

The logo for AIDP (Associazione Italiana per la Direzione del Personale) features the acronym 'AIDP' in a bold, dark blue serif font. A small orange circle is positioned above the letter 'I'.

ASSOCIAZIONE ITALIANA PER
LA DIREZIONE DEL PERSONALE

Lombardia

The logo for Trifirò & Partners consists of the letters 'T' and 'P' in a large, blue serif font, with a red ampersand '&' centered between them.

Trifirò & Partners
avvocati

La disciplina dei licenziamenti individuali alla base dei più significativi orientamenti giurisprudenziali. Come operare un corretto licenziamento e ridurre i rischi di contenzioso.

Giacinto Favalli
Trifirò & Partners Avvocati

A decorative graphic on the left side of the slide features several orange circles of varying sizes. The largest circle is at the top, with several smaller ones below it, some overlapping. The number '1' is centered within one of the medium-sized circles.

1

**LA GESTIONE DEL PERSONALE ALLA LUCE
DELLE ULTIME NOVITA' NORMATIVE – 2022**

IL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE



2

I PRESUPPOSTI DEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

L'art. 1 L. 604/1966 dispone che *“nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato [...] il licenziamento del prestatore non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c., o per giustificato motivo”*.

Pertanto, il licenziamento disciplinare, per essere legittimo, deve essere sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo soggettivo.

Giusta causa

- senza preavviso -

E' una causa **che non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto**, ex art. 2119 cod. civ.

Si parla generalmente di **lesione irrimediabile del vincolo di fiducia**.

Il licenziamento per giusta causa può essere intimato anche in costanza di assenza per malattia (cfr. Cass. 1° ottobre 2021, n. 26709).

Giustificato motivo soggettivo

- con preavviso -

E' un **notevole inadempimento degli obblighi contrattuali** ex art. 3, l. 604/1966.

Consiste in un comportamento del dipendente che, come la giusta causa, scuote la fiducia che è alla base del rapporto di lavoro, ma è di minore gravità ed è compatibile con lo svolgimento del **preavviso**.

Quali sono le conseguenze del licenziamento illegittimo?



IL REGIME SANZIONATORIO

Il D.lgs. 23/2015 ha introdotto, nel nostro ordinamento, un **doppio regime di tutela**, in forza del quale, in caso di licenziamento illegittimo, sono previste conseguenze diverse a seconda della data di assunzione del dipendente:

Più esattamente:

- ai lavoratori assunti a tempo indeterminato – o il cui contratto a tempo determinato o di apprendistato è stato convertito a tempo indeterminato – **a partire dal 7 marzo 2015**, si applica il **D.lgs 23/2015** (i c.d. “*contratti a tutele crescenti*”, dal cui ambito restano esclusi i dirigenti);
- ai lavoratori assunti **prima del 7 marzo 2015**, da un datore di lavoro con almeno 15 dipendenti nell’unità produttiva, o 60 ovunque considerati, continua ad applicarsi **l’art. 18 St. Lav.** (si applica, invece, l’art 8 L. 604/1966, in caso di datori con meno di 15 dipendenti nell’unità produttiva o 60 ovunque considerati).

Pur differenziandosi tra loro, entrambi i summenzionati regimi sanzionatori prevedono l’applicazione della **tutela reintegratoria** solo in ipotesi determinate e circoscritte.

Nelle ipotesi restanti, **la tutela applicabile è di tipo economico.**

Nello specifico, quando è prevista l’applicazione della tutela reintegratoria e, quando, invece, viene applicata quella indennitaria?



IL REGIME SANZIONATORIO: LA TUTELA REINTEGRATORIA

In caso di licenziamento:

- nullo perché **discriminatorio** (ossia, determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato, dalla partecipazione ad attività sindacali o ad uno sciopero - il c.d. licenziamento antisindacale, cfr. Cass. 4899/2017 - nonché da ragioni razziali, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basate sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali del dipendente: cfr. art. 4 L. 604/1966, art. 15 St. Lav. e art. 3 L. 108/1990);
- cagionato da **motivo illecito determinante ex art. 1345 c.c.** (si veda slide n. 46) nel cui ambito è compreso il c.d. **licenziamento ritorsivo o per rappresaglia**, cfr. Cass. 22323/2016;
- nullo perché **riconducibile ai casi di nullità espressamente previsti dalla legge** (come il licenziamento per causa di matrimonio, ex art. 35 d.lgs. 198/2006, intimato, cioè, nel periodo dalla richiesta delle pubblicazioni fino a 1 anno dopo la celebrazione delle nozze; il licenziamento intimato nel periodo di gravidanza, fino al termine del periodo di astensione obbligatoria, nonché fino al compimento di 1 anno di età del bambino e quello causato da domanda o fruizione del congedo di maternità, paternità e parentale, ex art. 54 d.lgs. 151/2001; e più in generale, i licenziamenti comunque sanzionati con la nullità secondo espresse previsioni di legge);
- **inefficace** perché intimato in **forma orale**;
- il Giudice applica l'art. 18 comma 1 St. Lav o l'art. 2 comma 1 D.lgs. 23/2015 e ordina: la **reintegrazione** (in alternativa alla quale il lavoratore può optare per una indennità di 15 mensilità) + il pagamento delle **retribuzioni** fino al reintegro (minimo **5** mensilità) e dei **contributi** fino al reintegro.

In caso di **insussistenza del fatto contestato** (cfr. *infra*)

- il Giudice applica l'art. 18 comma 4 St.Lav. o l'art. 3 comma 2 D.lgs. 23/2015 e ordina: la **reintegrazione** (in alternativa alla quale il lavoratore può optare per una indennità di 15 mensilità) + il pagamento delle **retribuzioni** fino al reintegro **per un max. di 12 mensilità** e dei **contributi** fino al reintegro.

In caso di licenziamento **il cui presupposto fattuale si identifica con una delle infrazioni tipizzate dal codice disciplinare e punite con una sanzione conservativa** (cfr. *infra*)

- se il lavoratore è stato assunto prima del 7.3.2015, il Giudice applica l'art. 18 comma 4 St. Lav. con le conseguenze sopra specificate
- mentre, se il lavoratore è stato assunto a partire dal 7.3.2015, ex art 3 comma 2 D.lgs. 23/2015, "*resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento*".

IL REGIME SANZIONATORIO: LA TUTELA INDENNITARIA

- In **tutti gli altri casi in cui non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo soggettivo o giusta causa**, il Giudice condanna il datore al pagamento di una **indennità risarcitoria**:
 - Ex art. 18 comma 5 St. Lav.: compresa tra **12 e 24** mensilità;
 - Ex art. 3 comma 1 D.lgs. 23/2015: di **2** mensilità per ogni anno di lavoro, compresa tra **6 e 36** mensilità, senza contribuzione (prima tra 4 e 24: sul punto vi sono gli interventi del legislatore con il c.d. Decreto Dignità e della Corte Cost. n. 194/2018; v. *infra*).
- In caso di vizi **formali** o **procedurali/mancata motivazione**:
 - Ex art. 18 comma 6 St. Lav.: compresa tra **6 e 12** mensilità;
 - Ex art. 4 comma 1 D.lgs. 23/2015: di **1** mensilità per ogni anno di servizio, compresa tra **2 e 12** mensilità, senza contribuzione (sul punto si veda Corte Cost. n. 150/2020, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4 limitatamente al meccanismo di quantificazione dell'indennità in funzione dell'anzianità di servizio).

- **Piccole imprese**: ante 7 marzo 2015: indennità risarcitoria da 2,5 a 6 mensilità; dal 7 marzo 2015: indennità risarcitoria di 1 mensilità per anno di servizio, compresa tra un min. di 3 e un max. di 6 mensilità.

Si applica la tutela reintegratoria, anche nelle piccole imprese, in caso di licenziamento: discriminatorio, mosso da motivo illecito determinante (cfr. licenziamento ritorsivo), riconducibile ai casi di nullità espressamente previsti dalla legge, inefficace poiché intimato in forma orale.

LA CONVERSIONE IN LEGGE DEL DECRETO DIGNITÀ

E LA PRONUNCIA DELLA CORTE COST. 8 NOVEMBRE 2018 N. 194

Come anticipato sopra, il Decreto Dignità, che si applica ai licenziamenti successivi al 14 luglio 2018, ha **ritoccato l'indennità risarcitoria** prevista dal D.lgs. n. 23/2015:

- per le imprese **con meno di 15 dipendenti**: l'indennità min. è stata aumentata da **2** a **3** mensilità; l'indennità massima di **6** mensilità è rimasta invariata.
- per le imprese **con più di 15 dipendenti**: l'indennità min. è stata aumentata da **4** a **6** mensilità; l'indennità max. è stata aumentata da **24** a **36** mensilità.

Come già prevedeva il Jobs Act, le mensilità **non** sono sottoposte a contribuzione e sono determinate sulla base della retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR.

La Corte Costituzionale, con sentenza dell'**8 novembre 2018 n. 194**, ha ritenuto che in caso di licenziamento ingiustificato la previsione di un'indennità crescente in funzione della **sola** anzianità di servizio - esattamente di 2 mensilità per ogni anno di servizio - fosse contraria ai principi di ragionevolezza ed uguaglianza e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 co. 1, D.lgs. n. 23/2015 che stabilisce tale meccanismo di determinazione dell'indennità.

Pertanto, dalla data di pubblicazione della sentenza, il Giudice, per determinare l'indennità spettante al lavoratore, deve fare ricorso, per analogia, ai criteri previsti dall'art. 8, l. 604/1966 e indicati dalla Consulta, ossia: **numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti**. Se il lavoratore è assunto da poco tempo, il Giudice può discostarsi dall'indennità minima, ma deve motivare la propria decisione richiamando i criteri indicati dalla Consulta.

IL FATTO CONTESTATO

Art. 18, comma 4 St.Lav.: applicazione della tutela reintegratoria laddove il giudice accerti l'insussistenza del fatto contestato.

Art. 3 comma 2 D.lgs. 23/2015: applicazione della tutela reintegratoria in caso di insussistenza “direttamente dimostrata in giudizio del fatto materiale contestato”.

Cosa deve intendersi per “fatto contestato”?

- La questione è stata oggetto di ampio dibattito giurisprudenziale.
- Oggi - sia con riferimento alla tutela ex art. 18 comma 4 St. Lav. (cfr. Cass. 3655/2019 e Cass. 30430/18), sia con riferimento a quella ex art. 3 comma 2 D.lgs. 23/2015 (cfr. Cass. 12174/19) - l'orientamento dominante ritiene che l'insussistenza del fatto contestato comprende non soltanto le ipotesi in cui il fatto non si sia verificato nella sua **materialità**, ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia **rilievo disciplinare** (e non sia, cioè, un **fatto illecito**, con la precisazione che l'illiceità si caratterizza anche per l'**imputabilità** del fatto e per l'**intenzionalità** della condotta, cfr. T. Cassino 19.09.2021).
- Quindi, fatto contestato = fatto materiale + fatto giuridico.
- *Contra e più risalente:* fatto contestato = fatto materiale (cfr. Cass. 23669/2014).

LA PROPORZIONALITÀ DEL FATTO E LE TIPIZZAZIONI DEI CCNL

L'art. 3, comma 2, D. lgs. 23/2015 prevede l'applicazione della tutela reintegratoria *“esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento [...]”*.

