

Corte di Cassazione

Licenziamento per superamento del periodo di comportamento e congedo straordinario

Joselita La Mendola - Funzionario ispettivo dell'Ispettorato Territoriale del lavoro di Milano - Lodi

Con la recente sentenza della Cassazione, sez. lavoro, 13 settembre 2019, n. 22928, la Suprema Corte si è pronunciata in materia di licenziamento per superamento del periodo di comportamento stabilendo che devono essere inclusi nel calcolo del periodo, oltre ai giorni festivi, anche quelli di fatto non lavorati che cadono durante il periodo di malattia indicato dal certificato medico. Nel caso di specie, si trattava di giorni di congedo straordinario ai sensi del D.Lgs. n. 151/2001 (al fine di assistere un familiare portatore di grave disabilità), congedo autorizzato dall'Inps, ma la cui istanza non era stata portata a conoscenza del datore di lavoro.

Per i giudici del Supremo Collegio, in particolare, opera, in difetto di prova contraria che è onere del lavoratore fornire, una presunzione di continuità rispetto all'episodio morboso addotto dal lavoratore, che può essere smentita solo dalla dimostrazione dell'avvenuta ripresa dell'attività lavorativa. Prima di riassumere la vicenda sottesa alla pronuncia in esame e richiamare le argomentazioni dei giudici della Cassazione, occorre innanzitutto inquadrare giuridicamente la problematica del licenziamento per superamento del periodo di comportamento, ed accennare specificamente alle modalità di computo di tale periodo in tutte le fattispecie di malattia del lavoratore.

Cenni generali

L'articolo 2110 c.c. stabilisce che, in caso di infortunio o di malattia, il datore di lavoro ha diritto di recedere dal contratto, a norma dell'art. 2118 c.c., decorso il periodo stabilito dalla legge, dagli usi o secondo equità. Per la suddetta previsione, il lavoratore ha diritto alla conservazione dell'impiego in costanza di malattia, purché essa non si prolunghi oltre un periodo normativamente stabilito, che viene definito comunemente "di comportamento". La disciplina di tale licenziamento, al di là dei succitati riferimenti normativi, è contenuta principalmente nei contratti collettivi di settore, che ne regolano natura e durata.

Viene innanzitutto operata una distinzione tra comportamento c.d. "secco" e comportamento c.d. "per sommatoria". Il primo ricorre quando la contrattazione collettiva si limita a prevedere il periodo con riferimento ad un'unica malattia; il secondo si ha, invece, quando viene previsto un ampio arco temporale entro il quale non possono essere superati i periodi massimi complessivi di conservazione del posto di lavoro. In tale ultimo caso, deve essere determinato anche il "termine esterno", ossia l'ambito temporale massimo entro cui inserire il periodo di conservazione del posto, comunemente definito "termine interno". In mancanza di previsione contrattuale, si ritiene che spetti al giudice, in via equitativa, determinare l'arco temporale di riferimento per il computo delle assenze (cfr. art. 2110 c.c.)⁽¹⁾.

(1) Cfr. sul punto Tremante, *Riflessioni sul periodo di comportamento e sul licenziamento per scarso rendimento*, in *www.lusit.it*. Cfr. inoltre Forte, *Il licenziamento per superamento del pe-*

riodo di comportamento: basta l'elemento fattuale?, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2008 fasc. 2, pt. 2, pagg. 344-348.

Approfondimenti

In materia di licenziamento per superamento del periodo di comporto, la giurisprudenza ha elaborato il c.d. principio di “tempestività” (2), che assegna al fattore tempo un’importanza fondamentale riguardo al momento di intimazione del licenziamento. Secondo tale principio, il recesso deve essere comunicato dal datore di lavoro “entro il lasso di tempo necessario per valutare convenientemente, nel suo complesso, l’entità degli episodi morbosi, ed accertare una possibile convenienza alla protrazione del rapporto” (3). Ciò al fine di non lasciare il rapporto di lavoro in uno stato di incertezza, in contrasto con “l’assetto stabile che l’ordinamento ha inteso conferirgli” (4).

