IL LICENZIAMENTO PER INIDONEITÀ FISICA*

Premessa. Tesi, antitesi e sintesi.
1. Storia breve del diritto del lavoro, del recesso e del suo rapporto con il codice civile. – 1.1. Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento nell'ambito delle categorie civilistiche della impossibilità sopravvenuta temporanea, totale o parziale; la mera maggiore difficoltà alla prestazione. – 2. Antitesi. Dottrina e giurisprudenza: licenziamento per g.m.o. e inidoneità del lavoratore nell'ambito del rapporto di lavoro. – 3. La giurisprudenza italiana in tema di licenziamento per inidoneità fisica del lavoratore. – 3.1. Inidoneità quale giustificato motivo oggettivo o impossibilità sopravvenuta? Le ricadute pratiche della diversa qualificazione.– 3.2. Alcuni fondamentali passaggi giurisprudenziali: obbligo di ripescaggio anche in mansioni inferiori; necessità dell'offerta datoriale della mansione inferiore o sufficienza di mera accettazione in caso di espressa richiesta del lavoratore; necessità o meno dell'adeguamento della organizzazione aziendale alla residua capacità lavorativa del lavoratore. – 3.3. Licenziamento per g.m.o. e sopravvenuta inidoneità nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni; cenni. – 3.4. Le procedure collettive e amministrative di accertamento della invalidità sopravvenuta, e le vie di ricorso del lavoratore. – 4. Conclusioni. Sintesi. – Appendice giurisprudenziale.

Premessa. Tesi, antitesi e sintesi.

Il tema del licenziamento, ed in particolare del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, ha storicamente coinvolto l'essenza stessa del diritto del lavoro il suo rapporto con il diritto civile o meglio delle obbligazioni. Analogamente a quanto accaduto con riguardo ai casi di sospensione protetta della prestazione lavorativa, mossasi in deroga alle regole dell'inadempimento (artt. 2110 e 2111 c.c.), anche il licenziamento è stato dalla migliore dottrina "agito" come evento "straordinario" (Mancini); e questa stessa considerazione si avanza ancor oggi, quasi a significare come le cose "a volte ritornino".
Le ampie considerazioni svolte in materia di giustificato motivo oggettivo (Ichino), e le recenti proposte di modifica della normativa tuttora vigente, per rendere forse meno "impossibile" il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, cozzano in verità con il tradizionale strumentario utilizzato dai Giudici che, talora inconsapevolmente, hanno finito per confermare la teoria per la quale, appunto, nella contrapposizione tra valore dell'impresa e del lavoro la prima risulterebbe, sostanzialmente, perdente. La materia specifica della inidoneità fisica come (fondato) giustificato motivo oggettivo o meno segue la medesima logica, ma tuttavia pare esprimere, almeno a prima vista, una motivazione seria e concentrata sulla persona del lavoratore quale centro d'imputazione di una tutela "reale" e costituzionalmente garantita.
Ma come appare dal titolo di questa premessa, è mia intenzione esprimere da subito quale è la mia tesi in proposito: ovvero quella per la quale, allo stato dell'elaborazione giuridica nel nostro paese, il licenziamento per g.m.o. appare talora sostanzialmente "impossibile", come impossibili risultavano i licenziamenti collettivi vigente il precedente sistema di ammortizzatori sociali di cui alle leggi degli anni '70.

1. Storia breve del diritto del lavoro, del recesso e del suo rapporto con il codice civile.

Si è detto che l'istituto del recesso è emerso nel tempo quale inevitabile esito tra codificazione del diritto civile e sviluppo industriale; tra durata del contratto e ragioni della sua cessazione; tra legami perpetui, ipotesi di recesso e contratti a tempo determinato, non a caso mossisi nel tempo con un impressionante andamento rapsodico parallelo (basti pensare alle dinamiche delle ipotesi di legittima apposizione del termine al contratto di lavoro, tra la locatio operarum del codice previgente e le più recenti normative liberalizzatrici; da ultimo Mainardi 2007).
Ma la formale equiparazione delle parti "imposta" dal codice civile, sulla falsariga della ricostruzione barassiana del contratto di lavoro, non poteva non cedere il passo alle ragioni della Costituzione, da un lato, e alle spinte dei movimenti sindacali incipienti, per altro verso, che di lì a poco avrebbero portato alla approvazione prima della legge n. 604/1966 e poi dello Statuto dei diritti dei lavoratori. Senonché, nel fare questo, il legislatore, secondo uno schema da lì in poi sempre più frequente, ha inteso lasciare alle parti collettive, ovvero ai contratti di categoria, la competenza a sciogliere le nozioni di giusta causa e giustificato motivo; ovvero, in ultima istanza, all'attività interpretativa del giudice, che all'occorrenza dimostrava ampiamente e spesso di meritare la definizione di peritus peritorum; seppure non sempre con esiti soddisfacenti in termini di "giustizia sostanziale" nelle decisioni e anzi talora, per molti anni, muovendosi, come noto, nell'alveo di una sorta di "battaglia sociale".

1.1. Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento nell'ambito delle categorie civilistiche della impossibilità sopravvenuta temporanea, totale o parziale; la mera maggiore difficoltà alla prestazione.

