



# Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 248/2015

© Roberto Voza 2015  
Dipartimento di Giurisprudenza – Università di Bari  
roberto.voza@uniba.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X  
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA" , University of Catania  
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012  
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)  
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020  
csdle@lex.unict.it  
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



## **Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore<sup>α</sup>**

**Roberto Voza  
Università di Bari**

1. Il diritto alla conservazione del posto di lavoro nei casi di sospensione del rapporto. ....	2
2. La determinazione del limite oltre il quale la morbilità si fa eccessiva. ....	5
3. In cerca di una sanzione: il licenziamento durante il periodo di comportamento. ....	9
4. La specialità del licenziamento per superamento del periodo di comportamento. ....	14

---

<sup>α</sup> Il contributo è destinato alla raccolta di scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo.

## 1. Il diritto alla conservazione del posto di lavoro nei casi di sospensione del rapporto.

Storicamente, uno degli aspetti sui quali si è iniziato ad invocare un trattamento peculiare per il contratto di lavoro rispetto al diritto comune delle obbligazioni, è quello dell'impedimento ad eseguire la prestazione a causa della malattia del lavoratore.

Generalizzando una regola affiorata nel periodo pre-corporativo<sup>1</sup> e poi radicatasi grazie alla legge sul contratto di impiego privato<sup>2</sup> e alla successiva contrattazione collettiva, l'operazione realizzata dall'art. 2110, 2° comma, c.c. è servita ad inibire il richiamo alla categoria civilistica

---

<sup>1</sup> Si può attribuire a Vita Levi il primo tentativo dottrinale di riconoscere il diritto alla mercede allorché "la prestazione delle opere è impedita per malattia del prestatore di lavoro" e di escludere che tale impedimento sia "di regola motivo di rompere il contratto". L'affermazione era, probabilmente, il riflesso di una visione del lavoro umano non ancora interamente affrancata dai vincoli comunitari e familiari: non a caso la principale figura sociale di riferimento era quella del domestico, che il padrone aveva il dovere di curare in caso di "mali [...] incontrati in servizio e per causa ed in occasione del servizio" (VITA LEVI, *Della locazione delle opere e più specialmente degli appalti*, I, Torino, 1876, pp. 106 e 188). L'operazione concettuale sottesa a tale affermazione non fu indolore sul piano dogmatico, come testimonia la reazione di Lodovico Barassi, il quale - già calato nella nuova realtà del lavoro negli opifici industriali - giudicò "soverchiamente tenera" tale teoria, perché poneva il lavoratore in "condizioni eccezionalmente favorevoli" e comunque opposta al "sistema romanistico oggi dominante e basato sull'equilibrio nel trattamento delle due parti" (BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, pp. 630-631). Il collegamento tra licenziamento e malattia comparve nella giurisprudenza probivirale, la quale giunse a qualificare come "dannoso ed ingiusto" il licenziamento del lavoratore ammalato o, comunque, ad affermare che "la malattia temporanea d'un operaio non può esser causa del suo licenziamento" (cfr. le massime nn. 399 e 400 riportate in REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906, p. 109). È vero che la conseguente tutela - in un regime di libera recedibilità che anche i probiviri avallarono - non poteva che limitarsi all'obbligo di dare preavviso, ma - almeno in alcune massime - la decorrenza del relativo termine fu collocata solo a partire dalla cessazione dello stato di malattia: ciò significava quantomeno vietare il licenziamento *durante* la malattia (purché non fosse di "lunga durata", come a volte si legge nelle massime probivirali), anche se non quello *a causa* di malattia.

<sup>2</sup> Alla quale si deve, sulla scia di una prassi consuetudinaria già diffusa (si pensi agli usi mercantili raccolti presso le Camere di commercio) l'affermazione del principio della conservazione del posto di lavoro (ma solo nei contratti a tempo indeterminato) per un periodo prefissato dalla stessa legge, insieme al mantenimento dello stipendio (o di parte di esso) in favore del lavoratore ammalato (cfr. art. 6, 4° e 5° comma, R.d.l. n. 1825/1924). Successivamente, il principio fu suggellato nella Carta del lavoro (dichiarazione XVIII): "la malattia del lavoratore, che non ecceda una determinata durata, non risolve il contratto di lavoro".

della impossibilità sopravvenuta della prestazione quale causa di risoluzione del contratto<sup>3</sup>.

Un'importante precisazione si rende, però, necessaria. Letteralmente, la norma sembra *scritta al rovescio*, perché si limita a riconoscere all'imprenditore il diritto di recedere dal contratto ex art. 2118 c.c., decorso il periodo stabilito dalle fonti ivi richiamate (leggi speciali, norme corporative, usi o equità), senza sancire un collegamento tra malattia (e altre cause di sospensione del rapporto) e divieto di licenziamento.

Si consideri che nel contesto normativo dell'epoca l'art. 2110 non aveva da autorizzare alcun recesso, il quale era assoggettato all'unico obbligo del preavviso (salva l'ipotesi della giusta causa). Pertanto, la funzione dell'art. 2110 – al tempo della sua formulazione – fu semplicemente quella di “paralizzare – per un determinato periodo di tempo – l'esercizio del potere di recesso”<sup>4</sup>.

Di più l'art. 2110 c.c. non dice. Qui cominciano i suoi silenzi.

In primo luogo, la norma non delimita l'esatta portata del diritto alla conservazione del posto durante i periodi di infortunio, malattia, gravidanza e puerperio.

Nel caso della maternità, tale silenzio è stato colmato dalla legislazione speciale. Infatti, sin dall'art. 11, R.d.l. n. 654/1934, compaiono alcune eccezioni al divieto di licenziamento della lavoratrice madre, vale a dire la “colpa costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto” e la “sospensione a tempo indeterminato del lavoro nell'azienda o nel reparto” a cui la lavoratrice era addetta. L'ambito delle eccezioni al divieto fu riformulato ed ampliato con l'art. 3, L. n. 860/1950: fu confermata la colpa costituente giusta causa, mentre la sospensione del lavoro fu sostituita dalla cessazione dell'attività aziendale e dalla ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice era stata assunta ovvero la risoluzione del rapporto di lavoro per scadenza del termine. Tale elenco fu ribadito dall'art. 2, 3° comma, L. n. 1204/1971, con una significativa aggiunta/specificazione: la colpa costituente legittima causa di recesso divenne “grave”. L'ultima tappa dell'*iter* legislativo è rappresentata dall'art. 54, 3° comma, D.lgs. n. 151/2001, il quale ha confermato le tre fattispecie summenzionate, aggiungendone una quarta, vale a dire quella relativa all'esito negativo della prova, introdotta per effetto della declaratoria di incostituzionalità del predetto art. 2, 3° comma, L. n. 1204/1971, “nella parte in cui non prevede l'inapplicabilità

---

<sup>3</sup> Sul tema, v. SCHIAVONE, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 153 ss.