Sul piano operativo, tuttavia, non sempre il principio di tempestività è di agevole applicazione nella molteplicità delle fattispecie concrete (5). Per rispondere alle esigenze di certezza del diritto in tale ambito, la giurisprudenza ha spesso fatto ricorso alle regole di correttezza e buona fede poste dagli articoli 1175 e 1375 c.c., che impongono un divieto di “abuso del diritto” nel licenziare, al fine di evitare indebite pressioni psicologiche in capo al prestatore (6).

Il requisito della “tempestività” costituisce oggetto di una valutazione di congruità, non sindacabile in Cassazione ove adeguatamente motivata, che il giudice di merito deve operare caso per caso, con riferimento all’intero contesto delle circostanze significative, mentre, per contro, il lavoratore è tenuto a provare che l’intervallo temporale tra il superamento del periodo di comporto e la comunicazione di recesso ha superato i limiti di adeguatezza e ragionevolezza, sì da far ritenere la sussistenza di una volontà tacita del datore di

lavoro di rinunciare alla facoltà di recedere dal rapporto (7).

Inoltre, per la giurisprudenza, l’interesse del lavoratore alla certezza della vicenda contrattuale va temperato con un ragionevole *spatium deliberandi* del datore di lavoro, perché egli possa valutare convenientemente, nel complesso, la sequenza degli episodi morbosi del lavoratore, ai fini di una prognosi di compatibilità della sua presenza in rapporto agli interessi aziendali. Ne consegue che “la tempestività del licenziamento non può risolversi in un dato cronologico fisso e predeterminato, ma costituisce valutazione di congruità che il giudice di merito deve fare caso per caso, con riferimento all’intero contesto delle circostanze significative” (8).

Evento morbo del lavoratore (malattia e infortunio) e responsabilità del datore per fattori nocivi presenti nell’ambiente di lavoro

Uno dei problemi di maggiore interesse riguarda la computabilità dell’assenza dal lavoro per malattia o infortunio per il calcolo del periodo di comporto, ai fini del licenziamento del lavoratore.

Come si è accennato, l’articolo 2110 c.c. parifica ai fini del calcolo, malattia e infortunio (9). Una significativa pronuncia della Suprema Corte (sentenza 10 agosto 2012 n. 14377) prende approfonditamente in esame il problema *de quo*. In linea generale, per i giudici, in base al tenore testuale dell’articolo 2110 c.c., l’infortunio è equiparato alla malattia, senza che l’eventuale diversità dei rispettivi sistemi di accertamento sia d’ostacolo ad una loro considerazione unitaria ad opera della contrattazione collettiva, ai fini del

(2) Cfr. al riguardo, tra le prime applicazioni, Pretura di Torino 3 Novembre 1981, in *Giust. civ.*, 1982, I, pag. 797, con nota di Tosi, *Superamento del periodo di comporto per eccessiva morbilità e decadenza del diritto di recesso del datore*. Tra le prime sentenze della Suprema Corte sul tema, si veda Cass. 1° agosto 1984, n. 4572.

(3) Cfr. Tosi, *Superamento del periodo di comporto*, cit., pag. 797. Cfr. inoltre Riccio, *Principio di “tempestività” e ruolo del “tempo” nella giurisprudenza in tema di licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Dir. rel. ind.*, cit.

(4) Così Cass. n. 119/1989, in *Giust. civ.*, 4, 1989, pag. 861, con nota di Marino, *Il comporto per sommatoria*.

(5) Sul punto Maio, *Sulla tempestività del recesso per superamento del periodo di comporto*, in *Adl.*, 2006, pag. 304 ss.; Signorini, *Sul diverso contenuto della regola dell’immediatezza nel licenziamento disciplinare e in quello per superamento del comporto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 90 ss.; Caro, *Aporie della giurisprudenza di cassazione in materia di immediatezza della reazio-*

ne disciplinare, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, pag. 208 ss.

(6) Sull’applicazione di tale principio cfr. ad esempio Cassazione n. 7200/1986; Cassazione n. 2598/1985, in *Giust. civ.*, 11, 1985, pag. 2749, con nota di Andreucci, *Licenziamento per superamento del periodo di comporto nei confronti del lavoratore che ha ripreso servizio*.

(7) Cfr. Cass., n. 19400/2014. Nel medesimo senso, si veda anche Cass. civ. n. 2835/2014, in *Guida al diritto*, 2014, 10, pag. 50.

