

Per l'addebito di scarso rendimento sono inutilizzabili le assenze per malattia

1. Asserita licenziabilità per scarso rendimento da eccessiva morbilità

In un periodo di crisi perdurante quale l'attuale, le imprese private e pubbliche ispirano i propri comportamenti alla riduzione dei costi e all'efficienza dei mezzi e delle risorse umane, con la conseguenza di procedere a scrollarsi di dosso, se possibile, lavoratori che forniscono prestazioni al minimo (o sotto il minimo) sia per negligenza sia per cd. eccessiva morbilità.

Ne è riprova il fatto che la giurisprudenza più recente ha dovuto occuparsi di licenziamenti per presunto scarso rendimento o morbilità intermittente, fattispecie entrambe ostative al regolare svolgimento del lavoro in azienda.

Ad aprire il fronte è stata Cass., sez. lav., 4 settembre 2014 n. 18678, seguita da Trib. Milano 16 gennaio 2015 n. 1341 e n. 8483 del 19 settembre 2015.

La Cassazione, esaminando una particolare fattispecie di assenze per malattia prevalentemente verificatesi nei giorni di fine e inizio settimana, in concomitanza di festività o di turni notturni - quantunque debitamente certificate e non determinanti superamento del comporto contrattuale per sommatoria - legittimò il licenziamento datoriale, in considerazione della loro incidenza negativa sull'organizzazione aziendale, quindi per giustificato motivo oggettivo ex art. 3, l. n. 604/1966.

In sintesi, la Cassazione del 2014 giunse ad affermare che assenze per malattia di breve durata (un giorno o due), effettuate sistematicamente "a macchia di leopardo" (così le definì la Corte di legittimità), comunicate all'ultimo momento, costantemente agganciate ai giorni di riposo del lavoratore e spesso avvenute nei turni di fine settimana oppure notturni, anche qualora non abbiano superato il periodo di comporto stabilito dalla contrattazione collettiva, in quanto rendono improficua o del tutto inutile per il datore la residua prestazione del lavoratore, costituiscono giustificato motivo obiettivo di licenziamento, ai sensi dell'art. 3 della legge 15 luglio 1966 n.604 e successive integrazioni e modificazioni.

Per sottrarre la fattispecie alla protezione di cui all'art. 2110 c.c. (che legittima la risoluzione automatica del rapporto senza motivazione e preavviso alcuno al superamento del cd. comporto), nella precitata sentenza la Cassazione tenne a precisare che: "*Per le modalità con cui le assenze si verificavano, che - riportate in sentenza (per un numero esiguo di giorni, due o tre, reiterate anche all'interno dello stesso mese, e costantemente "agganciate" ai giorni di riposo del lavoratore (n. 520 ore nel 1999, n. 232 nel 2000, n. 168 nel 2001, n. 368 nel 2002, n. 248 nel 2003) - non sono contestate dal lavoratore con l'odierno ricorso, le stesse, infatti, davano luogo ad una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile per la società, rivelandosi la*

stessa inadeguata sotto il profilo produttivo e pregiudizievole per l'organizzazione aziendale così da giustificare il provvedimento risolutorio".

Peraltro ricondusse (a nostro avviso non condivisibilmente) la causale del licenziamento allo "scarso rendimento" - che, come evidenziamo successivamente, è nozione giurisprudenziale presupponente la negligenza colpevole del lavoratore - così statuendo: *"E' legittimo il licenziamento intimato al lavoratore per scarso rendimento qualora sia risultato provato, sulla scorta della valutazione complessiva dell'attività resa dal lavoratore stesso ed in base agli elementi dimostrati dal datore di lavoro, una evidente violazione della diligente collaborazione dovuta dal dipendente - ed a lui imputabile - in conseguenza dell'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, avuto riguardo al confronto dei risultanti dati globali riferito ad una media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione. Ne consegue che è legittimo il licenziamento del lavoratore in presenza di assenze per malattia che pure non superino il periodo di comporto, ove queste, anche se incolpevoli, diano luogo a scarso rendimento e rendano la prestazione non più utile per il datore di lavoro, incidendo negativamente sulle esigenze di organizzazione e funzionamento dell'azienda, dando luogo a scompensi organizzativi".*

L'atteggiamento di rigore della Cassazione in quella sentenza fu (a nostro avviso) indubbiamente influenzato dalla particolarità del caso esaminato, in cui la tipologia delle assenze sembrò evidenziare una sorta di "tatticismo" da parte del lavoratore, idoneo ad atteggiare le assenze come "strategiche", in quanto non solo concentrate prima o dopo una festività o in occasione del turno notturno ma, soprattutto, comunicate con scarso anticipo e tali da non consentire al datore di lavoro di effettuare una programmazione idonea dell'attività.

