

LICENZIAMENTO LEGITTIMO PER OMESSA GIUSTIFICAZIONE DELL'ASSENZA DAL LAVORO

di Daniela CERVELLERA*

Tribunale di Foggia - Sez. lavoro
Sentenza 6/10/2017
(Giudice dr.ssa Ricucci)

È legittimo e proporzionato il licenziamento irrogato al pubblico dipendente per aver omesso di comunicare alla P.A. di appartenenza il protrarsi dell'inadempimento per un tempo che le parti sociali hanno, ragionevolmente, ritenuto importante. Infatti la norma collettiva che sanziona con il licenziamento l'assenza ingiustificata tutela l'affidamento che il datore di lavoro deve poter riporre nella continuità ed effettività della prestazione dell'attività lavorativa a cui si riconnettono obblighi di comunicazione in capo al lavoratore, sanzionati ove rimasti inadempiti.

[Omissis]

Ragioni di fatto e di diritto

Con ricorso depositato in data 16.11.2015 A.A.A.A. esponeva di essere stato assunto alle dipendenze del Comune di Foggia nel dicembre 1990; di essere invalido civile nella misura del 75% esonerato dall'INPS da ogni visita di revisione; di essere titolare dei benefici di cui alla l. n. 104/1992; di essere stato trasferito all'Ufficio Giardini nel 2002; di aver presentato, in data 10.9.2014, domanda di fruizione di congedo straordinario per cure termali, per trenta giorni, dal 18.9.2014 al 18.10.2014; di essere stato tuttavia colpito, proprio nella data di inizio del congedo, da coliche addominali che gli impedivano di recarsi presso le Terme di Porretta (e

* PhD, Avvocato e Docente di diritto ed economia politica.

tanto per tutto il periodo di congedo); di essersi sottoposto, nel medesimo giorno del 18.10.2014 e presso il proprio domicilio, a visita medica a ministero del dott. P.R.; che questi, tuttavia, ometteva di inoltrare al Comune di Foggia il certificato medico; che la parte datoriale chiedeva delucidazioni in ordine alla fruizione del congedo e che egli - avendo confidato nell'invio del certificato da parte del proprio medico curante e, pertanto, avendo ritenuto la propria assenza legittima e giustificata - si rendeva disponibile a qualsivoglia delucidazione in favore del Comune. A seguito di richiesta dell'inoltro del certificato delle Terme, tramite un suo collaboratore faceva pervenire all'ufficio l'unico certificato in suo possesso, relativo alla fruizione di altro periodo di congedo (21-24 maggio 2012), l'unico in cui aveva beneficiato del servizio termale in oggetto.

Deduciva, infine, che con nota del 14.1.2015, ricevuta il successivo 20.1.2015, gli veniva contestata la mancata giustificazione dell'assenza dal lavoro per l'arco temporale 18.9.2014-18.10.2014 e l'aver prodotto giustificazione non veritiera. All'esito della conclusione del procedimento disciplinare, contestava, infine, il licenziamento con preavviso irrogatogli in data 31.3.2015.

Tanto premesso il ricorrente, allegando la natura discriminatoria della sanzione espulsiva, comunque da ritenersi nulla perché irrogata in costanza di matrimonio e senza il rispetto delle procedure previste in tema di licenziamento di soggetti invalidi, ed eccependo la decadenza dall'azione disciplinare della P.A., stante il mancato rispetto della procedura di cui all'art. 55-bis d.lgs. n. 156/2001, adiva il Tribunale di Foggia, in funzione di giudice del lavoro, onde sentir dichiarare: *in via principale, la nullità del licenziamento per motivi discriminatori e condannare il Comune di Foggia alla reintegrazione del lavoratore ed al pagamento del risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni maturate dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, ex art. 18 Stat. Lav., con ricostituzione della posizione contributiva e assistenziale; in via subordinata; la nullità del licenziamento per palese violazione dell'art. 35 del d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198, comma 2, e per l'effetto condannare il Comune di Foggia alla reintegrazione del lavoratore, oltre al pagamento della retribuzione globale di fatto mensile dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegra, con un minimo di cinque mensilità, con ricostituzione della posizione contributiva ed assistenziale; in via ulteriormente gradata, l'illegittimità del licenziamento per insussistenza del fatto contestato, con conseguente condanna del Comune di Foggia alla reintegrazione nel posto di lavoro ed al pagamento di un'indennità onnicomprensiva nella misura massima di 12 mensilità, con ricostituzione della posizione contributiva ed assistenziale; in via estremamente gradata, la risoluzione del rapporto di lavoro con effetto dalla data del recesso e condannare il Comune al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva tra un minimo di dodici mensilità e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto; in via estremamente subordinata, accertare e dichiarare che la violazione delle regole procedurali di cui all'art. 55-bis d.lgs. n. 165/2001, come novellato dal d.lgs. n. 150/2009, e per l'effetto condannare il Comune alla corresponsione di un'indennità risarcitoria tra un minimo di sei mensilità ed un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione. Vinte le spese di lite.*

Ritualmente costituitosi in giudizio, il Comune contestava la domanda con arti-

colate argomentazioni.

L'istanza veniva rigettata con ordinanza del 2.2.2017, avverso la quale, con ricorso depositato il 3.3.2017, il ricorrente in epigrafe promuoveva opposizione. Parte convenuta si costituiva contestando integralmente la domanda.

Acquisiti gli atti e i documenti delle parti, all'udienza del 26.9.2017 la causa veniva riservata in decisione.

