

il Giurista del Lavoro

Il mensile di giurisprudenza e dottrina giuslavoristica per la gestione del contenzioso



SISTEMA DI INFORMAZIONE INTEGRATO

Area Lavoro

Gli ultimi orientamenti giurisprudenziali in materia di licenziamento per il superamento del periodo di comporto

a cura di Carlo Galli – Avvocato in Milano – Partner dello studio legale De Bellis and Partners

L'istituto del comporto è necessariamente oggetto di attenzione e applicazione costante da parte degli operatori del diritto, avvocati giuslavoristi e consulenti del lavoro, i quali, a fronte di ogni caso in cui si presentino problematiche relative ad assenza dal servizio per malattia, devono tenere in considerazione la relativa disciplina.

Tale disciplina è sostanzialmente rimessa alla contrattazione collettiva, che detta previsioni assai variegata per le diverse categorie di rapporti di lavoro.

Per tali caratteristiche, la materia del comporto è oggetto di un costante approfondimento, da parte della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità.

Anche di recente la Suprema Corte si è pronunciata, in alcune sentenze che andiamo ad analizzare, in merito a questioni di fondamentale rilievo, in tema di licenziamento per superamento del periodo di comporto.

Il comporto: concetto giuridico, fonti, durata e modalità di calcolo

Una definizione di periodo di comporto

Il comporto può definirsi come il periodo di tempo entro il quale il dipendente assente dal lavoro, perché in malattia, ha diritto alla conservazione del posto.

Il datore di lavoro non può, pertanto, licenziare il prestatore di lavoro sino al termine del periodo di comporto (salve le ipotesi in cui sussista una giusta causa di recesso o il lavoratore debba considerarsi definitivamente inidoneo allo svolgimento delle prestazioni o intervenga la cessazione totale dell'attività dell'impresa).

Le fonti che disciplinano il comporto

Secondo l'art.2110 c.c., il periodo di tollerabilità dell'assenza è predeterminato per legge, ovvero dalla contrattazione collettiva o dagli usi oppure, in difetto di tali fonti, è determinabile dal giudice, in via equitativa.

In difetto di significativo sviluppo di disciplina legislativa in materia, la fissazione degli specifici periodi di comporto e delle modalità di computo di essi è sostanzialmente demandata ai contratti collettivi nazionali di lavoro.

Modalità di calcolo del periodo di comporto

Il periodo di comporto si distingue, nella previsione dei contratti collettivi, in due tipi:

➔ **comporto c.d. secco**

si riferisce alle ipotesi di ininterrotto evento morboso (si rinverrà ad esempio nel contratto collettivo di riferimento la sola dicitura: "Nei casi di interruzione del lavoro dovuta a malattia, l'azienda conserverà il posto al lavoratore per mesi...");

➔ **comporto c.d. per sommatoria (o frazionato)**

contempla invece le diverse ipotesi di pluralità di eventi morbosi, frazionati o intermittenti, che interessano il dipendente, tenendo conto, in altre parole, di tutti gli eventi morbosi verificatisi nell'arco di tempo stabilito dal Ccnl stesso (il Ccnl metalmeccanici, ad esempio, prevede tanto un comporto secco, quanto un comporto per sommatoria).

Nel caso in cui il contratto collettivo preveda soltanto il comporto c.d. secco si pone il problema di determinare l'arco temporale massimo entro cui il posto di lavoro rimanga conservato in presenza di più eventi morbosi discontinui.

Generalmente, in tali casi, la giurisprudenza individua due termini di riferimento:

- ▶ un termine c.d. *interno*, ovvero la somma delle assenze, pari al periodo di durata del comporto secco previsto dal contratto;
- ▶ un termine c.d. *esterno*, corrispondente all'arco temporale entro cui sono computabili tutti gli episodi di malattia verificatisi, che funge da periodo di riferimento entro il quale i plurimi episodi di malattia possono essere considerati unitariamente, sempre nel limite massimo del periodo di comporto secco previsto dal contratto. Il termine esterno, sempre secondo la giurisprudenza, viene fatto coincidere con il periodo di vigenza del contratto collettivo di riferimento (normalmente tre anni).

In tali ipotesi, il comporto si ritiene superato quando, nel periodo di vigenza del contratto collettivo, il dipendente compia più assenze per malattia per un periodo complessivamente superiore a quello del comporto secco stabilito dal contratto.

