



**TRIBUNALE DI NAPOLI**  
**SEZIONE LAVORO**

Il Tribunale di Napoli – Sezione Lavoro – nella persona della dott.ssa M. Rosaria Elmino visti gli atti e sciogliendo la riserva di cui all’udienza del 19.10.2021, nella causa iscritta al n. 20555/2020 R.G. Lavoro, avente ad oggetto: ricorso ex art. 1 comma 47 e segg. legge 92\2012 proposto da \_\_\_\_\_ contro \_\_\_\_\_, in persona dell’Amministratore Unico p.t.

**OSSERVA**

Parte ricorrente con ricorso depositato il 15.12.2020 impugnava il licenziamento irrogato in data 23.07.2020 dalla società resistente, esercente attività di fisiokinesiterapia in Napoli e denominata “\_\_\_\_\_”, alle cui dipendenze aveva lavorato sin dal 14.05.2014 con mansioni di direttore amministrativo, inquadrata nel livello F1 CCNL Servizi Assistenziali AIAS. Deduceva che già in data 28.12.2018 era stata oggetto di precedente licenziamento per motivi disciplinari da parte dell’odierna società convenuta, e che contro lo stesso aveva poi proposto impugnativa davanti a questo Tribunale, conclusasi nella prima fase con la declaratoria di illegittimità dello stesso e condanna della società convenuta al reintegro nel posto di lavoro precedentemente occupato.

All’esito della reintegra la società comunicava i nuovi turni di lavoro che la lavoratrice dichiarava di non accettare, ritenendo illegittima ed arbitraria la condotta aziendale, volta a non ottemperare quanto disposto in sede giudiziale. Seguiva uno scambio di comunicazioni tra il difensore della ricorrente e la società datrice, con contestazione da parte della lavoratrice delle mansioni assegnate alla stessa; all’esito, in data 23.07.2020 la società convenuta irrogava alla \_\_\_\_\_ un provvedimento di licenziamento per superamento del periodo di comportamento ex art. 57 CCNL AIAS (superamento del limite di 180 giorni), che veniva impugnato stragiudizialmente in data 27.07.2020.

Con riguardo a tale provvedimento espulsivo la ricorrente eccepiva, in primo luogo, la natura ritorsiva del licenziamento, in quanto non si era verificato il superamento del periodo di comportamento e pertanto la società aveva irrogato il licenziamento al solo fine di reagire ingiustamente all’impugnativa del precedente licenziamento.

Nel merito contestava il superamento del periodo di comportamento avendo la società convenuta errato nel computo del triennio precedente rispetto all’ultimo giorno di malattia considerato.

Nella lettera di licenziamento, difatti, il conteggio dei giorni era stato operato partendo a ritroso fino alla data del 01.07.2017 anzichè 22.07.2017,



corrispondente al triennio antecedente l'ultimo giorno di malattia considerato (22.7.2020).

Tanto premesso, concludeva chiedendo “*condannarsi la S.r.l. a reintegrare l'istante nel posto di lavoro, nonché a risarcirle il danno ex art. 18 L. 300/70 così come modificato dalla L. 108/90, e dalla L. 92/2012 nella misura di tutte le retribuzioni maturate e maturande dalla data di licenziamento e sino all'effettiva reintegra ed il versamento dei relativi contributi, ovvero dichiararsi la continuità giuridica del rapporto di lavoro tra la S.r.l. e l'istante e condannarsi la prima al pagamento in favore della ricorrente di tutte le retribuzioni maturate e maturande a far data dall'illegittimo licenziamento e fino all'effettivo ripristino, tenuto conto che la retribuzione mensile percepita dalla ricorrente è pari ad €. 2.000,00 netti, ovvero, ancora condannarsi la S.r.l. a reintegrare l'istante nel posto di lavoro in precedenza occupato e a risarcirle il danno fino ad un massimo di dodici mensilità ed il versamento dei contributi previdenziali per l'intero periodo, ovvero, infine, condannarsi la S.r.l. a reintegrare l'istante nel posto di lavoro in precedenza occupato e a risarcirle il danno in misura tra dodici e ventiquattro mensilità della retribuzione globale di fatto, da valutarsi da parte del Giudice, tenuto conto delle dimensioni della S.r.l., del volume di affari della stessa, dell'anzianità di servizio della ricorrente delle difficoltà a trovare una nuova occupazione in un periodo di crisi economica come quello attuale ed all'età della stessa, o, in alternativa, condannare la S.r.l. a risarcirle il danno in misura tra sei e dodici mensilità*”; con vittoria di spese ed attribuzione.

