

## CASSAZIONE CIVILE Sez. Lav. - ( è sempre dovuta la certificazione medica per la malattia di un solo giorno ?)

La prassi aziendale "consolidata, salvo alcune eccezioni", secondo cui le assenze per un solo giorno non devono essere giustificate con certificato medico, anche se inserita nel contratto individuale, è mitigata dalla riserva in favore dell'azienda di applicare alla lettera la disciplina contrattuale e non impedisce al datore di lavoro di pretendere la certificazione medica quando ne ravvisi l'opportunità (per assenze troppo frequenti, o in corrispondenza del ed. ponte festivo, indicate evidentemente a titolo esemplificativo).

Cassazione Civile - Sezione Lavoro, Sent. n. 17898 del 22/08/2007.

Omissis

Svolgimento del processo

Con ricorso al Tribunale di Roma X.P. proponeva appello avverso la sentenza del Pretore di Roma emessa nei confronti di ENEL Distribuzione s.p.a., con la quale era stata rigettata la sua domanda per la declaratoria che illegittima era la trattenuta relativa alle assenze del 5, del 12 settembre e del 2 ottobre 1996 per "malattia non retribuita L. n. 638 del 1987", giustificata il giorno dopo al capo ufficio addetto alla rilevazione delle presenze, ma non documentate, in quanto contraria alla prassi aziendale secondo cui le assenze per un solo giorno non dovevano essere giustificate con certificato medico.

L'appellato contrastava il gravame ed il Tribunale lo rigettava sulla base dei seguenti rilievi: il CCNL, all'art. 8, prevedeva che tutte le assenze dovevano essere giustificate e non semplicemente comunicate al datore di lavoro, ed all'art. 11 stabiliva che la giustificazione delle assenze per malattia doveva essere "offerta mediante esibizione di certificato medico". Esisteva però la prassi aziendale di non chiedere l'esibizione del certificato medico per un solo giorno di malattia, come risultava da due circolari, una del 4/7/97 (secondo cui era possibile chiedere il certificato per le assenze nei giorni di venerdì o del lunedì successivo) ed una del 25/9/97, che faceva riferimento ad una "prassi consolidata, salvo alcune eccezioni". Ciò non era sufficiente per l'accoglimento della domanda in quanto nella medesima circolare vi era la precisazione che "nessuna innovazione deve essere apportate alla prassi in atto qualora a fronte di assenze per singole giornate di malattia già venga richiesta, in taluni casi, la certificazione medica".

Nonostante la prassi quindi l'azienda si riservava la facoltà di chiedere l'esibizione della certificazione in conformità alla clausola contrattuale.

L'ENEL aveva prodotto due schede relative ai giorni 2 - 8 settembre e 9 - 15 settembre 1996 da cui risultava che allo X era stata "richiesta la presentazione del certificato medico anche per assenze di un solo giorno"; il documento era stato contestato con querela di falso, perchè l'annotazione sarebbe stata effettuata dopo l'apposizione della firma da parte del lavoratore. L'Enel aveva altresì prodotto altra comunicazione da cui risultava che il capo reparto su indicazione del Capo ufficio aveva reso nota al lavoratore, già dal mese di ottobre 1995, la necessità di documentare le assenze per malattia anche per un solo giorno e la circostanza era stata confermata dal suddetto Capo ufficio, il teste B; irrilevante era il fatto che detto teste non ricordava di avere controllato se il lavoratore avesse poi portato il certificato medico, in quanto era pacifico in causa che il documento non era mai stato consegnato. Anche se non c'era la conferma dell'avvenuta comunicazione al lavoratore, doveva ritenersi verosimile che ciò fosse accaduto, perchè "il B ha confermato di avere dato tale disposizione". Era quindi irrilevante la contestazione della documentazione con querela di falso, in quanto "la prova che il lavoratore fosse a conoscenza dell'obbligo di giustificare mediante certificato ogni assenza per malattia si

ricava dalla deposizione del B il quale...ha confermato che già nel mese di ottobre 1995 fii richiesto al lavoratore di giustificare le assenze di un solo giorno mediante certificato". Le trattenute non erano una sanzione disciplinare, ma la mera applicazione del principio di corrispettività della retribuzione.