<sup>4</sup> MAZZOTTA, *Accertamenti sanitari, eccessiva morbilità e contratto di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1983, p. 29.

del divieto di licenziamento nel caso di recesso per esito negativo della prova”<sup>5</sup>.

Nel caso della malattia, il silenzio del legislatore non può certo indurre a reputare sempre e comunque vietato il licenziamento, anche durante il periodo di comporto. Infatti, il diritto del lavoratore di assentarsi dal lavoro per le causali tipizzate dalla norma non può implicare una totale impermeabilità del rapporto di lavoro nei confronti delle pretese giuridiche riconosciute all'imprenditore da altre norme dell'ordinamento.

Nel bilanciamento degli opposti interessi prevale quello allo scioglimento del vincolo contrattuale qualora sussista una giusta causa di licenziamento, secondo un'opinione più che consolidata in dottrina e in giurisprudenza<sup>6</sup>, supportata dal dato testuale della norma. Infatti, l'art. 2110 c.c. vieta il recesso durante il periodo di comporto, ma in relazione all'art. 2118 c.c., ossia in deroga al principio della libera recedibilità (con preavviso) nel contratto di lavoro a tempo indeterminato. Si può, quindi, ritenere che la facoltà di recesso per giusta causa prevalga anche durante il periodo di comporto, non essendovi alcuna deroga alla disciplina posta dall'art. 2119 c.c.

Del resto, non vi è dubbio che permangano – a carico del lavoratore – gli obblighi di diligenza e fedeltà, i quali possono essere materialmente violati pur in pendenza dello stato di malattia. Ad esempio, comportamenti come la divulgazione del segreto aziendale non presuppongono la concreta esecuzione della prestazione lavorativa, potendo essere realizzati anche nei periodi di sospensione del rapporto, ovvero prima della sopravvenuta malattia del lavoratore (per poi essere scoperti/accertati dal datore di lavoro durante l'assenza per malattia). Tra i comportamenti illeciti vi sono, poi, quelli che addirittura fanno cadere il presupposto del divieto, allorquando contribuiscano a dimostrare l'insussistenza dello stato di malattia oppure pregiudichino (o, anche solo, rallentino) la guarigione: è il caso dello svolgimento di altra attività da parte del dipendente durante l'assenza per malattia<sup>7</sup>.

Oltre che valido, il licenziamento per giusta causa durante il periodo di comporto è anche immediatamente efficace, sempre in ragione dell'art. 2119 c.c., ossia proprio perché il fatto sottostante – per

---

<sup>5</sup> Corte cost. 31.5.1996, n. 172, in *Lav. giur.*, 1996, p. 848, nt. GOTTARDI, *Lavoratrici in prova in stato di gravidanza e licenziamento*.

<sup>6</sup> Per alcuni riferimenti, v. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU-MESSINEO-MENCONI, Milano, 2003, tomo III, p. 73, nt. 143.

<sup>7</sup> Sul punto, v. RENZI, *Le ipotesi tipiche di sospensione: la malattia*, in *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di CESTER, in *Diritto del lavoro. Commentario* a cura di F. CARINCI, Torino, 2007, II, \*\*, pp. 1667-1672.

definizione – non consente la prosecuzione, neppure provvisoria, del rapporto di lavoro<sup>8</sup>.

Alla fattispecie della giusta causa si sono aggiunte quelle della cessazione totale dell'attività dell'impresa e della scadenza del termine apposto al contratto di lavoro, dando vita ad un "parallelismo pressoché totale" con le tre eccezioni – storicamente poste – al divieto di licenziamento della lavoratrice madre<sup>9</sup>.

Resta fuori la quarta eccezione, quella relativa all'esito negativo della prova, che non può essere estesa – *sic et simpliciter* – alla fattispecie della malattia, per la semplice ragione che, mentre la maternità non impedisce l'esecuzione della prestazione lavorativa (al di fuori dei periodi di astensione obbligatoria o facoltativa), la malattia presuppone l'assenza del lavoratore e – quindi – l'impossibilità materiale di valutarne capacità lavorativa ed attitudini professionali, tant'è vero che la giurisprudenza<sup>10</sup> – e, in alcune categorie, anche la contrattazione collettiva (pur con alcuni correttivi volti a delimitare la portata della sospensione)<sup>11</sup> – prevedono che la malattia interrompa il decorso del periodo di prova. Tale conclusione appare coerente con la valorizzazione dell'obbligo – a carico di entrambe le parti – di rendere possibile "l'esperimento che forma oggetto del patto di prova" (art. 2096, 2° comma, c.c.): in tale prospettiva, infatti, "il sopravvenire della malattia appare come un fatto in grado di pregiudicare la funzione del patto di prova"<sup>12</sup>.

## **2. La determinazione del limite oltre il quale la morbilità si fa eccessiva.**

L'art. 2110 c.c. non determina neppure la durata del periodo di conservazione del posto per malattia, ossia di necessaria tolleranza dell'assenza del lavoratore, lasciando tale compito alla legge, alle norme corporative, agli usi o all'equità.

---

<sup>8</sup> Cfr. Cass. 2.9.2002, n. 14074, nt. SANTINI, *Licenziamento per giusta causa: immediatezza del recesso ed efficacia durante il periodo di comporto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 394.

<sup>9</sup> DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità servizio militare*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da SCHLESINGER, Milano, 1992, p. 372.

<sup>10</sup> V., fra le tante, Cass. 10.10.2006, n. 21698, in *Lav. giur.*, 2006, p. 412; Cass. 24.10.1996, n. 9304, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 795; Cass. 18.11.1995, n. 11934, in *Dir. prat. lav.*, 2008, p. 1755; Cass. 1.12.1992, n. 12814, in *Foro it.*, 1993, I, c. 805.