Dall'area di operatività di tale tutela resta esclusa ogni valutazione sulla **proporzionalità** del fatto posto alla base del recesso.

Diversamente, l'art. 18 comma 4 Stat. lav. riformato dalla L. 92/2012, prevede l'applicazione della tutela **reintegratoria attenuata** (con conseguenze risarcitorie nel limite delle 12 mensilità), **nel caso in cui il giudice accerti che il fatto, pur sussistente, rientri tra le condotte che i codici disciplinari puniscono con la sola sanzione conservativa.**

Conseguentemente, viene riconosciuta **la tutela risarcitoria** se la condotta in addebito: *“non coincida con alcuna delle fattispecie per le quali i contratti collettivi ovvero i codici disciplinari applicabili prevedono una sanzione conservativa; in tal caso il difetto di proporzionalità ricade, difatti, tra le "altre ipotesi" di cui **all'art. 18, comma 5, st.lav.**”* (cfr. Cass. 25534/2018 e Cass. 13178/2017)

Orbene, si è discusso in dottrina se la tutela reintegratoria attenuata possa essere accordata soltanto nel caso di precisa tipizzazione contrattuale del fatto come meritevole di sanzione conservativa, o anche nell'ipotesi in cui il fatto non tipizzato possa essere ricondotto ad una norma contrattuale generica o elastica.

La Cassazione più recente (cfr. Cass. 19585/2021; Cass. 8621/2020; Cass. 28098/2019 e Cass. 12365/2019) ritiene che la reintegrazione trova applicazione **solo se il comportamento contestato coincide con quello espressamente previsto nella disciplina contrattuale e punito con la sanzione conservativa.**

Da ultimo, si veda, però, quanto affermato da **Cass. 11 aprile 2022, n. 11665.**

ATTENZIONE:

CLAUSOLE DI CHIUSURA E DISCREZIONALITÀ INTERPRETATIVA DEL GIUDICE

Nei CCNL ricorre frequentemente l'utilizzo di **clausole di chiusura** o il richiamo a **fattispecie generiche**, spesso non esemplificate, oppure, ancora, il ricorso a classificazioni di **comportamenti diversificati - e diversamente sanzionati -** soltanto in base alla loro **gravità**.

Ad esempio, l'insubordinazione, ex art. 10 CCNL Metalmeccanici:

- incorre nei provvedimenti dell'**ammonizione scritta, della multa e della sospensione** il lavoratore che compia **lieve insubordinazione** nei confronti dei superiori;
- Incorre nel provvedimento di **licenziamento con preavviso** il lavoratore che commetta infrazioni di "**gravità intermedia**". Ad es.: «*a) insubordinazione ai superiori*»;
- Incorre nella sanzione del **licenziamento senza preavviso** il lavoratore che provochi all'azienda grave nocumento morale o materiale o che compia, in connessione con lo svolgimento del rapporto di lavoro, azioni che costituiscano delitto a termine di legge. Ad es.: «*a) grave insubordinazione ai superiori*».

In questi casi, la mancanza di esempi e di terminologie specifiche per la distinzione delle infrazioni più lievi (riconducibili a sanzioni conservative) da quelle più gravi (sanzionabili con licenziamento) **ha demandato alla giurisprudenza ogni operazione interpretativa**.

La Cassazione, però, ha delimitato tale discrezionalità, precisando che «*ove alla mancanza sia ricollegata a una sanzione conservativa, il giudice non può estendere il catalogo delle giuste cause o dei giustificati motivi di licenziamento oltre quanto stabilito dall'autonomia delle parti...dovendosi attribuire prevalenza alla valutazione di gravità di quel peculiare comportamento, come illecito disciplinare di grado inferiore, compiuta dall'autonomia collettiva nella graduazione delle mancanze disciplinari*» (cfr. Cass. 12841/2020).

CRITICITÀ OPERATIVE: IL FATTO CONTESTATO E L'ONERE DELLA PROVA

Secondo la giurisprudenza, la nozione di "*insussistenza del fatto contestato*", di cui all'**art. 18, comma 4, St.lav.** include l'ipotesi della **mancata prova** della commissione del fatto controverso da parte del **datore di lavoro** che ne è onerato ex art. 5 della l. n. 604 del 1966 (cfr. Cass. 25717/18).

Sempre secondo la giurisprudenza, anche in caso di licenziamento disciplinare del lavoratore irrogato ai sensi dell'**art. 3, co. 2, D.lgs. n. 23/2015**, permane sempre in capo al **datore di lavoro l'onere di provare in giudizio la sussistenza del fatto materiale posto a fondamento del recesso** (cfr. C.A. Roma 9.4.2019, n. 877: con tale pronuncia il Collegio ha precisato che il legislatore, con la tutela prevista dall'**art. 3, co. 2 cit.**, nella parte in cui prevede che l'insussistenza del fatto contestato sia «*direttamente dimostrata in giudizio*», non ha inteso trasferire in capo al lavoratore l'onere di provare quanto da lui affermato in sede di impugnazione del licenziamento, atteso che non può di certo ritenersi che con l'avverbio "*direttamente*" si sia voluto ribaltare la norma generale sul riparto dell'onere della prova).



Pertanto, è fondamentale che il datore di lavoro sia in grado di dimostrare, in giudizio, la sussistenza dei fatti contestati al lavoratore e posti a fondamento del provvedimento espulsivo.

CRITICITÀ OPERATIVE:
IL LICENZIAMENTO SENZA PREVENTIVA CONTESTAZIONE
E PREVIA CONTESTAZIONE GENERICA

Assenza di previa contestazione: il radicale difetto di contestazione dell'infrazione determina **l'inesistenza dell'intero procedimento**, e non solo l'inosservanza delle norme che lo disciplinano: *“con conseguente applicazione della **tutela reintegratoria**, di cui alla L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 4, come modificato dalla L. n. 92 del 2012, richiamata dal comma 6 del predetto articolo per il caso di difetto assoluto di giustificazione del provvedimento espulsivo”* (cfr. Cass. 4879/20 e T. Roma 14.9.2020, n. 5059).

Contestazione generica (ad es. omessa indicazione del luogo delle infrazioni, della data, dell'identità degli interlocutori, delle vittime delle condotte, descrizione generica dei comportamenti illeciti...).

Anche in questo caso, secondo la giurisprudenza, deve applicarsi la **tutela reintegratoria di cui all'art. 18 comma 4 St. Lav.**, dovendosi ricondurre il vizio della genericità della contestazione nell'alveo dei licenziamenti disciplinari per insussistenza del fatto contestato: *«la specifica contestazione di fatti precisamente individuati rappresenta una **precondizione necessaria ai fini dell'accertamento della sussistenza del fatto contestato** pena altrimenti l'impossibilità per il lavoratore di difendersi dagli addebiti a suo carico e per il giudice di procedere alla delimitazione ed all'accertamento del fatto oltre che alla valutazione della sua gravità. Ne discende pertanto la riconduzione del vizio...nell'alveo dei licenziamenti illegittimi per **insussistenza del fatto contestato** e l'applicabilità della **tutela reintegratoria** di cui al comma 4 dell'art. 18, l. n. 300 del 1970»* (cfr. T. Cosenza 20 febbraio 2019, n. 234 e T. Torino, 7 novembre 2016).

Nel caso in cui il lavoratore licenziato - senza preventiva contestazione o previa contestazione generica - **sia stato assunto in data successiva al 7 marzo 2015**, la **tutela applicabile²** è sempre quella **reintegratoria con effetti risarcitori limitati alle 12 mensilità**, ex art. 3, comma 2, D.lgs. 23/2015 (cfr. T. Velletri 8 luglio 2021).

CRITICITÀ OPERATIVE:

ATTENZIONE ALLA CONTESTAZIONE UNITARIA DI FATTI MOLTEPLICI

Secondo un orientamento più risalente - e più rigoroso - nel caso in cui vengano addebitati più fatti per il tramite di un'unica contestazione, si configura l'insussistenza del fatto contestato, di cui all'art. 18, comma 4, St. Lav., **laddove non sia raggiunta la prova in ordine anche ad uno solo dei fatti addebitati**, oppure, laddove uno dei fatti addebitati, pur risultando sussistente nella sua materialità, si riveli essere **giuridicamente irrilevante** (cfr. Cass. 50540/2015). Conseguentemente, secondo tale orientamento, per non vedersi applicata la tutela di cui all'art 4. St. Lav., **tutti i fatti addebitati dovrebbero risultare materialmente sussistenti e giuridicamente rilevanti**.

La giurisprudenza più recente, invece, ha superato tale rigidità iniziale, rilevando che: *«qualora il licenziamento sia intimato per giusta causa e siano stati contestati al dipendente diversi episodi rilevanti sul piano disciplinare, ciascuno di essi autonomamente considerato costituisce base idonea per giustificare la sanzione espulsiva»* (cfr. Cass. Ord. 113/2020) .

Conseguentemente, secondo tale orientamento, ormai maggioritario, per non vedersi applicata la tutela di cui all'art 4. St. Lav. (o quella di cui all'art. 3 comma 2 D.lgs. 23/2015), **basta che risulti sussistente - materialmente e giuridicamente - anche uno solo dei fatti addebitati, purché sia di per sé idoneo a giustificare la sanzione espulsiva adottata**, senza che rilevi l'insussistenza materiale o l'irrilevanza disciplinare di uno degli altri fatti contestati (ad es. il meno grave).



In ogni caso, onde evitare criticità in caso di impugnazione del recesso, è necessario prestare attenzione alle modalità di redazione delle lettere di contestazione.



Tali lettere devono essere redatte in modo analitico, ma specificando solo quanto sia effettivamente possibile provare nel successivo eventuale giudizio.

RICHIESTA DI VISIONE DI DOCUMENTI AZIENDALI NEL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE

Secondo la Cassazione, nell'ambito di un procedimento disciplinare, **non** esiste uno specifico obbligo, per l'azienda, di offrire in consultazione al lavoratore i documenti relativi al fatto addebitato (cfr. Cass. 23408/2017).

Contra e meno recenti: Cass. 6337/2013 e Cass. 23304/2010.

La valutazione circa la fondatezza o meno di una eventuale istanza in tal senso del lavoratore deve contemplare un **bilanciamento tra diritto di difesa del lavoratore e diritto alla riservatezza dei dati aziendali**.

In concreto, il discrimine viene individuato nella **specificità** della contestazione e, più esattamente:

- se la contestazione **non è specifica**, per consentire al lavoratore una congrua difesa, è riconosciuto il diritto di accesso alla documentazione aziendale posta a fondamento dell'addebito (cfr. Cass. 15966/2017);
- a fronte di una contestazione che **individua in termini concreti** la materialità delle condotte irregolari, essendo il diritto di difesa del lavoratore pienamente soddisfatto, nulla impone al datore di consentire l'accesso ai dati aziendali (cfr. Cass. 14093/2016).



Anche per questo è fondamentale

che la contestazione sia redatta in termini specifici.

SEGUE: GARANTE DELLA PRIVACY 31 GENNAIO 2019

Sempre in un caso di bilanciamento di interessi contrapposti - quello del lavoratore ad accedere ai dati che lo riguardano e quello del datore a mantenere confidenziali i dati raccolti - il **Garante della Privacy**, con **provvedimento del 31 gennaio 2019**, dopo un'attenta valutazione della fattispecie, ha ritenuto di privilegiare il diritto di difesa del datore di lavoro.