Procedendo ad esaminare i singoli motivi di impugnazione del licenziamento, occorre preliminarmente rilevare la tardività e, quindi, l'inammissibilità dei motivi nuovi di impugnazione del licenziamento proposti con il ricorso in opposizione ed attinenti al difetto di collegialità dell'UPD, dal quale sarebbero derivati, secondo la prospettazione dell'opponente, la violazione dell'art.55-bis d.lgs. n. 165/2001 e il pregiudizio di difesa dell'incolpato.

Rileva a tal fine il principio espresso dalla più recente giurisprudenza di legittimità in forza del quale: *"La disciplina della invalidità del licenziamento è caratterizzata da specialità, rispetto a quella generale della invalidità negoziale, desumibile dalla previsione di un termine di decadenza per impugnarlo e di termini perentori per il promovimento della successiva azione di impugnativa, che resta circoscritta all'atto e non è idonea a estendere l'oggetto del processo al rapporto, non essendo equiparabile all'azione con la quale si fanno valere diritti autodeterminati; ne consegue che il giudice non può rilevare di ufficio una ragione di nullità del licenziamento diversa da quella eccepita dalla parte, trovando tale conclusione riscontro nella previsione dell'art. 18, comma 7, della l. n. 300 del 1970, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, e dell'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui fanno riferimento alla applicazione delle tutele previste per il licenziamento discriminatorio, quindi affetto da nullità, "sulla base della domanda formulata dal lavoratore"* (Cass. 24.3.2017, n. 7687; in senso conforme: v., Sez. L, sentenza n. 19142 del 28/09/2015 secondo la quale non è ammissibile la proposizione di domanda nuova per mutamento della "causa petendi", ossia introduttiva di un tema d'indagine di fatto completamente diverso).

In applicazione analogica del predetto principio di diritto, deve ritenersi che i motivi svolti solo nel ricorso in opposizione integrano, quindi, un'inammissibile *mutatio libelli*, poichè introducono una *causa petendi* non dedotta nell'originario ricorso e nel rispetto dei termini perentori per l'impugnazione del licenziamento.

Sicchè, ritenere ammissibile la loro proposizione solo nella presente sede viola la *ratio* e la struttura del procedimento di cui alla l. 92/2012, connotato da una composizione bifasica, con una prima fase ad istruttoria sommaria, diretta ad assicurare una più rapida tutela al lavoratore, ed una seconda fase a cognizione piena che della precedente costituisce una prosecuzione (Sez. L, sentenza n. 19552 del 30/09/2016).

Tanto preclude l'esame delle predette censure.

Venendo al merito della questione, la domanda non può essere accolta, per le ragioni già espresse nell'ordinanza resa a definizione della prima fase del procedimento, qui di seguito integralmente richiamate ed ulteriormente integrate.

Va in primo luogo disattesa l'eccezione di decadenza dall'azione disciplinare spiegata dal ricorrente, per violazione dei termini di cui all'art. 55-bis d.lgs. 165/2001.

Il comma 2, dell'art. 55-bis del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (come modificato dall'art. 69, comma 1, del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150) recita: *"Il responsabile, con qualifica dirigenziale, della struttura in cui il dipendente lavora, anche in posizione di comando o di fuori ruolo, quando ha notizia di comportamenti punibili con taluna delle sanzioni disciplinari di cui al comma 1, primo periodo, senza indugio e comunque non oltre venti giorni contesta per iscritto l'addebito al dipendente medesimo e lo convoca per il contraddittorio a sua difesa, con l'eventuale assistenza di un procuratore ovvero di un rappresentante dell'associazione sindacale cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato, con un preavviso di almeno dieci giorni. Entro il termine fissato, il dipendente convocato, se non intende presentarsi, può inviare una memoria scritta o, in caso di grave ed oggettivo impedimento, formulare motivata istanza di rinvio del termine per l'esercizio della sua difesa. Dopo l'espletamento dell'eventuale ulteriore attività istruttoria, il responsabile della struttura conclude il procedimento, con l'atto di archiviazione o di irrogazione della sanzione, entro sessanta giorni dalla contestazione dell'addebito. In caso di differimento superiore a dieci giorni del termine a difesa, per impedimento del dipendente, il termine per la conclusione del procedimento è prorogato in misura corrispondente. Il differimento può essere disposto per una sola volta nel corso del procedimento. La violazione dei termini stabiliti nel presente comma comporta, per l'amministrazione, la decadenza dall'azione disciplinare ovvero, per il dipendente, dall'esercizio del diritto di difesa"*.

Il successivo comma 3 prevede che il responsabile dell'ufficio che non abbia qualifica di dirigente ovvero in caso di sanzioni più gravi, deve trasmettere entro cinque giorni gli atti all'ufficio disciplinare; il comma 4 prevede il raddoppio dei termini nel caso di provvedimento disciplinari pari o più gravi della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione.

La disposizione normativa prevede, dunque, i termini iniziali e finali del procedimento disciplinare (rispettivamente, a seconda della natura della sanzione, venti o quaranta per la contestazione e sessanta o centoventi per la chiusura), nonché termini pre-procedimentali o endo-procedimentale costituiti, rispettivamente, dalla trasmissione degli atti all'ufficio disciplinare da parte del responsabile della struttura (comma 3 dell'art. 55-bis) o, nel caso che qui interessa, dalla convocazione del dipendente per essere sentito a sua difesa (da comunicare con un preavviso di almeno dieci giorni, venti in caso di provvedimenti più gravi, comma 2 innanzi riportato).

I termini iniziali e finali che cadenzano il procedimento disciplinare rappresentano il limite per l'esercizio del potere disciplinare e alla loro violazione è chiaramente ricollegata la sanzione della decadenza. La violazione di questi termini si sostanzia nella preclusione irrimediabile all'adozione del provvedimento disciplinare, operando in via automatica la decadenza prevista dalla disposizione, in quanto con la fissazione di tale ambito temporale massimo il legislatore ha inteso disciplinare l'esercizio di uno dei tipici poteri di cui il datore di lavoro è titolare nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, il potere disciplinare, l'esercizio del quale incide sulla sfera giuridica del lavoratore. Il limite della tempestività del procedimento disciplinare (predeterminato dal legislatore mediante la previsione di determinati

termini di inizio e fine della procedura) condiziona l'esercizio del potere.

