

**CONVEGNO REGIONALE AGI TOSCANA
FIRENZE, 16 DICEMBRE 2022**

In onore ed in memoria di Riccardo Del Punta

**LA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI:
A CHE PUNTO SIAMO?**

**Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo
e per superamento del periodo di comporta**

Relazione di Fabrizio Domenico Mastrangeli

SOMMARIO: 1.Introduzione- 2.Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo- 3.I riflessi sulla prescrizione- 4. “Decreto Trasparenza” e licenziamenti- 5.Il licenziamento per superamento del periodo di comporta- 6. Conclusioni

1-Introduzione

Il periodo trascorso in regime di blocco dei licenziamenti a causa della emergenza sanitaria aveva fatto temporaneamente sopire il dibattito sul recesso per giustificato motivo oggettivo, in quanto le questioni si sono incentrate essenzialmente a quale tipologia di recesso si applicasse la sospensione della facoltà di recesso.

E’ nato quindi un dibattito se, per esempio, il noto blocco di applicasse al licenziamento dei dirigenti oppure alla fattispecie del licenziamento per superamento del periodo di comporta, con soluzioni molto spesso di segno diametralmente opposto.

Una volta terminato progressivamente il periodo di sospensione, le questioni sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo sono letteralmente riesplose, essenzialmente a causa (o grazie, dipende dai punti di vista) degli interventi della Corte Costituzionale sui quali avremo modo di soffermarci.

A tale riguardo ricordo che nel corso di un evento organizzato da Agi nel luglio 2021 nel quale io avevo il ruolo di moderatore (“I licenziamenti nell’Italia dell’emergenza”) avevo domandato agli illustri interventori (la Professoressa Salimbeni e l’Avv.Aiello) se le vicende relative al blocco erano comunque idonee a condizionare l’operato della giurisprudenza in tema di

licenziamento per ragioni oggettive, portando ad una rimeditazione sul concetto di giustificato motivo oggettivo.

E per certi versi, tale domanda era in qualche modo presaga di quello che sarebbe poi successo nei mesi a venire.

Prima però di addentrarci nel cuore della questione, vanno segnalati due peculiari fenomeni, che meritano qualche accenno.

In primo luogo, è noto che la l.n.92/12 ed il d.lgs. n.23/15 non hanno modificato il concetto di giustificato motivo oggettivo, intervenendo solo sulle tutele; è però indiscutibile che le varie declinazioni delle tutele hanno comportato una scomposizione di quello che invece era un concetto unitario di g.m.o., ricollegando ad ogni diverso frammento –almeno secondo il legislatore della l.n.92/12- una diversa reazione da parte dell'ordinamento. In qualche modo, quindi, le tutele finiscono con l'incidere sulla nozione stessa di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, quasi che paradossalmente l'effetto abbia un ruolo determinante sulla causa.

In secondo luogo, il disegno volto a far prevalere le tutele di carattere risarcitorio (liability rule) rispetto a quelle reintegratorie (property rule) rischia di avere un effetto diametralmente opposto a quello voluto dal legislatore, in quanto l'ampliamento della tutela reintegratoria di fatto disposto dalla sentenza n.125/22 può comportare un effetto domino non solo per quanto attiene le tutele di cui al d.lgs. n.23/15 per i datori di lavoro con più di 15 dipendenti (quelli cioè che sarebbero stati assoggettati all'art.18 dello Statuto) ma anche per i dipendenti da sempre assoggettati ad un tutela puramente obbligatoria ex art.8 l.n.604/66 ovvero ai sensi dell'art.9 del d.lgs.n.23/15.

Il tutto anche con riflessi sul regime della prescrizione, tema inevitabilmente intrecciato con quello delle tutele.

Come vedremo, quindi, nel giro di pochi mesi la questione dei recessi per ragioni oggettive è riesplora in tutta la sua complessità, con esiti ancora tutti da valutare.

2.Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo

La questione va dunque affrontata sotto un duplice profilo, esaminando prima lo stato dell'arte in ordine alla nozione in quanto tale considerata di giustificato motivo oggettivo e poi in che misura le tutele possono incidere sulla concezione stessa di g.m.o., portando ad una frammentazione in più elementi, ognuno dei quali con una potenziale tutela.

Come già vi ho anticipato, sin dal già citato incontro del luglio 2021 in modalità da remoto organizzato da Agi Nazionale avevo posto in dubbio se le vicende riconnesse al blocco dei

licenziamenti potessero preconizzare una rimeditazione del concetto stesso di giustificato motivo oggettivo, soprattutto per quel che concerne l'oramai consolidato orientamento secondo il quale la situazione di difficoltà economica del datore di lavoro non è condizione legittimante il recesso come suo necessario presupposto.

Al momento, però, a livello di giurisprudenza di legittimità non si sono registrate inversioni di rotta; anzi, con la recente sentenza della Cassazione n.17173 del 26 maggio 2022 è stato ancora una volta ribadito che ai fini della sussistenza del g.m.o. l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare, essendo sufficiente che le ragioni inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro, comprese quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale, ovvero ad un incremento della redditività, determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa (v.anche (Cass. 10 maggio 2022, n. 14840).

E tale presupposto può considerarsi sussistente anche quando il datore di lavoro miri a migliorare la produttività, per esempio sostituendo “personale meno qualificato con dipendenti maggiormente dotati di conoscenze e di esperienze e quindi di attitudini professionali”¹, salvo sempre il controllo da parte del giudice sulla effettività della scelta imprenditoriale.

Il principio nuovamente declinato dalle più recenti pronunce di legittimità pare dunque coerente non solo con l'art.41 della Costituzione, ma anche con la previsione di cui all'art.30, l.n.183/10 che esclude la possibilità di sindacare nel merito le valutazioni, tecniche, organizzative o produttive che spettano al datore di lavoro, come correttamente evidenziato dalla Dott.sa Colosimo in un suo recente contributo².

Si tratterà peraltro di vedere se, una volta che il contenzioso sui licenziamenti per ragioni oggettivo sarà ritornato “a regime”, la giurisprudenza di merito più sensibile alle istanze dei lavoratori si farà carico di risollevarlo il problema, anche perché le pronunce di legittimità secondo le quali il recesso deve comunque essere “diretto a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti” non risalgono certo alla notte dei tempi³, per cui –in prospettiva- è possibile che si riproponga la questione se il licenziamento per ragioni economiche risulti legittimo solo quando lo stesso rappresenti la c.d. *extrema ratio* nell'ambito di una situazione di oggettiva difficoltà.

¹ Così Cass.21 novembre 2015 n.23620

² COLOSIMO; *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *La cessazione del rapporto di lavoro*, 2021, 133 ss.