Nello specifico, il Garante, considerato il regime probatorio proprio del rito del lavoro - che prevede l'onere probatorio a carico del datore - ha considerato legittima la decisione del datore di opporre al lavoratore il differimento dell'esercizio del diritto di accesso ai dati raccolti nell'ambito dell'indagine investigativa, osservando che una loro comunicazione, nella fase pregiudiziale, avrebbe pregiudicato il diritto di difesa datoriale in sede giudiziaria.

«... la vicenda oggetto di reclamo è allo stato in fase precontenziosa, stante l'impugnazione stragiudiziale nonché la preannunciata impugnazione del licenziamento dinnanzi al giudice e visto altresì che, dato il particolare regime probatorio proprio del processo del lavoro - che prevede l'onere della prova a carico del datore di lavoro -, la comunicazione in tale fase dei dati trattati nell'ambito della attività investigativa comporterebbe un “pregiudizio effettivo e concreto [...] all'esercizio di un diritto in sede giudiziaria”, nel caso di specie è applicabile la limitazione all'esercizio del diritto prevista dal richiamato art. 2-undecies del Codice in applicazione dell'art. 23 del Regolamento».

TARDIVITÀ DELLA CONTESTAZIONE DISCIPLINARE. VIZIO DI FORMA O FATTO INSUSSISTENTE?

Il datore di lavoro deve portare «*a conoscenza del lavoratore i fatti contestati non appena essi appaiano ragionevolmente sussistenti*» (ex multis, Cass. 12193/2020 e Cass. 23332/2021).

La valutazione della tempestività viene fatta secondo un criterio di **relatività**: «*la contestazione deve esser “ragionevolmente” tempestiva, potendo l'immediatezza essere compatibile con un intervallo necessario, in relazione al caso concreto e alla complessità dell'organizzazione datoriale, ad una adeguata valutazione della gravità dell'addebito mosso e delle giustificazioni fornite*» (v. per tutte Cass. 22988/2020).

Cosa accade se la contestazione viene valutata come tardiva?

La questione ha formato oggetto di ampio dibattito attesa la diversità delle conseguenze stabilite a seconda che il vizio sia qualificato come **sostanziale** (con conseguente applicazione dell'indennità di cui all'art. 18, comma 5 o del più protettivo rimedio ripristinatorio ex art. 18, comma 4), oppure **formale** (con conseguente applicazione della sola indennità risarcitoria di cui all'art. 18 comma 6).

La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. ord. 10159/2017), le quali hanno stabilito (Cass. S.U. 30985/2017) che la violazione derivante dalla **tardività notevole e ingiustificata della contestazione disciplinare** è sanzionabile alla stregua del citato **art. 18, comma 5** e dunque con il pagamento di una indennità risarcitoria onnicomprensiva da determinarsi tra un **minimo di 12** e un **massimo di 24 mensilità** dell'ultima retribuzione globale di fatto (in termini, anche più recentemente, Cass. 1° aprile 2019, n. 9015).

Tuttavia, prosegue la Cassazione, qualora le **norme di contratto collettivo** o la stessa **legge** dovessero prevedere dei **termini** per la contestazione dell'addebito disciplinare, la relativa violazione verrebbe attratta, in quanto caratterizzata da contrarietà a norma di natura procedimentale, nell'alveo di applicazione dell'**art. 18, comma 6** che, nella sua nuova formulazione, è collegato alla violazione delle procedure di cui alla L. n. 300 del 1970, art. 7 e della L. n. 604 del 1966, art. 7.

LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO

NOZIONI DI CARATTERE GENERALE ED INTRODUTTIVO

Art. 3 L. 604/1966 «*Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato...da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*». Tali ragioni, come noto, possono dipendere da specifiche esigenze **aziendali** (ad es. una riorganizzazione che comporti la soppressione del posto) oppure da situazioni riferibili **al lavoratore**, ma a lui **non** addebitabili in termini di inadempimento (ad es. la sopravvenuta inidoneità fisica del dipendente e l'impossibilità di ricollocarlo in attività diverse riconducibili a mansioni equivalenti o inferiori: INL, Nota 24 giugno 2020, prot. n. 298).

Requisiti di legittimità del licenziamento per g.m.o.:

- 1) le **ragioni** che determinano la soppressione del posto di lavoro: ragioni queste che possono essere di qualunque tipo, purché effettive (Cass. 4015/2017), attuali (Cass. 13116/2015) e sufficientemente stabili (Cass. 13516/2016);
- 2) il **nesso di causalità** che esiste tra la soppressione del posto e il licenziamento;
- 3) l'impossibilità di utilizzare il lavoratore in mansioni diverse, il c.d. **repêchage** (cfr. *infra*).

Onere probatorio: l'onere della prova della sussistenza del giustificato motivo di licenziamento spetta sempre al **datore di lavoro** (art. 5 L. 604/1966).

Controllo di mera legittimità: Art. 30 L.183/2010 «... *il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente*»

Esclusioni (area del recesso *ad nutum* ex art. 2118 c.c.):

Dirigenti (art.10, l. 604/1966 + art. 1 D.l.gs 23/2015); Lavoratori in prova (art. 10, l. 604/66 + art. 1. D.lgs. 23/2015); Lavoratori domestici (art. 4, l. 108/90); Lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici (art. 4, l. 108/1990); Sportivi professionisti.

L'INCREMENTO DEL PROFITTO O IL MERO RISPARMIO COSTITUISCONO GIUSTIFICATO MOTIVO DI LICENZIAMENTO?

La questione è stata oggetto di ampio dibattito giurisprudenziale:

Secondo una «**tesi negativa**» e **più risalente** nel tempo: per poter configurare il g.m.o. sarebbe necessaria la **crisi aziendale** o, comunque, l'andamento economico negativo dell'azienda (cfr. Cass. 13116/2015; Cass. 5173/15 e Cass. 17087/12), che sarebbe requisito di legittimità del licenziamento e che dovrebbe, pertanto, essere provato dal datore di lavoro ed accertato dal giudice.

Secondo una «**tesi positiva**», **più recente**, che **valorizza la gestione economica dell'azienda** (cfr. Cass. 17173/2022, Cass. 4946/2019, Cass. 19731/2018, Cass. 4015/17 e Cass. 25201/2016), le ragioni inerenti l'attività produttiva ex art. 3, L. n. 604/66, possono derivare anche da **riorganizzazioni o ristrutturazioni, quali ne siano le finalità, e quindi comprese quelle dirette al risparmio dei costi o all'incremento dei profitti**, a condizione che il licenziamento sia la conseguenza e non la causa della modifica: *“opinare diversamente significherebbe affermare il principio, contrastante con quello sancito dall'art. 41 Cost., per il quale l'organizzazione aziendale, una volta delineata, costituisca un dato non modificabile se non in presenza di un andamento negativo e non anche ai fini di una più proficua configurazione dell'apparato produttivo”* (cfr. C.A. Ancona 6.3.2019 e Cass. 25201/2016).

Tale tesi è in linea con l'art. 30 Coll. lav. secondo cui il controllo del giudice è consentito solo sull'effettività della scelta economica compiuta dal datore (i *fatti allegati* a sostegno del licenziamento) e sul *nesso di causalità* fra questa e la posizione del licenziando, mentre è insindacabile la scelta economica in sé, in quanto garantita dall'art. 41 Cost. (cfr. Cass. 21715/2018).

L'OBBLIGO DI REPÊCHAGE

Costituisce orientamento consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale incombe sul datore di lavoro che licenzia per g.m.o., **l'onere di provare** non solo la sussistenza delle ragioni di carattere oggettivo poste a base del recesso, ma anche **l'impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni all'interno dell'impresa, ossia il cd. repêchage** (cfr. *ex multis* Cass. 24195/2020).

Repêchage e criticità operative

- Il repêchage si estende alle sole mansioni equivalenti o anche a quelle inferiori? Le Sezioni unite (Cass. S.U. 7755/1998) hanno risolto il contrasto giurisprudenziale originatosi sul punto, affermando che, **in assenza di mansioni equivalenti**, l'ambito della verifica deve essere **esteso anche a quelle inferiori**, secondo il principio del licenziamento per g.m.o. quale *extrema ratio* (cfr. *ex multis* Cass. 31521/2019).
- Il principio si è tradotto in **legge** in relazione a **particolari ipotesi**: artt. 1, 4 e 10 della l. n. 68/1999, con riguardo ai lavoratori assoggettati al **collocamento mirato**; artt. 41 e 42 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, con riferimento, in generale, alla **sorveglianza sanitaria** dei lavoratori; art. 55-*octies*, d.lgs. n. 165/2001, e d.P.R. 27 luglio 2011, n. 171 per le **pubbliche amministrazioni**.
- Ai fini della legittimità del licenziamento, è necessario il (mancato) consenso del lavoratore allo svolgimento di mansioni inferiori? secondo la giurisprudenza più recente e, ad oggi, prevalente *«ove il demansionamento rappresenti l'unica alternativa al recesso, non occorre un patto di demansionamento o una richiesta del lavoratore in tal senso anteriore o contemporanea al licenziamento, ma è onere del datore di lavoro, in attuazione del principio di correttezza e buona fede, prospettare al dipendente la possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori compatibili con il suo bagaglio professionale»* (cfr. Cass. 29100/2019). Inoltre, secondo la Cassazione, grava sul datore di lavoro la dimostrazione di avere offerto al lavoratore l'impiego in mansioni inferiori, atteso che *«il mancato consenso a tale offerta che integra la fattispecie complessa che rende legittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo»* (cfr. Cass. 24037/2013).

Segue...

- Il datore è obbligato a riqualificare, con apposite iniziative formative, la professionalità del lavoratore in vista dell'adibizione a nuove mansioni? la giurisprudenza **ha escluso la sussistenza di un siffatto obbligo**: il datore di lavoro, come non è obbligato a creare nuove posizioni lavorative per mantenere il dipendente in azienda, è tenuto ad attribuire le mansioni disponibili **solo se compatibili con la professionalità concreta** del lavoratore (cfr. Cass. 31521/2019 e T. Roma 24.7.17).
- **Eccezione**: per i **lavoratori disabili** è sancito l'obbligo del datore di apportare «*accomodamenti ragionevoli*», ex art. 3, comma 3-bis, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, purché a costi non sproporzionati per l'azienda (cfr. Cass. 13649/2019).
- Il repêchage impone una verifica limitata alla sola unità produttiva ove è impiegato il lavoratore o deve estendersi a tutte le articolazioni aziendali operative sul territorio nazionale? La Cassazione ritiene che l'obbligo debba estendersi a **tutte le sedi aziendali dislocate sul territorio della nazione** e che, anche per questo, l'onere della prova è a carico del datore di lavoro (cfr. Cass. 5592/2016).
- Il repêchage può estendersi anche a imprese appartenenti allo stesso gruppo? per essere configurabile **un obbligo di repêchage nell'ambito del gruppo**, non è sufficiente un collegamento economico-funzionale tra imprese, ma è necessaria la **sussistenza di un unico centro d'imputazione del rapporto di lavoro**, che ricorre ogniqualvolta vengano accertati i seguenti requisiti, che dovranno essere rigorosamente **provati dal lavoratore** :
 - a) unicità della struttura organizzativa e produttiva;
 - b) integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune;
 - a) coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo;
 - a) utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società (cfr. Cass. 1656/2020 e Cass. 29179/2018).

