

Tribunale di Savona, Sez. Lav., ordinanza 14 giugno 2021 – Giud. Serra – P. B. (avv. Scotto) c. OVS S.p.a. (avv.ti Pulsoni, Maresca, Sotgiu)

Osservato che:

Con ricorso depositato il 20.4.2021, P. B., dipendente della resistente dal luglio 1990, con contratto a tempo indeterminato, in ultimo part time (24 ore settimanali), qualifica impiegata, addetta alla vendita, livello IV CCNL commercio, ha impugnato il licenziamento intimatole il 27 novembre 2020 per superamento del periodo di comportamento per malattia, chiedendone la declaratoria di nullità/illegittimità/inefficacia, con le conseguenze di cui all'art. 18 l. 300/70.

In particolare, la ricorrente ha dedotto che: - ella dal 2015 aveva iniziato a soffrire di gravi problemi di salute, ed era stata riconosciuta “invalida” con riduzione permanente della capacità lavorativa dapprima del 100% e successivamente dell'80% dalla Commissione medica per l'accertamento della invalidità civile di Savona; - nel corso dell'anno 2020, durante il periodo di emergenza epidemiologica covid-19, ella è dovuta necessariamente rimanere assente dal lavoro, stante la sua posizione di lavoratrice fragile, accertata in data 8 giugno 2020 dallo stesso medico aziendale dr. M. M., e successivamente confermata dalla certificazione medica INPS rilasciata dal medico curante; - a favore della stessa doveva trovare applicazione l'art. 26 co. 2 DL 18/2020 in forza del quale i periodi di assenza dal lavoro per i lavoratori fragili, durante la pandemia, dovevano essere necessariamente equiparati alla degenza ospedaliera e neutralizzati ai fini del periodo di comportamento; - ciò nonostante, la datrice di lavoro aveva computato tra i giorni di assenza utili ai fini del comportamento anche quelli relativi al periodo neutralizzato dalla normativa speciale per 109 giorni, dal 29 giugno al 15 ottobre 2020.

Tutto ciò premesso, P. B. ha sostenuto la nullità del licenziamento in quanto: 1) in primo luogo, non si era concretizzato il superamento del periodo di comportamento; 2) inoltre, anche a voler qualificare il recesso datoriale come licenziamento per giustificato motivo oggettivo, lo stesso sarebbe incorso nel divieto di cui all'art. 46 DL 18/2020 e tutt'oggi in vigore.

La resistente si è costituita in giudizio replicando alle avverse argomentazioni che il licenziamento della ricorrente doveva ritenersi pienamente legittimo, poiché: - la signora

B., dal gennaio al novembre 2020 era stata assente dal lavoro per 189 giorni, superando il periodo previsto dall'art. 175 CCNL settore terziario; - la ricorrente neppure aveva richiesto l'ulteriore periodo di aspettativa non retribuita di cui all'art. 181 CCNL di settore; - la normativa emergenziale applicabile ratione temporis non prevedeva in alcun modo che il periodo di assenza dal lavoro per i lavoratori fragili, disciplinato dal secondo comma dell'art. 26 DL 18/2020, non dovesse essere computato ai fini del periodo di comportamento (come invece espressamente per le ipotesi contemplate nel primo comma della norma); - la modifica normativa che aveva esteso anche alle ipotesi di cui al secondo comma la neutralizzazione ai fini del computo del periodo di comportamento era intervenuta successivamente al già avvenuto licenziamento e pertanto non applicabile al caso di specie; - inoltre, la malattia sofferta dalla signora B. era del tutto estranea rispetto alle mansioni svolte e non imputabile a responsabilità del datore di lavoro; - neppure era sostenibile qualificare il licenziamento per superamento del periodo di comportamento come licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

OVS s.p.a. ha pertanto conclusivamente chiesto il rigetto del ricorso.

Ritenuto che:

Il ricorso è fondato e deve essere accolto, per i motivi che di seguito si espongono.

È pacifico e documentato in atti che: - P. B. sia rimasta assente dal lavoro, nell'anno 2020, per 189 giorni, fino al giorno del suo licenziamento; - l'assenza dal lavoro sia stata determinata dalla incompatibilità della sua condizione di salute rispetto alla permanenza sul luogo di lavoro, a causa dell'emergenza sanitaria in corso (come risulta chiaramente esplicitato dal medico aziendale in data 8 giugno 2020, che certifica la situazione di temporanea inidoneità della ricorrente al lavoro, "da rivedere alla fine emergenza sanitaria" e confermato dalla successiva certificazione INPS).