Parte resistente si costituiva opponendosi alla domanda contestando, in particolare, la dedotta natura ritorsiva del licenziamento, ed inoltre, la insussistenza dell'errore di conteggio del periodo per sommatoria ed, in ogni caso, fornendo l'indicazione di ulteriori giorni di malattia – sempre ricompresi nel triennio considerato ai fini del calcolo del periodo di comportamento decorrente dal 22.7.2020 – ad integrazione e correzione del prospetto riportato nella lettera di licenziamento; sulla scorta di tale indicazione la ricorrente aveva difatti totalizzato un numero di 182 giorni di malattia, superando il periodo di 180 considerato dal CCNL di categoria.

Concludeva chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla udienza di comparizione veniva espletato il tentativo di conciliazione che dava esito negativo.

Il GL si riservava ed all'esito, esaminati gli atti, invitava con ordinanza parte ricorrente a prendere posizione in merito alle nuove allegazioni di parte resistente. La ricorrente non accettava il contraddittorio sul punto, considerando ogni nuova allegazione come inammissibile *mutatio* del fatto costitutivo posto alla base del licenziamento.



Rinviata nuovamente la causa per la discussione e concesso termine per note, all'udienza del 19 ottobre 2021 il Giudice si riservava la decisione.

Come già innanzi esposto, il licenziamento in oggetto è stato intimato per superamento del periodo di comportamento ai sensi dell'art. 57 del C.C.N.L. dipendenti associazioni aderenti all'AIAS; tale norma prevede quale termine massimo per la conservazione del posto di lavoro un'assenza per malattia fino a 180 giorni, anche non continuativi, con sommatoria dei giorni rientranti nel triennio precedente all'ultimo giorno di assenza per malattia del lavoratore.

Alla ricorrente, infatti, veniva comunicato di essersi assentata per malattia per il periodo complessivo di 188 giorni sulla base delle certificazioni mediche prodotte al datore di lavoro (cfr missiva del 23.07.2020).

Quanto più specificamente alla dedotta inapplicabilità del contratto collettivo AIAS devesi rilevare innanzitutto che tale normativa collettiva ha sempre trovato pacifica applicazione al rapporto di lavoro della ricorrente, come si ricava dalle stesse allegazioni di cui al ricorso introduttivo (cfr. in atti)

In punto di diritto, poi, il principio di diritto circa la libera scelta del datore di lavoro del CCNL da applicare risulta ormai consolidato.

Con ord. 06.09.2019, n. 22367, la Corte di Cassazione ha difatti ribadito che i contratti collettivi di lavoro non dichiarati efficaci "erga omnes" ai sensi della legge 14 luglio 1959 n. 741, costituendo atti di natura negoziale e privatistica, si applicano esclusivamente ai rapporti individuali intercorrenti tra soggetti che siano entrambi iscritti alle associazioni stipulanti, ovvero che, in mancanza di tale condizione, abbiano fatto espressa adesione ai patti collettivi e li abbiano implicitamente recepiti.