Segue:

Criteria di scelta tra lavoratori fungibili

- **Buona fede e correttezza ex art. 5, l. 223/1991** (cfr. Cass. 21438/2018);
- Tradizionalmente: **anzianità e carichi di famiglia**;
- Nel caso di licenziamento per g.m.o., in presenza di mansioni fungibili, per valutare la legittimità del licenziamento i Giudici tendono ad applicare l'**art. 5, L. n. 223/1991** (Cass. 20464/2018), per quanto alcune decisioni prevedano che *«non può escludersi l'utilizzabilità di altri criteri, purché non arbitrari, ma improntati a razionalità e graduazione delle posizioni dei lavoratori interessati»* (cfr. Cass. 25192/2016);
- In particolare, con riferimento a quanto sopra, in Cass. 25192/2016 e più recentemente anche in Cass. 21438/2018, così si legge: *“In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ravvisato nella soppressione di un posto di lavoro in presenza di più posizioni fungibili perché occupate da lavoratori con professionalità sostanzialmente omogenee, non essendo utilizzabile il criterio dell'impossibilità di "repechage", il datore di lavoro deve individuare il soggetto da licenziare secondo i principi di correttezza e buona fede; in questo contesto l'art. 5 della L. n. 223/1991 offre uno "standard" idoneo ad assicurare una scelta conforme a tale canone, ma non può escludersi l'utilizzabilità di altri criteri, purché non arbitrari, improntati a razionalità e graduazione delle posizioni dei lavoratori interessati”*. Tale pronuncia è innovativa - e ad oggi unica - nel panorama giurisprudenziale delineatosi sulla tematica in questione, poiché ha considerato ragionevoli i criteri del maggior costo della retribuzione, del minore rendimento lavorativo e delle condizioni economiche complessive di ciascun lavoratore (in particolare, il richiamo al criterio del *“rendimento”* costituisce un'assoluta novità, che si pone in senso contrario con quanto finora affermato dalla Corte in sentenze che perlopiù riguardano casi di licenziamenti collettivi: cfr. Cass. 4814/1992; Cass. 11465/1997; Cass. S.U., 1270/1979);
- **L'onere della prova** è in capo al **datore di lavoro**, ma non è chiaro se vi sia un onere di allegazione del lavoratore;
- Non è attualmente richiesta la specificazione dei criteri nella lettera di licenziamento.

IL REGIME SANZIONATORIO

Come visto per il licenziamento disciplinare, è in vigore nel nostro ordinamento un **doppio regime di tutela**, in forza del quale, in caso di licenziamento illegittimo, sono previste conseguenze diverse a seconda della data di assunzione (o di trasformazione del rapporto a tempo indeterminato) del dipendente da licenziare.

A. Per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 – Art. 18 St. Lav. e L. 604/1966

A.1 Il giudice dispone la **reintegrazione** e condannare il datore di lavoro al pagamento dell'**indennità risarcitoria**, per un massimo di **12 mensilità**, oltre al versamento dei **contributi** previdenziali per tutto il periodo dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione in servizio, **nelle seguenti ipotesi** (art. 18 comma 7 St. Lav. + art. 18 comma 4 St. Lav):

- in caso di licenziamento ingiustificato intimato in violazione dell'art 2110, comma 2, c.c. (es. mancato superamento periodo di comporto), oppure per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore:
- se accerta l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per g.m.o. (cfr. Corte Cost. 1° aprile 2021 n. 59, che ha eliminato il termine «*può*» dal testo dall'art. 18 comma 7 St. Lav., rendendo, così, da facoltativo a obbligatorio il rimedio reintegratorio nella fattispecie in esame e Corte Cost. 19 maggio 2022 n. 125, che ha eliminato la parola «*manifesta*», riferita all'«*insussistenza del fatto*», sempre dal testo del menzionato art. 18 comma 7 St. Lav.).

A.2 Il Giudice dichiara **risolto** il rapporto e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'**indennità risarcitoria** tra un **minimo di 12** e un **massimo di 24** mensilità se il fatto posto a base del licenziamento sussiste ma «*non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo*» (art. 18 comma 7 St. Lav. + art. 18 comma 5 St. Lav.).

Es. mancato rispetto dei criteri di scelta (cfr. Cass. 14021/2016); la violazione delle regole di buona fede nella scelta dei lavoratori da licenziare in caso di posizioni fungibili (cfr. Corte Cost. 125/2022).

IL REGIME SANZIONATORIO

A.3 Se il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo risulta, invece, «*determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari*» (cfr. art. 18, comma 7, St. Lav.) trovano applicazione le relative tutele previste dall'art. 18 commi 1, 2, 3 St. Lav. se il licenziamento è discriminatorio, dall'art. 18, commi 4 e 5, St. Lav. se il licenziamento è disciplinare.

A.4 La sanzione applicata sarà **solo risarcitoria (da 6 a 12 mensilità** in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale) se il datore ha ommesso di avviare una procedura conciliativa preventiva ex art. 7 L. 604/66, oppure se ha ommesso di motivare il licenziamento (art. 2, co. 2 e art. 7, co. 2 L. 604/66).

B. Per i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015 – D.lgs. 23/2015

B.1. Se non ricorrono gli estremi del g.m.o., il Giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro e condanna il datore al pagamento di **un'indennità** (non soggetta a contribuzione) pari a 2 mensilità per ogni anno di servizio, tra un minimo di 6 e un massimo di 36 mensilità (cfr. l'art. 3 comma 1 D.lgs 23/2015). Non c'è più la reintegrazione.

B.2 È però sempre possibile che il Giudice accerti che il licenziamento nasconda un motivo discriminatorio, illecito o ritorsivo (art. 2 D.lgs. 23/2015) o un intento sostanzialmente disciplinare (art. 3, comma 2, D. lgs. 23/2015), rispetto ai quali la carenza di g.m.o. può costituire elemento presuntivo.

Nelle **piccole imprese** la reintegra resta applicabile in caso di licenziamento che nasconde un motivo discriminatorio, illecito o ritorsivo. Negli altri casi di licenziamenti ingiustificati è prevista un'indennità crescente di una mensilità per anno di servizio con un minimo di 3 e un massimo di 6 mensilità.

LA PROCEDURA OBBLIGATORIA (ART. 7 L. 604/1966)

Si tratta di una procedura preventiva, in sede amministrativa, che il datore di lavoro **deve** necessariamente promuovere se vuole intimare un licenziamento per motivi economici.

La procedura in sintesi:

- preventiva comunicazione all' I.T.L. (trasmessa per conoscenza al lavoratore) ove ha sede l'unità produttiva nella quale è impiegato il lavoratore, contenente: l'intenzione di procedere al licenziamento; i motivi del medesimo; eventuali misure per la ricollocazione;
- entro 7 giorni, l'I.T.L. trasmette alle parti la convocazione per un incontro finalizzato ad esaminare eventuali soluzioni alternative al recesso;
- la procedura (salvo richiesta di proroga o sospensione per impedimento del lavoratore) deve concludersi entro 20 giorni dalla data di invio della convocazione;
- la procedura può concludersi in diversi modi: **a)** se il tentativo fallisce o il termine di 20 giorni decorre inutilmente, il datore di lavoro può comunicare al lavoratore il **licenziamento** che ha efficacia a decorrere dalla prima comunicazione; **b)** se la conciliazione ha esito positivo e prevede la **risoluzione consensuale** del rapporto, il lavoratore ha diritto di accedere all'Assicurazione sociale per l'impiego e può essere previsto il suo affidamento ad un'agenzia di lavoro.

La procedura non si applica (D.l. 76/2013):

- a) in caso di licenziamento per superamento del periodo di comporto ex all'art. 2110 c.c.;
- b) ai licenziamenti e alle interruzioni del rapporto di lavoro a tempo indeterminato previsti dall'art. 2, co. 34, della Legge 92/2012. Si tratta, in particolare: dei licenziamenti effettuati in conseguenza di cambi di appalto, ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro, in attuazione di clausole sociali che garantiscano la continuità occupazionale; delle ipotesi di interruzione di rapporto di lavoro a tempo indeterminato, nel settore delle costruzioni edili, per completamento delle attività e chiusura del cantiere.

Segue...

La procedura di conciliazione sopra delineata costituisce (per i datori di lavoro che hanno i requisiti dimensionali di cui all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori) condizione di procedibilità ai fini dell'intimazione del licenziamento. In caso di omissione/violazione della procedura, le conseguenze sono di ordine meramente risarcitorio ex art. 18 comma 6 St. Lav. (indennità onnicomprensiva compresa tra 6 e 12 mensilità).

Art. 18 comma 6 St. Lav. «*Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per **violazione** del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, della procedura di cui all'articolo 7 della presente legge, o della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, si applica il regime di cui al quinto comma, ma con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo 8.)»*

LA PROCEDURA FACOLTATIVA (ART. 3 COMMA 3 E 6 D.LGS. 23/2015)

Introdotta dal legislatore del 2015: applicabile ai licenziamenti relativi ai soli lavoratori assunti con contratto di lavoro a tutele crescenti.

La legge di conversione n. 96/2018 introduce alcune modifiche alla disciplina della conciliazione volontaria, che prevede la possibilità di un accordo tra il lavoratore licenziato e il datore di lavoro per prevenire un contenzioso sul licenziamento, mediante la corresponsione di un importo, in termini di mensilità, compreso tra un minimo e un massimo, esente da contribuzione e prelievo fiscale (art. 6, Jobs Act). Tale importo, prima previsto nel minimo di 2 mensilità e nel massimo di 18 mensilità per le imprese con più di 15 dipendenti è stato portato da 2 a 3 mensilità nel minimo e da 18 a 27 mensilità nel massimo, fermo restando il criterio di calcolo (1 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio).

Il divieto di licenziamenti individuali e collettivi, per ragioni economiche, introdotto durante la fase emergenziale e più volte prorogato è **terminato il 31 dicembre 2021**.

Tale divieto si ricavava dalla lettura, in chiave sistematica, degli ultimi decreti-legge emanati sul tema. Riassumendo:

- il **30 giugno 2021** veniva meno il divieto generalizzato di licenziamenti per la generalità delle imprese;
- il **31 ottobre 2021** veniva meno il divieto per: **A)** le imprese aventi diritto all'assegno ordinario (FIS) e alla cassa integrazione salariale in deroga (CIGD), nonché quelle destinatarie della cassa integrazione operai agricoli (CISOA); **B)** per le aziende del tessile/abbigliamento/pelletteria, alle quali era riconosciuto un ulteriore periodo di cassa integrazione con causale Covid-19, di 17 settimane, dal 1 luglio 2021 al 31 ottobre 2021; in entrambi i casi, a prescindere dall'utilizzo dell'ammortizzatore;
- il **31 dicembre 2021** verrà meno il divieto per: **A)** le imprese del settore del turismo, stabilimenti balneari e commercio, nel caso in cui, ai sensi dell'art. 43 del decreto Sostegni-bis (D.L. 73/2021), richiedano l'esonero dal versamento dei contributi previdenziali, fruibile entro il 31.12.2021; **B)** le altre aziende rientranti nell'ambito di applicazione della CIGO che dal 1 luglio 2021 abbiano presentato domanda di fruizione degli strumenti di integrazione salariale ai sensi degli artt. 40, c. 3 (CIGO e CIGS senza contributo addizionale) e 40-bis, c. 1 (13 settimane di CIGS), per tutta la durata del trattamento (comunque, fino al massimo al 31.12.2021); **C)** le imprese con un numero di lavoratori dipendenti non inferiore a 1.000 che gestiscono almeno uno stabilimento industriale di interesse strategico nazionale che presentano domanda di concessione del trattamento ordinario di integrazione salariale per una durata massima di ulteriori 13 settimane fruibili fino al 31.12.2021.

