

COMPORTO E RECESSO DATORIALE. QUALI TUTELE PER IL LAVORATORE DELLA PICCOLA IMPRESA?*

Marco Capece**

SOMMARIO: 1.- Il recesso datoriale per malattia del lavoratore; 2.- Il dilemma della tutela del lavoratore della piccola impresa; 3.- La soluzione giurisprudenziale.

1.- *Il recesso datoriale per malattia del lavoratore*

Il recesso datoriale per le ipotesi di assenze determinate dalla malattia del lavoratore, sia nell'ipotesi di affezione unica continuata, sia in quella del succedersi di diversi episodi morbosi, anche detta di "eccessiva morbilità"¹, è caratterizzato da specialità², ai sensi del secondo comma dell'art. 2110 c.c.³.

Tale ipotesi è disciplinata in modo autonomo rispetto alla giusta causa e al giustificato motivo⁴, prevale sulle previsioni generali relative alla risoluzione del contratto per

* Testo dell'intervento tenuto il 19 maggio 2025 in occasione del Seminario "Gestione delle risorse umane" (Ciclo di seminari Nextgen Business - DSG Unisa).

** Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Salerno.

¹ In merito, si v. O. MAZZOTTA, *Accertamenti sanitari, eccessiva morbilità e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.* (1983), p. 29. In senso critico sulla sospensione prevista ai sensi del secondo comma dell'art. 2110 c.c., v. G. PERA, *Malattia e licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.* (1999), pp. 153ss.

² Sulla questione molto dibattuta della riconducibilità del licenziamento per superamento del periodo di comportamento alla categoria della risoluzione del rapporto di lavoro per giustificato motivo oggettivo e sulla natura autonoma della fattispecie, v. M. PANCI, *Licenziamento per inidoneità psico-fisica e per superamento del periodo di comportamento*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, Il lavoro pubblico e privato*, Torino 2016.

³ Ai sensi del secondo comma dell'art. 2110 c.c., si legge letteralmente: «In caso di infortunio, di malattia, di gravidanza o di puerperio, se la legge [o le norme corporative] non stabiliscono forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali [dalle norme corporative], dagli usi o secondo equità. Nei casi indicati nel comma precedente, l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'articolo 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge [dalle norme corporative], dagli usi o secondo equità. Il periodo di assenza dal lavoro per una delle cause anzidette deve essere computato nell'anzianità di servizio».

⁴ Il riferimento è agli articoli 1 e 3 della L. 15 luglio 1966, n. 604. Al riguardo, I. ZAMPIERI, *La tutela antidiscriminatoria: dal lavoratore come contraente debole al lavoratore come persona umana*, in *Var.*

sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione lavorativa ed è presidiata dalla della sanzione di nullità, in caso di violazione⁵.

Precisamente, nonostante la notoria natura sinallagmatica del rapporto di lavoro subordinato, per gli eventi morbosì, la richiamata disposizione codicistica prevede la sospensione del rapporto lavorativo⁶ ed esclude che il datore di lavoro possa sottrarsi dal