(8) In tal senso Cass. sez. lav. n. 3645/2016, con commento di La Mendola, *Licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Dir. prat. lav.*, 2016, 31, 1902 ss.

(9) Sul punto si veda Cardarello, *Le assenze nel rapporto di lavoro subordinato*, Giuffrè, Cosa & Come, 2002. Cfr. inoltre Id., *Assenze per malattia e conservazione del posto*, in *Il diritto per tutti*, www.Giuffre.it-age-files/dir-tutti.archivio/cardarello-1002.html. Cass. sez. lav. civ., sentenza n. 29693/2011.

calcolo del periodo di comporto. Peraltro, le parti stipulanti il contratto collettivo, nell'ambito della loro autonomia, possono anche escludere dal calcolo le assenze dovute ad infortuni sul lavoro. Nei casi in cui la contrattazione collettiva di categoria preveda un unico termine di comporto, spetta al giudice accertare se le parti negoziali abbiano voluto fissare un'indifferenziata disciplina, sia per le assenze che per gli infortuni, o se, di contro, abbiano individuato termini di comporto differenziati, in ragione della causa delle assenze, (se derivanti o meno da infortunio), e di quella degli infortuni (se verificatisi o meno sul lavoro).

Infatti, come si è osservato (10), escludere dal computo del comporto il periodo di assenza derivante da un infortunio professionale, risponde ad un principio di maggiore tutela del lavoratore, che è in linea con le finalità della contrattazione collettiva, la quale si propone anche di introdurre normative di favore rispetto alle previsioni legislative.

In conformità a tale orientamento si è espressa la Cassazione sezione lavoro con sentenza del 12 giugno 2013 n. 14756 (11), nella quale è stato espressamente sostenuto che, ai fini del calcolo del periodo di comporto, superato il quale il datore di lavoro può recedere dal rapporto di lavoro, vanno calcolate le sole assenze per malattia e non anche quelle per infortunio sul lavoro e malattia professionale, atteso che non possono porsi a carico del lavoratore le conseguenze del pregiudizio da lui subito a causa dell'attività lavorativa espletata. Nel medesimo senso, la Suprema Corte (sentenza 29 dicembre 2015, n. 26005) ha recentemente affermato che "nel caso in cui all'infortunio succeda, anche senza soluzione di continuità, un periodo di assenza per malattia, inizia a decorrere, al momento dell'insorgenza della malattia, un distinto termine di 180 giorni". In difformità con tale orientamento giurisprudenziale, si pone la sentenza della Cassazione sezione lavoro del 9 settembre 2015, n. 17837 (12), nella quale si sostiene che, ai fini del superamen-

to del periodo di comporto contrattuale, la normativa legale non distingue tra assenze per malattia e assenze per infortunio, se tale sommatoria non sia anche espressamente esclusa dalla disciplina pattizia. Per la Suprema Corte, è infatti la contrattazione collettiva di categoria a regolamentare la disciplina del superamento del periodo di comporto ai fini dell'intimazione del licenziamento al lavoratore.

Anche la sentenza della Cassazione, sezione lavoro, n. 5527/2016 (13) si attesta su tale posizione, affermando che, ai fini del superamento del periodo di comporto, anche in base alla contrattazione collettiva di settore, "l'assenza per infortunio sul lavoro e quella dovuta a malattia professionale sono equiparate, e devono essere entrambe computate nel calcolo del limite complessivo, oltre il quale è esperibile la risoluzione del rapporto di lavoro".

Come si può notare, la giurisprudenza della Suprema Corte non si esprime univocamente in riferimento alle modalità di computo del periodo di superamento del comporto e, se in alcune sentenze viene ribadita la necessità di tenere distinti i periodi di comporto per malattia da quelli per infortunio o malattia professionale, in altre si afferma che i diversi periodi di assenza possono essere cumulati ai fini del computo se a prevederlo è la contrattazione collettiva di settore.

Al di là di tale problematica, per la recente giurisprudenza, la computabilità nel periodo di comporto delle assenze del lavoratore dovute ad infortunio, non si verifica nelle ipotesi in cui l'infortunio stesso sia imputabile a responsabilità del datore di lavoro (14). La computabilità è esclusa, secondo la Cassazione (15), anche nelle ipotesi in cui l'infortunio o la malattia abbiano avuto origine in fattori di nocività insiti nelle modalità di esercizio delle mansioni e comunque presenti nell'ambiente di lavoro, e quando il datore di lavoro sia responsabile di tale situazione nociva e dannosa, per essere egli inadempiente all'obbligazione a lui facente carico, ai sensi dell'art. 2087 c.c. (16) Perché l'assenza possa essere de-

(10) Cfr. Cardarelli, *Assenze per malattia*, cit.