LICENZIAMENTO PER G.M.O. INTIMATO IN COSTANZA DI DIVIETO: NULLITÀ

Secondo l'opinione largamente maggioritaria, il licenziamento intimato in costanza di divieto doveva ritenersi **nullo ex art. 1418 cod.civ.** (perché disposto in violazione di una norma imperativa di legge) ed il lavoratore ha diritto alla reintegrazione in servizio ed al risarcimento del danno in misura non inferiore a 5 mensilità della retribuzione globale di fatto, a prescindere dal numero dei dipendenti dell'impresa e dalla data di assunzione del lavoratore licenziato (cfr. art.18, comma 1, della legge n.300/70 ed art. 2 del D.Lgs. n. 23/2015).

Tra le pronunce - invero non molteplici - che hanno affrontato la fattispecie in questione, la sentenza del 28 settembre 2021, n. 2249, resa dal Tribunale di Milano, ha precisato che: *«In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo adottato durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19, indipendentemente dalla questione della recedibilità dal rapporto di lavoro per cessazione definitiva dell'attività in epoca antecedente all'entrata in vigore del decreto legge 104/2020...il licenziamento deve ritenersi **nullo in quanto contrario a norme imperative**, non derogabile dalla volontà negoziale delle parti, emanata al fine di contrastare il rischio di licenziamenti "a cascata" nell'ambito di una crisi sanitaria e, di riflesso, economico-finanziaria globale, dovendosi riconoscere l'applicazione del **sistema di tutele di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 23/2015**»*. In senso analogo, cfr. T. Venezia 3 marzo 2021 n. 158.

LA GIURISPRUDENZA IN TEMA DI LICENZIAMENTO INDIVIDUALE:

**1. LA GIURISPRUDENZA PIÙ RECENTE IN TEMA DI
CONTROLLI DIFENSIVI;**

**2. ALTRI CASI DI STUDIO E PRINCIPALI
PRONUNCE IN TEMA DI LICENZIAMENTO
INDIVIDUALE.**



1. LA GIURISPRUDENZA PIÙ RECENTE IN TEMA DI CONTROLLI DIFENSIVI.

CONTROLLI DIFENSIVI E MALATTIA DEL LAVORATORE

La categoria dei cd. “*controlli difensivi*” è stata elaborata dalla giurisprudenza per consentire al datore di lavoro di contrastare **comportamenti illeciti** del dipendente **estranei all’esecuzione della prestazione lavorativa**.

Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, **le disposizioni dell’art. 5 L. 300/1970**, in materia di divieto di accertamenti da parte del datore di lavoro sulle infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente, e sulla facoltà dello stesso datore di lavoro di effettuare il controllo delle assenze per infermità solo attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, **non precludono al datore medesimo di procedere, al di fuori delle verifiche di tipo sanitario, ad accertamenti di circostanze di fatto atte a dimostrare l’insussistenza della malattia o la non idoneità di quest’ultima a determinare uno stato d’incapacità lavorativa e, quindi, a giustificare l’assenza** (C. 18507/2016, come già C. 25162/2014).

L’art. 5 dello Statuto, dunque, non preclude al datore di lavoro il ricorso ai controlli c.d. difensivi, per dimostrare l’insussistenza della malattia o la non idoneità di quest’ultima a determinare uno stato d’incapacità lavorativa.

Come possono essere effettuati tali controlli?

CONTROLLI DIFENSIVI E MALATTIA DEL LAVORATORE: CONTROLLI MEDIANTE AGENZIA INVESTIGATIVA E MEDIANTE PERSONALE INTERNO ALL'AZIENDA

I controlli difensivi possono essere effettuati per il tramite di una **agenzia investigativa**.

Come per l'art. 5, la giurisprudenza, con orientamento ormai consolidato, **ha escluso l'operatività delle garanzie di cui agli articoli 2 e 3 dello Statuto** - che stabiliscono garanzie a tutela dei lavoratori rispetto all'impiego di personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa - **nel caso in cui il controllo aziendale abbia ad oggetto l'accertamento di condotte illecite del dipendente estranee all'esecuzione della prestazione lavorativa.**

«Le garanzie degli artt. 2 e 3, citati operano, infatti, esclusivamente con riferimento all'esecuzione della attività lavorativa in senso stretto, non estendendosi, invece, agli eventuali comportamenti illeciti commessi dal lavoratore in occasione dello svolgimento della prestazione che possono essere liberamente accertati dal personale di vigilanza o da terzi» (Cass. n. 8373/2018).

Gli artt. 2 e 3 dello Statuto non precludono, quindi, il potere dell'imprenditore di ricorrere alla collaborazione di soggetti esterni all'organizzazione aziendale cui demandare il controllo del lavoratore.

Segue...

CONTROLLI DIFENSIVI E MALATTIA DEL LAVORATORE: CONTROLLI MEDIANTE AGENZIA INVESTIGATIVA E MEDIANTE PERSONALE INTERNO ALL'AZIENDA

Quando è possibile il ricorso agli investigatori?

La Giurisprudenza ritiene che il potere del datore di lavoro di ricorrere all'investigatore privato può essere esercitato **oltre che in presenza di evidenti prove di illeciti commessi dal dipendente anche di fronte ad un semplice sospetto che il dipendente abbia commesso o stia per commettere un illecito** (Cass. 8373/2018).

Oggetto dell'accertamento?

Gli accertamenti devono avere ad oggetto la **condotta illecita**, in taluni casi suscettibile di rilevanza penale, e **non invece lo svolgimento della prestazione lavorativa**.

Le agenzie investigative, per operare lecitamente, ***non devono sconfinare nella vigilanza dell'attività lavorativa vera e propria, riservata, dall'art. 3 dello Statuto, direttamente al datore di lavoro e ai suoi collaboratori, (v. Cass. 14 febbraio 2011, n. 3590) restando giustificato l'intervento in questione non solo per l'avvenuta perpetrazione di illeciti e l'esigenza di verificarne il contenuto, ma anche in ragione del solo sospetto o della mera ipotesi che illeciti siano in corso di esecuzione***» (Cass. 21621/2018 e n. 25674/2014).

E per quanto riguarda, nello specifico, i casi di abuso di malattia o permessi?

La giurisprudenza ha chiarito che i controlli difensivi finalizzati all'accertamento dell'abuso dei permessi o della malattia **non riguardano l'adempimento della prestazione – essendo eseguiti al di fuori dell'orario di lavoro ed in fase di sospensione dall'obbligazione di rendere la prestazione – bensì una condotta illecita che, in taluni casi, è suscettibile di rilevanza anche penale** (Cass. 18507/2016, Cass. 9749/2016).

CONTROLLI DIFENSIVI E MALATTIA DEL LAVORATORE: CONTROLLI MEDIANTE AGENZIA INVESTIGATIVA E MEDIANTE PERSONALE INTERNO ALL'AZIENDA

Entro quali limiti il controllo mediante agenzia investigativa può dirsi legittimo?

Il controllo è legittimo purché esso sia **rispettoso della normativa in materia di privacy** e quindi, risulti **non invasivo, adeguato, proporzionato anche in relazione al rispetto della dignità e libertà del lavoratore** (Cass. 17723/2017).

La giurisprudenza nazionale, sulla scia di quella comunitaria, ha delimitato l'ampiezza dei controlli, evidenziando la necessità di un corretto **bilanciamento** tra l'interesse del datore di lavoro a indagare su condotte penalmente illecite e lesive del patrimonio aziendale e l'interesse del lavoratore alla tutela della riservatezza.

Perciò è fondamentale che i controlli vengano effettuati **nel rispetto del principio di proporzionalità, correttezza e buona fede contrattuale** (ex multis, cfr. Cass. 8373/2018).

Nello specifico, la Cassazione ha affermato che sono ammissibili i controlli difensivi c.d. occulti *«anche ad opera di personale estraneo all'organizzazione aziendale, in quanto diretti all'accertamento di comportamenti illeciti diversi dal mero inadempimento della prestazione lavorativa, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, ferma comunque restando la necessaria esplicitazione delle attività di accertamento mediante modalità non eccessivamente invasive e rispettose delle garanzie di libertà e dignità dei dipendenti, con le quali l'interesse del datore di lavoro al controllo ed alla difesa della organizzazione produttiva aziendale deve contemperarsi, e, in ogni caso, sempre secondo i canoni generali della correttezza e buona fede contrattuale»* (in termini, cfr. Cass. 10636/2017).

CONTROLLI DIFENSIVI E MALATTIA DEL LAVORATORE: CONTROLLI MEDIANTE AGENZIA INVESTIGATIVA E MEDIANTE PERSONALE INTERNO ALL'AZIENDA

I controlli difensivi possono essere effettuati anche **mediante personale interno all'azienda**.

La Cassazione, con **sentenza del 9 ottobre 2020 n. 21888**, ha infatti precisato che: *“Le norme poste dagli art. 2 e 3 della legge 20 maggio 1970 n. 300...non escludono il potere dell'imprenditore, ai sensi degli art. 2086 e 2104 cod. civ., di controllare direttamente o **mediante la propria organizzazione gerarchica** l'adempimento delle prestazioni lavorative e quindi di accertare mancanze specifiche dei dipendenti, già commesse o in corso di esecuzione, e ciò indipendentemente dalle modalità del controllo, che può legittimamente avvenire anche occultamente senza che vi ostino né il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione dei rapporti, né il divieto di cui all'art. 4, stessa legge n. 300 del 1970...”*.

Abuso di malattia e di controllo mediante personale interno.

Con l'avvento dei «**social network**» e la sempre più diffusa condivisione in modalità pubblica di opinioni ed esperienze attraverso tali canali, si è intensificata la casistica in materia.

È il caso ad esempio del licenziamento per giusta causa di un lavoratore assente per malattia (lombo-sciatalgia) che si era esibito come concertista nell'ambito di una serata organizzata per una festa patronale (Cass. 6047/2018).

L'azienda, nel caso di specie, non aveva fatto ricorso a soggetti esterni per accertare la condotta del lavoratore, **ma era stata messa nella condizione di acquisire la prova o comunque l'indizio del comportamento illecito del dipendente attraverso la visione di un «post» pubblicato su Facebook dal lavoratore stesso**. Peraltro, l'impegno extra-lavorativo del dipendente era stato anche pubblicizzato sulla stampa locale.

Nulla toglie poi che i colleghi o superiori gerarchici del dipendente o lo stesso datore di lavoro occasionalmente vengano a conoscenza di indizi di illeciti commessi dal dipendente mentre si trovava in malattia. Si pensi al caso del collega che incontra il dipendente malato allo stadio o ad un concerto.

