

La giustificazione tardiva dell'assenza per malattia

Nota a Corte di cassazione, Sez. Lav., sentenza 10 novembre 2022, n. 33134 – Pres. *Raimondi* – Rel. *Garri* – *Omissis* S.p.A. (Avv.ti *Bechi, Chiti*) c. B. D. (Avv. *Bechini*) (disponibile su www.lpo.it/banca-dati/)

Malattia – Certificato medico – Assenza ingiustificata – Assenza giustificata tardivamente – Licenziamento disciplinare

L. n. 183/2010 – L. n. 311/2004 – D.Lgs. n. 165 del 2001 – L. n. 33/1980

di *Giada Della Rocca**

È illegittimo il licenziamento disciplinare irrogato per assenza ingiustificata nei confronti di un lavoratore che aveva presentato tardivamente, ma in un momento prossimo all'evento, un certificato medico a giustificazione dell'assenza sul posto di lavoro. Per poter ritenere ingiustificata l'assenza si deve poter presumere che la comunicazione delle ragioni giustificatrici o non sia intervenuta ovvero non sia più ragionevolmente possibile anche a cagione del tempo trascorso dall'assenza. Pertanto, solo ove l'arco temporale (tra l'assenza e la relativa giustificazione) si dilati oltremodo, facendo sì che venga meno la possibilità stessa di ritenere l'assenza, seppur tardivamente, giustificata, la condotta può essere sanzionata disciplinarmente con il licenziamento. (Massima a cura dell'A.)

SOMMARIO:

1. Il certificato medico.
2. Gli effetti del ritardo e dell'omissione dell'invio della certificazione: le conseguenze economiche.
3. (*segue*) Le conseguenze disciplinari.

ABSTRACT

L'Autore, dopo aver analizzato la normativa e la giurisprudenza sul certificato medico, esamina la recente sentenza della Cassazione (n. 33134/2022) secondo cui “non ricorre assenza ingiustificata dal servizio in caso di inoltro tardivo al datore di lavoro del certificato medico che attesti la malattia del lavoratore”. La Cassazione precisa

* Ricercatrice di Diritto del Lavoro – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

che la produzione tardiva del certificato medico non equivale alla mancata presentazione e che non rileva che il certificato medico attesti retroattivamente l'insorgenza della malattia.

The Author, after having analyzed the legislation on the medical certificate, examines the recent sentence of the Cassation (n. 33134/2022) according to which “there is no unjustified absence from the service in the case of late forwarding to the employer of the medical certificate certifying the worker’s disease”. The Cassation specifies that the late production of the medical certificate does not equate to a non-presentation and that it does not reveal that the medical certificate retroactively certifies the onset of the disease.

1. Il certificato medico.

La recente pronuncia della Cassazione n. 33134 del 2022 offre lo spunto per svolgere alcune riflessioni sulla dirimenza o meno, ai fini della giustificazione dell'assenza per malattia¹, della documentazione medica che attesti l'esistenza di una valida causa sospensiva dell'obbligo di rendere la prestazione.

A riguardo pare utile rammentare la normativa in tema di certificato medico di cui all'art. 25 della Legge 4 novembre 2010 n. 183 che stabilisce: “al fine di assicurare un quadro completo delle assenze per malattia nei settori pubblico e privato, nonché un efficace sistema di controllo delle stesse, a decorrere dal 10 gennaio 2010, in tutti i casi di assenza per malattia dei dipendenti di datori di lavoro privati, per il rilascio e la trasmissione della attestazione di malattia si applicano le disposizioni di cui all'articolo 55-*septies* del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165” prima applicato solo ai dipendenti pubblici.

Inoltre, laddove l'assenza per malattia protratta per un periodo superiore a dieci giorni, e, in ogni caso, dopo il secondo evento di malattia nell'anno solare, l'assenza viene giustificata esclusivamente mediante certificazione medica rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale².

¹ Per malattia si intende qualsiasi situazione in cui lo svolgimento della prestazione lavorativa sia incompatibile con le esigenze di salvaguardia della salute del lavoratore. È considerata malattia anche la convalescenza dopo la fase acuta (Cass. n. 5509/1999) e l'ubriachezza permanente per l'alterazione psichica che ne consegue (Cass. n. 1314/1997). Se il lavoratore malato è parzialmente idoneo alla prestazione, tanto da utilizzare questa capacità residua a favore di terzi, deve offrire al datore di lavoro la sua disponibilità (Cass. n. 7467/1998).