(11) Annotata da La Mendola J., *Infortunio in itinere e superamento del periodo di comporto*, in *Dir. prat. lav.*, 2014, 1, 86 ss.

(12) In *Guida al diritto*, 2015, 41, 62.

(13) Annotata da La Mendola J., *Superamento del periodo di comporto e licenziamento*, in *Dir. prat. lav.*, 2016, 28, 1719 ss.

(14) Cfr. Cass., sez. lav., n. 29693/2011.

(15) Cfr. Cass., sez. lav., n. 7037/2011.

(16) Per tale norma "l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro".

Approfondimenti

tratta dal periodo di comporto, non è quindi sufficiente che si tratti di malattia professionale, meramente connessa cioè alla prestazione lavorativa, ma è necessario che in relazione a tale malattia, e alla sua genesi, sussista una responsabilità del datore di lavoro ai sensi del citato art. 2087 c.c. (17).

Per la giurisprudenza maggioritaria, la suddetta responsabilità del datore di lavoro ha natura contrattuale e pone a carico dello stesso l'onere di dimostrare di avere adottato tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e morale del prestatore di lavoro. È posto invece a carico del lavoratore l'onere di provare l'esistenza del danno, così come la nocività dell'ambiente di lavoro nonché il nesso di causalità tra l'uno e l'altro elemento (18).

Sulla scia di tale ultimo orientamento giurisprudenziale, si è pronunciata di recente la Suprema Corte con sentenza n. 16393 del 4 luglio 2017 la quale ha stabilito, in tema di licenziamento per superamento del periodo di comporto, che lo stesso è illegittimo se la malattia che ha dato origine al licenziamento è stata causata dallo svolgimento di mansioni incompatibili con lo stato di salute del lavoratore. Per i giudici del Supremo Collegio, in particolare, "le assenze per malattia collegate con lo stato di invalidità non possono essere incluse nel periodo di comporto ai fini del diritto alla conservazione del posto di lavoro, se l'invalido sia stato adibito a mansioni incompatibili con le sue condizioni fisiche, in quanto l'impossibilità della prestazione lavorativa deriva in tal caso dalla violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di tutelare l'integrità fisica del lavoratore, che è gravato tuttavia dall'onere di provare gli elementi oggettivi della fattispecie sulla quale si fonda la responsabilità contrattuale del datore di lavoro" (19).

Calcolo del periodo di comporto e mutamento del titolo dell'assenza del lavoratore

Merita segnalare alcuni orientamenti giurisprudenziali che affrontano problematiche analoghe a quelle oggetto della sentenza in esame.

Quanto al calcolo del periodo di comporto, per la Suprema Corte (sentenza n. 13816/2000), devono essere inclusi nel computo del periodo di comporto anche i giorni festivi o comunque non lavorativi (compresi quelli di fatto non lavorati, ad esempio per uno sciopero) che cadano durante il periodo di malattia indicato dal certificato medico. Opera, in difetto di prova contraria (che è onere del lavoratore fornire), una presunzione di continuità, in quei giorni, dell'episodio morboso addotto dal lavoratore quale causa dell'assenza dal lavoro e del mancato adempimento della prestazione dovuta. La prova idonea a smentire la suddetta presunzione di continuità può essere costituita soltanto dalla dimostrazione dell'avvenuta ripresa dell'attività lavorativa, atteso che, solo il ritorno in servizio rileva come causa di cessazione della sospensione del rapporto. Di conseguenza, gli unici giorni che il lavoratore può legittimamente richiedere di non conteggiare nel periodo di comporto, sono quelli successivi al suo rientro in servizio, senza la possibilità di sottrarre al calcolo i giorni festivi (o non lavorativi) ricadenti in tale periodo, provando la guarigione relativamente ai suddetti giorni e l'immediata ripresa della malattia nei giorni successivi.