Muovendo da tali non contestate premesse in fatto, occorre vagliare la legittimità del licenziamento intimato alla ricorrente per superamento del periodo di comportamento alla luce della normativa emergenziale emanata dal legislatore nel periodo di pandemia.

In primo luogo, occorre rammentare che, secondo la ormai consolidata giurisprudenza di legittimità, il licenziamento per superamento del periodo di comportamento non è assimilabile a

quello per giustificato motivo oggettivo, ma costituisce fattispecie autonoma, avente la finalità propria di predeterminare astrattamente (sotto il profilo legislativo e contrattuale) il punto di equilibrio tra l'interesse del lavoratore a disporre di un congruo periodo di assenze per ristabilirsi a seguito di malattia o da infortunio e quello del datore di lavoro di non doversi fare carico a tempo indefinito del contraccolpo che tali assenze cagionano all'organizzazione aziendale.

Pertanto, tale ipotesi di licenziamento esula dal pur invocato divieto previsto all'art. 46, del DL n. 18 del 17 marzo 2020, con il quale sono state dettate "misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19".

La normativa speciale appena richiamata, nel disporre un blocco dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, nulla ha invece previsto sul licenziamento per superamento del periodo di comporto, intendendo in via interpretativa lasciare intatto il diritto del datore di lavoro di recedere dal rapporto lavorativo con il dipendente in presenza di una assenza dal lavoro dovuta a malattia che si protragga per un determinato periodo di tempo, di volta in volta determinato ai sensi dell'art. 2110 c.c.

D'altra parte, occorre tuttavia considerare che il legislatore – sempre durante la fase emergenziale – ha inteso altresì fornire specifica tutela in favore di quei lavoratori la cui assenza dal lavoro sia causalmente riconducibile allo sviluppo e all'espandersi della pandemia da Covid-19.

In particolare, l'art. 26 d.l. 18/2020, nell'originaria versione, rubricata "Misure urgenti per la tutela del periodo di sorveglianza attiva dei lavoratori del settore privato" ha disposto che "1. Il periodo trascorso in quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva di cui all'articolo 1, comma 2, lettere h) e i) del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, dai lavoratori del settore privato, è equiparato a malattia ai fini del trattamento economico previsto dalla normativa di riferimento e non è computabile ai fini del periodo di comporto.

2. Fino al 30 aprile ai lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché ai lavoratori in possesso di certificazione

rilasciata dai competenti organi medico legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della medesima legge n. 104 del 1992, il periodo di assenza dal servizio prescritto dalle competenti autorità sanitarie, è equiparato al ricovero ospedaliero di cui all'articolo 19, comma 1, del decreto legge 2 marzo 2020, n. 9”.

La legge di conversione L. 24 aprile 2020, n. 27, in vigore dal 30 aprile 2020, ha modificato una prima volta tale dettato normativo sostituendo il secondo comma come di seguito riportato: “All'articolo 26: il comma 2 è sostituito dal seguente: “2. Fino al 30 aprile 2020 per i lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché per i lavoratori in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della medesima legge n. 104 del 1992, il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero di cui all'articolo 87, comma 1, primo periodo, del presente decreto ed è prescritto dalle competenti autorità sanitarie, nonché dal medico di assistenza primaria che ha in carico il paziente, sulla base documentata del riconoscimento di disabilità o delle certificazioni dei competenti organi medico-legali di cui sopra, i cui riferimenti sono riportati, per le verifiche di competenza, nel medesimo certificato. Nessuna responsabilità, neppure contabile, è imputabile al medico di assistenza primaria nell'ipotesi in cui il riconoscimento dello stato invalidante dipenda da fatto illecito di terzi”.

Va subito detto che la formulazione iniziale della norma ha destato nei commentatori diversi dubbi interpretativi, relativi sia all'individuazione degli organi competenti ad effettuare la certificazione medica prevista, sia alla computabilità del periodo di assenza dal servizio per incompatibilità con la condizione emergenziale covid-19, in presenza di particolari condizioni di rischio del lavoratore, ai fini del periodo di comporta.

Se relativamente al primo profilo, già in sede di conversione è stata fornita una disciplina di maggior dettaglio, idonea a fugare la maggior parte degli interrogativi, con riferimento al secondo il legislatore è invece rimasto silente, sino alla più recente modifica intervenuta

con d.l. 22 marzo 2021, n. 41, convertito con modificazioni dalla L. 21 maggio 2021, n. 69, con cui ha disposto e chiarito esplicitamente riformulando l'art. 26, comma 2, che: «A decorrere dal 17 marzo 2020, i periodi di assenza dal servizio di cui al presente comma non sono computabili ai fini del periodo di comporto; per i lavoratori in possesso del predetto riconoscimento di disabilità non rilevano ai fini dell'erogazione delle somme corrisposte dall'INPS, a titolo di indennità di accompagnamento».