² Prima era comunemente ammessa sia la validità delle certificazioni rilasciate sul comune ricettario, sia quelle provenienti da un medico diverso da quello con-

La normativa in esame prevede, poi, che una volta visitato il lavoratore, deve essere il medico di fiducia a inviare il certificato per via telematica all'INPS (che gestisce il relativo sistema informatico) e poi l'INPS lo trasmette al datore di lavoro (art. 2 Legge n. 33/1980, modificato dall'art. 1, c. 149, Legge n. 311/2004; art. 50, c. 5-bis, D.L. n. 269/2003 conv. Legge n. 326/2003 introdotto dall'art. 1, c. 810, Legge n. 296/2006; art. 55-septies, c. 2 e 3, D.Lgs. n. 165/2001 introdotto dal D.Lgs. n. 150/2009 per i dipendenti pubblici ed esteso ai dipendenti privati dall'art. 25 Legge n. 183/2010).

Pertanto quello che il lavoratore deve fare è recarsi dal medico³ e, a valle, comunicare al datore di lavoro il numero di protocollo del certificato, in modo da consentirgli di visionarlo sul sito dell'INPS.

Esce quindi dalla sfera dell'obbligo del lavoratore la materiale trasmissione del certificato, che deve essere effettuata da un terzo qualificato quale il medico⁴. Nel caso in cui il medico non proceda all'invio *on line* del certificato di malattia, ad esempio perché impossibilitato a utilizzare il sistema di trasmissione telematica, ma rilasci la certificazione e l'attestazione di malattia in forma cartacea, il lavoratore presenta l'attestazione al proprio datore di lavoro secondo la modalità tradizionale⁵.

venzionato col Servizio Sanitario Nazionale: C. CAMEROTA, A. PANDOLFO, *Visite di controllo nelle assenze per malattia*, Roma, 1984, 21. in proposito l'Inps, con circolare 13 maggio 1996, n. 99, aveva precisato che, di massima, il sanitario preposto al compito in questione è quello di libera scelta: l'espressione letterale "curante" utilizzata dal legislatore, porta a dover attribuire validità, ai fini in questione, anche alle certificazioni rilasciate, pure su modelli non *standard*, da medici diversi ai quali l'assicurato si sia rivolto per motivi di urgenza ovvero comunque per esigenze correlate alla specificità della patologia sofferta.

³ Cass., Sez. V Pen., n. 18687/2012 sul reato di falso ideologico del medico che certifica la malattia senza visita personale, ma solo in base ad una telefonata.

⁴ R. DEL PUNTA, *Malattia del lavoratore*, in [https://www.treccani.it/enciclopedia/malattia-del-lavoratore_\(Diritto-on-line\)](https://www.treccani.it/enciclopedia/malattia-del-lavoratore_(Diritto-on-line)), 2016.

⁵ Come precisato nella Circolare Ministeriale n. 4/2011. Solo la consegna a mano assicura l'effettivo rispetto dei termini, mentre la trasmissione a mezzo raccomandata, che, secondo un'interpretazione dottrinale, deve essere spedita entro lo stesso termine di due giorni dal rilascio, essendo affidata all'attività di terzi, non assicura la tempestiva giustificazione della malattia, v. M. TATARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Padova, 2002, 79. L'A. sottolinea, peraltro, che nel caso di ritardo imputabile al servizio postale e non al mittente del plico, determina un effetto negativo che non può verificarsi in danno del datore di lavoro, che da un lato viene a conoscenza della malattia attraverso la comunicazione, e, dall'altro, ha la possibilità di richiedere la visita di controllo sulla base della mera assenza.

Il certificato, redatto dal medico curante convenzionato con il SSN, deve recare la prognosi, se diretto al datore di lavoro, e la prognosi e la diagnosi se indirizzato all'Istituto previdenziale.

