

# Questioni giurisprudenziali in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo

**Autore:** Cinzia Siviero

**In:** Diritto del lavoro

Senza pretesa di esaustività, si è qui tentato di raccogliere i recenti arresti giurisprudenziali più interessanti con riferimento alle diverse ipotesi di **licenziamento per giustificato motivo oggettivo**, dai quali, a parere di chi scrive, è possibile desumerne gli elementi costitutivi fondamentali e le criticità interpretative.

**Per sapere tutto su questo argomento leggi "Il licenziamento nel settore privato" di Maria Giulia Cosentino.**

## La normativa di riferimento

L'art. 3 l. 604/1966 afferma che: "il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa".

Le scelte imprenditoriali sottese al predetto atto espulsivo, dunque, possono essere di carattere **economico o tecnico-produttivo** (aumento dell'efficienza del lavoro attraverso l'introduzione di innovazioni produttive). Un caso particolare è rappresentato dal **licenziamento per sopravvenuta infermità** per ragioni indipendenti dal lavoro.

L'art. 30, c. 1. l. 183/2010 statuisce che "il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente". Ne discende che il Giudice del Lavoro è chiamato ad accertare esclusivamente la sussistenza dei presupposti di legittimità del licenziamento, venendo meno la possibilità di sindacare la scelta imprenditoriale che abbia portato alla soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il dipendente licenziato nei suoi profili di congruità ed opportunità, sempre che risulti l'**effettività** e la **non pretestuosità** del riassetto organizzativo<sup>[1]</sup>.

**Ti potrebbe interessare anche il seguente articolo: "Il Rêpèchage nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo: suo fondamento".**

## La giurisprudenza sul giustificato motivo oggettivo

La costruzione giurisprudenziale consolidata ritiene legittimo il licenziamento per g.m.o. laddove il riassetto organizzativo sia effettivo (e non meramente pretestuoso)<sup>[2]</sup>; fondato su circostanze realmente esistenti al momento della comunicazione del recesso (non relativo a circostanze future ed eventuali)<sup>[3]</sup>; sussista il nesso eziologico tra il riassetto aziendale e l'atto estromissivo<sup>[4]</sup>; la scelta del dipendente da licenziare avvenga secondo correttezza e buona fede ex art. 1175 c.c., scevra da atti di carattere discriminatorio<sup>[5]</sup> (potendosi a tal fine far riferimento ai criteri previsti dalla legge per i licenziamenti collettivi<sup>[6]</sup>); venga verificata l'impossibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni (cd. repêchage); venga rispettato il preavviso (o corrisposta la relativa indennità).

Infine, si evidenzia che l'onere di provare la sussistenza delle condizioni sopra indicate ricade sul datore di lavoro<sup>[7]</sup>.

Recentemente, la Corte di Legittimità confermava l'orientamento già consolidatosi secondo cui è ritenuto legittimo il licenziamento per g.m.o. anche in assenza di una situazione di crisi aziendale, dovendo il Giudice limitarsi a verificare semplicemente l'effettività della riorganizzazione e che la stessa preceda il licenziamento.

Invero, con la sentenza n. 13015/2017, la Cassazione riteneva di dover dare "continuità alla giurisprudenza secondo cui il giustificato motivo oggettivo di licenziamento, ex art. 3 legge n. 604/1966, è ravvisabile anche soltanto in una diversa ripartizione di determinate mansioni fra il personale in servizio, attuata a fini di una più efficiente e produttiva gestione aziendale, nel senso che certe mansioni fra il personale in servizio, possono essere accorpate a quelle di altro dipendente o suddivise tra più lavoratori, ognuno dei quali se le vedrà aggiungere a quelle già espletate, con il risultato finale di far emergere come in esubero la posizione lavorativa di quel dipendente che vi era addetto in modo esclusivo o prevalente, purché tale diversa distribuzione dei compiti sia causalmente all'origine del licenziamento anziché costituirne mero effetto di risulta. [...] In tema di licenziamento per g.m.o. il datore di lavoro, nel procedere al riassetto della sua impresa, può ricercare il profitto mediante la riduzione del costo di lavoro o di altri fattori produttivi, fermo il limite che il suo obiettivo non può essere perseguito soltanto con l'abbattimento del costo del lavoro, ossia con il puro e semplice licenziamento di un dipendente non giustificato da un effettivo mutamento dell'organizzazione tecnico-produttiva, ma solo dal fine di sostituirlo con un altro meno retribuito, ancorché addetto alle medesime mansioni. Ne consegue che in caso di riorganizzazione aziendale, il datore di lavoro - al quale l'art. 41 della Cost., nei limiti di cui al comma 2, lascia la scelta della migliore combinazione dei fattori produttivi ai fini dell'incremento della produttività aziendale - non è tenuto a dimostrare l'esistenza di sfavorevoli situazioni di mercato, trattandosi di necessità non richiesta dall'art. 3 della citata legge n. 604 del 1966. Diversamente si dovrebbe ammettere la legittimità del licenziamento soltanto ove esso tenda ad evitare perdite di esercizio (e quindi, in prospettiva, a prevenire il rischio di fallimento dell'impresa) e non a migliorarne la