Infondata infine era la censura sulla condanna alle spese, per non avere il giudice tenuto conto della travagliata gestione del rapporto di lavoro per precedenti contestazioni anche in via giudiziaria, in quanto resistenza di altri procedimenti non era di per sè prova di un atteggiamento persecutorio nei confronti del dipendente; anzi la circostanza che non fosse stata applicata una sanzione disciplinare, ma si fosse proceduto alla mera trattenuta della retribuzione per il giorno non lavorato senza idonea giustificazione dimostrava invece l'assenza di qualsiasi animosità nei confronti del lavoratore.

Anche questa censura doveva quindi essere disattesa e la sentenza confermata.

### Motivi della decisione

E' domandata ora la cassazione di detta pronuncia con tre motivi: col primo si lamenta violazione degli artt. 1340 e 2077 c.c., in quanto il giudice ha accertato che esiste una prassi aziendale nel senso che l'assenza dal lavoro per malattia di un solo giorno non deve essere giustificata con certificato medico, anche se l'azienda si era riservata "la facoltà, eccezionalmente - ed in conformità con la clausola del contratto collettivo - di chiedere l'esibizione della certificazione anche in tali casi"; non ha però considerato che tale prassi, pur non essendo configurabile come uso normativo, si inserisce nel contratto individuale di lavoro ed ha forza vincolante fra le parti ove rappresenti una modificazione migliorativa della normativa collettiva (Cass. n. 6176/9; 9690/96; 6690/96); tale prassi può essere derogata dall'ENEL, non in maniera puramente arbitraria e discrezionale, ma solo sulla base di criteri oggettivi ed uguali per tutti i dipendenti, come emerge dagli stessi ordini di servizio, nei quali si fa riferimento alle ipotesi di numerose assenze per una singola giornata di malattia e ad assenze effettuate nei giorni di venerdì e lunedì. Nessuna di queste circostanze sussisteva nel caso di specie e quindi il provvedimento impugnato è ingiusto e la sentenza deve essere cassata.

Col secondo motivo si lamenta violazione dell'art. 244 c.p.c., e ss. e vizio di motivazione, perchè il giudice, in assenza di "prova diretta dell'avvenuta comunicazione nel mese di ottobre 1995 al lavoratore dell'onere di produrre i certificati medici per le assenze brevi" ha fondato la decisione solo sulla dichiarazione del teste B, ritenendo "verosimile" che tale comunicazione sia stata data al ricorrente da parte del capo ufficio, avendo il teste "confermato di avere dato tale disposizione". Il giudice quindi ha indebitamente sostituito il criterio della certezza giudiziaria, che deve essere alla base di ogni pronuncia, con quello della verosimiglianza e quindi ha fondato la decisione su un giudizio probabilistico e non oggettivo; le risultanze istruttorie non consentono però di stabilire se quella comunicazione sia mai stata fatta all'istante, in quale giorno sia stata resa nota (posto che dal X egli è stato assente per malattia per 30 giorni) e quale capo ufficio e quale capo reparto abbia adempiuto all'ordine del B; peraltro, non è stato chiamato a deporre il capo ufficio dell'epoca e non è stato fornito alcun elemento che possa suffragare una deposizione de relato; il giudizio di verosimiglianza si fonda soltanto sulla tautologica presunzione di veridicità delle apodittiche conferme riferite dal teste. In tale contesto è risolutivo il fatto che egli dopo "l'X si è assentato dal lavoro per un solo giorno" giustificando verbalmente e senza essere stato gravato dell'onere di produrre la relativa certificazione medica.

Col terzo motivo si lamenta violazione dell'art. 1460 c.c., e L n. 300 del 1970, art. 7, nonché vizio di motivazione, per avere il giudice ritenuto che la trattenuta delle somme non sia una sanzione disciplinare, ma una semplice conseguenza della mancata prestazione lavorativa, stante il principio di corrispettività della retribuzione. In realtà si tratta di una sanzione irrogata in violazione della L. n. 300 del 1970, art. 7, (Cass. n. 6597/94). La delicatezza della vicenda avrebbe dovuto condurre il giudice ad effettuare una più approfondita disamina delle clausole contrattuali alla luce della prassi aziendale. Resiste l'intimato con controricorso, illustrato con memoria.