³ Si veda Cass. 16 marzo 2015 n.5173

Peraltro, anticipo sin da ora che il concetto *di extrema ratio* è stato già evocato di recente dalla Cassazione con riferimento non alle ragioni organizzative in quanto tali considerate ma in relazione all'obbligo di *repechage*, per cui tale concetto comincia già a riemergere nella giurisprudenza di legittimità e vedremo se lo stesso si espanderà fino a risalire ad un sindacato sulle ragioni del recesso.

Ma, come già detto, negli ultimi mesi abbiamo assistito ad un totale stravolgimento delle tutele di cui all'art.18, settimo comma l.n.300/70, con un impatto sulla nozione di giustificato motivo oggettivo, che viene ad essere scomposta in più elementi e che ha portato ad una "rivincita" della reintegrazione, come osserva Riccardo Del Punta nel suo ultimo contributo su Lavoro, Diritti Europa⁴.

Infatti, oltre a quanto già statuito con la sentenza n. 59 del 2021⁵, il sistema è stato profondamente modificato a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 125 del 2022⁶, facendo sì che anche la Corte di Cassazione (vedi per esempio la sentenza n.21470 del 6 luglio 2022 ed altre successive) cassasse pronunce di merito per chiedere una nuova valutazione da parte del giudice di rinvio sulla base del mutato quadro normativo di riferimento.

Senza entrare nella disamina specifica della decisione della Consulta, ovviamente ben nota nel suo contenuto, mi permetto di formulare alcune brevi considerazioni critiche in merito.

a)In primo luogo a mio avviso il sistema aveva già trovato un suo equilibrio nel senso cioè che la Corte di Cassazione aveva delineato in più di una occasione i criteri in base ai quali ritenere che il fatto posto a base del licenziamento fosse manifestamente insussistente.

Infatti, la Suprema Corte aveva ritenuto che tale concetto dovesse essere riferito "ad una evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti giustificativi del licenziamento che consenta di apprezzare la chiara pretestuosità del recesso" (Cass. 12 maggio 2018 n. 10435), cui non può essere equiparata una prova meramente insufficiente (cfr. Cass. 25 giugno 2018 n. 16702 e da ultimo Cass. 19 maggio 2021 n.13643).

E mai queste pronunce avevano sospettato di incostituzionalità il comma 7 dell'articolo 18, l.n.300/70.

⁴ DEL PUNTA, *Genesi e destini della riforma dell'art.18*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, n.2/2022

⁵ In *Foro It.*, 2021, I. 1510; *Arg. Dir.lav.*, 2021, 957, con nota di TIRABOSCHI, *La Corte Costituzionale "censura" la disarmonia tecnica e valoriale) del legislatore*. Come è noto, tale pronuncia ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il settimo comma dell'art.18, l.n.300/70 nella parte in cui prevede che il giudice, quando accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, "può altresì applicare"- invece che "applica altresì"- la disciplina della reintegra.

Per un commento su tale decisione, cfr. GHERA, *Le tre sentenze della Corte Costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, in *Riv.It. Dir. Lav.*, 2022, 3 ss.

⁶ In *Dir.e prat.lav.*, 2022,1487 e in *Lav. giur.*; 2022, 809, con nota di CESTER, *Ancora un intervento demolitorio della Corte Costituzionale sul novellato art.18 dello Statuto dei Lavoratori*

Anzi, in talune occasioni la Corte di Cassazione aveva fornito una lettura particolarmente rigorosa della norma, affermando che «*la verifica del requisito della “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento” concerne entrambi i presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e, quindi, sia le ragioni inerenti all’attività produttiva, l’organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa sia l’impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore*» (Così Cass.2 maggio 2018, n. 10435)⁷.

In ragione di ciò, secondo un filone interpretativo (vedi Cass. 12 dicembre 2018, n. 32159 nonché Cass.29 luglio 2020 n.16253), anche la violazione dell’obbligo di ricollocazione, laddove fosse “manifesta”, poteva condurre alla reintegrazione nel posto di lavoro⁸.

Quindi, pur non ritenendo personalmente del tutto condivisibile tale orientamento (per le ragioni che poi verranno illustrate), comunque a livello di interpretazione giurisprudenziale la declinazione del concetto di “manifesta infondatezza” poteva già condurre alla reintegra nel posto di lavoro, lasciando quindi al Giudice la possibilità di valutare caso per caso la pretestuosità o meno del fatto (comprensivo dell’obbligo di *repechage*) posto a base del recesso. A ciò va aggiunto, mi si consenta una battuta, che il concetto di manifesta insussistenza ha comunque una sua valenza giuridica; non a caso, tanto per fare un esempio, la Consulta stessa viene investita sulla base di un giudizio di non manifesta infondatezza; e questo è anche il rilievo formulato da Riccardo Del Punta nel suo già citato contributo, dove Egli osserva che si trattava comunque di una norma a contenuto aperto, presupponente un potere interpretativo spiccato.

b) Nella motivazione della predetta pronuncia la Consulta afferma che è problematico nella prassi individuare il discrimine tra l’evidenza conclamata del vizio e l’insussistenza pura e semplice del fatto, ragion per cui il criterio prescelto dal legislatore si presterebbe a incertezze applicative e a soluzioni difformi.

Ma questo direi che è un rischio insito nel nostro sistema, nel momento in cui si tratta di applicare al caso concreto, la cui valutazione spetta al giudice di merito, la fattispecie astratta della giusta causa o del giustificato motivo, quali clausole generali⁹.

c) Non concordo poi con quanto afferma la Corte, laddove sostiene che la tutela indennitaria sarebbe riservata ai soli casi di violazione dei criteri di scelta, mentre l’impossibilità di

⁷ In *Dir.rel.Ind.*, 2018, 888, con nota di ANGELETTI

⁸ Cfr. sul tema, VIDIRI, *Il licenziamento per motivi economici ed il repechage nel diritto del lavoro che cambia*, in *Arg. Dir.lav.*, 2019, 42 ss.; ROMEI, *Natura e struttura dell’obbligo di repechage*, in PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo*, Torino, 2017, 97 ss.

⁹ Su tale aspetto v. le considerazioni di ARMONE, *Le tutele contro i licenziamenti illegittimi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. It. dir.lav.*, 2022, I, 428

impiegare altrove il lavoratore (e cioè l'obbligo di *repechage*) farebbe parte del "fatto" la cui insussistenza porta inevitabilmente alla reintegra nel posto di lavoro.

In realtà, a mio parere, il "fatto" deve essere interpretato in maniera circoscritta; per esempio, se si licenzia per la soppressione di un posto in quel dato ufficio, il Giudice dovrà a mio avviso valutare la sussistenza o meno di quel dato "fatto" e somministrare la reintegra solo se quella circostanza non risponde al vero.

Il *repechage*, sempre a mio avviso, si pone -assieme ai c.d.criteri di scelta- in un obbligo che è estraneo al "fatto" vero e proprio che ha portato al licenziamento, la cui violazione -quindi- deve condurre ad una tutela meramente indennitaria¹⁰.

