

Rilevanza della malattia non eccedente il comporta quale gmo di licenziamento per scarso rendimento

a cura di Vittorio Matto – avvocato

Con la recente [sentenza n.18678 del 4 settembre 2014](#), la Suprema Corte interviene su un argomento di significativo interesse teorico, foriero anche di effetti pratici, ossia quello relativo allo scarso rendimento e alla sua sussistenza in caso di ripetute assenze per malattia, che, pur non comportando il superamento del periodo di comporta, abbiano avuto quale conseguenza, per via della loro distribuzione e scansione temporale, “una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile per la società, rivelandosi la stessa inadeguata sotto il profilo produttivo e pregiudizievole per l’organizzazione aziendale”. La chiave di lettura della Corte di Cassazione è lineare, anche se non esente da criticità: la malattia e le conseguenze delle assenze per malattia sull’organizzazione aziendale acquistano rilievo autonomo rispetto al diritto alla conservazione del rapporto di lavoro, ai fini della valutazione di “utilizzabilità” della prestazione lavorativa da parte del datore di lavoro.

La pronuncia della Suprema Corte

La fattispecie in esame ha riguardato il caso di un lavoratore, il quale, stando alla ricostruzione dei fatti ricavabile dalla parte motiva della pronuncia in commento, sarebbe stato licenziato per giustificato motivo (vedremo oltre se soggettivo o oggettivo), “irrogato in ragione delle sistematiche assenze del medesimo, “a macchia di leopardo”, comunicate in limine, con conseguente mancanza di continuità e proficuità, anche se non superiori al periodo di comporta, da cui derivava una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile da parte della società, risultando la stessa inadeguata sotto il profilo produttivo, e pregiudizievole per l’organizzazione aziendale”, assenze che, ad avviso del lavoratore non avrebbero consentito di cessare legittimamente il rapporto di lavoro, atteso che “il licenziamento può intervenire solo se viene superato il periodo di comporta, circostanza non verificatasi nel caso di specie”.

Sia in primo grado sia in secondo non trovavano accoglienza le istanze del ricorrente, il quale si determinava, quindi, all’impugnazione avanti la Corte di Cassazione, con esito del tutto analogo a quello dei primi due gradi di giudizio.

Pur avendo il ricorrente articolato 3 motivi di impugnazione, la principale censura mossa alla pronuncia della Corte d’Appello riguarda la “valutazione” della malattia, ossia il fatto che la Corte d’Appello avrebbe affermato che l’eccessiva morbilità, dovuta a reiterate assenze, anche se indipendente da colpevolezza dello stesso e seppur nei limiti del periodo di tolleranza contemplato dalla contrattazione collettiva,

aveva integrato gli estremi dello scarso rendimento, sicché la propria prestazione non si rilevava più utile per il datore di lavoro, con la conseguenza ultima di ritenere legittimo il licenziamento.

? Come è possibile, ai fini del licenziamento, dare rilevanza alle assenze per malattia, nonostante questa non abbia ecceduto i limiti del periodo di comporta? Questa è la domanda fondamentale a cui vuole rispondere la pronuncia in esame, che, in modo ragionevole, seppur non senza ambiguità, cerca di distreggiarsi fra il concetto di giustificato motivo e quello di scarso rendimento.

In questo percorso, infatti, la Suprema Corte si è occupata di:

1. chiarire quale fosse stata la scelta argomentativa della Corte d’Appello;
2. inquadrare tale scelta all’interno della categoria del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ossia, come previsto dall’art.3, L. n.694/66, dispone che tale sia quello determinato da “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”, che, nello sviluppo del ragionamento della Cassazione, diventa la premessa normativa a cui far riferimento;
3. ricondurre implicitamente lo “scarso rendimento” a una ragione che legittima il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nella misura in cui incide sull’organizzazione del lavoro, impedendo, come nel caso di specie, il suo regolare funzionamento;
4. concludere come, applicando la categoria dello scarso rendimento a (determinate tipologie di)

GESTIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

assenze per malattia, queste, qualora reiterate anche all'interno dello stesso mese e articolate con modalità particolarmente irregolari, possono venire in rilievo ai fini della cessazione del rapporto di lavoro sotto un profilo diverso rispetto a quello del superamento del periodo di comportamento, ossia sotto il profilo della mancanza di utilità della prestazione.