La Corte ha in proposito sancito che "sulla questione qui scrutinata la Corte di legittimità è pervenuta a consolidati approdi, affermando il principio che va qui ribadito, in base al quale i contratti collettivi di lavoro non dichiarati efficaci "erga omnes" ai sensi della legge 14 luglio 1959 n. 741, costituendo atti di natura negoziale e privatistica, si applicano esclusivamente ai rapporti individuali intercorrenti tra soggetti che siano entrambi iscritti alle associazioni stipulanti, ovvero che, in mancanza di tale condizione, abbiano fatto espressa adesione ai patti collettivi e li abbiano implicitamente recepiti attraverso un comportamento concludente, desumibile da una costante e prolungata applicazione delle relative clausole ai singoli rapporti (vedi Cass. 8/5/2009 n. 10632)".

Il giudice del merito pertanto ha il compito di valutare in concreto il comportamento posto in essere dal datore di lavoro e dal lavoratore, allo scopo di accertare, pur in difetto della prova di iscrizione alle associazioni sindacali stipulanti, se dagli atti siano desumibili elementi tali da indurre a ritenere ugualmente sussistente la vincolatività della contrattazione collettiva invocata (cfr. ex multis Cass. 3/8/2000 n. 10213).



Nella fattispecie, pertanto, il comportamento pacifico delle parti denota la scelta per l'applicazione del contratto collettivo AIAS, senza che possa acquisire alcun rilievo la mancanza di prova dell'adesione della società resistente all'associazione AIAS e/o la natura lucrativa o non dell'attività esercitata.

La ricorrente ha impugnato il licenziamento contestando innanzitutto il criterio di computo dei giorni di assenza per malattia rilevabile dal prospetto riepilogativo inviatole dal datore di lavoro all'interno della lettera di licenziamento.

In particolare ha dedotto la non conformità alla previsione dell'art. 57 CCNL del conteggio delle assenze, che sarebbe stato operato indicando ~ quale termine finale del calcolo "a ritroso" dei 180 gg. nel triennio – il giorno del 1.7.2017 in luogo del 22.7.2017 (ultimo giorno di malattia goduto dal lavoratore: 22.7.2020).

Parte resistente dal canto suo ha dedotto di avere correttamente effettuato il calcolo, in quanto il primo periodo di assenza per malattia della dipendente era iniziata sin dal 1.7.2012.

Tuttavia è evidente che la disciplina pattizia ha enunciato una regola dal chiaro tenore, non lasciando spazi a margini interpretativi sul suo contenuto.

L'art. 57 del CCNL richiamato difatti recita: *“..Durante la malattia i lavoratori non in prova hanno diritto alla conservazione del posto per un periodo massimo di 180 gg. di calendario, se si tratta di un'unica assenza continuativa (c.d. comporto secco); in caso di periodi di malattia di inferiore durata (c.d. comporto sommatoria), si cumuleranno tutti i periodi di assenza effettuati nel triennio anteriore all'ultimo giorno di malattia considerato; anche in tal caso il lavoratore avrà diritto ad un periodo di conservazione del posto di lavoro di 180 gg. di calendario, trascorso il quale, perdurando la malattia, il datore di lavoro potrà procedere al licenziamento con la corresponsione delle indennità di cui al presente CCNL ...”.*

Orbene il computo sommativo delle giornate di assenza per malattia nel triennio sarebbe, nella fattispecie, dovuto essere effettuato partendo a ritroso dal 22.7.2020, arrivando pertanto al 22.7.2017.

Invece nel prospetto riportato nella lettera di licenziamento (cfr. in atti) le giornate di malattia considerate rientrano nel periodo tra il 1 luglio 2017 ed il 22.7.2020 pervenendo al numero complessivo di 188 tenendo conto, tuttavia, anche il periodo eccedente il triennio antecedente l'ultimo giorno di malattia fruito, e cioè i giorni tra il 1 ed il 23 luglio 2017.

Ne deriva pertanto che il totale complessivo dei giorni correttamente computato non supera numericamente il limite di 180 assenze previsto dal CCNL.

Parte resistente, nel costituirsi, ha poi introdotto una allegazione diversa dei giorni di malattia, deducendo che non erano stati riportati, per mero errore, nella lettera di licenziamento anche ulteriori periodi di assenza per malattia sempre ricompresi nel triennio considerato ai fini del calcolo del periodo di comporto e decorrente a



ritroso dal 22.7.2020, con il risultato che in ogni caso il superamento del limite sarebbe avvenuto (182 giorni).