2. Adesioni all'orientamento di Cass. n. 18678/14 da parte del Tribunale di Milano

Nello stesso senso si è pronunciata la sentenza di merito n. 1341 del 19 gennaio 2015, resa dal Tribunale di Milano, avallando un licenziamento per scarso rendimento disposto da un datore nei confronti del proprio dipendente assente per lunghi periodi per malattia. Il Tribunale ne ha affermato la legittimità, per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3, l. n. 604/1966, atteso che lo stesso licenziamento non sarebbe stato fondato sulla durata dei periodi di malattia fruiti dal lavoratore, quanto sul fatto che le specifiche prestazioni da quest'ultimo rese non sarebbero risultate più utili per il datore, avendo le stesse comportato continui disagi all'organizzazione aziendale, essendosi anche reso necessario far ricorso a sostituzioni, anche con

brevissimo preavviso, ed a continue prestazioni straordinarie o spostamenti di riposi di altri colleghi.

Nel caso di specie, il lavoratore licenziato era addetto allo svolgimento di attività di vigilanza e guardiania in favore di aziende terze committenti, attività questa che veniva articolata su tre turni per tutti i giorni dell'anno, così che la sua eccessiva morbilità aveva spesso finito per determinare la scopertura dei servizi che erano stati appaltati al suo datore di lavoro, oltre che la stessa potenziale perdita di alcune commesse.

Lo stesso principio di diritto viene affermato dal Tribunale di Milano nell'ordinanza successiva n. 8483 del 19 settembre 2015, ove dispone che: *"Ai fini del licenziamento per scarso rendimento da eccessiva morbilità rifluente in scarso rendimento ciò che conta non è la colpevolezza/negligenza o meno del lavoratore, ma il fatto che le assenze, anche se incolpevoli, abbiano di fatto ed in modo oggettivo dato luogo ad un rendimento così scarso da non essere la prestazione utile per il datore di lavoro. pertanto il licenziamento è legittimo qualora sia risultato provato, sulla scorta della valutazione complessiva dell'attività resa dal lavoratore stesso ed in base agli elementi dimostrati dal datore di lavoro, una evidente violazione della diligente collaborazione dovuta dal dipendente - ed a lui imputabile - in conseguenza dell'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, avuto riguardo al confronto dei risultanti dati globali riferito ad una media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione (Cass., n. 3876 del 2006).*

La censura di disapplicazione dell'art. 2110 c. c. non può essere accolta atteso che nel caso in esame il licenziamento non è stato intimato, pacificamente, per superamento del periodo di comporto, ma in quanto le assenze avrebbero interferito a tal punto con l'attività lavorativa da rendere di fatto la prestazione non fruibile da parte dell'azienda. Pertanto il richiamo all'art. 2110 c.c. non è pertinente, disciplinando lo stesso un caso affatto diverso da quello in esame".

3. Puntualizzazioni di segno opposto da parte della successiva Cass. n. 16472/15

Tornando alla sentenza della Cassazione n. 18678/14 innanzi riferita - che evidentemente si era fatta carico delle esigenze datoriali in un periodo di crisi delle imprese tale da non tollerare ulteriormente prestazioni lavorative inadeguate conseguenti a deprecabili furbizie del lavoratore, apparentemente quanto presuntivamente risultanti per fatti concludenti, sebbene formalmente coperte da certificazioni sanitarie - le sue statuizioni suscitarono negli imprenditori entusiasmi e aspettative di un nuovo orientamento a loro favorevole.

Entusiasmi che, tuttavia, la stessa Cassazione - nella successiva decisione n. 16472 (del 5 agosto 2015) - finì per spegnere, operando puntuali precisazioni in occasione dell'esame di un licenziamento irrogato ad un lavoratore per cd. giustificato motivo oggettivo motivato dalla scarsa produttività e dalle reiterate assenze per malattia.