La conclusione alla quale è pervenuta la Suprema Corte, la quale ha rigettato il ricorso proposto dal ricorrente, non smentisce, ovviamente, la regola generale dettata dall'art.2110 cod.civ. di conservazione del rapporto di lavoro per il periodo (di comportamento) previsto dalla contrattazione collettiva applicata; semplicemente viene osservato che non è questa la previsione applicabile al caso di specie, atteso che il licenziamento non è stato fondato sulla malattia, bensì sugli effetti sull'organizzazione datoriale di particolari assenze per malattia.

Entrando nel merito della decisione, se così si può dire, ciò che è interessante osservare è che la Suprema Corte ha analizzato il rilievo della malattia dal diverso punto di vista dei suoi possibili effetti (oggettivi, quindi non riconducibili necessariamente alla volontà del dipendente) sull'effettiva proficua utilizzabilità della prestazione lavorativa:

“la malattia non viene in rilievo di per sè, come si è già detto, ma in quanto le assenze in questione, anche se incolpevoli, davano luogo a scarso rendimento e rendevano la prestazione non più utile per il datore di lavoro, incidendo negativamente sulla produzione aziendale. Le stesse, infatti, incidono sulle esigenze di organizzazione e funzionamento dell'azienda, dando luogo a scompensi organizzativi”.

Il quadro normativo di riferimento e lo scarso rendimento fra “oggettività” e “soggettività”

Come sappiamo, all'incirca nell'ultima dozzina d'anni si è sviluppato un discretamente vivace confronto giurisprudenziale e dottrinale con riguardo alla definizione e al contenuto dello “scarso rendimento” in rapporto alla cessazione del lavoro. Verrebbe da dire: niente di nuovo, visto che praticamente ogni increspatura del diritto e il suo riverbero pratico producono diatribe ben più significative.

Ma il rilievo del dibattito intorno al concetto di scarso rendimento ha una sua importanza proprio per gli effetti pratici, nell'ottica della gestione dei rapporti di lavoro individuale.

Dal momento che la sentenza in esame tocca l'argomento, è questa l'occasione per chiedersi preliminarmente quali siano gli orientamenti in tema di scarso rendimento in funzione della cessazione del rapporto di lavoro, anche per comprendere la collocazione di quest'ultima pronuncia, la quale, nello specifico, sembra inserirsi nel solco di un certo dibattito sulla (potenziale) duplice natura del licenziamento per scarso rendimento. Questo, infatti, contemporaneamente potrebbe essere considerato un inadempimento degli obblighi contrattuali, e, quindi, a seconda della gravità, una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo, oppure una ragione inerente all'attività produttiva o al regolare funzionamento dell'organizzazione aziendale, integrando un giustificato motivo oggettivo.

Si tratta di un contrasto ormai risalente nel tempo, che trae soprattutto spunto da una sentenza della Cassazione, la n.3259/03, secondo la quale il datore di lavoro che intenda far valere lo scarso rendimento “*quale giustificato motivo soggettivo di licenziamento [...] non può limitarsi a provare il mancato raggiungimento del risultato atteso ed eventualmente la sua oggettiva esigibilità, ma è onerato della dimostrazione di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore*”; qualora, invece, quel medesimo datore di lavoro “*intenda attribuire ad esso rilevanza ai fini di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo [...], siffatta rilevanza può essere riconosciuta solo ove cagioni la perdita totale dell'interesse del datore di lavoro alla prestazione, all'esito di un'indagine condotta alla stregua di tutte le circostanze della fattispecie concreta*”.