temi dir. lav. (2024), fasc. straordinario, p. 48, sottolinea che «il superamento del limite rappresentato dal periodo di comportamento [è] condizione sufficiente di legittimità del recesso, non essendo, all'uopo, necessaria la prova del giustificato motivo oggettivo, né della sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, né della correlata impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse». In giurisprudenza, al riguardo, *ex multis*, si v. Cass., Sez. un., 29 marzo 1980, n. 2072, in *Giur. it.* 1 (1980), p. 1438, con nota di G. ARDAU. Secondo la appena richiamata pronuncia n. 2072, «Il difetto di specifica previsione da parte dell'autonomia collettiva, a tanto abilitata dall'art. 2110 c.c. per il contemperamento degli opposti interessi, di una disciplina per "sommatoria" delle assenze intermittenti per malattia, il giudice deve aver riguardo, ai fini della legittimità della risoluzione anteriore al superamento del cd. periodo di comportamento, agli usi ed alla equità, ai sensi dell'art. 2110 c.c., salvo il caso in cui l'autonomia collettiva abbia espressamente escluso dalla valutazione ai fini del periodo di comportamento la malattia discontinua». Cass., Sez. un., 29 marzo 1980, n. 2073, in *Giust. civ.* 1 (1980), p. 1526; Cass., Sez. un., 29 marzo 1980, n. 2074, in *Mass. riv. dir. lav.* (1980), p. 419. Al riguardo, si v. anche Cass., Sez. lav., 04 settembre 2014, n. 18678, in *Foro it.* 12 (2014), p. 3474, secondo cui «È legittimo il licenziamento intimato al lavoratore per scarso rendimento qualora sia provata, sulla scorta della valutazione complessiva dell'attività resa dal lavoratore stesso ed in base agli elementi dimostrati dal datore di lavoro, una evidente violazione della diligente collaborazione dovuta dal dipendente - ed a lui imputabile - in conseguenza dell'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, tenuto conto della media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione». In dottrina, v. G. PISTORE, *Licenziamento per eccessiva morbosità: cambio di rotta della giurisprudenza?*, in *Lav. giur.* 2 (2015), pp. 167ss. V. anche Cass., Sez. un., 22 maggio 2018, n. 12568, in *Foro it.* 7-8.1 (2018), p. 2390, secondo cui «Il licenziamento intimato per il perdurare delle assenze per malattia od infortunio del lavoratore, ma prima del superamento del periodo massimo di comportamento fissato dalla contrattazione collettiva o, in difetto, dagli usi o secondo equità, è nullo per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110, comma 2, c.c.». Più di recente, sul punto, cfr. Cass., Sez. lav., 04 febbraio 2020, n. 2527, in banca dati *Onelegale*, secondo cui «Posta la specialità della disciplina che regola la fattispecie di recesso del datore di lavoro, se pur vero è che quest'ultimo non può recedere unilateralmente prima del superamento del periodo di comportamento, è vero anche che, superato tale limite, il recesso è legittimo anche senza la necessità della prova del giustificato motivo oggettivo, della sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa e della correlata impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse». Per approfondimenti, in dottrina, si v. G. PERA, *Eccessiva morbosità ed accertamenti sanitari*, in *Riv. it. dir. lav.* (1983), pp. 306ss.; A. MARESCA, *Brevi note in tema di licenziamento per eccessiva morbosità*, in *Riv. giur. lav.* (1978), pp. 803ss.; F. BALESTRIERI, *"Eccessiva morbosità", interpretazione equitativa e clausole contrattuali di comportamento: l'ultima parola all'interprete*, in *Riv. giur. lav.* (1980), pp. 928ss.

⁵ Sul punto cfr. A. TOPO, *Il licenziamento del lavoratore malato e del lavoratore disabile*, in *GI 2* (2014), pp. 436ss.; M. NICOLOSI, *Questioni (vecchie e nuove) in tema di licenziamento per superamento del periodo di comportamento, tra dubbi interpretativi e rimedi esperibili*, in *DML 2.1* (2019), pp. 347ss.

⁶ In tal senso, v. R. SANTUCCI, *Le cause sospensive della prestazione di lavoro*, in G. GIUGNI (diretto da), *Dottrina e giurisprudenza di diritto del lavoro*, Torino 1993, p. 35; M. TATARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Padova 2002; T. RENZI, *Le ipotesi tradizionali di sospensione*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. II, Torino 2007, p. 1189; M. RUSCIANO, voce *La sospensione del rapporto di lavoro (cause di)*, in *Enc. giur.* 30 (1993); R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare. Artt. 2110-2111*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice*

Interventi

corrispondere al lavoratore la retribuzione, ovvero legittimamente recedere dal rapporto di lavoro.

Diversamente da quanto previsto dalla disciplina di diritto comune riguardo ai contratti di scambio⁷, il vincolo contrattuale perdura per un periodo di tempo, la cui durata e le cui modalità di godimento sono determinate, mediante il rinvio operato dal secondo comma dell'art. 2110 c.c., dalle leggi speciali, dalla contrattazione collettiva, dagli usi o dal giudice mediante il ricorso all'equità⁸.