Il termine che temporizza la fase endo-procedimentale risponde, invece, ad una *ratio* diversa essendo posto a garanzia del diritto di difesa del dipendente; ciò è reso evidente dalla possibilità, posta a favore del lavoratore (per gravi ed oggettivi impedimenti), di chiedere un rinvio del termine, proprio per consentire che tale lasso di tempo sia effettivamente utilizzabile dal lavoratore per approntare le sue giustificazioni. Deve ritenersi, allora, che la contrazione del termine di dieci (venti) giorni determinerà la nullità della sanzione nella misura in cui venga rappresentato, dall'interessato, un pregiudizio sulla raccolta della documentazione e delle informazioni necessarie per far valere le sue ragioni innanzi al datore di lavoro.

Trattandosi di termine posto a garanzia del diritto di difesa del lavoratore, la decadenza dall'esercizio del potere disciplinare opererà quando la contrazione del termine abbia determinato un nocumento al lavoratore stesso ed alle sue prerogative di difesa.

"Se, pertanto, il carattere perentorio dei termini iniziali e finali del procedimento disciplinare risponde al principio di tempestività ed immediatezza (riscontrabile anche nell'impiego privato, pur se inteso in senso relativo e non cristallizzato in precisi termini legislativi, salvo specifiche previsioni dei contratti collettivi) e il rispetto condiziona l'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro, diversa ragione fondante ha la previsione del termine minimo per l'audizione del dipendente, che consente all'interessato di predisporre una adeguata difesa da sottoporre al datore di lavoro e la cui violazione determina la nullità del procedimento ove il dipendente deduca e dimostri che il suo diritto di difesa è stato frustrato dalla contrazione del termine" (Cass., Sez. L, sentenza n. 17245 del 22/08/2016).

La Suprema Corte, nel predetto arresto, ha precisato che questa ricostruzione esegetica del comma 2 dell'art. 55-bis del d.lgs. n. 165 del 2001 rispecchia un principio immanente nell'ordinamento processuale civile in base al quale la rilevanza da riconoscere, ai sensi dell'art. 156, comma 3, cod. proc. civ., alla realizzazione della funzione dell'atto, impedisce una declaratoria di decadenza (cfr. la giurisprudenza elaborata con riguardo allo *spatium deliberandi* previsto dall'art. 415, comma 5, c.p.c. - a garanzia del diritto di difesa - tra la notifica del ricorso e l'udienza di discussione, secondo cui il mancato rispetto del termine minimo integra un vizio sanabile mediante la costituzione del convenuto o l'assegnazione di un nuovo termine, Cass. n. 9150/2004 e tutte le decisioni delle Sezioni Unite che nel corso degli anni hanno affrontato la questione: nn. 122/2001, 9331/1996, 6841/1996, 271/1993). Nello stesso senso si pone l'ordinamento processuale penale, ove la violazione del termine minimo per comparire di venti giorni - stabilito per l'imputato dall'art. 601 cod. proc. pen. comporta una nullità non assoluta bensì relativa, sanata, ai sensi dell'art. 183 lett. a) cod. proc. pen., se l'imputato, comparso in udienza ed assistito dal difensore, non sollevi, al riguardo, alcuna eccezione (cfr. Cass. nn. 39221/2015, 39021/2013, 27414/2014, 30075/2010).

Questa interpretazione si iscrive, inoltre, in un contesto di continuità con l'opzione già privilegiata dalle parti sociali in quanto la contrattazione collettiva del comparto Ministeri 2002-2005 aveva, con valenza innovativa (cfr. sul punto Cass. n. 24529/2015), qualificato come perentorio il termine iniziale dei procedimento disciplinare (art. 12 che ha aggiunto il comma 10 all'art. 24 del c.c.n.l. 1995), configu-

rando, pertanto, un sistema che ricollegava la sanzione della decadenza dall'azione disciplinare alla mancata osservanza di due termini, per l'appunto quello iniziale e quello finale del procedimento.

Va, inoltre, segnalato che la Cassazione, seppur con riguardo al termine pre-procedimentale previsto dal (distinto) comma 3 dell'art. 55-bis del d.lgs. n. 165 ha - con argomentazioni attinenti alla *ratio legis* di previsione del termine - affermato la natura ordinatoria, rilevandone lo scopo sollecitatorio, e ritenendo illegittima la sanzione se l'inoltro degli atti al dirigente venga ritardato in misura tale da rendere troppo difficile l'esercizio del diritto di difesa spettante all'incolpato (cfr. Cass. n. 17153/2015).

Infine, in considerazione della prospettiva di una tendenziale armonizzazione della disciplina del rapporto di lavoro nel settore privato e in quello pubblico privatizzato, va rammentato il consolidato orientamento della Suprema Corte, elaborato nell'ambito del settore privato, secondo il quale il provvedimento disciplinare può essere legittimamente irrogato anche prima della scadenza del termine di cui all'art. 7, comma 5, della legge 20 maggio 1970, n. 300 decorrente dal momento della ricezione della contestazione dell'addebito, quando il lavoratore ha esercitato pienamente il proprio diritto di difesa facendo pervenire al datore di lavoro le proprie giustificazioni, senza manifestare alcuna esplicita riserva di ulteriori produzioni documentali o motivazioni difensive (cfr. Cass. SS.UU. n. 6900/2003; in senso conforme cfr. Cass. nn. 1884/2012, 13395/2004). Va, inoltre, richiamata una recente decisione che, proprio con riguardo al termine minimo di dieci giorni per la presentazione di osservazioni del lavoratore alla contestazione disciplinare previsto da specifica disposizione di contrattazione collettiva, ha ritenuto di ricollegare un profilo di illegittimità del provvedimento disciplinare solamente nell'ipotesi in cui emerga che la contrazione del termine posto a difesa del dipendente abbia prodotto un pregiudizio (cfr. Cass. n. 5714/2015).