Le norme codicistiche dedicate alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta, definitiva (e parziale) o temporanea, ed in particolare gli artt. 1463-1464, da un lato, e 1256, dall'altro, a loro volta hanno quantomeno "provato" ad estendere i propri effetti sulle fattispecie lavoristiche, con riguardo a specifiche ipotesi oggi divenute, invero, frequenti, quali quella della carcerazione preventiva (v. infatti già Cass. 5 luglio 1957, n. 2621, in RGL). E tuttavia avrebbero inevitabilmente trovato sulla propria strada le idee della dottrina ma soprattutto la oramai affermata "specialità" delle regole del diritto del lavoro (Ghera), per la quale la retribuzione, per sua stessa struttura, non avrebbe mai potuto risultare una obbligazione impossibile. Così, se appare ai nostri fini privo di rilievo l'art. 1463 c.c.., in tema di impossibilità totale, va comunque affrontato preliminarmente anche il tema della impossibilità parziale ratione temporis ex art. 1464 c.c. ovvero dell'impossibilità temporanea ex art. 1256 c.c.
È infatti vero che di regola la dottrina era solita ammettere il diritto a risolvere il rapporto laddove non risulta un "apprezzabile interesse" del creditore alla prestazione, ad es. e ancora nel caso di un procedimento penale a carico del lavoratore, e il diritto del lavoro, o meglio del recesso nel rapporto di lavoro, sembra pertanto piuttosto "recettivo" rispetto alle norme appena citate, ed ai principi ad esse sotteso. Solo che, a questo punto, come sopra accennato, si tratta di verificare la tenuta giudiziale di tali argomentazioni e soprattutto individuare il fondamentale presupposto dell'operazione, dato dall'interesse del datore di lavoro all'estinzione del rapporto ovvero, il che è lo stesso, dall'im-

* Relazione tenuta al convegno del Centro Studi di Diritto del Lavoro Domenico Napoletano, sezione Veneto, a Treviso il 12.12.2008 e avente ad oggetto il seguente tema: "Il licenziamento individuale, quali tutele nell'epoca della crisi".

possibilità dello stesso di farsi carico della impossibilità della prestazione.
Giunti a questo punto, tuttavia, all'interprete si pone davanti una alternativa: cercare di utilizzare, in tali occasioni, le nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo, riproponendo probabilmente fallaci letture della normativa; ovvero sposare una autorevole ma isolata posizione (Mazziotti) secondo la quale in questi casi il meccanismo dell'impossibilità sopravvenuta temporanea (c. 5, art. 1256 c.c.) andrebbe letto alla stregua di una giusta causa naturalisticamente intesa; in entrambi i casi, peraltro, non una causa automatica, ma condizionata da una manifestazione di volontà dell'imprenditore.
Dal suo canto la giurisprudenza, per sua natura ben più pragmatica della dottrina, ha affrontato i casi sottoposti alla sua attenzione con gli strumenti, diremo inevitabili, del giustificato motivo oggettivo ex artt. 1 e 3, l.n. 604/1966 e, con maggiore riluttanza, della giusta causa; giurisprudenza tuttavia affiancata, quanto alla prima soluzione, da buona parte della dottrina (Persiani, Pera, Vallebona, Gragnoli, Ichino), meno sensibile ai richiami della "foresta" della alternativa giudiziaria.
Ed una massima esemplificativa, somma di più massime reali, potrebbe essere quella per cui "La sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore costituisce "ragione" tecnico-produttiva di recesso qualora si presenti come definitiva, assolutamente incompatibile con le mansioni precedentemente svolte, esigibili o inferiori. L'impedimento fisico del prestatore di lavoro non deve essere superabile mediante l'adozione di diverse modalità di esecuzione del lavoro compatibili con l'organizzazione aziendale, inoltre deve essere imprevedibile quanto a durata, sì da ridurre apprezzabilmente l'interesse del datore di lavoro alle future prestazioni lavorative del dipendente (Cass. civ., 13 dicembre 2000, n. 15688; Cass. civ., 2 agosto 2001, n. 10754; Cass. civ., 26 maggio 2001, n. 7210; Cass. civ., 20 maggio 1993, n. 5713; Cass. civ., 26 giugno 1991, n. 7196; Cass. civ., 21 marzo 1990, n. 2329; Cass. civ., 14 dicembre 1985, n. 6349; Cass. Civ,. 5 marzo 2003, n. 3250 che tuttavia per riconoscere la legittimità del licenziamento esige la perdita totale dell'interesse del datore di lavoro alla prestazione; Cass. civ., 14 dicembre 1999, n. 14065).

2. Antitesi. Dottrina e giurisprudenza: licenziamento per g.m.o. e inidoneità del lavoratore nell'ambito del rapporto di lavoro.

Sfogliando la manualistica italiana non può non riscontrarsi una sorta di "trasparenza" del tema qui affrontato, sia sotto il profilo generale del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sia di quello, ancor più delicato per quanto attiene alla tutela della persona del lavoratore, del possibile recesso per impossibilità della prestazione di lavoro a causa di una sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni ricoperte.
Se si eccettua parte (Ichino), soprattutto recente (Ogriseg), della dottrina italiana, il tema è sempre stato visto come un tabù. Esso infatti sembra in nuce riproporre sul tavolo il confronto tra le ragioni dell'economia (dell'impresa) e del lavoro, sul quale pure i giuslavoristi più avvertiti hanno ritenuto di soffermarsi (Del Punta).
Così, ed escluso ovviamente ogni motivo discriminatorio, illecito, futile o capriccioso, si è solo a fatica riconosciuta la possibilità di un recesso (rectius licenziamento) fondato sul fatto che la prosecuzione del rapporto comportasse per l'impresa un costo superiore rispetto all'utilità prodotta.
Va da sé che non qualsivoglia perdita attesa può giustificare un licenziamento per g.m.o., ma solo una perdita superiore ad una data soglia. Ma quale è questa ipotetica soglia? E soprattutto chi la quantifica?
Posto che solo la dottrina più autenticamente "liberale" rimarcava il dato che l'art. 41 Cost. non poteva certo consentire che l'attività di impresa "dovesse" svolgersi in perdita (Pera), seguita da una parte della giurisprudenza, si trattava invero di conciliare l'evidente ratio della legge limitativa del potere di licenziamento e la norma costituzionale che, come noto, seppure riconosce la libertà di iniziativa economica al tempo stesso la condiziona al rispetto di valori, evidentemente ritenuti superiori alla stessa.
Un primo dato potrebbe dunque essere quello per cui almeno entro un certo limite l'impresa deve consentire una perdita, derivante dalla prosecuzione di un rapporto di lavoro per essa non proficuo: e così verrebbe confermata la teoria del contenuto assicurativo del rapporto di lavoro (Ichino), che mi trova sostanzialmente e anzi vieppiù d'accordo, quantomeno valutando l'esperienza normativa e contrattuale giulavoristica nel nostro paese.
Non voglio tuttavia addentrarmi su questi temi (costo contabile, costo opportunità, costo sociale, etc.), e sottrarmi invece al compito affidatomi.
Ma fatte queste premesse, coerenti con la tesi in premessa, entro ora nel piano della c.d. antitesi, nella specie ciò che è avvenuto nella realtà normativa e giurisprudenziale con riguardo alla tematica del licenziamento per g.m.o. sub specie di inidoneità fisica.

