

**Civile Sent. Sez. L Num. 7566 Anno 2020**

**Presidente: DI CERBO VINCENZO**

**Relatore: NEGRI DELLA TORRE PAOLO**

**Data pubblicazione: 27/03/2020**

**SENTENZA**

sul ricorso 4692-2018 proposto da:

NAPOLITANO CARMELINA, elettivamente domiciliata in  
ROMA, VIA F. BORGATTI 35, presso lo studio  
dell'avvocato ANTONGIULIO AGOSTINELLI, rappresentata e  
difesa dall'avvocato GIUSEPPE GAMBARDELLA;

**- ricorrente -**

**contro**

**2019**

**3264**

T.H.S. - DIVISIONE CATERING S.R.L., in persona del  
legale rappresentante pro tempore, elettivamente  
domiciliato in ROMA, VIA LOCATELLI 1, presso lo studio  
dell'avvocato ROBERTO VALENTINO, rappresentato e

difeso dall'avvocato ARTURO BARBATO;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 8138/2017 della CORTE D'APPELLO  
di NAPOLI, depositata il 27/11/2017 r.g.n. 1723/2017;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 22/10/2019 dal Consigliere Dott. PAOLO  
NEGRI DELLA TORRE;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore  
Generale Dott. ALBERTO CELESTE, che ha concluso per  
l'inammissibilità o in subordine rigetto;

udito l'Avvocato CAMILLA NANNETTI per delega verbale  
GIUSEPPE GAMBARDELLA;

udito l'Avvocato ARTURO BARBATO.



### **Fatti di causa**

1. Con sentenza n. 8138/2017, depositata il 27/11/2017, la Corte di appello di Napoli ha confermato la sentenza, con cui il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere aveva respinto la domanda di annullamento del licenziamento per giusta causa intimato a Carmelina Napolitano dalla T.H.S. – Divisione Catering S.r.l., con lettera in data 23 settembre 2014, a motivo di assenze ingiustificate dal lavoro per più giorni consecutivi.

2. La Corte di appello ha osservato a sostegno della propria decisione che la lavoratrice si era collocata autonomamente in ferie alla scadenza del periodo di comporta, senza formulare alcuna richiesta di autorizzazione al loro godimento; né poteva ritenersi che la società datrice di lavoro si fosse resa inadempiente all'obbligo di sorveglianza sanitaria, nell'ipotesi di cui alla lett. *e-ter*) dell'art. 41, co. 2, d.lgs. n. 81/2008 (obbligo di "visita medica precedente alla ripresa del lavoro, a seguito di assenza per motivi di salute di durata superiore ai sessanta giorni continuativi, al fine di verificare l'idoneità alla mansione"), dovendo la visita medica effettuarsi, in tale ipotesi, prima della concreta assegnazione del lavoratore alle mansioni, che è momento non coincidente con la ripresa del lavoro e cioè con la formale presentazione nel luogo di lavoro: in sostanza, ha precisato la Corte, il lavoratore, dopo un periodo di malattia protratto per oltre sessanta giorni, può, in assenza di visita medica, legittimamente rifiutarsi, ex art. 1460 cod. civ., di eseguire le mansioni incompatibili con il suo stato di salute, posto che l'omissione della visita medica costituisce grave e colpevole inadempimento del datore di lavoro, ma non può rifiutarsi di ritornare al lavoro e continuare ad assentarsi, come invece era accaduto nella specie.

3. Avverso detta sentenza ha proposto ricorso per cassazione la lavoratrice con tre motivi, assistiti da memoria, cui ha resistito la società con controricorso.

### **Ragioni della decisione**

1. Con il primo motivo, deducendo violazione o falsa applicazione degli artt. 112 e 115 cod. proc. civ., la ricorrente censura la sentenza impugnata per avere la Corte di appello ritenuto che il licenziamento trovasse fondamento e giustificazione, oltre che nei giorni di assenza oggetto di contestazione con lettera in data 3 settembre 2014, anche nei giorni di assenza contestati con precedenti lettere del 15, del 28 e del 31 luglio 2014, le quali peraltro avevano dato luogo ad autonomi procedimenti, in tal modo decidendo la causa sulla base di fatti, in relazione ai quali il potere disciplinare del datore di lavoro si era già consumato, e travalicando i limiti della domanda e delle stesse prove fornite dalle parti.