Anche successivamente, la Corte di Cassazione ha seguito questo indirizzo interpretativo (cfr. sentenza n. 21385/2004).

In una recente pronuncia (sentenza n. 8834/2017), la Suprema Corte ha preso in esame il problema del calcolo del superamento del periodo di comporto in caso di mutamento del titolo dell'assenza del lavoratore. Per i giudici, il lavoratore assente per malattia ha facoltà di domandare la fruizione delle ferie - maturate e non godute - allo scopo di sospendere il decorso del periodo di comporto, ma deve formulare l'istanza in epoca anteriore alla sua scadenza. Non si può, in ogni caso, configurare un obbligo del datore di lavoro di accedere a tale richiesta qualora il lavoratore abbia la possibilità di fruire di regolamentazioni legali o contrattuali che gli consentano di evitare la risoluzione del rapporto nell'ipotesi di superamento del periodo di comporto.

(17) Cfr. Cass. n. 26307/2014, in *Diritto & giustizia*, 2014, 16 dicembre.

(18) Cfr. sul punto Cass. n. 1477/2014.

(19) La suddetta sentenza è stata annotata da La Mendola J., in *Dir. prat. lav.*, 2017, 41, 2678 ss.

Sentenza della S.C. n. 22928/2019

La sentenza della Cassazione, sez. lavoro, del 13 settembre 2019 n. 22928, qui in commento, si pronuncia su problematiche connesse al licenziamento per superamento del periodo di comporto, con particolare riferimento al rapporto, ai fini del computo, tra stato morboso del lavoratore e assenza per congedo straordinario ai sensi del D.Lgs. n. 151/2001.

Nel caso in esame, il dipendente di un'azienda, licenziato per il superamento del periodo di comporto, proponeva ricorso al fine di accertare l'illegittimità del licenziamento intimatogli, adducendo che era stato erroneamente conteggiato dal datore, nel computo dei giorni utili ai fini del comporto, anche un periodo di assenza dal lavoro dovuto alla fruizione di un congedo straordinario ai sensi del D.Lgs. n. 151/2001 per assistere un parente affetto da grave disabilità.

Mentre il giudice di prime cure aveva accolto il ricorso del lavoratore, la Corte D'Appello di Roma, in riforma alla decisione del tribunale, respingeva la suddetta domanda, osservando che l'istanza non era stata portata a conoscenza del datore di lavoro in contrasto con le fonti regolatrici dell'istituto, ed in particolare con l'art. 4, comma 2, legge n. 53/2000 e con il D.M. attuativo n. 278/2000. Alla luce di tale mancanza del lavoratore, non essendovi la prova della spedizione alla società dell'istanza, non era configurabile la violazione dell'obbligo di correttezza del datore di lavoro nell'esecuzione del contratto lamentata dal lavoratore.

Avverso la pronuncia della Corte d'Appello di Roma, il lavoratore ricorre in Cassazione con diversi motivi di doglianza.

Il Supremo Collegio, nella sentenza in esame, respinge il ricorso del lavoratore dichiarandolo infondato.

Per i giudici, il lavoratore che intende fruire del congedo ai sensi dell'art. 42, D.Lgs. n. 151/2001 in combinato disposto con l'art. 4, comma 2, legge n. 43/2000, ha l'obbligo, ai sensi del D.M. n. 278/2000, di presentare la richiesta di congedo straordinario al proprio datore di lavoro, il quale

è tenuto ad esprimersi entro 10 giorni sulla suddetta istanza. Ciò al fine di assicurare l'esigenza del "contraddittorio" tra il dipendente e il datore di lavoro.

Per la Suprema Corte, la domanda di congedo deve essere trasmessa non solo all'Inps (come fatto dal lavoratore), in quanto soggetto che subisce l'onere finanziario del congedo e che deve effettuare le verifiche di competenza, ma anche al datore di lavoro, il quale deve adottare le misure organizzative necessarie alla gestione della suddetta assenza.

Non rileva il fatto che, nel caso di specie, il lavoratore abbia continuativamente giustificato il periodo di assenza oggetto di controversia, producendo per il suddetto periodo anche certificazioni di malattia, in quanto "un eventuale mutamento del titolo di assenza avrebbe richiesto un'istanza in tal senso al datore di lavoro, prima della scadenza del periodo di comporto, al fine di sospendere il decorso".