Evidentemente si tratta di un orientamento che si basa sulla considerazione che uno stesso “fatto”, e le sue conseguenze su un rapporto lavorativo, possa essere valutato sia come inadempimento sia come fattore di disfunzione organizzativa, come potrebbe accadere, ad esempio, nell'ipotesi in cui che il dipendente abbia dato ripetute dimostrazioni “*di non essere tagliato per il proprio ruolo*” e che, quindi, “*possa essere ritenuto professionalmente inidoneo, e dunque licenziabile per ragioni inerenti al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro*”, così come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza, che ha considerato come lo scarso rendimento che consente un licenziamento legittimo “*può [...] essere imputabile alla stessa organizzazione dell'impresa [...] per l'impropria utilizzazione delle forze lavorative complessivamente [...] a disposizione*

GESTIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

dell'imprenditore"¹ e che, con largo anticipo rispetto alla pronuncia in commento, aveva ipotizzato la possibilità che le *"reiterate assenze per malattia sono estranee alla fattispecie dell'inadempimento, e possono perciò integrare lo scarso rendimento, inteso come inidoneità oggettiva alle mansioni che rende la prestazione inservibile"*².

Resta, però, un aspetto difficilmente controvertibile: il concetto stesso di scarso rendimento appare meglio abbinarsi a un concetto di inadempimento, piuttosto che di condotta incolpevole del prestatore di lavoro, quindi scarso rendimento come niente altro se non la figura opposta alla prestazione esattamente eseguita sulla base del criterio obiettivo della diligenza, con l'effetto che esso assumerà efficacia risolutiva soltanto a seguito dell'effettivo accertamento che dell'inadempimento del soggetto obbligato, ossia il prestatore di lavoro.

Questa impostazione trova riscontro in parte significativa della giurisprudenza (in una serie di pronunce, anche non recentissime), secondo la quale *"il rendimento lavorativo inferiore al minimo contrattuale [...] non integra ex se l'inesatto inadempimento che, a norma dell'art. 2118 cod. civ., si presume, fino a prova contraria, imputabile a colpa del debitore: l'obbligazione a carico del lavoratore resta pur sempre, invero, obbligazione di facere e non di risultato, e la inadeguatezza della prestazione fornita, prima ancora che alla mancanza della particolare diligenza che essa richiede, può essere imputabile alla stessa organizzazione dell'impresa e, comunque, a fattori non dipendenti dal lavoratore"*; d'altra parte, calando questi principi nel contesto del rapporto di lavoro, non si può ignorare che *"la prova del giustificato motivo (soggettivo) di licenziamento [...] non può che consistere nella dimostrazione di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore, quale fatto complesso alla cui valutazione, nella particolare ipotesi di scarso rendimento, deve concorrere anche l'apprezzamento degli aspetti concreti del fatto addebitato, fra cui il grado di diligenza richiesto dalla prestazione e quello usato, nonché l'incidenza dell'organizzazione d'impresa e dei fattori socio-ambientali"*³.

¹ Cass., Sez. lav., 9 settembre 2003, n.13194; su questi argomenti relativi alla possibile natura duplice o "anfibia" (per usare un termine utilizzato dal Prof. Ichino) dello scarso rendimento si è sviluppato anche un corposo dibattito dottrinale di cui, per ovvie ragioni di spazio e di finalità dell'intervento, non possiamo dar conto in modo dettagliato.

² Cass. Sez. lav., 22 novembre 1996, n.10286.

³ Si veda Cass., Sez. Lav., 23 febbraio 1996, n.1421, nonché Cass., Sez.

