

## **TI\_GERICHTE 12.2007.117 vom 12. November 2008**

TI Tribunale d'appello, 2008-11-12, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2007.117](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2007.117)

FR: TI\_GERICHTE 12.2007.117 du 12 novembre 2008

IT: TI\_GERICHTE 12.2007.117 del 12 novembre 2008

### **Regeste**

Lavoro, salari arretrati e indennità per licenziamento abusivo, licenziamento dopo presentazione di certificato medico

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Nella fattispecie il Pretore ha in primo luogo accertato quale fosse l'effettiva incapacità lavorativa dell'istante. Egli si è fondato sulla copiosa documentazione clinica agli atti, i cui risultati in merito alla valutazione dell'abilità lavorativa erano discordanti, e sulla perizia giudiziaria eseguita dal dr. med. G \_\_\_\_\_ il 21 aprile 2005 (incarto assicurazione invalidità) completata il 19 gennaio 2007 con l'esame del mansionario. Il perito giudiziario ha confermato che nel lavoro svolto presso il convenuto l'istante presentava un'inabilità lavorativa complessiva del 70% al massimo, in ragione dei problemi di salute esistenti. Su tali basi il primo giudice è pertanto giunto alla conclusione che il convenuto doveva versare alla lavoratrice lo stipendio nel periodo in cui lo aveva decurtato seguendo le indicazioni dell'assicurazione malattia.

#### **E. 2**

L'appellante rimprovera al Pretore di aver considerato invalidante lo stato di salute della lavoratrice, stabile da anni e che non le aveva impedito di lavorare normalmente dal 1° dicembre 2002 all'8 marzo 2004. Esso afferma che non vi è inabilità lavorativa e che i certificati medici in tal senso sono stati stilati in base a false indicazioni della paziente. Costei ha riferito ai medici, contrariamente alla realtà, di dover sollevare pazienti e pesi importanti, mentre invece come ausiliaria di cura si occupava "solo dei lavori di cura della casa". L'appellante reputa inoltre che il perito giudiziario abbia commesso una grave mancanza professionale rifiutando di modificare il proprio parere del 2005 dopo aver preso visione del mansionario e ribadisce che tutti i medici consultati hanno consigliato alla paziente di cambiare attività e di trovare un lavoro più adeguato ai suoi disturbi, ampiamente soggettivi e non sorretti da dati clinici oggettivi. Non avendo seguito tale consiglio, l'istante aveva violato il proprio obbligo contrattuale di limitare il danno, sicché nulla più le è dovuto.

#### **E. 3**

Per quel che concerne l'indennità per perdita di guadagno in seguito alla malattia, si tratta di accertare se l'istante sia stata inabile al lavoro dal 10 ottobre 2004 al marzo 2005, e in quale misura. Nella fattispecie i pareri medici sull'inabilità lavorativa dell'istante non sono univoci. Se in sostanza tutti i medici concordano nel porre la diagnosi principale di sindrome lombosacrale spondilogenica su alterazioni degenerative e nel ritenere tale patologia limitante per attività pesanti (doc. M, Q, incarto richiamato da \_\_\_\_\_, doc.