Ulteriori criteri per il calcolo e malattie non computabili ai fini del periodo di comporto

Le disposizioni dei contratti collettivi solitamente riferiscono i termini del periodo di comporto all'anno "civile", o "di calendario", ovvero il periodo compreso tra 1° gennaio e 31 dicembre di ogni anno; in altri casi, si fa invece riferimento all'anno solare ovvero al periodo di 365 giorni decorrente dall'ultimo episodio di malattia, o anche, a ritroso, dalla data del licenziamento.

La giurisprudenza della Cassazione ha poi avuto modo di precisare che un termine (genericamente) fissato a mesi (senza ulteriori specificazioni) deve essere computato secondo il calendario comune, salvo che vi siano clausole utilizzate dalla contrattazione collettiva che predeterminino modalità di calcolo particolari.

Sempre la giurisprudenza ha, poi, acclarato che sono computabili nel periodo di comporto i giorni domenicali e festivi, o comunque non lavorativi, che cadono durante il periodo di malattia certificato dal medico.

Né possono essere detratti dal computo del periodo di comporto i giorni di ferie, salva la possibilità per il dipendente (eventualmente contemplata dal Ccnl) di richiedere espressamente di fruire, durante la malattia, dei giorni di ferie maturati e non ancora goduti, interrompendo per il corrispondente numero di giorni il decorso del periodo di comporto.

In generale, non si tiene conto, invece, ai fini del conteggio del periodo di comporto, dei giorni festivi e/o non lavorativi che precedono o seguono immediatamente quelli indicati nel certificato medico di inizio malattia. Così come non incide sul computo del periodo di comporto la malattia connessa a gravidanza.

Quanto all'infortunio sul lavoro e alla malattia professionale, la prevalenza dei contratti collettivi detta una disciplina particolare, normalmente di "miglior favore" rispetto a quelle concernente la malattia o l'infortunio extra-lavorativo. Ad esempio, il Ccnl metalmeccanici distingue in due diversi articoli il periodo di comporto per "infortuni sul lavoro e malattie professionali" e quello previsto "in caso di malattia e infortunio non sul lavoro".

Sul punto si deve, infine, rammentare che non possono essere computati, ai fini del superamento del periodo di comporto, malattie e infortuni ascrivibili a responsabilità e colpa del datore di lavoro, ad esempio aventi causa nella nocività delle mansioni assegnate e/o dell'ambiente di lavoro.

Licenziamento durante il periodo di comporto

Come accennato dianzi, va tenuto presente che il datore di lavoro non può licenziare il dipendente durante il periodo di comporto, se non nelle ipotesi in cui sussista una giusta causa di recesso o il lavoratore debba considerarsi definitivamente inidoneo allo svolgimento delle prestazioni o intervenga la cessazione totale dell'attività dell'impresa.

Si ricordi, inoltre, che si rinvergono in giurisprudenza due diversi orientamenti in ordine all'efficacia del licenziamento intimato, al di fuori delle tre ipotesi sopra ricordate, durante il periodo di comporto:

1. un primo orientamento ritiene il recesso così esercitato dal datore di lavoro temporaneamente inefficace, idoneo pertanto a produrre effetti solo al termine della malattia;
2. un secondo filone di pronunce giurisprudenziali afferma, invece, la nullità del licenziamento intimato prima dello scadere del periodo di comporto.

Licenziamento per superamento del periodo di comporto

Il licenziamento per superamento del periodo di comporto è la tematica maggiormente approfondita nell'elaborazione giurisprudenziale in materia.

In primo luogo, la giurisprudenza ha ripetutamente sottolineato la natura peculiare della disciplina del periodo di comporto e del licenziamento per il relativo superamento; il comporto ha, infatti, funzione di contemperamento di interessi configgenti, del datore di lavoro, da una parte, a mantenere alle proprie dipendenze solo chi lavora e produce, e del dipendente, dall'altra, a disporre di un congruo periodo di tempo per curarsi senza perdere l'occupazione. Più precisamente, la Suprema Corte ha da tempo evidenziato la specialità della norma dell'art.2110, co.2 c.c., relativa al licenziamento per superamento del periodo di comporto, sottolineando la prevalenza di tale norma sia rispetto alle regole generali in materia di risoluzione del contratto per sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione lavorativa (artt.1256, co.2, e 1464 c.c.) sia rispetto alla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali²⁷.

