

890/17

Sentenza n. 890/2017 pubbl. il 06/04/2017

RG n. 1542/2016



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI MILANO
Sezione Lavoro

composta dai Magistrati:

Dott.ssa Chiarina SALA
Dott. Roberto VIGNATI
Dott.ssa Ernesta OCCHIUTO

Presidente
Consigliere rel.
Consigliere

ha pronunciato la seguente :

SENTENZA

nella causa civile in grado di appello iscritta al n. 1542/2016 del Ruolo Generale Lavoro dell'anno 2016 avverso la sentenza n. 239/2016 del Tribunale di Lecco Sezione Lavoro, Giudice Estensore Dott. Giovanni Gatto, discussa all'udienza collegiale del 22 marzo 2017

promossa da

, rappresentata e difesa dagli Avv.ti
, elettivamente domiciliata presso il loro studio in

- Reclamante -

contro

sede in _____ in persona del Legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall' _____ del Foro di
, domiciliata in _____ presso il suo studio.

- Reclamata -

OGGETTO :

Licenziamento per superamento periodo comporto (malattie) - Reclamo ai sensi dell'art. 1 comma 58 L. 92/2012.

Conclusioni per parte reclamante : come da atto di reclamo.

Conclusioni per la reclamata : come da memoria difensiva di costituzione.

Fatto e motivi della decisione

Il Giudice del Lavoro del Tribunale di Lecco, con sentenza in data 13 settembre 2016, respingeva l'opposizione promossa da _____ avverso l'ordinanza della fase sommaria con la quale era stato a sua volta respinto il ricorso proposto dalla donna nei confronti della Società _____ per contestare il licenziamento comunicato il 7 aprile 2015 e motivato dall'Azienda in relazione al superamento del periodo di comporto previsto dal CCNL, in ragione di un numero di assenze di

Firmato Da: FAZIO DONATELLA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 457d0dae36996e35a35ec6d940de6f38 - Firmato Da: VIGNATI ROBERTO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 15ee7
Firmato Da: SALA CHIARINA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 773dd0955b12884d1258a1c26f1910e5



600 g.g. e in rapporto a protratti stati di morbidità che non consentivano una proficua utilizzazione della dipendente, assunta e impiegata dall'Impresa come operaia addetta alla lavorazione di cestelli metallici per filtri di depurazione dell'aria.

La ricorrente, nel corso delle due fasi del processo, aveva sostenuto : (i) che le sue assenze erano state indotte da una malattia professionale contratta per effetto delle lavorazioni cui era stata adibita dall'Azienda al proposito responsabile della patologia rappresentata da affezioni dorso lombari; (ii) che, nella specie, non vi era stato il superamento del periodo di comporto poiché i documentati giorni di malattia – pari al massimo a 545 - erano contenuti entro il limite di 548 contemplato dalla fonte collettiva applicabile; (iii) che il licenziamento non era motivato secondo quanto previsto dall'art. 2 L. 604/1966, giacché la datrice di lavoro, per suo onere, avrebbe dovuto specificamente enunciare nel testo della lettera di recesso tutte quante le giornate di malattia mentre tale indicazione mancava; (iv) che non sussisteva l'eccessiva morbidità denunciata dalla controparte per via di periodi di assenza indotti anche da tre maternità con relative astensioni.

Il primo Giudice disattendeva tutte le ragioni fatte valere dalla datrice di lavoro aveva adeguatamente motivato il provvedimento espulsivo del 7 aprile 2016 enunciandone con sufficiente precisione la ragione data dal superamento del comporto; poiché dalla valutazione dei documenti di causa si poteva evincere che la dipendente, a fronte del periodo di comporto di 540 giorni previsto dal contratto collettivo, aveva posto in essere assenze per 549 o, quantomeno, per 545 giorni; poiché non vi erano indici probatori in grado di dimostrare l'insorgenza di una malattia professionale riconducibile alle condotte dell'Impresa, difettando al riguardo determinazioni dell'INAIL, mentre alcuni dei testi escussi avevano riferito dell'esercizio di mansioni, per loro natura e modalità, non implicanti sforzi o traumi lombari tenuto conto pure della leggerezza delle operazioni lavorative espletate mediante opportune rotazioni e, di per sé, consone alla posizione di servizio siccome non implicanti la movimentazione di pesi; inoltre, poiché era parimenti fondato l'argomento circa l'eccessiva morbidità tradottasi in un rilevantissimo numero di assenze dal lavoro.