Di conseguenza, non essendo stata portata a conoscenza del datore di lavoro l'istanza di congedo straordinario, la stessa non può essere, per i giudici, considerata utile ai fini della sospensione del decorso del periodo di comporto.

In conclusione, la Suprema Corte, richiamandosi a suoi precedenti orientamenti giurisprudenziali, ha stabilito che devono essere inclusi nel calcolo del periodo di comporto, oltre ai giorni festivi, anche quelli di fatto non lavorati che cadono durante il periodo di malattia indicato dal certificato medico.

La sentenza n. 22928/2019, qui in commento, ribadisce così in materia di calcolo del periodo di comporto il seguente principio: in difetto di prova contraria, che è onere del lavoratore fornire, opera una presunzione di continuità rispetto all'episodio morboso addotto dal lavoratore stesso, che può essere smentita solo dalla dimostrazione dell'avvenuta ripresa dell'attività lavorativa.

Ciò vale anche, come nel caso di specie, quando la richiesta di congedo straordinario sia stata inoltrata all'Inps ma non al datore di lavoro.

Cassazione, sentenza 13 settembre 2019, n. 22928

Licenziamento - Superamento del periodo di comporto - Congedo per assistere familiare portatore di grave disabilità - Richiesta - Contraddittorio tra dipendente e datore di lavoro

Approfondimenti

Fatti di causa

1. Con sentenza n. 5770/2017, depositata il 12 dicembre 2017, la Corte di appello di Roma, in riforma della decisione del Tribunale della medesima sede, ha respinto la domanda, con la quale S.S. aveva chiesto che venisse accertata la illegittimità del licenziamento intimatogli il X. 2015 da P. S.p.A. per intervenuto superamento del periodo di comporto (365 giorni), decorrente dal X. 2014.
2. La Corte ha osservato a sostegno della propria decisione come da tale potesse scompularsi quello di congedo richiesto, ai sensi del D.Lgs. n. 151/2001, giorni dal 2 al 27 dicembre 2014, al fine di assistere un familiare portatore di grave disabilità, posto che tale congedo era stato autorizzato dall'Inps ma la relativa istanza non era stata portata a conoscenza del datore di lavoro, in contrasto con le fonti regolatrici dell'istituto e, in particolare, con l'art. 4, comma 2, legge n. 53/2000 e con il Regolamento di attuazione emanato ai sensi del successivo comma 4 (Decreto n. 278/2000 della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per gli Affari Sociali); né era configurabile la violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, non essendovi in atti la prova della spedizione alla società, e comunque che P. ne fosse a conoscenza, della comunicazione Inps, in data 20 gennaio 2015, di accoglimento della domanda, pervenuta al lavoratore nel marzo 2015 e da questo trasmessa alla società solo dopo la risoluzione del rapporto.
3. Ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza lo S., affidandosi a tre motivi, assistiti da memoria, cui ha resistito la società con controricorso.