Tali "criteri" di valutazione sono stati anche "formalizzati" da altra giurisprudenza, che, sempre nel contesto di un meccanismo di valutazione della diligenza del prestatore di lavoro, utilizzata quale parametro di valutazione della correttezza dell'adempimento di quest'ultimo, ha considerato legittimo questo tipo di licenziamento, sussistendo quattro condizioni:

1. la prova, fornita dal datore di lavoro integrata dalla valutazione complessiva dell'attività del lavoratore, di un'evidente violazione della diligente collaborazione del dipendente;
2. l'imputabilità a questi della violazione;
3. la presenza di un'"enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato", parametrata alla media di attività dei vari dipendenti;
4. l'irrilevanza di una soglia minima di produzione⁴.

A prescindere dal criticabile criterio dell'"enorme sproporzione" (che richiama alla mente, ampliandolo non si capisce bene per quale ragione, il "notevole inadempimento" di natura civilistica), emerge il fulcro dello scarso rendimento secondo l'elaborazione giurisprudenziale basata sul parametro della diligenza: *"un determinato risultato economico [...] non assume il valore di elemento del sinallagma contrattuale, ma costituisce [...] un elemento contrattuale, sia pure rilevante, ai fini della concreta valutazione del giustificato motivo di recesso, sicché dal mancato raggiungimento del minimo di produzione non può discendere automaticamente la risoluzione del rapporto"*⁵, di talché il raggiungimento del risultato produttivo rappresenta soltanto uno dei parametri utilizzati per verificare che la prestazione del lavoratore, che è soggetto a un'obbligazione di *facere*, di messa a disposizione delle proprie energie, con modalità e tempistiche stabiliti, sia eseguita *"con quella diligenza e quella professionalità medie proprie delle mansioni svolte"*⁶.

La conclusione è che la diligenza (o, meglio, la più o meno accentuata carenza di diligenza) del prestatore diventa il punto fondamentale per comprendere il licenziamento per giustificato motivo soggettivo,

lav., 19 agosto 2000, n.11001.

⁴ Cass., Sez. lav., 22 gennaio 2009, n.1632, che fa propri i principi elaborati da uno dei più noti precedenti in materia, puntualmente richiamato anche dalla sentenza in commento, ossia la sentenza Cass., Sez. lav., 27 febbraio 2006, n.3876; nello stesso senso si veda anche Cass., Sez. lav., 1° dicembre 2010, n.24361 e, per applicazione dei medesimi criteri, Cass., Sez. lav., 31 gennaio 2012, n.1404, interessante anche in quanto riguardante un caso non dissimile a quello in commento, giudicato, però, in maniera opposta, ossia con conferma della illegittimità del licenziamento irrogato in costanza di malattia.

⁵ Cass., Sez. lav., 27 febbraio 2006, n.3876.

⁶ Cass., Sez. lav., 9 settembre 2003, n.13194.

GESTIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

fondato sullo scarso rendimento: secondo questa ricostruzione “soggettiva” dello scarso rendimento, solo il ridotto rendimento determinato da una condotta negligente del soggetto obbligato alla prestazione integrerebbe un giustificato motivo soggettivo. Evidentemente, il punto di partenza – la possibile combinazione fra giustificazione “oggettiva” del licenziamento e “inutilità” della prestazione – e le conclusioni cui perviene la pronuncia in commento – sussistenza di scarso rendimento e di una ragione organizzativa di cessazione del rapporto, individuabile, in senso puramente oggettivo, anche in assenze per malattia incolpevoli – sono alquanto diversi, ma non privi di logica, seppur non scevri da criticità.

Alcune riflessioni conclusive: criticità interpretative e applicative derivanti dalla sentenza in commento

A questo punto è lecito chiedersi come si inserisca la pronuncia in oggetto in questo contesto giurisprudenziale e normativo.

Abbiamo visto come il fulcro della sentenza sia la considerazione che anche un condotta incolpevole possa essere pregiudizievole per l'organizzazione aziendale, potendo, dunque, rappresentare una giustificata ragione oggettiva⁷ di licenziamento e che, conseguentemente, anche la condizione di malattia possa dar origine a un licenziamento legittimo nel caso in cui sussistano i “requisiti” di natura oggettiva di cui all'art.3, L. n.604/66, ovvero “ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”.