SULLA RILEVANZA DISCIPLINARE DELLA «FALSA MALATTIA»:

SUSSISTE GIUSTA CAUSA DI RECESSO SE IL LAVORATORE, IN COSTANZA DI MALATTIA, SVOLGE ATTIVITÀ INCOMPATIBILI CON I DOVERI DI CURA E GUARIGIONE

Con ordinanza del **2 settembre 2020 n. 18245**, la Cassazione ha affermato che: *«L'espletamento di altra attività, lavorativa ed extralavorativa, da parte del lavoratore durante lo stato di malattia è idoneo a violare i doveri contrattuali di correttezza e buona fede nell'adempimento dell'obbligazione e a giustificare il recesso del datore di lavoro (solo) laddove si riscontri che l'attività espletata costituisca indice di una scarsa attenzione del lavoratore alla propria salute ed ai relativi doveri di cura e di non ritardata guarigione».*

Più di recente, con ordinanza del **1° ottobre 2021 n. 26709**, la Corte ha ulteriormente specificato che: *«Lo svolgimento di altra attività da parte del dipendente assente per malattia può giustificare il recesso del datore di lavoro in relazione alla violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà:*

- *oltre che nell'ipotesi in cui tale attività esterna sia di per sé sufficiente a fare presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando quindi, una fraudolenta simulazione;*
- *anche nel caso in cui la medesima attività, valutata con giudizio ex ante in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, possa pregiudicare o ritardare la guarigione o il rientro in servizio».*

«FALSA MALATTIA» E LICENZIAMENTO: CASISTICA

Per fare alcuni esempi, la giurisprudenza ha ritenuto legittimo il licenziamento attuato, a seguito di controlli mediante agenzia investigativa, nei confronti del dipendente scoperto «falso malato», nei seguenti casi:

- un dipendente licenziato per giusta causa perché, **in costanza di certificazione medica con prescrizione di riposo assoluto, aveva utilizzato ripetutamente la bicicletta ed era stato visto passeggiare con il figlio sulle spalle** (Cass. 17 giugno 2020 n. 11697);
- un dipendente, temendo un procedimento disciplinare dopo aver commesso una serie di illeciti, **simulava uno stato di malattia per una presunta lombosciatalgia** (Cass. 28 ottobre 2021 n. 30547);
- un dipendente licenziato per giusta causa **per avere svolto, in periodo di assenza per infortunio, attività lavorativa consistita nella guida di automezzi e in operazioni di carico/scarico di cerchi in lega per autovetture, tale da compromettere o ritardare la guarigione**. I fatti oggetto di contestazione disciplinare, in giudizio, avevano trovato conferma nelle dichiarazioni degli investigatori e la CTU disposta in primo grado aveva consentito di accertare la potenzialità dannosa del comportamento addebitato (Cass. 19 marzo 2019, n. 7641);
- un autista/aiuto meccanico licenziato per giusta causa per avere simulato in modo fraudolento lo stato di malattia. L'agenzia investigativa effettuava delle riprese video e delle fotografie che **ritraevano il dipendente affaccendato in pesanti e gravosi lavori di ristrutturazione sul tetto della propria abitazione e nella relativa corte, lavori incompatibili con lo stato di malattia dichiarato** (“gonalgia e lombalgia acuta”) (Cass. 14 settembre 2016, n. 18057).

I CONTROLLI TECNOLOGICI DIFENSIVI E L'ART. 4 ST. LAV.

Sono i controlli effettuati mediante impianti audiovisivi e strumenti tecnologici.

Nonostante siano trascorsi degli anni dalla nuova formulazione dell'art. 4 introdotta dal c.d. Jobs Act non risulta ancora pienamente sopito il dibattito tra chi ritiene che:

- a seguito dell'entrata in vigore del nuovo art. 4, i controlli difensivi effettuati senza il previo rispetto delle garanzie procedurali non sarebbero più ammissibili ed i dati acquisiti tramite controlli a distanza installati senza il rispetto delle condizioni previste da tale articolo non sarebbero utilizzabili ai fini disciplinari (Trib. Roma, sentenza del 13 giugno 2018, n. 57668).
- e chi, invece, come la giurisprudenza più recente, afferma che non sarebbe necessario il previo esperimento delle garanzie procedurali previste dall'art. 4, se i controlli sono diretti ad accertare comportamenti illeciti e lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale, tanto più se disposti ex post, ossia dopo l'attuazione del comportamento in addebito, così da prescindere dalla (mera) sorveglianza sull'esecuzione della prestazione lavorativa (cfr. Cass. 13266/2018).

Ripercorrendo e condividendo tale ultimo orientamento, la Cassazione, con recente **sentenza del 22 settembre 2021 n. 25732**, ha affermato che il datore di lavoro può svolgere controlli di natura tecnologica su un pc aziendale dato in dotazione ad una lavoratrice, pur in assenza delle condizioni previste dall'articolo 4, della legge n. 300/1970, **qualora emerga che sussiste un sospetto fondato della commissione di un illecito.**

In questo senso, si veda anche, **Cass. 12 novembre 2021, n. 34092**, che ha ritenuto legittimo il solo utilizzo dei dati registrati - dal browser del pc in uso al dipendente³⁸ - dopo l'insorgenza del fondato sospetto di commissione di un illecito e non anche dei dati registrati in precedenza.

I CONTROLLI TECNOLOGICI DIFENSIVI E L'ART. 4 ST. LAV.

La Cassazione, nello specifico, con le citate sentenze, ha posto in rilievo la distinzione tra controlli difensivi **in senso lato e in senso stretto**:

- i primi sono controlli a difesa del patrimonio aziendale che riguardano tutti i dipendenti che nello svolgimento della prestazione vengono a contatto con il patrimonio aziendale: essi devono essere realizzati nel rispetto delle previsioni del vigente art. 4 comma 1 St.Lav.;
- i secondi sono diretti, invece, ad accertare specifiche condotte illecite ascrivibili, in base a concreti indizi, a singoli dipendenti, anche se registrabili durante la prestazione di lavoro: questi ultimi controlli, di natura straordinaria ed eccezionale si situano al di fuori del perimetro applicativo dell'art. 4 St.Lav., dato che non hanno ad oggetto il normale ed ordinario svolgimento dell'attività lavorativa (cfr. Corte EDU, Grande Camera 17 ottobre 2019, Lopez Ribaldi e altri c. Spagna).

Attenzione: l'eventuale illegittimità del controllo si riflette sul potere datoriale esercitato in conseguenza dell'assunzione del dato.

Conseguenza giuridica dell'illegittima acquisizione del dato è la sua **inutilizzabilità** a norma dell'art. 4, comma 3 Stat. lav., nonché dei principi di *accountability* e *privacy by design* previsti dal nuovo codice sulla *privacy* (D.lgs. 196/2003 modificato, a seguito dell'entrata in vigore del Reg. UE 2016/679 dal D.lgs. 101/2018).

Quindi, il fatto, non essendo provabile in giudizio, è ritenuto **insussistente e il licenziamento è illegittimo.**

**ILLEGITTIMITÀ DEL CONTROLLO
E CONSEGUENZE SULLA LEGITTIMITÀ DEL RECESSO:
IL CASO «PARTICOLARE» AFFRONTATO DA CASS. 24 AGOSTO 2022 N. 25287**

La Corte, con sentenza del **24 agosto 2022 n. 25287**, ha statuito che **nei casi diversi dalla commissione di un illecito di astratta rilevanza penale** (come l'esercizio durante l'orario lavorativo di attività retribuita in favore di terzi su cui v. Cass. nn. 5269 e 14383 del 2000) con conseguente esigenza di verificarne ed accertarne il contenuto (anche laddove vi sia solo il sospetto che tale illecito sia in corso di esecuzione), l'eventuale conseguente **licenziamento** emesso sulla base di una relazione redatta dall'agenzia investigativa sarebbe **illegittimo** perché irrogato in violazione dei canoni di buona fede e correttezza, nonché dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori che vieta i controlli che hanno mera finalità di accertamento dell'esecuzione della prestazione di lavoro dei dipendenti anche nel caso di prestazioni lavorative svolte al di fuori dei locali aziendali.

«L'attività investigativa mediante controllo esterno, ancorché occasionata da analogo, pur legittimo, controllo nei confronti di altro dipendente, esplicandosi nell'orario di lavoro del ricorrente, cioè durante l'espletamento dell'attività lavorativa da parte sua, finisce con l'incidere direttamente e, quindi, al di fuori dei limiti consentiti, su detta attività».

ILLEGITTIMITÀ DEL CONTROLLO E CONSEGUENZE SULLA ILLEGITTIMITÀ DEL RECESSO: SEGUE.

Occorre rilevare, però, che il caso sottoposto al vaglio della Corte è particolare sotto vari profili e diverge dal caso del dipendente in malattia, il cui controllo non avviene durante l'orario di lavoro. Nel caso esaminato, un dipendente di banca con orario e sede di svolgimento dell'attività flessibili, si era allontanato dal luogo di lavoro durante l'orario di lavoro per svolgere attività non connesse a quella lavorativa, in luoghi distanti anche decine di chilometri dalla sede di lavoro. In particolare, tramite controlli effettuati da un'agenzia investigativa erano stati registrati incontri in supermercati e palestre. Gli esiti dell'indagine non erano il risultato di controlli volti all'accertamento di illeciti del dipendente, ma erano stati occasionati da una più ampia indagine finalizzata ad accertare la violazione dei permessi ex art. 33 L. n. 104/1992 da parte di una collega con cui spesso il lavoratore si accompagnava.

Nonostante la dichiarazione di legittimità del licenziamento in due gradi di giudizio, la Cassazione ha riformato le precedenti pronunce censurando il comportamento dell'azienda che **aveva sottoposto a verifica, tramite il ricorso all'agenzia investigativa, il mancato espletamento dell'attività lavorativa del dipendente in orario di lavoro, e dunque illecitamente controllato, con soggetti esterni, l'attività lavorativa.**

Peraltro, la Società aveva agito nei confronti del lavoratore utilizzando le risultanze di controlli effettuati su altri dipendenti, non avendo dunque alcun sospetto che egli potesse essere inadempiente.

Ciò che lascia maggiormente perplessi è forse il riferimento a comportamenti che possano configurare **ipotesi penalmente rilevanti** come motivo legittimante il ricorso al controllo ex art. 4 dello Statuto.

E l'illecito civile o extra-contrattuale che non assume rilevanza penale? Nonostante tale pronuncia, la Giurisprudenza più recente ha mostrato di accogliere un'interpretazione maggiormente estensiva del concetto di illecito superando la necessità della penale rilevanza.



2. ALTRI CASI DI STUDIO E PRINCIPALI PRONUNCE IN TEMA DI LICENZIAMENTO INDIVIDUALE.

IL LICENZIAMENTO PER SUPERAMENTO DEL COMPORTO INTIMATO PRIMA DELLA SCADENZA DEL PERIODO PREVISTO DAL CCNL

Le Sezioni Unite della Cassazione, con sentenza del **22 maggio 2018**, hanno affermato che è **nullo** il licenziamento **per superamento del comportamento** erroneamente intimato 20 giorni **prima** della reale scadenza del periodo previsto dal CCNL (nella specie: 24 mesi in un arco temporale di 48 mesi).

Il carattere imperativo dell'art. 2110, comma 2, c.c., osserva la Cassazione, non consente soluzioni interpretative diverse dalla nullità.

Conseguenze:

- Per i lavoratori cui si applica **l'art. 18 St. lav.**, si applica la previsione di cui al **comma 7** con la quale si accorda la reintegrazione attenuata al licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c. (ciò in via eccezionale rispetto alla disciplina generale di cui al comma 1, che si riferisce a tutti gli altri casi di nullità).
- Per i lavoratori rientranti nell'ambito di applicazione del **Jobs Act** - considerato che il d.lgs. n. 23/2015 non prevede una sanzione speciale per il licenziamento in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c. – dovrebbe applicarsi il regime della nullità di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, indipendentemente dal raggiungimento del requisito dimensionale da parte del datore di lavoro.