Lo scopo di tale previsione è quello di consentire all'INPS, nel caso di pagamento a conguaglio, il controllo sulla corretta anticipazione e successiva compensazione da parte del datore di lavoro, e nell'ipotesi di pagamento diretto l'erogazione dell'indennità stessa ai soli aventi diritto.

In materia di prova della malattia e indipendentemente dall'assolvimento dell'onere di comunicazione dell'assenza a tanto dovuta, la giurisprudenza⁶ ha più volte ribadito che il lavoratore, il quale adduca la causale in parola a giustificazione dell'assenza, non solo deve rendere noto lo *status* di malato al datore di lavoro, ma deve anche giustificarlo, nel senso di documentarlo col certificato medico, con indicazione del domicilio al fine della effettuazione dei controlli⁷.

In realtà, sia giudici, sia i contratti collettivi si limitano a richiedere al lavoratore che si assenta per malattia la tempestiva comunicazione al datore di lavoro⁸ – anche informalmente, (in genere coincidente col primo giorno di assenza) – seguita dall'invio del certificato medico entro i due giorni successivi⁹, lasciando di fatto allo stesso l'onere di dimostrare la non rispondenza al vero o la sua inattendibilità. Ne consegue che, se il dipendente non è puntuale e si fa certificare la malattia solo dopo due o più giorni di assenza dal lavoro, i giorni precedenti all'invio del certificato telematico di malattia non sono considerati giustificati né verso l'Inps né verso il datore di lavoro.

⁶ Cass. n. 6588/1991; Cass. n. 1166/1988; Cass. n. 7120/1990, Cass. n. 13622/2005; Cass. n. 15058/2009 secondo cui la certificazione non deve pervenire necessariamente da un medico del SSN. Se la malattia cessa prima del previsto e il lavoratore documenta questa situazione ed offre la prestazione lavorativa, il datore di lavoro non può rifiutarla a pena di *mora credendi*, Cass. n. 125/2012.

⁷ L'omessa indicazione del domicilio, ove non già noto all'ente, determina la perdita dell'indennità previdenziale per il tempo necessario a reperirlo: Cass. n. 4591/1989, Cass. n. 721/1992, Cass., Sez. Un., n. 1283/1993, Cass. 9677/1994, Cass. n. 10024/1994.

⁸ Cass. n. 13622/2005, Cass. n. 1977/1984, Cass. n. 2824/1983.

⁹ Come da circolare INPS n. 147/1996, se nel certificato di malattia, alle parole "dichiara di essere ammalato dal" segue come data il giorno antecedente a quello del rilascio, è possibile far decorrere l'evento da tale giorno solo se la visita medica è effettuata presso il domicilio del lavoratore. Cass. n. 17898/2007 che consente al datore di lavoro di richiedere il certificato anche per un solo giorno di assenza, preavvertendo il lavoratore di non voler applicare la contraria prassi agevolativa.

Per quanto concerne la modalità del computo dei termini, di natura perentoria¹⁰, si seguono le regole generali (artt. 1187 e 2963 c.c.): per cui non si calcola in *dies a quo* (rilascio del certificato medico) e il termine è prorogato di diritto, se scade in giorno festivo, al giorno seguente non festivo.

Non è errato ritenere che la sufficienza dell'esibizione di tale documento equivalga, in buona sostanza, se non ad esentare il lavoratore dall'onere della prova circa la sussistenza e la gravità della malattia denunciata, sicuramente a ridurre quell'onere al minimo, gravando il datore di lavoro della dimostrazione del contrario quando vi abbia interesse¹¹.

L'invio del certificato medico, come accennato, si configura alla stregua di onere a carico del lavoratore ammalato, in quanto rappresenta una condizione indefettibile per l'insorgere dei diritti al trattamento economico o alla retribuzione nonché alla conservazione del posto di lavoro. Difatti tale incombenza consente al dipendente di provare che l'assenza è determinata da un legittimo impedimento, con l'effetto di esentarlo da ogni ulteriore e più gravoso compito di dimostrazione della denunciata infermità¹².