Ad avviso di chi scrive il ragionamento è lineare e condivisibile nella sostanza, ma non esente da aspetti critici.

Innanzitutto la Corte, pur riportando il caso di specie a un'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, richiama quanto statuito da precedente pronuncia, ossia che:

“si è affermato che è legittimo il licenziamento intimato al lavoratore per scarso rendimento qualora sia risultato provato, sulla scorta della valutazione complessiva dell'attività resa dal lavoratore stesso ed in base agli elementi dimostrati dal datore di lavoro, una evidente violazione della diligente collaborazione dovuta dal dipendente - ed a lui imputabile - in conseguenza

⁷ Si ricorda che, nel caso di licenziamento per ragioni oggettive, il datore di lavoro è tenuto a esperire la procedura prevista dall'art.7, L. n.604/66, che si sostanzia in un tentativo preventivo di conciliazione.

dell'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, avuto riguardo al confronto dei risultanti dati globali riferito ad una media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione”⁸.

? Per quale ragione citare quest'ultima sentenza, che vede nello scarso rendimento la manifestazione della negligenza del prestatore di lavoro e, quindi, una giustificata ragione soggettiva di cessazione del rapporto?

Effettivamente ciò lascia più di una perplessità, salvo leggere la citazione come fonte di cosa debba intendersi per scarso rendimento da un punto di vista oggettivo, ovvero come sproporzione fra quanto realizzato e gli obiettivi posti. Ciò non di meno, il dubbio di scarsa coerenza resta.

Così come qualche perplessità desta il fatto che la Suprema Corte, in un caso di questo genere, non abbia fatto applicazione della regola del *repêchage*, visto che si verte in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Si tratta di una regola non scritta, ma che trova costante applicazione a livello giurisprudenziale e alla quale è sotteso il concetto di licenziamento come *extrema ratio*. Sul punto la Cassazione è piuttosto sbrigativa: in considerazione della “sopra esposta causale del licenziamento”, non viene in rilievo il “c.d. *repêchage*”, con il quale si esprime l'obbligazione posta a carico di quest'ultimo di adibire il lavoratore licenziato in altre mansioni reperibili in azienda di analogo livello professionale”.

In sostanza, la conseguenza dell'“inutilità” della prestazione lavorativa derivante dalle reiterate assenze per malattia, da un lato, condurrebbe al licenziamento per ragioni organizzative, ma, dall'altro, renderebbe inapplicabile la verifica della possibilità di adibire il dipendente ad altre mansioni, in quanto, questo sembra essere il senso implicito della motivazione, la ragione del licenziamento, pur avendo natura oggettiva, ha però la sua origine in una condizione del prestatore di lavoro, che rende impraticabile la dislocazione in altra mansione equivalente.

È tale condizione, che, ad avviso della Corte, avrebbe reso “la prestazione non più utile per il datore di lavoro”, ad aver inciso negativamente sull'organizzazione

⁸ Cass., Sez. lav., 27 febbraio 2006, n.3876.

GESTIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

produttiva, non l'esigenza datoriale di sopprimere la funzione a cui era adibito il dipendente, circostanze queste che renderebbero superfluo il *repêchage*.

Ma ciò che indubbiamente lascia maggiormente perplessi, non tanto da un punto di vista di comprensibilità e condivisibilità di un ragionamento "aziendalmente" orientato, quanto da un punto di vista strettamente giuridico, è la rilevanza delle assenze per malattia al fine della (legittima) cessazione del rapporto per giustificato motivo oggettivo.