Seguiva pertanto la reiezione - a spese compensate - della domanda ex art. 18 L. 300/1970 in tesi, orientata alla tutela mediante reintegro e risarcimento ai sensi del comma 4 e, in ipotesi subordinata, solo risarcitoria ex comma 6 relativamente alla violazione del criterio prescritto dall'art. 2 L. 604 cit. circa la motivazione dell'atto.

Senza trascurare l'esposizione dei motivi di gravame sostenuta dall'indicazione delle soluzioni volta per volta corrette, l'odierna reclamante censura gli argomenti pertinenti al superamento del comporto poiché, secondo le previsioni collettive, l'arco dei 18 mesi, in giorni, si poteva tradurre, secondo il calendario comune, solo in 547,5 giorni massimi di assenza e, stando anche al computo dedotto dall'Azienda, la ne aveva fatte non più di 543, come si poteva evincere dai lassi temporali attestati dalle certificazioni mediche allegate in atti; in tal modo, il computo del Giudice non era stato corretto né preciso, così come inattendibili erano le eccezioni della nel momento in cui essa aveva incrementato il numero dei giorni di malattia considerando tali anche quelli che non risultavano in realtà strettamente coperti dal tenore delle certificazioni mediche.

La parte, inoltre, ribadisce che nella sua vicenda si doveva ritenere la prova di



un'affezione lombare di origine professionale tenuto conto pure che l'Impresa non aveva dimostrato di avere assecondato le regole della sicurezza sul lavoro e l'adozione di misure preventive, comprese quelle istruttive, in grado di garantire l'incolumità della donna al cospetto delle gravose mansioni assegnatele.

Il recesso poi non era stato corredato dalla motivazione richiesta dall'art. 2 cit..

Infine, non ricorreva neppure, quale sua alternativa legittimante, il dato di una eccessiva morbidità, siccome la (assunta nel maggio 2007) aveva beneficiato anche di lunghi periodi per tre maternità durante gli anni 2008 - 2009, 2010, 2011 e 2012 - 2013 e, a proposito della penalizzante valutazione sugli effetti della morbidità nell'ambito del rapporto lavorativo, il Tribunale aveva stimato che, nell'arco di circa 8 anni di servizio, l'operaia era mancata per ben 1839 giorni.

Tutti questi rilievi sono stati contrastati dall'Azienda rifattasi alla bontà degli assunti del Giudice, insistendo, in particolar modo, sul dato puro e semplice del superamento del comportamento ed osservando, da un lato, che il computo dei giorni estratti dai 18 mesi seccamente indicati dal CCNL, andava eseguito considerando sempre il mese "tipo" di 30 giorni e, dall'altro lato, che le complessive assenze da malattia erano state perlomeno pari a 549 giornate potendosi peraltro congruamente ipotizzare anche oltre 550 giorni di effettiva malattia.

Le ragioni del reclamo non hanno fondamento.

Seguendo l'ordine delle questioni poste nel giudizio, prima di soffermarsi sulla sussistenza di una malattia professionale ascrivibile a forme di responsabilità datoriale per l'affidamento alla sottoposta di mansioni nocive in ragione delle modalità di esercizio presso il reparto dei compiti di confezionamento dei cestelli metallici, occorre valutare il tema del numero dei giorni di malattia verificatisi nell'arco di temporale previsto dal CCNL (qui non dibattuto o in contestazione), sotto questo profilo stabilendo prioritariamente quale sia la fonte applicabile e come debbano essere lette e interpretate le disposizioni riguardanti la durata del comportamento.

