

**Corte di Cassazione, sez. Lavoro, sentenza 4 ottobre 2016 – 10 gennaio 2017, n. 284**

*Presidente Amoroso – Relatore Negri Della Torre  
Svolgimento del processo*

Con sentenza n. 2717/2014, depositata il 28 marzo 2014, la Corte di appello di Roma respingeva il gravame proposto da D.T. nei confronti della sentenza di primo grado, con la quale il Tribunale di Roma aveva dichiarato legittimo il licenziamento alla stessa intimato, in data 28/4/2011, dalla Tonucci & Partners Associazione Professionale per superamento del periodo di comporto.

La Corte osservava, a sostegno della propria decisione, come l'appellante, con il ricorso introduttivo del giudizio, non avesse contestato di essere stata effettivamente assente nei giorni (per un numero complessivo superiore a centoottanta) indicati dalla datrice di lavoro nella lettera di comunicazione del recesso, contestando invece che i giorni di assenza, in cui si era sottoposta a trattamenti di emodialisi, potessero essere computati nel periodo di comporto (e peraltro - notava la Corte - alla stregua di una disposizione di fonte collettiva che, come già accertato dal primo giudice, senza che sul punto fosse stato interposto appello, non era applicabile al rapporto di lavoro in quanto successiva alla sua cessazione); né avesse la lavoratrice sostenuto, nel medesimo ricorso (ma lo avesse affermato nel seguito del giudizio e, pertanto, tardivamente) che nei giorni di emodialisi fosse presente al lavoro (ad esempio, la mattina, stante la natura a tempo parziale del rapporto), posto che, assumendo la non computabilità delle assenze, aveva con ciò ammesso che si trattava di giorni di assenza per malattia e che tale assenza era stata giustificata mediante le certificazioni di emodialisi inviate al datore di lavoro. La Corte osservava, inoltre, come l'invio di tali certificazioni durante il periodo feriale costituisse dimostrazione della volontà della lavoratrice di interrompere le ferie a causa della malattia: volontà che aveva trovato conferma nel comportamento successivo della D. , avendo ella chiesto che venisse modificato il titolo dell'assenza e poi accettato la busta paga, sostitutiva della prima, che imputava i giorni in questione a malattia e non più a ferie. Ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza la lavoratrice con tre motivi; l'Associazione professionale ha resistito con controricorso. Entrambe le parti hanno depositato memoria.

*Motivi della decisione*

Con il primo motivo, deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 5 I. n. 604/1966, la ricorrente censura la sentenza impugnata per avere il giudice di merito considerato raggiunta la prova del superamento del periodo di comporto contrattualmente stabilito nonostante che di tale fatto non fosse stato offerto alcun riscontro documentale con la costituzione in giudizio dell'Associazione Professionale e che alla lettera di impugnazione del licenziamento, con la quale pure era stato espressamente chiesto di specificare e documentare i motivi del recesso, la datrice di lavoro non avesse dato alcuna risposta. Con il secondo motivo, deducendo il vizio di cui all'art. 360 n. 5 c.p.c., la ricorrente censura la sentenza impugnata per avere la Corte omissa di esaminare un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione fra le parti e cioè che i trattamenti di emodialisi, in relazione ai quali il datore di lavoro aveva calcolato le assenze per malattia ai fini del superamento del periodo di comporto, facendole

coincidere con i giorni di sottoposizione al trattamento, avvenivano prevalentemente di pomeriggio, dopo che la ricorrente, il cui rapporto di lavoro era stato trasformato da tempo pieno a tempo parziale (con orario 9.00-13.00), aveva reso le proprie prestazioni la mattina: circostanza su cui il primo giudice aveva dato ingresso alle prove testimoniali e la cui valutazione, pur avendo gli esiti della prova formato oggetto di uno specifico motivo di gravame, era stata del tutto trascurata dalla Corte territoriale.

Con il terzo motivo, deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 2109 e 2110 c.c. nonché degli artt. 1175 e 1375 c.c. e dell'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la ricorrente censura la sentenza impugnata per avere la Corte di appello ritenuto legittima la conversione dei giorni di ferie (nel mese di agosto 2010) in giorni di malattia, nonostante che la lavoratrice non ne avesse fatto richiesta, limitandosi (come sempre aveva fatto nel corso del rapporto) ad inviare gli attestati di effettuazione della dialisi; e inoltre per aver ritenuto la prova del superamento del periodo di comporto in presenza non già di apposte certificazioni mediche contenenti diagnosi e prognosi ma di semplici attestazioni dei trattamenti di emodialisi recanti l'indicazione dei giorni in cui gli stessi erano stati effettuati.

È fondato, e deve essere accolto, il secondo motivo di ricorso.

La sentenza impugnata ha, infatti, totalmente trascurato di prendere in considerazione le risultanze delle prove testimoniali ammesse e assunte nel corso del primo grado di giudizio e relative all'effettuazione di parte dei trattamenti di dialisi nel pomeriggio, dopo che la ricorrente aveva già reso, al mattino, la propria prestazione lavorativa, e ciò pur in presenza di un motivo di appello che ne aveva sollecitato il riesame.

La circostanza è "decisiva", nel senso della sua attitudine, ove accertata, a determinare un esito difforme della controversia, potenzialmente venendo a incidere sul computo del numero di assenze per malattia rilevanti ai fini dell'eventuale superamento del periodo di comporto.