<sup>11</sup> V., ad esempio, art. 5, CCNL Logistica, Trasporto, Merci e Spedizione 29.1.2005; art. 31 CCNL Tessili 9.7.2010; art. 2, sez. IV, CCNL Metalmeccanici 20.1.2008; art. 15 CCNL Ferrovie 16.4.2003; art. 8 CCNL Farmacie private 26.5.2009; art. 2 CCNL Imprese edili 20.5.2004.

<sup>12</sup> PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, p. 340. In giurisprudenza, v. la recentissima Cass. 4.3.2015, n. 4347, inedita.

Originariamente, i contratti collettivi si limitavano a fissare un periodo temporale continuativo (espresso in mesi o in giorni) nel quale operava il divieto di licenziamento, ossia un periodo di comportamento cosiddetto *secco*, generalmente commisurato all'anzianità di servizio del lavoratore.

Nel tempo, però, è maturata l'esigenza di individuare la disciplina applicabile ad un insieme di assenze, le quali - prese singolarmente - non siano in grado di far maturare il periodo di comportamento secco. Il problema si è acuito a causa dell'accentuazione del tasso di morbidità frazionata, ossia diluita nel tempo attraverso la reiterazione di assenze numerose e distanziate da brevi intervalli lavorativi. Si è diffuso il termine 'assenteismo', collegato alla malattia del lavoratore ma in un'accezione evidentemente negativa: la morbidità frazionata in una pluralità di eventi morbosi (o di ricadute del medesimo evento) è valutata con sospetto, nella convinzione che in una certa (e difficilmente quantificabile) misura, tale fenomeno nasconda un abuso del ricorso all'assenza per malattia, la quale finisce per essere coperta da compiacenti certificazioni sanitarie.

Diversi fattori, giuridici ed extragiuridici, hanno concorso ad alimentare l'incertezza di operatori e interpreti. Sul piano giuridico, il fattore principale è costituito dall'entrata in vigore della limitazione legale alla facoltà di licenziamento (L. n. 604/1966): prima di allora, infatti, lo strumento per contrastare la morbidità (reputata) eccessiva era - molto semplicemente - il licenziamento *ad nutum*, intimato durante gli intervalli lavorati fra un periodo di comportamento e l'altro, allorquando si (ri)espandeva la libertà di recesso.

Ha giocato la sua parte anche il divieto di accertamenti sanitari mediante il medico di fiducia dell'imprenditore, sancito dall'art. 5 dello Statuto dei lavoratori, ovviamente non perché non si tratti di una sacrosanta misura di civiltà giuridica, ma perché essa ha dovuto scontare le inefficienze dell'apparato pubblico di controllo delle malattie dei lavoratori.

Infine, sul piano dei comportamenti materiali, non si può nascondere un certo uso dell'assenza per malattia come manifestazione di conflittualità individuale (ossia come reazione a comportamenti e/o provvedimenti datoriali reputati ingiusti o semplicemente sgraditi), ma soprattutto collettiva (vale a dire come surrogato dello sciopero). Di fronte ad uno 'stillicidio' di assenze per malattia, ciascuna delle quali magari puntualmente cessanti a ridosso della scadenza del periodo di comportamento (*secco*), nel dibattito giuridico si parlò - più asetticamente - di 'eccessiva morbidità', proprio per evitarne una implicita valutazione negativa, in termini di comportamento fraudolento del lavoratore.

Anche in una prospettiva depurata dal sospetto che la morbilità reiterata potesse nascondere abusi, emerse – progressivamente – l'esigenza di determinare il periodo di conservazione del posto in termini *complessivi*, vale a dire prendendo in considerazione tutte le assenze per malattia verificatesi in un determinato arco temporale, anche se intervallate da periodi (più o meno lunghi) di presenza al lavoro.

A questa seconda modalità di determinazione del comportamento, detta *per sommatoria*, si è giunti nel tempo, attraverso la contrattazione collettiva, che si è munita di espressa clausola in tal senso, per la verità preceduta, stimolata o - quantomeno - accompagnata dalla giurisprudenza.

Inizialmente, la problematica delle assenze reiterate del lavoratore, dovute a malattia, fu ricondotta nell'alveo della disciplina limitativa dei licenziamenti, ovvero della normativa generale in tema di impossibilità sopravvenuta, ritenendola estranea alla fattispecie contemplata dall'art. 2110 c.c.

Un orientamento giurisprudenziale, "pressoché insignificante ed ininfluenza"<sup>13</sup> (e mai approdato in sede di legittimità), provò a leggere l'eccessiva morbilità in termini di inadempimento contrattuale (imputabile al lavoratore), riconducendola - quindi - alla giusta causa ovvero al giustificato motivo soggettivo, pur nella evidenza assenza dell'elemento soggettivo, indispensabile ai fini della configurazione dell'illecito contrattuale. In quest'ottica, si evocò la nozione di scarso rendimento, sotto forma di mancato raggiungimento di determinati risultati produttivi (causato dalle ripetute assenze), trascurando – però – che tale nozione presuppone la possibilità di adempiere, mentre il lavoratore ammalato ha diritto a non eseguire la prestazione lavorativa, senza che ciò possa influire sulla valutazione del suo operato (pena la mortificazione della tutela approntata dall'art. 2110). In caso di malattia, insomma, si può parlare di insufficiente rendimento non in senso giuridico, ma solo 'fattuale' (posto che la prestazione lavorativa non è stata materialmente eseguita in ragione dello stato morboso) e quindi ricorrere a tale parametro per sanzionare la morbilità reiterata significa elevare a criterio di valutazione della prestazione successiva il fatto stesso della assenza per malattia<sup>14</sup>.

Ben più significativo e consolidato è stato, in passato, l'orientamento secondo cui le reiterate assenze dal lavoro per malattia – anche prima della scadenza del periodo di comportamento – sarebbero in grado di costituire giustificato motivo oggettivo, ovvero di legittimare la risoluzione contrattuale per impossibilità sopravvenuta della prestazione,

---

<sup>13</sup> MAZZOTTA, *I licenziamenti. Commentario*, Milano, 1992, p. 291, ivi riferimenti.

<sup>14</sup> Cfr. NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980, pp. 356-357.

ai sensi della normativa civilistica generale (di cui - come si legge in alcune sentenze - la disciplina del g.m.o. sarebbe una sorta di specificazione). Si presupponeva, quindi, che la morbilità c.d. 'eccessiva' giustificasse il recesso datoriale, per le conseguenze obiettive che essa è in grado di determinare, o sul piano del regolare funzionamento dell'organizzazione produttiva oppure sulla aspettativa nei futuri adempimenti.