Sia nel settore privato che nel settore pubblico, quindi, la sanzione della illegittimità del licenziamento in caso di violazione del termine posto per le difese del lavoratore viene sempre collegata alla deduzione di un pregiudizio subito nell'articolazione delle giustificazioni da fornire al datore di lavoro.

Così richiamate le coordinate normative e giurisprudenziali sottese al caso di specie, può quindi verificarsi il mancato rispetto dei termini da parte dell'Amministrazione.

La contestazione disciplinare è datata 14.1.2015 ed è stata ricevuta dall'A. il successivo 20.1.2015.

Vi sono agli atti due richieste di accesso agli atti da parte del dipendente. Entrambe sono datate 29.1.2015.

Alla prima (peraltro del tutto generica), l'Amministrazione ha preso atto di averla soddisfatta nella medesima giornata (cfr. nota del Comune di Foggia del 9.2.2015). Alla seconda è stato risposto con nota comunale del 20.2.2015 (in cui si dice che l'A. può accedere al fascicolo personale integrale in data 26.2.2015).

Esiste agli atti anche una richiesta dell'A. del 2.2.2015, in cui chiede di conoscere i dati anagrafici dei sigg.ri T., F. e B..

La convocazione per l'audizione, inviata dal Comune di Foggia, reca la data del 9.2.2015 (quella rivolta direttamente all'A. e da questi ricevuta il 17.2.2015) e del

13.2.2015 (quella trasmessa all'Avv. F.). Nella predetta nota del 9.2.2015, la convocazione è fissata per il 24.2.2015.

Già in questa prima fase procedimentale si nota il mancato rispetto dei termini legali (20 giorni).

Con nota a mezzo posta elettronica certificata, l'Avv. F. chiede di rinviare l'audizione del 24.2.2015 per motivi di salute del proprio assistito e non deduce motivi legati al mancato esercizio del diritto di difesa (gli stessi, peraltro, possono ritenersi integrati dal fatto che la data dell'audizione precede quella fissata dalla stessa amministrazione per l'accesso agli atti del 26.2.2016). La risposta del Comune di Foggia, parimenti a mezzo pec del 26.2.2015 (alla quale è allegata la nota del 25.2.2015), indica, quale nuova convocazione, la data del 10.3.2015.

Anche in quest'altro caso, i termini assegnati sono inferiori a venti, poiché pari a 18, tuttavia alcuna seria e concreta violazione del diritto di difesa è stata dimostrata dal ricorrente. Ne deriva che non può dichiararsi la nullità del procedimento per vizi di forma.

Il licenziamento del dipendente non risulta basato su motivi discriminatori.

Come statuito dalla Cassazione, *"in tema di comportamenti datoriali discriminatori, l'art. 40 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 - nel fissare un principio applicabile sia nei casi di procedimento speciale antidiscriminatorio che di azione ordinaria, promossi dal lavoratore ovvero dal consigliere di parità - non stabilisce un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'attenuazione del regime probatorio ordinario, prevedendo a carico del soggetto convenuto, in linea con quanto disposto dall'art. 19 della Direttiva CE n. 2006/54 (come interpretato da Corte di Giustizia Ue 21 luglio 2011, C-104/10), l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, ma ciò solo dopo che il ricorrente abbia fornito al giudice elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, relativi ai comportamenti discriminatori lamentati, purché idonei a fondare, in termini precisi (ossia determinati nella loro realtà storica) e concordanti (ossia fondati su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto), anche se non gravi, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso"* (Cass., Sez. L, sentenza n. 14206 del 05/06/2013).

In quest'ottica, lo schema previsto dal legislatore è quello della presunzione relativa propria, che non inverte l'onere della prova tra le parti del contratto di lavoro, ma agevola la posizione di chi è tenuto a fornirla. Spetta pur sempre al lavoratore dimostrare gli elementi da cui desumere la discriminazione, prima che al datore di lavoro sia richiesto di dimostrarne l'insussistenza.

Ciò posto, sono insufficienti a far presumere la discriminazione per ragioni legati allo status di disabile in capo all'A. le generiche deduzioni in ordine al trasferimento presso l'Ufficio Giardini del Comune di Foggia in un luogo privo di seduta e di appoggio (avvenuto nel 2002) o alla mancata fruizione dei permessi *ex lege* 104/1992 in favore di propri congiunti. In relazione a tale ultimo profilo, in particolare, il Comune di Foggia ha comunque dimostrato, con nota del 3.10.2003 (doc. 5), l'autorizzazione alla fruizione dei permessi retribuiti in relazione ad altro familiare convivente dell'A..

Nemmeno sembrano sussistere i motivi di censura relativi alla violazione dell'art. 10 l. n. 68/1999.