produttività. Ma una conclusione del genere non si ricava dall'art. 3 cit. l. 604/1966, né dall'art. 41 Cost.: infatti, la libertà di iniziativa economica privata non può ridursi ad un'attività improduttiva di redditi e, perciò, mirante una mera economicità di gestione. Ciò sarebbe in astratto concepibile per un ente pubblico economico che agisse in condizioni di monopolio e non per un'impresa privata attiva all'interno di un regime di concorrenza, nel quale, in termini microeconomici e nel lungo periodo, se operante con il maggior costo unitario di produzione essa sarebbe destinata ad essere espulsa dal mercato. Né, da ultimo, può supporre che il contemperamento fra gli opposti interessi possa risolversi bilanciando tra loro, da un lato quello imprenditoriale ad un incremento di produttività e, potenzialmente, di redditività e, dall'altro, quello del dipendente a mantenere una data occupazione: un bilanciamento del genere presupporrebbe a monte la risposta all'interrogativo su quale sia il limite consentito del saggio di profitto e come se ne determini l'andamento, tema su cui si sono cimentanti economisti e filosofi, ma che poco si presta a ricevere un responso giudiziario in assenza di precisi parametri normativi. In conclusione, va ribadito che il g.m.o. di licenziamento, previsto dall'art. 3 l. 604/1966 è ravvisabile anche soltanto in una diversa ripartizione di determinate mansioni fra il personale in servizio, all'esito della quale una o più posizioni lavorative risultino in esubero e non riassorbibili in via di cd. repêchage. Ciò [...] ovviamente non esime il Giudice dal controllare che tale riorganizzazione, pur non sindacabile nel merito, nondimeno sia genuina (ossia effettiva e non meramente apparente o pretestuosa), preceda logicamente e/o cronologicamente il licenziamento stesso [...] e derivi da necessità non meramente contingenti e transeunti (cioè non destinate ad essere certamente riassorbite in un breve arco di tempo)".

Con la decisione n. 19655/2017, ancora la Corte affermava che "è legittimo il licenziamento per ragioni inerenti l'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento della stessa, in esse comprese anche quelli attinenti ad una migliore efficienza gestionale o produttiva ovvero dirette ad un aumento della redditività d'impresa, una volta che ne sia stata verificata l'effettività del ridimensionamento e del nesso causale tra la ragione addotta e la soppressione del posto di lavoro del dipendente licenziato: spettando un tale accertamento di ricorrenza (e non pretestuosità) delle ragioni stabilite dall'art. 3 L. 604/1966 al sindacato giudiziale, senza alcuna indebita interferenza sull'insindacabile autonomia imprenditoriale (Cass. n. 25201/2016; Cass. n. 25197/2013; Cass. n. 7474/2012; Cass. n. 15157/2011).

La lettura offerta dalla Cassazione allarga le ragioni giustificatrici dell'atto di recesso, consentendo di ritenere legittimo il licenziamento di un lavoratore senza che ricorra una sofferenza economica dell'azienda quale presupposto legittimante. La dottrina ha accolto positivamente tale interpretazione<sup>[8]</sup>, pur smussandola con la ritenuta necessità di riaffermazione del controllo giurisdizionale sul rispetto **dell'obbligo di repêchage** quale elemento interno alla struttura del g.m.o., e dei criteri di scelta al fine di equilibrare i contrapposti interessi del datore di lavoro e del prestatore di lavoro.

Invero, a parere della dottrina, la linea argomentativa adottata dalla Corte "metterebbe in serio pericolo la tutela (costituzionale) del lavoratore a fronte di licenziamenti privi di una effettiva "ragione", soprattutto se la lettera di recesso non contenesse alcuna motivazione della soppressione del posto, ma semplicemente l'esistenza materiale di un processo (ri)organizzativo. Infatti, l'interpretazione che si sta

consolidando ed arricchendo di ulteriori elementi, sbilanciati a favore delle imprese, consente al giudice di valutare solo l'esistenza materiale del processo organizzativo antecedente all'atto di recesso, fermo restando la valutazione del nesso causale e dell'obbligo di "ripescaggio", senza che si possa esercitare un controllo di legittimità (non certamente di merito) delle "ragioni" alla base (e non a monte) del licenziamento<sup>91</sup>". "La chiave di lettura che possa quindi bilanciare le tutele accordate al lavoratore è senz'altro un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 3 l. 604/1966. L'interprete dovrà applicare un principio lavoristico al quale attribuire evidente posizione di supremazia rispetto ad altri diritti costituzionali connessi all'impresa ed all'attività economica<sup>101</sup>". "Se si consentisse, infatti, un licenziamento giustificato da qualsiasi ragione economica organizzativa, legandolo solo all'effettiva e non pretestuosa soppressione del posto di lavoro, si attribuirebbe un valore assoluto alla libertà d'impresa, di rilievo superiore a quello della stabile occupazione del lavoratore ex art. 4 Cost.<sup>111</sup>". "Ragionando in questi termini, quindi, si violerebbero i principi di proporzionalità e ragionevolezza che devono orientare i giudici nell'interpretazione dell'art. 3 l. 604/1966, da cui si ricava che nell'analisi delle ragioni del licenziamento ci si deve attenere ad un criterio di "necessità" quale parametro per valutare se le modifiche organizzative o produttive siano tali da consentire il licenziamento<sup>121</sup>". "Il licenziamento giustificato, dunque, non è semplicemente quello conseguente a scelte insindacabili di riorganizzazione, quali esse siano e quali finalità perseguano, ma quello reso necessario da esigenze organizzative che si impongano al datore di lavoro stesso e che siano verificabili secondo criteri, non solo di effettività, ma di razionalità e di serietà"<sup>131</sup>.

Ancora, con la sentenza n. 19731/2018 la Cassazione statuiva che "ben poteva parte datoriale, per la dedotta più economica gestione dell'impresa a seguito di un protratto periodo di crisi di risultati e di difficoltà di mercato, ridimensionare l'organico, ridistribuendo le mansioni in precedenza assegnate al ricorrente al personale residuo, oppure ricorrendo, per tempi assolutamente limitati, a risorse esterne". La Suprema Corte ribadiva in tal guisa come l'impiego di risorse esterne all'azienda per lo svolgimento di mansioni che potevano essere affidate al dipendente licenziato, non è idoneo a configurare una violazione dell'obbligo di ripescaggio laddove ciò avvenga per tempi limitati, ben potendo dunque parte datoriale avvalersi in seguito al licenziamento di nuovi lavoratori somministrati od a termine - a condizione, si ribadisce, che l'utilizzo di tali risorse sia limitato e comporti un esborso inferiore a quello dovuto per il mantenimento di unità di personale assunta a tempo indeterminato -.