E tale orientamento, prima delle recenti evoluzioni, era stato recepito da alcune sentenze di merito¹¹ nonché dalla Dott.sa Colosimo nel suo già citato contributo¹².

Sul punto va peraltro segnalato che i primi interventi della Corte di Cassazione successivi alla decisione della Consulta sono orientati ad affermare che l'obbligo di *repechage* costituisce parte integrante del fatto posto a base del licenziamento¹³.

Infatti, la Corte di Cassazione con la sentenza n. n.33341 del 11 novembre 2022 ha annullato una decisione di merito che aveva somministrato una tutela meramente indennitaria, invitando il giudice del rinvio a rivalutare la questione alla luce del mutato quadro normativo.

Pur non esprimendosi direttamente, va rilevato che il motivo di ricorso consisteva nel fatto che, secondo l'istante, a fronte dell'accertata violazione dell'obbligo di *repechage* si sarebbe dovuta disporre la reintegrazione del lavoratore.

¹⁰ Tutela indennitaria che comunque deve mantenere un proprio ambito di operatività, dal momento che l'art.18, 7 comma, l.n.300/70 dispone che nelle "altre ipotesi" in cui il Giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo trova applicazione il quinto comma dell'art.18 (per l'appunto la tutela indennitaria).

Favorevole a tale interpretazione è PACCHIANA PARRAVICINI, *Il fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza della Corte Costituzionale n.125 del 19 maggio 2022*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2022, II, 445, la quale osserva che la sentenza n.10435 del 2018 aveva allargato la nozione del fatto quale bilanciamento alla residualità della reintegra, per cui- all'esito del mutato quadro normativo- l'A. sollecita una revisione in senso restrittivo di tale orientamento "*per restituire quella proporzionalità tra fattispecie e tutela sanzionatoria che era e resta nel disegno del legislatore*".

¹¹ Cfr. Trib. Roma 26 maggio 2017, Trib. Torino 5 aprile 2016; Trib.Genova 14 dicembre 2013; Trib.Roma 8 agosto 2013; Trib.Milano 20 ottobre 2012, richiamate da GIUBBONI, *op.cit.*, 144.

¹² Cfr. COLOSIMO, *op.cit.*, 170, dove è stato osservato che "...sicchè, se non vi è dubbio alcuno che il *repechage* sia uno dei presupposti del legittimo esercizio del diritto di recesso per giustificato motivo oggettivo, deve parimenti concludersi che lo stesso sia logicamente successivo rispetto al fatto che dà causa alla soppressione della posizione lavorativa, la quale ultima è, per l'appunto, presupposto logico-giuridico del sorgere dell'obbligo di cui si discute. Per questi motivi, si ritiene che il *repechage* sia uno degli "altri estremi" che perfezionano -legittimandolo- il potere di recesso e che la sua violazione debba essere ricondotta alla fattispecie di cui all'art.18, commi 5 e 7, l.n.300 del 1970"

¹³ Nella giurisprudenza di merito, in questo senso, cfr. Trib.Ravenna 7 luglio 2022, in *Riv. It.dir.lav.*, II, 2022, 440

Avendo la Corte cassato la sentenza di secondo grado a fronte di tale doglianza, già da questa prima decisione pare evidente che la Cassazione continui a considerare l'obbligo di *repechage* come parte del "fatto" costitutivo del giustificato motivo oggettivo, in quanto –diversamente opinando- avrebbe dovuto rigettare il ricorso e motivare sul punto.

Successivamente l'orientamento si è più nettamente delineato con la sentenza 19 novembre 2022 n.34049, la quale ha richiamato espressamente la decisione della Consulta ed ha affermato, stavolta a chiare note, che il fatto che è all'origine del licenziamento include "*il nesso causale tra le scelte organizzative del datore di lavoro e il recesso del contratto, che si configura come extrema ratio, per l'impossibilità di collocare altrove il lavoratore*".

E tale principio è stato da ultimo ribadito, in questi esatti termini, da Cass.2 dicembre 2022 n.35496¹⁴.

Come si vede, dunque, il concetto di *extrema ratio* comincia nuovamente a fare capolino nella giurisprudenza di legittimità e solo il tempo potrà dirci quali saranno le evoluzioni sul punto.

e)Sempre per quanto attiene il *repechage*, va dato conto della questione attinente la sussistenza o meno di un obbligo da parte del datore di lavoro di verificare la possibilità di reimpiego del lavoratore in mansioni anche di livello inferiore.

Ciò anche con riferimento al testo dell'art.2103 c.c. come novellato dal d.lgs. n.81/15.

La questione è ovviamente ben lungi dall'essere risolta, in quanto si contrappongono due ben distinti orientamenti:

-il primo, nel quale viene privilegiata l'esigenza di conservazione del posto di lavoro, trovando appigli anche nel testo stesso dell'art.2103 c.c. (dove un patto di demansionamento può trovare la sua ragion d'essere nella esigenza di mantenere l'occupazione);

-il secondo, che invece non ritiene che una norma inerente la disciplina delle mansioni possa assumere un rilievo per quanto attiene gli obblighi datoriali in materia di g.m.o.¹⁵

In proposito, va ricordato che la Cassazione¹⁶ nel passato ha già avuto modo di evidenziare che il datore di lavoro è tenuto a prospettare al lavoratore le possibilità di un reimpiego in mansioni di livello inferiore, sempre che esista la effettiva possibilità di tale diversa adibizione (per

¹⁴ La sentenza n.35496/22 è commentata da BULGARINI D'ELCI, *Licenziamenti economici illeciti, vecchi assunti da reintegrare*, in *Il sole 24 ore del 14 dicembre 2022*

¹⁵ Cfr. sulla questione COLOSIMO, *op.cit.*, 181, secondo cui "*l'art.2103 non è norma di disciplina dell'obbligo di repechage ma dell'esercizio della ius variandi*".

¹⁶ Cfr. Cass.21 dicembre 2016 n.26467; Cass.9 novembre 2016 nn.2278. In dottrina, su tale questione, cfr.DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, in PERULLI (a causa di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Torino, 2017, 45

esempio, qualora si prospetti la necessità di assunzioni in tali posizioni in epoca immediatamente successiva al recesso).

E, nel momento in cui si riafferma il principio secondo cui il recesso costituisce la c.d. *extrema ratio* (almeno per quanto attiene l'obbligo di *repechage*), non può esservi dubbio che il datore di lavoro sia tenuto a valutare se esiste la possibilità di un reimpiego del dipendente anche in mansioni di livello inferiore.

Il problema sarà casomai di stabilire se il datore di lavoro possa procedere unilateralmente a tale diversa adibizione riducendo contestualmente il livello ed il trattamento economico o debba sempre e comunque ottenere il previo consenso del lavoratore, necessario sicuramente qualora si prospetti una adibizione a mansioni inferiori di due livelli rispetto a quelle di appartenenza.