Il licenziamento dell'invalide, assunto in base alla normativa sul collocamento obbligatorio, infatti, segue la generale disciplina normativa e contrattuale solo quando è motivato dalle comuni ipotesi di giusta causa e giustificato motivo mentre, ove sia determinato dall'aggravamento dell'infermità che ha dato luogo al collocamento obbligatorio, è legittimo - ai sensi dell'art. 10, comma 3, della legge n. 68 del 1999, applicabile "ratione temporis" - solo in presenza della perdita totale della capacità lavorativa, ovvero di una situazione di pericolo per la salute e l'incolumità degli altri lavoratori o per la sicurezza degli impianti, il cui accertamento compete all'apposita commissione medica prevista dalla legge n. 104 del 1992, cui spetta altresì la verifica dell'impossibilità di reinserire, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, il disabile all'interno dell'azienda. (Cass., Sez. L, sentenza n. 15269 del 12/09/2012). Tali evenienze non ricorrono nel caso di specie.

Non si ravvisano, nell'ambito delle presente indagine sommaria, profili d'incompatibilità del diritto europeo unitario con quello interno, in relazione alla dedotta nullità del licenziamento adottato in costanza di matrimonio, contratto dall'A. il 16.12.2014.

Lo stesso precedente giurisprudenziale posto a supporto del proprio assunto da parte dell'A. evidenzia come *l'uso del femminile è solo un retaggio del passato fondato sulla considerazione che la tutela anticipata, assicurata dall'art. 35, vedeva quale destinataria solo la donna perché ella sola poteva essere destinataria di una serie di benefici ... Invece la considerazione che le tutele previste in materia di maternità e paternità e di congedi parentali ne consentono l'accesso anche al lavoratore padre deve indurre all'estensione della norma di cui all'art. 35 anche al lavoratore maschio. Questa norma costituiva una sorta di tutela anticipata della donna proprio in funzione dei benefici ai quali questa poteva accedere in tutti i casi in cui dal matrimonio, come evento naturale e a quello connesso, potesse derivare la nascita di un figlio.*

E ai medesimi benefici può accedere anche il lavoratore padre al quale sono riconosciuti i congedi di paternità (e di conseguenza il diritto del lavoratore di astenersi dal lavoro per tutta la corrispondente durata del congedo obbligatorio di maternità, che sarebbe spettata alla lavoratrice madre in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre) - (Trib. di Milano - est. Atanasio, 3.6.2014).

Orbene, deve evidenziarsi, invero, che non a tutti i benefici concessi alla lavoratrice può accedere il lavoratore. Basti pensare, ad esempio, ai controlli prenatali ex art. 14 d.lgs. n. 151/2001 (*"Le lavoratrici gestanti hanno diritto a permessi retribuiti per l'effettuazione di esami prenatali, accertamenti clinici ovvero visite mediche specialistiche, nel caso in cui questi debbono essere eseguiti durante l'orario di lavoro"*) o l'ipotesi di interdizione anticipata dal lavoro per uno o più periodi antecedenti l'inizio del congedo di maternità, ragion per cui la distinzione, considerata la ratio della norma (e la scarsissima applicazione giurisprudenziale), ancora sussiste.

Del resto, per inciso, deve evidenziarsi che la legislazione europea ha impostato la politica di parificazione uomo-donna senza mai apprestare una tutela esplicita per il matrimonio. La stessa, più recente modifica apportata dall'art. 1, comma 1, lett. p), d.lgs. n. 5/2010 all'art. 25 del codice delle pari opportunità ha adeguato la normativa nazionale alle prescrizioni europee individuando ipotesi specifiche di

discriminazione nello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti", senza menzionare il matrimonio.

L'omissione è probabilmente dovuta al fatto che l'istituto non è stato solitamente avversato sui luoghi di lavoro in quanto tale, ma come antifatto potenziale del godimento futuro dei diritti connessi alla maternità ed alla paternità.

Considerato che il licenziamento si presume sia per causa di matrimonio se intimato nel periodo intercorrente dal giorno della richiesta delle pubblicazioni, quando preceda la celebrazione del matrimonio, fino ad un anno dopo la celebrazione dello stesso, è evidente che, sia pure in via indiretta, l'arco temporale tutelato sia correlato alla normale durata della gravidanza (nove mesi) e alle tutele che, in detto periodo, spettano esclusivamente alla lavoratrice (così potendo incidere sul normale andamento dell'attività lavorativa e dell'organizzazione delle prestazioni nell'ambito dell'azienda).

Ciò posto, venendo a trattare la questione in ordine alla contestata assenza dal lavoro, deve in primo luogo rimarcarsi che nel ricorso introduttivo del giudizio l'A. ha testualmente dichiarato: *"In data 18 settembre 2014, tuttavia, il sig. A. veniva colpito da coliche addominali, patologia regolarmente accertata dall'INPS, nonché dai numerosi certificati medici allegati, che gli impediva di recarsi alle Terme di Porretta e di sottoporsi alle cure per le quali era stato richiesto il congedo straordinario;*

Il lavoratore si sottoponeva così, nella medesima data, a visita medica presso il suo domicilio da parte del dott. P.R." (pag. 3, punti 8 e 9);

nelle note difensive, ha poi dichiarato: *"Il sig. A., impossibilitato a deambulare per la patologia, come più volte accaduto in precedenza, stante la cronicità della malattia, incaricava la sig.ra A.V., sua segretaria presso l'Ufficio A.N.M.I.C. di recarsi presso lo studio del dott. P.R.";* (pag. 6).

Gli esiti della prova testimoniale del 20.12.2016 non hanno tuttavia corroborato le dichiarazioni dell'A. sul fatto di essere stato visitato, in data 18.9.2014, dal dott. R.. La V., volontaria dell'ANMIC e collaboratrice a titolo gratuito dell'A., ha riferito che durante la metà del mese di settembre l'A. le disse di recarsi dal dott. R., perché stava male e aveva bisogno di un certificato medico. Ella si recò dal dott. R. e questi le rispose: *"Non ti preoccupare, me la vedo io"*. La teste ha dichiarato di non ricordare la data precisa in cui si recò dal medico e di non sapere se l'A. si incontrò con il dott. R.. All'udienza del 6.4.2016, del resto, ha dichiarato che *"sicuramente non è andato a visitarlo. Tanto mi riferì il sig. A."*

L'altra teste, L.R.M., amica dell'A. da diversi anni, ha sostenuto di essersi recata dal ricorrente il 17.9.2014 e che lo assistette tutta la notte, poiché affetto da coliche da diversi giorni. L'A. le riferì che avrebbe incaricato la sua segretaria A. (V.) di recarsi dal medico per chiedere una visita. La L. ha parimenti confermato di non sapere se il 18 settembre il dottore si recò dall'A..