Naturalmente, ciò apriva le porte ad un'indagine sui contorni della fattispecie legittimante il licenziamento: occorreva appurare quando la morbilità, frazionata in assenze plurime, si ripercuotesse sull'organizzazione produttiva in modo da integrare gli estremi richiesti dall'art. 3, L. n. 604/1966, posto che qualsiasi assenza per malattia, anche breve e non ripetuta, è sempre in grado di produrre un certo disagio al datore di lavoro. I parametri per compiere tale valutazione sono stati, inevitabilmente, vari e vaghi: durata temporale delle singole assenze, ritmo frazionato e irregolare delle stesse, natura delle malattie e valutazione prognostica della loro evoluzione, dimensioni dell'azienda, grado di fungibilità delle mansioni dell'assente, ecc.<sup>15</sup>.

Per superare questa tesi fu necessario scardinarne il presupposto (evidente anche quando non esplicitato), ossia l'idea che l'art. 2110 c.c. si riferisca soltanto alla malattia continuata e in atto al momento del licenziamento. La svolta avvenne con il noto trittico di sentenze della Cassazione a Sezioni Unite nn. 2072, 2073 e 2074 del 29 marzo 1980<sup>16</sup>, ove si respinse - ai fini della delimitazione del campo di applicazione della predetta norma - una nozione di malattia "normale" o "statisticamente media", volta ad escludere la morbilità discontinua ed irregolare, perché una tale nozione "finirebbe per basarsi proprio su quegli effetti della malattia che, in base alla definizione da essi attinta, dovrebbero poi essere disciplinati, con palese inversione logica". *Mutatis mutandis*, il ragionamento sembra ricordare la nota (e, curiosamente, coeva) operazione concettuale compiuta dalla stessa Cassazione a proposito dello sciopero, allorquando fu ripudiata la cosiddetta tecnica definitoria, proprio perché reputata arbitrariamente protesa ad escludere forme di sciopero, in passato giudicate anomale, ossia estranee ad un concetto 'normale' di sciopero<sup>17</sup>.

Così definito il campo di applicazione della norma codicistica, la specialità della stessa sbarrò il campo alla disciplina generale del

---

<sup>15</sup> Per un'ampia disamina di tale orientamento, si può rinviare a DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 256 ss.

<sup>16</sup> Rispettivamente in *Foro it.*, 1980, I, c. 936, *Riv. giur. lav.*, 1980, II, p. 929 e *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 419.

<sup>17</sup> Cass. S.U. 30.1.1980, n. 711, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 176.

licenziamento e a quella civilistica in tema di impossibilità sopravvenuta, negando ogni rilevanza (sul piano soggettivo ed oggettivo) alle difficoltà determinate all'organizzazione produttiva dall'assenza per malattia, limitatamente al periodo protetto.

A questo punto, restava solo da capire come rendere operativa tale acquisizione concettuale sul piano della concreta tutela da garantire al lavoratore: la presenza di una clausola di sommatoria (che la stessa Cassazione esortò ad inserire all'interno dei contratti collettivi) diventò una conseguenza necessaria della norma, in assenza della quale la lacuna negoziale è destinata ad essere colmata dall'intervento equitativo del giudice, nel rispetto dell'ordine delle fonti indicato dall'art. 2110 c.c.

All'orientamento delle Sezioni Unite la successiva giurisprudenza si è subito uniformata. Anche la dottrina, dopo una prima raffica di critiche<sup>18</sup>, è giunta ad accettarlo, apprezzandone - peraltro - il contributo da esso fornito alla certezza del diritto.

Ebbene, a distanza di oltre trenta anni da quella svolta, la Cassazione è tornata a qualificare l'eccessiva morbilità, anche in caso di mancato superamento del periodo di comportamento, come giustificato motivo oggettivo di licenziamento, ove provochi un pregiudizio alla funzionalità produttiva<sup>19</sup>. Il ripensamento non è accompagnato da alcun argomento inedito rispetto al dibattito anteriore alle tre sentenze del 1980: anzi, i giudici di legittimità si avvitano in un'improbabile slalom tra eccessiva morbilità e scarso rendimento, alla fine del quale non si comprende neppure se la motivazione addotta a sostegno del licenziamento sia da essi considerata di natura oggettiva o soggettiva.

### **3. In cerca di una sanzione: il licenziamento durante il periodo di comportamento.**

Nell'art. 2110 c.c. manca pure ogni riferimento alle conseguenze del licenziamento intimato durante il periodo protetto.

Nel caso della maternità il vuoto è stato colmato a partire dalla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 2, L. n. 1204/1971, nella parte in cui prevede(va) "la temporanea inefficacia anziché la nullità del licenziamento intimato alla donna lavoratrice nel periodo di gestazione e di puerperio"<sup>20</sup>, in ragione della peculiare "condizione in cui si trova la

---

<sup>18</sup> Per un quadro delle resistenze dottrinali e giurisprudenziali all'orientamento delle S.U., v. DEL PUNTA, *op. cit.*, pp. 301-306.

<sup>19</sup> Cass. 4.9.2014, n. 18678, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, p. 969, nt. LAMA, *Trent'anni dopo le Sezioni Unite: la Cassazione riesuma l'eccessiva morbilità come giustificato motivo di licenziamento* e in *Lav. giur.*, 2015, p. 40, nt. GRAGNOLI, *Il licenziamento per scarso rendimento e il giustificato motivo oggettivo*.

<sup>20</sup> Corte cost. 8.2.1991, n. 61, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, p. 264.

donna nel periodo di gravidanza e in quello di puerperio". La nullità del licenziamento della lavoratrice madre fu poi recepita in legge a distanza di un decennio dalla pronuncia della Consulta ed estesa alle altre fattispecie menzionate dall'art. 54, D.lgs. n. 151/2001 (congedi parentali, congedo di paternità, ecc.), per poi essere confermata al momento della riscrittura dell'art. 18 Stat. lav. operata dalla L. n. 92/2012.

Di contro, il recesso intimato al lavoratore ammalato in pendenza del periodo protetto è sempre stato considerato valido, ma temporaneamente inefficace fino alla scadenza del termine di comporto ovvero alla cessazione dello stato di malattia (se precedente)<sup>21</sup>: evidentemente, si ritiene che quest'ultimo non determini la necessità di protezione del turbamento psicologico sulla quale è fondato il regime di nullità del licenziamento intimato durante la gravidanza.