Personalmente, ritengo che il datore di lavoro possa procedere autonomamente ad inquadrare il dipendente ad un livello inferiore quale alternativa all'altrimenti inevitabile licenziamento.

Tale ipotesi è ovviamente ben diversa da quella di cui al secondo comma dell'art.2103 c.c., dove il datore di lavoro, in presenza di riassetto organizzativi, può adibire il dipendente a mansioni di un livello superiore conservandogli però l'inquadramento contrattuale ed il trattamento economico; in tal caso, infatti, la modifica degli assetti organizzativi che rende legittimo tale peculiare *ius variandi* non è tale da integrare presupposto di un legittimo recesso per g.m.o.

Dal canto suo, il lavoratore potrà rifiutare la adibizione a tali diverse mansioni e subire il licenziamento (agevolando però il datore di lavoro per quanto attiene l'adempimento dell'obbligo di *repechage*) ovvero prendere atto della sua destinazione a compiti appartenenti a un livello inferiore, salva la possibilità di far valere in sede giudiziale l'illegittimità del demansionamento qualora non sussista il giustificato motivo di recesso posto a base della decisione datoriale.

Per altro verso, si deve ritenere che non si possa imporre al datore di lavoro –evocando quanto previsto dall'art.2103 c.c.¹⁷– di farsi carico di tempi e di costi di una riqualificazione del dipendente per adibirlo alle diverse mansioni, dal momento che comunque l'obbligo di *repechage* deve essere circoscritto alle mansioni compatibili con il bagaglio professionale del lavoratore da licenziare.

Infatti, come correttamente osservato da Riccardo Del Punta, l'obbligo formativo di cui all'art.2103 c.c. è una conseguenza di un mutamento di mansioni disposto dal datore di lavoro

¹⁷ Come è noto, l'art.2103, 3 comma dispone che “*il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni*”

nel proprio interesse, mentre nel caso che qui ci occupa l'interesse è esclusivamente quello del lavoratore alla conservazione del posto¹⁸.

Anche a tale riguardo, va però segnalata una recente pronuncia di merito¹⁹ che ha ritenuto che, qualora la riorganizzazione aziendale abbia determinato una condizione di obsolescenza della professionalità del lavoratore, il datore di lavoro dovrà procedere ad una riqualificazione del dipendente, a meno che non risulti eccessivamente gravosa e quindi antieconomico.

Come si vede, dunque, anche sotto questo aspetto i contrasti non mancano.

f) Pare invece chiaro che la violazione dei criteri di scelta nel caso i lavoratori fungibili conduca inevitabilmente ad una tutela di carattere indennitario, essendo indiscutibile che tale ulteriore obbligo datoriale si ponga completamente fuori dal "fatto" posto a base del recesso.

Ovviamente, diverso sarà il discorso qualora il lavoratore sia stato strumentalmente adibito a determinate funzioni proprio in vista del recesso, al fine di poter contare su criteri in quel caso favorevoli alle aspettative del datore di lavoro.

Sempre sotto tale aspetto, va tenuto conto del fatto che, nel caso di datore di lavoro con più unità produttive, il confronto va effettuato fra tutti i lavoratori fungibili pur se appartenenti a diverse unità: ciò a meno che vi sia una ragione specifica per la quale debba essere prescelto il lavoratore appartenente ad una data unità produttiva (per esempio, addetti commerciali ognuno dei quali conoscitore del territorio assegnato alla unità) ovvero perché un lavoratore si sia dichiarato a priori indisponibile a recarsi in altra sede.

Per quanto poi riguarda il fenomeno del gruppo di società, rimane confermato che lo stesso assumerà rilevanza solo laddove vi sia una integrazione effettiva fra le attività delle diverse società tali da far configurare la sussistenza di un'unica struttura organizzativa e produttiva.

Anche in tali casi, peraltro, è a mio avviso fuor di dubbio che, per i rapporti assoggettati all'art.18 Stat.Lav., debba in ipotesi operare solo una tutela indennitaria; ciò ovviamente a meno che si ponga pure in questo caso un problema di *repechage*, per esempio in funzione di assunzioni che siano state effettuate nelle diverse unità o nella altre società del gruppo.

** ** **

Per altro verso, la sentenza n.125/22 fa nascere l'interrogativo se il sostanziale ripristino della tutela reintegratoria per i licenziamenti per ragioni oggettive nell'ambito di applicazione dell'art.18, l.n.300/70 possa determinare un effetto di "trascinamento" anche per quanto riguarda

¹⁸ Così DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, cit., 46

¹⁹ Così Trib.Lecco 31 ottobre 2022 n.159, richiamata da BULGARINI D'ELCI, *Licenziamenti, obbligo di *repechage* da soddisfare con la riqualificazione*, in *il Sole 24 ore del 22 novembre 2022*

possibili questioni di legittimità costituzionale inerenti la disciplina di cui al d.lgs.n.23/15 sempre per i recessi per ragioni oggettive.

Anche se nulla si può più oramai escludere a priori, personalmente reputo che la tecnica legislativa utilizzata nell'art. 3, comma 1, d.lgs.n.23/15 – dove vi è stata una scelta senza ambiguità per la tutela meramente indennitaria (senza quindi possibilità di reintegrazione anche in caso di insussistenza del fatto)- renda la norma molto più impermeabile a sospetti di incostituzionalità.

Ed infatti Riccardo Del Punta, nel suo già citato contributo, evidenzia che la Corte Costituzionale ha inteso censurare una irrazionalità interna al micro-sistema normativo di cui al settimo comma dell'art.18, mentre un rischio di tal genere non si pone per quanto riguarda il contratto a tutele crescenti.

Ma già è stato replicato, che -proprio a seguito dei recenti interventi della Consulta- *“la disciplina del decreto 23 potrebbe riallinearsi a quella dell'art.18”*, sulla base del *“principio di indisponibilità delle conseguenze del fatto inesistente”*²⁰.

Tale tesi però finisce a mio avviso con il porsi in contrasto con i già ricordati principi della assenza di tutela costituzionale della reintegra²¹, ma rappresenta comunque il segnale di una questione tutt'altro che chiarita in modo definitivo.

Ma dove veramente ritengo che la Corte Costituzionale abbia oltrepassato il suo ruolo è nella sentenza n. 183 del 22 luglio ultimo scorso²².

Infatti la Corte, con una sentenza “monito”, mette in discussione il confine fra tutela forte e tutela debole, invitando il legislatore ad intervenire sui parametri di cui all'articolo 9, comma 1 del decreto legislativo n. 23 del 2015, minacciando un proprio successivo intervento qualora permanga una inerzia legislativa a tale riguardo.