Tuttavia, il recente arresto della Cassazione n. 16702/2018, precisava: "converrà rammentare che questa Corte ha recentemente affermato che "ai fini della legittimità del licenziamento individuale intimato per giustificato motivo oggettivo ai sensi della l. n. 604 del 1966, art. 3, l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare ed il giudice accertare, essendo sufficiente che le ragioni inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro, tra le quali non è possibile escludere quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell'impresa, determinino un effettivo ridimensionamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa; ove però il licenziamento sia stato motivato richiamando l'esigenza di fare fronte a situazione

economiche sfavorevoli ovvero a spese notevoli di carattere straordinario ed in giudizio si accerti che la ragione indicata non sussiste, il recesso risulta ingiustificato per una valutazione in concreto sulla mancanza di veridicità e sulla pretestuosità della causale addotta dall'imprenditore" (cass. n. 25201/16; Cass. n. 10697/17; Cass. n. 24882/17). Nella specie la sentenza impugnata ha valutato, con motivato accertamento fattuale non sindacabile in sede di legittimità, l'insussistenza dei dedotti dati negativi di bilancio, mentre ha errato nell'equiparare [...] la non provata ragione posta a base del licenziamento con la manifesta insussistenza della stessa, di cui alla l. 300 del 1970, art. 18, c. 7 [...]. La verifica del requisito della "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento", di cui al comma 7 dell'art. 18, concerne entrambi i presupposti di legittimità del recesso per giustificato motivo oggettivo e, quindi, sia le ragioni inerenti all'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro ed il regolare funzionamento di essa, sia l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore. La "manifesta insussistenza", in particolare, va riferita ad una chiara, evidente e facilmente verificabile (sul piano probatorio) assenza dei suddetti presupposti".

Merita menzione anche la recentissima sentenza della Cassazione n. 21438/2018 a mente della quale: "in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ravvisato nella soppressione di un posto di lavoro in presenza di più posizioni fungibili perché occupate da lavoratori con professionalità sostanzialmente omogenee, ove non sia utilizzabile il criterio dell'impossibilità di "repêchage", il datore di lavoro deve individuare il soggetto da licenziare secondo i principi di correttezza e buona fede e, in questo contesto l'art. 5 della l. 223/1991 offre uno "standard" idoneo ad assicurare una scelta conforme a tale canone, ma non può escludersi l'utilizzabilità di altri criteri, purché non arbitrari, improntati a razionalità e graduazione delle posizioni dei lavoratori interessati (Cass. n. 25192/2016; n. 14021/2016)".

Conformemente: "nel caso di licenziamento per ragioni inerenti l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro, ai sensi dell'art. 3, L. n. 604/1966, allorché il giustificato motivo oggettivo si identifica nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, la scelta del dipendente (o dei dipendenti) da licenziare non è totalmente libera ma limitata sia dal divieto di atti discriminatori che dal rispetto delle regole di correttezza e buona fede cui deve essere informato, ex articolo 1175 e 1375 c.c., ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio e dunque anche il recesso di una di esse. Tale rispetto è assicurato dal ricorso ai medesimi criteri di scelta che la l. n. 223/1991 ha dettato, all'art. 5, in materia di licenziamenti collettivi per l'ipotesi in cui l'accordo sindacale non abbia indicato criteri di scelta diversi ovvero i criteri dei carichi familiari e dell'anzianità"<sup>141</sup>.

## Licenziamento per trasferimento d'azienda o ramo d'azienda

A parere di chi scrive, interessante è anche la giurisprudenza relativa ai licenziamenti comminati per **trasferimento d'azienda o ramo d'azienda**, laddove statuisce che "l'intimazione di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, pone a carico del datore l'onere di provare l'esistenza del motivo posto alla base del licenziamento stesso e la mancanza di possibilità di adibire aliunde il lavoratore. Il giudice del merito, adito per la declaratoria di illegittimità del licenziamento è, dunque, tenuto al controllo della

effettiva sussistenza del giustificato motivo oggettivo posto alla base del recesso datoriale, nonché del nesso di causalità tra il medesimo e l'individuazione del soggetto destinatario del provvedimento di licenziamento. Nel caso concreto [...] deve concludersi con una declaratoria di illegittimità del licenziamento irrogato per messa in liquidazione della società, la cui attività, invece, risulta trasferita ad altra impresa, avente medesima sede legale, sede operativa, amministratore unico, numero di telefono e di fax di quella cessata. La dichiarazione di illegittimità del licenziamento e l'accertamento del trasferimento d'azienda, comporta, altresì, l'accoglimento della domanda del prestatore volta all'accertamento del proprio diritto alla prosecuzione del rapporto di lavoro con la nuova società e la relativa condanna al ripristino del rapporto di lavoro. [...] Nell'ipotesi di trasferimento d'azienda, in qualunque forma realizzato, il rapporto di lavoro prosegue con l'acquirente e il lavoratore conserva tutti i diritti derivanti, con la conseguenza che il licenziamento non fondato su giusti motivi diversi dal trasferimento è nullo e va disapplicato dal giudice, con condanna del datore di lavoro succedutosi al risarcimento del danno (Trib. Grosseto 19.12.2006)<sup>[15]</sup>.

Ancora, "il licenziamento, motivato con la cessazione dell'attività della società datrice di lavoro, ma in realtà dovuto alla cessione di ramo d'azienda, è nullo od inefficace, il che giustifica la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e la condanna del datore al risarcimento del danno"<sup>[16]</sup>.