Né il giudice di appello avrebbe potuto esimersi dal compiere tale valutazione, tenuto conto che: (a) il mutamento, nel corso del giudizio di primo grado, della linea difensiva della ricorrente, conseguente alla constatazione della inapplicabilità *ratione temporis* del CCNL per gli Studi Professionali del 29/11/2011 che aveva innovato nella disciplina delle assenze computabili, si era risolto in una mera precisazione di fatti già allegati con il ricorso introduttivo; (b) il primo giudice aveva motivato il rigetto della domanda sia sul piano processuale, sia anche sul piano probatorio, così fondando le proprie conclusioni su un duplice e concorrente corredo argomentativo, posto che, dopo avere dato ingresso alle prove dedotte dalla lavoratrice, ne aveva ritenuto le risultanze, per limiti oggettivi e di attendibilità, inidonee a contrastare il dedotto superamento del periodo di comporto. Risultano, invece, infondati il primo e il terzo motivo, nelle parti in cui non ripropongono la stessa questione già oggetto del secondo motivo di ricorso o questioni alla medesima connesse.

In particolare, si deve ribadire, quanto al primo motivo, il consolidato orientamento di legittimità, per il quale il licenziamento per superamento del periodo di comporto è assimilabile non già ad un licenziamento disciplinare ma ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo; così che "solo

impropriamente, riguardo ad esso, si può parlare di contestazione delle assenze, non essendo necessaria la completa e minuta descrizione delle circostanze di fatto relative alla causale e trattandosi di eventi, l'assenza per malattia, di cui il lavoratore ha conoscenza diretta. Ne consegue che il datore di lavoro non deve indicare i singoli giorni di assenza, potendosi ritenere sufficienti indicazioni più complessive, idonee ad evidenziare un superamento del periodo di comporto in relazione alla disciplina contrattuale applicabile, come l'indicazione del numero totale delle assenze verificatesi in un determinato periodo, fermo restando l'onere, nell'eventuale sede giudiziaria, di allegare e provare, compiutamente, i fatti costitutivi del potere esercitato": Cass. n. 11092/2005. Conformi: n. 23312/2010; n. 23920/2010.

Quanto al terzo motivo, si deve anzitutto osservare che sulla sospensione del decorso delle ferie per malattia intervenuta durante il periodo feriale si è pronunciata la Corte costituzionale che, con sentenza n. 616/1987, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 2109 c.c. nella parte in cui non prevede che la malattia insorta durante il periodo feriale ne sospenda il decorso.

È poi da ritenere che la trasmissione al datore di lavoro, da parte del lavoratore, di certificazione di malattia durante il periodo feriale e in relazione a giorni compresi in tale periodo valga quale richiesta di modificazione del titolo dell'assenza (da ferie a malattia), pur in assenza di una espressa comunicazione (scritta od orale) al riguardo, trattandosi di atto cui è consegnata, in modo inequivoco, la volontà del soggetto di determinare l'effetto giuridico della conversione.

Nella specie, peraltro, il giudice di secondo grado ha accertato la volontà della lavoratrice di interrompere le ferie in concomitanza con i giorni di sottoposizione ai trattamenti di emodialisi non solo sulla base dell'invio delle relative attestazioni ospedaliere ma anche sulla base del comportamento successivo dalla stessa tenuto e cioè dell'accettazione di un nuovo cedolino paga, con imputazione a malattia delle giornate di trattamento e conseguente ricalcolo delle competenze, in sostituzione del primo, senza che su tale punto specifico, di per sé autonomamente idoneo e sufficiente a confermare la volontà di convertire il titolo dell'assenza, sia stata formulata dalla ricorrente alcuna censura.

D'altra parte, non può negarsi alle suddette attestazioni adeguato valore certificatorio, ai fini del riconoscimento dello stato di malattia, in quanto concernenti terapie fisiche dipendenti con carattere di necessità da una stabile condizione patologica.

Risulta, infine, del tutto inconferente il richiamo, ugualmente contenuto nel terzo motivo di ricorso, al vizio di violazione di norme di diritto con riferimento all'art. 26 ("L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità") della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, cui l'art. 6 del Trattato di Lisbona ha conferito lo stesso valore giuridico dei trattati: norma che dovrebbe comportare, secondo la ricorrente, l'impossibilità di computare i giorni di ferie trasformati in malattia nel periodo di comporto.

È, infatti, da osservare in proposito come - a seguito di ratifica con Decisione

del Consiglio 2010/48/CE del 26/11/2009 - sia diventata parte integrante del diritto della Unione Europea la nozione di 'disabilità' formulata nell'art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità approvata il 13 dicembre 2006 ("Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others") e cioè una nozione che, proponendo un modello "sociale" di disabilità, riconfigurata sulla base di una relazione tra menomazione personale ed esistenza di barriere ambientali e sociali, non è in alcun modo sovrapponibile alla condizione della ricorrente, né sotto il profilo della natura dei fattori incidenti su tale condizione, né sotto quello delle opportunità di un pieno ed effettivo apporto partecipativo alla vita della collettività.

La sentenza deve conseguentemente essere cassata in relazione al secondo motivo di ricorso e la causa rinviata, anche per le spese, alla Corte di appello di Roma, la quale procederà all'esame in precedenza omissa e, pertanto, ad accertare se, e con quale frequenza, la ricorrente si sia sottoposta ad emodialisi di pomeriggio, dopo avere fornito la propria prestazione la mattina, riconsiderando - all'esito di tale accertamento - la questione dell'avvenuto superamento o meno del periodo di comporta.

*P.Q.M.*

la Corte accoglie il secondo motivo di ricorso; respinge gli altri; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per le spese, alla Corte di appello di Roma in diversa composizione.