3. La giurisprudenza italiana in tema di licenziamento per inidoneità fisica del lavoratore.

È comune in giurisprudenza affermare, in generale, che la legge, ovvero l'art. 3 della l. n. 604/1966, consente il licenziamento motivato dalla soppressione del posto, ma non dalla sostituzione del lavoratore. Ricordo ancora con affetto misto a rabbia una decisione, da me annotata, nella quale veniva ritenuto illegittimo il licenziamento intimato a seguito dell'accorpamento nello stesso datore di lavoro delle mansioni e dunque del famigerato "posto", sino a quel momento ricoperto da un lavoratore dipendente. Era quella una sostituzione del lavoratore o meglio una soppressione di un posto? E il giudice cosa valuta in realtà? Certo formalmente la presunta soppressione del posto o sostituzione del lavoratore ma in verità il costo sopportato e dunque il vantaggio conseguente a favore dell'impresa, sul presupposto che se esso è legittimo solo se ingente.
Allo stesso modo la nostra giurisprudenza ripropone in materia lo schema tipico del repechage, ovvero la regola per la quale neppure la soppressione del posto sarebbe sufficiente a legittimare il licenziamento, dovendo il datore di lavoro dimostrare di non poter riutilizzare il lavoratore in altra posizione professionale, anche se diversa e inferiore; così come accede per il caso, che qui più interessa, nel quale il lavoratore risulti impossibilitato a svolgere le mansioni originarie ma in esso residui comunque una certa capacità lavorativa. Ora, secondo una ricostruzione condivisibile è questa – ovvero l'obbligo, ovvero il contenuto, di repechage – la soglia massima di perdita imponibile all'impresa. Così che in tal modo verrebbe sciolta quella sorta di riserva di cui sopra si parlava.
Come emerso dalla relazione di chi mi ha preceduto, una volta appurato che – in determinati e ripeto residuali casi – il datore di lavoro appare infine legittimato a sciogliere il rapporto sulla base di un giustificato motivo oggettivo, va precisato che nel far questo l'ordinamento giuridico impone l'adozione di qualche criterio di scelta del lavoratore tra quelli svolgenti, in ipotesi, le medesime mansioni oramai superflue. Sullo sfondo stanno ovviamente la legge n. 223/1991 e i principi di correttezza e buona fede nello svolgimento del rapporto di lavoro, ma soprattutto il significato precipuo dello stesso art. 3 l. n. 604/1966, ovvero la considerazione degli effetti che la risoluzione del rapporto potrà avere nei confronti dei diversi soggetti astrattamente "licenziabili".
Ebbene, seguendo il ragionamento sopra svolto, appare chiaro che in questo caso la giurisprudenza si muove nella considerazione di una supposta "fungibilità" tra lavoratori, conseguente anche a possibili costi di riaddestramento, che dovrebbero in ipotesi risultare inferiori

ad una data soglia, nuovamente lasciata alla decisione discrezionale del giudice.
Ma veniamo ora al caso specifico dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa, causata in particolare da un lato dalla malattia o infortunio, in ragione della quale ci si muoverà nell'ambito delle regole del comporto, in specie nel suo sottotipo "per sommatoria"; dall'altro da un impedimento fisico definitivo allo svolgimento delle mansioni contrattuali. In questo caso, come è ovvio, riemerge opportunamente la regola del repechage, nella sua versione più hard per la quale il licenziamento risulterebbe giustificato e dunque legittimo solo laddove non sia "ragionevolmente" possibile adibire il lavoratore ad altre mansioni, anche se professionalmente inferiori o di contenuto quantitativamente ridotto rispetto alle precedenti. Ma anche qui l'ordinamento giuridico, nella sua espressione normativa, non ci aiuta, per cui è ancora il giudice a doversi muovere nei panni del peritus peritorum.
E così troviamo decisioni che, pur affermando la insindacabilità delle scelte imprenditoriali (riappare qui quasi miracolosamente l'art. 41, Cost.; ed è per questo che a volte, ingenuamente, il legislatore interviene a ribadire un principio già sancito a livello costituzionale: v. ad. es. il d.lgs. n. 276/2003), in verità, entrando prepotentemente nel merito delle scelte imprenditoriali, la definisce di volta in volta "pretestuosa", "non genuina", "non veramente necessaria" !!!
E ancora si distingue ambiguamente, con evidenti fini di interpretazione e politica del diritto (sui quali già Tarello poneva fondati sospetti) tra scelta sottostante e scelta conseguente, richiedendo rapporti di coerenza tra essi, ma dalla stessa giurisprudenza smentita laddove essa applica lo schema del repechage (amplius Ichino).
Ciò premesso va considerata ora la più recente giurisprudenza che ha sostanzialmente confermato quanto esposto in premessa (tesi), ponendosi quale effettiva antitesi: sgombrato il campo dalla fattispecie del licenziamento per superamento del periodo di comporto, causa autonoma ed ulteriore rispetto a quella per g.m.o., anche se per inidoneità sopravvenuta del lavoratore, e come tale non in contrasto con i principi costituzionali della previdenza ed assistenza sociale e del mantenimento del rapporto di lavoro (per tutte Cass. 26 giugno 1996, n. 5927, NGL, 1996, 858); e non potendoci qui soffermare sui diversi orientamenti relativi alla conseguenza del superamento del periodo di comporto e ai comportamenti richiesti dal datore recedente; e ancora facendo rientrare il diverso ma omogeneo caso della eccessiva morbilità nella disciplina dettata per la malattia in generale e dunque nelle previsioni di un comporto c.d. improprio. Tutto questo appurato e dato per acquisito, solo al di fuori dei casi citati potrà riemergere il ruolo dell'art. 3 l. n. 604/1966.
Si è detto fin dall'inizio che la sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore viene ad atteggiarsi a species del genus "impossibilità parziale sopravvenuta non imputabile", ai sensi delle disposizioni codicistiche già richiamate e dell'art. 3 l. n. 604/1966.
Ma si tratta adesso di verificare come la giurisprudenza intende tale causale oggettiva di licenziamento e ancor di più con quali metodologie e competenze deve essere riscontrata e validata la effettiva inidoneità, tenendo a mente quanto affermato già 38 anni fa dall'art. 5 St. lav. in tema di controlli sullo stato di salute del lavoratore e anticipando come, sino al più recente d.lgs. n. 81/2008, tale disciplina abbia mutato sostanzialmente i propri principi e contenuti.