Ad avviso della Corte, il CCNL pertinente è quello dei metalmeccanici CONFAPI siglato il 29/7/2013, questo perché, né in primo grado, né nel presente grado, la difesa della lavoratrice ha posto precisi argomenti sull'applicabilità del CCNL Metalmeccanici Industria (solo genericamente citato nel ricorso introduttivo della fase sommaria del rito) mentre la - che nella lettera di recesso del 7/4/2015 aveva richiamato il "CCNL metalmeccanico PMI" quale fonte applicata al rapporto di lavoro - ha nelle difese processuali precisato che quel Contratto era ragionevolmente desumibile dalle buste paga, postulando oltretutto prove sul punto, non assunte dal Tribunale che ha senz'altro fatto propria la tesi della Società nel passo della motivazione, che non è stato oggetto di censure, come si evince dal contenuto del reclamo.

In seconda analisi, la disposizione cui va dato particolare rilievo è quella sub. punto 2) dell'art. 50 del capitolo VII, intitolata alla "*CONSERVAZIONE DEL POSTO*", particolarmente richiamando il testo che nella fattispecie rileva ossia il passo ove è previsto che "*In caso di interruzione del servizio dovuta a malattia o infortunio non sul lavoro, il lavoratore non in prova ha diritto alla conservazione del posto per un periodo, definito comporta breve, di: a) 6 mesi, per anzianità di servizio fi no a 3*



anni compiuti; b) 9 mesi, per anzianità di servizio oltre i 3 e fino ai 6 anni compiuti; c) 12 mesi, per anzianità di servizio oltre i 6 anni.

Nel caso di più malattie o infortuni non sul lavoro, i suddetti periodi di conservazione del posto si intendono riferiti alle assenze complessivamente verificatesi nei tre anni precedenti ogni nuovo ultimo episodio morboso. Ai fini della determinazione degli scaglioni per la conservazione del posto si tiene conto dell'anzianità di servizio maturata all'inizio della malattia e non del prosieguo della stessa.

Nell'ipotesi in cui il superamento dei suddetti periodi di conservazione del posto fosse determinato da un evento morboso continuativo con assenza ininterrotta od interrotta da un'unica ripresa del lavoro per un periodo non superiore a due mesi, il lavoratore ha diritto alla conservazione del posto per un altro periodo, oltre a quelli previsti al primo comma, del presente punto 2), pari alla metà degli stessi periodi.

Conseguentemente il periodo complessivo di conservazione del posto, definito comporto prolungato, sarà: a) per anzianità di servizio fino a 3 anni compiuti: mesi $6 + 3 = 9$; b) per anzianità di servizio oltre 3 e fino a 6 anni compiuti: mesi $9 + 4,5 = 13,5$; c) per anzianità di servizio oltre 6 anni: mesi $12 + 6 = 18$."

S'innesta, a questo punto, la problematica concernente la traduzione in giorni di quei 18 mesi sui quali anche la difesa della reclamante non ha sollevato obiezioni, salvo quella incongruamente elaborata rifacendosi al CCNL COFIMI che al proposito fa operare un criterio di matrice pattizia per cui i relativi 18 mesi convenzionalmente corrispondono senz'altro a 548 giorni e quella per cui, anche a ritenere conferente la fonte collettiva (CONFAPI) valorizzata dall'Azienda, non si potrebbe giungere a una determinazione di giornate inferiore 547,5, questo perché, difettando altri parametri negoziali, ai fini dell'enucleazione dei giorni, i mesi dovrebbero essere computati secondo il calendario comune nel rispetto del principio di cui agli artt. 155 c.p.c. e 2963 c.c. .

Sopra si è notato che il CCNL aderente al rapporto di lavoro è quello dei metalmeccanici CONFAPI e che l'art. 50 si esprime con riferimento ad un numero di mesi, pari a 18, per i quali pare proprio non si debba senz'altro fare capo al principio legale appena menzionato, dovendosi piuttosto reputare, anche in questo caso, corretto il riferimento al mese come unità indistintamente e comunque pari a 30 giorni.

