

Licenziamento

Cassazione Civile, SS.UU., 22 maggio 2018, n. 12568 - Pres. Cappabianca - Est. Manna - A.A. c. B. di Sardegna S.p.a

Licenziamento - Malattia o infortunio - Superamento periodo di comporto - Comporto non scaduto - Violazione di norma imperativa - Nullità

(Cod. civ. art. 2110)

Il licenziamento intimato per il perdurare delle assenze per malattia o infortunio del lavoratore, ma prima della scadenza del periodo massimo di comporto fissato dalla contrattazione collettiva o, in difetto, dagli usi o secondo equità, è nullo per violazione di norma imperativa di cui all'art. 2110, comma 2, c.c. (massima non ufficiale).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass., SS.UU., 29 marzo 1980, n. 2072.
Difforme	Cass. 10 febbraio 1993, n. 1657; Cass. 4 luglio 2001, n. 9037

La Corte (omissis).

Fatti di causa

1. Con sentenza pubblicata il 27 ottobre 2015 la Corte d'appello di Cagliari rigettava il gravame di A.A. contro la sentenza del 5 ottobre 2012 con cui il Tribunale della stessa sede aveva respinto la sua impugnativa del licenziamento intimatogli con lettera dell'8 luglio 2004 dal Banco di Sardegna S.p.A. per superamento del periodo di comporto e dichiarava assorbito l'appello incidentale della società.

2. Statuivano i giudici di merito che, sebbene il periodo di comporto in realtà non risultasse esaurito alla data di intimazione del licenziamento, nondimeno il recesso fosse da considerarsi non già invalido, bensì meramente inefficace fino all'ultimo giorno di malattia, vale a dire fino al 27 luglio 2004, data in cui il periodo massimo di comporto risultava ormai scaduto.

3. Aggiungevano a tal fine che era irrilevante che il lavoratore si fosse presentato in azienda per riprendere servizio nei giorni 14, 15 e 16 luglio 2004, non essendo in possesso d'un certificato medico che ne attestasse la guarigione.

4. Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso A.A. affidandosi a tre motivi, mentre Banco di Sardegna S.p.A. ha resistito con controricorso ed ha spiegato ricorso incidentale basato su un unico motivo.

5. Entrambe le parti hanno poi depositato memorie ex art. 378 cod. proc. civ.

6. Con ordinanza interlocutoria n. 24766/17 la sezione lavoro di questa S.C. ha rilevato l'esistenza di due non coerenti indirizzi giurisprudenziali: l'uno afferma la mera inefficacia del licenziamento irrogato in costanza di malattia, efficacia posticipata alla cessazione dello stato patologico, l'altro asserisce la nullità del licenziamento irrogato prima che risulti esaurito il periodo di comporto.

7. Pertanto, con la predetta ordinanza interlocutoria i ricorsi sono stati rimessi al Primo Presidente, il quale li ha poi assegnati alle sezioni unite.

6. Le parti hanno depositato nuove memorie ex art. 378 cod. proc. civ.

Ragioni della decisione

1.1. Il primo motivo del ricorso principale denuncia violazione dell'art. 2110 cod. civ., censurandosi la decisione di appello per avere ritenuto che il licenziamento intimato per superamento del periodo di comporto e prima della scadenza dello stesso fosse inefficace anziché nullo; si afferma la necessità della sussistenza della situazione giustificativa del recesso datoriale già al momento dell'intimazione del licenziamento, come statuito da varie pronunce di legittimità.

1.2. Con il secondo motivo si lamenta violazione dell'art. 132 cod. proc. civ., comma 2, n. 4, e nullità della sentenza perché sorretta da, una motivazione solo apparente, non avendo la Corte di merito chiarito le ragioni della ritenuta preferibilità, rispetto alla tesi della nullità, di quella della mera inefficacia del licenziamento intimato prima della scadenza del periodo di comporto.

1.3. Il terzo motivo deduce violazione dell'art. 2110 cod. civ. e art. 49 c.c.n.l. settore credito del 1999 e omesso esame circa un fatto decisivo, rappresentato dal criterio di calcolo utilizzato ai fini del computo del periodo di comporto; in proposito si censura la sentenza impugnata nella parte in cui, pur convenendo con il fatto che i giorni di malattia da considerare nell'arco dei quarantotto mesi, corrispondenti al periodo di comporto, erano settecentotrenta, aveva ritenuto legittimo il licenziamento senza considerare che, ai sensi dell'art. 2110 cod. civ., solo il superamento di detto periodo rendeva legittimo il recesso datoriale; quanto all'omesso esame, esso riguardava l'atto di recesso, la sua interpretazione e la mancata esplicitazione delle ragioni per le quali il riferimento ai

Lavoro subordinato

settecentotrenta giorni di assenza sarebbe risultato decisivo per ritenere legittimo il licenziamento.

2.1. Con unico motivo il ricorso incidentale deduce violazione dell'art. 2110 cod. civ. e dell'art. 49 c.c.n.l. 9.7.99, nella parte in cui la sentenza impugnata ha ritenuto applicabile il calcolo del comperto secondo il calendario comune anziché in base ad una durata mensile convenzionale di trenta giorni, nonostante che la prassi seguita e il costante orientamento giurisprudenziale in materia militassero nel senso indicato dalla società.

3.1. Il primo motivo del ricorso principale è fondato.

Si, premetta che, secondo ormai consolidato indirizzo interpretativo di questa S.C. (cfr., *ex aliis*, v. Cass. n. 24525/14; Cass. n. 12031/99; Cass. n. 9869/91), ai sensi dell'art. 2110 cod. civ. il licenziamento per superamento del periodo di comperto 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 cod. civ. e alla L. n. 604 del 1966, artt. 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 fra tali prolungate assenze e l'assetto organizzativo o tecnico-produttivo dell'impresa, ben potendosi intimare il licenziamento per superamento del periodo di comperto pur ove, in concreto, il rientro del lavoratore possa avvenire senza ripercussioni negative sugli equilibri aziendali.

In altre parole, nell'art. 2110 cod. civ., comma 2, si rinviene un'astratta predeterminazione (legislativo-contrattuale) del punto di equilibrio fra l'interesse del lavoratore a disporre d'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 (v. Cass. n. 284/17; Cass. n. 8707/16; Cass. n. 23920/2010; Cass. n. 23312/2010; Cass. n. 11092/2005) che ritiene tale recesso assimilabile ad uno per giustificato motivo oggettivo anziché per motivi disciplinari: si tratta d'una mera "assimilazione" (e non "identificazione") affermata al solo fine di escludere la necessità d'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 lavoro di allegare e provare l'avvenuto superamento del periodo di non recedibilità).

3.2. La questione per cui sono state investite queste Sezioni Unite - che risiede nell'alternativa tra il considerare il licenziamento intimato per il perdurare delle assenze per malattia del lavoratore, ma prima del superamento del periodo di comperto, soltanto inefficace fino a tale

momento o, invece, il ritenerlo ab origine nullo per violazione dell'art. 2110 cod. civ., comma 2, - va sgomberata da possibili equivoci.

Invero, i precedenti di Cass. n. 1657/93 e Cass. n. 9037/01, nell'affermare che il licenziamento intimato in ragione del protrarsi delle assenze per malattia del lavoratore, ma prima che si sia esaurito il periodo di conservazione del posto di lavoro (previsto dalla contrattazione collettiva o, in mancanza, dagli usi o stabilito secondo equità), è meramente inefficace fino a quando tale periodo non si consumi, rinviando puramente e semplicemente a Cass. n. 1151/88 e a Cass. n. 9032/2000, che tuttavia, a ben vedere, muovono da presupposti diversi.

Infatti, Cass. n. 1151/88 statuisce che prima che scada il comperto non è consentito licenziare il lavoratore per perdurante morbilità, a meno che non ricorra l'ipotesi - eccezionale e diversa dal quella oggi in esame - di malattia irreversibile e inemendabile tale da rendere certo che il dipendente non sarà più in grado di riprendere la propria normale attività lavorativa. È chiaro che in siffatta evenienza il licenziamento non deriva più dal protrarsi delle assenze per malattia, ma da una differente situazione che a sua volta prescinde anche da eventuali assenze del lavoratore e dalla loro durata, ossia scaturisce dall'impossibilità di proseguire il rapporto per sopravvenuta inidoneità fisica del dipendente (accertabile ai sensi della L. n. 300 del 1970, art. 5, comma 2): quest'ultima è una fattispecie ben distinta (come questa S.C. ha evidenziato fin da Cass. n. 140/83 e, in tempi meno remoti, con Cass. n. 1404/12) da quella per cui oggi è processo.