L'ingresso della regola di giustificazione del licenziamento (art. 1, L. n. 604/1966) non ha mutato tale conclusione, almeno secondo l'opinione comune anche se non proprio unanime<sup>22</sup>, non essendo stato accompagnato da uno specifico regime sanzionatorio dedicato al licenziamento del lavoratore ammalato.

Neppure allorquando ha espressamente regolato – accorpandoli – i casi di nullità del licenziamento (art. 18, 1° comma, Stat. lav., nel nuovo testo introdotto dalla legge Fornero), il legislatore ha inteso assegnare alla fattispecie del recesso durante il periodo di comporto lo scudo della nullità (viceversa, previsto nel caso della maternità/paternità).

Anzi, il legislatore del 2012 ha confermato la diversa considerazione con cui valuta la maternità/paternità, da un lato, e la malattia, dall'altro. Infatti, in caso di licenziamento intimato all'esito di un procedimento disciplinare ovvero all'esito della nuova procedura di conciliazione preventiva ex art. 7, L. n. 604/1966 (introdotta dall'art. 1, 40° comma, L. n. 92/2012, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo), l'effetto del recesso è sospeso nei casi regolati dalla normativa a tutela della genitorialità ovvero in caso di impedimento derivante da infortunio sul lavoro, ma non anche in caso di malattia (evidentemente reputata come un potenziale strumento utilizzabile dal lavoratore al solo fine di procrastinare pretestuosamente la permanenza del rapporto di lavoro).

---

<sup>21</sup> L'affermazione, rintracciabile già in F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1965, p. 200, compariva nella giurisprudenza anteriore: v. la rassegna di RICCI, *La malattia del lavoratore subordinato e i suoi effetti nei rapporti di lavoro (1943-1963)*, in *Mass. giur. lav.*, 1964, p. 272 ss.

<sup>22</sup> Per un riepilogo del dibattito, v. ICHINO, *op. cit.*, p. 71; TATARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Padova, 2002, p. 7; SANTUCCI, *Le cause sospensive della prestazione di lavoro*, Torino, 1993, pp. 36-37; DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 368.

È pur vero che l'art. 18, 7° comma (come modificato dall'art. 1, 42° comma, L. n. 92/2012), individua espressamente (attraverso il rinvio al 4° comma) la tutela applicabile in caso di licenziamento intimato "in violazione" dell'art. 2110, 2° comma, c.c. (nonché in caso di licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore), vale a dire la reintegrazione necessaria, ma attenuata nelle sue conseguenze economiche (ossia limitata a dodici mensilità ed espressamente sottoposta alla deducibilità dell'*aliunde perceptum* e dell'*aliunde percipiendum*).

Certo, l'espressione è ambigua, ma non basta a scardinare una soluzione interpretativa ormai consolidata da decenni.

Infatti, c'è da supporre che il licenziamento "in violazione" dell'art. 2110, a cui fa riferimento il novellato art. 18 Stat. lav., sia quello intimato, non *durante*, ma *a causa* della (assenza per) malattia, ossia in ragione dell'asserito superamento del periodo di comporto, che non è stato – in realtà – superato<sup>23</sup>.

Se il consapevole e volontario spregio del divieto legale è un'ipotesi marginale (ma non da escludere), non è infrequente che il datore di lavoro incorra in un errore materiale di calcolo, oppure operi un inquadramento giuridicamente inesatto di giornate d'assenza che non sarebbero computabili nel periodo di malattia (ferie, infortunio, malattia causata dal datore, ecc.). In entrambi i casi si realizza un contrasto *diretto* con il precetto dell'art. 2110, poiché lo stato di malattia costituisce l'unico presupposto del licenziamento: si comprende, allora, perché quest'ultimo è stato considerato nullo per violazione di norma imperativa, con conseguente applicabilità della tutela reale, in virtù della sua nota forza espansiva<sup>24</sup>.

A questo punto, è facile osservare che l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata, in luogo del regime della nullità, abbia "ridotto

---

<sup>23</sup> Così, FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, a cura di MAGNANI-TIRABOSCHI, Milano, 2012, p. 268; CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 574; SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, a cura di CHIECO, Bari, 2013, p. 338). Viceversa, secondo CASALE, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, p. 404, la norma si riferisce anche al "licenziamento intimato durante il comporto di malattia per un giustificato motivo estraneo ad esso".

<sup>24</sup> DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 366, nonché PANDOLFO, *op. cit.*, p. 213. Per la giurisprudenza, v. Cass. 26.10.1999, n. 12031, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 61, nt. FIGURATI, *Questioni in tema di licenziamento individuale durante la malattia: la richiesta di ferie interrompe il comporto?*; Cass. 21.9.1991, n. 9869, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, p. 1030, nt. BERGIANTI, *Il superamento del cosiddetto periodo di comporto come unico motivo di licenziamento*.

la gravità" del licenziamento intimato per erroneo computo del comportamento<sup>25</sup>. Conseguentemente, si genera una paradossale (e irragionevole) disparità di trattamento, posto che nell'area della tutela obbligatoria, tale licenziamento continua ad essere qualificabile come nullo (per violazione di norma imperativa ex art. 1418 c.c., in assenza di espressa previsione contraria), dando luogo a conseguenze sanzionatorie più pesanti (perché non opera la limitazione indennitaria) rispetto a quelle attualmente previste nell'area della tutela reale<sup>26</sup>.

La contraddizione non mi pare sanabile ed è una delle conseguenze della frantumazione della tutela reale in una pluralità di regimi, alcuni dei quali collocati al di sotto dell'asticella protettiva derivante dalla nullità di diritto comune.

Il discorso si complica ulteriormente a seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 23/2015, nel quale il legislatore omette ogni riferimento al binomio licenziamento e malattia.

Infatti, la disciplina del licenziamento viene estesa alle "ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68", senza alcun richiamo all'art. 2110 c.c. e alla sua violazione. Per riempire questo ulteriore silenzio normativo, si potrebbe ricondurre la violazione dell'art. 2110 alla fattispecie regolata dalla nuova disposizione, accostando la malattia alla disabilità e considerando meramente esemplificativo il richiamo alle norme della L. n. 68/1999 (per effetto della parola "anche")<sup>27</sup>.