Bisogna riconoscere che, stando a quanto si può ricavare dalla parte motiva della sentenza, si è trattato di assenze piuttosto particolari: le assenze si verificavano "per un numero esiguo di giorni, due o tre, reiterate anche all'interno dello stesso mese, e costantemente "agganciate" ai giorni di riposo del lavoratore (n. 520 ore nel 1999, n. 232 nel 2000, n. 168 nel 2001, n. 368 nel 2002, n. 248 nel 2003)". Queste modalità di assenze "davano luogo ad una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile per la società, rivelandosi la stessa inadeguata sotto il profilo produttivo e pregiudizievole per l'organizzazione aziendale così da giustificare il provvedimento risolutivo (senza peraltro, come dedotto dal lavoratore che la Corte d'appello facesse riferimento a motivi oggettivi)".

Dunque non viene in contestazione l'eventuale frodolenzia di tali assenze – e su questo più di un dubbio appare lecito, in considerazione della loro distribuzione – bensì un profilo puramente oggettivo, ovvero che siano fonte di disorganizzazione e non proficua utilizzabilità della prestazione: seppur nell'esercizio di un diritto, le assenze avrebbero ridotto a tal punto il "rendimento" del prestatore di lavoro, da rendere inadeguata la residua utilità della prestazione rispetto all'organizzazione nella quale veniva inserita.

È anche vero, però, come osservato anche recentemente dalla Suprema Corte – con sentenza n.1404 del 31 gennaio 2012 – che "le regole dettate dall'art. 2110 c.c. per le ipotesi di assenze determinate da malattia del lavoratore prevalgono, in quanto speciali, sia sulla disciplina dei licenziamenti individuali (di cui alle leggi n. 604 del 1966, n. 300 del 1970 e n. 108 del 1990) che su quella degli articoli 1256 e 1464 c.c."

Come noto, la condizione di malattia rappresenta una causa di giustificazione della sospensione della prestazione lavorativa che, ai sensi dell'art.2110 c.c., conferisce al prestatore di lavoro il diritto al mante-

nimento del rapporto e impone al datore di lavoro di non recedere da quest'ultimo non prima che sia decorso un dato lasso di tempo (il periodo di comporto), salvo rare eccezioni riconosciute dalla giurisprudenza, quale il licenziamento per giusta causa. La logica sottesa all'art.2110 è quella di definire un bilanciamento fra interessi configgenti: da un lato l'interesse alla produttività perseguito dal datore di lavoro e, dall'altro, l'interesse alla conservazione del posto di lavoro di cui è portatore il lavoratore, che vengono "bilanciati" attraverso l'individuazione di un periodo di tempo durante il quale lo stato morboso preclude al datore di lavoro di recedere unilateralmente dal contratto.

In realtà la sentenza in commento non nega l'efficacia generale dell'art.2110 c.c., ma sembra (piuttosto arditamente) individuare una sorta di eccezione alla regola, che si verificherebbe nell'eventualità in cui le assenze si manifestino secondo modalità che incidono eccezionalmente sull'organizzazione produttiva/organizzativa, quale era il caso in esame come abbiamo visto poco sopra, in cui le assenze si verificavano "per un numero esiguo di giorni, due o tre, reiterate anche all'interno dello stesso mese, e costantemente "agganciate" ai giorni di riposo del lavoratore (n. 520 ore nel 1999, n. 232 nel 2000, n. 168 nel 2001, n. 368 nel 2002, n. 248 nel 2003)". Sarebbe l'eccezionalità – in termini di reiterazione nell'arco di uno stesso anno e negli anni successivi delle assenze e di loro tipologia – della malattia a far assumere quest'ultima rilevanza quale ragione oggettiva di legittima risoluzione del rapporto, a condizione che tale eccezionalità abbia conseguenze sull'organizzazione del lavoro e sul regolare funzionamento di essa, divenendo così riconducibile alla fattispecie prevista nel summenzionato art.3, L. n.604/66. Sembra quasi che l'argomentazione sottostante sia: la malattia resta una ragione di sospensione della prestazione lavorativa e il prestatore di lavoro, durante l'assenza, ha diritto al mantenimento del rapporto lavorativo, salvo che questa assenza si articoli in modo talmente incidente sull'organizzazione aziendale da poter configurare un elemento di disorganizzazione tale da rientrare nella fattispecie del giustificato motivo oggettivo.