2. Gli effetti del ritardo e dell'omissione dell'invio della certificazione: le conseguenze economiche.

In ordine agli effetti del ritardo o dell'omissione dell'invio della certificazione, prima della riforma della relativa disciplina ai sensi del citato art. 25 della Legge n. 183/2010, che rinvia all'art. 55-*septies* del D.Lgs. n. 165/2001, nel silenzio della legge, era la contrattazione collettiva e la pertinente interpretazione della giurisprudenza, che spesso recepiva le istanze provenienti dalla dottrina più attenta al problema¹³ a disciplinare la materia.

Con la richiamata estensione del regime previsto per i dipendenti pubblici ai privati, "l'inosservanza degli obblighi di trasmissione per via telematica della certificazione medica concernente assenze di lavoratori per malattia di cui al comma 2 costituisce illecito disciplinare e, in caso di rei-

¹⁰ Cass. n. 5620/2001.

¹¹ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in F. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 2003, 87; M. TATARELLI, *op.cit.*, 71.

¹² Cass. Sez. Un., n. 4854/1987.

¹³ R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1992, 123; A. PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, 366-367; P. ICHINO, *Malattia del lavoratore*, in *Enc. giur.*, XIX, 1988, 5.

terazione, comporta l'applicazione della sanzione del licenziamento (...). Le sanzioni sono applicate secondo criteri di gradualità e proporzionalità, secondo le previsioni degli accordi e contratti collettivi di riferimento” (v. l'art. 55-*septies*, co. 4, del D.Lgs. n. 165/2001).

Innanzitutto, il primo rilievo che occorre fare, attiene alla distinzione tra gli effetti economici dell'inadempimento e quelli strettamente disciplinari.

In ordine al primo profilo, la giurisprudenza consolidata ha ritenuto che il ritardo nella trasmissione della certificazione medica comporti, sicuramente sul piano del rapporto previdenziale¹⁴, la perdita del diritto alle prestazioni economiche relative alle giornate di ritardo¹⁵, comprese tra l'ultimo giorno utile per l'invio del certificato e il giorno della consegna o dell'inoltro dello stesso all'ufficio postale¹⁶.

Questo indirizzo, come è noto, è stato in seguito confermato dalle Sezioni Unite della Cassazione¹⁷ – e avallato dalle successive pronunce dei giudici di legittimità¹⁸ – che, in relazione al più limitato rapporto assicurativo con

¹⁴ In relazione al rapporto di lavoro la dottrina solleva qualche dubbio, soprattutto in considerazione della specificità delle disposizioni dei contratti collettivi al riguardo. M. TATARELLI, *op. cit.*, 71 ritiene che l'interpretazione giurisprudenziale in materia previdenziale sia applicabile anche al rapporto di lavoro. A diverse conclusioni perviene R. DEL PUNTA, *La sospensione, op. cit.*, 149-151; A. PANDOLFO, *La malattia, op. cit.*, 372-381.

¹⁵ Il ritardo nell'invio del certificato all'Ente previdenziale determina la perdita dell'indennità (Cass., Sez. Un., n. 4854/1987) salvo che il lavoratore provi una seria giustificazione del ritardo (C. cost. n. 1143/1988, Cass. n. 1420/1995, Cass. n. 13622/2005). L'omessa comunicazione al datore di lavoro della prosecuzione di una malattia psichica è stata ritenuta incolpevole con conseguente illegittimità del licenziamento (Cass. n. 11798/2012). L'omessa tempestiva comunicazione della malattia nel termine previsto dal contratto collettivo è sanzionata con il licenziamento, non essendo stata provata dal lavoratore l'impossibilità della comunicazione (Cass. n. 10552/2013). Il lavoratore assente dal servizio, che invii all'INPS il certificato con diagnosi senza osservare il termine di due giorni ha diritto al trattamento di malattia ridotto, con esclusione, cioè, di quello relativo al periodo compreso tra la data di insorgenza della malattia e la data di invio del certificato (Cass. n. 8942/1987).

¹⁶ In questo senso, dopo qualche incertezza, Cass. n. 2869/1985; con argomentazioni in parte diverse, Cass. n. 6020/1986.

¹⁷ Cass., Sez. Un., n. 4854/1987.

