

ISSN 1121-8762

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

*Impossibilità sopravvenuta
della prestazione e giusta causa*

Carlo Pisani

anticipazione

Pubblicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

N. 2/XXX - 2020

 GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Impossibilità sopravvenuta della prestazione e giusta causa

Carlo Pisani

Sommario: **1.** Il caso, i precedenti e i termini della questione. – **2.** La funzione della giusta causa quale norma esoneratrice dal preavviso. – **3.** L'iter logico-giuridico dell'accertamento del giustificato motivo e della eventuale giusta causa. – **4.** La giusta causa come nozione non limitata al solo inadempimento.

1. Nel caso deciso dalla sentenza, il lavoratore, tecnico di volo, lamentava il mancato riconoscimento dell'indennità sostitutiva del preavviso, che il giudice di merito aveva ritenuto non dovuta in ragione del licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica.

La Cassazione ha accolto il ricorso sostenendo che per i tecnici di volo non vale quanto precedentemente affermato dalla stessa Corte per i piloti, per i quali resta invece preclusa al datore di lavoro la possibilità di disporre l'esecuzione di una diversa prestazione lavorativa, con conseguente incompatibilità con il diritto al preavviso, qualificando il recesso ai sensi dell'art. 2119 c.c. ⁽¹⁾.

La sentenza in commento offre lo spunto per chiarire come si atteggia il diritto al preavviso nel caso di licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore allo svolgimento delle mansioni contrattuali, ma anche in tutte le altre ipotesi in cui l'impossibilità sopravvenuta della prestazione (per carcerazione preventiva, per latitanza, per perdita di titoli abilitanti allo svolgimento delle funzioni, come, ad esempio, il ritiro della patente, del porto d'armi o del tesserino doganale) presenti caratteristiche tali da non consentire di adibire il lavoratore ad alcuna altra mansione neppure per il periodo del preavviso stesso.

⁽¹⁾ Cfr. Cass. 29 marzo 2010, n. 7531, in *MGL*, 2011, p. 59; Cass. 21 luglio 2017, n. 18020, in *GLav*, 2017, n. 36, p. 44; Cass. 29 luglio 2013, n. 18196, in *RFI*, 2013, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 639. *Contra*, Cass. 19 dicembre 1998, n. 12719, *ivi*, 1998, voce *Lavoro Rapporto*, n. 1540, che ha invece riconosciuto il diritto al preavviso in caso di licenziamento in tronco per sopravvenuta revoca della patente di guida ad un autista, ritenendo che l'impossibilità sopravvenuta non integri un'ipotesi di giusta causa.

Il problema si è posto in quanto quello per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore è ormai ritenuto pacificamente un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in relazione al quale, quindi, la legge prevede inderogabilmente il diritto al preavviso. È noto infatti che in tale nozione rientrano anche fatti inerenti alla persona del lavoratore, i quali, pur non consistenti in un inadempimento, risultano però negativamente incidenti sulla organizzazione aziendale ⁽²⁾. Proprio la riconduzione di tale fattispecie nell'alveo dell'art. 3, l. n. 604/1966, ha dunque portato alle volte a dubitare che, anche nelle suddette ipotesi di impossibilità immediata della prestazione, fosse consentito escludere il preavviso, o la relativa indennità sostitutiva, poiché si tratta di diritto previsto, appunto inderogabilmente, da tale norma ⁽³⁾.

Tale questione – che evidentemente non può essere risolta imponendo in tali casi l'obbligo di corrispondere l'indennità sostitutiva del preavviso in quanto un tale obbligo presuppone una scelta del datore di lavoro di non pretendere l'esecuzione della prestazione ⁽⁴⁾ – involge evidentemente quella teorica di ordine più generale riguardante la funzione della giusta causa, sulla quale tuttora si riscontrano diversità di posizioni. Se infatti si ritiene che la norma generale prevista dall'art. 2119, comma 1, c.c., preveda una fattispecie di validità del licenziamento, o, in altri termini, una causale giustificatrice del recesso che si aggiunge alle altre due introdotte dall'art. 3 della l. n. 604/1966, ulteriore ed autonoma rispetto ad esse, indubbiamente diventa difficile poi escludere il diritto al preavviso allorché il licenziamento viene intimato e motivato appunto con il giustificato motivo oggettivo ⁽⁵⁾.

Ma proprio l'assurdità, e forse l'incostituzionalità, di una interpretazione che imporrebbe al datore la prosecuzione, pur limitata nel tempo, di un rapporto per lui totalmente inutile, evidenzia come la funzione della giusta causa, soprattutto dopo l'introduzione del sistema di necessaria giustificazione del li-

⁽²⁾ Cfr. per tutti da ultimo, M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, 2016, p. 86 ss.; B. DE MOZZI, *Condizioni personali del lavoratore e licenziamenti*, Cleup, 2018, pp. 221 ss. Per la giurisprudenza si vedano le sentenze citate alla nota uno.