Conformemente anche la dottrina più autorevole: "la previsione del quarto comma (dell'art. 2112 c.c., ndr) implica che il licenziamento, individuale o collettivo, motivato con il fatto del trasferimento in sé o intimato per cessazione dell'attività da un datore di lavoro che l'abbia, in realtà, ceduta ad altri o proseguita altrove, è nullo per violazione di norma imperativa, essendo prevista per legge l'inconfigurabilità quale motivo di licenziamento del mutamento soggettivo della parte datoriale"<sup>[17]</sup>.

A mente della sentenza del 6 aprile 2017 della la Corte di Giustizia Europea, la direttiva 2001/23/Ce "mira ad assicurare il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento d'imprenditore, permettendo loro di restare al servizio del nuovo datore di lavoro alle stesse condizioni di quelle pattuite con il cedente. Scopo di tale direttiva è quello di garantire, nei limiti del possibile, la continuazione dei contratti o dei rapporti di lavoro, senza modificazioni, con il cessionario, per impedire che i lavoratori coinvolti in un trasferimento siano collocati in una posizione meno favorevole per il solo fatto del trasferimento" (sentenza 06/09/2011, Scattolon, C-108/10, EU:c:2011:542, punto 75). Conformemente, la Corte di Cassazione accoglieva il ricorso di un lavoratore ribadendo "che il trasferimento di titolarità dell'azienda, con qualunque strumento giuridico effettuato, comporta la continuazione del rapporto lavorativo con lo stesso contenuto che aveva in precedenza, senza che possano essere negati al lavoratore diritti che, eventualmente riconosciuti per via giudiziaria in epoca successiva al trasferimento, siano in ogni caso eziologicamente ricollegabili alla posizione lavorativa assunta anteriormente al trasferimento"<sup>[18]</sup>.

## Licenziamento per cessazione dell'attività produttiva

Rientra invece nelle ipotesi di licenziamento per g.m.o. quello conseguente alla **cessazione dell'attività produttiva** - ipotesi peraltro espressamente prevista dall'art. 24, c. 1. 223/1991 per il licenziamento collettivo -. La scelta dell'imprenditore di cessare l'attività produttiva non è censurabile e lo stesso non è tenuto a giustificare tale decisione. Coerentemente la giurisprudenza di legittimità ha affermato che costituisce g.m.o. la decisione datoriale di cessare l'attività per il timore di dover affrontare eccessivi impegni economici in conseguenza delle rivendicazioni seppure legittime dei dipendenti. Il datore di lavoro deve dimostrare l'avvenuta cessazione dell'attività produttiva, la quale non è esclusa dal fatto che lo stabilimento sede dell'impresa non sia stato immediatamente dismesso o alienato rimanendo nella disponibilità dell'imprenditore ma come entità non funzionante, né è esclusa dal fatto che uno o pochi dipendenti siano stati mantenuti in servizio al solo fine di compiere e completare le pratiche relative alla suddetta cessazione dell'attività<sup>[19]</sup>.

## Malattia - inidoneità - handicap del lavoratore

L'art. 2110 c.c. dispone che: "In caso di infortunio, di malattia, di gravidanza o di puerperio, se la legge non stabilisce forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dagli usi o secondo equità. Nei casi indicati nel comma precedente, l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'articolo 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge, dagli usi o secondo equità. Il periodo di assenza dal lavoro per una delle cause anzidette deve essere computato nell'anzianità di servizio".

La norma citata dunque stabilisce che in occasione di eventi come la malattia, l'infortunio, la gravidanza ed il puerperio, che impediscono la regolare effettuazione della prestazione lavorativa, il rapporto di lavoro è sospeso ed il datore non può recedervi, anche se non avesse più interesse alla prestazione ed anche in caso di sussistenza delle condizioni previste ex lege per intimare un licenziamento per g.m.o., fino a quando l'assenza dal lavoro non si protragga oltre il limite stabilito dalla legge, dai contratti collettivi, dagli usi o secondo equità. Tuttavia, una volta decorso tale termine, cd. di **comporto**, il datore è libero di recedere dal rapporto a prescindere dall'esistenza o dimostrazione delle condizioni poste dalla legge in materia di licenziamento, dovendo il Giudice di merito limitarsi ad accertare se la malattia, unica o discontinua, abbia superato o meno predetto termine. I contratti collettivi stabiliscono, di norma, la durata del periodo di comportamento, il quale si distingue tra: **comporto secco** - quando il periodo di conservazione del posto di lavoro si riferisce ad un'unica ed ininterrotta malattia, e **comporto per sommatoria**, quando il periodo di comportamento comprende una pluralità di episodi morbosi che si manifestino entro un determinato periodo di tempo - talvolta, tuttavia, tale periodo non viene espressamente disciplinato dai ccnl -.

Dal punto di vista giuslavoristico, per malattia si intende uno stato patologico tale da determinare una condizione di incapacità a svolgere determinate mansioni lavorative<sup>[20]</sup>.

Lo stato di malattia deve essere valutato tenendo conto degli incarichi in concreto eseguiti dal lavoratore. Pertanto è inabile al lavoro colui che non è ragionevolmente in grado di esercitare le proprie mansioni senza un significativo disagio o sofferenza fisica, o senza il rischio di aggravamenti del suo stato<sup>[21]</sup>.