F, doc. O, perizia contenuta nell'incarto dell'assicurazione invalidità), le opinioni divergono quando si tratta di stabilire l'inabilità nel lavoro svolto dall'istante. I medici curanti dr. med. \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ hanno attestato un'inabilità lavorativa totale (cfr. doc. F, M) nell'attività svolta alle dipendenze del convenuto in tutto il periodo considerato, mentre i medici consultati dalle assicurazioni infortuni e malattia hanno espresso valutazioni divergenti e in particolare il dr. med. A \_\_\_\_\_ ha ritenuto che l'interessata potrebbe lavorare in misura totale in attività leggere (doc. N, pag. 6) e che tenuto conto del suo mansionario è abile al lavoro nella misura del 75% nel marzo 2005 (doc. O). Il datore di lavoro ha seguito l'opinione espressa dal medico fiduciario dell'assicurazione malattia, secondo il quale l'interessata è da ritenere "abile per un lavoro di tipo ufficio o leggero" (certificato 24 settembre 2004 dr. med. P \_\_\_\_\_, incarto richiamato AI). D'altra parte anche i medici curanti ritengono che la paziente sarebbe abile in misura totale per un "lavoro leggero, prevalentemente da seduta in cui non debba rimanere in piedi ferma per più di 20 minuti né camminare per di più di un'ora...deve evitare di sollevare pesi in maniera ripetuta superiori ai 5 kg e lavorare in posizioni non ergonomiche del rachide lombare" (doc. M). Il quesito che si pone, in realtà, è quello di sapere se il lavoro svolto alle dipendenze del convenuto fosse da considerare leggero o pesante. Il convenuto afferma che l'istante svolgeva il lavoro di ausiliaria non diplomata dell'assistenza e cura a domicilio (AUS, doc. 2.2), che consisteva nella cura della casa e che non comprendeva, notoriamente, lavori pesanti. Se non che, la semplice lettura del mansionario (doc. 2.2) consente di stabilire che tra i suoi numerosi compiti l'ausiliaria si doveva occupare delle pulizie correnti dell'abitazione, come "passare l'aspirapolvere, lavare i pavimenti, spolverare, riassetare e cambiare i letti, rigovernare la cucina, svuotare e pulire il contenitore della spazzatura, pulire e disinfettare il bagno" e altre ancora. Il direttore del convenuto, sentito come testimone il 29 marzo 2006, ha confermato che il ruolo degli ausiliari era quello di "fare la casa, per esempio spolverare, aspirapolvere, cucina... senza che ciò comporti sgomberi, sollevamento di pesi, spostamento di mobili ecc.". Dopo aver esaminato il citato mansionario, il perito giudiziario ha ritenuto nel suo referto del 19 gennaio 2007 che esso comprendeva svariati "lavori pesanti e poco ergonomici" (il passare l'aspirapolvere, il lavare i pavimenti, il pulire i vetri, le tende, le porte e i balconi) per i quali l'istante, affetta da problemi alla schiena, subisce limitazioni. L'inabilità lavorativa, sostiene il perito giudiziario, ammonta al 70% al massimo tenendo conto delle altre attività più leggere contenute nel citato mansionario. È vero che il dr. med. A \_\_\_\_\_, dopo esame del mansionario, è giunto a diversa conclusione (doc. O), ma il perito giudiziario, sia nella perizia allestita per l'AI del 2 maggio 2005, sia nel complemento del 2007, ha compiutamente esposto per quale motivo riteneva inabile al lavoro nella misura del 70% l'interessata nell'attività di ausiliaria di cura. Il Pretore non aveva dunque motivo per scostarsene (art. 253 CPC; DTF 122 V 157 consid. 1c pag. 161, sentenza inedita del Tribunale federale del 10 maggio 2005 4P.9/2005 consid. 2.1), a maggior ragione se si considera che i pareri espressi dai medici fiduciari delle varie assicurazioni, a ben guardare, non sono altro che perizie di parte, il cui valore probatorio è pari alle allegazioni di parte (sentenza inedita del Tribunale federale dell'8 luglio 2008 4A\_193/2008, consid. 4.1 e rif.). A ciò si aggiunga che i medici fiduciari delle assicurazioni hanno invero ritenuto abile al lavoro in misura pressoché totale la paziente, ma in attività leggere tanto che le hanno consigliato esplicitamente di cambiare lavoro e di cercare un'attività più consona al suo stato di salute. La conclusione del Pretore, che ha ritenuto l'istante inabile al lavoro fondandosi sulla perizia giudiziaria, regge pertanto alla critica. Vana è pertanto l'insistenza

dell'appellante nel ritenere contraddittorio il referto peritale alla luce degli altri referti medici, nell'addebitare al perito giudiziario una "grave mancanza professionale" (appello, pag. 6) e nel sostenere che il Pretore avrebbe dovuto seguire l'opinione dei medici fiduciari delle assicurazioni. Come si è visto, anche questi medici ritengono che le affezioni lamentate dall'interessata ne limitano la capacità lavorativa in attività pesanti e non ergonomiche, come sono quelle spettanti all'ausiliaria di cura. I lavori domestici, contrariamente a quanto afferma l'appellante che ne minimizza all'estremo la portata e l'impegno, non sono notoriamente paragonabili a un lavoro leggero in ufficio.