Non potendo, per ragioni di sistematicità della trattazione soffermarsi quanto necessiterebbe su tale profilo, preme comunque segnalare che, laddove tale questione sia risolta rinviando alle previsioni della contrattazione collettiva, non risulta affatto pacifica la previsione di una durata eguale per tutti i lavoratori⁹. Secondo la giurisprudenza dominante, difatti, si configura una forma di discriminazione indiretta rispetto a coloro, tra i dipendenti, che, affetti da malattie specificamente individuate¹⁰ e, dunque, che, per

civile. *Commentario*, Milano 1992, p. 380; P. ICHINO, voce *Malattia del lavoratore subordinato*, in *Enc. giur.* 19 (1990); A. PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Milano 1991.

⁷ Cfr. artt. 1218, 1265 e 1463 c.c.

⁸ I. Zampieri, *La tutela antidiscriminatoria*, cit., 54 ss. Rispetto alle previsioni dei contratti collettivi, la giurisprudenza è stata chiamata a pronunciarsi

⁹ In dottrina, tra tanti, considera accomodamento ragionevole la previsione di un ampliamento del periodo per i lavoratori disabili, G. Franza, *Quando l'effettività genera paradossi. Sull'esclusione dal periodo di comportamento della malattia imputabile a disabilità*, in *Lav. giur.*, 2022, 62.

¹⁰ Su disabilità e rapporto di lavoro, la giurisprudenza ritiene inapplicabile l'ordinario periodo di comportamento al lavoratore disabile. Al riguardo, si v. Cass., Sez. lav., 31 maggio 2024, n. 15282, in *Giur. it.* 3 (2025), pp. 619ss., con nota di E. FIATA, *Sul comportamento per malattia del lavoratore disabile*, ove è affermato che «Qualora sia dimostrato che la società fosse a conoscenza dello status di invalidità accertato in capo al lavoratore e che la stessa non si fosse attivata per richiedere informazioni a quest'ultimo, dovrà essere considerata discriminatoria e non giustificata la mancata adozione di accomodamenti ragionevoli e l'applicazione al lavoratore disabile dello stesso periodo di comportamento previsto per i lavoratori non disabili». Nel medesimo senso, cfr. Cass., Sez. lav., 31 marzo 2023, n. 9095, in *Giur. it.* (2023), p. 2143, con nota di V. FILÌ, *Superamento del periodo e rischio di discriminazione indiretta per disabilità*; Cass., Sez. lav., 21 dicembre 2023, n. 35747, consultabile in banca dati *Onelegale*; Cass., Sez. lav., 02 maggio 2024, n. 11731, in *Lav. giur.* 1 (2025), pp. 52ss., con nota di F. CUCCHISI, *Licenziamento per superamento del periodo di comportamento e disabilità: ricomposizione di una querelle giurisprudenziale?*; Cass., Sez. lav., 05 giugno 2024, n. 15723, ove è deciso, appunto, che «La contrattazione collettiva che non preveda una disciplina differenziata del periodo di comportamento per malattie collegate allo stato di disabilità rispetto a quella prevista per le malattie che determinano una condizione di inabilità temporanea configurano una discriminazione indiretta che rende nullo il licenziamento disposto a causa del superamento del periodo di comportamento». In dottrina, al riguardo, si veda D. GAROFALO, voce *Disabili (lavoro dei)*, in *Digesto Comm.*, agg. V (2009), p. 763; ID., *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *Argomenti Dir. Lav.* (2019), pp. 1211ss.; A. RICCARDI, *Disabili e lavoro*, Bari 2018; M.D. FERRARA, *L'avviamento al lavoro dei disabili: verso il collocamento mirato "personalizzato" e la soluzione ragionevole "a responsabilità condivisa"?*, in *Var. Temi Dir. Lav.* 4 (2020); M. PERUZZI, *La protezione dei lavoratori disabili nel contratto di lavoro*, in *Var. Temi Dir. Lav.* 4 (2020), p. 946; A. RICCARDI, *L'inserimento del lavoratore disabile nell'organizzazione datoriale. L'evoluzione dei modelli di tutela*, in *ADL* (2022), p. 682; S. CAFFIO - A. RICCARDI, *Questioni vecchie e nuove in tema di assunzioni dei disabili nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. Pubbl. Amm.* (2023), pp. 41ss.; C. ALESSI, *Disabilità, Accomodamenti ragionevoli e oneri probatori*, in *Riv. it. Dir. Lav.* 2 (2021), pp. 613ss.; D. TRADIVO, *L'inclusione lavorativa della persona con disabilità: tecniche e limiti*, Torino 2024. Su malattia e lavoro, cfr., per tutti, M. PERSIANI,