Convincono all'impiego di questa regola, in primo luogo, due riferimenti della fonte collettiva che fanno apparire in ogni caso plausibile il prescindere dalla generale regola del calendario comune, ovvero sia :

1) il punto sub 2) dell'art. 50 in cui si tratta dell'incidenza della malattia che si verifichi in costanza della fruizione di ferie per cui *"La malattia insorta durante il periodo di ferie consecutive di cui al sesto comma dell' articolo 32, ne sospende la fruizione nelle seguenti ipotesi:*

a) malattia che comporta ricovero ospedaliero per la durata dello stesso;

b) malattia la cui prognosi sia superiore a sette giorni di calendario" laddove figura, per la prima e unica volta, un espresso richiamo al calendario (comune) che fa indubbiamente pensare ad una eccezionale puntualizzazione del criterio relazionale da seguire nell'alveo di una norma dedicata al "Trattamento in caso di malattia e infortunio non sul lavoro" con previsioni estese al tema del comporto;

2) il punto sub 3) dell'art. 50 riguardante il trattamento economico della malattia per cui testualmente *"Nell'ipotesi di cui ai commi terzo e quarto del precedente punto 2)*



Conservazione del posto il trattamento sarà il seguente:

- *per anzianità di servizio fino a 3 anni compiuti, intera retribuzione globale per i primi 3 mesi e metà retribuzione globale per i 6 mesi successivi;*
- *per anzianità di servizio oltre i 3 e sino ai 6 anni compiuti, intera retribuzione globale per i primi 4,5 mesi e metà retribuzione globale per i 9 mesi successivi;*
- *per anzianità di servizio oltre i 6 anni, intera retribuzione globale per i primi 6 mesi e metà retribuzione globale per i 12 mesi successivi"* : si consideri che in esso è formulato esclusivamente un riferimento economico al mese inteso come basilare unità per commisurare la retribuzione indipendentemente, cioè, dai giorni che, a seconda dei mesi, potrebbero essere, come si sa, pari a 30, 31 o anche a 28 se non a 29.

In secondo luogo, valga considerare che l'applicazione del calendario comune per ricavare dai mesi i giorni, si dimostrerebbe criterio in grado di indurre disparità di trattamento con (ben si può dire) incerti riflessi quantitativi in termini di giornate di assenza a seconda dei momenti annuali in cui si verificano, da lavoratore a lavoratore, gli stati di malattia.

Questo perché il dipendente che, per pura coincidenza, resti variabilmente assente dal lavoro nei mesi composti da un maggior numero di giornate (come gennaio, marzo, maggio, luglio, agosto ecc..) vedrebbe superare il periodo di preavviso sensibilmente prima di colui che, invece, versi altrettanto variabilmente in stato di malattia negli altri mesi che annoverano minori giornate (come febbraio, aprile ecc...); da qui dunque l'esigenza di un criterio unitario e certo in quanto foriero di pari effetti per tutte quante le ipotesi, quale quello imperniato sul mese ordinario di 30 giorni.

Pare inoltre che la problematica di cui ora si è dato conto, sia stata fatta oggetto di recente disamina giurisprudenziale, come si evince, per una fattispecie analoga di comportamento espresso in 18 mesi, da Cass. Sez. L, Sentenza n. 15222 del 22/7/2016, secondo la quale *"In tema di eccessiva morbilità del lavoratore, l'art. 21 del c.c.n.l. enti locali del 6 luglio 1995 fissa la durata massima del comportamento in diciotto mesi e, come si desume dal riferimento alla sommatoria aritmetica dei giorni di assenza, ne prevede il computo secondo un criterio unico, avente caratteristiche di omogeneità ed uniformità, sicché, posto che ai predetti fini il divisore deve essere sempre trenta anche se le assenze siano cadute in mesi dell'anno di durata inferiore o superiore a trenta giorni, i diciotto mesi equivalgono sempre e comunque a cinquecentoquaranta giorni"*.