¹⁸ Cass. n. 8289/1991; Cass. n. 629/1989, la quale recependo una impostazione già avallata dalla Cassazione, ha escluso che la conseguenza della decadenza dal trattamento economico di malattia contrasti con l'art. 38 Cost., atteso che la predisposizione dei mezzi di carattere previdenziale adeguati alle esigenze di vita del lavoratore non preclude al legislatore ordinario di stabilire le modalità necessarie per il loro conseguimento da parte degli assicurati, mentre la questione della legittimità costituzionale dell'esposta normativa, nella parte in cui non consente al lavoratore di

l'INPS, hanno stabilito che il prodursi dell'effetto favorevole dell'erogazione dell'indennità di malattia previsto dalla norma di legge è legato all'assolvimento dell'onere del lavoratore di invio della certificazione medica, ed alla conseguente possibilità di tempestivo controllo da parte dello ente previdenziale, il che impone allo stesso assicurato anche l'osservanza del termine fissato dalla norma medesima¹⁹.

Diversa è la questione, sollevata da alcune pronunce della Cassazione con un apprezzabile senso di ragionevolezza, relativa ai casi in cui il lavoratore possa dimostrare di non aver potuto spedire tempestivamente il certificato per una causa incolpevole giustificante²⁰.

Questa perplessità era apparsa contraddittoria con la premessa, essendovi una concorde opinione, nella dottrina civilistica, dell'irrelevanza dell'elemento soggettivo nell'onere della prova, per cui la conseguenza del suo inadempimento non si sarebbe potuta ritenere una sanzione in senso giuridico, ma semplicemente il non prodursi dell'effetto favorevole²¹.

Le Sezioni Unite, forse proprio perché consapevoli della pregnanza di tale profilo, non hanno mai risolto il problema, che, comunque, più che porre in crisi la teoria dell'onere in quanto tale, avrebbe semmai fatto sorgere problemi di legittimità costituzionale della norma, ove interpretata nel senso di escludere la giustificabilità del ritardo.

Questo dubbio è stato, infine, recepito, in un'ottica di ragionevolezza attenta a non imporre condizioni eccessivamente gravose per la fruizione di un diritto costituzionalmente garantito, dalla Corte costituzionale con sentenza n. 1143 del 1988²². All'esito di tale giudizio deve ritenersi che in caso

dedurre e provare il giustificato motivo del ritardato (o dell'omesso) invio del certificato medico, è priva di rilevanza ove il lavoratore non abbia in concreto prospettato alcuna giustificazione del ritardo; Cass. n. 802/1988.

¹⁹ Questo termine, avuto riguardo alla indicata funzione che il detto onere adempie, è da ritenersi perentorio, nel senso che, essendo la prestazione economica costituita da un'indennità giornaliera, la quale matura, come tale, giorno per giorno, in corrispondenza con la durata del processo morboso (entro il *limite* massimo stabilito dalla legge), il ritardato invio della certificazione sanitaria, procrastinando l'attività di certazione dell'ente previdenziale e la possibilità di tempestivo esercizio del potere di controllo, non consente l'acquisizione del diritto all'indennità per i giorni di ritardo, divenendo operante la tutela previdenziale soltanto per i giorni rispetto ai quali l'onere in questione può dirsi assolto.

²⁰ Cass. n. 5392/1985; Cass. n. 2869/1985.

²¹ P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1980, 249-250; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1952, 203.

²² C. cost. n. 1143/1988. Con la decisione in questione i Giudici delle leggi hanno stabilito che l'art. 2, secondo comma, del D.L. n. 663 del 1979 e successive modificazioni, nella parte in cui impone al lavoratore ammalato di trasmettere all'INPS,

di ritardo nell'inoltro della certificazione medica, il diritto del lavoratore al trattamento economico di malattia viene meno qualora l'interessato non giustifichi – né provi – il ritardo adducendo o la circostanza di un ricovero ospedaliero o in luogo di cura²³, o la causa di forza maggiore, ovvero non deduca, comunque, motivi seri ed apprezzabili, attesa la rigorosità della prova richiesta²⁴.

3. (*segue*) Le conseguenze disciplinari.