le loro condizioni di salute, siano maggiormente esposti al rischio di doversi assentare dal lavoro¹¹.

La disciplina del comportamento assume un rilievo peculiare nel nuovo diritto antidiscriminatorio¹², che si fonda su di un mutato paradigma di disabilità, da tutelare in un sistema multilivello, strutturato secondo “una logica di integrazione tra fonti di protezione dei diritti fondamentali interne, convenzionali, sovranazionali ed internazionali”¹³.

Valutazioni politiche e soluzioni legislative del problema giuridico della malattia nelle sue connessioni con il lavoro, in L. PREMUDA (a cura di), *Il lavoro e malattia, prospettive storiche e attuali*, Padova 1975, p. 49; R. DEL PUNTA, voce *Malattia del lavoratore*, in *Enc. Dir. Annali* 5 (2012), pp. 837ss. *Contra*, l’orientamento che, invece, ritiene che la previsione di un unico periodo di comportamento da parte dei contratti collettivi non costituisca una discriminazione indiretta, in giurisprudenza, cfr. App. Palermo, 14 febbraio 2022, in banca dati *Onelegale*, secondo cui «le numerose cautele che assistono il rapporto di lavoro dei soggetti disabili e che ne favoriscono l’inserimento lavorativo in un’ottica solidaristica, secondo una disciplina che impone al datore di lavoro un serie di oneri aggiuntivi, rispetto ai lavoratori non disabili»; Trib. Parma, Sez. lav., 17 agosto 2018, secondo cui «non vi è alcuna norma di legge che preveda un periodo di comportamento più lungo per i soggetti affetti da disabilità e tale vuoto normativo non può essere supplito dal giudice»; Trib. Bologna, 19 maggio 2022, entrambe queste ultime richiamate in E. FIATA, *Sul comportamento*, cit., p. 622, cui si rinvia peraltro per ulteriori riferimenti giurisprudenziali. In dottrina, in merito, v. M.G. GRECO, *Il licenziamento per superamento del periodo di comportamento del lavoratore disabile*, in *VTDL fasc. straordinario* (2024), pp. 69ss.; G. DELLA ROCCA, *Determinazione del periodo di comportamento del disabile “di fatto”: contrattazione collettiva carente e giurisprudenza allo sbaraglio*, in *Riv. it. dir. lav.* (2024), p. 127; A. MARESCA, *Disabilità e licenziamento per superamento del periodo di comportamento*, in *Lav. Dir. Eur.* 2 (2024), pp. 1ss.; M. SALVAGNI, *Il “prisma” delle soluzioni giurisprudenziali in tema di licenziamento del disabile per superamento del periodo: discriminazione indiretta, clausole contrattuali nulle, onere della prova e accomodamenti ragionevoli*, in *Lav. e Prev. Oggi* (2023), pp. 215ss.; E. DAGNINO, *Comporto, disabilità e “disclosure”: note a margine di una “querelle” giurisprudenziale*, in *ADL* (2023), pp. 241ss.; R. BONO, *Disabilità e licenziamento discriminatorio per superamento del periodo di comportamento*, in *Lav. Giur.* (2023), pp. 25ss.; G. FRANZA, *Quando l’effettività*, cit., pp. 62ss.; C. CRISTOFOLINI, *Licenziamento per superamento del periodo di comportamento e divieto di discriminazione per disabilità*, in *Lav. Giur.* (2022), pp. 1125ss.