Più in particolare, nel corpo della motivazione, si legge che *"Nessun elemento consente di computare secondo il calendario comune le assenze che abbiano una durata pari o superiore al mese. L'adozione di tale criterio comporterebbe una variabilità ingiustificabile del periodo di comportamento a seconda del triennio di riferimento preso in considerazione ovvero a seconda dei momenti in cui si verificano le malattie"*.

4.2. Non si vede, peraltro, la ragione per la quale le assenze di durata ultramensile dovrebbero essere calcolate secondo un criterio diverso da quelle di durata inferiore, che, una volta sommate, dovrebbero invece essere calcolate secondo il criterio della divisione per 30, ossia proprio con il criterio che la ricorrente intende contestare. E' evidente che il sistema di calcolo deve essere unico e avere caratteristiche di omogeneità e uniformità. Ai predetti fini il divisore deve essere sempre 30, anche se le assenze siano cadute in mesi dell'anno di durata inferiore o superiore a 30 giorni. E' dunque corretto ritenere che i 18 mesi del periodo di comportamento equivalgono sempre e comunque a 540 giorni, nella specie pacificamente



superati".

Anche nel caso in esame, che presenta corrispondenza con quello esaminato dalla Corte, deve pertanto valere la suindicata regola conducente al numero di 540 giorni in relazione ai 18 mesi puramente e semplicemente contemplati dal CCNL CONFAPI.

Si consideri, a questo punto, che la aveva ottenuto una serie di certificazioni mediche in cui il totale dei giorni di prognosi/convalescenza è stato oggettivamente pari nel complesso a 545 giorni, riportato nello specchietto che, in questo grado, figura riprodotto alla pagina 15 della memoria di costituzione della reclamata

Non uno in più, o alcuni giorni di più, come vorrebbe l'Azienda, in quanto non rileva che la certificazione medica seguente all'altra che vedeva cadere l'ultimo giorno di malattia esattamente in coincidenza col primo dell'ulteriore certificato in continuazione/prolungamento, fosse stato (incongruamente) preso in considerazione da quest'ultima prescindendo da quanto sancito in seno al precedente atto sanitario. In questo genere di ipotesi quel infatti deve, in maniera assorbente, valere è sempre il tenore prescrittivo dell'ultima attestazione medica di modo tale che, se in essa si stabilisce che la malattia parte dal 1° giugno 2014 (il giorno ricompreso nella precedente), dura 45 giorni e va pertanto a finire al quarantacinquesimo giorno compreso quello che si è detto, è lì e solo lì - dall'1/6 al 15/7/2014 - che la certificazione (per sua natura giuridica intesa come insuperabile attestazione) opera la sua esclusiva copertura, senza che si possa tollerare la (fittizia) aggiunta di un giorno.

Si confronti sul punto la tesi espressa dalla reclamata, segnatamente alle pagine 16 e 17 della memoria, al proposito notando pure che, se è vero che il 29, 30 e 31 agosto erano rimasti scoperti, dette giornate non possono essere ora classificate come malattia ma, molto più semplicemente, come assenze prive di giustificazione medica.

In estrema sintesi, i predetti certificati (si vedano le produzioni in atti) andavano a coprire esattamente 545 giorni e questa è, in definitiva, la misura per potere cogliere il superamento del comporta e, in ultima analisi, per poter quindi pervenire alla conclusione che l'odierna reclamante aveva effettivamente accumulato un'entità di assenze superiore a quella massima del comporta.

Il licenziamento vede perciò essenzialmente in questo dato la sua ragione giustificativa, non certo nelle 600 giornate menzionate nella sua lettera del 7 aprile 2015, poiché ivi erano state inconcepibilmente messe in conto le astensioni della donna per maternità.