Forse sarebbe addirittura più ragionevole evitare di dar la qualifica di scarso rendimento per un licenziamento di questo genere, quanto piuttosto semplicemente di un licenziamento per giustificato motivo *tout court*, originato dalla situazione di non utilizzabilità della prestazione, derivante da una condizione riferibile al dipendente, quasi si trattasse di applicare

GESTIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

il criterio dell'impossibilità parziale dell'obbligazione, disciplinata dall'art.1464 cod.civ., considerato che la diminuzione di valore della prestazione del lavoratore a lui non imputabile implica lo svolgimento solo in parte della prestazione corrispondente alle mansioni assegnate⁹.

A ben vedere, però, e in questo risiede sicuramente l'originalità (e, in qualche misura, l'ambiguità) della sentenza, quest'ultima non fa menzione di *"impossibilità della prestazione"*, ma si riferisce esclusivamente a una ragione organizzativa, con sola applicazione della normativa lavoristica: il riferimento è al (mancato) regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro, determinato da una condotta del dipendente (peraltro rientrante nell'esercizio di un proprio diritto), che renderebbe o, meglio, avrebbe reso la prestazione lavorativa non più utile per il datore di lavoro.

Se è pur vero che, nella fattispecie in esame, la Suprema Corte sembra star attenta a non richiamare la previsione di cui all'art.1464 c.c., ancorando il licenziamento alla disciplina specifica di cui all'art.3, L. n.604/66, ciò non di meno, quando si parla di *"prestazione non più utile"* per il datore di lavoro, delle due l'una: o si verte in un'ipotesi di tipo disciplinare – e allora, per dirla in termini civilistici, staremmo parlando di risoluzione del rapporto determinato da un *"inadempimento"*, che sarebbe alla base dell'inutilità della prestazione – oppure siamo in un contesto di tipo *"oggettivo"*, con la conseguenza, però, che la valutazione dell'utilizzabilità della prestazione dovrebbe essere effettuata in prospettiva, non in retrospettiva (d'altro canto la ragione oggettiva di licenziamento sviluppa la propria efficacia per il futuro, non per il passato). Questo è sicuramente possibile quando la non utilizzabilità della prestazione deriva da una condizione personale certa e non reversibile del prestatore di lavoro; non altrettanto si ritiene possa essere argomentato con riferimento al caso di specie, concernente, è bene ricordarlo, le conseguenze negative sull'organizzazione aziendale di assenze per malattia, come tale potenziale non replicabile in futuro. Questo comporta che, inevitabilmente, il giudizio non possa riguardare conse-

⁹ Sull'applicabilità o, meglio, non applicabilità della categoria dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, si è pronunciata la dottrina (più ancora della giurisprudenza che, molto semplicemente, non ne fa praticamente menzione, a quanto consta). In estrema sintesi, le argomentazioni di coloro che ritengono inapplicabile la norma codicistica allo scarso rendimento risiedono soprattutto nella considerazione che la parziale impossibilità sopravvenuta presuppone la divisibilità dell'oggetto della prestazione, mentre nell'ipotesi di scarso rendimento ci si confronterebbe solo con una riduzione qualitativa della prestazione.

guenze future certe della non utilizzabilità della prestazione – se il prestatore di lavoro non cadesse più malato, verrebbe, infatti, meno la ragione *"organizzativa"* su cui si fonda il licenziamento – bensì quelle già verificatesi – in questo senso la Suprema Corte elenca le assenze avvenute nei 4 anni precedenti il licenziamento. Ma se sono le assenze pregresse ad aver assunto rilievo al fine della cessazione del rapporto di lavoro (e non potrebbe essere diversamente, dal momento che non risulta che la condizione di salute del dipendente fosse deteriorata in modo definitivo, tale non rendere inutilizzabile in futuro la relativa prestazione), non può escludersi una natura intrinsecamente *"sanzionatoria"* del licenziamento e, dunque, priva di quella natura esclusivamente oggettiva sottesa alla disposizione di cui all'art.3, co.2, L. n.604/66.