Neppure il richiamo alla citata Cass. n. 9032/2000 è conferente, poiché tale sentenza si occupa della mera questione interpretativa - e del relativo onere probatorio - della condotta datoriale che si sia risolta nell'intimare il licenziamento pur sempre dopo la scadenza del periodo di comperto.

In realtà, le sentenze di questa S.C. che hanno statuito il differimento dell'efficacia del licenziamento sino allo scadere del periodo di comperto l'hanno fatto in relazione a licenziamenti alla cui base vi era già un motivo di recesso diverso e autonomo dal mero protrarsi della malattia, vale a dire a licenziamenti intimati o per giustificato motivo oggettivo (Cass. n. 23063/13 e Cass. n. 4394/88), o per giustificato motivo oggettivo derivante da sopravvenuta inidoneità a determinate mansioni (Cass. n. 239/05), o per riduzione di personale (Cass. n. 7098/90), o per giusta causa (Cass. n. 11087/05), o per giustificato motivo oggettivo rispetto al quale era, poi, sopraggiunta una giusta causa di recesso considerata come idonea di per sé a risolvere immediatamente il rapporto, ancor prima che cessasse lo stato di malattia (Cass. n. 64/17), o per licenziamento *ad nutum* (Cass. n. 133/89).

In tutte tali evenienze, dunque, il perdurante stato di malattia funge non già da motivo di recesso, ma da elemento ad esso estrinseco e idoneo soltanto a differire l'efficacia del licenziamento, mentre nella vicenda di cui oggi si controverte tale situazione integra di per sé l'unica ragione del licenziamento medesimo.

Pertanto, in tale giurisprudenza il richiamo al differimento dell'efficacia del recesso datoriale sino alla cessazione della malattia o fino all'esaurirsi del periodo di comporto vale solo a ribadire la nota regola in virtù della quale la quiescenza del rapporto (conseguente all'assenza per malattia od infortunio) impedisce l'immediato prodursi dell'effetto risolutivo: si tratta di asserto ininfluenza ai fini della questione in oggetto.

In breve, le uniche sentenze (Cass. n. 9037/01 e Cass. n. 1657/93) che hanno espressamente affermato che il licenziamento intimato solo per perdurante morbilità e prima dello scadere del periodo di comporto sia valido, ancorché meramente inefficace fino alla scadenza medesima, si sono basate su precedenti giurisprudenziali che - in realtà - statuivano altro.

3.3. L'opzione interpretativa secondo cui sarebbe già validamente disposto il licenziamento per il protrarsi delle assenze per malattia del lavoratore, con l'unico limite del mero differimento dell'efficacia del recesso fino a quando non si sia consumato il periodo massimo di comporto, contrasta con la sentenza n. 2072/80 di queste Sezioni Unite e con la successiva conforme giurisprudenza - cui deve darsi continuità anche nella presente sede - ed è altresì impraticabile in termini di coerenza, dogmatica all'interno della teoria generale del negozio giuridico.

La citata sentenza n. 2072/80 delle Sezioni Unite già da lungo tempo ha statuito che ai sensi dell'art. 2110 cod. civ., comma 2, (riferito tanto al comporto c.d. secco quanto a quello c.d. 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 o equità) ed ha espressamente escluso che reiterate assenze per malattia del dipendente integrino un giustificato motivo oggettivo di licenziamento ai sensi della L. n. 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 comporto significherebbe consentire un licenziamento che, all'atto della sua intimazione, è ancora sprovvisto di giusta causa o giustificato motivo e non è suscettibile in altra autonoma fattispecie legittimante.

Si tratterebbe, quindi, d'un licenziamento sostanzialmente acasale (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 (accolta dalla costante giurisprudenza di questa S.C.) dell'art. 2110 cod. civ., comma 2, e 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.

Né si dica che il fatto giustificativo debba essere valutato non in concreto, bensì in astratto ed *ex ante*, secondo la prospettiva del datore di lavoro al momento di intimazione del licenziamento, fermo restando che il fatto medesimo dovrà poi essere

accertato in sede giudiziaria: ove pure il datore di lavoro fosse convinto, nel momento in cui ha comunicato il licenziamento, dell'avvenuta consumazione del periodo di comporto, non per questo il licenziamento potrebbe considerarsi meramente inefficace sol in base all'erroneo calcolo effettuato dal dichiarante. Infatti, mentre l'oggetto dell'accertamento giurisdizionale va calibrato in ragione del motivo di licenziamento enunciato, l'individuazione dell'eventuale sanzione applicabile (nullità, inefficacia, annullamento etc.) va pur sempre parametrata al fatto come in concreto emerso all'esito del giudizio, a prescindere dall'originaria prospettiva di parte datoriale.

Ad esempio, un licenziamento nullo (v. L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 1, nel testo novellato ex L. n. 92 del 2012) perché discriminatorio o viziato da motivo illecito e determinante non si sottrarrà alla sanzione della nullità sol perché nella lettera di licenziamento sia stata enunciata un'inesistente infrazione disciplinare astrattamente integrante giusta causa di recesso.

Neppure può distinguersi fra il caso in cui il datore di lavoro abbia erroneamente calcolato le assenze e/o i termini interno ed esterno del comporto e quello in cui egli, pur consapevole del mancato esaurirsi del comporto medesimo, nondimeno abbia ritenuto di poter licenziare il dipendente per il solo fatto d'una eccessiva morbilità: in entrambe le evenienze il licenziamento risulterà difforme dal modello legale delineato dall'art. 2110 cod. civ., comma 2 (come interpretato da costante giurisprudenza di questa S.C.).

L'opzione ermeneutica della mera inefficacia non può suffragarsi neppure adducendo che, ad ogni modo, la fattispecie legittimante il recesso (vale a dire il, superamento del periodo di comporto) si potrebbe realizzare successivamente: a ciò è agevole obiettare che i requisiti di validità del negozio vanno valutati al momento in cui viene posto in essere (sulla necessità che i requisiti di validità del licenziamento sussistano al momento in cui esso si perfeziona v. Cass. n. 7596/03) e non già al momento della produzione degli effetti (salvo il caso, che qui non ricorre, disciplinato dall'art. 1347 cod. civ.). Intuitive esigenze di coerenza dogmatica all'interno della teoria generale del negozio giuridico sconsigliano forzature.

3.4. Per completezza espositiva deve infine segnalarsi che, nel caso di specie, neppure la tesi della mera inefficacia del licenziamento intimato prima dello spirare del termine di comporto consentirebbe il rigetto della domanda di reintegra, atteso che dalla sentenza impugnata emerge che il termine massimo di comporto sarebbe spirato (secondo i calcoli effettuati dai giudici di merito) il 27 luglio 2004, mentre già nei giorni 14, 15 e 16 luglio 2004 il ricorrente si era presentato in azienda per riprendere servizio, non riuscendovi sol perché la società aveva rifiutato la sua prestazione pretendendo che presentasse un certificato di avvenuta guarigione.

A tale ultimo proposito va puntualizzato che - contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza impugnata - per poter riprendere il lavoro il prestatore non ha l'onere di

munirsi di un tale certificato, non esistendo nel settore creditizio alcuna norma di legge in tal senso.

Né un onere del genere potrebbe ricavarsi dal D.Lgs. n. 81 del 2008, art. 41, comma 2, lett. e-ter), come modificato dalla L. n. 106 del 2009, che si limita a prevedere che la sorveglianza sanitaria sia effettuata dal medico competente (di cui al precedente art. 38), anche mediante visita sanitaria precedente alla ripresa del lavoro a seguito di assenza per motivi di salute protrattasi per più di sessanta giorni continuativi, visita finalizzata a verificare l'idoneità alle mansioni: si tratta di controllo che la legge non configura come *condicio iuris* della ripresa dell'attività lavorativa e che, per di più, va attivato ad iniziativa datoriale e non del lavoratore.