⁽³⁾ Cfr. P. TULLINI, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, 1994, n. 281; B. DE MOZZI, *op. cit.*, p. 222; P. FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1985, p. 299; L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento tra impossibilità sopravvenuta e eccessiva onerosità*, Editoriale Scientifica, 2008, cap. II; F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Jovene, 1982, p. 109 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. Cass. n. 7531/2010, cit.

⁽⁵⁾ Cfr. P. TULLINI, *op. cit.*, p. 167; F. MAZZIOTTI, *op. cit.*, p. 83; M.V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Franco Angeli, 1974, pp. 17 ss.; P.G. ALLEVA, *Sui principi d'immediatezza e immutabilità nei licenziamenti individuali per giusta causa e giustificato motivo*, in *RTDPC*, 1970, p. 688.

enziamento, non attenga al recesso, come fattispecie di validità dell'atto, bensì esaurisca i suoi effetti, nell'ambito del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, soltanto nell'eliminazione del preavviso ⁽⁶⁾.

2. In effetti, la dottrina ⁽⁷⁾ che, dopo la l. n. 604/1966 e lo Statuto dei lavoratori, ha più approfonditamente indagato sui significati assunti nel tempo dalla giusta causa, nel confutare la costruzione manciniana del recesso straordinario ⁽⁸⁾ ha dimostrato che, anche nel contesto della attuale legislazione, quella nozione è priva di un autonomo rilievo per quanto attiene alla giustificazione, in sé, del licenziamento, poiché la ricorrenza della giusta causa fa soltanto venir meno l'obbligo del preavviso. La giusta causa di licenziamento si configura, dunque, nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, come fattispecie esoneratrice dal preavviso e non come autonoma causale giustificatrice del licenziamento.

La conseguenza "pregnante" di questa ricostruzione risiede nell'affermazione che solo eventi riconducibili al giustificato motivo costituiscano fattispecie di valido recesso, mentre la previsione della giusta causa è neutra rispetto alla individuazione della fattispecie che rende valido il recesso medesimo, i cui parametri di validità sono fissati altrove, e cioè esclusivamente nell'art. 3, l. n. 604/1966 ⁽⁹⁾. In tal modo l'effetto estintivo è sempre provocato da un unico negozio di recesso; mentre il tempo della sua produzione, generalmente posticipato per effetto di una clausola legale, è anticipato quando la giusta causa ne escluda l'operatività, in quanto criterio di esonero della responsabilità per il mancato godimento del preavviso, ovvero norma impeditiva di tale diritto.

Pertanto il giudice, prima dovrà accertare se sussistono i presupposti stabiliti dall'art. 3, l. n. 604/1966, per la validità dell'atto di licenziamento. In caso di esito negativo l'indagine finirà a questo punto. Se invece l'accertamento sarà positivo, diventerà rilevante stabilire il tempo di produzione dell'effetto estintivo dell'atto valido; e solo a questo punto, verrà in rilievo la giusta causa,

⁽⁶⁾ C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, 2004, pp. 31 ss., e ivi ulteriore bibliografia.

⁽⁷⁾ M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1980, p. 100 ss.

⁽⁸⁾ F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, II, *Il recesso straordinario*, Giuffrè, 1965, p. 131.

⁽⁹⁾ Cfr. M. TIRABOSCHI, *Categorie civilistiche e recesso unilaterale: il contratto di lavoro subordinato*, in G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione dei contratti*, Giuffrè, 1994, p. 1083, secondo il quale con tale teoria «viene logicamente preclusa la possibilità di far rientrare attraverso la finestra (la giusta causa) quanto si è già cacciato fuori dalla porta (giustificato motivo soggettivo), e cioè la rilevanza ai fini della validità del licenziamento di comportamenti contrattualmente irrilevanti».

come norma che, appunto, disciplina esclusivamente la mancanza del preavviso⁽¹⁰⁾.

La giurisprudenza, pur senza particolare consapevolezza, solitamente mostra di concepire la giusta causa come terza fattispecie di valido licenziamento, dalla quale peraltro continuare a dedurre la concezione fiduciaria del recesso; tuttavia un'importante sentenza delle sezioni unite ha mostrato di recepire la suddetta tesi. Infatti, così è dato leggere nella sentenza della Suprema Corte a sezioni unite n. 4844/1994: «Per le ragioni su esposte, non sembra, invero, che si possa configurare la giusta causa come causa del negozio giuridico di recesso; il licenziamento come atto unilaterale ricettizio è completo dei suoi elementi costitutivi indipendentemente dalla esistenza della giusta causa [...]. La giusta causa integra soltanto un presupposto di fatto che, se invocato dal datore di lavoro e non impugnato dal lavoratore (o, se impugnato, accertato sussistente), lo esonera dal corrispondere la indennità sostitutiva del preavviso. Si può affermare pertanto con sicurezza che non esistono due diversi negozi denominati “licenziamento”, uno semplice e l'altro “per giusta causa”: l'atto di recesso è unico ed ha struttura non diversa nei due casi, ancorché nel-