Reputo non condivisibile la pronuncia della Consulta per le seguenti ragioni.

a)Anzitutto, la stessa Corte Costituzionale, sin da prima della l.n.108/90 ha più volte avuto modo di affermare che non viola alcun precetto costituzionale la cosiddetta tutela obbligatoria di

²⁰ Così BERNARDI, *Il principio di Archimede, le riforme dei licenziamenti (2012-2015) e la Corte Costituzionale (2018-2022)*, in *Lav.giur.*, 2022, 914; cfr. anche CESTER, *cit.*, secondo cui la riespansione della reintegrazione per i “vecchi assunti” introduce una disparità di trattamento con i “vecchi assunti”, disparità che *“difficilmente la Corte potrebbe giustificare con il principio della successione delle leggi e, come fatto per la prima sentenza- la n.194 del 2018- con il sempre meno rassicurante “fluire del tempo”*.

²¹ Cfr., per tutte Corte Cost. 8 gennaio 1986 n.2 e più di recente Corte Cost.7 febbraio 2000 n.46, in *Foro, it.*, 2000, I, 719, secondo cui la reintegrazione non rappresenta l'unico paradigma per introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro

²² Per un primo commento, cfr. PICCININI, *Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte Costituzionale del 22 luglio 2022 n.183*, in *www.comma2.it*; MANFREDI, *Licenziamenti, il criterio di distinzione fra datori per numero di dipendenti non attua un'efficace tutela*, in *Guida lav.*, 2022, 22 ss.

cui articolo 8 della legge n.604 del 1966 (v.Corte Cost. n.81 del 1969; n. 155 del 1974; n.240 del 1993; n.44 del 1996, la quale ultima ha affermato che è giustificata la diversificazione dei regimi dei licenziamenti individuali in ragione delle dimensioni dell'impresa).

Dato che anche l'articolo 9, d.lgs. n.23/15 risponde a principi di tutela indennitaria, non vedo la ragione per la quale questo pur risalente giudizio debba essere disatteso.

Il tutto senza considerare che le centinaia di magistrati, sia di merito che di legittimità (da Cass.22 aprile 1997 n.3450 in poi), che hanno avuto modo di pronunciarsi su fattispecie di recesso in regime di tutela obbligatoria, non hanno ravvisato in tale sistema la violazione di alcun precetto costituzionale.

b) Ancor più sorprendenti sono poi le ragioni per le quali il sistema sarebbe potenzialmente violativo di precetti costituzionali.

Afferma infatti la Corte che *“in un quadro normativo dominato dall'incessante evoluzione della tecnologia e dalla trasformazione dei processi produttivi, al contenuto numero di occupati possono fare riscontro cospicui investimenti in capitali e un consistente volume di affari”*, cosicché il criterio numerico sarebbe sprovvisto di una significativa valenza.

Tale considerazione pare a me non opportuna, sia perché la stessa mira a condizionare scelte che spettano esclusivamente al legislatore sia perché a questo punto si rischia di introdurre elementi discretivi (come il volume di affari) quantomai aleatori e quindi potenzialmente forieri di ancora maggiori incertezze.

Del resto, a mio sommo avviso, reputo ancor oggi condivisibile quanto affermato dalla sentenza della Corte Costituzionale n.81/69 secondo cui la componente numerica assume un valore determinante anche per quel che attiene l'organizzazione del lavoro, essendo rappresentativo della forza economica datoriale.

Inoltre, i moniti della Consulta potrebbero avere anche un riflesso sulla stessa disciplina di cui all'art.8 della l.n. 604/66, dove la differenza di regime tra tutela comunque forte ex art.18, l.n.300/70 (ed ancor più rafforzata dopo le sentenze n.59/21 e n.125/22) e tutela debole o meramente obbligatoria è ancora più marcata.

La mia preoccupazione è quindi che la Consulta possa, sempre in caso di mancato intervento del legislatore, cancellare tout court le tutele obbligatorie (o indennitarie) dichiarando incostituzionali le norme di riferimento, creando però in questo modo un danno gravissimo alle

piccole imprese, essendo illogico che un piccolo artigiano debba sopportare le medesime conseguenze economiche di una impresa di rilevanti dimensioni²³.

3. I riflessi sulla prescrizione

Assistiamo quindi ad un ritorno al passato, in quanto a mio avviso, in forza dell'attuale diritto vivente, almeno per i rapporti sorti prima del 7 marzo 2015 la reintegra ritorna ad essere la regola e non l'eccezione; e ciò anche sulla base di quanto affermato statuito dalla giurisprudenza sia di legittimità che di merito in tema di licenziamenti per ragioni soggettive, dove è stata ampliata la possibilità per il giudice di somministrare la tutela della reintegra.

Stupisce quindi quanto affermato da Cass. 6 settembre 2022 n.26246, secondo cui allo stato attuale il rapporto di lavoro non è munito di adeguata tutela e quindi, senza operare alcuna differenza fra art.18, l.n.300/70 e d.lgs.n.23/15, per quei diritti non prescritti al momento dell'entrata in vigore della l.n.92/12 il termine di prescrizione decorre dalla cessazione dei rapporti di lavoro²⁴.

Infatti, ritengo che sulla base del quadro appena delineato il lavoratore cui si applichi l'art.18 della l.n.300/70 goda di adeguata protezione per quanto attiene la risoluzione del rapporto, dal momento che per i licenziamenti collettivi è prevista ex art.5, comma 3, l.n.223/91 la reintegra nel caso di violazione dei criteri di scelta (e quindi per le violazioni di carattere sostanziale), mentre per i recessi individuali siamo ritornati ad un sistema che oramai ben poco si discosta da quello anteriore alle modifiche apportate dalla l.n.92/12, se non per la esclusione della reintegra essenzialmente per vizi di carattere procedimentale, e come detto, nell'ipotesi di violazione degli obblighi di correttezza e buona fede nella scelta del lavoratore da licenziare .

²³ Nel solco del trend che tende a limitare la facoltà di recesso va letta anche la sentenza della Cassazione 16 settembre 2022 n.20649, secondo cui il licenziamento intimato in violazione dell'art.2110 da datore di lavoro privo dei requisiti dimensionali di cui all'art.18, comma 8, l.n.300/70 deve ritenersi nullo; a tale recesso non può però applicarsi la c.d. tutela obbligatoria di cui all'art.8, l.n.604/66, in quanto tale tutela è stata limitata ai soli casi i cui non ricorrano gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo.

La Corte ha quindi concluso nel senso che “il licenziamento intimato in violazione dell'art.2110, comma 2, cod. civ., è nullo e le sue conseguenze sono disciplinate, secondo un regime sanzionatorio speciale, dal comma 7, che a sua volta rinvia al comma 4, del medesimo articolo 18, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro”.

²⁴ Per un immediato commento, v. ALVINO-D'ONOFRIO, *Crediti prescritti dalla fine del rapporto di lavoro*, in *Il Sole 24 ore*, 7 settembre 2022, che per l'appunto non concordano sulla affermazione secondo la quale la tutela reintegratoria avrebbe allo stato un carattere recessivo.