3.1. Inidoneità quale giustificato motivo oggettivo o impossibilità sopravvenuta? Le ricadute pratiche della diversa qualificazione.

a) Va da sé, infatti, che se si riconduce la sopraggiunta inidoneità del lavoratore alle mansioni contrattuali al giustificato motivo oggettivo risulta necessario, secondo quanto anticipato, che il datore di lavoro ricerchi una diversa sistemazione del lavoratore nella organizzazione aziendale (così ad es. Cass. 6 marzo 2007, n. 5112, D&L 2007, 504; Cass. 7 marzo 2006, n. 4827; Trib. Firenze 4 luglio 2003, D&L 2004, 170; Cass. 5 agosto 2000, n. 10339, LPO, 2000, 2083, che cassa un Trib. che aveva ritenuto sussistere un obbligo di cooperazione dell'imprenditore esteso sino all'acquisto di nuovi mezzi ad hoc; Cass. 7 agosto 1998, n. 7755, D&L 1998, 1029, cit. anche infra; Cass. 10 ottobre 2005, n. 19686), talora arrivandosi, nella discrezionalità del giudice, ad imporre sostanzialmente un mutamento della organizzazione medesima, proprio per evitare la extrema ratio del licenziamento (in quest'ultimo senso v. anche Trib. Milano 26 ottobre 1999, D&L 2000, 219, circa la richiesta possibilità che il datore modifichi la propria organizzazione aziendale in relazione alle diminuite capacità della lavoratrice dotata a quel punto di un "forzato minore rendimento"; Pret. Monza , sez. Desio, 15 dicembre 1997, D&L 1998, 765, che reputa illegittimo il licenziamento laddove il datore ometta di introdurre mezzi meccanici atti ad alleviare gli sforzi fisici del lavoratore; appare invece condivisibile che il giudizio di incompatibilità del dipendente non possa valutarsi ex ante da datore di lavoro, in considerazione di un preesistente stato di malattia potenzialmente suscettibile di "ingravescenza": Cass. ult. cit.; Cass. 23 marzo 2004, n. 5808 cassa una decisione giunta a ritenere illegittimo il licenziamento di un lavoratore a tempo parziale cui era stato offerta la trasformazione a tempo pieno, sul presupposto che il datore avrebbe potuto/dovuto scegliere la strada dell'assunzione di altro lavoratore a tempo parziale (sic!).
E in questi ultimi casi richiamati, ci pare, risulterebbe evidente il carattere sostanzialmente assicurativo del contratto di lavoro.
b) Se, al contrario, ritenessimo che lo stesso evento ricade nell'ambito della impossibilità sopravvenuta (ma a dire il vero la stessa Cassazione utilizza indistintamente le due nozioni, confondendo le stesse norme di riferimento, ovvero art. 3 l. n. 604/1966 e artt. 1463 e 1464 c.c.: cfr. Cass. 14 dicembre 1999, n. 10465, RGL, 2000, 439), il datore potrebbe non essere chiamato a dimostrare l'insussistenza di mansioni compatibili con il nuovo stato di salute, comunque attribuibili al lavoratore. Non sussisterebbe cioè un diritto a mansioni diverse e compatibili con lo stato di salute modificato. E d'altro canto, si è già detto, l'accertamento della impossibilità ex art. 1464 c.c. consente il licenziamento anche prima del superamento del periodo di comporto. Cioè a dire che l'art. 1464 c.c. prevale sull'art. 2110 c.c., che pure si atteggia a legge speciale del rapporto di lavoro. Non cambia infine la sostanza il fatto che si parli talora in tali casi di giustificato motivo oggettivo sui generis (ad es. Cass. SU 7 agosto 1998, n. 7755, MGL, 1998, 876), mentre la legge sul collocamento dei diversamente abili, questa si speciale, ha preso in considerazione la specifica ipotesi del lavoratore disabile, prevedendo l'esclusione del potere di licenziamento nei suoi confronti a fronte di mansioni equivalenti o inferiori disponibili all'interno dell'impresa. Il che dimostra che quando l'ordinamento ha voluto prevedere il repechage, l'ha fatto espressamente, senza lasciarne il compito, interpretativamente ma anche discrezionalmente, al giudice (così anche Ichino; in verità anche Ghera chiarisce la natura ed origine giurisprudenziale della figura in esame).