E all'Azienda non toccava certo esprimere nell'atto di recesso ulteriori puntualizzazioni giacché a concretare la modalità di licenziamento impartito, bastava l'enunciazione della causale, nel suo retrostante aspetto concreto pianamente riscontrabile facendo capo a fonti del tutto oggettive e verificabili, ovverosia le certificazioni mediche e le buste paga al cospetto delle disposizioni di contratto valevoli per inquadrare il tipo di fenomeno verificatosi, sostanziandosi in tal modo, al contempo, un onere di motivazione in forma scritta che, a ben vedere, l'art. 2 L. 604/1966, considera soddisfatto mediante la specificazione del "motivo" che lo determina, il che non necessariamente significa la pedante enunciazione di tutte



quante le peculiarità del caso (si veda, soprattutto, la recente Sentenza n. 21377 del 24/10/2016 della Corte di Cassazione a sviluppo di un orientamento rimasto praticamente sempre fedele al principio per cui il datore di lavoro non è tenuto, a meno che non ne faccia richiesta il prestatore, a comunicare i singoli giorni di assenza purché in sede giudiziaria venga rispettato il relativo onere di allegazione probatoria in vista della giustificazione del potere di recesso; cfr. anche Cass. n. 2554 del 10/2/2015 che dà per assodato il fatto che il datore di lavoro non debba necessariamente dettagliare dati e circostanze ulteriori a quelle essenziali).

Questo vale dunque particolarmente a proposito del recesso per superamento del periodo di comporto, la cui legittima motivazione davvero si riduce a poche battute : numero di assenze, causali, certificazioni mediche e sussumibilità del caso concreto nella fattispecie legale di fonte collettiva.

Quanto all'origine professionale della malattia, cagionata da responsabilità dell'Impresa per violazioni di norme sulla sicurezza del lavoro, gli argomenti della reclamante vanno disattesi notando che : (i) gli assunti della lavoratrice non sono stati supportati da alcun accertamento peritale idoneo a far comprendere l'eziologia delle affezioni patite dalla , difettando in tal modo una fonte idonea ad enucleare la verosimiglianza dell'eziopatogenesi in rapporto alle condizioni lavorative e agli sforzi impiegati dalla dipendente per l'espletamento delle mansioni, di modo tale che una CTU non si gioverebbe di alcun plausibile substrato indiziario risolvendosi in un puro mezzo di ricerca della prova del fatto affermato; (ii) non depongono a favore della tesi in esame i lunghi periodi di assenza dal lavoro, anche (in questo caso sì) per maternità, risultando, per questo verso, un dato indiziario in linea di massima tendente ad escludere l'influenza diuturna e costante di pratiche operative scorrette per via di gravosi, ineludibili impegni psicofisici incidenti alla stregua di una noxa patogena sistematicamente protratta nel tempo; (iii) non di poco momento sono state le deposizioni dei testi, che hanno per lo più confermato che il processo produttivo che vedeva impegnata la consisteva nella movimentazione e nella saldatura sul banco di fili metallici, ivi previamente sistemati meccanicamente, affatto ponderosi poiché del peso massimo di pochi ettogrammi, mentre i più pesanti manufatti che ne derivavano (si trattava di cestelli metallici anche di qualche chilogrammo), non venivano però ordinariamente movimentati dalla donna e, quando questo succedeva, erano in corso rotazioni tra il personale del reparto, anche qui dunque una pratica opportuna che comportava l'alleggerimento rispetto ad una sola fase della lavorazione; (iv) secondario ma non trascurabile è il dato di fatto della mancanza di favorevoli pronunce dell'INAIL, il primo presidio adito dal lavoratore afflitto da una patologia dotata di possibili attinenze col lavoro operaio.

Escluso dunque il pregio anche di questo aspetto della domanda, il reclamo va respinto come da dispositivo con integrale compensazione delle spese in ragione della non normale complessità dei profili attinenti al periodo di comporto retamente computabile.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Milano, respinge il reclamo così confermando la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado.



Non sussistono nella specie i presupposti per l'applicazione dell'art. 13 comma 1 quater del DPR n. 115/2002 per il raddoppio del contributo unificato a carico della reclamante.

Milano, 3 aprile 2017 .

Il Consigliere rel.
dott. Roberto Vignati

Il Presidente.
dott.ssa Chiarina Sala.