La possibile natura intrinsecamente sanzionatoria di tale licenziamento autorizza a un'ulteriore riflessione (fra le molteplici possibili).

Assumendo che l'assenza per malattia sia un diritto del prestatore di lavoro, escludendo la possibilità di licenziamento per giustificato motivo oggettivo nella fattispecie esaminata e ipotizzando che tale assenza si sia articolata, come nel caso di specie, per un numero esiguo di giorni, due o tre, reiterati anche all'interno dello stesso mese, e costantemente *"agganciate"* ai giorni di riposo del lavoratore o, comunque, secondo modalità comparabili, potrebbe essere ipotizzabile un percorso diverso rispetto a quello seguito dalla Suprema Corte, ossia quello della risoluzione del rapporto per abuso di diritto. Il discorso sarebbe, inevitabilmente, piuttosto lungo e complesso, ma sappiamo che la prassi giurisprudenziale riconosce e utilizza la categoria dell'abuso di diritto, anche nel campo del diritto del lavoro, benché, solitamente, per sanzionare condotte poste in atto dal datore di lavoro ai danni del dipendente. Si pensi, ad esempio, alla reiterazione e/o proroga di contratti di somministrazione o a tempo determinato nel rispetto formale delle tempistiche di *"riposo"* fra un contratto e l'altro, contratti che, proprio in ragione delle modalità di ripetizione, venivano considerati illegittimi, quindi inefficaci, e ricondotti a rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato intercorrenti fra utilizzatore e somministrato (o fra datore di lavoro e dipendente assunto a tempo determinato).

? Ebbene, per quale ragione non immaginare di utilizzare questa categoria anche con riguardo a condotte attuate dal prestatore di lavoro? Il meccanismo potrebbe essere il medesimo: l'esercizio o, meglio,

GESTIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

lo sfruttamento “abusivo” (da giudicare come tale sulla base delle modalità di esplicazione) del diritto alle assenze per malattia condurrebbe a considerare la condotta illegittima, con la conseguenza che l’assenza non sarebbe più giustificata e potrebbe essere valutata quale ragione ostativa alla prosecuzione del rapporto, ad esempio seguendo una strada di tipo “soggettivo” (procedimento disciplinare), piuttosto che di tipo “oggettivo”.

È, comunque, evidente che l’impostazione seguita dalla Suprema Corte conferisce al giudicante una certa discrezionalità di valutazione, anche se, forse, meno significativa di quanto possa apparire *prima*

facie: evidentemente, infatti, la rilevanza dell’assenza per malattia ai fini della configurabilità di una giustificata ragione oggettiva di licenziamento appare decisamente circoscritta e quasi “codificabile”. In tal senso si noti come, nel caso in esame, siano sussistite condizioni molto particolari per legittimare la risoluzione del rapporto.

? Potrà essere replicato anche in futuro un licenziamento per giustificato motivo oggettivo in situazioni comparabili che, come noto, non sono poi così infrequenti nella gestione quotidiana del personale? Ai posteri l’ardua sentenza.

 **Euroconference**
Centro Studi Lavoro e Previdenza

Master di specializzazione

Master di 4 giornate intere

I CONTRATTI DI LAVORO DOPO LE NOVITÀ NORMATIVE 2013/2014

Firenze inizio 19 novembre **Milano** inizio 18 novembre **Verona** inizio 17 novembre

QUOTA ADVANCE BOOKING per iscrizioni pervenute entro **20 giorni prima** dall’inizio dell’evento

€ 736,00 + IVA (anzichè € 920,00 + IVA)

 **PLATINUM**
€ 662,00 + IVA

 **GOLD**
€ 681,00 + IVA

 **BLU**
€ 699,00 + IVA

ACCEDI AL SITO