Siffatte nuove circostanze impongono necessariamente più di una riflessione circa la considerazione che possano ricevere eventuali mutamenti successivi nell'indicazione dei giorni calcolati ai fini del comporta da parte del datore di lavoro, al precipuo fine di vagliare la legittimità di tale diversa prospettazione e delle conseguenze riverberantesi sulla validità del licenziamento.

A tal proposito va premesso, in linea generale, che il licenziamento per superamento del periodo di comporta trova la sua fonte primaria nel secondo comma dell'art. 2110 c.c., che lo configura come una sorta di licenziamento "acausale"; infatti, a differenza del licenziamento per motivi disciplinari, il datore di lavoro può procedere al licenziamento senza dimostrare l'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo, dato che il licenziamento stesso si fonda su un dato storico oggettivo rappresentato dal numero giorni di assenza per malattia goduti dal lavoratore. La risoluzione del rapporto costituisce la conseguenza di un caso di impossibilità parziale sopravvenuta dell'adempimento, in cui il dato dell'assenza dal lavoro per infermità ha una valenza puramente oggettiva.

Secondo l'orientamento interpretativo consolidato, il datore di lavoro non risulta dunque onerato di specificare pedissequamente i giorni di malattia goduti dal lavoratore nella lettera di licenziamento; in particolare la Suprema Corte, anche da ultimo, si è espressa sull'onere di specificazione del datore di lavoro, statuendo *"Allorquando il lavoratore abbia direttamente impugnato il licenziamento, anche in via stragiudiziale, per superamento del periodo di comporta, la mancata ottemperanza del datore di lavoro alla richiesta di esplicitazione dei motivi è ininfluenza ai fini della legittimità del licenziamento stesso; osserva la Corte come l'avvenuta impugnazione esprima l'intento di contestare in ogni caso la conformità a legge del recesso, anche in difetto di una motivazione, e non può ritenersi idonea a determinare, con la richiesta dei motivi, l'onere del datore di lavoro di precisarli; quest'ultimo, infatti, può precisare in giudizio i motivi ed i fatti che hanno determinato il superamento del periodo di comporta, non essendo ravvisabili in ciò una integrazione o modificazione della motivazione del recesso"* (Civile Ord. Sez. I Num. 22998 Anno 2020).

Tuttavia, nella concreta fattispecie deve farsi richiamo ad un diverso principio di diritto, pure espresso in svariate occasioni dalla giurisprudenza di legittimità: posto che il datore di lavoro non è tenuto a specificare i giorni di assenza di malattia e può precisarli successivamente, una volta indicate le giornate di assenza nella lettera di licenziamento, esse non possono più essere modificate da parte del datore di lavoro.

In proposito Cass. sez. lav. 11 giugno 2018, n. 15095 ha sancito, con riguardo alla fattispecie che qui si attaglia, quanto segue: *"Ed invero seppure deve convenirsi, in base al principio secondo cui il licenziamento per superamento del comporta non può assimilarsi ad un licenziamento disciplinare con i connessi obblighi in tema di*





*specificità ab origine della contestazione (ex aliis, Cass. n. 8440/13), che il datore di lavoro non è tenuto a specificare i giorni di assenza di malattia (Cass. n. 21377/16), salva esplicita richiesta del lavoratore ex art. 2 L. n. 604/66 (Cass. n. 2554/15), tuttavia, una volta indicate le assenze nella lettera di licenziamento, esse non possono essere poi modificate dal datore di lavoro (Cass. n. 18283/09; cfr. altresì Cass. n. 7950/11). Peraltro nella specie assume rilievo la circostanza, evidenziata dalla sentenza impugnata, che la società dapprima dedusse che il termine dell'ultima assenza per malattia doveva intendersi il 25.5.11 (e non il 21.5.11), poi contraddittoriamente deducendo che tale data doveva intendersi 31.5.11, avendo erroneamente indicato il 21 per il 31”.*