Considerato che il licenziamento di P. B. è intervenuto sotto il vigore della precedente formulazione della disposizione, in data 27 novembre 2020, occorre pertanto interrogarsi sulla portata interpretativa dell'originario art. 26, valutando una serie di elementi argomentativi che vengono congiuntamente considerati e di seguito esposti, al fine di chiarire se i periodi di assenza dal lavoro di determinate categorie di lavoratori fragili, per i quali i competenti organi medici attestino l'impossibilità di prestare l'attività lavorativa in quanto sottoposti a condizioni di rischio di contagio, siano o meno computabili ai fini del comporto.

- in primo luogo, è necessario tenere conto che le norme sopra richiamate sono state emanate dal legislatore in un momento di straordinaria urgenza ed emergenza, che ha reso inaspettatamente necessario disciplinare in tempi estremamente rapidi misure di contenimento della dilagante pandemia;
- in tale fase, l'elaborazione e la successiva pubblicazione dei decreti legge e dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri sono avvenute, come noto e oggettivamente riconosciuto, in termini inevitabilmente ristrettissimi e con modalità concitate;
- la maggior parte delle disposizioni, pertanto, hanno necessitato di correttivi nella formulazione che rendessero maggiormente chiaro a livello interpretativo il dettato letterale, al fine di agevolarne e renderne univoca l'applicazione;
- non a caso, il solo art. 26 del d.l. 18/2020 ha subito, in un arco temporale inferiore ad un anno, ben sette modifiche rispetto all'originaria formulazione che non solo hanno interessato il prolungamento del periodo applicativo delle misure, ma altresì hanno inciso in modo sostanziale sul contenuto della norma;
- non può essere evocato in dubbio che, in tale contesto caratterizzato da una emergenza sanitaria del tutto inattesa ed in continua evoluzione, per durata e sviluppo, gli interventi

modificativi che si sono susseguiti nel tempo devono essere letti unitariamente, in quanto dettati dall'esigenza di meglio chiarire e specificare la portata della normativa emergenziale;

- alla luce di tali prime considerazioni, occorre allora considerare che l'art. 26 risponde alla impellente necessità di tutelare quei lavoratori che, da un lato, sono costretti a rimanere assenti dal lavoro in quanto attinti dalle misure di quarantena e di isolamento fiduciario (al primo comma) e, d'altro lato, non possono prestare la propria attività lavorativa sul luogo di lavoro, poiché i rischi connessi a tale esercizio sono incompatibili rispetto ad una condizione fisica di fragilità (al secondo comma);

- la *ratio* di tale disposizione non può che essere dunque quella di non far ricadere sul lavoratore le conseguenze dell'assenza dal lavoro che sia riconducibile causalmente alle misure di prevenzione e di contenimento assunte dal medesimo legislatore al fine di limitare l'espansione della infezione da Covid-19;

- in altri termini, l'intento del legislatore è quello di preservare il posto di coloro che devono rimanere assenti dal lavoro non per una condizione di autonoma malattia, ma poiché attinti dal divieto – sempre normativamente previsto – di recarsi sul luogo di lavoro a causa in presenza di specifiche condizioni di rischio che in astratto ne favoriscono il contagio (quali l'immunodepressione);

- e dunque, se è vero che, fino alla più recente modifica normativa, solo al primo comma era espressamente previsto che i periodi di quarantena e di isolamento fiduciario non potevano essere computati nel comperto, tale divieto deve ritenersi esteso in via interpretativa anche alle ipotesi contemplate nel secondo comma, al fine di conferire alla norma una lettura che risulti conforme ai principi della Carta Costituzionale;

- sarebbe, infatti, del tutto illogico e contrario al principio di ragionevolezza, oltre che di non discriminazione, ritenere che il lavoratore in quarantena o in isolamento fiduciario veda conservato il posto di lavoro, indipendentemente dalla lunghezza dei periodi durante i quali è sottoposto alle misure di contenimento della pandemia, mentre il lavoratore che non può raggiungere il posto di lavoro perché il legislatore ha ritenuto la specifica condizione clinica incompatibile con l'esercizio della sua attività in un determinato periodo storico, per ragioni di sicurezza e sanità pubblica, può venire licenziato per superamento del periodo di

comporto;

- tale situazione, si ribadisce, è diversa da quella per cui – indipendentemente dalla situazione pandemica – il lavoratore sia rimasto assente dal lavoro oltre il periodo di cui all'art. 2110 c.c. per una sua pregressa malattia, che gli avrebbe comunque impedito di prestare la propria attività lavorativa;

- viceversa, nel caso di specie, il lavoratore è abile al lavoro e può astrattamente rendere la propria prestazione, ma vi è impedito da una norma di legge che gli impone di non recarsi sul luogo di lavoro al fine di non sottoporre a rischio sé ed altri dal contagio virale da Covid-19.