Il ricorso è infondato.

Va innanzi tutto disattesa l'eccezione di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso sollevata nel controricorso, ritualmente proposto ad istanza di ENEL Distribuzione s.p.a., per essere stato lo stesso diretto nei confronti di ACEA Distribuzione s.p.a. (già ENEL Distribuzione s.p.a. in proprio e quale procuratrice dell'ENEL s.p.a.) e notificato presso lo studio dell'avvocato TARTAGLIA Furio, che nei precedenti gradi del giudizio era costituito in qualità di procuratore domiciliatario della società cedente secondo l'assunto, Fatto d'impugnazione doveva essere notificato alla società cedente nel domicilio eletto, permanendo la sua legittimazione passiva ai sensi dell'art. 111 c.p.c., quale sostituto processuale del successore a titolo particolare, e poteva anche essere notificato all'ACEA, ma solo personalmente, non essendo parte processuale, e presso la sua sede legale, con la conseguenza che era inesistente la notificazione del ricorso perchè effettuata in un luogo totalmente estraneo all'intimata ACEA Distribuzione s.p.a..

Si rileva in proposito che il ricorso è stato notificato all'ACEA nella qualità di successore dell'ENEL in data 15 giugno 2004 e che la società cedente ENEL Distribuzione s.p.a., ha depositato tempestivo controricorso in data 30 luglio 2004 proponendo in giudizio tutte le sue difese. "La sanatoria della nullità della notificazione per raggiungimento dello scopo ex art. 156 c.p.c., che si realizza con effetto ex tunc - normalmente con la costituzione in giudizio del destinatario dell'atto, deve ritenersi verificata nel giudizio di cassazione, nel quale manca la costituzione delle parti, in tutti i casi in cui il destinatario dell'atto ha potuto regolarmente svolgere la propria attività difensiva con il controricorso e con la difesa in giudizio" (Cass. n. 5896/06). L'ENEL si è regolarmente difesa e quindi l'eccezione preliminare va disattesa.

Nel merito, i primi due motivi vanno trattati congiuntamente perchè fra loro connessi. Due sono in sostanza le censure mosse alla sentenza; che la prassi aziendale, inserita nel contratto individuale, non consentiva all'azienda di chiedere la certificazione sanitaria per assenze di un solo giorno, salvo i casi tassativamente indicati in maniera specifica di assenze troppo frequenti o in corrispondenza di ponti festivi, che nella specie non sono verificati; che il giudice ha deciso la causa sulla base di un criterio di verosimiglianza e non di certezza giudiziaria.

Si osserva in proposito che nella sentenza impugnata dopo le indicazioni sulla disciplina contrattuale e la prassi aziendale relative alla giustificazione delle assenze per malattia con le relative eccezioni, sono elencati i documenti prodotti e precisamente: due schede del settembre 1996 (oggetto della querela di falso) denominate "rapporto di attività settimanale" sottoscritte dallo X nelle quali c'è l'indicazione che lo stesso deve giustificare con certificato medico anche le assenze brevi per malattia; una comunicazione del 2/10/96 dell'Ufficio gestione, cui apparteneva il lavoratore, indirizzata all'ufficio segreteria diretto dal B, nella quale si indicano le assenze per malattia non giustificate con certificato medico e "si precisa che al lavoratore, nel mese di X, il capo reparto, su indicazione del capo ufficio, aveva comunicato che avrebbe dovuto produrre il certificato medico anche in ipotesi di assenze per un solo giorno". La sentenza prosegue riportando la deposizione del B, in ordine alla quale il giudice d'appello fa una prima valutazione:

"anche se non vi è prova diretta dell'avvenuta comunicazione nel mese di X al lavoratore dell'onere di produrre i certificati medici per le assenze brevi, ben può ritenersi verosimile che ciò sia avvenuto perchè il teste B ha affermato di avere dato tale disposizione" e successivamente però precisa la Corte territoriale che irrilevanti ai fini della decisione sono i documenti che sono stati "impugnati di falso giacchè la prova che il lavoratore fosse a conoscenza dell'obbligo di giustificare mediante certificato medico ogni assenza per malattia si ricava dalla deposizione del B, il quale ...ha confermato che già nel mese di X" gli fu richiesto di giustificare ogni assenza per malattia con certificato medico.