3.2. Alcuni fondamentali passaggi giurisprudenziali: obbligo di ripescaggio anche in mansioni inferiori; necessità dell'offerta datoriale della mansione inferiore o sufficienza di mera accettazione in caso di espressa richiesta del lavoratore; necessità o meno dell'adeguamento della organizzazione aziendale alla residua capacità lavorativa del lavoratore.

La citata decisione n. 7755/1998 delle sezioni unite civili sembra costituire il punto di svolta per un nuovo orientamento più aderente alla scala di preva-

lenza interna ai diversi valori accolti e tutelati dalla nostra Costituzione, per il quale "La sopravvenuta infermità permanente e la conseguente impossibilità della prestazione lavorativa, quale giustificato motivo di recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro subordinato (artt.1 e 3, legge n. 604 del 1966 e 1463, 1464 del codice civile), non è ravvisabile nella sola ineseguibilità dell'attività attualmente svolta dal prestatore, ma può essere esclusa dalla possibilità di altra attività riconducibile – alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede – alle mansioni attualmente assegnate o a quelle equivalenti (articolo 2103 del codice civile) o, se ciò è impossibile, a mansioni inferiori, purchè questa attività sia utilizzabile nell'impresa, secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore.
Ciò significa altresì che "La sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore a svolgere le mansioni assegnategli autorizza il datore di lavoro a recedere dal rapporto, a condizione che egli dimostri, a norma degli artt. 1464 c.c. e 3 l. n. 604/1966, di non aver alcun interesse apprezzabile a utilizzare il proprio dipendente in mansioni equivalenti a quelle precedentemente svolte e compatibili con lo stato di salute del medesimo; tale onere probatorio si estende fino alla dimostrazione dell'inesistenza di altra possibile collocazione equivalente in azienda"; "nell'ipotesi di sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore alle mansioni affidategli, determinante una parziale impossibilità della prestazione, il datore di lavoro può, a norma dell'art. 1464 c.c., risolvere il rapporto, ove non abbia un apprezzabile interesse all'adempimento parziale; tale opzione datoriale, tuttavia, concretandosi nell'esercizio del potere di licenziamento, va esercitata nel rispetto dei principi della l. n. 604 del 1966, con particolare riferimento agli artt. 1 e 3. Ne consegue che può ritenersi legittimo il recesso del datore di lavoro solo quando sia provata l'impossibilità di adibire il lavoratore, la cui prestazione sia divenuta parzialmente impossibile, a mansioni equivalenti e compatibili con le sue residue capacità lavorative, senza che ciò comporti una modifica dell'assetto aziendale"; ed "è soggetto a responsabilità risarcitoria per violazione dell'art. 2087 c.c. il datore di lavoro che, consapevole dello stato di malattia del lavoratore, continui ad adibirlo a mansioni che sebbene corrispondenti alla sua qualifica siano suscettibili – per la loro natura e per lo specifico impegno (fisico e mentale) - di metterne in pericolo la salute. L'esigenza di tutelare in via privilegiata la salute del lavoratore alla stregua dell'art. 2087 c.c. e la doverosità di una interpretazione del contratto di lavoro alla luce del principio di correttezza e buona fede, di cui all'art. 1375 c.c. – che funge da parametro di valutazione comparativa degli interessi sostanziali delle parti contrattuali – inducono a ritenere che il datore di lavoro debba adibire il lavoratore, affetto da infermità suscettibili di aggravamento a seguito dell'attività svolta, ad altre mansioni compatibili con la sua residua capacità lavorativa, sempre che ciò sia reso possibile dall'assetto organizzativo dell'impresa, che consenta un'agevole sostituzione con altro dipendente nei compiti più usuranti. Quando ciò non sia possibile, il datore di lavoro può far valere l'infermità del dipendente quale titolo legittimante il recesso ed addurre l'impossibilità della prestazione per inidoneità fisica – in applicazione del generale principio codicistico dettato dall'art. 1464 c.c. – configurandosi un giustificato motivo oggettivo di recesso per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa, e restando in ogni caso vietata la permanenza del lavoratore in mansioni pregiudizievoli al suo stato di salute" (sulla irrilevanza ai nostri fini di una mera difficoltà nello svolgimento della mansioni, superabile da nuove modalità di esecuzione compatibili con l'organizzazione aziendale, cui il datore è tenuto ex art. 2087 c.c., sebbene assicurando un rendimento inferiore, v. Cass. 5 marzo 2003, n. 3250).