¹¹ Per un approfondimento sul caso Ruiz Conejero (Corte UE, 18 gennaio 2018, causa C-270/16), v. L. GUAGLIANONE, *Licenziamento per assenteismo e indiretta discriminarietà per motivi di disabilità. A proposito della sentenza Conejero (C-270/16)*, in *Riv. giur. lav.* (2018), pp. 271ss.

¹² Come sostenuto da M. BARBERA, *L’effetto trasversale del principio di non discriminazione*, in *Riv. giur. lav.* (2008), pp. 469ss., la tutela antidiscriminatoria è identificabile nel «corpus di norme volte a impedire, attraverso obblighi di natura negativa, che il destino delle persone sia determinato da status naturali o sociali ascritti (il sesso, la razza, l’origine etnica e via dicendo) e, al tempo stesso, a consentire, attraverso obblighi di natura positiva, che identità soggettive differenti siano tutte egualmente riconosciute e tutelate».

¹³ C. SAGONE, *La tutela della disabilità secondo il modello bio-psico- sociale*, in *Federalismi.it* 1 (2023), pp. 225ss. In chiave prettamente lavoristica, sul modello in parola, v. B. DE MOZZI, *Sopravvenuta inidoneità alle mansioni, disabilità, licenziamento*, in *Lav. dir. Eur.* 2 (2020), pp. 1ss.; C. DI CARLUCCIO, *Lavoro e salute mentale dentro e fuori l’istituzione*, Napoli 2022. Sulla giurisprudenza costituzionale in materia, si v. Corte Cost., 16 giugno 2005, n. 233, in *Giur. It.* 1 (2006), pp. 27ss., con nota di L. DEL VECCHIO, *Sui congedi per i familiari dei disabili interviene la Corte costituzionale*; Corte Cost., 18 aprile 2007, n. 158, in *Famiglia, persone e successioni* 3 (2008), pp. 221 ss., con nota di F. CAPOLUONGO, *Riconosciuto il diritto al congedo straordinario retribuito anche al coniuge convivente col disabile grave*, in *Azienditalia - Il Personale* 7 (2007), pp. 409ss., con nota di D. PAPA, *Congedo straordinario per assistenza ai disabili: la pronuncia della Corte costituzionale n. 158/2007*; Corte Cost., 23 settembre 2016, n. 213, in *Lav. giur.* 1 (2017), pp. 27ss., con nota di G. ZAMPINI, *Conviventi e diritto al permesso mensile retribuito*. Per la

Interventi

Avvenuto il passaggio da un mero approccio biomedico a uno multidimensionale sotteso al modello bio-psico-sociale¹⁴, fulcro del modello di tutela in parola è l'intera persona – con i suoi problemi e con le sue capacità – che deve essere tutelata, rimuovendo gli ostacoli che ne impediscano una piena ed effettiva partecipazione alla vita intera, anche lavorativa¹⁵. Tale approccio, infatti, come messo in evidenza da parte della dottrina, incentiva «una lettura unitaria della disciplina degli adattamenti organizzativi necessari alla prosecuzione del rapporto di lavoro dei disabili, comunque intesi, dei lavoratori divenuti inidonei e, in definitiva, di tutti i lavoratori che possano essere considerati inidonei alle mansioni di ripescaggio»¹⁶.

L'istituto del comportamento, in quest'ottica, può rappresentare «un'astratta predeterminazione del punto di equilibrio fra l'interesse del lavoratore a disporre d'un congruo periodo di assenze per ristabilirsi a seguito di malattia o infortunio e quello del datore di lavoro di non doversi fare carico a tempo indefinito del contraccolpo che tali assenze cagionano all'organizzazione aziendale»¹⁷.