Infatti, non solo il "medico competente", come definito dal D.Lgs. n. 81 del 2008, art. 2, comma 1, lett. h), cit., è nominato dallo stesso datore di lavoro, con il quale collabora, ma il comma 4 del cit. art. 41 stabilisce che le visite mediche di cui al comma 2 sono "a cura e spese del datore di lavoro", al punto che la loro omissione può anche costituire grave inadempimento del datore di lavoro che, se del caso, legittima l'eccezione di inadempimento del lavoratore ex art. 1460 cod. civ. (come questa S.C. ha già avuto modo di pronunciarsi con sentenza n. 24459/16).

3.5. Deve altresì escludersi che il licenziamento intimato per superamento del periodo di comportamento, ma anteriormente alla sua scadenza, sia meramente ingiustificato, tale dovendosi - invece considerare solo quello che venga intimato mediante enunciazione d'un giustificato motivo o d'una giusta causa che risulti, poi, smentita (in punto di fatto e/o di diritto) all'esito della verifica giudiziale.

Al contrario, come premesso nel paragrafo che precede sub 3.1., il licenziamento per superamento del periodo di comportamento costituisce una fattispecie autonoma di recesso diversa da quelle riconducibili ai concetti di giusta causa o giustificato motivo di cui all'art. 2119 cod. civ. e alla L. n. 604 del 1966, artt. 1 e 3.

Prova ne sia che la giurisprudenza di questa S.C., disattendendo un contrario e minoritario indirizzo dottrinale, ha sempre statuito - e da lungo tempo - che l'avvenuto decorso del termine di comportamento abilita senz'altro il datore di lavoro a recedere per tale solo fatto, vale a dire senza che siano necessarie la sussistenza e l'allegazione di ulteriori elementi integranti un giustificato motivo a norma della L. n. 604 del 1966, art. 3 (cfr. Cass. n. 9869/91; Cass. n. 382/88; Cass. n. 2090/81; Cass. n. 1277/80; Cass. n. 2971/79; Cass. n. 2491/79).

Né per definire come meramente ingiustificato il licenziamento intimato prima dello spirare del termine massimo di comportamento si dica che, esclusa tale ipotesi, quel che residua è un licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo e, come tale, ingiustificato: si tratta d'un mero artificio dialettico che trascura il dato di fatto che il licenziamento è stato pur sempre intimato per il protrarsi delle assenze del lavoratore sul presupposto giuridicamente erroneo (perché contrastante con l'art. 2110 cod. civ., comma 2) che ciò sia consentito ancora prima dello spirare del termine massimo di comportamento.

Diversamente opinando, qualunque licenziamento nullo (perché discriminatorio, viziato da motivo illecito determinante o lesivo di norma imperativa di legge) verrebbe pur sempre a collocarsi nell'area della mera mancanza di giustificazione.

3.6. Deve, invece, 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 comportamento risulti scaduto (cfr. Cass. n. 24525/14; Cass. n. 1404/12; Cass. n. 12031/99; Cass. n. 9869/91).

Muovendo dall'interpretazione, dell'art. 2110 cod. civ., comma 2, accolta fin dalla summenzionata Cass. S.U. n. 2072/80, va evidenziato che il carattere imperativo della norma, in combinata lettura con l'art. 1418 cod. civ., non consente soluzioni diverse.

È noto che dottrina e giurisprudenza definiscono l'imperatività delle norme in rapporto all'esigenza di salvaguardare valori morali o sociali o valori propri d'un dato ordinamento giuridico.

E il valore della tutela della salute è sicuramente prioritario all'interno dell'ordinamento - atteso che l'art. 32 Cost. lo definisce come "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività" - così come lo è quello del lavoro (basti pensare, in estrema sintesi, all'art. 1 Cost., comma 1, artt. 4 e 35 Cost. e ss.).

In questa cornice di riferimento è agevole evidenziare come la salute non possa essere adeguatamente protetta se non all'interno di tempi sicuri entro i quali il lavoratore, ammalatosi o infortunatosi, possa avvalersi delle opportune terapie senza il timore di perdere, nelle more, il proprio posto di lavoro.

All'affermazione della nullità del licenziamento in discorso non osta l'aver il vigente testo della L. n. 300 del 1970, art. 18 (come novellato ex L. n. 92 del 2012) collocato la violazione dell'art. 2112 cod. civ., comma 2, nel comma 7 anziché nel comma 1 (riservato ad altre ipotesi di nullità previste dalla legge), con conseguente applicazione del regime reintegratorio attenuato anziché pieno.

Infatti, in considerazione d'un minor giudizio di riprovazione dell'atto assunto in violazione di norma imperativa, ben può il legislatore graduare diversamente il rimedio ripristinatorio pur in presenza della medesima sanzione di nullità, di guisa che la citata previsione del comma 7 dell'art. 18 si pone come norma speciale rispetto a quella generale contenuta, nel comma 1 là dove si parla di altri casi di nullità previsti dalla legge.

3.6. La tesi - qui confermata - della nullità del licenziamento intimato prima ancora che il periodo di comportamento risulti scaduto non presenta le controindicazioni ipotizzate da talune voci di dottrina.

Non si ravvisa quella secondo cui addosserebbe al datore di lavoro un onere eccessivo, vale a dire quello dell'esatto calcolo del comportamento massimo applicabile al singolo caso: a parte il rilievo che in ogni ipotesi di recesso diverso da quello ad nutum il datore di lavoro sopporta il rischio d'un licenziamento viziato da un'erronea valutazione dello stato di fatto e/o di diritto che lo consenta (sicché non

si comprende perché la soluzione dovrebbe qui essere difforme), basti osservare che eventuali incertezze a riguardo possono essere superate prudenzialmente attendendo una sicura verifica e, se del caso, posticipando la decisione al rientro del lavoratore.

Infatti, come questa S.C. ha già avuto modo di statuire (cfr. Cass. n. 18411/16; Cass. n. 24899/11), fermo restando il potere datoriale di recedere non appena esaurito il periodo di comportamento e, quindi, anche prima del rientro al lavoro del dipendente, nondimeno il datore di lavoro ha altresì la facoltà di attendere tale rientro per sperimentare in concreto se residuino o meno margini di riutilizzo del lavoratore all'interno dell'assetto organizzativo, se del caso mutato, dell'azienda.

Ne deriva che solo a decorrere dal rientro in servizio del lavoratore l'eventuale prolungata inerzia datoriale nel recedere dal rapporto può essere oggettivamente sintomatica della volontà di rinunciare all'esercizio del potere di licenziamento e, quindi, ingenerare un corrispondente incolpevole affidamento da parte del dipendente.

Né un eventuale errore di calcolo del termine massimo di comportamento previsto dalla contrattazione collettiva - errore che abbia indotto il datore di lavoro ad anticipare il licenziamento rispetto al reale momento di esaurimento di tale periodo - impedisce che il licenziamento, nullo, possa poi essere tempestivamente rinnovato una volta che le assenze del lavoratore effettivamente superino il termine massimo di conservazione del posto di lavoro.

Infatti, all'interno della stessa giurisprudenza che afferma la nullità - e non la mera inefficacia - del licenziamento intimato prima che il periodo di comportamento si sia esaurito, emerge altresì la statuizione che consente il rinnovo dell'atto di recesso una volta che sopraggiunga la scadenza del termine massimo di comportamento, atteso che il nuovo licenziamento, risolvendosi in un negozio diverso dal precedente, esula dal divieto di cui all'art. 1423 cod. civ. (cfr. Cass. n. 24525/14).

4.1. L'accoglimento del primo motivo del ricorso principale assorbe la disamina del secondo e del terzo.

5.1. Il ricorso incidentale è inammissibile per mancanza di interesse.

Infatti, essendo indirizzato non già contro una statuizione della sentenza di merito (che ha visto totalmente vittoriosa la S.p.A. Banco di Sardegna), ma solo contro il passaggio motivazionale in cui la Corte territoriale calcola il periodo di comportamento, risulta proposto in difetto di quella soccombenza che costituisce il presupposto indispensabile dell'impugnazione (cfr., da ultimo e per tutte, Cass. n. 22095/17), non potendo impugnarsi una pronuncia giurisdizionale al solo fine di correggerne la motivazione (cfr., *ex aliis*, Cass. n. 18674/11; Cass. n. 14970/07; Cass. n. 6601/05; Cass. n. 9637/01; Cass. n. 8924/98).