Personalmente, ritengo che il legislatore del 2015 non potesse non aver chiara la distinzione tra disabilità e malattia, del resto presente già nella novella dell'art. 18 introdotta dalla legge Fornero. Né credo che possa bastare la parola "anche": a mio avviso, il carattere esemplificativo insito in tale espressione si esplica con riferimento (anche) a quei "soggetti non assunti come disabili, ma, si badi, pur sempre nell'ambito di una idoneità fisica o psichica"<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> CASALE, *op. cit.*, p. 405.

<sup>26</sup> ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in WP CSDLE Massimo D'Antona.IT, n. 160/2012, p. 12.

<sup>27</sup> È la tesi di MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP CSDLE Massimo D'Antona.IT, n. 236/2015, p. 21. Anche BARRACO, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *Lav. giur.*, 2015, p. 132, riconduce, "pur non senza qualche difficoltà" (stante la specialità dell'art. 2110 c.c.), il recesso per (mancato) superamento del periodo di comporta al regime sanzionatorio applicabile al licenziamento ingiustificato per carenza di giustificato motivo oggettivo.

<sup>28</sup> Così CESTER, *op. cit.*, p. 574, con riferimento al nuovo testo dell'art. 18 Stat. lav.

In alternativa a questa tesi, non c'è che da tornare ... al silenzio. Il legislatore ha scelto di non regolare il licenziamento per malattia, consegnandolo all'interprete. E l'interprete deve scegliere: o applica ai neo-assunti l'art. 18 Stat. lav., in quanto norma più prossima alla fattispecie da regolare, con la conseguenza di avallare un trattamento inferiore rispetto a quello valevole al di fuori del campo di applicazione della norma statutaria (per la ragione sopra esposta), oppure – con uno scatto di reni – richiama in campo il regime civilistico della nullità, con la conseguenza (ancor più paradossale, se si pensa all'intera ratio del *Jobs Act*), di trattare in senso più favorevole proprio i lavoratori neo-assunti rispetto a quanto previsto dall'art. 18 Stat. lav.

Per ciò che concerne l'impugnazione del licenziamento intimato durante il periodo di comporta, un tradizionale orientamento giurisprudenziale nega che il termine di decadenza ex art. 6, L. 604/1966 subisca alcuna sospensione<sup>29</sup>. L'affermazione è temperata da chi distingue tra l'impugnativa volta a far dichiarare l'illegittimità del licenziamento per mancato superamento del periodo di comporta e quella volta a far dichiarare l'inefficacia temporanea del recesso motivato per cause diverse dallo stato di malattia: nel primo caso, il termine decorrerebbe dall'intimazione del licenziamento, mentre nel secondo resterebbe sospeso<sup>30</sup>. Più di recente, la Cassazione si è pronunciata nel senso della inapplicabilità *tout court* del termine di impugnativa, proprio in ragione della specialità del licenziamento per superamento del periodo di comporta<sup>31</sup>.

La questione deve essere ripensata alla luce delle modifiche introdotte dall'art. 32, L. n. 183/2010, in quanto entrambi i termini di impugnativa – quello (di 60 giorni) per l'impugnativa stragiudiziale, decorrente dalla ricezione della comunicazione scritta del licenziamento, o dei suoi motivi – e il "successivo" termine (di 270 giorni) per l'impugnativa giudiziale, sono resi applicabili "anche a tutti i casi di invalidità del licenziamento" (2° comma).

---

<sup>29</sup> Cass. 24.3.2014, n. 6845, inedita; Cass. 2.7.1988, n. 4394, in *Notiz. giur. lav.*, 1988, p. 524; Cass. 15.5.1984, n. 2966, ivi, 1984, p. 597; Cass. 29.6.1981, n. 4225, ivi, 1982, p. 248.

<sup>30</sup> È la tesi di DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 373, già sostenuta - in giurisprudenza - da Trib. Milano 20.5.1980, in *Notiz. giur. lav.*, 1980, p. 596.

<sup>31</sup> Cass. 28.1.2010, n. 1861, in *Lav. giur.*, 2010, p. 462, nt. MANNACIO, *Licenziamento per superamento del periodo di comporta e L. 15 luglio 1966, n. 604* e in *Dir. rel. ind.*, 2010, p. 477, nt. CORTI, *Il termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento non si applica in caso di superamento del periodo di comporta. La Cassazione non anticipa il legislatore*; Cass. 19.7.2012, n. 12499, in *Dir. prat. lav.*, 2012, p. 2529, nt. SERVIDIO, *Superamento del periodo di comporta e licenziamento*.

Interpretando in senso onnicomprensivo la nozione di 'invalidità', si potrebbe ad essa ricondurre anche l'inefficacia del licenziamento intimato durante il periodo di comporto, confermando, quindi, la decorrenza del termine di impugnazione in pendenza di quest'ultimo. È pur vero, però, che la decorrenza di tale termine durante la malattia determina un certo grado di compressione delle esigenze di cura del lavoratore, in caso di malattie temporalmente contenute, ma intense quanto a gravità, posto che il lavoratore che versi in tale stato deve attivarsi (prima in sede stragiudiziale e poi in sede giudiziale) per impugnare il licenziamento, entro un arco temporale che può risultare addirittura inferiore al periodo di comporto.

Anche su questo punto, il peso dei (vecchi e nuovi) silenzi legislativi in tema di licenziamento e malattia è fin troppo evidente. Insomma, la verità è che all'art. 2110 c.c. si continua a chiedere il faticoso sforzo di supplire "all'assenza, nel nostro ordinamento, di una fattispecie generale di licenziamento radicato nella persona del lavoratore, da affiancare al giustificato motivo soggettivo e oggettivo"<sup>32</sup>.

#### **4. La specialità del licenziamento per superamento del periodo di comporto.**

Tra i silenzi del legislatore v'è da registrare che alla scadenza del periodo di comporto l'art. 2110 c.c. non collega l'effetto dell'automatica risoluzione del rapporto, rendendo necessaria una dichiarazione formale di recesso. L'estinzione del rapporto non è, dunque, imposta dalla legge, ma è rimessa ad una libera scelta del datore di lavoro, peraltro nei termini in cui questa non sia compressa dal riconoscimento – da parte della contrattazione collettiva – di un vero e proprio diritto del lavoratore a fruire di un ulteriore periodo di conservazione del posto, sotto forma di aspettativa non retribuita, la quale si configura come un (ulteriore) limite – questa volta di origine negoziale – alla facoltà di recesso del datore di lavoro<sup>33</sup>.