Bisogna, a questo punto, verificare quali tutele siano destinate al lavoratore dipendente di una piccola impresa illegittimamente licenziato per superamento del periodo di comportamento. Soprattutto, ove l'atto espulsivo venga adottato quando non risulti ancora superato il periodo di comportamento spettante al lavoratore che versi in uno stato di malattia.

giurisprudenza europea, cfr. Corte UE, 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, HK Danmark c. Dansk almennyttigt Boligselskab; Corte UE, 18 gennaio 2018, causa C- 270/16, Ruiz Conejero c. Ferroservicios Auxiliares SA; Corte UE, 18 marzo 2014, causa C-363/12, Z. c. Government department e al.; Corte UE, 18 dicembre 2014, causa C-354/13, FOA c. KL; Corte UE, 1 dicembre 2016, causa C-395/15, Mohamed Daoudi c. Bootes Plus SL, tutte reperibili al link eur-lex.europa.eu. Nella giurisprudenza nazionale, tra le ultime ad affrontare il tema della nozione di disabilità rilevante, cfr., Cass. 19 marzo 2018, n. 6798, consultabile in banca dati *Onelegale*.

¹⁴ Il modello in parola era già stato accolto dall'OMS nel 2001 ed era rinvenibile all'art. 1, paragrafo 2 della Convenzione ONU del 2006, secondo cui le persone con disabilità sono quelle che «presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri». In dottrina, sulla nozione bio-psico-sociale di disabilità, v., tra tanti, E. DAGNINO, *La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte del sistema*, in *Dir. relaz. ind.* 2 (2023), pp. 336ss.; S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *L'evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?*, in *Dir. relaz. ind.* 27.1 (2017), pp. 74ss.

¹⁵ L'art. 1, 2° comma, lett. a), del D.Lgs. 3 maggio 2024, n. 62, recependo la definizione eurounitaria, definisce la condizione di disabilità una «duratura compromissione fisica, mentale, intellettiva, del neurosviluppo o sensoriale che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri» e l'art. 3, comma 1, della L. 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dall'art. 3 del medesimo decreto, stabilisce che «è persona con disabilità chi presenta durature compromissioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri, accertate all'esito della valutazione di base».

¹⁶ L. CALCATERRA, *L'obbligo di formazione ex art. 2103, terzo comma, c.c. come accomodamento ragionevole*, in *Lav. dir. Eur.* 1 (2024), pp. 1ss., specialmente p. 10.

¹⁷ Cass., Sez. un., 22 maggio 2018, n. 12568, consultabile in banca dati *Onelegale*. In dottrina, per approfondimenti, v. M. NICOLOSI, *Licenziamento*, cit.

2.- Il dilemma della tutela del lavoratore della piccola impresa

Al fine di valutare la legittimità del licenziamento, innanzitutto, occorre distinguere tra le tutele previste per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 e quelli assunti invece a partire da questa data.

Per i cd. “vecchi assunti”, un primo orientamento dottrinale considera applicabile la tutela di cui all’art. 8 della L. 604/1966¹⁸, non potendo trovare applicazione la tutela reintegratoria attenuata prevista dallo Statuto dei Lavoratori in considerazione della previsione di cui ai commi 8 e 9 dell’art. 18, che riservano detto regime alle sole imprese che occupino più di 15 dipendenti; un diverso orientamento, invece, ritiene che non trovi spazio né la tutela statutaria in parola, né, tantomeno, quella di cui all’art. 8 della L. 604/1966, ma piuttosto la disciplina del Codice civile per l’atto nullo. Detta impostazione poggia, da un lato, sull’inapplicabilità della L. 604/1966, perché destinata a regolare le ipotesi di recesso datoriale non sorrette da giusta causa o giustificato motivo e non anche la previsione di natura speciale dell’art. 2110 c.c.; dall’altro, sull’inadeguatezza della blanda tutela economica fornita dall’art. 8 della L. 604/1966 rispetto ad un atto datoriale affetto da nullità radicale per contrasto con norme imperative. Infatti, il secondo comma dell’art. 2110 c.c., letto in combinato con l’art. 1418 c.c., assume carattere imperativo, perché posto a presidio dei diritti, costituzionalmente sanciti alla salute (art. 32 Cost.) e al lavoro (artt. 1, comma 1, 4, 35 ss. della Carta fondamentale)¹⁹.

¹⁸ In giurisprudenza, al riguardo, v. *ex multis*, App. Bologna, 28 maggio 2019; App. Catania, 30 dicembre 2016, reperibili in banca dati *deJure*.