Il giudice quindi ha ritenuto dapprima vera la circostanza della comunicazione dell'X e poi l'ha ritenuta vera, giungendo così al rigetto della domanda. Il ragionamento, pur non essendo espresso in maniera lineare, è solo apparentemente contraddittorio, in quanto fra la prima e la seconda affermazione c'è la valutazione della prova documentale; precisa infatti il Tribunale che sulle schede impuginate di falso l'annotazione della comunicazione data al lavoratore sul modo di documentare le assenze brevi era stata aggiunta "per mera memoria storica" dopo la sottoscrizione dello X. Nulla si dice in ordine all'altro documento, la lettera dell'X, nella quale si fa riferimento alla comunicazione data al lavoratore per via gerarchica; lo stesso quindi non è mai

stato impugnato di falso ed è logico ritenere che sia stato tenuto presente nella valutazione finale della deposizione del B data dal giudice d'appello, secondo cui è certo (e non più verosimile) che fin dall'ottobre 1995 sia stata chiesta al lavoratore la giustificazione con certificato medico anche per le assenze brevi.

Ciò premessasi osserva in ordine alle singole censure: la prassi aziendale "consolidata, salvo alcune eccezioni", accertata dal giudice d'appello, anche se inserita nel contratto individuale, è mitigata dalla riserva in favore dell'azienda di applicare alla lettera la disciplina contrattuale e non impedisce al datore di lavoro di pretendere la certificazione medica quando ne ravvisi l'opportunità (per assenze troppo frequenti, o in corrispondenza del ed. ponte festivo, indicate evidentemente a titolo esemplificativo).

Dalla sentenza risulta che il lavoratore appellante, a conforto della sua tesi di non avere mai ricevuto comunicazione sulla necessità di documentare con certificato medico, ogni assenza per malattia ha dedotto "che comunque egli si assentò anche in altre occasioni durante il X senza che gli venisse richiesta la produzione del certificato" evidente è il riferimento a più "occasioni" e a diverse assenze per malattia; dopo questo accertamento di fatto compiuto dal giudice di merito, inammissibile in questa sede è la deduzione di un fatto diverso che viene presentato come "risolutivo" che egli dopo "l'X si è assentato per un solo giorno".

Entrambe le censure sono quindi infondate, perchè il ricorrente non ha mai provato di essere stato assente per malattia, come ha precisato il giudice d'appello, neanche nei giorni successivi alla contestazione dell'assenza ingiustificata, nè ha allegato di avere dimostrato in sede di merito che la prassi aziendale fosse tassativa e le sue eccezioni rigorosamente circoscritte, per cui l'azienda non avrebbe mai potuto pretendere una documentazione dell'assenza per malattia, neanche in caso di dubbio sulla morbilità del lavoratore;

nè sussiste la contraddittorietà della motivazione, in quanto la verosimiglianza di un fatto dedotto da un teste si può trasformare in verità giudiziaria se quella deposizione è confortata da altro elemento probatorio. I primi due motivi vanno quindi disattesi. In ordine al terzo basta rilevare che nel caso in cui non venga fornita la prova dell'assenza giustificata dalla malattia mancano le condizioni che consentano di ritenere dovuta da parte del datore di lavoro una prestazione imputabile a titolo di retribuzione (Cass. n. 4444/95). La motivazione del giudice d'appello è quindi corretta in quanto la trattenuta della paga giornaliera è la mera conseguenza

della mancata prestazione lavorativa e non una sanzione disciplinare.

Anche il terzo motivo va disatteso ed il ricorso rigettato.

Le spese vanno poste a carico del ricorrente e liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte:

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente alle spese che liquida in Euro 38,00, oltre ad Euro 500,00, per onorario, nonchè alle spese generali IVA e CPA. Così deciso in Roma, il 11 giugno 2007.

Depositato in Cancelleria il 22 agosto 2007