L'entrata in vigore della L. 604/1966 ha indotto a chiedersi se, al di fuori dell'area (divenuta residuale) di operatività del recesso *ad nutum*, il licenziamento successivo alla scadenza del periodo di comporto debba soggiacere al vincolo della necessaria giustificazione.

La soluzione affermativa a tale quesito ha mosso dall'idea che la maturazione del periodo di comporto abbia l'effetto di rimuovere il divieto di recesso, ma non anche di autorizzarlo *sic et simpliciter*. In quest'ottica,

---

<sup>32</sup> CORTI, *op. cit.*, p. 477.

<sup>33</sup> Sulla fruizione dell'aspettativa al fine di evitare il licenziamento per superamento del periodo di comporto, v., di recente, Cass. 10.12.2012, n. 22392, in *Lav. giur.*, 2013, p. 196; Cass. 16.3.2012, n. 4261, in *Dir. prat. lav.*, 2012, p. 2368.

l'art. 2110 sarebbe una norma *agnostica* rispetto alle conseguenze del recesso intimato dopo lo spirare del termine di comporto, il quale rimarrebbe consegnato alle normali regole in tema di licenziamento<sup>34</sup>.

Come è noto, si è imposta – a partire dal già citato intervento delle Sezioni Unite della Cassazione nel 1980 – l'opposta convinzione che la fine del periodo di comporto sia, di per sé, sufficiente a legittimare il licenziamento del lavoratore, senza bisogno di alcuna giustificazione aggiuntiva.

In sostanza, pur non potendo sapere "come l'art. 2110 si sarebbe regolato se avesse dovuto rapportarsi ad una disciplina limitativa del recesso", si è scelto di far parlare il suo silenzio, caricando la norma del compito di determinare, "contemporaneamente alle condizioni della sospensione, quelle della legittima estinzione del rapporto"<sup>35</sup>.

L'opzione che scorge nel licenziamento per superamento del periodo di comporto "un'autonoma ipotesi di recesso"<sup>36</sup> appare avvalorata da due recenti previsioni normative.

La prima è contenuta nell'art. 1, 42° comma, L. n. 92/2012, il quale – novellando l'art. 18 Stat. lav. – tratta il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 c.c. come un'ipotesi distinta dal licenziamento carente di giustificato motivo oggettivo (come si evince dal termine "ovvero").

La seconda è contenuta nell'art. 7, 4° comma, D.l. n. 76/2013 (convertito in L. n. 99/2013), il quale – novellando l'art. 7, 6° comma, L. n. 604/1966 – esclude "il licenziamento per superamento del periodo di comporto" dal campo di applicazione della già richiamata procedura di conciliazione preventiva ex art. 1, 40° comma, L. n. 92/2012.

Posto che, generalmente, il superamento del periodo di comporto è considerato sufficiente a legittimare il licenziamento, ciò non vale allorché la sopravvenienza della malattia sia imputabile al datore di lavoro. Secondo la giurisprudenza, infatti, le assenze del lavoratore per malattia non ne giustificano il licenziamento, ove l'infermità sia, comunque imputabile a responsabilità dello stesso datore di lavoro, "in dipendenza della nocività delle mansioni o dell'ambiente di lavoro, che abbia omesso di prevenire o eliminare, in violazione dell'obbligo di sicurezza (art. 2087 c.c.) o di specifiche norme", fermo restando che è

---

<sup>34</sup> Sull'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che qualificava l'eccessiva morbilità come giustificato motivo oggettivo di licenziamento, si può utilmente rinviare all'ampia trattazione di DEL PUNTA, *op. cit.*, pp. 256-277.

<sup>35</sup> DEL PUNTA, *op. cit.*, pp. 378-379.

<sup>36</sup> CALCATERRA, *op. cit.*, p. 121, ivi riferimenti giurisprudenziali, a cui *adde* Cass. 31.1.2012, n. 1404, in *Lav. giur.*, 2012, p. 689, nt. IARUSSI, *Licenziamento per malattia: l'art. 2110 c.c. prevale sulla disciplina dei licenziamenti e sulla risoluzione ex art. 1464 c.c.*; Cass. 20.5.2013, n. 12233, ivi, 2013, p. 845.

onere del lavoratore "provare il collegamento causale tra la malattia che ha determinato l'assenza [...] e le mansioni espletate"<sup>37</sup>.

Al di fuori dell'area della giustificazione, occorre verificare se il recesso per superamento del periodo di comporto sia assoggettabile alla disciplina generale dei licenziamenti.

Tanto per cominciare, è certamente necessaria la comunicazione in forma scritta, con contestuale indicazione dei motivi, come prescrive il novellato (ex art. 1, 37° comma, L. 92/2012) testo dell'art. 2, 2° comma, L. 604/1966. Si tratta dei motivi che hanno determinato il recesso (così come si esprime la citata disposizione di legge), che – nel nostro caso – coincideranno con il superamento del periodo di comporto, una motivazione ovviamente non sostituibile da altre (e non sostituibile ad altre), stante il generale principio (di derivazione giurisprudenziale) della immutabilità dei motivi del licenziamento.

Posto che l'indicazione dei motivi non deve essere generica o di stile, ma deve rispondere ai necessari requisiti di specificità, completezza ed analiticità, il datore di lavoro non può limitarsi a menzionare il mero dato del superamento del periodo di comporto. Non è chiaro, però, se occorra – da parte sua – un'indicazione precisa e dettagliata delle giornate di assenze per malattia o se sia sufficiente riportare il loro numero complessivo (fermo restando il successivo onere probatorio in sede giudiziaria)<sup>38</sup>. Per il lavoratore l'accertamento del superamento del termine di comporto (soprattutto se frazionato) può non apparire di immediata evidenza, tenuto conto anche delle particolari situazioni previste dai contratti collettivi ai fini del relativo computo (si pensi, ad esempio, al prolungamento del comporto in presenza di un unico evento morboso o di periodi di ricovero), e delle incertezze giurisprudenziali in ordine ai criteri di determinazione del periodo protetto (valga per tutti l'esempio della computabilità o meno dei giorni intermedi non lavorativi).