Ragioni della decisione

1. Con il primo motivo il ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 42, comma 5 e segg., D.Lgs. n. 151/2001, dell'art. 4, comma 2, legge n. 53/2000, degli artt. 41 Ccnl P. e 3 D.M. n. 278/2000, nonché della Circolare Inps n. 64/2001, in relazione agli artt. 1, 12 e 15 delle Disposizioni sulla legge in generale, per avere la Corte territoriale ritenuto che il lavoratore fosse obbligato a presentare al datore di lavoro l'istanza di congedo straordinario, trattandosi di requisito costitutivo per il suo stesso riconoscimento, sebbene non vi fosse alcuna norma di rango primario che prescrivesse tale obbligo.
2. Con il secondo motivo il ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 2110 c.c. e dell'art. 41, comma 1°, Ccnl per i dipendenti di P. S.p.A., in relazione all'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale e agli artt. 1175 e 1375 c.c., per avere la Corte erroneamente ritenuto che la fruizione del congedo fosse incompatibile con lo stato di malattia, pacificamente documentata in atti, in particolare rilevando come il congedo non fosse riconoscibile per periodi in cui non è prevista attività lavorativa, senza, tuttavia, che tale conclusione trovasse sostegno in alcuna norma di legge; per avere richiamato giurisprudenza di legittimità, in tema di mutamento del titolo dell'assenza del lavoratore, non pertinente alla fattispecie dedotta in giudizio; per in ogni caso trascurato di considerare che nel bilanciamento degli opposti interessi giurisprudenza aveva attribuito prevalenza alla salvaguardia del posto di all'interesse datoriale a vedere tutelate le esigenze organizzative aziendali, i comunque nel caso concreto non era stato neppure allegato da P.
3. Con il terzo motivo il ricorrente deduce la violazione dell'art. 2697 c.c.. la Corte escluso che la società avesse violato l'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto, sul rilievo della totale assenza di prova della spedizione a P S.p.A. della comunicazione Inps di accoglimento della domanda di congedo, con ciò peraltro determinando l'effetto di trasferire al lavoratore l'assolvimento del relativo onere; deduce inoltre il vizio di cui all'art. 360, n. 5, c.p.c. per omesso esame di fatto storico decisivo, nella specie costituito dall'invio a P., mediante raccomandata, del documento 20 gennaio 2015 di riconoscimento del congedo straordinario, invio testualmente dichiarato dall'Inps nella intestazione dello stesso documento.
4. Il primo e il secondo motivo, che possono essere trattati congiuntamente per la loro connessione, sono infondati.
5. Al riguardo si osserva che il lavoratore, che intenda fruirne, ha l'obbligo di presentare la richiesta di congedo straordinario al proprio datore di lavoro, secondo ciò che emerge chiaramente dalle previsioni del D.M. 21 luglio 2000, n. 278 - Regolamento recante disposizioni di attuazione dell'articolo 4, legge 8 marzo 2000, n. 53, concernente congedi per eventi e cause particolari.
6. In particolare, l'art. 2, comma 4, prevede che "il datore di lavoro è tenuto, entro dieci giorni dalla richiesta del congedo, a esprimersi sulla stessa e a comunicarne l'esito al dipendente"; prevede inoltre che "l'eventuale diniego", come "la proposta di rinvio ad un periodo successivo e determinato" o "la concessione parziale del congedo", debbano essere motivati dal datore di lavoro (in relazione alle condizioni stabilite dal Regolamento e alle ragioni che non consentono la sostituzione del dipendente), il quale è tenuto a riesaminare la domanda "su richiesta del dipendente", nei successivi venti giorni, e ad assicurare "l'uniformità delle decisioni avuto riguardo alla prassi adottata e alla situazione organizzativa e produttiva dell'impresa o della pubblica amministrazione".
7. Si tratta di una esigenza di "contraddittorio tra il dipendente e il datore di lavoro", che permea l'intera normativa e che il Regolamento, al comma 3 dell'art. 2, pone quale limite essenziale dell'autonomia collettiva, là dove prevede che i contratti collettivi possano disciplinare il procedimento per la richiesta e per la concessione, o il diniego del congedo.
8. Né rileva che tali previsioni, e con esse la configurazione di un obbligo per il lavoratore di richiedere il congedo straordinario al datore di lavoro, siano formulate in una fonte non primaria, posto che il D.M. n. 278/2000, contenendo un Regolamento, è comunque fonte del diritto oggettivo, ed inoltre esso costituisce at-

Approfondimenti

tuazione dell'art. 4 legge 8 marzo 2000, n. 53, in tema di "congedi per eventi e cause particolari", là dove è delegata al Ministro per la solidarietà sociale, unitamente alla disciplina di altre materie, la "definizione dei criteri per la fruizione" degli stessi (comma 4).

9. Ed ancora non rileva che il Decreto legislativo n. 151/2001, il quale all'art. 42, comma 5, come modificato a seguito della sentenza della Corte cost. n. 203/2013, prevede il tipo di congedo oggetto di controversia, sia successivo tanto alla legge n. 53/2000 come al D.M. n. 278/2000, posto che anch'esso si iscrive nell'ampia categoria dei congedi "per eventi e cause particolari" e di conseguenza risulta disciplinato dalla stessa regolamentazione attuativa dell'art. 4 citato.