Sulla qualificazione del licenziamento per superamento del periodo di comportamento si presenta dirimente la recentissima pronuncia delle Sezioni Unite: “secondo ormai consolidato indirizzo interpretativo di questa S.C., ai sensi dell’art. 2110 c.c., il licenziamento per superamento del periodo di comportamento costituisce una fattispecie autonoma di licenziamento, vale a dire una situazione di per sé idonea a consentirlo, diversa da quelle riconducibili ai concetti di giusta causa o giustificato motivo di cui all’art. 2119 c.c. ed alla l. n. 604 del 1966 articoli 1 e 3. D’altronde, il mero protrarsi di assenze oltre un determinato limite stabilito dalla contrattazione collettiva - o, in difetto, dagli usi o secondo equità - di per sé non costituisce inadempimento alcuno (trattandosi di assenze pur sempre giustificate); né per dare luogo a licenziamento si richiede un’ accertata incompatibilità tra tali prolungate assenze e l’assetto organizzativo o tecnico-produttivo dell’impresa, ben potendosi intimare il licenziamento per superamento del periodo di comportamento pur ove, in concreto, il rientro del lavoratore possa avvenire senza ripercussioni negative sugli equilibri aziendali. In altre parole, nell’art. 2110 c.c., c. 2, si rinviene un’astratta predeterminazione (legislativo-contrattuale) del punto di equilibrio tra l’interesse del lavoratore a disporre di un congruo periodo di assenze per ristabilirsi a seguito di malattia od infortunio e quello del datore di lavoro di non doversi fare carico a tempo indefinito del contraccolpo che tali assenze cagionano all’organizzazione aziendale. Si noti che l’ assunto secondo cui quella in esame è un’ autonoma fattispecie di licenziamento non è smentito dalla giurisprudenza (Cass. 284/17; Cass. 8707/16; Cass. 23920/10) che ritiene tale recesso assimilabile ad uno per giustificato motivo oggettivo anziché per motivi disciplinari: si tratta di una mera “assimilazione” (e non “identificazione”) affermata al solo fine di escludere la necessità di una previa completa contestazione (indispensabile, invece, in tema di responsabilità disciplinare), da parte datoriale, delle circostanze di fatto (le assenze per malattia) relative alla causale e di cui il lavoratore ha conoscenza personale e diretta (fermo restando - ovviamente - l’onere del datore di allegare e provare l’avvenuto superamento del periodo di non recedibilità)<sup>[22]</sup>.

Le Sezioni Unite, si soffermano altresì sull’ipotesi di licenziamento comminato prima del superamento del periodo di comportamento: “la sentenza n. 2072/80 delle Sezioni Unite già da lungo tempo ha statuito che ai sensi dell’articolo 2110 c.c., c. 2, (riferito tanto al comportamento cd. secco, quanto a quello cd. per sommatoria) il datore di lavoro può recedere dal rapporto solo dopo la scadenza del periodo all’uopo fissato dalla contrattazione collettiva (ovvero, in difetto, determinato secondo usi od equità) ed ha espressamente escluso che reiterate assenze per malattia del dipendente integrino un giustificato motivo oggettivo di licenziamento ai sensi della l. 604 del 1966, art. 3. Ammettere come valido (sebbene momentaneamente inefficace) il licenziamento intimato ancor prima che le assenze del lavoratore abbiano esaurito il periodo massimo di comportamento significherebbe consentire un licenziamento che, all’atto della sua intimazione, è ancora sprovvisto di giusta causa o giustificato motivo oggettivo e non è sussimibile in altra autonoma



fattispecie legittimante. Si tratterebbe quindi di un licenziamento sostanzialmente acasuale (nell'accezione giuslavoristica del termine) disposto al di fuori delle ipotesi residue previste dall'ordinamento (lavoratori in prova, dipendenti domestici, dirigenti, lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia). Sarebbe - questo - un modo per aggirare l'interpretazione [...] dell'art. 2110 c.c., c. 2, di ignorarne la ratio, che è quella di garantire al lavoratore un ragionevole arco temporale di assenza per malattia od infortunio senza per ciò solo perdere l'occupazione [...]. Deve darsi continuità alla giurisprudenza di questa S.C. che considera nullo il licenziamento intimato solo per il protrarsi delle assenze dal lavoro, ma prima ancora che il periodo di comporto risulti scaduto. Muovendo dall'interpretazione dell'art. 2110 c.c., c. 2, accolta fin dalla summenzionata Cass. SS.UU. n. 2072/80, va evidenziato che il carattere imperativo della norma, in combinata lettura con l'art. 1418 c.c. non consente soluzioni diverse. [...] il valore della tutela della salute è sicuramente prioritario all'interno dell'ordinamento [...] così come lo è quello del lavoro [...]. In questa cornice di riferimento è agevole evidenziare come la salute non possa essere adeguatamente protetta se non all'interno di tempi sicuri entro il quale il lavoratore, ammalatosi od infortunatosi, possa avvalersi delle opportune terapie senza il timore di perdere, nelle more, il proprio posto di lavoro”.