Né la carenza di interesse viene meno sol per l'accoglimento del primo motivo del ricorso principale, atteso che in tal caso il ricorrente incidentale ha la facoltà di riproporre al giudice del rinvio le questioni non accolte o ritenute assorbite dalla sentenza cassata (cfr., ancora da ultimo e per tutte, Cass. n. 22095/17, cit.).

6.1. In conclusione, accolto il primo motivo del ricorso principale, vanno dichiarati assorbiti il secondo e il terzo, mentre deve dichiararsi inammissibile il ricorso incidentale.

Per l'effetto, si cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e si rinvia, anche per le spese del presente giudizio di legittimità, alla Corte d'appello di Cagliari in diversa composizione, che si atterrà al seguente principio di diritto:

“Il licenziamento intimato per il perdurare delle assenze per malattia od infortunio del lavoratore, ma prima del superamento del periodo massimo di comportamento fissato dalla contrattazione collettiva o, in difetto, dagli usi o secondo equità, è nullo per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110 cod. civ., comma 2”.

P.Q.M.

accoglie il primo motivo del ricorso principale, dichiara assorbiti il secondo e il terzo, dichiara inammissibile il ricorso incidentale, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte d'appello di Cagliari in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità. (*omissis*).

Licenziamento e comportamento non scaduto

di Marina Nicolosi (*)

La sentenza affronta la questione della natura dell'invalidità che colpisce il licenziamento per prolungata assenza del lavoratore, per malattia o infortunio, irrogato prima del superamento del periodo di comportamento. Le Sezioni Unite optano per la sanzione della nullità *ab origine*, in quanto il recesso agirebbe in violazione della norma imperativa di cui al comma 2 dell'art. 2110 c.c. L'opposta tesi dell'inefficacia, sino a quando non sia spirato il termine ultimo del periodo di comportamento, va respinta, in quanto consentirebbe un licenziamento che all'atto della sua intimazione non è sorretto da alcuna causa. La predetta nullità va sanzionata con la tutela reintegratoria attenuata prevista dal comma 7 dell'art. 18, L. n. 300/1970, che esplicitamente menziona il licenziamento "in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c."

The judgement deals with the nullity of an individual dismissal, imposed for absence from the working place for illness or accidents at work, and before exceeding the period established by collective bargaining (periodo di comportamento). In the view of the High Court the sanction is the nullity ab origine, as the dismissal represents an infringement of the imperative rule set by Art. 2110 of the Civil code. The opposite thesis - according to which the dismissal is ineffective - cannot be shared because it would legitimate a dismissal without a justification. The protection granted to the worker is represented by the reinstatement according to Art. 18, paragraph 7 of the Workers' Statute (Act 300/1970), that explicitly mentions the dismissal in violation of art. 2110, paragraph 2, civil code.

Il licenziamento per superamento del comportamento ex art. 2110, comma 2, c.c. come fattispecie ontologicamente autonoma

A seguito di un contrasto giurisprudenziale durato quasi un trentennio, le Sezioni Unite risolvono l'alternativa sul tipo di vizio che affligge il licenziamento per superamento del periodo di comportamento non ancora scaduto, confermandone la nullità e non l'inefficacia. La soluzione favorevole alla nullità è analiticamente argomentata e discende da un'attenta analisi della disciplina codicistica della malattia (1): l'art. 2110 c.c., dopo avere affermato, in caso di infortunio, di malattia, di gravidanza o di puerperio, l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere la retribuzione ovvero un'indennità, stabilite dalle leggi speciali, dagli usi o secondo equità, al comma 2, prescrive

che, nei suddetti casi, "l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'articolo 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge [dalle norme corporative], dagli usi o secondo equità".

Dal punto di vista storico, la funzione della disposizione è nota. Nel sistema del codice civile che, salva l'ipotesi della giusta causa, sottoponeva il licenziamento all'unico limite dell'obbligo del preavviso, l'art. 2110, comma 2, c.c. serviva a "paralizzare" (2) l'esercizio del potere di recesso per un determinato periodo di tempo (3). Letteralmente, infatti, la norma "sembra scritta al rovescio", in quanto riconosce il diritto di recedere dal contratto ex art. 2118 c.c., decorso il periodo stabilito dalle fonti che richiama, ma non stabilisce nessun collegamento tra la malattia e il divieto di licenziamento (4). Segnatamente,

(*) N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Per la malattia, inquadrata come causa di sospensione del rapporto di lavoro, P. Ichino, (voce) *Malattia del lavoratore subordinato*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990; A. Pandolfo, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991; R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare. Artt. 2110-2111*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1992, 380; M. Rusciano, (voce) *La sospensione del rapporto di lavoro (cause di)*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993; R. Santucci, *Le cause sospensive della prestazione di lavoro*, in G. Giugni (dir. da), *Dottrina e giurisprudenza di diritto del lavoro*, Torino, 1993, 35; M. Tatarelli, *La malattia nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Padova, 2002; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, III, Milano, 2003, 47; T. Renzi, *Le ipotesi tradizionali di sospensione*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e*

svolgimento, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2007, II, 1189.

(2) O. Mazzotta, *Accertamenti sanitari, eccessiva morbilità e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1983, 29. In senso estremamente critico in ordine al "privilegio dei malati" concesso dall'art. 2110, comma 2, c.c., G. Pera, *Malattia e licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, 153.

(3) Per una rassegna del dibattito dottrinale, suddiviso in fasi, in virtù del collegamento tra le tesi sull'art. 2110, comma 2, c.c. e l'evoluzione della disciplina dei licenziamenti, A. Ferruggia, *Licenziamento per superamento del comportamento: il dibattito sul tema e le implicazioni sul potere di recesso ad nutum ex art. 2110 Cod. Civ. in ipotesi di violazione datoriale dell'obbligo di sicurezza*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 1061.

(4) R. Voza, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 248/2015*, 3.

nell'art. 2110, comma 2, c.c. manca ogni riferimento alle conseguenze del licenziamento intimato nel corso del periodo protetto.

Secondo una massima ricorrente in giurisprudenza, la disposizione costituisce disciplina speciale e prevalente sia sulla disciplina codicistica della risoluzione del contratto per impossibilità parziale sopravvenuta della prestazione (artt. 1256, comma 2, c.c. e 1464 c.c.) (5), sia sulla disciplina del licenziamento individuale ex L. n. 604/1966 (6). La specialità rispetto al diritto comune dei contratti, risiede nel fatto che il comportamento esclude che l'impossibilità della prestazione produca la risoluzione automatica del contratto; la specialità rispetto alla disciplina generale dei licenziamenti individuali evita che il giustificato motivo oggettivo produca immediatamente il licenziamento. Nell'impostazione tradizionale, infatti, l'inibizione del potere di recesso del datore di lavoro a causa della malattia non può protrarsi indeterminatamente. L'ordinamento quindi fornisce la predeterminazione di un lasso di tempo entro cui si realizza il contemperamento tra gli interessi coinvolti nel rapporto di lavoro, al fine di evitare che il rischio della malattia del dipendente ricada interamente sul datore di lavoro. Superato

quell'arco temporale, cessa la sospensione delle obbligazioni sinallagmatiche delle parti ed il compimento del comportamento diventa condizione sufficiente a legittimare il recesso datoriale (7).

Per la tesi giurisprudenziale prevalente, quindi, la riconosciuta specialità della disciplina contemplata nell'art. 2110, comma 2, c.c. (8) determina che il licenziamento per superamento del periodo di comportamento costituisce una fattispecie ontologicamente autonoma che si aggiunge, senza costituire una specificazione, alle altre cause o motivi di licenziamento previsti dalla disciplina del licenziamento individuale (9). Sotto il profilo applicativo, la specialità della disciplina determina che l'esaurimento del periodo di comportamento non produce la risoluzione automatica del rapporto; che al datore di lavoro non è richiesta nessuna prova circa la sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, in ordine alla sussistenza di un giustificato motivo o di una giusta causa di licenziamento; che il datore di lavoro non è tenuto a dimostrare l'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse al fine di evitare il licenziamento (10).