Le citate sezioni unite hanno dunque ricomposto tutti tasselli dell'intero mosaico argomentativo asserendo che l'art. 3 della L. n. 604/1966 è una specificazione – e non una deroga - nel campo del diritto del lavoro, degli artt. 1463 e 1464 c.c. afferenti, rispettivamente, all'impossibilità totale e parziale di adempiere. Specificazione che ha comportato l'obbligo di repechage (ovverosia di reperimento in ambito aziendale di posizioni di lavoro o mansioni alternative) nel caso in cui il datore di lavoro intenda procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo (cioè per "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa"). E, nel caso del lavoratore colpito da sopravvenuta inidoneità psico/fisica parziale, tali mansioni andranno ricercate primariamente tra quelle equivalenti a quelle di ultima assegnazione, in conformità all'art.2103 c.c., ma – in carenza – anche tra quelle inferiori, legittimandosi l'assegnazione ad esse in ragione della prevalenza del bene dell'occupazione su quello della conservazione di una professionalità (oramai vanificata dalla menomazione o dall'infermità) non più sussistente. Solo in caso di inesistenza reale in azienda di mansioni utili per l'impresa nelle quali occupare il lavoratore minorato, il datore di lavoro avrà titolo e legittimazione per la risoluzione del rapporto di lavoro, inesistenza della cui prova il datore di lavoro è onerato a fronte di contestazioni del prestatore di lavoro. Ciò anche sulla base del fatto che l'evento impeditivo, quale la sopravvenuta inidoneità ad una certa attività, deve essere valutato, quanto alle sue conseguenze, in relazione agli obblighi di cooperazione dell'imprenditore-creditore, così tenuto non soltanto a predisporre gli strumenti necessari all'esecuzione del lavoro ma anche ad utilizzare appieno le capacità lavorative del dipendente nei limiti dell'oggetto del contratto, ossia nei già detti limiti posti dall'art. 2103 del codice civile.
A tale stregua, tuttavia, il residuo interesse all'adempimento non pare poter essere apprezzato soggettivamente – cioè senza alcuna possibilità di controllo da parte del giudice, interprete del contratto – dall'imprenditore-creditore, a cui spetterebbe perciò un diritto potestativo di recesso, con la corrispondente situazione di mera soggezione del lavoratore. Ammesso infatti che l'infermità dia sempre luogo ad un'impossibilità parziale e non anche, talora, ad un semplice mutamento qualitativo della prestazione, e la tesi dell'apprezzamento soggettivo di tale interesse è stata seguita in giurisprudenza con riferimento a contratti di scambio, quale la vendita, ma non è sostenibile per il contratto di lavoro, ove l'oggetto della prestazione coinvolge la stessa persona umana ed ove i già richiamati valori costituzionali impongono una ricostruzione dei rapporti d'obbligazione nell'ambito dell'organizzazione dell'impresa e secondo la clausola generale di buona fede, tale da attribuire con diversi criteri gli obblighi di cooperazione all'imprenditore; cosicché sarà perciò il giudice di merito che, avuto riguardo alle residue capacità di lavoro del prestatore ed all'organizzazione dell'azienda come definita insindacabilmente dall'imprenditore, valuterà la persistenza dell'interesse alla prestazione lavorativa, secondo buona fede oggettiva" (Meucci).
A loro volta le stesse sezioni unite, richiamandosi ed aderendo ad una prevalente giurisprudenza in tema di "dequalificazione consensuale", sembrano richiedere che l'assegnazione a mansioni inferiori dell'invalido avvenga previo consenso del lavoratore (o anche dietro assegnazione unilaterale seguita tuttavia da esplicita accettazione).
Così che, alfine, non sarà certo facile per le imprese di medio-grandi dimensioni dimostrare di non aver la possibilità del riutilizzo confacente del lavoratore divenuto inidoneo in corso di rapporto - per malattia o infortunio in congiunzione con la progressione in età - alle mansioni da ultimo disimpegnate.
E d'altra parte questi risultano i prezzi di un'operazione di coerenza – in ordine all'obbligo di repechage prima di pro-

cedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo – che secondo alcuni non poteva ulteriormente tardare, considerata l'incongruenza, del previgente assetto.

3.3. Licenziamento per g.m.o. e sopravvenuta inidoneità nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni; cenni.

Come noto nessuno degli articoli di cui si compone il vecchio d.lgs. n. 29/1993 (ora 165/2001 e succ. modif.) dispone in tema di recesso. Le uniche norme che trattano espressamente della risoluzione del rapporto erano invero l'art. 21, comma 2 e l'art. 35-bis, comma 4, che riguardano però fattispecie particolari (rispettivamente: recesso datoriale dal rapporto di lavoro del dirigente per grave responsabilità del dipendente e risoluzione del rapporto di lavoro con il personale in disponibilità).

L'attenzione deve allora necessariamente volgersi all'art. 2, comma 2 ed all'art. 55. Il primo prevede che "i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa"; il secondo, dopo aver (inutilmente) ribadito la riportata disposizione (comma 1), statuisce che "la legge 20 maggio 1970, n. 300 si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti"; norme che riguardano il regime generale delle fonti e le condizioni di applicabilità dello Statuto dei lavoratori. E così inevitabilmente - mediante il richiamo operato dai due articoli in esame - la disciplina del lavoro privato diviene applicabile anche al rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: artt. 2118 e 2119 c.c., art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 e ll. 15 luglio 1966, n. 604, n. 11 maggio 1990, n. 108, 23 luglio 1991, n. 223.

In realtà, l'esame anche solo accennato delle singole ipotesi di risoluzione dimostra facilmente come esistano profonde differenze, ancor oggi, tra il licenziamento del dipendente di un'impresa privata e quello di un dipendente di una pubblica amministrazione.

Per quel che ci interessa, ovvero il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'art. 35 d. lgs. n. 29 dispone che, quando le pubbliche amministrazioni rilevino "eccedenze di personale" riguardanti almeno 10 dipendenti nell'arco di un anno debbono attivare una procedura di informazione delle organizzazioni sindacali e, su richiesta di queste, di consultazione che ricalca l'analoga vicenda prevista dalla l. n. 223/91, all'esito della quale l'amministrazione colloca in disponibilità "il personale che non sia possibile impiegare diversamente nell'ambito della medesima amministrazione e che non possa essere ricollocato presso altre amministrazioni ovvero che non abbia preso servizio presso la diversa amministrazione che ... ne avrebbe consentito la ricollocazione" (comma 7).

Il collocamento in disponibilità produce la conseguenza della sospensione di tutte le obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro ed il lavoratore ha diritto ad un'indennità pari all'80% dello stipendio e dell'indennità integrativa speciale (con esclusione di qualsiasi altro emolumento retributivo comunque denominato) per la durata massima di 24 mesi, decorsi inutilmente i quali "il rapporto si intende definitivamente risolto". Dunque, ci pare, una risoluzione automatica del rapporto e non già un licenziamento.