In secondo luogo, la Corte di legittimità ha evidenziato che il superamento del periodo di comporto costituisce una circostanza oggettiva, indipendentemente da fatto o colpa delle parti²⁸.

²⁷ Cfr. Cassazione del 08.05.03, n.7047: cfr. Cassazione del 20.10.05, n.19676.

²⁸ Cfr. Cassazione del 28.05.10, n.13164.

In tal senso, la Suprema Corte ha ritenuto il licenziamento per superamento del periodo di comportamento maggiormente assimilabile al licenziamento per giustificato motivo oggettivo e non al licenziamento disciplinare²⁹. Tale orientamento è stato di recente avallato dalla [Cassazione n.23920/10](#), la cui pronuncia avremo modo di tornare ad analizzare (sotto diversi profili) nel prosieguo.

La giurisprudenza di legittimità ha comunque escluso la diretta riconducibilità dell'ipotesi di licenziamento per superamento del periodo di comportamento a quella dei licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo; sul punto, si ritiene che il superamento del periodo di comportamento costituisca condizione sufficiente di legittimità del recesso, senza necessità che il datore di lavoro provi né il giustificato motivo oggettivo del licenziamento, né la sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, né la correlata impossibilità di adibire il prestatore di lavoro a mansioni diverse (cfr. [Cassazione del 07.02.11, n.2981](#)).

Cassazione n.1861 del 28 gennaio 2010

La [sentenza della Cassazione del 28 gennaio 2010, n.1861](#), ha ribadito il carattere di specialità della disciplina del licenziamento per superamento del periodo di comportamento, con riguardo alla normativa di natura sostanziale in tema di ragioni e motivi di licenziamento³⁰, considerando che il licenziamento, in tale fattispecie, consegue alla mera impossibilità del dipendente di assicurare con sufficiente continuità la prestazione, e sottolineando come, fin dal 1942, tale ipotesi è stata regolata nel codice civile non nel paragrafo dedicato all'estinzione del rapporto di lavoro (artt.2118 e 2125 c.c.), ma in una norma speciale, quale è l'art.2110, co.2 c.c..

Vi è poi un ulteriore, e più rilevante, elemento di novità nella pronuncia in commento; più precisamente, essa ha affermato anche una "specialità di disciplina" con riguardo agli aspetti formali e procedurali, ritenendo non applicabile al licenziamento per superamento del periodo di comportamento il termine decadenziale di 60 giorni per l'impugnazione del licenziamento, previsto dall'art.6 della L. n.604/66.

La sentenza n.1861/10, sottolineata l'eccezionalità della stessa disposizione dell'art.6 della L. n.604/66

²⁹ Cfr. Cassazione del 26.05.05, n.11092; cfr. Cassazione del 10.01.08, n.278.

³⁰ Di cui alla L. n.604 del 15 luglio 1966, alla L. n.108 del 11.05.90 e all'art.18 della L. n.300 del 20.05.70.

(in quanto la stessa norma deroga al principio generale desumibile dagli artt.1421 e 1422 c.c., secondo cui la nullità può essere di regola fatta valere da chiunque e con azione imprescrittibile), ne ha escluso l'applicabilità per analogia a ipotesi di nullità del licenziamento che non rientrino in tale previsione eccezionale.

La Suprema Corte ha richiamato, peraltro, precedenti pronunce della Corte di legittimità, le quali avevano già escluso l'applicabilità dell'eccezionale previsione del termine decadenziale in riferimento ai licenziamenti delle lavoratrici a causa di matrimonio nonché ai licenziamenti delle lavoratrici madri, ipotesi entrambe regolate da previsioni speciali.

Pertanto, ha osservato il Giudice di legittimità, esigenze logiche e di coerenza sistematica impongono di ritenere non applicabile il suddetto termine decadenziale di 60 giorni per l'impugnativa nemmeno al licenziamento per superamento del periodo di comportamento, così come a tutte le ipotesi speciali di recesso del datore di lavoro in cui non si applica la L. n.604/66.