La sentenza in commento riprende quel risalente orientamento già espresso dalle stesse Sezioni Unite in merito al licenziamento per eccessiva morbilità, quasi

(5) Sebbene, in giurisprudenza, il richiamo cumulativo alle due discipline sia molto diffuso, va segnalato come in dottrina, invece, si siano contrapposti due diversi orientamenti sulla riconducibilità dell'assenza del lavoratore per malattia alla disciplina dell'impossibilità temporanea della prestazione ex art. 1256, comma 2, c.c., ovvero alla disciplina dell'impossibilità parziale ex art. 1464 c.c. A parte gli scarsi riflessi applicativi della questione, sembra oggi prevalere il richiamo all'art. 1464 c.c. (Cosi, L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 630; M. V. Ballestrero, *La stabilità nel diritto vivente. Saggi su licenziamenti e dintorni*, Torino, 2009, 96). A differenza dell'art. 1256, comma 2, c.c., che prevede l'estinzione dell'obbligazione e la risoluzione del contratto, nel caso in cui l'impossibilità della prestazione perduri e il creditore vi abbia perso interesse, l'art. 1464 c.c. richiede il recesso del datore di lavoro, subordinandolo peraltro al venire meno dell'apprezzabile interesse del datore di lavoro all'adempimento della prestazione e favorisce, conseguentemente, la tendenza dell'ordinamento a limitare le fattispecie di risoluzione automatica del rapporto di lavoro. In questo senso anche M. Novella, *Il licenziamento del lavoratore malato*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 514.

(6) Cass., SS.UU., 29 marzo 1980, n. 2072, in *Giur. it.*, 1980, I, 1438; Cass., SS.UU., 29 marzo 1980, n. 2073, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1526; Cass., SS.UU., 29 marzo 1980, n. 2074, in *Mass. Giur. lav.*, 1980, 149; Cass., SS.UU., 18 novembre 1988, n. 628, in *Dir. prat. lav.*, 1988, 2937; Cass. 7 agosto 1998, n. 7755, in *Not. giur. lav.*, 1998, 459; Cass. 24 giugno 2005, n. 13624, in *Not. giur. lav.*, 2005, 712; Cass. 28 gennaio 2010, n. 1861, in *Mass. Giur. lav.*, 2010, 333; Cass. 7 febbraio 2011, n. 2971, in *Not. giur. lav.*, 2011, 202.

(7) In generale, sull'inquadramento sistematico dell'istituto del comportamento, M. Cinelli, *"Salute" e "Occupazione" nell'attuale quadro normativo del Jobs act: alcune considerazioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 448; R. Nunin, *Superamento del periodo di comportamento e riflessi sul rapporto di lavoro negli orientamenti recenti della giurisprudenza*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 955; R. Voza, *Licenziamento e malattia: le parole e*

i silenzi del legislatore, cit., 10; V. Maio, *Sulla "tempestività" del recesso per superamento del periodo di comportamento*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 303; A. Ferruggia, *Licenziamento per superamento del periodo di comportamento: il dibattito sul tema e le implicazioni sul potere di recesso ad nutum ex art. 2110 cod. civ. in ipotesi di violazione datoriale dell'obbligo di sicurezza*, cit., 1059. In giurisprudenza, sul contemperamento dei contrapposti interessi realizzato dalla disciplina del periodo di comportamento, Cass. 4 luglio 2001, n. 9037, cit.

(8) La giurisprudenza tende a privilegiare la tesi secondo cui la specialità della disciplina prescritta dall'art. 2110, comma 2, c.c. discenda da una deroga ai principi derivanti dalla disciplina generale codicistica, ed a quelli contenuti nella l. n. 604/1966. Di diverso avviso la dottrina, secondo la quale, invece, la norma in tema di comportamento costituirebbe una conferma dei principi codicistici sulla impossibilità sopravvenuta, in quanto il comportamento realizzerebbe una cristallizzazione vincolante del momento in cui viene meno l'interesse del creditore all'adempimento della prestazione. In questi termini, O. Mazzotta, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2011, 504.

(9) Cass., SS.UU., 29 marzo 1980, n. 2072, cit.; Cass., SS.UU., 29 marzo 1980, n. 2073, cit.; Cass., SS.UU., 29 marzo 1980, cit., tutte concordi nel ritenere che il licenziamento per eccessiva morbilità non costituisca una specifica ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, e su cui diffusamente G. Pera, *Eccessiva morbilità ed accertamenti sanitari*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, I, 306. In dottrina, nel senso che il licenziamento per superamento del periodo di comportamento costituisce un caso di "giustificato motivo oggettivo legalmente tipizzato", A. Vallebona, *Sulla sistemazione del licenziamento per scadenza del periodo di comportamento*, in *Dir. lav.*, 1983, I, 17.

(10) Cass. 18 marzo 1995, n. 3174, in questa *Rivista*, 1995, 860; Cass. 2 giugno 1992, n. 6599, in *Foro it.*, 1993, I, 1133; Cass. 10 luglio 1981, n. 4496, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2915; più recentemente Cass. 31 gennaio 2012, n. 1404, in questa *Rivista*, 2012, 689, con nota di D. Iarussi, *Licenziamento per malattia: l'art. 2110 c.c. prevale sulla disciplina dei licenziamenti e sulla risoluzione ex art. 1464 c.c. Contra*, in dottrina, A. Pandolfo, *La malattia nel*

Lavoro subordinato

quarant'anni fa, e ne ribadisce la persistente attualità (11): il superamento del periodo di tempo riconosciuto per la paralisi del potere di licenziare del datore di lavoro è causa di per sé idonea a consentire il licenziamento ed è diversa dalle ragioni riconducibili ai concetti di giusta causa o di giustificato motivo ex artt. 2119 c.c. e 1 e 3 della L. n. 604/1966. Tale situazione non costituisce né giusta causa né giustificato motivo soggettivo, in quanto manca l'inadempimento, atteso che le assenze sono giustificate; e non costituisce giustificato motivo oggettivo, poiché non è richiesto l'accertamento di un'incompatibilità tra le prolungate assenze del lavoratore malato e l'assetto produttivo o organizzativo dell'impresa, né di eventuali ripercussioni negative del rientro del lavoratore sugli equilibri aziendali (12).

Le conseguenze della violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c.: licenziamento nullo o inefficace?

Da questo assunto discende la soluzione della questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite, relativa al

licenziamento irrogato in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c. (13). Qui, come si accennava, si sono contrapposte (forse apparentemente, come si vedrà) due tesi.

Nessun dubbio sulla "provvisoria inefficacia" del licenziamento intimato in pendenza di malattia, ma determinato da ragioni estranee alla stessa. Sul punto, e secondo un orientamento unanime, la giurisprudenza, in applicazione di un'interpretazione logico-sistematica tra la disciplina di cui all'art. 2110, comma 2, c.c. e quella generale dei licenziamenti individuali, nonché in ossequio al principio della conservazione degli atti giuridici ex art. 1367 c.c. (14), ha sostenuto che il licenziamento irrogato per giusta causa (15), giustificato motivo soggettivo o oggettivo, in pendenza di malattia, sia valido, ma solo temporaneamente inefficace, fino alla scadenza della malattia o fino al completamento dell'intero periodo di comportamento (16).

Il dubbio, invece, ha riguardato il licenziamento irrogato durante il comportamento, ma causato dalla (sola) ragione dell'assenza per malattia. L'orientamento prevalente ne ha tradizionalmente sostenuto

rapporto di lavoro, cit., 293; M. Napoli, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980, 377, secondo cui, scaduto il periodo di comportamento, non disponendo l'art. 2110, comma 2, c.c. nessuna disciplina speciale, tornerebbe ad applicarsi quella generale dei licenziamenti, con tutti i conseguenti e connessi oneri probatori. Sugli oneri formali che gravano il datore di lavoro che intenda esercitare il recesso ex art. 2110, comma 2, c.c., F. Stofa, *Licenziamento per superamento del periodo di comportamento e regole formali di cui alla l. n. 604/1966: il cerchio si chiude*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 339. E, in giurisprudenza, Cass. 24 gennaio 1997, n. 716, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 257.