Inoltre viene meno, nella disciplina dell'impiego pubblico privatizzato, quella che, nel settore privatistico, è la vera differenza tra licenziamento collettivo e licenziamento per giustificato motivo oggettivo ex art.3 l. n. 604/66, non più individuabile nella diversità delle ragioni che sono alla base dei due tipi di iniziative datoriali, ma nella dimensione - collettiva o individuale - del recesso dell'imprenditore. Nell'ex pubblico impiego, invece, in ogni caso in cui si presenti la necessità di ridurre l'organico (anche di una sola unità) per ragioni connesse alla sfera di interessi dell'amministrazione datrice di lavoro, questa deve necessariamente procedere al collocamento in disponibilità (l'unica

conseguenza della dimensione collettiva del provvedimento essendo costituita dal previo esperimento della procedura di confronto con il sindacato) e all'esito dell'inutile decorso del periodo di 24 mesi il rapporto si risolverà ope legis senza necessità di alcun altro atto da parte dell'amministrazione.

Dunque, in definitiva, non sussiste in tale ambito la fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo consistente in ragioni inerenti l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro: anche nel caso di soppressione di un solo posto di lavoro, l'amministrazione non può recedere dal rapporto, ma deve necessariamente procedere al collocamento in disponibilità del dipendente, con conseguente ma "ipotetica" risoluzione automatica del rapporto svolta la procedura sopra richiamata. E se questo è vero, nelle pubbliche amministrazioni non sembra porsi in limine la questione della sopravvenuta inidoneità fisica quale giustificato motivo di licenziamento; e ovviamente non si applica neppure un termine decadenziale all'impugnazione della risoluzione del rapporto, automaticamente verificatasi alla scadenza del biennio di disponibilità. Tuttavia, l'impossibilità di ricondurre la fattispecie all'ipotesi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo non fa venir meno uno degli obblighi fondamentali che, secondo l'indirizzo giurisprudenziale consolidatosi nel settore del lavoro privato, gravano sul datore di lavoro, vale a dire il c.d. obbligo di repechage. Il comma 7 dell'art. 35 (applicabile, come si è detto, anche in caso di eccedenze inferiori alle 10 unità) ammette il collocamento in disponibilità a condizione che non sia possibile impiegare diversamente il dipendente nell'ambito della medesima amministrazione e che lo stesso non possa essere ricollocato presso altre amministrazioni. Il riferimento a tutte le altre amministrazioni fa sì che l'obbligo dell'amministrazione sia particolarmente gravoso e sproporzionato rispetto agli interessi in gioco quando le eccedenze siano numericamente esigue. Infine, quanto alla tutela esperibile dal lavoratore coinvolto in simili vicende, nei casi in cui a monte del collocamento in disponibilità sia ravvisabile un provvedimento amministrativo (ad esempio una riduzione di organico: v. art. 2, comma 1, d. lgs. n. 29), il dipendente potrà anche far valere anche vizi di quel provvedimento e chiederne la disapplicazione (art.68, c.1).

3.4. Le procedure collettive e amministrative di accertamento della invalidità sopravvenuta, e le vie di ricorso del lavoratore.

Si è detto sopra che già lo Statuto dei lavoratori, all'art. 5, si preoccupava di individuare un soggetto imparziale che potesse, nel caso, verificare la effettiva idoneità fisica del lavoratore rispetto alle mansioni per le quali era stato assunto o adibito. Con ciò superando la prassi del c.d. medico aziendale "interno", che in quanto a sua volta dipendente del datore di lavoro poteva non essere sufficientemente coerente nelle proprie valutazioni medico-scientifiche.

L'art. 5 St. lav., come noto, attribuiva dunque a soggetti pubblici la competenza di ogni determinazione sullo stato di salute dei lavoratori subordinati, fossero essi quelli c.d. pre-assuntivi ovvero in costanza di rapporto, nonostante qualche parere contrastante per quanto attiene i primi.

Oggi, nell'ambito di una promozione sempre più forte della prevenzione della salute nei luoghi di lavoro (e ovviamente a prescindere dalle disposizioni dei contratti collettivi, che a loro volta intervengono a disciplinare, a favore dei lavoratori, la materia della sopravvenuta impossibilità della prestazione per sopraggiunta inidoneità: v. Trib. Trieste, 2 aprile 2007, relativa all'art. 60 Ccnl industria cotoniera, liniera e delle fibre affini, ove l'obbligo di conservazione del posto di lavoro anche oltre il comporto, sino a quando non è possibile valutare i postumi invalidanti ed il rapporto con le mansioni svolte o svolgibili è ritenuta "eccezionale"), occorre fare riferimento da un lato al d.lgs. n. 626/1994 e succ. modif., vero e proprio punto di svolta in

materia; dall'altro al d.lgs. n. 81/2008. Solo che il recente d.lgs. n. 81/2008 ha ulteriormente arato il campo, anche con previsioni che interessano la nostra analisi. Nel cercare di superare alcune incongruenze e lacune, ma soprattutto di far accogliere nel nostro sistema giuridico il concetto più generale di sorveglianza sanitaria nei luoghi di lavoro, oltre che di sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro e ancor più latamente di sicurezza e prevenzione globale di tutti i rischi lavorativi ed extralavorativi (Tiraboschi, a cura di), il citato provvedimento ha invero rafforzato il ruolo e le competenze del c.d. medico competente. La sorveglianza sanitaria ha infatti il compito di verificare lo stato di salute di ciascun singolo lavoratore ed altresì di gruppi omogenei di lavoratori in taluni specifici casi; e proprio per questo il datore di lavoro deve necessariamente nominare un medico competente. Il quale, si badi bene, non può comunque svolgere, insieme alla sorveglianza sanitaria e alla prevenzione dei rischi, il controllo sanitario dei lavoratori in fase pre-assuntiva.

Dunque l'art. 41, c.2, d.lgs. n. 81/2008 prevede: visite mediche preventive, tese a accertare l'assenza di controindicazioni alla mansione affidata; visite mediche periodiche, orientate alla verifica della permanenza dello stato di salute e, ancora, della idoneità alla mansione, obbligatorie, con cadenza variabile e condizionata dall'eventuale cambio di mansioni o cessazione del rapporto.