⁽¹⁰⁾ Cfr. M. PERSIANI, *Recensione alla Stabilità reale del rapporto di lavoro di Mario Napoli*, in *RGL*, 1983, I, p. 336; in senso analogo, lo stesso autore in *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (a cura di), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 1971. Conformi alla suddetta ricostruzione di M. Napoli anche A. DI MAJO, *Recensione a Mario Napoli, La stabilità reale del rapporto di lavoro*, in *DLRI*, 1991, p. 700; A. ALTAVILLA, *Le dimissioni del lavoratore*, Giuffrè, 1987, pp. 34 ss.; G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, 1987, p. 291; M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare*, Cedam, 1993, p. 100; G. SANGIORGI, voce *Giusta causa*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, p. 189, il quale sostiene che la giusta causa non incide sullo svolgimento del contratto ma sull'obbligo del preavviso; M. GRANDI, voce *Rapporto di lavoro*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, p. 357, secondo il quale la giusta causa è fattispecie «esclusiva dell'obbligo di preavviso»; M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, pp. 1076 ss.; E. GRAGNOLI, *Conversione del recesso per giusta causa in uno per giustificato motivo*, in *ADL*, 2001, n. 3, p. 830. Sembra aderire a questa impostazione anche E. GHERA, *Diritto del Lavoro*, Cacucci, 2000, p. 339, laddove afferma, a proposito del recesso per giusta causa, che «non si è in presenza di due differenti negozi di recesso, “uno semplice e l'altro per giusta causa”, bensì di un unico tipo, rispetto al quale la giusta causa costituisce solo un presupposto di fatto che esonera dal preavviso». Alla suddetta impostazione possono essere ricondotti anche le posizioni che negavano espressamente la configurazione dell'art. 2119 c.c. per il rapporto a tempo indeterminato in termini di recesso straordinario: L. MENGONI, *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della CECA*, CEE, 1958, p. 243; G. SARACINI, *Appunti sul recesso per giusta causa*, in *RGL*, 1952, p. 184.

la giusta causa sia invocato un presupposto di fatto dal quale seguono effetti economici»⁽¹¹⁾.

3. Applicando questa ricostruzione al caso del licenziamento per sopravvenuta inidoneità, occorre, dunque, operare una distinzione tra l'indagine riguardante la giustificazione del licenziamento, che deve essere condotta alla stregua dei criteri elaborati dalla giurisprudenza a proposito dell'art. 3, l. n. 604/1966, e quella, eventuale e successiva, a cui si accederà solo una volta appurata la sussistenza del giustificato motivo oggettivo, in quanto riguarderà esclusivamente il tempo di produzione dell'effetto estintivo, da valutare alla stregua della norma a precetto generico di cui all'art. 2119 c.c.

Pertanto, l'iter logico giuridico si snoda su due passaggi: il primo comporta l'accertamento degli estremi della causale giustificatrice del recesso, e cioè una inidoneità fisica che sia, anche se non definitiva, di durata imprevedibile⁽¹²⁾ e che renda il lavoratore inutilizzabile anche in altre mansioni disponibili, ferma restando l'inalterabilità della predisposta organizzazione aziendale⁽¹³⁾. Solo a questo punto occorrerà verificare se tale inidoneità presenti caratteristiche tali da non consentire una utilizzazione del lavoratore neppure per il periodo del preavviso, come riconosciuto dalla Cassazione per i piloti di aeromobile⁽¹⁴⁾.

Nella maggior parte dei casi la giustificazione del licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore implicherà nel contempo anche la sussistenza della giusta causa, in quanto, se il lavoratore non può essere adibito proficuamente ad alcuna mansione o altre mansioni, è probabile che non potrà esserlo neppure per il limitato periodo del preavviso.

Tuttavia i due aspetti vanno tenuti distinti concettualmente, non solo per le suddette esigenze sistematiche, ma anche perché non può escludersi aprioristicamente che, in casi particolari, l'inidoneità fisica, se da un lato sia sufficiente per ritenere giustificato il licenziamento, non essendoci posizioni libere alternative a cui poter adibire stabilmente il lavoratore, dall'altro lato possa non integrare quella causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto, laddove essa presenti caratteristiche tali per cui il lavoratore possa svolgere utilmente qualche mansione accessoria senza che ciò comporti l'alterazione dell'organizzazione, soprattutto in ipotesi di preavviso breve.