(11) Cass., SS.UU., 29 marzo 1980, n. 2072, cit.; Cass., SS.UU., 29 marzo 1980, n. 2073, cit.; Cass., SS.UU., 29 marzo 1980, cit.; nonché, *ex aliis*, Cass. 18 novembre 2014, n. 24525, in *Rep. Giur. it.*, 2014; Cass. 26 ottobre 1999, n. 12031, in *Mass. Giur. lav.*, 2000, 61, con nota di S. Figurati, *Questioni in tema di licenziamento intimato durante la malattia: la richiesta di ferie interrompe il comportamento?*; Cass. 21 settembre 1991, n. 9869, in *Not. giur. lav.*, 1992, 225.

(12) *Contra*, in giurisprudenza, Cass. 4 settembre 2014, n. 18678, in questa *Rivista*, 2015, 40, con nota di E. Gragnoli, *Il licenziamento per scarso rendimento e il giustificato motivo oggettivo*, e in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 969, con nota di R. Lama, *Trent'anni dopo le Sezioni Unite: la Cassazione riesuma l'eccessiva morbilità come giustificato motivo oggettivo di licenziamento*. La sentenza richiama quell'indirizzo giurisprudenziale anteriore alle tre sentenze delle Sezioni Unite del 1980, secondo cui le reiterate assenze del lavoratore per malattia, pur non superando il periodo di comportamento, costituendo un notevole ostacolo alla funzionalità dell'azienda, possono integrare un'ipotesi di giustificato motivo oggettivo di recesso. Per l'assimilazione (che però, ad avviso delle Sezioni Unite, non è "identificazione") del licenziamento per superamento del comportamento con il giustificato motivo oggettivo - sostenuta, peraltro, al solo scopo di esonerare il datore di lavoro dalla preventiva e completa contestazione delle assenze per malattia (che costituiscono circostanze, relative alla causale, di cui il lavoratore ha conoscenza personale e diretta) -, Cass. 10 gennaio 2017, n. 284, in *Dir. giust.*, 2017; Cass. 3 maggio 2016, n.

8707, in *D&G*, 2016; Cass. 25 novembre 2010, n. 23920, in *D&G*, 2010; Cass. 18 novembre 2010, n. 23312, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 1468; Cass. 26 maggio 2005, n. 11092, in *Or. giur. lav.*, 2005, 178.

(13) Cass. 19 ottobre 2017, n. 24766, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 75, con nota di G.F. Tempesta, *Il licenziamento per il "futuro" superamento del periodo del comportamento: nullità o temporanea inefficacia? La parola alle S.U.*

(14) Cass. 4 luglio 2001, n. 9037, cit.; Cass. 10 febbraio 1993, n. 1657, cit.

(15) Che la malattia non precluda al datore di lavoro l'intimazione del licenziamento per giusta causa, in quanto la conservazione del posto di lavoro durante l'assenza recede di fronte all'esistenza di una causa che non consente la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto di lavoro, è stato ribadito, più recentemente, da Cass. 23 settembre 2002, n. 14074, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 394, con nota di F. Santini, *Licenziamento per giusta causa: immediatezza del recesso ed efficacia durante il periodo di comportamento*. Resta, invece, controversa l'ammissibilità durante il comportamento del licenziamento per cessazione dell'attività datoriale che, secondo alcuni, dovrebbe essere posticipato al rientro in servizio o alla scadenza del comportamento. Sul punto, in giurisprudenza, Cass. 26 luglio 2005, n. 15643, in *Mass. Giust. civ.*, 2005. In dottrina, P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., 74.

(16) Cass. 20 dicembre 1997, n. 12915, in *Not. giur. lav.*, 1998, 46; Cass. 26 settembre 1994, n. 7868, in *Foro it.*, 1995, I, 171; Cass. 15 marzo 1984, n. 1781, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3078; Cass. 29 giugno 1981, n. 4425, in *Not. giur. lav.*, 1982, 248. In dottrina, diffusamente, R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., 367. A parte l'orientamento maggioritario della giurisprudenza, in questa direzione è sempre stata orientata la dottrina, peraltro, anche prima della disciplina limitativa dei licenziamenti: L. Riva sanseverino, *Artt. 2060-2134. Della impresa*, in A. Scialoja-G. Branca (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Bologna-Roma, 1969, 557; G.F. Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro, I, Individuazione della fattispecie: il recesso ordinario*, Milano, 1962, 281. L'invalidità di queste fattispecie era però stata sostenuta, a causa del carattere imperativo dell'art. 2110,

la nullità (17). A questa prima, e sostanzialmente risalente, tesi se ne è contrapposta un'altra, all'interno della stessa giurisprudenza della Corte di cassazione, secondo la quale (anche) il licenziamento per superamento del periodo di comporto intimato *ante tempus* sarebbe stato valido, ma meramente inefficace. L'efficacia sarebbe differita al compimento esatto del comporto, e non sarebbe stato, dunque, necessario reiterare l'atto di recesso (18).

Le Sezioni Unite confermano la tesi della nullità. Che va mantenuta anche alla luce della teoria generale del negozio giuridico. Invero, se l'art. 2110, comma 2, c.c. stabilisce che il datore di lavoro può recedere dal contratto solo dopo che sia scaduto il comporto fissato dalla contrattazione collettiva, dagli usi o dall'equità, ha sostanzialmente voluto escludere che le reiterate assenze per malattia costituiscano, per un determinato lasso di tempo, un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, ex art. 3, L. n. 604/1966. Sicché ammettere la validità del licenziamento intimato durante questo periodo significherebbe autorizzare un licenziamento sprovvisto di giusta causa o di giustificato motivo, perché non sussumibile in alcuna delle fattispecie previste dalla legge. Significherebbe, in altri termini, riconoscere la legittimità di un licenziamento acausale, al di fuori delle ipotesi tassativamente prescritte dalla legge (cosiddetto licenziamento *ad nutum*), ed in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c., la cui *ratio* resta quella di assicurare al lavoratore un determinato lasso di tempo che gli consenta di potere tutelare il proprio diritto alla salute ex art. 32 Cost. E ciò a

prescindere dalla rappresentazione del datore di lavoro (19), e financo dalla effettiva realizzazione successiva della fattispecie legittimante il recesso, in quanto i requisiti di validità del negozio giuridico vanno accertati giudizialmente, in virtù di fatti come in concreto emersi all'esito del giudizio, ma verificatisi nel momento stesso in cui il negozio viene posto in essere, e non in quello in cui si producono i relativi effetti (20).

Risulta, dunque, confermata la natura imperativa dell'art. 2110 c.c., stante l'esigenza, sottesa alla disposizione, al pari di qualsiasi altra norma di carattere imperativo, di garantire valori sociali o morali propri di un determinato ordinamento giuridico. Ammettere la derogabilità, attribuendo validità ad un recesso intimato in violazione di essa, sia pure differendone l'efficacia, significherebbe smentire il valore che la disposizione mira a garantire. Ossia, il riconoscimento di un periodo di tempo sicuro in cui il lavoratore, affetto da malattia o vittima di infortunio, possa usufruire delle necessarie cure, senza soffrire il timore di perdere, nelle more, il proprio posto di lavoro (21).

L'alternativa tra l'inefficacia e la nullità, come emersa nel contrasto giurisprudenziale che ha dato luogo alla rimessione alle Sezioni Unite, d'altronde, è ragionevolmente frutto di un equivoco (22). La tesi della provvisoria inefficacia, infatti, è sostenuta da un orientamento, invero minoritario, che rinvia sostanzialmente a due pronunce della Corte di cassazione che in realtà, ad un più attento esame, si occupavano d'altro (23). Espressione entrambe della tesi,

comma 2, c.c., da M.J. Vaccaro, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Napoli, 1983; G. Lavagnini, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Milano, 1961, 122.

(17) Cass. 18 novembre 2014, n. 24525, cit.; Cass. 31 gennaio 2012, n. 1404, in *Giur. it. Rep.*, 2012; Cass. 26 ottobre 1999, n. 12031, cit.; Cass. 21 settembre 1991, cit.; Cass. 17 aprile 1987, n. 3849, in *Not. giur. lav.*, 1987, 756. Nonostante la nullità del licenziamento, e la conseguente reintegrazione del lavoratore, resta ferma la possibilità di reiterarlo dopo l'effettivo superamento del comporto: l'illegittimità del primo licenziamento non inficia l'efficacia del secondo, intervenuto a rapporto mai interrotto. In questo senso, App. L'Aquila 4 aprile 2002, in *Giur. lav.*, 2001, 138. In senso dubitativo, anche alla luce dell'attuale disciplina della revoca del licenziamento ex art. 18, l. n. 300/1970 nuovo testo, D. Casale, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 405.