¹⁹ Sul punto, v. Cass., Sez. un., 22 maggio 2018, n. 12568, cit. La sentenza in parola è espressione dell’orientamento interpretativo che attribuisce natura imperativa alle disposizioni legislative in ragione della natura giuridica dell’interesse tutelato: è norma imperativa, quindi, quella che salvaguardi interessi super-individuali, come si legge in E. MARTINELLI, *Il licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Var. temi dir. lav.*, fasc. straordinario (2024), p. 129. Coerentemente con tale soluzione interpretativa v., *ex multis*, Cass., 15 novembre 2017, n. 27120, consultabile in banca dati *Onelegale*, secondo cui «Nel rapporto di lavoro della dirigenza medica, l’art. 15, comma 5, del D.Lgs. 502 del 1992, nella parte in cui prevede che il dirigente sia sottoposto a verifiche periodiche e a fine incarico, e condiziona il conferimento o la conferma dell’incarico all’esito positivo di tali verifiche, ha carattere di norma imperativa, dettata a salvaguardia dell’interesse pubblico della salute dei cittadini, sicché è da ritenere nullo l’atto negoziale di mancata conferma del dirigente con incarico di struttura complessa adottato dal Direttore generale di Azienda ospedaliera in totale difetto della fase di verifica e valutazione demandata al Collegio tecnico di cui al medesimo art. 15, comma 5»; Cass., 18 luglio 2003, n. 11256, che sancisce: «In tema di nullità del contratto prevista dall’1418 c.c. la natura imperativa della norma violata deve essere individuata in base all’interesse pubblico tutelato. (La Corte, nel formulare il principio sopra richiamato, ha confermato la decisione di giudici di appello che avevano rilevato la nullità del contratto avente ad oggetto una fornitura di caffè, atteso che le relative confezioni non recavano la data di scadenza del prodotto, contrariamente alle prescrizioni dettate dagli art. 3 e 12 del D.P.R. n. 332 del 1982 a tutela della salute del consumatore)», in *I Contratti* 3 (2004), pp. 237ss., con nota di M. SANVITO, *Prodotto senza scadenza e nullità del contratto*; Cass., Sez. un., 15 marzo 2022, n. 8472, che, nell’escludere l’esatta sovrapposibilità tra norma imperativa e norma inderogabile, nega la nullità per violazione di norma imperativa del contratto di fidejussione prestato da un c.d. confidi minore e chiarisce in tal senso che «La nullità negoziale, ex art. 1418 cod. civ., comma 1, deve discendere dalla violazione di norme (tendenzialmente, seppur non necessariamente, proibitive) aventi contenuti sufficientemente specifici, precisi e individuati, non potendosi, in mancanza di

Interventi

Dunque, il licenziamento irrogato è dichiarato nullo e, in assenza di una espressa regolamentazione, è soggetto alle previsioni di diritto comune²⁰. Pertanto, a tutela del prestatore di lavoro è previsto il ripristino del rapporto di lavoro e, in aggiunta, un ristoro patrimoniale che la giurisprudenza, al fine di evitare il crearsi di un'asimmetria tra imprese piccole e grandi, tale da comportare l'applicazione al datore sotto soglia di sanzioni più afflittive di quelle previste per le imprese di maggiori dimensioni, invocando il principio dell'equità integrativa ha ritenuto di contenere entro un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto dallo stesso percepita²¹, anche per i lavoratori assunti prima del *Jobs Act* da datori di lavoro che occupano sino a 15 dipendenti²².

tali caratteri, applicare una sanzione, seppur di natura civilistica, tanto grave quale la nullità del rapporto negoziale, neppure evocando astrattamente valori o interessi di ordine generale (come, nella specie, la stabilità e integrità dei mercati), cui possono contrapporsi altri valori e interessi di rango costituzionale, tra i quali quelli alla libertà negoziale e al diritto di iniziativa economica (tutelati anche nella Carta dei diritti fondamentali della UE, art. 16) con i limiti indicati nella Costituzione (art. 41, commi 1 e 2)». In dottrina, v. G. VULPIANI, *Nullità virtuale e valutazione degli interessi sotesi*, in *Nuova giur. civ. comm.* 4 (2022), pp. 755ss.