⁽¹¹⁾ Così Cass., sez. un., 18 maggio 1994, n. 4844, in *FI*, 1994, I, p. 2076; conforme, in precedenza, Cass. 6 giugno 1978, n. 2828, in *RDC*, 1980, II, p. 167.

⁽¹²⁾ Cass. 26 maggio 2014, n. 11715, in *FI*, 2014, I, 2509; Cass. 31 gennaio 2012, n. 1404, in *MGL*, 2012, p. 570; Cass. 14 dicembre 1985, n. 6349, in *FI*, 1986, I, 1582; Cass. 21 marzo 1990, n. 2329, in *MGL*, 1990, p. 298.

⁽¹³⁾ Cass. 30 dicembre 2009, n. 27845, in *MGL*, 2010, p. 263; Cass. 15 novembre 2002, n. 16141, *ivi*, 2003, p. 53; Cass. 13 ottobre 2009, n. 21710, *ivi*, p. 165; Cass., sez. un., 7 agosto 1998, n. 7755, in *FI*, 1999, I, 197.

⁽¹⁴⁾ Cfr. sentenze citate a nota 1.

Da tutto ciò emerge che, se non si ha chiara la relazione che intercorre tra giustificato motivo e giusta causa, si rischia di non scorgere la soluzione più corretta e logica al problema specifico del preavviso nelle fattispecie in esame, addivenendo alla conclusione poco sensata di ritenere inevitabile riconoscere sempre e comunque il diritto al preavviso anche quando la principale obbligazione del lavoratore sia divenuta impossibile⁽¹⁵⁾.

Eguale non condivisibile dal punto di vista sistematico è l'altra tesi che ritiene sempre dovuto il preavviso in queste situazioni poiché concepisce la giusta causa quale fattispecie limitata ai soli inadempimenti contrattuali, sia pure «più che notevoli»⁽¹⁶⁾. Questa ricostruzione si scontra con il dato letterale dell'art 2119 c.c., la cui ampia formulazione consente di dare rilevanza ad evenienze ulteriori e differenti rispetto a quelle riguardanti l'inadempimento degli obblighi contrattuali, al fine di escludere il diritto al preavviso⁽¹⁷⁾. A conferma di ciò si pone la stessa evoluzione dell'istituto poiché nell'art. 2119 c.c. compare la parola “causa” al posto della parola “mancanza” utilizzata in precedenza nella legge sull'impiego privato (art. 9, comma 3, l. n. 562/1926)⁽¹⁸⁾. Ed è significativo che il legislatore non abbia ritenuto di modificare l'espressione volutamente ampia dell'art. 2119, richiamandola anzi tale e quale quando ha introdotto la nozione di giustificato motivo soggettivo, espressamente riferita ai casi di notevole inadempimento⁽¹⁹⁾.

Pertanto resta indimostrato, apparendo più oggetto di rifiuto aprioristico che di convincente confutazione⁽²⁰⁾, perché la perdita del preavviso per il concorso di una giusta causa sia inaccettabile o improponibile in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo per fatti inerenti alla persona del lavoratore anche nel caso in cui essi non integrino un inadempimento degli obblighi contrattuali, qualora però tali fatti si sostanzino in una ragione tale da non consentire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto⁽²¹⁾, come può verificarsi nel caso della sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore che presenti queste caratteristiche.

⁽¹⁵⁾ Cfr. autori citati a nota 3.

⁽¹⁶⁾ Cfr. C. CESTER, *La sopravvenuta inidoneità del lavoratore fra itinerari giurisprudenziali e innovazioni normative*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Giuffrè, 2004, pp. 562 ss.; L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva, Il preavviso di licenziamento*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 232.

⁽¹⁷⁾ C. PISANI, *op. cit.*, p. 161 e ivi ulteriore bibliografia.

⁽¹⁸⁾ Per tutti, F. MANCINI, *op. cit.*, p. 131.

⁽¹⁹⁾ Cfr. A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, vol. II, *Il rapporto di lavoro*, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, p. 480.

⁽²⁰⁾ Così M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 10 e p. 108.

⁽²¹⁾ Per un analogo ordine di idee, cfr. F. MANCINI, *op. cit.*, p. 131, a proposito del rapporto, prima della l. n. 604/1966, tra l'art. 2119 c.c. e l'art. 1464 c.c.

Diverse invece devono essere le conclusioni nelle ipotesi in cui il giustificato motivo oggettivo consista nella soppressione del posto del lavoratore. È evidente infatti che qui è il datore di lavoro che decide di modificare la organizzazione e quindi egli deve programmarla tenendo conto del diritto del lavoratore al preavviso, se non vuole optare per il pagamento dell'indennità sostitutiva; e ciò in base al principio generale secondo cui le scelte organizzative dell'imprenditore non possono prescindere dal rispetto della disciplina inderogabile del rapporto di lavoro.