Venendo al profilo, qui di interesse, degli effetti disciplinari della condotta omissiva del lavoratore, l'art. 55-*septies* del D.Lgs. n. 165/2001 al comma 4 prevede espressamente, come già evidenziato, che "l'inosservanza degli obblighi di trasmissione per via telematica della certificazione medica concernente assenze di lavoratori per malattia di cui al comma 2 costituisce illecito disciplinare e, in caso di reiterazione, comporta l'applicazione della sanzione del licenziamento (...). Affinché si configuri l'ipotesi di illecito disciplinare devono ricorrere sia l'elemento oggettivo dell'inosservanza

entro due giorni dalla visita medica, il relativo certificato, configurando, così, a suo carico un onere il cui inadempimento comporta la perdita dell'indennità di malattia corrispondente ai giorni di ritardo nella trasmissione, con esclusione di ogni possibilità di provare che il ritardo stesso è stato cagionato da giustificato motivo, viola l'art. 38 Cost. perché idoneo a determinare indiscriminatamente detta perdita, sia pure parziale, del trattamento economico diretto a soddisfare essenziali esigenze di vita, palesandosi perciò la menzionata imposizione non solo come eccessivamente gravosa e vessatoria in danno dell'assicurato, anche per l'estrema ristrettezza del termine, ma anche come irragionevolmente diversificata, nel rigore delle esposte conseguenze dell'omissione, rispetto a quella, concernente la reperibilità del lavoratore alla visita di controllo domiciliare, in relazione alla quale non è negata la prova di giustificati motivi di eventuali comportamenti omissivi, sebbene, nell'un caso come nell'altro, i relativi oneri siano ugualmente strumentali a finalità di repressione dell'assenteismo

²³ Circolari Inps 27 gennaio 1983, n. 134399, 24 luglio 1987, n. 54.

²⁴ Cass. n. 1420/1995. Con circolare dell'8 agosto 1985, n. 11, l'Inps ha stabilito che ove venga addotta dal lavoratore che vive solo l'impossibilità di lasciare l'abitazione per lo stato di malattia, deve essere preso in considerazione ogni utile elemento che convalidi la predetta circostanza, ivi compresa la valutazione sanitaria della fase acuta che consigliava di non lasciare l'abitazione, congiuntamente ad altri elementi collaterali da esaminare opportunamente, quali distanze, obiettivi riscontri della durata dell'incapacità al lavoro, ovvero, per converso, considerata la fungibilità dell'adempimento, il fatto che la trasmissione o recapito della certificazione si stata, invece assicurata nei confronti del datore di lavoro.

dell'obbligo di trasmissione, sia l'elemento soggettivo del dolo o della colpa. Le sanzioni sono applicate secondo criteri di gradualità e proporzionalità, secondo le previsioni degli accordi e dei contratti collettivi di riferimento²⁵.

Al riguardo è frequente, nei contratti collettivi, l'equiparazione del mancato assolvimento dell'onere dell'invio del certificato medico all'assenza ingiustificata, che, se protratta per un certo numero di giorni individuati dalla contrattazione collettiva stessa²⁵, legittima l'irrogazione di sanzioni disciplinari, anche espulsive.

Con la sentenza n. 33134/2022 la Cassazione ha stabilito che non si ha assenza ingiustificata qualora il lavoratore consegni il certificato medico di malattia tardivamente (nella specie era stato consegnato dopo sette giorni e quindi violando la previsione del contratto collettivo che prevede tre giorni) nel presupposto che il c.c.n.l. applicato al rapporto non contenga alcuna equiparazione tra assenza ingiustificata ed assenza di cui non sia stata tempestivamente comunicata la giustificazione.

Pertanto, con tale sentenza la Cassazione segna un decisivo cambio di rotta rispetto all'orientamento maggioritario²⁶ che, in linea con quanto disciplinato da gran parte dei contratti collettivi, ritiene possibile equiparare

²⁵ Ad es. il c.c.n.l. Terziario Confcommercio considera assenza ingiustificata l'assenza oltre 3 giorni nell'anno solare, il c.c.n.l. Metalmeccanica-Aziende industriali prevede il licenziamento in caso di assenza ingiustificata prolungata oltre a 4 giorni consecutivi, il c.c.n.l. Chimica-Aziende industriali e c.c.n.l. Turismo industria il licenziamento è configurabile dopo oltre 5 giorni consecutivi di assenza ingiustificata.