2. Con il secondo motivo, deducendo violazione o falsa applicazione dell'art. 18, comma 4, l. n. 300/1970, come modificato dall'art. 1 l. n. 92/2012, nonché dell'art. 7 l. n. 300/1970, la ricorrente censura la sentenza impugnata per avere la Corte erroneamente qualificato le assenze come "ingiustificate", nonostante che la condotta posta in essere dalla lavoratrice integrasse chiaramente l'ipotesi del rifiuto legittimo della prestazione ex art. 1460 cod. civ., stante l'omessa sottoposizione della stessa, da parte del datore di lavoro, a visita medica preventiva, con conseguente insussistenza del fatto contestato sotto il profilo della sua anti giuridicità.
3. Con il terzo motivo, deducendo violazione o falsa applicazione degli artt. 2119 e 1460 cod. civ. e dell'art. 41, comma 2, lett. e-ter, d.lgs. n. 81/2008, la ricorrente censura la sentenza impugnata per avere la Corte di appello erroneamente ritenuto che presupposto per l'applicazione di tale ultima disposizione fosse la presenza in azienda del lavoratore, mentre dal tenore letterale di essa era dato chiaramente desumere che il reingresso nel sistema produttivo del dipendente, che per motivi di salute fosse rimasto assente per un periodo di oltre sessanta giorni continuativi, dovesse essere necessariamente preceduto dall'effettuazione della visita medica.
4. Il primo motivo è infondato.
5. E', infatti, del tutto consolidato il principio di diritto, per il quale il vizio di ultrapetizione o extrapetizione ricorre quando il giudice del merito, interferendo nel potere dispositivo delle parti, alteri gli elementi obiettivi dell'azione (*petitum* e *causa petendi*) e, sostituendo i fatti costitutivi della pretesa, emetta un provvedimento diverso da quello richiesto (*petitum* immediato), ovvero attribuisca o neghi un bene della vita diverso da quello conteso (*petitum* mediato); con la conseguenza che il vizio in questione si verifica quando il giudice pronuncia oltre i limiti delle pretese o delle eccezioni fatte valere dai contraddittori, attribuendo alla parte un bene della vita non richiesto o diverso da quello domandato (Cass. n. 455/2011; conformi, fra le pronunce più recenti: n. 18868/2015; n. 9002/2018; n. 8048/2019).
6. Nella specie, la Corte di merito si è invece limitata a richiamare le diverse lettere di addebito, con i giorni di assenza ingiustificata specificamente indicati in ciascuna, che hanno preceduto la contestazione del 3 settembre 2014 e la conseguente comunicazione del recesso datoriale, intimato con lettera del 23 settembre 2014, senza che da ciò sia derivato alcun riflesso né sulla decisione assunta né sulle ragioni che hanno condotto alla sua adozione, le quali risultano indipendenti sul piano fattuale e logico-giuridico rispetto ai presupposti dei pregressi procedimenti disciplinari.
7. Il secondo e il terzo motivo, che devono essere esaminati congiuntamente per la loro stretta connessione, sono infondati.
8. L'art. 41 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 ("Testo unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro") prevede, tra gli strumenti della "sorveglianza sanitaria" (comma 2) anche l'effettuazione di una "visita medica precedente alla ripresa del lavoro, a seguito di

assenza per motivi di salute di durata superiore ai sessanta giorni continuativi, al fine di verificare la idoneità alla mansione" (lett. *e-ter*).