V.anche FERRARA, *Tutti precari sul lavoro*, in *Italia oggi*, 8 settembre 2022; ZAMBELLI, *Con la nuova prescrizione esigibili crediti di lavoro di oltre 15 anni*, in *Il Sole 24 ore*, 10 settembre 2022

Rispetto dunque alle intenzioni che animarono la c.d. “riforma Fornero“ assistiamo davvero ad una eterogenesi dei fini²⁵.

E’ quindi auspicabile una rimeditazione rispetto alla soluzione cui ha aderito la Cassazione, nel senso cioè che pare a mio avviso più coerente con l’attuale sistema tenere conto della diversità di regime fra i rapporti assoggettati all’art.18, l.n.300/70 e quelli regolamentati dal d.lgs. n.23/15, dove effettivamente –salvi futuri interventi da parte della Corte Costituzionale- la reintegra nel posto di lavoro appare recessiva rispetto alla tutela indennitaria.

E’ in ogni caso inevitabile che le Sezioni Unite vengano investite del problema ex art.374, secondo comma c.p.c., trattandosi indubbiamente di questione della massima importanza.

4. “Decreto Trasparenza” e licenziamenti

Alcune possibili interferenze con la disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo possono emergere anche a seguito dell’entrata in vigore a partire dal 13 agosto 2022 del c.d. “Decreto Trasparenza” (D.lgs. n.104/22).

Infatti, l’art.14, secondo comma del d.lgs.n.104/22 dispone che “fatta salva la disciplina di cui all’art.2 della legge 15 luglio 1966 n.604, i lavoratori estromessi dal rapporto o comunque destinatari di misure equivalenti al licenziamento adottate nei loro confronti dal datore di lavoro o dal committente possono fare espressa richiesta al medesimo dei motivi delle misure adottate, Il datore di lavoro o il committente fornisce , per iscritto, tali motivi entro sette giorni dall’istanza”.

A parte il fatto che –singolarmente- per la richiesta del lavoratore non è previsto un termine entro la quale la stessa debba essere formulata (mentre il datore di lavoro è gravato di un termine piuttosto ristretto per rispondere), la norma finisce anzitutto con il creare nel caso di licenziamento di lavoratori dipendenti una commistione con l’art.2 della l.n.604/66, che già prevede l’obbligo di specificazione dei motivi del recesso (anche se uno spazio autonomo potrebbe rinvenirsi, per esempio, per un dirigente cui non sia applicabile direttamente un CCNL, visto che quasi tutti i contratti prevedono l’obbligo di contestuale specificazione dei motivi)²⁶.

²⁵ Sul tema, per il quadro anteriore alla recente decisioni, cfr. MARESCA, *Sulla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi (in attesa dell’intervento nomofilattico della Cassazione)*, in *Arg.dir.lav.*, 2022, 211 ss., secondo cui “dopo la pronuncia di incostituzionalità del 2018 e avendo riguardo ai presidi da essa stabiliti quanto ai rimedi esperibili dal lavoratore illegittimamente licenziato, il timore del licenziamento non costituisce un vulnus all’esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti re ciò vale anche con riferimento al decorso della prescrizione dei crediti contributivi”

²⁶ Cfr. AGOSTINI, *Commento all’art.2, l.n.604/66*, in DE LUCA TAMAJO-MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Milano, 2022, 865

La domanda è quindi: se un lavoratore chiede espressamente la motivazione ex art.14, comma 2, anche se la stessa è già contenuta nella lettera di recesso (eventualmente anche *per relationem* con riferimenti alla contestazione disciplinare), il datore di lavoro è comunque tenuto a reiterare la comunicazione dei motivi?

E se il datore di lavoro non risponde, cosa succede, dal momento che la norma non specifica la sanzione conseguente alla omissione?

Vi sono tre opzioni interpretative:

-l'atto rimane valido perché motivato ai sensi dell'art.2, l.n. 604/66.

-il recesso diventa illegittimo con il regime suo proprio in virtù dei limiti dimensionali e dalla data di assunzione;

-il recesso diventa radicalmente nullo per violazione di norma imperativa.

Personalmente reputo che -se la finalità è quella della trasparenza e se l'atto è già motivato in ottemperanza all'art.2, l.n.604/66- non vi è spazio per una ulteriore sanzione diversa da quella già esistente.

Per converso, vi è da domandarsi se- a fronte di un recesso totalmente generico (ad esempio, "ti licenzio per g.m.o.")- una richiesta del lavoratore può rimettere "in pista" il datore di lavoro per specificare i motivi del recesso.

Infine, ancora più indecifrabile è il terzo comma dell'art.14, giusta il quale, qualora il lavoratore faccia ricorso all'autorità giudiziaria lamentando la violazione del comma 1 (giusta il quale sono vietati il licenziamento ed i trattamenti pregiudizievoli al lavoratore conseguenti all'esercizio dei diritti previsti dallo stesso d.lgs. n.104/92 e dal d.lgs. n.152/97), incombe sul datore di lavoro la prova che i motivi addotti a fondamento del licenziamento non siano riconducibili a quelli di cui alla predetta norma.

Qui si pongono due problemi.

a)In primo luogo, gli obblighi a carico del datore di lavoro derivanti dal Decreto Trasparenza sono veramente molteplici (vedi anche l'art.10 sulla transizione a forme di lavoro più prevedibili, stabili e sicuri, oppure l'obbligo di preavviso in caso di modifica dell'orario di lavoro); ciò farà a mio avviso proliferare i ricorsi nei quali verrà dedotto che il reale motivo del recesso sarebbe l'esercizio dei diritti contemplati dal decreto.

Ed è da ritenere che-essendo la fattispecie da ricondurre alla categoria del licenziamento ritossivo (oltre che nullo per violazione di norma imperativa)- la tutela sarà quella reintegratoria c.d. piena.

b)Stando alla lettera della norma, il datore di lavoro dovrebbe fornire la prova che il recesso non è ricollegato all'esercizio dei diritti da parte del lavoratore di cui al decreto: ritengo peraltro che, essendo impossibile fornire una prova negativa, tutto si incentrerà nel valutare se il datore di lavoro sia in grado di fornire la prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di recesso.

E in questo caso, se fosse stato mantenuto il concetto di "manifesta infondatezza del fatto", avremmo avuto a disposizione un criterio valutativo in più, nel senso cioè che -laddove il recesso fosse stato ritenuto del tutto pretestuoso- ciò avrebbe rappresentato un elemento di conferma del reale motivo ritorsivo.

Nell'attuale quadro, ritengo comunque che, laddove il recesso per giustificato motivo oggettivo venga ritenuto illegittimo ed il lavoratore deduca la violazione dei diritti di cui al d.lgs. n.104/22, non si possa automaticamente ritenere la nullità del recesso per ragioni ritorsive.

La quesitone, ovviamente, non è certo secondaria, in quanto la ritorsività del recesso comporta una tutela reintegratoria piena, mentre ai sensi dell'art.18, comma 7 avremmo eventualmente o una tutela reintegratoria limitata dal punto di vista economico a 12 mesi ovvero una tutela puramente indennitaria.