N.B. Attenzione al computo dei giorni di assenza.

SEGUE: AI FINI DEL COMPORTO

NON SI CALCOLANO LE ASSENZE LEGATE ALLA DISABILITÀ

Con ordinanza del **21.03.2021**, il Tribunale di Verona afferma che è discriminatoria la norma del CCNL che include nel calcolo del periodo di comporto le assenze di persone con disabilità, legate alla loro patologia, solo perché la stessa non rientra nella categoria protetta dalla L. 104/1992.

Il fatto affrontato: un dipendente - portatore di handicap, seppur non rientrante nella categoria dei lavoratori protetti ex L. 104/1992 - impugna giudizialmente il licenziamento irrogatogli per superamento del periodo di comporto. A fondamento della domanda, il medesimo deduce che la società aveva computato ai fini del raggiungimento del comporto anche le assenze motivate da cure necessarie per la disabilità. Nel costituirsi in giudizio, parte datoriale difende il proprio operato, sostenendo che la norma del CCNL vigente al tempo del recesso consentiva di escludere da tale computo **esclusivamente le assenze, legate alla patologia riconosciuta, dei lavoratori tutelati dalla L. 104/1992.**

Il Tribunale rileva che una **clausola collettiva**, come quella richiamata dalla società, risulta essere **discriminatoria** in quanto redatta in violazione della Direttiva 78/2000/CE e del D.Lgs. 216/2003, che tutelano la disabilità in generale.

Per il Giudice, infatti, il conteggio nel periodo di comporto della malattia riconducibile allo stato di invalidità del lavoratore, solo perché non rientrante nella categoria protetta dalla L. 104/1992, determinerebbe una discriminazione tra dipendenti ugualmente portatori di handicap. Su tali presupposti, l'ordinanza dichiara **nullo il licenziamento** ed ordina l'immediata reintegrazione del prestatore licenziato.

SEGUE: TEMPESTIVITÀ DEL LICENZIAMENTO E SUPERAMENTO DEL PERIODO DI COMPORTO

La Suprema Corte, con **sentenza dell'11 settembre 2020, n. 18960**, ha affermato che, a differenza del licenziamento disciplinare - che postula l'immediatezza del recesso a garanzia della pienezza del diritto di difesa all'incolpato - nel licenziamento per superamento del periodo del comportamento per malattia, l'interesse del lavoratore alla certezza della vicenda contrattuale va temperato con quello del datore di lavoro a disporre di un ragionevole "*spatium deliberandi*", in cui valutare convenientemente la sequela di episodi morbosi del lavoratore, ai fini di una prognosi di sostenibilità delle sue assenze in rapporto agli interessi aziendali.

In questo caso, quindi, il giudizio sulla tempestività del recesso non può conseguire alla rigida applicazione di criteri cronologici prestabiliti, ma costituisce valutazione di congruità che il giudice di merito deve compiere caso per caso, con riferimento all'intero contesto delle circostanze significative.

N.B. Insussistenza di un obbligo di informativa al lavoratore circa l'imminente superamento del periodo di comportamento:

Se non esplicitamente previsto **non** vi è un obbligo del datore di lavoro di informare il dipendente dell'approssimarsi della scadenza del periodo di comportamento.

A meno che il CCNL non lo preveda espressamente o il lavoratore non ne faccia esplicita richiesta.

IL CARATTERE RITORSIVO DEL LICENZIAMENTO RILEVA SOLO SE UNICO DETERMINANTE: ACCERTATO GIUDIZIALMENTE IL G.M.O. È SUPERFLUO INDAGARE SUL CARATTERE RITORSIVO DEL RECESSO

La Cassazione - con **sentenza del 25 gennaio 2021, n. 1514** - ha ribadito il principio in base al quale una volta che il giudice accerti il giustificato motivo oggettivo di licenziamento, diventa superfluo indagare sul carattere ritorsivo dello stesso.

*«In tema di licenziamento nullo perché ritorsivo, il motivo illecito addotto ex art. 1345 cod. civ. **deve essere determinante**, cioè costituire **l'unica effettiva ragione di recesso**, ed **esclusivo**, nel senso che il motivo lecito formalmente addotto risulti insussistente nel riscontro giudiziale; ne consegue che la verifica dei fatti allegati dal lavoratore, ai fini all'applicazione della tutela prevista dall'art. 18, comma 1, st. lav. novellato, richiede il previo accertamento della insussistenza della causale posta a fondamento del licenziamento. In particolare, il motivo illecito può ritenersi esclusivo e determinante quando il licenziamento non sarebbe stato intimato se esso non ci fosse stato, e quindi deve costituire l'unica effettiva ragione del recesso, indipendentemente dal motivo formalmente addotto. L'esclusività sta a significare che il motivo illecito può concorrere con un motivo lecito, ma solo nel senso che quest'ultimo sia stato formalmente addotto, ma non sussistente nel riscontro giudiziale».*

Nel caso di specie, rigettando il ricorso, la Suprema Corte ha ritenuto incensurabile la sentenza impugnata in quanto la corte territoriale, in applicazione degli enunciati principi, una volta accertata la sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di recesso, ha correttamente ritenuto superfluo indagarne il carattere ritorsivo in quanto mancante il requisito determinante dell'efficacia determinativa esclusiva.

SCARSO RENDIMENTO: NATURA DISCIPLINARE O G.M.O.?

Secondo la giurisprudenza, lo scarso rendimento rileva nell'ambito del **licenziamento per motivo soggettivo** in quanto indice di una prestazione inadeguata, in termini quantitativi e qualitativi, sotto il profilo del diligente adempimento degli obblighi discendenti dal contratto di lavoro (cfr. Cass. 13625/2020 e Cass. 31487/2018)

Per poter legittimamente licenziare un lavoratore per scarso rendimento, è necessaria la contemporanea sussistenza di due presupposti che, in caso di contestazione, devono essere dimostrati in giudizio dal datore di lavoro:

a) il licenziamento deve fondarsi su un elemento di carattere oggettivo, vale a dire l'esistenza di una **notevole sproporzione tra i risultati conseguiti e gli obiettivi assegnati**. La valutazione di tale aspetto non deve essere effettuata in astratto, bensì utilizzando quale **parametro** un rendimento concretamente esigibile, che tenga conto del **rendimento medio registrato da altri dipendenti** in analoghe funzioni.

b) è necessario che la sproporzione tra i risultati attesi e quelli conseguiti sia **imputabile al lavoratore**, ovvero sia frutto di un colpevole e negligente inadempimento degli obblighi contrattuali gravanti sul lavoratore e non sia, invece, ascrivibile all'organizzazione del lavoro o ad altri fattori (T. Roma 12 marzo 2018, n. 1885).

Lo scarso rendimento non può essere dimostrato da plurimi precedenti disciplinari del lavoratore già sanzionati in passato, perché ciò costituirebbe un'indiretta sostanziale duplicazione degli effetti di condotte ormai esaurite (cfr. Cass. 7522/2017 e Cass. 3855/2017). Tuttavia, il principio del *ne bis in idem* non è violato se tali fatti assumono una nuova e diversa rilevanza nella loro dimensione collettiva, incidendo in modo negativo sull'utilità della prestazione resa dal lavoratore (cfr. App. Roma, 557/2016).

PERIODO DI PROVA: DEFINIZIONE DELLE MANSIONI DA SVOLGERE E CONSEGUENZE SANZIONATORIE IN CASO DI LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO.

La Cassazione, con ordinanza del **12 ottobre 2021, n. 27785**, ha chiarito che il patto di prova apposto a un contratto di lavoro **deve riportare la specifica indicazione delle mansioni che ne costituiscono l'oggetto**: tale dettaglio delle mansioni può derivare anche con riferimento alle **declaratorie** del contratto collettivo, sempre che il richiamo sia **sufficientemente specifico** e riferibile alla nozione classificatoria **più specifica**.

Pertanto, qualora la categoria di un determinato livello accorpi una pluralità di profili, è **necessaria l'indicazione del singolo profilo**, mentre risulterebbe generica quella della sola categoria.

Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto **invalido il patto di prova** inserito nella lettera d'assunzione, in quanto il rimando al CCNL - riguardante le mansioni da assegnare - risultava **troppo generico**.

Quali sono le conseguenze?

La sentenza sopra citata non si è pronunciata sul punto.

La giurisprudenza distingue le conseguenze applicabili a seconda del tipo di vizio - genetico o funzionale - che affligge il patto di prova:

- ricorre un **vizio genetico** quando manca di uno dei requisiti essenziali del patto di prova: tempestività della stipulazione, definizione della durata, forma scritta, mancata indicazione precisa delle mansioni;

- ricorre un **vizio funzionale** quando il patto, pur valido dal punto di vista formale e quindi efficace tra le parti non viene adempiuto (ad es. il lavoratore non viene messo in condizione di svolgere le mansioni oggetto della prova perché destinato a mansioni diverse o la durata dell'esperimento è stata inadeguata).

PERIODO DI PROVA: DEFINIZIONE DELLE MANSIONI DA SVOLGERE E CONSEGUENZE SANZIONATORIE IN CASO DI LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO.

Se il **vizio è funzionale**, la parte datoriale si è resa inadempiente ad una obbligazione contrattuale, con conseguente diritto del lavoratore al risarcimento del danno secondo la disciplina comune di diritto civile, ossia, ove possibile, il risarcimento in forma specifica, che coincide con la prosecuzione della prova per il periodo residuo mancante; ove ciò non sia possibile, il prestatore di lavoro potrà ottenere il solo risarcimento del danno per equivalente (cfr. Cass. 31159/2018).

Se il **vizio è genetico** il patto di prova viene considerato nullo e il mancato superamento della prova posto a fondamento del recesso non integra una giusta causa o giustificato motivo di licenziamento; dunque, in quanto privo di giustificazione, il recesso soggiace alla disciplina ordinaria limitativa dei licenziamenti individuali.

Quanto, alle conseguenze dell'illegittimità del recesso, le soluzioni prospettate dalla giurisprudenza sono diverse:

- *«In regime di «tutele crescenti», il lavoratore licenziato in prova, in assenza di un valido patto o a periodo ormai spirato, **non ha diritto alla reintegrazione bensì alla sola tutela indennitaria maggiore, pari a 4 mensilità di retribuzione nelle aziende con più di 15 dipendenti o a 2 mensilità nelle aziende minori**» (cfr. T. Roma, 8953/2017).*
- *«in caso di recesso per mancato superamento della prova riconosciuto illegittimo in considerazione dell'inesistenza del fatto adottato (esito negativo della sperimentazione), è applicabile in via analogica la **sanzione prevista dall'art. 3 co. 2 d.lgs. 23/2015**» (cfr. T. Trento, 6.2.2018).*
- *«il licenziamento per mancato superamento di una **prova inesistente** è un licenziamento totalmente privo di giusta causa o di giustificato motivo, e giustifica dunque la **tutela reintegratoria prevista dalla L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 4, come modificato dalla L. 92/12**» (cfr. Cass. 17528/2017).*

SULLA GIUSTA CAUSA DI RECESSO: IL DISTINGUO TRA DENIGRAZIONE DELL'AZIENDA TRAMITE BACHECA FACEBOOK E TRAMITE CHAT PRIVATA.