La decisione n. 15523/2018 della Cassazione in tal guisa dichiarava l'illegittimità di un licenziamento per g.m.o. ove la ritenuta reale motivazione sottesa all'atto espulsivo era lo scarso rendimento dovuto ad eccessiva morbilità: “[...] deve osservarsi che la non utilità della prestazione per il tempo della malattia è evento previsto e disciplinato dal legislatore con conseguenze che possono portare alla risoluzione del rapporto di lavoro solo dopo il superamento del periodo di comporto disciplinato dall'articolo 2110 c.c. e dalla contrattazione collettiva. In tal senso, mentre lo scarso rendimento è caratterizzato da inadempimento, pur se incolpevole, del lavoratore, non altrettanto può dirsi per le assenze dovute a malattia e la tutela della salute è valore preminente che ne giustifica la specialità. In tal senso le regole dettate dall'articolo 2110 c.c., per le ipotesi di assenze determinate da malattia del lavoratore prevalgono, in quanto speciali, sia sulla disciplina dei licenziamenti individuali che su quella degli articoli 1256 e 1463 e 1464 c.c. e si sostanziano nell'impedire al datore di lavoro di porre fine unilateralmente al rapporto sino al superamento del limite di tollerabilità dell'assenza (cosiddetto comporto) predeterminato dalla legge, dalle parti o, in via equitativa, dal giudice, nonché nel considerare quel superamento unica condizione di legittimità del recesso; le stesse regole hanno, quindi, la funzione di contemperare gli interessi confliggenti del datore di lavoro (a mantenere alle proprie dipendenze solo chi lavora e produce) e del lavoratore (a disporre di un congruo periodo di tempo per curarsi senza perdere i mezzi di sostentamento e l'occupazione), riversando sull'imprenditore, in parte ed entro un determinato tempo, il rischio della malattia del dipendente. Ne deriva, quale corollario, che il superamento del periodo di comporto è condizione sufficiente a legittimare il recesso, e pertanto non è necessaria, nel caso, la prova del giustificato motivo oggettivo, né dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa, né quella della correlativa impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse (cfr. Cass. 31.1.2012 n. 1404; Cass. 28.1.2010 n. 1861). In coerenza con tali premesse, essendo stato nella specie il licenziamento intimato per scarso rendimento dovuto essenzialmente all'elevato numero di assenze, ma non tali da esaurire il periodo di comporto, il recesso in oggetto è stato correttamente dichiarato illegittimo. La contraria opinione [...] si pone, invero, in contrasto con la consolidata e costante giurisprudenza di questa

S.C. - cui va data continuità - che, a partire da Cass. SS. UU. n. 2072/80, ha sempre statuito che, anche in ipotesi di reiterate assenze del dipendente per malattia, il datore di lavoro non può licenziarlo per giustificato motivo, ai sensi della l. n. 604 del 1966, articolo 3, ma può esercitare il recesso solo dopo che si sia esaurito il periodo all'uopo fissato dalla contrattazione collettiva, ovvero, in difetto, determinato secondo equità (cfr., tra le altre, Cass. 7.8.2015 n. 16582, Cass. 31.1.2012 n. 1404, Cass. 28.12.2010 n. 1861, Cass. 24.6.2005 n. 13624). Nella specie il limite di tollerabilità delle assenze per malattia è stato già determinato a livello collettivo dalle parti sociali [...] avuto riguardo pur sempre e sicuramente all'esigenza contrapposta di garanzia economica dell'imprenditore, per i profili della misura dei limiti economici e temporali entro cui possa su di lui riversarsi il rischio di una malattia cronica o recidivante del dipendente (cfr. C. Cost. 87/2013).

Per completezza espositiva, merita un, seppur brevissimo cenno, il recente arresto della Cassazione in tema di malattia - ancorché nel caso trattato sia correlata ad un licenziamento per giusta causa - che afferma che: "lo svolgimento di altra attività lavorativa da parte del dipendente assente per malattia è idoneo a giustificare il recesso del datore di lavoro per violazione dei doveri generali di buona fede e correttezza e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà ove tale attività esterna, prestata o meno a titolo oneroso, sia per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando, quindi, una sua fraudolenta simulazione, ovvero quando, valutata in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, l'attività stessa possa pregiudicare o ritardare la guarigione ed il rientro in servizio del lavoratore. Inoltre, l'espletamento di attività extra lavorativa durante il periodo di assenza per malattia costituisce illecito disciplinare non solo se tale comportamento deriva da un'effettiva impossibilità temporanea della ripresa del lavoro, ma anche quando la ripresa è solo messa in pericolo dalla condotta imprudente, con una valutazione di idoneità che deve essere svolta necessariamente ex ante, rapportata al momento in cui il comportamento viene realizzato"<sup>1231</sup>.

Una questione più volte esaminata dalla giurisprudenza attiene al rapporto tra l'istituto della malattia e quello della **inidoneità fisica**. La distinzione tra le due fattispecie è abbastanza netta: la malattia ha carattere temporaneo e comporta l'impossibilità totale della prestazione per tutta la sua durata, mentre l'inidoneità ha carattere permanente o, quanto meno, una durata indeterminata, od indeterminabile e non comporta necessariamente l'impossibilità totale della prestazione, consentendo la risoluzione del rapporto indipendentemente dal superamento del periodo di comporto.

L'art. 42 d. lgs. n. 81 del 2008 dispone che: "il datore di lavoro, anche in considerazione di quanto disposto dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, in relazione ai giudizi di cui all'articolo 41, comma 6, attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, ove possibile, ad altra mansione compatibile con il suo stato di salute. Il lavoratore di cui al comma 1 che viene adibito a mansioni inferiori conserva la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, nonché la qualifica originaria. Qualora il lavoratore venga adibito a mansioni equivalenti o superiori si applicano le norme di cui all'articolo 2103 del codice civile, fermo restando quanto previsto dall'articolo 52 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165".

La Cassazione è granitica nel disporre che: “l’art. 42 del d.lgs. 81/2008, nel prevedere che il lavoratore divenuto inabile alle mansioni specifiche possa essere assegnato anche a mansioni equivalenti od inferiori, nell’inciso “ove possibile” contempera il conflitto tra diritto alla salute ed al lavoro e quello al libero esercizio dell’impresa, ponendo a carico del datore di lavoro l’obbligo di ricercare - anche in osservanza dei principi di buona fede e correttezza nell’esecuzione del rapporto - le soluzioni che, nell’ambito del piano organizzativo prescelto, risultino le più convenienti ed idonee ad assicurare il rispetto dei diritti del lavoratore e lo grava, inoltre, dell’onere processuale di dimostrare di avere fatto tutto il possibile, nelle condizioni date, per l’attuazione dei detti diritti”<sup>[24]</sup>.

