ASSENZA PER MALATTIA E TARDIVA TRASMISSIONE DEL CERTIFICATO MEDICO: QUANDO È CONFIGURABILE L'ASSENZA INGIUSTIFICATA? LE POSIZIONI DELLA CORTE DI CASSAZIONE ALLA LUCE DELL'ORDINANZA 33134 DEL 10 NOVEMBRE 2022

scritto da goal | 3 Febbraio 2023



di Paolo Galbusera* e Andrea Ottolina*

Nell'ultimo periodo sta suscitando abbastanza clamore tra i commentatori e gli operatori del settore **l'ordinanza n. 33134 del 10 novembre 2022**, con la quale la **Corte di Cassazione** ha confermato l'illegittimità per insussistenza del fatto contestato di un licenziamento per giusta causa irrogato ad un lavoratore che, assente per malattia, aveva consegnato il certificato medico solo dopo aver ricevuto la contestazione disciplinare, decorsi sette giorni dall'inizio dell'assenza.

Nello caso specifico, al lavoratore era stato contestato disciplinarmente di essere rimasto assente senza giustificazione a decorrere dall'inizio dell'assenza per malattia e sino alla data della contestazione stessa. Il lavoratore, nell'ambito delle proprie giustificazioni ai sensi dell'art. 7 Statuto Lavoratori, aveva provveduto a trasmettere

il certificato medico giustificante l'assenza in questione, ma il datore di lavoro, ritenendo tale produzione tardiva rispetto ai termini indicati dal Ccnl applicabile ed essendosi protratta l'assenza ingiustificata oltre il limite di tre giorni previsto dal medesimo Ccnl (art. 74 lett. b ccnl Abbigliamento Industria), aveva proceduto con il licenziamento in tronco.

Ebbene, con la decisione in commento la Corte di Cassazione ha confermato la sentenza di secondo grado precisando che, nel caso in cui il Ccnl di riferimento preveda l'ipotesi della **tardiva giustificazione**, non sussiste un'assenza ingiustificata quando il lavoratore provveda a consegnare il certificato medico di malattia anche solo dopo aver ricevuto la contestazione disciplinare. In tal caso, quindi, il licenziamento deve essere considerato un atto illegittimo per insussistenza del fatto contestato e comporta la reintegrazione del dipendente e il relativo risarcimento del danno.

Come detto, molti operatori, nel commentare l'ordinanza in questione, hanno criticato l'interpretazione data dalla Cassazione, sottolineando come essa non avrebbe tenuto conto del principio secondo cui la mancanza della giustificazione dell'assenza dovrebbe essere rapportata al momento in cui la stessa avrebbe dovuto essere data, cioè a ridosso dei giorni di malattia. Inoltre, è stato evidenziato come la sentenza in argomento porterebbe al paradossale effetto di permettere al lavoratore di restare ininterrottamente assente senza doversi preoccupare di fornire una giustificazione, ben potendo sottrarsi al provvedimento espulsivo consegnando un certificato mendico solo successivamente all'eventuale contestazione disciplinare da parte del datore di lavoro. Tali critiche, all'esito di un'attenta lettura della motivazione dell'ordinanza, appaiono tuttavia eccessive.

Con riferimento alla seconda delle perplessità evidenziate, è la stessa Cassazione, nella motivazione dell'ordinanza in

commento, a chiarire che, in ogni caso, l'accertamento da parte del medico di fiducia non può sopravvenire a distanza di lungo tempo senza che siano presenti ragionevoli giustificazioni connesse ad accertamenti necessari. Pertanto, ove l'arco temporale si dilati oltremodo, viene meno la possibilità stessa di ritenere l'assenza, seppur tardivamente, giustificata e, dunque, la condotta può essere punibile anche con il licenziamento disciplinare.

Ciò premesso, nel prendere la decisione in esame la Corte di Cassazione non ha fatto altro che applicare le previsioni del Ccnl di riferimento (ccnl Abbigliamento Industria). Tale Contratto Collettivo, all'art. 60, fornisce sì una precisa tempistica che il lavoratore è tenuto a rispettare in caso di assenza per malattia, con onere di comunicazione entro ventiquattro ore e di consegna del relativo certificato non oltre i tre giorni dall'inizio dell'assenza, ma, al successivo art. 72, avente ad oggetto le norme sui provvedimenti disciplinari, stabilisce che la multa o la sospensione potranno essere inflitte al lavoratore nel caso in cui egli non abbia comunicato e non abbia giustificato l'assenza con le modalità e nei termini previsti dagli articoli precedenti.

Nella fattispecie in esame, quindi, sono state le parti sociali, nell'ambito della contrattazione collettiva, a differenziare l'ipotesi di assenza ingiustificata da quella di assenza giustificata tardivamente, qualificando la seconda come mancanza di minor gravità, passibile di sanzione conservativa, rispetto alla prima. In questo caso la Cassazione non avrebbe pertanto potuto prendere una decisione differente e ciò coerentemente al principio, da lei stessa fissato, secondo cui, nell'ipotesi di un comportamento del lavoratore invocato dal datore di lavoro come giusta causa di licenziamento e configurato dal contratto collettivo come infrazione disciplinare cui consegua una sanzione conservativa, il Giudice di merito non può discostarsi da tale previsione, trattandosi di condizione di maggior favore fatta

espressamente salva dall'art. 12 della legge 604/1966 (si veda ad es. Cass. n. 8621/2020). La stessa Corte di Cassazione, trovandosi ad esaminare fattispecie simili a quella oggetto dell'ordinanza n.33134/2022 ma regolate da altri Ccnl, ha preso decisioni differenti. Si veda ad esempio la sentenza n. 26465/2017, nella quale la Cassazione ha ritenuto legittimo il licenziamento comminato ad un lavoratore assente per malattia per essersi reso inadempiente proprio rispetto agli obblighi di comunicazione previsti dallo stesso Ccnl. Infatti il Contratto Collettivo Industria Metalmeccanica, analogamente a quanto previsto ad esempio dal Ccnl Commercio, fissa innanzitutto dei termini ben precisi per la comunicazione dell'assenza per malattia (entro il primo giorno) e per la trasmissione del relativo certificato medico (entro due giorni), precisando che il mancato rispetto di tali termini rende ingiustificata l'assenza. Ciò premesso, il Ccnl in questione, nell'articolo relativo ai provvedimenti disciplinari, prevede la sanzione del licenziamento disciplinare in caso di assenze ingiustificate prolungate oltre quattro giorni e ciò, pertanto, a prescindere che il lavoratore produca effettivamente il certificato medico dopo il quarto giorno di assenza.

Come si può vedere, quindi, la Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 33134/2022, non ha inteso fissare un principio generale secondo cui il certificato medico tardivo giustifica sempre e comunque l'assenza, ma si è limitata ad applicare quanto previsto dalla contrattazione collettiva. Per questo motivo, tutte le volte che si verifichi una tardiva trasmissione del certificato medico da parte del lavoratore assente per malattia, il datore di lavoro, prima di adottare qualsiasi decisione da un punto di vista disciplinare, dovrà analizzare attentamente le norme del Ccnl applicabile al caso concreto.

**Avvocato in Milano – Galbusera & Partners*