²⁶ Cass. n. 18956/2020 secondo la quale l'invio tardivo del certificato medico rende ingiustificati i cinque giorni di assenza legittimando il licenziamento; Cass. n. 11700/2019, Cass. n. 26465/2017, Cass. n. 15226/2016, Cass. n. 10552/2013; Cass. n. 3194/1989 in cui si legge che ove il contratto collettivo preveda che il lavoratore assente dal servizio per malattia abbia l'obbligo di giustificare la sua mancata prestazione lavorativa mediante l'invio del certificato medico entro un certo termine dall'inizio della malattia stessa, tale termine, non costituendo un limite per l'esercizio di un diritto, né per la sopravvivenza di un diritto al suo mancato esercizio, non è né di decadenza né di prescrizione, ma è semplicemente un termine di adempimento (art. 1183 c.c.), relativo al suddetto obbligo di comunicazione posto a carico di chi fruisce del diritto di assentarsi dal lavoro per malattia; l'inosservanza di tale termine – che, per effetto del rinvio operato dall'art. 1187 c.c., va verificata facendo applicazione delle regole dettate dall'art. 1963 c.c. per il computo dei termini di prescrizione – può incidere, come ogni inadempimento contrattuale, sulla sorte del rapporto e può legittimare il licenziamento per giusta causa, tenendo però necessariamente conto dell'elemento soggettivo del comportamento inadempiente del lavoratore, ossia della gravità della sua colpa, come richiesto dall'art. 2119 c.c.; Cass. n. 37/1987; Cass. n. 1003/1986; Cass. n. 4074/1987.

l'assenza tardivamente giustificata all'assenza ingiustificata, laddove essa venga resa una volta decorsi i giorni di tolleranza previsti dalla contrattazione collettiva²⁷, giudicando legittimo il licenziamento del dipendente che non abbia comunicato la propria assenza, anche se giustificata *ex post*.

La Cassazione, dunque, nel processo di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta prevista dal c.c.n.l., ha ritenuto che, per il semplice fatto che il lavoratore abbia presentato il certificato, ancorché tardivamente, e addirittura dopo l'avvio dell'azione disciplinare, la mancanza addebitata al lavoratore rientri nell'ipotesi di giustificazione tardiva dell'assenza (con applicazione della sanzione conservativa), e non nel caso di assenza ingiustificata (per la quale il c.c.n.l. prevede il licenziamento disciplinare), dichiarando perciò illegittimo il licenziamento con conseguente condanna del datore alla reintegrazione in servizio del dipendente e al risarcimento del danno commisurato alle mensilità non lavorate, oltre al versamento dei contributi.

La portata di questa sentenza potrebbe aprire la strada alla possibilità di giustificare tardivamente l'assenza e autorizzare, quindi, certificati di malattia rilasciati tardivamente e retroattivi che andrebbero a sanare un comportamento del lavoratore altrimenti sanzionabile col licenziamento, qualora la contrattazione collettiva di riferimento non abbia disciplinato il numero di giorni di tolleranza per la giustificazione.

E, su questo punto, secondo la Cassazione il datore di lavoro può ricorrere al licenziamento laddove “l'arco temporale (tra l'assenza e la relativa giustificazione) si dilati oltremodo facendo sì che venga meno la possibilità stessa di ritenere l'assenza, seppur tardivamente, giustificata (...). Piuttosto, per poter ritenere ingiustificata l'assenza si deve poter presumere che la comunicazione delle ragioni giustificatrici o non sia intervenuta ovvero non sia più ragionevolmente possibile anche a cagione del tempo trascorso dall'assenza”. Definire quanto sia “oltremodo” resta di difficile individuazione e, non potendosi risolvere in un parametro soggetto alla discrezionalità del giudice, la valutazione della congruità dell'arco temporale intercorso tra l'assenza ingiustificata e la certificazione tardiva prodotta dal lavoratore va individuata avendo riguardo alla disciplina collettiva: di riferimento, qualora lo stabilisca, o quella di maggior favore per il lavoratore che stabilisca termini più ampi.