In altri termini la giurisprudenza ha ritenuto di dover valorizzare, nella specifica ipotesi, la circostanza che la prospettazione “integrale” delle assenze determina una sorta di cristallizzazione del fatto posto a base del recesso datoriale, con la conseguenza che il datore di lavoro si “autovincola” a tale precisa indicazione e non gli è consentito, poi, mutare la allegazione introducendo successivamente fatti diversi, non contenuti già ab origine nel provvedimento di recesso, così costringendo solo in giudizio il lavoratore ad una difesa maggiormente gravosa ed inaspettata.

Ed invero siffatto mutamento dei fatti storici che la disciplina legale e contrattuale ritiene idonei ad integrare la fattispecie del superamento del limite per il cd. comportamento deve essere apprezzato sul piano sostanziale e non solo formale

Il principio in parola risulta poi declinato anche in ulteriori pronunce dello stesso tenore (vd. Cass. civ., sez. lav., 18 maggio 2016, n. 10252: “*In caso di licenziamento per superamento del periodo di comportamento, il datore di lavoro, ove abbia contestato al lavoratore il superamento del periodo di comportamento prolungato con ricaduta, non può poi modificare l'addebito, invocando il superamento di un diverso e minore periodo di comportamento legato all'ipotesi di comportamento breve*”) in quanto si è voluto evidenziare che ragioni di equità militano acchè non si verifichi un aggravio del diritto di difesa del lavoratore il quale potrebbe così trovarsi esposto a continui “ribaltamenti” dei dati cronologici e, dall'altro lato si assisterebbe alla attribuzione di fatto al datore di una facoltà di mutamento delle circostanze non basata su una da una valida ragione giustificativa.

In linea con il riportato orientamento interpretativo è anche il principio espresso da Cass. sez. lav n. 5752 del 27/02/2019; tale pronuncia – evidenziando le differenti caratteristiche delle due ipotesi di comportamento previste dalla legge (ovvero comportamento cd. secco per sommatoria) – ha difatti statuito che “*In tema di licenziamento per superamento del periodo di comportamento, il datore di lavoro non deve specificare i singoli giorni di assenza, potendosi ritenere sufficienti indicazioni più complessive, anche sulla base del novellato art. 2 della l. n. 604 del 1966, che impone la comunicazione contestuale dei motivi, fermo restando l'onere di allegare e provare compiutamente in giudizio i fatti costitutivi del potere esercitato; tale principio, tuttavia, trova applicazione nel comportamento cd. "secco" (unico ininterrotto*



periodo di malattia), ove i giorni di assenza sono facilmente calcolabili anche dal lavoratore, mentre, nel comparto cd. per sommatoria (plurime e frammentate assenze) occorrerà una indicazione specifica delle assenze computate, in modo da consentire la difesa al lavoratore. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione del giudice di merito che, in una ipotesi di comparto per sommatoria, aveva ritenuto irrilevante la mancata risposta del datore alla richiesta del lavoratore di specificazione del numero di assenze)”.

Tornando pertanto alla concreta fattispecie che qui occupa devesi ritenere, in conformità con i principi innanzi richiamati, che non può essere ammessa una successiva diversa indicazione dei giorni di malattia ancorchè ricompresi nel periodo complessivo da prendere in considerazione ai fini del comparto, e tale impedimento non trova il suo significato nella violazione del principio di immutabilità della contestazione (che, come si è visto, non attiene alla specifica tipologia di licenziamento), bensì in considerazione della necessità di assicurare l'integralità della garanzia di esplicazione del diritto difensivo del lavoratore, che non può essere pertanto riconosciuto solo “ex post”, anche allo scopo di prevenire inutili contenziosi.