La stessa considerazione deve aver indotto una giurisprudenza minoritaria a sostenere che il datore di lavoro, a pena di illegittimità del

---

<sup>37</sup> Cass. 7.4.2011, n. 7946, in *Arg. dir. lav.*, 2011, II, p. 1061, nt. FERRUGGIA, *Licenziamento per superamento del comporto: il dibattito sul tema e le implicazioni sul potere di recesso ad nutum ex art. 2110 Cod. Civ. in ipotesi di violazione datoriale dell'obbligo di sicurezza*; in senso conforme, tra le altre, Cass. 19.1.2002, n. 572, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 855.

<sup>38</sup> Sul punto, cfr. Cass. 5.4.2013, n. 8440, in *Lav. giur.*, 2013, p. 614; Cass. 13.7.2010, n. 16421, in *Diritto e Giustizia*, 2010, p. 383; Cass. 3.8.2004, n. 14873, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 399, nt. STOLFA, *Licenziamento per superamento del periodo di comporto e regole formali di cui l. n. 604/1966: il cerchio si chiude*; Cass. 13.12.1999, n. 13992, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 688; nt. CATTANI, *Sulla distribuzione dell'onere probatorio nel licenziamento per superamento del periodo di comporto*; Cass. 24.1.1997, n. 716, ivi, 1998, II, p. 129, nt. MARRA, *Sulla necessità di motivazione del licenziamento per superamento del periodo di comporto per malattia*.

licenziamento, sia tenuto a informare preventivamente il lavoratore dell'imminente scadenza del periodo di comporto, in applicazione dei canoni di correttezza e buona fede: ciò al fine di consentire al lavoratore di valutare la possibilità di richiedere la fruizione dell'aspettativa non retribuita (ovviamente, ove prevista dal relativo contratto collettivo)<sup>39</sup>.

Naturalmente, non avendo natura disciplinare, il licenziamento per superamento del periodo di comporto non soggiace ai vincoli procedurali di cui all'art. 7, Stat. lav.

Una problematica che si pone in termini particolare per questo genere di licenziamento è quella della tempestività rispetto al momento in cui si perfeziona la causale di recesso, ossia la scadenza del periodo di comporto. Proprio perché non si tratta di una sanzione disciplinare, non è in gioco l'esigenza di assicurare all'incolpato la pienezza del diritto di difesa e, quindi, la prossimità della contestazione ai fatti.

A tal proposito, occorre distinguere tra la situazione in cui il lavoratore sia licenziato prima del suo rientro al lavoro, e quella in cui egli sia licenziato quando è già rientrato al lavoro, perché ormai guarito.

Nel primo caso, non si possono ammettere contestazioni sulla tempestività, in quanto "la tardività non è ipotizzabile finché perdura l'assenza dal lavoro"<sup>40</sup>. Infatti, scaduto il periodo di comporto, il datore di lavoro non è certo obbligato a procedere al licenziamento, potendo scegliere di attendere che il lavoratore guarisca e riservandosi di recedere in un secondo momento, senza che si possa automaticamente desumere "la rinuncia alla facoltà di recesso dal non esercizio immediato di tale facoltà alla scadenza del comporto"<sup>41</sup>.

Nel secondo caso, invece, si pone un problema di tempestività del licenziamento, in quanto il mancato esercizio della facoltà di recesso nei confronti del lavoratore ormai guarito e rientrato al lavoro, ben può essere interpretata come tacita rinuncia alla medesima. Indubbiamente, poi, vi è un'esigenza di tutela dell'affidamento, nel senso che il lavoratore non può essere esposto indefinitamente al rischio di essere licenziamento per superamento del periodo di comporto.

La giurisprudenza ha assunto una posizione compromissoria, sostenendo che l'esigenza di tempestività deve essere temperata con un ragionevole *spatium deliberandi* che va riconosciuto al datore di lavoro perché egli possa convenientemente valutare nel suo complesso la

---

<sup>39</sup> Trib. Milano 21.5.2005, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, p. 887, nt. BORDONE, *Scadenza del periodo di comporto, diritto alla aspettativa ed esecuzione del contratto secondo correttezza e buona fede*; Pret. Milano 23.3.1993, in *Lav. prev. oggi*, 1994, p. 805. *Contra*, fra le tante, Cass. 21.9.2011, n. 19324, in *Dir. prat. lav.*, 2012, p. 990; Cass. 22.4.2008, n. 10352, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 787; Cass. 28.6.2006, n. 14891, in *Notiz. giur. lav.*, 2006, p. 780.

<sup>40</sup> TATARELLI, *op. cit.*, p. 192.

<sup>41</sup> ICHINO, *op. cit.*, p. 84.

sequenza di eventi morbosi<sup>42</sup>. Ciò significa, essenzialmente, che il rientro al lavoro non è di per sé impeditivo del licenziamento, ma poi la quantificazione dell'arco temporale entro il quale tale provvedimento può considerarsi tempestivo non è definita una volta per tutte, perché rimessa ad una valutazione – secondo correttezza e buona fede – del comportamento complessivo delle parti in concorso con le peculiarità delle fattispecie concrete.

---

<sup>42</sup> Cass. 25.11.2011, n. 24899, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 676, nt. TIMELLINI, *Il difficile equilibrio tra spatium deliberandi e tempestività della comunicazione del licenziamento del lavoratore per superamento del periodo di comporto*; nonché Cass. 23.1.2008, n. 1438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 501; Cass. 7.1.2005, n. 253, *ivi*, 2006, II, p. 89, nt. SIGNORINI, *Sul diverso contenuto della regola dell'immediatezza nel licenziamento disciplinare e in quello per superamento del comporto*; Cass. 8.5.2003, n. 7047, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1731; Cass. 29.7.1999, n. 8235, *ivi*, 2000, I, p. 62, nt. BANO, *Lo spatium deliberandi nel recesso per superamento del periodo di comporto*; Cass. 7.12.1998, n. 12376, *ivi*, 1999, II, p. 595, nt. BARTALOTTA, *Il principio della tempestività nel licenziamento per superamento del periodo di comporto*; Cass. 12.1.1991, n. 267, *ivi*, 1992, II, p. 203; Cass. 27.2.1990, n. 1524, in *Orient. giur. lav.*, 1990, p. 164; Cass. 11.4.1987, n. 3650, in *Lav. prev. oggi*, 1987, p. 2350; Cass. 1.8.1984, n. 4572, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 817; Pret. Torino 3.11.1981, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 797, nt. A. Tosi, *Superamento del periodo di comporto per eccessiva morbosità e decadenza del diritto di recesso del datore di lavoro*.