A commento dell'analizzata pronuncia della Cassazione n.1861/10, v'è da notare, però, la diversa via intrapresa dal Legislatore nel c.d. *Collegato lavoro* (legge n.183/10, in vigore da fine novembre 2010), essendo ivi espressamente previsto, all'art.32, co.2, che il termine decadenziale di 60 giorni per l'impugnativa del licenziamento (insieme al nuovo ulteriore termine decadenziale, di regola di 270 giorni, per proporre eventuale azione avanti al giudice, introdotto dal Collegato lavoro stesso), si applichi³¹ a tutti i casi di invalidità e inefficacia del licenziamento, e, inoltre, ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto, al recesso del committente dai rapporti di collaborazione a progetto, ai casi di trasferimento del

³¹ Esistendo una recentissima novella legislativa, pare opportuno evidenziare per completezza che, ex art.2, co.54, della L. n.10 del 26 febbraio 2011 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n.225, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie*), in relazione all'entrata in vigore ed al regime transitorio di applicazione della nuova normativa in tema di termini di decadenza introdotti dal c.d. *Collegato lavoro*, all'art.32 della L. n.183/10 (*Collegato lavoro*), dopo il co.1, è stato aggiunto un ulteriore comma: «1-bis. In sede di prima applicazione, le disposizioni di cui all'articolo 6, primo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, relative al termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento, acquistano efficacia a decorrere 31 dicembre 2011».

lavoratore, ad azioni volte all'accertamento della nullità del termine apposto a un contratto di lavoro. La prospettiva del legislatore, di applicazione per così dire "ampliata" del termine decadenziale di impugnativa, a ipotesi che per propria natura non rientrerebbero affatto nelle previsioni della L. n.604/66, parrebbe configgersi con l'affermazione di specialità, anche procedurale, espressa dalla sentenza della Cassazione n.1861/10 in commento, seppure il principio in essa affermato risponderebbe con coerenza, in effetti, alle preesistenti esigenze sistematiche dell'ordinamento.

Correttezza e buona fede tra datore di lavoro e lavoratore ed illegittimità del licenziamento

Vi sono vari aspetti della materia inerente al licenziamento per superamento del periodo di comporto cui l'elaborazione giurisprudenziale ha trovato soluzione alla luce delle regole di reciproca lealtà e buona fede nelle relazioni aziendali.

Da un lato, seppure sia pacifico che il datore di lavoro non è tenuto a segnalare preventivamente al dipendente l'avvicinarsi della scadenza del periodo di comporto, alcuni giudici hanno ritenuto comportamento contrario a buona fede e correttezza la mancata comunicazione dei giorni di malattia usufruiti e dei criteri di computo del comporto, da parte del datore di lavoro, pur dopo espressa richiesta del dipendente di averne conoscenza. Secondo il Tribunale di Milano (sentenza del 22 gennaio 2007 e sentenza del 23 maggio 2005), ad esempio, una simile violazione di correttezza e buona fede invaliderebbe l'eventuale successivo licenziamento per superamento del periodo di comporto.

D'altro lato, si ritiene violi gli obblighi di correttezza e buona fede il datore di lavoro che rifiuti, senza un apprezzabile motivo, di concedere le ferie espressamente richieste dal dipendente al fine di evitare il licenziamento per superamento del periodo di comporto, essendo in potere dell'imprenditore stabilire la collocazione temporale delle ferie nell'arco dell'anno, armonizzando le esigenze dell'impresa con gli interessi del lavoratore; conseguenza ne sarebbe, ancora una volta, l'illegittimità del relativo licenziamento per superamento del periodo di comporto³².

Sempre in virtù dei principi di correttezza e buona fede, è considerato illegittimo il licenziamento

intimato per superamento del periodo di comporto qualora il datore di lavoro, a fronte di una richiesta del dipendente formulata prima del superamento del comporto, si sia dichiarato disponibile a concedergli un periodo di aspettativa non retribuita.

Sul punto si conclude ricordando che il dipendente illegittimamente licenziato per superamento del periodo di comporto potrà, previo apposito accertamento del giudice del lavoro, essere reintegrato nel proprio posto di lavoro e ottenere, inoltre, il riconoscimento del diritto a un risarcimento del danno, commisurato alla retribuzione mensile globale di fatto *medio tempore* maturata, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria; ciò ovviamente nel caso in cui il rapporto di lavoro sia assistito da stabilità reale, con applicazione dell'art.18 della L. n.300/70.

L'atto di recesso del datore di lavoro

È bene rammentare che sono pacificamente applicabili al licenziamento per superamento del periodo di comporto, in difetto di alcuna previsione speciale contenuta al riguardo nell'art.2110 c.c., le regole dettate dall'art.2 della L. n.604/66 sulla forma dell'atto di recesso e della comunicazione dei motivi del recesso (oltre che il successivo art.5 della medesima legge, in materia di onere della prova gravante sul datore di lavoro circa la sussistenza effettiva del motivo di recesso, ovvero circa la sussistenza del superamento del periodo di comporto).