Ogni lavoratore, dunque avrà una propria cartella sanitaria e di rischio custodita dal medico competente, ma ciò che più conta è che le visite possono svolgersi anche su richiesta del lavoratore, se correlata a rischi lavorativi; con il che il medico competente è chiamato, ed è ciò che ci interessa, a dare un giudizio di idoneità dello stato di salute del lavoratore con riguardo alle mansioni svolte, in ciò chiaramente sostituendosi agli enti pubblici o istituti specializzati precedentemente competenti. Il giudizio sarà di idoneità, piena o parziale, temporanea o permanente, ovvero di inidoneità permanente o temporanea, con indicazione dei correlati limiti temporali. Qualsiasi lavoratore, e qualsivoglia condizione lavorativa, dunque risultano oggetto della attività del medico competente; ed il giudizio deve essere comunicato al lavoratore per iscritto.

Contro i risultati di tale procedimento, ovviamente, che potrebbe incidere anche sulla idoneità, come intesa nelle pagine che precedono e quindi in qualche modo legittimare un recesso per giustificato motivo oggettivo o, il che è per taluni lo stesso, per impossibilità della prestazione lavorativa a causa di inidoneità fisica, la normativa più recente prevede la possibilità di ricorso all'organo di vigilanza, ovvero alla azienda sanitaria territorialmente competente sul luogo di lavoro, fatte salve diverse e frequenti previsioni di contrattazione collettiva. Ovviamente, appare pacifico che gli accertamenti svolti in via amministrativa risultino sindacabili da parte del giudice di merito, che potrà all'uopo utilizzare una propria consulenza tecnica, oltre che avvalersi di quanto già allegato dalle parti (così chiaramente Cass. 8 febbraio 2008, n. 3095, che riterrebbe altrimenti violato addirittura l'art. 24 Cost.; solo che in tal modo si richiede anche, al datore di lavoro, di seguire prioritariamente la strada della risoluzione giudiziaria del rapporto ex art. 1464 c.c., per impossibilità sopravvenuta, perché, testualmente, "nel momento in cui esso opta per l'immediato licenziamento agisce a suo rischio, che rientra nel rischio di impresa", che costituirebbe non solo l'alea del processo, ma a nostro avviso una sorta di pre-avviso di sconfitta; per Appello Genova, 14 gennaio 2004, anche un giudizio di inidoneità non formulato dagli enti di cui all'art. 5 St. lav. può essere a fondamento di un licenziamento per g.m.o., ma come sempre esso soggiace alla verifica giudiziale appunto "discrezionale", anche sulla base di una Ctu).

Un'ultima precisazione sul medico competente (e su alcuni aspetti processuali): sebbene a prima vista esso appaia legato al datore di lavoro o al dirigente, che lo nomina previa consultazione del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, e dunque sembra ripercorre vecchie e deviate strade, in verità esso è caratterizzato dal decreto come organo autonomo (seppure legato all'impresa o a una struttura pubblica e privata ma non di vigilanza, da un rapporto di lavoro autonomo, subordinato o di mera collaborazione, e nel caso di ingerenze del datore di lavoro con lo stesso penalmente sanzionato e corresponsabile in caso di inadempienza.

Quanto al processo, va da sé che il datore di lavoro è obbligato a provare l'insussistenza di posizioni lavorative "alternative" al licenziamento per g.m.o., anche per inidoneità, solo se il lavoratore, nel primo momento utile (e non in appello), ha dedotto e allegato quanto di propria competenza (Cass. 27 ottobre 2006, n. 23152; Cass. 5 marzo 2003, n. 3245). E come sopra anticipato, allo stesso modo non è possibile agire sul piano prognostico (quasi divinatorio), da parte del datore di lavoro, ad esempio presentando una domanda di accertamento della insussistenza presso l'azienda d mansioni compatibili con lo stato di invalidità dei n lavoratore, giacché non vi sarebbe alcun interesse ad agire, che come noto sorgerebbe solo successivamente alla intimazione del licenziamento fondato sulla inidoneità sopraggiunta (Trib. Padova, 6 dicembre 2004, n. 317). Mentre una discrepanza temporale tra conoscenza della inidoneità e licenziamento per g.m.o. non costituirebbe, comunque, rinuncia tacita al licenziamento medesimo per una sorta di acquiescenza per facta concludentia (ancora Cass. 5 marzo 2003, n. 3250).

Conclusioni. Sintesi.

Alla luce di quanto esposto riteniamo che il tema del licenziamento per giustificato motivo oggettivo in genere, e quello del licenziamento del lavoratore improduttivo, talora anche a causa di incolpevole perdita di idoneità fisica costituisca un problema; per il lavoratore stesso, per l'impresa, ma anche per la collettività che si trova a dover fronteggiare tali eventi con sistemi direttamente o indirettamente di natura assicurative e previdenziale.

Pare a noi che questo argomento possa costituire una cartina di tornasole, un prisma angolare, attraverso il quale riguardare l'evoluzione del sistema giuslavoristico nel suo complesso. Un sistema nel quale alcuni hanno tutte le tutele ed altri, al margine, ai confini della cittadella protetta non hanno nulla o rischiamo di perdere tutto. La oramai tradizionale distinzione tra outsiders e insiders, tra protetti e non protetti, bene o male riguarda anche il tema del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, perché riguarda i costi dell'impresa.

Se pare irrealistico, oggi, che si giunga ad una qualche forma di flessibilità, questa volta in uscita invece che, come avviene dalla metà degli anni '80, solo in entrata; se tale idea sta cioè solo nel libro dei sogni di qualche economista e collega, ebbene a noi incute paura anche la considerazione per la quale "se anche fosse vero che i rapporti flessibili favoriscono lo sviluppo dell'occupazione non me ne frega niente"!!!

Specie se declamata da uno dei maestri di un diritto del lavoro che, come quell'isola, forse non c'è più.

Prof. Gaetano Zilio Grandi
Università Ca' Foscari di Venezia