9. La norma va letta - secondo un'interpretazione conforme tanto alla sua formulazione letterale come alle sue finalità - nel senso che la "ripresa del lavoro", rispetto alla quale la visita medica deve essere "precedente", è costituita dalla concreta assegnazione del lavoratore, quando egli faccia ritorno in azienda dopo un'assenza per motivi di salute prolungatasi per oltre sessanta giorni, alle medesime mansioni già svolte in precedenza, essendo queste soltanto le mansioni, per le quali sia necessario compiere una verifica di "idoneità" e cioè accertare se il lavoratore possa sostenerle senza pregiudizio o rischio per la sua integrità psico-fisica.

10. Ne deriva che, ove nuovamente destinato alle stesse mansioni assegnategli prima dell'inizio del periodo di assenza, egli può astenersi ex art. 1460 cod. civ. dall'eseguire la prestazione dovuta, posto che l'effettuazione della visita medica prevista dalla norma si colloca all'interno del fondamentale obbligo imprenditoriale di predisporre e attuare le misure necessarie a tutelare l'incolumità e la salute del prestatore di lavoro, secondo le previsioni della normativa specifica di prevenzione e dell'art. 2087 cod. civ.; sicché la sua omissione, integrando un inadempimento della parte datoriale di rilevante gravità, risulta tale da determinare una rottura dell'equilibrio sinallagmatico e da conferire, pertanto, al prestatore di lavoro una legittima facoltà di reazione.

11. Non è invece consentito al prestatore di astenersi anche dalla presentazione sul posto di lavoro, una volta venuto meno il titolo giustificativo della sua assenza (come nella specie, la ricorrente avendo superato il periodo di comporto): presentazione che - come rilevato esattamente nella sentenza impugnata - è momento distinto dall'assegnazione alle mansioni, in quanto diretto a ridare concreta operatività al rapporto e ben potendo comunque il datore di lavoro, nell'esercizio dei suoi poteri, disporre, quanto meno in via provvisoria e in attesa dell'espletamento della visita medica e della connessa verifica di idoneità, una diversa collocazione del proprio dipendente all'interno della organizzazione di impresa.

12. E', d'altra parte, consolidato il principio (Cass. n. 5521/2003; conforme, fra altre, n. 21385/2004), secondo il quale "il lavoratore assente per malattia non ha incondizionata facoltà di sostituire alla malattia la fruizione delle ferie, maturate e non godute, quale titolo della sua assenza, allo scopo di interrompere il decorso del periodo di comporto, ma il datore di lavoro, di fronte ad una richiesta del lavoratore di conversione dell'assenza per malattie in ferie, e nell'esercitare il potere, conferitogli dalla legge (art. 2109, secondo comma, cod. civ.), di stabilire la collocazione temporale delle ferie nell'ambito annuale armonizzando le esigenze dell'impresa con gli interessi del lavoratore, è tenuto ad una considerazione e ad una valutazione adeguate alla posizione del lavoratore in quanto esposto, appunto, alla perdita del posto di lavoro con la scadenza del comporto; tuttavia, un tale obbligo del datore di lavoro non è ragionevolmente configurabile

allorquando il lavoratore abbia la possibilità di fruire e beneficiare di regolamentazioni legali o contrattuali che gli consentano di evitare la risoluzione del rapporto per superamento del periodo di comporto ed in particolare quando le parti sociali abbiano convenuto e previsto, a tal fine, il collocamento in aspettativa, pur non retribuita (nella specie, la S.C., enunciando tale principio e dando altresì conto dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, ha confermato la decisione di merito che aveva ritenuto la correttezza del comportamento datoriale sul presupposto che il lavoratore, pur a fronte di avvisi inviatigli dal datore di lavoro, non aveva inteso richiedere la conversione in ferie del proprio periodo di malattia e neppure avvalersi del periodo di aspettativa previsto contrattualmente)”: istituto la cui presenza anche nella contrattazione collettiva applicata al rapporto in esame risulta espressamente accertata dalla Corte di merito (cfr. sentenza, p. 3).

13. In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

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

**p.q.m.**

La Corte rigetta il ricorso; condanna la ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio, liquidate in euro 200,00 per esborsi e in euro 4.500,00 per compensi professionali, oltre spese generali al 15% e accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 22 ottobre 2019.