Il dott. R., del resto, ha dichiarato che dal settembre 2014 al novembre 2014, mese in cui visitò l'A. (cfr. certificato medico del 17.11.2015) non ha più visto il predetto.

Dalle deposizioni rese e dai documenti allegati ai rispettivi fascicoli di parte, emergono le seguenti considerazioni.

Non è stata fornita prova, da parte del ricorrente, di essere stato visitato il 18.9.2014, nella sua abitazione o nello studio medico del dott. R..

Non è stata fornita prova dell'esistenza, prima ancora che della trasmissione, di un certificato medico redatto in quella data.

Il certificato medico del 17.11.2014 a firma del dott. R., posto a fondamento dell'assenza dell'A., così si esprime: *"Certifico che il sig. A.A.A.A., non ha potuto eseguire le prescritte "docce rettali" (come da richiesta su ricettario SSN), poiché dal 18 settembre 2014, è stato, e lo è tuttora vittima di coliche addominali recidivanti, pertanto non ha potuto usufruire delle cure termali.*

Il presente come giustifica alla mancata effettuazione per l'anno 2014 delle già citate "docce rettali" in ambiente termale".

Indipendentemente dalle modalità di trasmissione e di accettazione, da parte dell'Amministrazione Comunale, del certificato medico del 17.11.2015 (la data è stata confermata in udienza dal dott. R. e, trattandosi di documento rilasciato da incaricato di pubblico servizio, fa fede sino a querela di falso), è evidente che lo stesso è documento diverso, per contenuto e formazione temporale, rispetto a quello che sarebbe dovuto pervenire al Comune di Foggia.

Tanto più che il dott. R. ha dichiarato, all'udienza del 20.12.2016, che "il contenuto in ordine ai problemi di salute dal 18.9.2014 mi è stato riferito dall'A.". Detta dichiarazione coincide perfettamente con quanto dichiarato dal professionista in sede di sommarie informazioni ex art. 351 c.p.p. rese alla Guardia di Finanza di Foggia in data 7.5.2015 (doc. 4 fascicolo di parte opponente): *Nell'emettere il certificato che mi esibite, ho involontariamente omesso la dicitura "il paziente riferisce".*

L'assenza del dipendente dal 18.9.2014 al 18.10.2014 resta, pertanto, non validamente giustificata, poiché nessuna malattia è stata accertata dal medico in questo periodo e nessun certificato medico è pervenuto nel medesimo periodo, al Comune di Foggia.

Per ulteriore scrupolo motivazionale, il Giudice ben conosce l'arresto giurisprudenziale in base al quale *"La procedura prevista, per il rilascio, da parte del medico di fiducia del lavoratore, del certificato di inizio della malattia non esclude che il giudice del merito possa prendere in considerazione, ai fini dell'accertamento dei fatti di causa, anche una certificazione non rilasciata secondo la predetta procedura. (Nella specie trattavasi di licenziamento di guardia giurata per assenza di un giorno, giustificata da certificato medico rilasciato il giorno dopo la malattia, non più in atto, dal medico curante, che, nella occasione, aveva soltanto prescritto telefonicamente dei farmaci)"* (Cass., Sez. L, sentenza n. 23326 del 15/12/2004).

Deve tuttavia evidenziarsi che, nel caso di specie, è stata innanzi tutto violata la procedura, anche prevista dalla contrattazione collettiva (cfr. art. 21, comma 9 del CCNL 1995, che impone anche al dipendente specifici oneri di comunicazione al datore di lavoro dell'assenza per malattia) di comunicazione della malattia.

La norma su richiamata, il cui contenuto è stato trascritto dal Comune di Foggia nella propria memoria difensiva, non è stata contestata dall'A. e prevede espressamente che *"il lavoratore è tenuto a comunicare all'ufficio di appartenenza, all'inizio dell'orario di lavoro, l'assenza per malattia. La medesima comunicazione va effettuata anche nel caso di prosecuzione di malattia"*.

La contrattazione collettiva sanziona con il licenziamento l'assenza priva di va-

lida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni.

Orbene, in via generale il Giudice non ignora che *"ove la contrattazione collettiva preveda, quale ipotesi di giusta causa di licenziamento, l'omessa o tardiva presentazione del certificato medico in caso di assenza per malattia oppure l'inadempimento di altri obblighi contrattuali specifici da parte del lavoratore, la valutazione in ordine di legittimità del licenziamento, motivato dalla ricorrenza di una di tali ipotesi, non può conseguire automaticamente dal mero riscontro che il comportamento del lavoratore integri la fattispecie tipizzata contrattualmente, ma occorre sempre che quest'ultima sia riconducibile alla nozione legale di giusta causa, tenendo conto della gravità del comportamento in concreto tenuto dal lavoratore, anche sotto il profilo soggettivo della colpa o del dolo"*. (cfr. Cass. 4435/2004).

Evidenza, invero, di aver verificato, anche mediante la prova testimoniale assunta nella prima fase, da un canto l'esistenza effettiva della condotta materiale (assenza dal lavoro per trenta giorni senza comunicare la giustificazione).