Nel caso di specie, peraltro, dalla nuova allegazione fatta in giudizio di giornate di assenza completamente diverse ed aggiuntive rispetto quelle originarie non solo deriva una complessiva alterazione del periodo di comparto preso in considerazione dal datore di lavoro nella lettera di licenziamento, ma in aggiunta viene posta in essere una inammissibile fattispecie “a formazione progressiva”, con conseguente spostamento nella fase del giudizio degli oneri di contestazione e verifica della parte ricorrente.

Per tutto quanto sopra esposto, la domanda deve essere pertanto accolta, ed il licenziamento impugnato va dichiarato nullo per violazione di norma imperativa di legge - art. 2110 II comma c.c. (in termini, da ultimo, Cass. sez. lav. n. 19661 del 22.7.19).

Non si ravvisano, ad avviso del giudicante, i presupposti per ritenere la sussistenza - nella fattispecie - della motivazione ritorsiva del recesso datoriale.

A tale proposito, posta la insussistenza del fatto giustificativo del recesso per superamento del periodo di comparto, occorrerebbe individuare elementi ulteriori che militino per il riconoscimento di una concreta, unica e determinante motivazione di “rappresaglia” verso il lavoratore.

Orbene va considerato che nella presente ipotesi è proprio la circostanza dell'errore, da parte dell'azienda, nell'indicazione precisa delle giornate lavorative di assenza per malattia, che fa ritenere esclusa una illecita intenzione datoriale; l'azienda, difatti, di trovava comunque in possesso delle documentazioni Inps relative agli effettivi giorni di malattia, avendo solo erroneamente proceduto alla presente contestazione.

Secondo l'insegnamento della Cassazione, difatti, l'illecito intento punitivo del dipendente deve risultare esclusivo e determinante e cioè, in altri termini, “deve



costituire l'unica effettiva ragione del recesso, indipendentemente dal motivo formalmente addotto" (cfr. ex multis Cass. n. 1514 del 25 gennaio 2021).

In realtà anche la circostanza della pregressa vicenda legata al licenziamento disciplinare e la contrapposizione venutasi a creare tra le parti circa le modalità del nuovo assetto organizzativo proposto dall'azienda alla lavoratrice, non raggiunge la consistenza di indice inequivoco della esistenza di un sottostante intento punitivo/ritorsivo nei confronti della lavoratrice che sia stato anche unico e determinante.

Parte ricorrente pertanto, ai sensi dell'art 18 comma 7 nel testo novellato dalla legge n. 9272012, ha diritto alla tutela reintegratoria cd. attenuata, per cui la resistente va condannata alla reintegrazione nel posto di lavoro precedentemente occupato ed al pagamento in favore della lavoratrice di una somma pari a 12 mensilità della retribuzione globale di fatto, nonché al pagamento degli oneri previdenziali ed assistenziali.

Alla attuale pendenza della decisione giudiziale definitiva relativa al primo licenziamento (circostanza riferita da entrambe le parti all'udienza di discussione, cfr. in atti), decisione allo stato di conferma del licenziamento disciplinare alla stessa in precedenza irrogato, consegue necessariamente che l'attuazione della presente statuizione resta in ogni caso subordinata alla conclusione positiva per la lavoratrice del precedente giudizio di impugnativa.

La natura interpretativa e la delicatezza delle questioni trattate costituisce grave motivo per la compensazione delle spese relative alla fase.

### PQM

Il Tribunale, pronunciando sulla domanda di impugnativa del licenziamento proposta, così provvede:

accoglie il ricorso e per l'effetto dichiara la nullità del licenziamento impugnato, ordinando alla resistente il reintegro della ricorrente nel posto di lavoro;

condanna la resistente al pagamento in favore della ricorrente di una somma pari a 12 mensilità della retribuzione globale di fatto maturata dal dì del licenziamento alla data di reintegrazione, oltre agli accessori di legge ed al pagamento dei relativi oneri contributivi ed assistenziali;

rigetta per il resto il ricorso.

Compensa le spese di lite.

Si comunichi

Napoli, 25 novembre 2021

IL GIUDICE  
dott. Maria Rosaria Elmino