E ciò vale a maggior ragione per i rapporti assoggettati al d.lgs n.23/15, dove in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo vi è -al momento- solo una tutela indennitaria.

A mio avviso, non si potrà ritenere ritorsivo il recesso qualora il fatto dedotto come motivo di licenziamento risulti effettivamente sussistente, anche se poi il licenziamento stesso viene ritenuto illegittimo per violazione dell'obbligo di *repechage* o dei criteri di scelta; in questo caso, infatti, il fatto "oggettivo" è sussistente e ciò basta a mio avviso ad escludere la ragione ritorsiva del recesso, che come è noto deve costituire il motivo unico e determinante della risoluzione del rapporto.

5-Il licenziamento per superamento del periodo di comporta

Ma anche la fattispecie del licenziamento per superamento del periodo di comporta non è stata esente da contrasti interpretativi.

Il dibattito si è attualmente concentrato sul fatto se sia legittimo o meno il licenziamento per superamento del periodo di comporta del lavoratore disabile assunto obbligatoriamente se le assenze sono determinate da stati morbosi connessi all'invalidità e dovuti a mansioni non adeguate.

Secondo un primo orientamento, in tema di periodo di comporto non è aprioristicamente sostenibile alcuna distinzione di trattamento tra i lavoratori disabili e gli altri, posto che malattia e disabilità sono concetti differenti, non interscambiabili, e solo il primo implica uno stato morboso che impedisce in assoluto al lavoratore di prestare l'attività lavorativa.

Questo principio è stato espresso dal Tribunale di Lodi con sentenza del 12 settembre 2022, secondo cui l'applicazione indistinta del medesimo periodo di comporto previsto dal CCNL a tutti i lavoratori non determina necessariamente una discriminazione indiretta rispetto ai lavoratori disabili. Pertanto, i giorni di assenza per malattia determinati dallo stato di invalidità riconosciuto al lavoratore disabile possono essere computati nel periodo di comporto.

Nella stessa linea si è espresso il Tribunale di Vicenza con sentenza del 27 aprile 2022, n. 181; in tale pronuncia è stato affermato che, in linea generale, il datore di lavoro deve tenere in considerazione la situazione di particolare svantaggio del lavoratore affetto da disabilità, adottando soluzioni ragionevoli per evitare una discriminazione indiretta che avrebbe estromesso il dipendente disabile dal lavoro. Nel caso in esame, il giudice ha evidenziato come, nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza, prima del superamento del periodo di comporto, il datore di lavoro aveva informato la lavoratrice dei giorni di malattia usufruiti e il limite massimo di comporto previsto dal CCNL applicato. Inoltre, in relazione allo scomputo dei giorni di malattia dovuti alla patologia dal calcolo del periodo di comporto, in mancanza di una nozione di disabilità che prevedesse una tutela assoluta in favore del soggetto disabile, doveva essere salvaguardato il bilanciamento degli interessi contrapposti tra lavoratore e datore di lavoro. Peraltro, il CCNL in questione prevedeva un'ampia tutela per il lavoratore assente per malattia, escludendo dal comporto i ricoveri ospedalieri e le visite mediche che richiedono terapia salvavita o temporaneamente invalidanti.

A ciò si aggiungeva che la ricorrente era stata sempre assegnata a mansioni compatibili con il suo stato di salute, come risultava dai giudizi di idoneità alla mansione che provavano l'idoneità alla mansione della ricorrente.

Alla luce di quanto sopra, il giudice ha ritenuto che non costituisse una condotta discriminatoria dovuta a ragioni di *handicap* l'aver conteggiato i giorni di assenza che la ricorrente ha affermato essere riconducibili alla propria condizione di disabilità nel calcolo del periodo di comporto, con conseguente legittimità del licenziamento (nello stesso senso Trib. Bologna sez. lav., 19 maggio 2022, n. 230; Trib. Como sez. II, 17 luglio 2020, n. 156).

In senso diverso, App. Genova 21 luglio 2021, n. 211 ha dichiarato nullo, in quanto discriminatorio, il licenziamento di una lavoratrice affetta da patologia invalidante le cui assenze

dovute alla necessità di ricevere le cure relative alla propria disabilità erano state ritenute rilevanti ai fini del superamento del periodo di comporto. Il datore di lavoro aveva infatti applicato il CCNL di settore che, in materia di assenze per malattia, non prevede una disciplina specifica per i lavoratori disabili ma equipara le assenze legate alle cure relative alla disabilità a quelle dovute alla comune malattia dei dipendenti non invalidi. La Corte territoriale ha ritenuto che l'applicazione di tale norma costituisca una forma di discriminazione indiretta. Pertanto, secondo i Giudici, il datore di lavoro, equiparando la condizione della dipendente disabile a quella degli altri lavoratori, avrebbe posto in essere una condotta discriminatoria, mentre avrebbe dovuto invece considerare irrilevanti ai fini del superamento del comporto le assenze dovute alla disabilità della lavoratrice, dimostrando così di avere adottato quel "ragionevole accomodamento" per consentire l'effettiva equiparazione dei lavoratori disabili rispetto agli altri dipendenti.

Da segnalare il principio espresso da App. Torino sez. lav., 3 novembre 2021, n. 604). Secondo questi precedenti, è legittimo il licenziamento di lavoratori disabili per superamento del periodo di comporto pure quando le assenze dal lavoro sono ricollegabili alla situazione di handicap del lavoratore. Anche in questo caso, si è evidenziato come si sia inteso contemperare l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro nel perdurare della malattia con l'interesse datoriale al mantenimento di personale attivo nell'organizzazione aziendale, senza che tale previsione possa ritenersi confliggente con i principi di rango costituzionale posti a tutela del diritto alla salute o determini trattamenti discriminatori fra soggetti affetti da disabilità e non.

La sentenza, peraltro, ha espresso un principio di fondamentale importanza: *"se [...] si volesse ipotizzare l'esistenza di un obbligo in capo al datore di lavoro di espungere dal comporto le assenze collegate allo stato di invalidità del dipendente, affermazione non condivisa dal collegio, allora necessariamente occorrerebbe, al fine di rendere esigibile detto obbligo, imporre al dipendente l'onere di comunicare quali assenze siano riconducibili alla malattia invalidante stante l'oggettiva impossibilità per il datore di lavoro di controllare detto nesso causale non essendo a conoscenza della diagnosi dei certificati di malattia"*.

Tale soluzione rende possibile la composizione dei contrapposti interessi delle parti – quello del lavoratore a conservare il posto di lavoro e quello del datore di lavoro ad esercitare correttamente il proprio diritto di recesso – prevedendo l'onere di una condotta certamente non gravosa per il dipendente e che si può inquadrare nel rispetto dei canoni di buona fede e correttezza nell'adempimento della prestazione, anche al fine di evitare possibili situazioni di abuso del diritto.