#### **E. 4**

Secondo il Pretore l'istante deve ricevere lo stipendio nella misura stabilita dal regolamento applicabile al rapporto contrattuale concluso tra le parti (ROSACD), il quale prevede un'assicurazione perdita di guadagno con copertura durante 720 giorni. L'appellante sostiene che l'istante non ha diritto ad alcuna indennità per perdita di salario per malattia poiché ella avrebbe dovuto "guardarsi intorno" e trovare un altro lavoro consono alla sua percezione soggettiva del dolore, nel rispetto dell'obbligo di ridurre il danno. A prescindere dalle accuse mosse ancora in questa sede all'istante, accusata in pratica di aver indotto in errore i medici con false affermazioni sul tipo di lavoro svolto, l'argomentazione del convenuto non può essere condivisa. La perizia giudiziaria, così come i certificati medici dei curanti, attesta l'impedimento di lavorare dell'istante nella professione per la quale era stata assunta dal convenuto. Non si può negare, dunque, che la dipendente nel periodo considerato era impedita senza sua colpa di lavorare per malattia, ai sensi dell'art. 324a cpv. 1 CO, nozione diversa dall'incapacità di lavoro valida nelle assicurazioni sociali (Wylter, Droit du travail, 2 a ed., Berna 2008, pag. 210), della quale si prevale l'appellante. Per quel che concerne l'obbligo di ridurre il danno, l'appellata nel marzo 2004 ha chiesto al datore di lavoro di essere adibita a funzioni amministrative, ricevendone un rifiuto il 24 marzo 2004, per carenza di posti vacanti in quel settore (incarto richiamato dall'AI; deposizione testimoniale M\_\_\_\_\_, verbale 29 marzo 2006, pag. 3). Ritenuta inabile al lavoro fino al 10 ottobre 2004 anche dall'assicurazione malattia (doc. 7.4, L), la dipendente ha sollecitato quest'ultima a rivedere la situazione poiché riteneva di non poter svolgere le sue mansioni di ausiliaria al 100% (doc. AA). Non risulta che il datore di lavoro abbia proposto alla dipendente missioni con incarichi meno pesanti dal profilo fisico o con compiti adatti alle limitazioni imposte dal suo stato di salute e indicate dai medici (lavoro d'ufficio leggero). Anzi, ancora nel febbraio 2005 le richieste della dipendente di avere un'occupazione che tenesse conto del suo stato di salute non sono state accolte dal datore di lavoro (doc. MM), che ne ha previsto il rientro in servizio al 100% nelle consuete mansioni. L'appellante riconosce esplicitamente un'inabilità lavorativa del 25% (appello, pag. 8) ma nulla ha fatto per offrire alla dipendente un'attività che tenesse conto di questa limitazione. In circostanze del genere, non si poteva ragionevolmente esigere dalla dipendente che avesse a licenziarsi spontaneamente, assumendosi il rischio della disoccupazione. Ne deriva che il giudizio del Pretore sull'obbligo di versare le indennità giornaliere, il cui ammontare non è contestato, resiste alla critica.

#### **E. 5**

Il Pretore ha ritenuto che il licenziamento era abusivo poiché il datore di lavoro non aveva tenuto un comportamento consono alla tutela della personalità della lavoratrice, inviandole la disdetta il giorno successivo all'assenza per malattia, senza convocarla per un incontro chiarificatore. Ha di conseguenza riconosciuto all'istante un'indennità per licenziamento

abusivo pari a due mesi di stipendio, per tener conto delle modalità del licenziamento. L'appellante ribadisce in questa sede di non aver commesso alcun abuso, essendosi limitato a dare la disdetta del contratto di lavoro in una situazione ormai insostenibile, vista la lunga assenza dal lavoro dell'istante, per di più avendo agito in base all'opinione espressa dal medico fiduciario dell'assicurazione malattia. In linea di principio un contratto di lavoro a tempo indeterminato può essere disdetto dalle parti liberamente, ossequiando unicamente i termini di disdetta contrattuali o legali (art. 335 cpv. 1 CO). Tolti i casi che seguono, la disdetta può perciò essere data per qualsiasi causa, rispettivamente senza causa (DTF 125 III 72; II CCA 4 agosto 1998 in re P./M.; Reh binder , Berner Kommentar, n. 13 ad art. 335 CO). L'art. 336 CO elenca per contro alcuni motivi che, se realizzati, non invalidano la disdetta ma la caratterizzano come abusiva con possibile conseguenza risarcitoria a carico di chi la pronuncia. Per costanti dottrina e giurisprudenza, questa elencazione è esemplificativa e non esaustiva (DTF 125 III 72, 123 III 246, 121 III 61; Vischer , Der Arbeitsvertrag, 3 a ed., Basilea 2005 pag. 237). L'abuso nel licenziamento può consistere non solo nei motivi, ma anche nel modo in cui la parte che pone fine al contratto esercita il suo diritto (DTF 131 III 535 consid. 4.2 pag. 538). La parte che disdice il contratto deve esercitare il proprio legittimo diritto con riguardo (DTF 132 III 115). L'onere della prova sulla natura abusiva della disdetta incombe al lavoratore licenziato (DTF 123 III 246 e 121 II 60; Vischer , op. cit., pag. 244). Viste le oggettive difficoltà nel portare tale prova, la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel non esigere una prova assoluta, bastando al proposito l'esistenza di indizi convergenti tali da rendere l'abusività altamente verosimile ( Vischer , op. cit., pag. 245; Streiff/von Kaenel , op. cit., n. 16 e 17 ad art. 336 CO). La prova sull'abusività della disdetta può anche essere indiretta, di carattere indiziario e limitata alla sola verosimiglianza dei fatti, dedotta dalla concordanza di più tracce e circostanze affermative. Questo significa che il giudice può esprimersi secondo un convincimento derivato da tutte le situazioni che appaiono dagli atti di causa ( Cocchi/Trezzini , CPC–TI, m. 16 ad art. 90 CPC; JAR 2001, pag. 168).