(18) Cass. 21 settembre 1991, n. 9869, cit.; Cass. 10 febbraio 1993, n. 1657, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2421; Cass. 26 ottobre 1999, n. 12031, in *Mass. Giur. lav.*, 2000, 61; Cass. 4 luglio 2001, n. 9037, in *Not. giur. lav.*, 2001, 766.

(19) Tradizionalmente, l'ipotesi del licenziamento causato dal superamento del comporto non ancora scaduto copre non soltanto il caso della consapevole e volontaria violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c., ma anche il caso di licenziamenti sorretti da errori materiali di calcolo matematico dei giorni di assenza, da inesatto inquadramento giuridico delle assenze, non computabili

come malattia (ad esempio perché costituenti ferie godute durante o alla fine del periodo di comporto), da non corretta interpretazione dei criteri di calcolo previsti dalla contrattazione collettiva, nonché da errata considerazione di giorni di assenza per malattia provocata dal datore di lavoro per violazione dell'art. 2087 c.c. Per la casistica giurisprudenziale, D. Casale, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti*, cit., 404.

(20) Cass. 15 maggio 2003, n. 7596, in *Mass. Giust. civ.*, 2003.

(21) Circa l'obbligo del lavoratore di dedicare tale periodo all'effettivo recupero dello stato di salute necessario a garantire l'adempimento dell'obbligazione, *ex aliis*, Cass. 22 gennaio 2009, n. 1618, in *Rep. Foro it.*, voce Contratto in genere, 2009, 454; Cass. 27 ottobre 2006, n. 23273, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 2090; e, da ultimo, 3 marzo 2015, n. 4237, in *Giur. it.*, 2015, 2435, con nota di M. Nicolosi, *Malattia (o infortunio) e attività lavorativa a favore di terzi tra giusta causa di licenziamento, fedeltà, correttezza e buona fede*.

(22) Rileva come, in tema licenziamento per superamento del comporto, spesso la giurisprudenza adotti un "atteggiamento quasi sbrigativo", prediligendo reiterazioni di formule "ormai evidentemente acquisite per tradizione", anche M. Novella, *Il licenziamento del lavoratore malato*, cit., 514.

(23) Cass. 4 febbraio 1988, n. 1151, in *Not. giur. lav.*, 1988, 148, relativa ad un licenziamento per malattia irreversibile ed inenunciabile, sostanzialmente integrante un'ipotesi di sopravvenuta

Lavoro subordinato

unanimemente condivisa, per cui se il licenziamento intimato durante il periodo di comporto poggia su motivi diversi e autonomi rispetto alla prolungata assenza per malattia, esso rimane valido, ma la sua efficacia resta differita alla scadenza del comporto (24).

Quindi, quando il superamento del comporto costituisce il solo motivo del licenziamento, poiché ai sensi dell'art. 2110 c.c. costituisce "situazione autonomamente giustificatrice", conferendo essa di per sé sola al datore il diritto di recedere dal rapporto (25), detto fatto deve preesistere alla comunicazione del recesso (26). Viceversa, il licenziamento, in costanza di comporto, è sostanzialmente vietato e quindi nullo.

Licenziamento in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c. e rimedi

Il che richiama la questione dei rimedi contro tale nullità. Come è noto infatti, la L. n. 92/2012, nel riscrivere l'art. 18, L. n. 300/1970, nel comma 7, ha prescritto la tutela reintegratoria in forma attenuata (27), per i licenziamenti determinati da violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c., e per quelli intimati per inidoneità psicofisica (28). Nonostante la riforma

sia stata animata dall'intenzione di ridurre in maniera significativa l'area della reintegrazione, il comma 7 del (nuovo) art. 18 sottrae le ipotesi collegate allo stato di salute del lavoratore dall'area della mera risarcibilità, e mantiene il rimedio reintegratorio, evidentemente ritenendo che l'errore datoriale nell'intimazione di questi licenziamenti non sia parzialmente "scusabile", in quanto coinvolge la condizione fisica o psichica della persona del lavoratore (29). La speciale sensibilità per le condizioni psicofisiche del lavoratore non è stata, tuttavia, piena, e le ragioni concernenti la salute non compaiono nel comma 1 dell'art. 18, dove sono accorpate le fattispecie di licenziamenti nulli, tra le quali vengono, ad esempio, esplicitamente menzionate le ragioni attinenti la maternità e la paternità (30). Sicché, il generico riferimento alla violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c., nel comma 7 dell'art. 18, e non nel comma 1 della disposizione, ha comportato un arretramento complessivo di tutela rispetto al precedente sistema rimediario. Ed ha determinato, altresì, alcune incongruenze di carattere sistematico.

La prima incongruenza riguarda la parificazione tra licenziamento nullo e licenziamento valido ma temporaneamente inefficace. Secondo il dato testuale, infatti, la medesima sanzione della

inidoneità fisica del lavoratore, accertabile ai sensi dell'art. 5, comma 2, L. n. 300/1970 e Cass. 6 luglio 2000, n. 9032, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, relativa ad un licenziamento intimato a periodo di comporto scaduto.

(24) Cass. 4 gennaio 2017, n. 64, in *Mass. Giust. civ.*, 2017; Cass. 10 ottobre 2013, n. 23063, in *Mass. Giust. civ.*, 2013; Cass. 7 gennaio 2005, n. 239, in *Mass. Giust. civ.*, 2005; Cass. 26 maggio 2005, n. 11087, in *Mass. Giust. civ.*, 2005; Cass. 6 luglio 1990, n. 7098, in *Mass. Giust. civ.*, 1990; Cass. 13 gennaio 1989, n. 133, in *Mass. Giust. civ.*, 1989; Cass. 2 luglio 1988, n. 4394, in *Not. giur. lav.*, 1988, 415. Si tratta di sentenze tutte riportate in motivazione e relative a fattispecie in cui il perdurante stato di malattia non costituiva motivo di recesso, ma elemento idoneo solo a differire l'efficacia del licenziamento sorretto da altre motivazioni, ed in particolare, rispettivamente, giusta causa sopraggiunta a giustificato motivo oggettivo, giustificato motivo oggettivo, sopravvenuta inidoneità a svolgere determinate mansioni, giusta causa, riduzione di personale, licenziamento *ad nutum*, giustificato motivo oggettivo.

(25) Fermo restando il potere datoriale di recedere esaurito il periodo di comporto, e quindi anche prima del rientro del lavoratore, le Sezioni Unite confermano la facoltà del datore di lavoro di attendere tale rientro, per sperimentare eventuali margini di riutilizzo del lavoratore "guarito", nel nuovo assetto aziendale, ove mutato a seguito della sua prolungata assenza. In tal caso, solo dopo la ripresa di servizio, la prolungata inerzia del datore di lavoro che non receda dal contratto può essere interpretata come acquiescenza. Circa la tempestività del licenziamento per superamento del comporto, questione ampiamente dibattuta in giurisprudenza, Cass. 20 settembre 2016, n. 18411, in *Mass. Giust. civ.*, 2016; Cass. 25 novembre 2011, n. 24899, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 676, con nota di C. Timellini, *Il difficile equilibrio tra spatium deliberandi e tempestività della*

comunicazione del licenziamento del lavoratore per superamento del periodo di comporto.

(26) Cass. 18 novembre 2014, n. 24525, cit.; Cass. 21 settembre 1991, n. 9869, cit.; Cass. 26 ottobre 1999, n. 12031, cit.

(27) La disposizione realizza una sostanziale equiparazione, sul piano sanzionatorio (reintegrazione e risarcimento in misura limitata a dodici mensilità e soggetto alla deduzione dell'*aliunde perceptum e percipiendi*), con i licenziamenti disciplinari illegittimi perché il fatto contestato non sussiste, ovvero sia punito dai codici disciplinari con una sanzione minore e conservativa, nonché a quelli intimati per giustificato motivo oggettivo manifestamente insussistente, contemplati al comma 4 dell'art. 18.

