarcimento dei danni, ai sensi dell'art. 1223 c.c.». Cfr. anche Cass. 20 maggio 2000, n. 6595, in *Rep. g. l. n. 2005*, p. 259; Cass. 1° giugno 2004, n. 10531, in *Rep. g. l. n. 2005*, p. 261; Cass. 21 agosto 2004, n. 16505, *ibidem*.

Cass. 14 gennaio 1988, n. 252, in *Mass. g. l. n. 1988*, secondo tale orientamento dunque, il termine di novanta giorni è posto a pena di decadenza, con effetto che la lavoratrice che lo lasci decorrere non potrà ottenere il ripristino del rapporto di lavoro poiché il licenziamento non è impugnabile; poiché però il provvedimento costituisce un atto illegittimo, essendo il divieto collegato allo stato obiettivo della gravidanza, permane l'obbligo del risarcimento del danno equivalente alle retribuzioni non corrisposte sino ad un anno di età del bambino. In questo senso cfr. Pret. Roma, 23 marzo 1993, in *Rev. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 864.

to di gravidanza della lavoratrice – lasciano integra la nullità del recesso con una pendenza *de iure* del rapporto<sup>236</sup>.

Un terzo orientamento infine, distingue il caso a seconda che il datore di lavoro fosse o meno a conoscenza dello stato di gravidanza della lavoratrice nel momento in cui ha attuato il recesso. Nel caso in cui il datore di lavoro dimostri di non essere stato a conoscenza dello stato di gravidanza della lavoratrice, il mancato inoltro del certificato entro novanta giorni è irrilevante salvo l'onere di provare in capo alla lavoratrice, che il datore di lavoro era a conoscenza della gravidanza in atto, conoscenza che può averci anche per il tramite di altro personale presente sul posto di lavoro<sup>237</sup>.

Nel caso invece che il datore di lavoro in buona fede ignorasse lo stato di gravidanza della lavoratrice, la mancata certificazione presentata nei termini fa decadere la proponibilità dell'azione volta a far dichiarare la illegittimità del licenziamento, fermo restando che, solo alla data di presentazione del certificato spetterà il diritto alla retribuzione intera per il periodo previsto dalla legge<sup>238</sup>.

Diffrante a tale contrastante orientamento giurisprudenziale, la dottrina più accreditata ha preso posizione nella questione in merito con una interpretazione che risulta particolarmente equitativa autorizzando lo stato soggettivo del datore di lavoro poiché presenta il vantaggio di assicurare un equo bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti, non essendo incompatibile con lo stato oggettivo di gravidanza e si limita a postulare un comportamento attivo del beneficiario della tutela senza escludere la nullità del licenziamento in periodo di divieto<sup>239</sup>.

La conservazione del posto di lavoro compete, stante il principio della rilevanza oggettiva, anche quando lo stato di gravidanza presiste alla costituzione del rapporto di lavoro<sup>240</sup>.

Altra questione degna di attenzione è il caso dell'aborto; in tal caso infatti, la legge stabilisce che qualora l'aborto o interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza avvenga oltre il 180° giorno dall'inizio della gravidanza, il divieto di licenziamento opera fino a tre mesi successivi all'evento; nel caso invece di bambino nato morto o deceduto nei primi tre mesi di vita il divieto è attivo per tutto il periodo d'interdizione dal lavoro fino a dieci giorni successivi alla data del decesso.

Altrimenti, il divieto di licenziamento non opera qualora l'aborto avvenga nei primi 180 giorni dell'inizio della gravidanza.

<sup>236</sup> Il periodo in questione è pertanto utile ai fini dell'anzianità di servizio poiché, rilevando lo stato oggettivo della gravidanza, il licenziamento è *contra legem* anche in caso di inconsapevolezza del datore di lavoro. Cfr. in merito Cass. 20 maggio 2000, n. 6595, in *Rep. g. l. n. 2000*, p. 54.

<sup>237</sup> Cfr. in merito C. app. L'Aquila, 28 giugno 2001, in *Gust. lav.*, 2001, n. 39, p. 12; Cass. 4 marzo 1988, n. 2248, in *Gust. it.*, 1989, I, 1, p. 520.

<sup>238</sup> Cass. 26 agosto 1987, n. 7037, in *Ord. g. l. n. 1988*, p. 205; Cass. 20 maggio 2000, n. 6595, in *Rep. g. l. n. 2005*, p. 261.

<sup>239</sup> Vcd. F. BATTAGLIONE-G. BERTOLINO-A.N. GRATTAGLIONE-F. GROSSI-R. INVREA-L. SCARZELLO, *Il rapporto di lavoro privato subordinato*, a cura di R. Ricci, Torino, 2004, p. 759.

<sup>240</sup> Sul punto v. M. TATTARELLI, *Licenziamento di lavoratrice madre e certificato medico di gravidanza*, in *Gust. lav.*, 2001, n. 39, p. 12.