## **E. 6**

Nella fattispecie il convenuto sostiene di non aver commesso alcun abuso, in modo particolare di non essersi prestato a un doppio gioco né di aver contravvenuto alle regole sulla buona fede. Esso rileva inoltre che avrebbe potuto disdire il contratto nel rispetto dei termini legali e contrattuali già durante il lungo periodo di assenza della dipendente. L'incapacità della dipendente di svolgere il lavoro per la quale era stata assunta, ampiamente documentato in causa, è invero connessa con il rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 336 cpv. 1 lett. a CO, sicché di principio il licenziamento motivato dallo stato di salute del dipendente incompatibile con l'attività contrattualmente prevista non sarebbe abusivo. Nella fattispecie è nondimeno palese che il licenziamento 3 marzo 2005 (doc. 10) è una reazione alla presentazione del certificato medico 2 marzo 2005 (doc. P) nel quale il medico curante attestava un peggioramento della salute dopo il tentativo di ripresa dell'attività lavorativa al 100%. Il convenuto sottolinea nel proprio appello la mancanza di professionalità della lavoratrice in quell'occasione e rileva che i certificati del suo medico curante non "apparivano fedefacenti come in effetti non lo sono stati" (appello pag. 9). Dagli atti risulta invero che la lavoratrice non si riteneva in grado di svolgere nella misura consueta l'attività di ausiliaria e lamentava dolori alla schiena, tanto che dopo due giorni di lavoro si è assentata e ha inviato un certificato medico (doc. 9). In concreto l'abusività del licenziamento consiste nel fatto che il datore di lavoro lo ha inviato in reazione al nuovo episodio di incapacità lavorativa attestato da un certificato medico. Nel tentativo di ripresa

del lavoro, definito per altro “disastroso” dall’appellante medesimo, il datore di lavoro ha ignorato le limitazioni lavorative riconosciute da diversi medici, compreso il medico fiduciario dell’assicurazione malattia (doc. O) e ha preteso dalla dipendente lo svolgimento delle consuete mansioni di ausiliaria nella misura del 100%, senza alcun riguardo per le sue condizioni di salute, come invece impone al datore di lavoro l’art. 328 CO (sentenza del Tribunale federale del 27 maggio 2008 4A\_102/2008 consid. 2). Fallito il tentativo e ricevuto il certificato medico 2 marzo 2005, l’appellante ha licenziato la dipendente il giorno successivo, convinto che l’assenza fosse arbitraria siccome fondata su un certificato medico che esso non riteneva fedefacente. Come emerso poi dall’istruttoria e in particolare dalla perizia giudiziaria, la valutazione del medico curante corrispondeva alla reale situazione di salute della dipendente. In siffatte circostanze, il licenziamento è da considerare abusivo ai sensi dell’art. 336 cpv. 1 lett. d CO. Non vi è motivo per entrare nel merito del calcolo della relativa indennità ai sensi dell’art. 336a CO, il convenuto non avendolo contestato nel suo risultato. L’appello, infondato, deve pertanto essere respinto.

#### **E. 7**

Trattandosi di vertenza in materia di diritto del lavoro di valore inferiore a fr. 30'000.- non si prelevano tasse né spese a carico delle parti (art. 343 cpv. 3 CO; 417 cpv. 1 lett. e CPC). Per la quantificazione delle ripetibili a carico dell’appellante si è tenuto conto di un valore litigioso in questa sede di fr. 19'257.-. Per i quali motivi, richiamato l’art. 148 CPC, dichiara e pronuncia: 1. L’appello 21 maggio 2007 di AP 1, è respinto. 2. Non si prelevano tasse né spese. AP 1 rifonderà a AO 1 fr. 1'200.- per ripetibili di appello. 3. Intimazione: - -  
Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 Per la seconda Camera civile del Tribunale d’appello La presidente Il segretario  
Rimedi giuridici Nelle cause a carattere pecuniario in materia di contratto di lavoro con un valore litigioso superiore a fr. 15'000.- è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale entro 30 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 LTF). Qualora non sia dato il ricorso in materia civile è possibile proporre negli stessi termini ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113, 117 LTF). La parte che intende impugnare una decisione sia con un ricorso ordinario sia con un ricorso in materia costituzionale deve presentare entrambi i ricorsi con una sola e medesima istanza (art. 119 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.