Dall'altro, di aver ritenuto integrato, da parte dell'A., un comportamento gravemente negligente, consistito nell'aver omesso di comunicare al datore di lavoro la propria assenza, tanto più ove si consideri il lunghissimo arco temporale in cui la stessa doveva protrarsi; di aver omesso di verificare la mancata coincidenza delle date tra -presunta- visita medica e redazione del certificato; nel non essersi premurato, anche mediante la propria collaboratrice V., di acquisire la disponibilità del certificato in tempo utile per potersi accorgere del dedotto errore di data (ad esempio chiedendo una copia del certificato telematico o il rilascio di attestazione cartacea di malattia) o per apprendere che nessun certificato era stato redatto all'inizio del periodo di assenza per malattia e inviato al Comune di Foggia.

Rientra, infatti, tra i normali obblighi di diligenza e correttezza nello svolgimento del rapporto di lavoro, assicurarsi che, impedimenti nello svolgimento della prestazione, pur legittimi, non arrechino alla controparte datoriale un pregiudizio ulteriore per effetto di inesatte comunicazioni che generino un legittimo affidamento nella effettiva ripresa della prestazione lavorativa. La norma collettiva che sanziona con il licenziamento l'assenza ingiustificata tutela, infatti, l'affidamento che il datore di lavoro deve poter riporre nella continuità ed effettività della prestazione dell'attività lavorativa a cui si riconnettono obblighi di comunicazione in capo al lavoratore, sanzionati ove rimasti inadempiti. Peraltro non qualunque omessa comunicazione rileva ma solo quella che si ricollega ad un protrarsi dell'inadempimento per un tempo che le parti sociali hanno, ragionevolmente, ritenuto importante (tre/sette giorni; trenta nel caso specie).

Nemmeno è stata dimostrata l'impossibilità per il lavoratore di provvedere alle dovute comunicazioni (si rimarca, non l'invio del certificato medico, ma il comunicare l'assenza dal servizio).

Manca, del resto, una valida prova in merito all'insorgenza e alla durata della patologia invalidante per l'arco temporale 18.9.2014 al 18.10.2014. Patologia che il Giudice ha contezza di essere cronica, ma che - nel periodo *de quo* - rendeva, secondo le prospettazioni dell'A., del tutto inesigibile l'adempimento della prestazione lavorativa.

Per tutte le ragioni suesposte, il licenziamento irrogato dal Comune di Foggia nei confronti dell'A. deve ritenersi legittimo e proporzionato ai fatti contestati.

La domanda, pertanto, non può essere accolta.

La soccombenza regola le spese in ragione della metà. L'altra metà si compensa tra le parti, in ragione della complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Giudice del lavoro, definitivamente pronunciando sul ricorso proposto da A.A.A.A. nei confronti del Comune di Foggia, in persona del legale rappresentante p.t., così provvede:

rigetta il ricorso;

condanna la parte ricorrente al pagamento, in favore del Comune di Foggia, della metà delle spese di lite, *[omissis]*.

NOTA

Sommario: 1. La vicenda processuale. 2. Nullità del licenziamento e parità di trattamento nel licenziamento. 3. Onere di comunicazione della malattia. 4. Conclusioni.

1. La vicenda processuale

La sentenza in commento motiva la legittimità del licenziamento comminato dal Comune di Foggia ad un dipendente che, assentatosi dal lavoro per circa un mese, aveva omesso di produrre idonea giustificazione a supporto.

Riprendendo le ragioni già espresse dallo stesso giudicante nell'ordinanza resa ad esito della prima fase del procedimento - ex l. n. 92/2012 - viene innanzitutto disattesa l'eccezione di decadenza dall'azione disciplinare spiegata dal ricorrente, non avendo lo stesso subito alcun pregiudizio né violazione del diritto di difesa.

E', altresì, negata la natura discriminatoria del licenziamento desunta dal lavoratore come insita nel suo stato di invalidità, non essendo stata violata la normativa sul collocamento obbligatorio.

Né è stata ritenuta accoglibile, da parte del giudicante, la doglianza relativa alla dedotta nullità del licenziamento irrogato per causa di matrimonio.

A tal proposito appare opportuno evidenziare le ragioni per le quali il magistrato del lavoro non abbia accolto l'assunto del ricorrente che invocava tale tutela - espressamente prevista per la donna lavoratrice - in ragione della equivalenza della previsioni in materia di maternità, paternità e congedi parentali.

2. Nullità del licenziamento e parità di trattamento

L'art. 35 del d.lgs. n. 198/2006 prevede la nullità delle clausole contenute nei contratti individuali e collettivi o nei regolamenti che prevedano la risoluzione del rapporto di lavoro della lavoratrice in conseguenza del matrimonio, nonché la nullità del licenziamento attuato a causa di matrimonio, ovvero nel periodo intercorrente dal giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio, ad un anno dopo la celebrazione dello stesso.

La *ratio* del divieto di licenziamento della donna lavoratrice a causa di matrimonio si rinviene nella necessità di evitare un "recesso anticipato" da parte del datore di lavoro che voglia sottrarsi agli obblighi del mantenimento del posto di lavoro ed alle conseguenti tutele connesse ad una eventuale gravidanza a seguito del matrimonio.

Tenuto conto che a fronte di una previsione normativa a tutela della donna lavoratrice, la giurisprudenza di merito¹ ha ritenuto discriminante, per il lavoratore uomo, il provvedimento espulsivo adottato in violazione al diritto di formarsi una famiglia, occorre mutuare il principio giuridico dalla disciplina comunitaria in materia di parità di trattamento e pari opportunità.

Premesso che gli ordinamenti degli Stati membri devono rimuovere gli ostacoli alla partecipazione economica, politica e sociale di ciascun individuo per ragioni connesse al genere, non ne consegue che tutti debbano essere trattati, indistintamente, nello stesso modo.