Ancora, “posto che la inidoneità sopravvenuta di carattere permanente, che differisce dalla malattia di natura temporanea, quale giustificato motivo di recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro subordinato (l. n. 604 del 1966, articoli 1 e 3, articoli 1463 e 1464 c.c.), non implica necessariamente l’impossibilità totale della prestazione e non determina necessariamente il licenziamento (Cass. n. 1404/2012), laddove il dipendente possa essere adibito, compatibilmente con le sue residue capacità lavorative (Cass. n. 239/2015), ad una diversa attività, riconducibile - alla stregua di un’interpretazione del contratto secondo buona fede - alle mansioni attualmente assegnate od a quelle equivalenti (articolo 2013 c.c.), ovvero, se ciò sia impossibile, a mansioni inferiori, purché tale diversa attività sia utilizzabile nell’impresa, senza alterazione dell’assetto organizzativo della medesima (Cass. n. 16141/2002), oppure, a maggior ragione, laddove sia possibile fargli eseguire quelle attività che col supporto dei mezzi di protezione individuale, previsti per legge ai fini della prevenzione della salute del lavoratore, gli consentano di superare le difficoltà nascenti dalla accertata inidoneità [...]. Il licenziamento del lavoratore divenuto permanentemente inidoneo per condizioni fisiche o psichiche alla prestazione dovuta non presuppone che l’accertamento della inidoneità provenga da un organo “competente” nel senso di cui alla l. n. 300/70, art. 5, c. 3 (nel quale, del resto, si prevede non un obbligo ma una mera facoltà del datore di lavoro di far controllare da enti pubblici od istituti specializzati di diritto pubblico la idoneità del lavoratore). Ne consegue che anche un giudizio di inidoneità non formulato da uno dei detti enti od istituti ben può costituire motivo di recesso, salva in ogni caso la necessaria verifica giudiziale circa la fondatezza di tale motivo, che il giudice di merito, nell’esercizio discrezionale a lui attribuito, può effettuare anche avvalendosi dell’opera di un consulente tecnico d’ufficio”<sup>[25]</sup>.

Ancora diversa è l’ipotesi di **handicap del lavoratore**. La Cassazione ribadisce che la nozione di “handicap” non è ricavabile dal diritto interno ma unicamente dal diritto dell’Unione Europea sicché può parlarsi di nozione europea di disabilità (direttiva n. 78/2000/CE del 2000, ndr)<sup>[26]</sup>.

Si precisa invero che l’art. 1 della citata Direttiva prevede che le discriminazioni per cui è apprestata la tutela sono quelle, appunto, per handicap, oltreché per religione, convinzioni personali, età o tendenze sessuali. Per parità di trattamento l’art. 2 intende l’assenza di qualsiasi discriminazione diretta od indiretta disponendo che “nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona od organizzazione a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all’art. 5 [...]”.

Una prima fondamentale considerazione concerne l'assenza di ogni precisazione sul contenuto della nozione di disabilità, a cui, come riferito anche dalla summenzionata sentenza della Cassazione, contribuisce la Corte di Giustizia, delineando il perimetro dei trattamenti discriminatori.

L'art. 5 della citata direttiva concerne la cd. *reasonable accommodation*, id est soluzioni "ragionevoli" per i disabili, che il datore di lavoro ha l'obbligo di individuare ed applicare "in funzione delle esigenze delle situazioni concrete".

Lo scopo è quello di consentire al lavoratore portatore di handicap l'accesso al lavoro, lo svolgimento dello stesso e la possibilità di ricevere una promozione e formazione. Unico limite individuato all'operatività di tale previsione è il carattere di sproporzione dell'onere finanziario sostenuto dal datore di lavoro, da escludere quando è possibile una compensazione tramite misure a favore dei disabili esistenti nello Stato membro. I considerando 20 e 21 della direttiva dispongono, da un lato, l'esigenza di prevedere misure appropriate, ossia misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap e, dall'altro, considerando che la determinazione della sproporzione degli oneri finanziari sia legata ai costi, finanziari e non, alle dimensioni dell'impresa, alle risorse disponibili ed alla possibilità di ottenere fondi pubblici od altre sovvenzioni.

La portata di tutte queste previsioni è stata oggetto dell'operazione interpretativa della Corte di Giustizia.

Asseriva infatti la summenzionata sentenza della Cassazione: "La Corte di Giustizia sin dalla sentenza 11 luglio 2006, in causa C13/05, Chacon Navas [...] ha riservato a sé stessa il compito definitorio, osservando che: (handicap, ndr) "è il limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale". Aggiungendo che "la messa a punto di misure per tener conto dei bisogni dei disabili sul luogo di lavoro ha un ruolo importante nel combattere la discriminazione basata sull'handicap". Quanto al carattere "duraturo" di limitazione, il giudice europeo ha precisato che l'importanza accordata dal legislatore dell'Unione alle misure destinate ad adattare il posto di lavoro in funzione dell'handicap dimostra che esso prevedeva ipotesi in cui la partecipazione alla vita professionale è ostacolata per un lungo periodo (sentenza Chacon Navas, cit.). Viene allora in questione l'articolo 5 della direttiva, a tenore del quale: "per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore un onere finanziario sproporzionato [...]. Con la ulteriore precisazione che la espressione "disabili" utilizzata nell'art. 5 della direttiva deve essere interpretata nel senso che essa comprende tutte le persone affette da un "handicap", secondo la definizione rilevante nell'ambito della direttiva (Corte di Giustizia, sent. Mo.Da.). Il giudice europeo si è altresì espresso circa i contenuti dell'art. 5 della direttiva, tanto nella sentenza HK DANMARK, che nella sentenza 4 luglio 2013, C312/2011, Commissione europea/Repubblica italiana, nella quale si legge, in sintesi, che: "dal testo dell'art. 5 della direttiva 2000/78, letto in combinato con i considerando 20 e 21, risulta che gli stati membri devono stabilire nella loro legislazione