- La correttezza di tale lettura, costituzionalmente orientata, della norma è dimostrata poi dalla chiarificatrice novella legislativa che ne ha definitivamente chiarito la portata, esplicitando quanto già fino ad allora chiaramente ricavabile in via interpretativa, ossia che l'assenza dal lavoro dei lavoratori fragili ivi contemplati, in relazione ai quali i competenti organi medici attestino una condizione di rischio che determini l'impossibilità di rendere la prestazione di lavoro, non è computabile ai fini del superamento del periodo di comporto;

- se è vero che tale modifica è intervenuta in epoca successiva al licenziamento di P. B., ciò non toglie che la stessa offre un sicuro e significativo ausilio ermeneutico per interpretare la previgente disposizione, nella sua originaria e maggiormente equivoca formulazione;

- del resto, la stessa novella ha natura evidentemente interpretativa e ricognitiva della già ricavabile lettura, tanto che la stessa aggiunge la locuzione "A decorrere dal 17 marzo 2020, i periodi di assenza dal servizio di cui al presente comma non sono computabili ai fini del periodo di comporto", riferendosi temporalmente non alla sua entrata in vigore, ma alla precedente epoca del 17 marzo 2020, in cui era stato emanato l'originario decreto legge 18/2020.

Alla luce delle ragioni esposte, si ritiene che il licenziamento intimato a P. B. sia stato intimato illegittimamente.

Infatti, risulta provato in via documentale che la lavoratrice sia rimasta assente per 109 giorni, dal 29 giugno 2020 al 15 ottobre 2020, proprio in virtù del certificato reso dal medico aziendale e successivamente confermato dall'INPS, attestante l'incompatibilità della condizione della lavoratrice rispetto all'esecuzione della prestazione sul luogo di

lavoro durante l'emergenza sanitaria in corso.

Scomputato tale periodo da quello quantificato complessivamente dal datore di lavoro, risulta che al momento del licenziamento, il 27 novembre 2020, il periodo di comporto non era stato superato.

Con la conseguenza che il licenziamento è nullo per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110, comma 2, c.c. (cfr. Cass. SS.UU 12568/2018).

Il rimedio avverso tale illegittimità va, dunque, individuato nell'art. 18, co. 1 e 2, l. 300/1970, che prevede la sanzione della reintegra e del risarcimento in relazione, per quanto interessa in questa sede, ai casi di "nullità del licenziamento" "espressamente previsti dalla legge".

Ne consegue che P. B. deve essere reintegrata nel posto di lavoro, con condanna della convenuta al risarcimento in misura pari ad un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito per lo svolgimento di altre attività nel periodo di estromissione, nonché la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali per tale periodo (con ultima retribuzione di riferimento, ai fini del calcolo del TFR, pari a 1985,21 euro, come risultante dalle buste paga versate in atti).

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono pertanto poste a carico di parte convenuta, liquidate direttamente in dispositivo in base ai parametri indicati dal DM 55/2014 tenuto conto del valore indeterminato della controversia, della complessità delle questioni trattate, dell'attività difensiva svolta e dunque facendo applicazione degli importi medi di riferimento, ridotti del 50% per le fasi di esame, introduttiva e decisionale.

P.Q.M.

Il Tribunale di Savona, in funzione di giudice del lavoro, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione da intendersi rigettata, così provvede:

- 1) Accerta la nullità del licenziamento di P. B. e per l'effetto;
- 2) Ordina la reintegrazione della lavoratrice nel posto di lavoro;
- 3) Condanna OVS s.p.a. a pagare un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, oltre al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali per tale periodo;
- 4) Condanna OVS s.p.a. a pagare in favore di P. B. le spese di lite, che si liquidano in euro 259,00 per anticipazioni ed in euro 3.500,00 per compensi, oltre al 15% dei compensi per rimborso forfettario spese generali, iva e cpa.

Si comunichi.

Savona, 14/06/2021