A tal proposito la direttiva n. 2006/54/CE pospone il divieto di discriminazione all'adozione di misure preventive o compensative degli svantaggi incontrati da persone di uno dei due sessi² e riconosce la legittimità della protezione della maternità come strumento per garantire la parità³.

Pertanto il principio di pari opportunità se, da un lato, comporta il riconoscimento di tutele più incisive nei confronti di determinate categorie di individui (nella specie i lavoratori), dall'altro, impone la compensazione degli svantaggi di determinate categorie.

Applicando tale principio al caso in esame è del tutto condivisibile la sentenza in commento nella parte in cui evidenzia che "*... non a tutti i benefici concessi alla lavoratrice può accedere il lavoratore*", non potendosi ritenere discriminatoria una tutela differenziata basata sul sesso.

Se, infatti, il divieto di licenziamento a causa del matrimonio trova la sua ragione nella prossima eventuale gravidanza della donna-lavoratrice, tale tutela non può trovare giustificazione nei confronti del lavoratore. Se così non fosse, si disat-

¹ Tribunale di Roma, 16/01/2017; Tribunale di Vicenza, 24/05/2016.

² 21° considerando della direttiva n. 2006/54/CE: "*Il divieto di discriminazione non dovrebbe pregiudicare il mantenimento e l'adozione da parte degli Stati membri di misure volte a prevenire o compensare gli svantaggi incontrati da un gruppo dei due sessi*".

³ 24° considerando della direttiva n. 2006/54/CE: "*la Corte di giustizia ha costantemente riconosciuto la legittimità, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, della protezione della condizione biologica della donna durante la gravidanza e la maternità, nonché dell'introduzione di misure di protezione della maternità come strumento per garantire una sostanziale parità*".

tenderebbe proprio il principio delle pari opportunità declamato dalla Direttiva n. 2006/54/CE.

3. Onere di comunicazione della malattia

Il magistrato del lavoro ha, infine, ritenuto legittimo il licenziamento intimato al ricorrente per non aver quest'ultimo né trasmesso né, tantomeno, prodotto un certificato medico attestante la malattia nel periodo di assenza dal lavoro, anche in violazione alla procedura prevista dalla contrattazione collettiva (ex art. 21, comma 9 del CCNL 1995), che impone al dipendente specifici oneri di comunicazione in caso di assenza per malattia.

Sebbene la contrattazione collettiva preveda la sanzione espulsiva nei casi di assenza priva di valida giustificazione, non di meno il magistrato del lavoro si è premunito di verificare, anche a mezzo prova testimoniale, la condotta negligente, del ricorrente consistita, sostanzialmente, nell'aver omesso di comunicare la lunga assenza al datore di lavoro.

Pertanto per la violazione dei normali obblighi di diligenza e correttezza nello svolgimento del rapporto di lavoro - come l'assenza ingiustificata - è stata ritenuta legittima la sanzione del licenziamento, essendo venuto meno l'affidamento che il datore di lavoro poteva riporre nella continuità ed effettività della prestazione dell'attività lavorativa.

Tra l'altro l'ingiustificatezza dell'assenza non riguarda l'effettività o meno della malattia, ma il mancato adempimento degli obblighi di comunicazione gravanti sul lavoratore.⁴ Quest'ultimo, infatti, se per l'invio della certificazione medica, ha a disposizione 48 ore dall'insorgere della malattia, per la comunicazione dell'assenza deve farlo il prima possibile per dare la possibilità al datore di lavoro di organizzare l'attività lavorativa.

Il lavoratore è, altresì, tenuto a verificare il corretto invio telematico del certificato di malattia in quanto, in ragione dei principi di correttezza e buona fede, ex artt. 1175 e 1176 cod. civ., egli è tenuto ad informare prontamente il datore di lavoro dell'assenza e prevenire un possibile danno alla produttività.⁵

Infatti il rapporto sinallagmatico che lega il lavoratore al datore di lavoro comporta a carico del primo alcuni oneri tra cui quello di diligenza e di correttezza e buona fede nella esecuzione della prestazione di lavoro finalizzati a preservare la produttività aziendale. Diversamente opinando si esporrebbe il datore di lavoro al rischio di subire danni economici per l'assenza "ingiustificata" del lavoratore senza avere la possibilità di sostituirlo.

⁴ Cass. civ., Sez. lav., 8 novembre 2017 n. 26465: "Il lavoratore che si assenti dal lavoro per malattia ha l'obbligo di darne immediata comunicazione al proprio datore di lavoro, secondo i tempi previsti dal Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro. Con l'eccezione di un giustificato e comprovato impedimento, l'inosservanza o il ritardo di tale comunicazione può comportare sanzioni comminate dal datore di lavoro, fino al licenziamento".

⁵ Cass. civ., sez. lav., 22 luglio 2016 n. 15226.

4. Conclusioni

Per concludere si può affermare che, attualmente, la previsione del certificato telematico favorisce le incombenze del lavoratore in quanto il datore di lavoro può legittimamente richiedergli il numero di protocollo identificativo del certificato/attestato di malattia. In tal modo è accertata non solo la precisa decorrenza dello stato morboso ma, anche, la sua sussistenza.

In ogni caso la sanzione espulsiva non è, comunque, da considerarsi automatica ma solo per i casi più gravi. Deve ritenersi, infatti, che l'assenza ingiustificata dal lavoro non comporti conseguenzialmente il recesso dal rapporto lavorativo, ma vada ponderata in relazione al caso specifico ed, in particolare, in rapporto al danno all'azienda (ovvero alla produttività) e tenendo conto della condotta del lavoratore (sussistenza di un legittimo impedimento).