10. D'altra parte, anche volendo trascurare i pur assorbenti rilievi che precedono, resta che già nell'art. 42, D.Lgs. n. 151/2001 è contenuta la sostanziale previsione dell'obbligo di presentazione al datore di lavoro dell'istanza di congedo, solo che si consideri il comma 5-ter, là dove è stabilito che durante il periodo di congedo "il richiedente ha diritto a percepire un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione, con riferimento alle voci fisse e continuative del trattamento", che, pertanto, è solo il datore di lavoro - messo evidentemente a conoscenza della richiesta - a poter determinare; là dove è stabilito altresì che "l'indennità è corrisposta dal datore di lavoro secondo le modalità previste per la corresponsione dei trattamenti economici di maternità" e che "i datori di lavoro privati, nella denuncia contributiva, detraggono l'importo dell'indennità dall'ammontare dei contributi previdenziali dovuti all'ente previdenziale competente".

11. Ad analoga conclusione coerentemente inducono i successivi commi 5-*quater* e 5-*quinqüies*, in tema di fruizione dei permessi non retribuiti e di determinazione delle ferie, della tredicesima mensilità e del trattamento di fine rapporto, presupponendo entrambi un ruolo attivo del datore di lavoro e, "a monte" dello stesso, la necessità logica che egli sia stato previamente destinatario della richiesta.

12. Deriva da quanto sopra che quest'ultima non solo deve essere trasmessa all'Inps per le verifiche di competenza e in quanto soggetto che subisce l'onere finanziario del congedo, ma anche al datore di lavoro, per l'adozione delle misure organizzative che la richiesta dovesse rendere necessarie e comunque per il compimento, anche nell'interesse del dipendente, delle attività di cui alle disposizioni richiamate.

13. D'altra parte, pacifico essendo in giudizio che il lavoratore ha continuativamente "coperto" il periodo dal 2 al 27 dicembre 2014 con certificati di malattia, non vi è dubbio che un eventuale mutamento del titolo dell'assenza avrebbe richiesto un'istanza in tal senso rivolta al datore di lavoro, prima della scadenza del periodo di comporto e al fine di sospenderne il decorso, come recentemente precisato da Cass. n. 8834/2017 in un caso - sovrapponibile al presente - di mutamento del titolo dell'assenza da malattia a ferie.

14. Sotto diverso profilo, deve confermarsi l'orientamento, secondo il quale, in tema di licenziamento per superamento del periodo di comporto, devono essere inclusi nel calcolo del periodo, oltre ai giorni festivi, anche quelli di fatto non lavorati, che cadano durante il periodo di malattia indicato dal certificato medico, operando, in difetto di prova contraria (che è onere del lavoratore fornire), una presunzione di continuità, in quei giorni dell'episodio morboso addotto dal lavoratore quale causa dell'assenza dal lavoro e del mancato adempimento della prestazione dovuta, con la precisazione che la prova idonea a smentire tale presunzione di continuità può essere costituita solo dalla dimostrazione dell'avvenuta ripresa dell'attività lavorativa (Cass. n. 13816/2000; conforme Cass. n. 21385/2004).

15. Il terzo motivo risulta inammissibile, nella parte in cui denuncia il vizio di cui all'art. 360, n. 5, c.p.c.: sia perché la questione dell'invio alla società della comunicazione dell'Inps in data 20 gennaio 2015 ha formato espressamente oggetto di considerazione nella sentenza impugnata, là dove la Corte ha ritenuto che di tale spedizione mancasse in atti del tutto la prova (cfr. p. 8, ultimo capoverso); sia perché il fatto dell'invio, o meno, della comunicazione in questione difetta di "decisività", intesa quale attitudine a determinare un esito diverso della controversia (secondo S.U. n. 8053 e n. 8054/2014), per tutte le ragioni già espresse *sub* 5-12.

16. Quanto, poi, alla censura di violazione dell'art. 2697 c.c., se ne deve rilevare la palese infondatezza, atteso che la comunicazione del 20 gennaio 2015 (riprodotta *ex art.* 366, n. 6, c.p.c. a p. 18 del ricorso per cassazione) risulta semplicemente indirizzata, come da intestazione, e non "spedita", anche a P.; con la conseguenza che di tale eventuale spedizione, siccome circostanza a sé favorevole, era proprio il lavoratore a dover dare la prova.

17. In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

18. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso; condanna il ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio, liquidate in euro 200,00 per esborsi e in euro 4.000,00 per compensi professionali, oltre rimborso spese generali al 15% e accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, D.P.R. n. 115/2002 dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis* dello stesso articolo 13.