È necessario, dunque, che il datore di lavoro eserciti il proprio diritto di recesso con atto scritto, perché il superamento del periodo di comporto non implica di per sé la risoluzione del rapporto di lavoro.

Infatti, la sussistenza della condizione legittimante il recesso, e cioè del superamento del comporto, deve essere verificata all'atto di esercizio del recesso del datore di lavoro, ovvero al momento dell'invio della lettera di licenziamento (cfr. Cassazione n.2981/11).

Tempestività dell'atto di recesso e immodificabilità delle ragioni di licenziamento

Valgono in riferimento al licenziamento per superamento del periodo di comporto i principi di tempestività e immutabilità delle ragioni poste a fondamento del licenziamento, che devono essere specificate in modo analitico e completo nello stesso atto di recesso.

Con la precisazione per cui la tempestività del recesso, difettando gli estremi dell'urgenza che si impongono nelle ipotesi di giusta causa, al fine di valutare la compatibilità del tempo trascorso dal

³² Cfr. Cassazione 30.03.09, n.7701; cfr. Cassazione 22.03.05, n.6143.

superamento del periodo di comporto con la volontà di porre fine al rapporto, deve essere considerata in relazione a un ragionevole *spatium deliberandi* da riconoscere al datore di lavoro, affinché questi possa ponderare nel suo complesso la sequenza di episodi morbosì del prestatore di lavoro in rapporto alle esigenze dell'azienda; in tal senso, il giudizio sulla tempestività o meno del recesso non potrà derivare da una rigida e meccanica applicazione di criteri temporali prestabiliti, ma è condizionato alla considerazione di ogni significativa circostanza idonea ad incidere sulla valutazione datoriale circa la sostenibilità o meno delle assenze del dipendente, in un'ottica improntata a reciproca lealtà e buona fede nelle relazioni aziendali, che può portare il datore di lavoro addirittura alla decisione di conservare il posto di lavoro oltre il periodo di tutela predeterminato dalla contrattazione collettiva, compatibilmente con le esigenze di funzionamento dell'impresa³³.

Certo, una prolungata continuazione del rapporto una volta superato il periodo di comporto potrebbe leggersi come condotta oggettivamente incompatibile con la volontà di porre fine al contratto e, quindi, come rinuncia tacita del datore di lavoro al licenziamento.

Inoltre, anche nel caso di licenziamento per superamento del periodo di comporto, vale la regola generale dell'immodificabilità delle ragioni comunicate come motivo di licenziamento, con la conseguenza che non può tenersi conto, ai fini del calcolo del superamento del comporto, delle assenze

non indicate nella lettera di licenziamento³⁴.

L'indicazione delle assenze per malattia da parte del datore di lavoro

Nell'atto di recesso, ovvero su richiesta di specificazione da parte del dipendente qualora nell'atto di licenziamento non fossero indicate le assenze, il datore di lavoro ha l'onere, a pena di illegittimità del licenziamento, soprattutto nei casi di comporto per sommatoria, di specificare le giornate di malattia.

Tuttavia, la Suprema Corte ha, negli ultimi anni, più volte confermato che il datore di lavoro non deve menzionare i singoli giorni di assenza, ritenendosi sufficienti indicazioni complessive, idonee comunque a evidenziare il superamento del comporto, come ad esempio l'individuazione del numero totale delle assenze verificatesi in un determinato periodo³⁵.

Tale conclusione deve essere affermata anche alla luce della già citata sentenza n.23920/10; in essa, si ribadisce che il licenziamento per superamento del periodo di comporto non ha natura disciplinare e, dunque, non è necessaria la completa e minuziosa descrizione delle circostanze di fatto che costituiscono la causale del recesso, considerato altresì che l'assenza per malattia è evento di cui il dipendente ha ben conoscenza.

In definitiva, l'indicazione dei giorni di assenza deve avere un grado di specificità tale da consentire al dipendente di rendersi conto delle effettive assenze contestate.

³³ Cfr. Cassazione n.23920/10, dianzi citata; cfr. anche Cassazione n.11342/10.

³⁴ Cfr. ad es. Cassazione del 22.03.05, n.6143.

³⁵ Cfr. [Cassazione del 27.01.11 n.1953](#); cfr. Cassazione del 13.07.10 n.16421.