Da parte di Cass. n. 16472/2015 si precisò espressamente, giustappunto per evitare che una sentenza (Cass. n. 18678/14) resa per un caso del tutto particolare originasse un orientamento di carattere generale, che: "*l'ipotesi dello scarso rendimento ...diversa e separata da quella concernente la malattia ... che determini inabilità al servizio, impedisce che, in sede di valutazione del comportamento del lavoratore riconducibile a detta ipotesi, possa tenersi conto, oltre che delle diminuzioni di rendimento determinate da imperizia, incapacità, negligenza, anche di quelle determinate da assenze per malattia...*" atteso altresì che "*mentre lo scarso rendimento è caratterizzato da colpa del lavoratore, non altrettanto può dirsi per le assenze dovute a malattia*". La contraria opinione (che sembra condivisa in un passaggio della motivazione di Cass. n. 18678/14, che però riguarda una fattispecie non coincidente con quella per cui oggi è processo) si pone in contrasto con l'*ultratrentennale e sempre costante giurisprudenza di questa S.C. - cui va data continuità - che, a partire da Cass. S.U. n. 2072/80, ha sempre statuito che, anche in ipotesi di reiterate assenze del dipendente per malattia, il datore di lavoro non può licenziarlo per giustificato motivo, ai sensi dell'art. 3 legge n. 604/66, ma può esercitare il recesso solo dopo che si sia esaurito il periodo all'uopo fissato dalla contrattazione collettiva, ovvero, in difetto, determinato secondo equità.*

Né, infine, lo scarso rendimento può essere di per sé dimostrato dai plurimi precedenti disciplinari del lavoratore già sanzionati in passato, salvo volere ammettere un'indiretta sostanziale duplicazione degli effetti di condotte ormai esaurite".

Pertanto viene riaffermata, dalla stessa Corte di cassazione, la non riconducibilità dell'incolpevole rendimento (*rectius*, prestazione) conseguente a malattia sia unitaria come intermittente, nel cd. scarso rendimento, suscettibile di legittimare il licenziamento.

Trattasi infatti di due fattispecie distinte e diverse, poiché la mancata prestazione da malattia è intrinsecamente incolpevole, mentre lo scarso rendimento contestabile dal datore presuppone necessariamente la colpevole negligenza del lavoratore; quindi l'evento afflittivo della salute, se certificato sussistente, pertanto non simulato, gode della salvaguardia accordatagli dall'art. 2110 c.c., che consente il licenziamento una volta che siano superati (in termini di giorni di assenza, strutturanti il cd. periodo di comporto) i limiti di tollerabilità per l'azienda, definiti solitamente nei contratti collettivi o secondo equità. Ne consegue che assenze saltuarie o intermittenti, computabili per

sommatoria ai fini dell'esaurimento del comperto, occasioneranno la legittima risoluzione del rapporto una volta eccedenti il *quantum* di giorni di tolleranza contrattualmente definito, non già prima. Il sospetto di simulazione della malattia cede in presenza di una certificazione medica (anche suppostamente compiacente), per il cui riscontro di veridicità il datore detiene lo strumento della visita fiscale o della querela di falso.

4. La corretta nozione di "scarso rendimento" imputabile, asserita da Cass. 14310/15

Relativamente allo scarso rendimento - fattispecie alla cui strutturazione non possono "giuridicamente" concorrere le assenze per malattia certificata (anche se fattualmente occasionano una mancata prestazione lavorativa) - merita ricordare quanto ha statuito recentemente Cass. 9 luglio 2015, n. 14310, secondo cui: *"nel contratto di lavoro subordinato, il lavoratore non si obbliga al raggiungimento di un risultato ma alla messa a disposizione del datore delle proprie energie, nei modi e nei tempi stabiliti, con la conseguenza che il mancato raggiungimento del risultato prefissato non costituisce di per sé inadempimento, giacché si tratta di lavoro subordinato e non dell'obbligazione di compiere un'opera o un servizio (lavoro autonomo). Ove tuttavia, siano individuabili dei parametri per accertare che la prestazione sia eseguita con la diligenza e professionalità medie, proprie delle mansioni affidate al lavoratore, il discostamento dai detti parametri può costituire segno o indice di non esatta esecuzione della prestazione (Cass., 20 agosto 1991, n. 8973). E' dunque evidente che, per stabilire se tale segno dimostri univocamente che vi è stato inadempimento, è necessario valutare la condotta nel suo complesso per un'apprezzabile periodo di tempo, tenendo bene a mente che il mancato raggiungimento del parametro non va confuso con l'oggetto dell'accertamento, che è costituito dall'inesatta o incompleta o mancata esecuzione della prestazione".*