Secondo la giurisprudenza (cfr. *ex multis* Cass. 14527/2018), l'esercizio del diritto di critica da parte del dipendente nei confronti del datore o di un superiore gerarchico, può assumere rilievo disciplinare se la critica viene esercitata tramite espressioni tali da superare i limiti della continenza sostanziale (cioè, la congruenza dei fatti alla verità) e di quella formale (cioè, l'utilizzo di modalità ammissibili nell'esposizione dei fatti).

Inoltre, la giurisprudenza più recente è orientata nell'individuare il **discrimine** tra esercizio legittimo del diritto di critica e comportamento illegittimo, passibile di sanzione disciplinare, nella natura – **pubblica ovvero privata** – del mezzo attraverso il quale la critica viene espressa. Più nello specifico:

- Il licenziamento è **legittimo** se il messaggio denigratorio è **pubblicato nella bacheca "Facebook"**: in questo caso, poiché il messaggio può raggiungere un numero indeterminato di persone, la condotta del lavoratore integra diffamazione e sussiste, quindi, giusta causa di recesso (C. 10280/18).
- Mentre, il recesso è **illegittimo** nell'ipotesi in cui il messaggio è contenuto in una **chat privata**:
 - *«L'azienda non può licenziare per giusta causa il dipendente estrapolando dalla **chat aziendale** le conversazioni con un collega dal presunto contenuto offensivo nei riguardi del superiore. La chat è una **corrispondenza privata** che si svolge in **forma riservata** e, dunque, vanno garantite la libertà e la segretezza delle comunicazioni»* (cfr. Cass. 25731/2021);
 - *«I messaggi che circolano attraverso le nuove forme di comunicazione, ove inoltrati non ad una moltitudine indistinta di persone ma unicamente agli iscritti ad un determinato gruppo, come appunto nelle chat private o chiuse, devono essere considerati alla stregua della **corrispondenza privata, chiusa e inviolabile** e tale caratteristica è logicamente incompatibile con i requisiti propri della condotta diffamatoria, che presuppone la destinazione delle comunicazioni alla divulgazione nell'ambiente sociale (esclusa, nella specie, la legittimità del licenziamento intimato ad un lavoratore che nella **chat sindacale** su Facebook aveva offeso l'amministratore delegato)»* (cfr. Cass. 21965/18).

FORMA DEL LICENZIAMENTO E NUOVE TECNOLOGIE

Il licenziamento tramite E-mail

- secondo alcune pronunce, le comunicazioni via e-mail non avrebbero le caratteristiche dell'atto scritto ex art. 2702 c.c., né garantirebbero con certezza l'identificazione del mittente della dichiarazione (C. 7620/01; 29753/17) = **inidoneità del mezzo**

- secondo altre: in assenza della previsione di modalità specifiche, il requisito della comunicazione per iscritto è assolto con qualunque modalità che comporti la trasmissione al destinatario del documento scritto nella sua materialità *«che in tal caso viene riconosciuto in un documento allegato, in formato PDF, alla email inviata al lavoratore»* (C. 29753/17) = **idoneità del mezzo**

Tenuto conto delle posizioni divergenti sul punto, il suggerimento è quello di evitare di inviare il recesso unicamente tramite email, anche laddove l'atto di recesso sia contenuto in un pdf.

Il licenziamento tramite Messaggio Vocale

Viene considerato equivalente al **recesso orale** = **inidoneità del mezzo**

Il licenziamento tramite Messaggio SMS

Alcuni giudici hanno riconosciuto *«l'efficacia del licenziamento tenuto conto dello stato della tecnologia e della valenza dell'sms nell'attuale sistema di scambi e delle comunicazioni, a perseguire gli scopi della l. n. 604/66»* (C.A. Firenze, sentenza 5 luglio 2016, n. 629, T. Torino 23 luglio 2014)

Il licenziamento tramite “*instant messaging system*” : Whatsapp

«Il recesso intimato a mezzo whatsapp appare assolvere l'onere della forma scritta, allorché parte ricorrente abbia con certezza imputato al datore di lavoro il documento informatico, tanto da provvedere a formulare tempestiva impugnazione stragiudiziale» (C.A. Roma, 23 aprile 2018 e T. Catania, 27 giugno 2017).

Tuttavia, non è ammissibile il licenziamento via Whatsapp nel caso in cui non sia possibile dimostrare che il messaggio è stato ricevuto dal lavoratore.

IL LICENZIAMENTO AD NUTUM DEL DIPENDENTE IN POSSESSO DEI REQUISITI PER IL CONSEGUIMENTO DELLA PENSIONE DI VECCHIAIA

Il datore di lavoro può recedere *ad nutum* dal rapporto di lavoro - quindi, senza motivazione e senza l'applicabilità delle tutele previste dall'articolo 18 St. Lav. - nel caso in cui il lavoratore sia in possesso dei requisiti anagrafici e contributivi previsti per il conseguimento della pensione di vecchiaia (cfr. art. 4 comma 2 L. 108/1990 e, *ex multis*, Cass. 435/2019), ossia:

- **67 anni di età** (requisito anagrafico attualmente previsto) e
- **20 di versamenti contributivi.**

Con l'entrata in vigore dell'art. 24, comma 4, L. 214/2011 (conv. dalla L. 214/2011), si è dibattuto se il lavoratore avesse o meno il diritto di optare per la permanenza in servizio anche dopo il compimento dell'età pensionabile, sino al raggiungimento del «*limite massimo di flessibilità pensionistica*» (oggi pari ad anni 71). La Cassazione (cfr. Cass. S.U. 17589/2015) ha precisato che tale norma «**non attribuisce al lavoratore il diritto potestativo di proseguire nel rapporto di lavoro fino al raggiungimento del settantesimo anno di età**» ma «*...dispone una situazione di semplice favor nei confronti del prolungamento del rapporto...che presuppone e richiede la comune volontà delle parti sulla prosecuzione dello stesso*» (cfr. Cass. 20089/2018).

Inoltre, si evidenzia quanto affermato dalla Cassazione con riferimento a **fattispecie in cui il lavoratore licenziato raggiungeva il requisito anagrafico per la pensione di vecchiaia ai sensi dell'art. 12 comma 1 D.L. 78/2010**. Norma questa (oggi superata dall'entrata in vigore dell'art. 24, comma 5, D.L. 201/2011, conv. in L. 214 /2011) che introduceva una finestra temporale per il conseguimento del trattamento pensionistico, precisando che «*si soggetti che a decorrere dall'anno 2011 maturano il diritto all'accesso alla pensione di vecchiaia a 65 anni (...) conseguono il diritto alla decorrenza del trattamento pensionistico trascorsi 12 mesi dalla data di maturazione dei previsti requisiti*».

Secondo la Cassazione, in questi casi «*la possibilità del recesso ad nutum...è condizionata non dalla mera maturazione dei requisiti anagrafici e contributivi idonei per la pensione di vecchiaia, bensì dal momento in cui la prestazione previdenziale è giuridicamente conseguibile dall'interessato*». Ossia, nel caso *de quo*, una volta **trascorsi 12 mesi** dalla data di maturazione dei requisiti idonei per la pensione di vecchiaia. Con la conseguenza che il licenziamento intimato precedentemente - durante la c.d. finestra - non è sottoposto all'applicazione dell'art. 18 pro tempore vigente (cfr. Cass. 13181/2018 e Cass 18662/2020: «*il licenziamento ad nutum è ammissibile in quanto si "goda" del trattamento pensionistico di vecchiaia e non è sufficiente che si sia in attesa di esso, seppure la fruizione sia procrastinata di soli 12 mesi*»).

TRASFERIMENTO D'AZIENDA ILLEGITTIMO: INIDONEITÀ DEL LICENZIAMENTO INTIMATO DAL CESSIONARIO A RIPERCUOTERSI SUL RAPPORTO IN ESSERE CON IL CEDENTE

La Cassazione, con sentenza del **28 settembre 2021 n. 26262**, ha affermato che, in caso di **trasferimento d'azienda illegittimo**, il rapporto di lavoro tra dipendenti ceduti ed il cessionario è instaurato in via **di mero fatto**, quindi le vicende risolutive dello stesso **non** incidono sul rapporto giuridico, ancora in essere, con il cedente.

Il caso trae origine da un trasferimento di ramo d'azienda la cui validità veniva contestata dai dipendenti ceduti, che chiedevano la riammissione in servizio presso la cedente e il pagamento delle retribuzioni maturate e non percepite dalla data di trasferimento. Il Tribunale accoglieva le domande dei ricorrenti. La società cedente proponeva appello e nelle more dei giudizi i lavoratori ceduti venivano licenziati dal cessionario, impugnavano i licenziamenti e conciliavano la relativa causa, con conseguente rinuncia all'impugnazione e risoluzione del rapporto lavorativo originato dalla cessione. La Corte d'Appello, sul presupposto di unicità del rapporto di lavoro, revocava i decreti ingiuntivi e dichiarava la sopravvenuta carenza dell'interesse ad agire dei lavoratori per effetto della conciliazione.

I lavoratori ricorrevano in Cassazione, contestando l'assunto della Corte distrettuale sull'unicità del rapporto di lavoro nonostante l'accertata invalidità del trasferimento d'azienda.

Sul punto, la cassazione ha accolto la tesi dei ricorrenti, richiamando il proprio consolidato orientamento per cui **«soltanto un legittimo trasferimento d'azienda comporti la continuità di un rapporto di lavoro che resta unico ed immutato, nei suoi elementi oggettivi, esclusivamente nella misura in cui ricorrano i presupposti di cui all'art. 2112 c.c.»**.

Segue...

Di conseguenza, **l'unicità del rapporto viene meno quando**, come nel caso di specie, **il trasferimento sia dichiarato illegittimo**, stante l'instaurazione di un diverso e nuovo rapporto di lavoro con il soggetto alle cui dipendenze il lavoratore di fatto continui a lavorare. Invero, una volta che sia accertata l'invalidità del trasferimento, *«il rapporto con il destinatario della cessione è instaurato in via di mero fatto, tanto che le vicende risolutive dello stesso non sono idonee ad incidere sul rapporto giuridico ancora in essere, rimasto in vita con il cedente (sebbene quiescente per l'illegittima cessione fino alla declaratoria giudiziale), determinandosi il trasferimento del medesimo rapporto solo quando si perfezioni una fattispecie traslativa conforme al modello legale»*.

Per questo motivo, i successivi licenziamenti intimati dal cessionario, la loro impugnazione da parte dei dipendenti ceduti e le relative conciliazioni non hanno alcuna conseguenza sui rapporti con il cedente.

Per la Cassazione, quindi, in caso di trasferimento illegittimo per carenza dei requisiti ex art. 2112 c.c., il rapporto di lavoro non si trasferisce e resta nella titolarità del cedente. In tal caso, pur in presenza di una prestazione apparentemente unica, i rapporti di lavoro sono due:

- uno, **de iure**, ripristinato nei confronti dell'originario datore di lavoro, **già cedente**, tenuto alla corresponsione delle retribuzioni maturate dalla costituzione in mora del lavoratore;
- l'altro, **di fatto**, nei confronti del soggetto, **già cessionario**, effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa, con conseguente **ininfluenza delle vicende riguardanti un tale distinto e diverso rapporto su quello con la cedente, ancorché quiescente.**