(28) Su cui, diffusamente, S. Giubboni, *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 261/2015.

(29) D. Casale, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti*, cit., 401, che ricollega la scelta legislativa ad un omaggio alla rilevanza della persona nel rapporto di lavoro, e ne segnala la maggiore considerazione e la differenza di trattamento rispetto alle altre ipotesi di infondatezza del licenziamento disciplinare, e di quello per giustificato motivo oggettivo (commi 5 e 7), per le quali la sanzione è solo risarcitoria.

(30) La conferma della diversa e maggiore considerazione riservata alla genitorialità, rispetto alla malattia, si ricava dalla previsione secondo la quale, in caso di licenziamento intimato all'esito di un procedimento disciplinare ovvero della nuova procedura di conciliazione preventiva ex art. 7, L. n. 604/1966, l'effetto del licenziamento è sospeso solo in ipotesi regolate dalla tutela a sostegno della maternità e della paternità e per impedimento determinato dall'infortunio sul lavoro, ma non dalla malattia (verosimilmente ritenuta uno stato pretestuosamente opposto dal lavoratore al fine di mantenere in piedi il rapporto di lavoro). Così R. Voza, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, cit., 10.

reintegrazione in forma attenuata colpisce il recesso per superamento del periodo non ancora scaduto, che nell'impianto giurisprudenziale antecedente alla riforma della disciplina dei licenziamenti era considerato nullo; nonché il licenziamento intimato a comportamento non ancora scaduto, ma motivato da una ragione estranea ad esso, che nel sistema precedente era considerato valido (perché sostanzialmente giustificato) ma temporaneamente inefficace. In quest'ultimo caso, però, la reintegrazione in forma attenuata appare sproporzionata ed eccessivamente severa rispetto alla prima ipotesi, se si considera che, in presenza di un valido motivo di licenziamento, lo stato di malattia non richiama la stessa necessità di tutelare il turbamento psicologico causato dal licenziamento che è stata invocata per il regime della nullità applicato al recesso intimato durante la gravidanza (31). Né può trascurarsi che reintegrare il lavoratore inadempiente o colpevole, solo perché licenziato mentre era malato, appare talvolta una soluzione eccessivamente gravosa e non sempre equilibrata per il datore di lavoro.

La seconda incongruenza riguarda il diverso trattamento del recesso per superamento del periodo di comportamento non ancora scaduto intimato da datori di lavoro che non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 18, L. n. 300/1970. Per costoro, infatti, continua a valere l'equilibrio anteriore alla riforma Fornero ed il licenziamento nullo (per violazione di norma imperativa ex art. 1418 c.c.) sarebbe sanzionato attraverso rimedi più pesanti (perché non vincolati alla limitazione indennitaria di cui al comma 7 dell'art. 18) rispetto a quelli previsti nell'area della tutela reale (32).

La terza incongruenza risiede nella difformità di trattamento con riferimento ai lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti. Come è noto, infatti, il

D.Lgs. n. 23/2015 non ha replicato la stessa previsione di cui al comma 7 dell'art. 18, L. n. 300/1970. Ha cioè omesso di dedicare una sanzione specifica per il licenziamento in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c., mentre ha confermato il richiamo all'ipotesi in cui il giudice accerti il difetto di giustificazione per motivo che risieda nella disabilità fisica o psichica, "anche" ai sensi degli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, L. n. 68/1999 (per il quale ha disposto la reintegrazione piena). A meno di non aderire alla tesi secondo la quale l'esplicito riferimento alla l. n. 68/1999 sia solo esemplificativo, ma ricomprende (per via della parola "anche") il recesso per mancato superamento del periodo (33), questa fattispecie, a causa della natura imperativa della disposizione codicistica, resta nulla, perfino nel caso di recesso intimato durante il periodo per causa estranea ad esso. Pertanto, licenziamenti nulli ed inefficaci, intimati a comportamento non ancora scaduto, per gli assunti dopo il 7 marzo 2015, rischiano di comportare la reintegrazione in forma piena, a norma del comma 1 dell'art. 2, D.Lgs. n. 23/2015, perché determinati da "altre nullità espressamente previste dalla legge" (34). Anche in questo caso, vi sarebbe da avanzare qualche perplessità sulla coerenza sistematica della parificazione tra licenziamenti nulli e validi ma meramente inefficaci.

Ora, con riferimento alla riforma Fornero, il dubbio relativo al campo di applicazione del comma 7 dell'art. 18, L. n. 300/1970, se cioè vi rientrasse sia il licenziamento intimato "durante" il periodo di comportamento, sia quello irrogato "in ragione" del superamento del periodo di comportamento (e dunque a causa della prolungata assenza per malattia) in realtà non ancora superato (35), è stato sollevato sin dai primi commenti alla L. n. 92/2012 (36).

La questione viene affrontata solo marginalmente dalle Sezioni Unite, peraltro, al solo scopo di escludere che la collocazione dell'art. 2110, comma 2, c.c. nel comma 7 dell'art. 18, in luogo del comma 1

(31) L'osservazione è di D. Casale, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti*, cit., 406, con riferimento a Corte cost. 8 febbraio 1991, n. 61, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, 724, con nota di M.G. Mattarolo, *Sulla nullità del licenziamento della lavoratrice madre, che dichiarò illegittimo l'art. 2, L. n. 1204/1971, nella parte in cui prevedeva la temporanea inefficacia, in luogo della nullità, del licenziamento intimato alla lavoratrice in stato di gravidanza o puerperio*.

(32) P. Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-160/2012*; R. Voza, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, cit., 12.

(33) La tesi è proposta da M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio dallo schema al decreto)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-236/2015*, 21. *Contra* C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 574

e R. Voza, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, cit., 11.

(34) S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-246/2015*; R. Voza, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, cit., 12, che propone di utilizzare la nullità di diritto comune anche per colmare la lacuna del Jobs Act, sia pure come "scatto di reni", con la paradossale conseguenza di riservare ai nuovi assunti un regime più favorevole rispetto a quello prescritto dall'art. 18 post Fornero. Nello stesso senso, P. Bellocchi, *La nullità del licenziamento nel decreto legislativo n. 23/2015*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 145.

(35) R. Voza, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, cit., 11.

(36) In particolare, D. Casale, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti*, cit., 404.

(riservato alle altre ipotesi di nullità previste dalla legge), con conseguente applicazione del regime reintegratorio attenuato, indebolisca la tesi della nullità del licenziamento per superamento del comportamento non scaduto. Anche con riferimento a questo argomento le Sezioni Unite ribadiscono la nullità per violazione di norma imperativa. Nonostante non sia stato menzionato nel comma 1 del nuovo testo dell'art. 18, detto licenziamento resta nullo e sanzionabile con la reintegrazione attenuata (37). Dinanzi a tale nullità, invero, “ben può il legislatore graduare diversamente il rimedio ripristinatorio pur in presenza della medesima sanzione”, “in considerazione d'un minor giudizio di riprovazione dell'atto assunto

in violazione di norma imperativa” (38). E la previsione di cui al comma 7 dell'art. 18 costituisce norma speciale rispetto a quella contenuta nel comma 1 del medesimo articolo.

La sentenza, dunque, conferma la “riduzione” della tutela, rispetto al regime della nullità (e della tutela reale piena) concepito per il licenziamento “in ragione” del superamento del comportamento nel sistema anteriore alle riforme dei licenziamenti. E non risolve le (molte) contraddizioni segnalate dalla dottrina come conseguenze della “frantumazione della tutela reale in una pluralità di regimi, alcuni dei quali collocati al di sotto dell'asticella protettiva derivante dalla nullità di diritto comune” (39).

(37) R. Voza, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, cit., 12; P. Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, cit., 11; V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, 338; M. Ferraresi, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro - Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Milano, 2012, 268; C. Cester, *Il progetto di*

riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni, cit., 574.

(38) In questo senso anche P. Bellocchi, *La nullità del licenziamento nel decreto legislativo n. 23/2015*, cit., 145, che ritiene che la limitazione della responsabilità risarcitoria del datore di lavoro dinanzi a questa nullità sia “spiegabile, forse, in considerazione dell'errore incolpevole del datore medesimo nel calcolo del comportamento”.

(39) R. Voza, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, cit., 12.