Ciò detto, nel caso posto all'esame, la S. Corte ha ritenuto legittimo il licenziamento di un operatore commerciale (buyer) - obbligato, come i suoi colleghi, alla redazione di rapportini giornalieri evidenzianti l'assolvimento degli impegni di lavoro - in quanto, considerato l'arco temporale (6 mesi circa, nel caso di specie) compreso tra l'invio del primo rapporto settimanale e il momento della contestazione come necessario (e sufficiente) per monitorare l'attività del dipendente e confrontarla con quella degli altri dipendenti, è emersa la sussistenza di una sproporzione significativa tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, raffrontato altresì con le superiori *performances* dei colleghi, anche di inquadramento inferiore e di minore anzianità. (cfr. altresì Cass., 22 gennaio 2009, n. 1632).

L'addebito al lavoratore di "scarso rendimento", in quanto si sostanzia nella violazione dell'obbligo di diligenza e di collaborazione con il datore di lavoro deve, pertanto, essere costituito non già da un unico e specifico episodio, o da più episodi singolarmente considerati, bensì da una condotta continuativa, che si è protratta nel tempo e che deve essere unitariamente considerata al fine di valutare la sussistenza dell'inadempimento e la sua gravità nell'ottica del sinallagma contrattuale. Il licenziamento per cosiddetto "scarso rendimento", invero, costituisce un'ipotesi di recesso del datore per notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore - riconducibile nel giustificato motivo soggettivo di cui all'art. 3 l. n. 604/1966 - che, a sua volta, si pone come specie della risoluzione per inadempimento, prevista dagli artt. 1453 e segg. cod. civ.

5. Considerazioni conclusive

A conclusione va detto che, allo stato, si registrano due orientamenti contrapposti in seno alla Suprema corte, di cui: a) l'uno favorevole al licenziamento per g.m.o. (a prescindere dal superamento del comportamento) in caso di scarso rendimento derivante da malattie intermittenti certificate, sempreché il datore ne provi l'improficuità o antieconomicità e la non utilizzabilità in azienda, anzi il disservizio conseguente, l'altro b) che ritiene, invece, malattie e scarso rendimento fattispecie distinte non sovrapponibili per cui le malattie anche intermittenti in quanto incolpevoli non possono essere utilizzabili nella prova dello scarso rendimento che presuppone la colpa per negligenza del prestatore, cosicché la legittimità del licenziamento per scarso rendimento da cd. eccessiva morbilità si realizza solo al superamento della tollerabilità datoriale pattuita nei prestabiliti periodi di comportamento contrattuale, siano essi di cd. tipo secco sia per sommatoria, quest'ultimo appositamente introdotto nei contratti collettivi per definire una soglia di tollerabilità datoriale a fronte della morbilità intermittente (cd. eccessiva morbilità), al superamento della quale il licenziamento è automatico. Giustappunto con l'introduzione da parte degli agenti contrattuali del comportamento per sommatoria di malattie reiterate, con cadenza intermittente e non continuativa quale ricorre per la malattia unitaria - in aggiunta al cd. comportamento secco - si definì negli anni '80 la dibattuta problematica del licenziamento per eccessiva morbilità, legittimandolo solo al superamento della sommatoria delle plurime, frazionate malattie, entro un arco annuale o pluriennale. Soluzione che secondo gli interpreti di Cass. n. 18678/14, resa per una fattispecie apparentemente sospetta di simulazione, quest'ultima sembrerebbe aver voluto rimettere in discussione.

Per la risoluzione di quello che appare un contrasto interno alla Cassazione, eminentemente da parte datoriale e loro difensori, si auspica l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite.

In tale situazione di parziale incertezza è implicita la raccomandazione ai lavoratori di ispirare i propri comportamenti a senso di responsabilità superiore all'usuale, onde evitare di esporsi al rischio della perdita del posto di lavoro, evento attualmente oltremodo pregiudizievole stante le rarefatte alternative nel mercato del lavoro.

Mario Meucci - Giuslavorista

Roma, febbraio 2016