un obbligo per i datori di adottare provvedimenti appropriati, cioè provvedimenti efficaci e pratici, ad esempio sistemando i locali, adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro o la ripartizione dei compiti in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione, senza imporre al datore di lavoro un onere sproporzionato. Tali provvedimenti [...] possono anche consistere in una riduzione dell'orario di lavoro". In particolare, il richiamato considerando nr 20 della direttiva procede ad un elenco non tassativo dei provvedimenti appropriati, che possono essere di ordine fisico, organizzativo e/o formativo. [...] Questa Corte di legittimità aveva già affermato, in relazione a fattispecie sottratte ratione temporis alla applicazione delle disposizioni del d. lgs. n. 216 del 2003, articolo 3, comma 3 bis, che non viola l'art. 41 Cost. il giudice che dichiara illegittimo il licenziamento intimato per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore alle mansioni assegnate allorché il datore di lavoro non abbia previamente accertato la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse e di pari livello attraverso i necessari adattamenti organizzativi, senza pregiudizio per gli altri lavoratori (Cass. n. 21710/2009; Cass. n. 4757/2015). [...] Le pronunzie di questo giudice di legittimità attestano dunque la praticabilità di una interpretazione del diritto interno conforme agli obiettivi della direttiva, interpretazione che quando la inidoneità derivi da una condizione di handicap, nella nozione di cui alla direttiva, appare imposta dall'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale. Del resto sin dalla sentenza Chacon Navas, cit., la Corte di Giustizia ha affermato che il "divieto, in materia di licenziamento, della discriminazione fondata sull'handicap, sancito agli artt. 2, n. 1 e 3 n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78, osta ad un licenziamento fondato su un handicap che, tenuto conto dell'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli per i disabili, non è giustificato dal fatto che la persona di cui trattasi non sia competente, né capace, né disponibile a svolgere le funzioni essenziali del suo posto di lavoro".

Si richiamano di seguito le più rilevanti pronunce della Corte di Giustizia in merito alla nozione di handicap ed al correlato divieto di discriminazione sul luogo di lavoro.

Ai sensi della sentenza 11 luglio 2006, in causa C-13-5, Sonia Chacon navas c. Eurest Colectividades SA, utilizzata anche dalla Cassazione (sent. ut supra) al fine di circoscrivere il concetto di handicap, handicap "è il limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale [...] la messa a punto di misure per tener conto dei bisogni dei disabili sul luogo di lavoro ha un ruolo importante nel combattere la discriminazione basata sull'handicap".

Diversamente, con la pronuncia Hk Danmark (Corte di Giustizia 11 aprile 2013, in cause riunite C-335/11 e C-337/11) i giudici europei facevano ricorso alla Convenzione ONU sulla disabilità sostenendo che: "la direttiva 2000/78 deve essere oggetto, per quanto possibile, di un'interpretazione conforme al tale Convenzione [...] la nozione di handicap deve essere intesa nel senso che si riferisce ad una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori". Quanto alla riconducibilità della malattia nell'ambito dell'handicap, la Corte sottolinea poi che la citata direttiva non si riferisce esclusivamente alle

ipotesi in cui gli handicap risultino congeniti o derivanti da incidenti, non escludendo, dunque, che anche la malattia possa essere causa di disabilità.

Con la pronuncia del 18.01.2018, nella causa C- 270/16, la Corte di Giustizia statuiva che “un trattamento sfavorevole basato sulla disabilità contrasta con la tutela prevista dalla direttiva 2000/78 unicamente nei limiti in cui costituisca una discriminazione ai sensi dell’art. 2, paragrafo 1, della stessa. Infatti, il lavoratore disabile che rientri nell’ambito di applicazione di tale direttiva deve essere tutelato contro qualsiasi discriminazione rispetto ad un lavoratore che non vi rientri [...]. L’art. 2, paragrafo 2, lettera b), i) della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa in base alla quale un datore di lavoro può licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, nella situazione in cui tali assenze sono dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore, a meno che tale normativa, nel perseguire l’obiettivo legittimo di lottare contro l’assenteismo, non vada al di là di quanto necessario per raggiungere tale obiettivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare”.

## **Volume consigliato**

## **Note**

[1] Cass. n. 19655/2017; Cass. n. 25201/2016.

[2] Cass. n. 18409/2016;

[3] Cass. n. 5301/2000;

[4] Cass. n. 2595/1993;

[5] Cass. n. 6667/2002

[6] Cass. 5525/2016.

[7] Cass. 15258/2012.

[8] R. Del Punta, Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese, in *Dir. Lav. e rel Ind.*, 1998, 704.

[9] Santoro Passarelli, Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo “organizzativo”: la fattispecie, in

WP CSDE.

[10] Speciale, Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o normale licenziamento economico? A. Perulli, Torino, 2017.

[11] Mancini, Art. 4, in Branca, Bologna - Foro.it, 1975, 199.

[12] Speciale, op. cit., 30.

[13] Ponterio.

[14] Cass. 19732/2018.

[15] Tr. Milano, sez. lavoro, n. 1561/2016.

[16] Tr. Firenze, 7.10.2017

[17] Tatarelli, "Il licenziamento individuale e collettivo", Cedam, 2006.

[18] Cass. n. 26401/2015

[19] Cass. 20232/2010.

[20] Del Punta R., "Diritto del lavoro", Miano, 2008.

[21] Biasi M. Bell Alexander, "Trattamento di malattia", in wikilabour.

[22] SS.UU. n. 12568/2018.

[23] Cass. n. 6047/2018.

[24] Cass. n. 13511/2016.

[25] Cass. n. 14346/2015.

[26] Cass. n. 6798/2018.

<https://www.diritto.it/questioni-giurisprudenziali-in-tema-di-licenziamento-per-giustificato-motivo-oggettivo/>