Inoltre, è pacifico che non saranno computabili le assenze dovute che trovino origine nel rapporto di lavoro, come per esempio quelle ricollegate a fenomeni di costrittività organizzativa. Al riguardo, la Corte di Cassazione con la sentenza n. 9395 del 12 Aprile 2017 ha rilevato che non vanno comprese nel periodo di computo le assenze per malattia legate all'invalidità perché, nel caso specifico preso in esame dalla sentenza, vi era stata inosservanza da parte del datore di lavoro dell'obbligo di adibire il lavoratore a mansioni compatibili con le sua invalidità previsto dall'art. 10 - comma 2 della legge n. 68/99.

.** ** *

E' altresì principio consolidato che, in assenza di una specifica previsione del C.C.N.L., sul datore di lavoro non grava l'obbligo di avvisare il lavoratore del prossimo superamento del computo (per tutte Cass. 17/08/2018, n. 20761 e Cass. 28/06/2006, n. 14891).

Va però ricordato quanto affermato dalla Corte di Appello di Roma con la sentenza 20.9.2021 dove i giudici, pur affermando di condividere il menzionato orientamento, hanno rilevato come nelle buste paga fosse indicato un numero di assenze per malattia inferiore a quelle effettive e che ciò fosse idoneo a generare nel ricorrente un ragionevole affidamento sul numero di assenze conteggiate dalla società, tale da poter qualificare il mancato avvertimento dell'imminente superamento del computo come condotta contraria a buona fede.

Di conseguenza la Corte ha ritenuto illegittimo il licenziamento e ha disposto la reintegrazione di un lavoratore non preventivamente informato dell'imminente superamento del computo.

** ** *

Secondo l'indirizzo giurisprudenziale dominante in materia (cfr. Cassazione, 11 settembre 2020, n. 18960; 20 marzo 2019, n. 7849) il datore di lavoro deve rispettare il principio di tempestività nell'adottare il licenziamento.

Tuttavia è riconosciuto a quest'ultimo uno "*spatium deliberandi*" sia al fine di verificare il computo delle assenze sia al fine di poter valutare nel complesso la sequenza di episodi morbosi del dipendente in relazione agli interessi dell'azienda.

Infatti, secondo la Suprema Corte, "*solo in tale contesto l'eventuale prolungata inerzia datoriale, da valutare a decorrere dal rientro del lavoratore, può essere oggettivamente sintomatica della volontà di rinuncia al licenziamento e può ingenerare un corrispondente affidamento da parte del dipendente*" (Cassazione, 20 marzo 2019, n. 7849).

** ** *

Per quanto concerne gli oneri formali, il datore dovrà ovviamente fare riferimento ai periodi di assenza del lavoratore (adempimento questo che integra l'obbligo di motivazione).

Sul punto la Cassazione è però divisa:

- secondo un primo orientamento è necessario indicare i singoli giorni (o periodi) di assenza²⁷;
- per altro verso, è sufficiente che l'azienda indichi il numero totale dei giorni di assenza²⁸.

A mio avviso, l'interpretazione più corretta è quella da ultimo fornita da Cass.16 marzo 2022 n.8628, secondo la quale “in tema di licenziamento per superamento del comporta, il datore di lavoro non deve specificare i singoli giorni di assenza, potendosi ritenere sufficienti indicazioni più complessive, anche sulla base del novellato art. 2 della l. n. 604 del 1966, che impone la comunicazione contestuale dei motivi, fermo restando l'onere di allegare e provare compiutamente in giudizio i fatti costitutivi del potere esercitato; tuttavia, ciò vale per il comporta cd. ‘secco’ (unico ininterrotto periodo di malattia), ove i giorni di assenza sono facilmente calcolabili anche dal lavoratore; invece, nel comporta cd. per sommatoria occorre una indicazione specifica delle assenze computate, in modo da consentire la difesa al lavoratore”.

E' peraltro essenziale, ai fini della legittimità del recesso, che lo stesso venga intimato una volta superato il periodo di conservazione previsto dalla contrattazione collettiva. Infatti con la sentenza n. 23674 del 28 luglio 2022, la Cassazione ha affermato che è nullo il licenziamento intimato, per il perdurare delle assenze per malattia od infortunio del lavoratore, nell'ultimo giorno del periodo massimo di comporta fissato dalla contrattazione collettiva.

** ** *

Per quanto attiene infine le tutele, va ricordata la recente sentenza della Suprema Corte 16 settembre 2022 n.27334 la quale ha affermato che il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 cod. civ. resta assoggettato alla disciplina generale del licenziamento nullo le cui conseguenze, per espressa previsione normativa (già l'art. 3 della legge 108 del 1990 ed ora l'art. 18, comma 1, modificato dalla legge 92 del 2012) sono indifferenti al «numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro»; mentre la disciplina derogatoria dettata dal comma 7, rispetto alla disciplina generale del primo comma dell'art.18 Stat.Lav., attiene solamente alle conseguenze sanzionatorie, che il legislatore per tale ipotesi ha inteso individuare nella tutela reintegratoria c.d. “attenuata”.

Ciò comporta l'irrelevanza, rispetto alla fattispecie di cui si discute, del criterio selettivo basato sul numero dei dipendenti che, se può giustificare livelli diversi di tutela in ipotesi di licenziamento annullabile (v. Corte Cost., sentenze n. 81 del 1969 e n. 55 del 1974), non può legittimare una diversificazione delle conseguenze del licenziamento nullo.

²⁷ Cfr. Cass.n.10421/10;

²⁸ V.Cass.24 ottobre 2016 n.21377

E ad analoga conclusione dovrà pervenirsi anche per quanto attiene i rapporti assoggetti al d.gs. n.23/15, alla luce di quanto disposto dall'art.2 del decreto, in forza del quale, peraltro, trova applicazione tutela reintegratoria c.d. "piena".

6-Conclusioni

Difficile, se non impossibile, trarre una conclusione da quanto abbiamo delineato.

Riprendendo le considerazioni svolte all'inizio del mio intervento, pare davvero che –dopo alcuni anni di stasi- la questione sia in pieno fermento, e si ha per l'appunto la sensazione che gli interventi legislativi volti a rendere meno gravose per i datori di lavoro le conseguenze derivanti da un licenziamento illegittimo abbiano sortito l'effetto contrario, financo –in prospettiva- a portare ad una rimeditazione del concetto stesso di giustificato motivo oggettivo rispetto ai più recenti arresti della Suprema Corte.

Gli Avvocati giuslavoristi sono quindi attesi ad un particolare impegno nei mesi a venire per registrare le evoluzioni del sistema, con particolare attenzione a quelli che potranno essere eventuali futuri interventi della Corte Costituzionale²⁹.

²⁹ Sulle possibili prospettive, cfr. PERRONE, *L'espansione del principio lavorista nelle sentenze costituzionali n.59/2021 e n.125/2022 sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. It.dir.lav.*, 2022, I, 409