A ben vedere, l'interpretazione dei giudici suscita non poche perplessità, poiché il c.c.n.l. prevede espressamente il licenziamento disciplinare per assenze ingiustificate per tre giorni consecutivi, ammettendo multa o sospensione “nel caso il lavoratore non si presenti al lavoro, non comunichi (salvo

²⁷ Generalmente i contratti collettivi si attestano sotto la settimana, v. nota 25.

il caso di comprovato impedimento) e non giustifichi l'assenza", senza specificare quanto "tardiva" possa essere la giustificazione rispetto ai giorni di assenza. Il tenore letterale evidenzia una tolleranza per assenze brevi, evidentemente entro i tre giorni, punendo con il licenziamento un'assenza ingiustificata superiore ai tre giorni. Nel caso della sentenza in esame la lavoratrice era stata licenziata a causa delle assenze ingiustificate dal lavoro per sette giorni consecutivi, un lasso di tempo ritenuto ancora "congruo" dalla Corte per commutare un'assenza ingiustificata in giustificazione tardiva.

Appare evidente che l'interpretazione della Cassazione espone il datore di lavoro ad una limitazione dell'esercizio del suo potere disciplinare e a dover affrontare un disagio al livello organizzativo in quanto non viene messo in rilievo il fine del rispetto del procedimento dettato dai contratti collettivi stessi che è quello di garantire al datore di lavoro la possibilità di fronteggiare disagi organizzativi connessi alla mancata presenza di unità in organico e assumere gli interventi necessari ad assicurare il buon funzionamento dell'impresa e della produzione²⁸.

Da ultimo, è da sottolineare che, sebbene sia pacifico che il mancato rispetto dei termini d'invio del certificato, o la sua omissione²⁹, siano suscettibili di valutazione in termini disciplinari, una parte della giurisprudenza, contraria ad equiparare il mancato assolvimento dell'obbligo contrattuale all'ipotesi dell'assenza ingiustificata, ha negato la legittimità della reazione espulsiva aziendale nel caso in cui l'assenza, pur protratta per un tempo superiore a quello contrattualmente previsto, sia dovuta a malattia reale³⁰, e la

²⁸ Cass. n. 26465/2017; Cass. n. 10552/2013 ritiene che rientri tra i normali obblighi di correttezza e diligenza nello svolgimento del rapporto di lavoro anche quello che fa carico al lavoratore di assicurarsi che impedimenti nell'espletamento della prestazione, seppur legittimi, non arrechino alla controparte datoriale un pregiudizio ulteriore, per effetto di inesatte comunicazioni che generino legittimo affidamento in ordine alla effettiva ripresa della prestazione lavorativa.

²⁹ In riferimento all'omessa giustificazione dell'assenza dovuta alla prosecuzione della malattia, la Cassazione equipara, quanto agli effetti, la mancata giustificazione della malattia iniziale alla mancata giustificazione della malattia oltre il termine di prognosi iniziale, cfr. Cass. n. 7042/1987, secondo cui: l'obbligo, che la disciplina collettiva pone a carico del lavoratore ammalato, d'informare il datore di lavoro dell'assenza e di giustificarla con l'invio della certificazione medica deve essere osservato anche in caso di prosecuzione di malattia (già comunicata), al fine di consentire all'imprenditore di ovviare alle deficienze operative cagionate dal mancato rientro del lavoratore.; Cass. n. 1003/1986; Cass. n. 2494/1979; Cass. n. 5343/1978. Nel caso in cui il medico di controllo riduca la prognosi, l'assenza successiva è ingiustificata, salva la possibilità di contestazione in giudizio dell'esito della visita di controllo, Cass. n. 7478/2003.

³⁰ Cass. n. 106/2013 ha stabilito che se il lavoratore è realmente malato non può

mancata giustificazione non dipenda da colpa grave del lavoratore, o da una sua dolosa volontà inadempiente³¹. Ma, nel caso di specie, la giustificazione tardiva dell'assenza era pervenuta solo a seguito della contestazione disciplinare, in sede di audizione del lavoratore, circostanza che rende il comportamento del dipendente ben più grave di un semplice ritardo incolpevole.

essere licenziato solo perché non ha inviato il certificato in tempo utile, ridimensionando così la portata dell'inadempimento commesso dal dipendente.

³¹ Cass. n. 5350/1988.; Cass. n. 3194/1989; Cass. n.433/1986; Trib. Milano 7 marzo 1984, in *Lav. 80*, 1984, 1138.