²⁰ Cass., Sez. lav., 22 luglio 2019, n. 19661, consultabile in banca dati *deJure*.

²¹ Trib. Modena, Sez. lav., 2 febbraio 2021, n. 58, in banca dati *Onelegale*. Sul criterio equitativo, v. Trib. Napoli, Sez. lav., 21 aprile 1983, reperibile in banca dati *deJure*, ove si legge: «In caso di mancata disciplina del comportamento per sommatoria da parte dei contratti collettivi è legittimo il ricorso all'equità per la determinazione del periodo di conservazione del posto di lavoro nelle ipotesi di assenze frazionate. Trattasi di equità integrativa ex art. 1374 c.c. e costituisce l'ultimo strumento di misurazione concreta dei diritti e degli obblighi delle parti. Nelle ipotesi regolate dal contratto collettivo per i metalmeccanici pubblici è applicabile il comportamento per ricaduta quando risulti una considerevole frequenza della malattia dominante, per tutta la sommatoria delle assenze, e la costanza della stessa nell'intero periodo di riferimento». Più recentemente, v. Cass., 7 giugno 2011, n. 12408, secondo cui «La Corte di Cassazione ha stabilito che nella liquidazione del danno alla persona, quando manchino criteri stabiliti dalla legge, l'adozione della regola equitativa di cui all' art. 1374 c.c. deve garantire non solo l'adeguata considerazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi. È intollerabile ed iniquo, secondo il giudice di legittimità, che danni identici possano essere liquidati in misura diversa solo perché le relative controversie siano decise da differenti uffici giudiziari. "Equità", ha affermato al riguardo la Corte, vuol dire non solo proporzione, ma anche uguaglianza. Dall'affermazione di questo generale principio la Corte ha tratto la conclusione che, nei suoi compiti di giudice della nomofilachia, deve rientrare anche quello di indicare ai giudici di merito criteri uniformi per la liquidazione del danno alla persona, e tali criteri sono stati individuati nelle "Tabelle" di riferimento per la stima del danno alla persona elaborate dal Tribunale di Milano, trattandosi del criterio più diffuso sul territorio nazionale. Da ciò consegue che, d'ora innanzi, sarà censurabile per violazione di legge la sentenza di merito che non dovesse applicare il suddetto criterio, ovviamente senza adeguatamente motivare lo scostamento da esso. La sentenza si segnala altresì per essersi la Corte preoccupata di indicare alcune direttive - per così dire - di "diritto intertemporale", precisando che le decisioni di merito già depositate, e non passate in giudicato, le quali non abbiano liquidato il danno biologico in base alle tabelle del Tribunale di Milano, non saranno per ciò solo ricorribili per cassazione (per violazione di legge), se sia mancata in appello una specifica censura in tal senso, e se la parte interessata non abbia prodotto agli atti nel giudizio di appello copia delle suddette tabelle». In dottrina, *ex multis*, v. D. GAROFALO, *La risoluzione del rapporto di lavoro per malattia*, in *Dir. relaz. ind.* 2 (2023), pp. 357ss.; E. MARTINELLI, *Il licenziamento*, cit., p. 131.

²² In tal senso, v. Cass., Sez. lav., 16 settembre 2022, n. 27334, consultabile in banca dati *Onelegale*, secondo cui «Nel sistema delineato dall'art. 18 St. lav., come modificato dalla L. cd. Fornero, il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2, cod. civ., è nullo e le sue conseguenze sono

In riferimento, invece, ai “nuovi assunti”, parimenti, si è prospettata la nullità del licenziamento in questione ex art. 1418 c.c., per contrasto con la norma imperativa di cui al più volte richiamato art. 2110 c.c.

In merito, secondo parte della giurisprudenza, al cospetto di una impresa di piccole dimensioni, le sanzioni applicabili al caso di specie sono rintracciabili nelle disposizioni di cui all’art. 3, comma 1, del D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23²³, ai sensi del quale «il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un’indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità». Indennità dimezzata, per espressa previsione dell’art. 9 del medesimo decreto, nel caso di piccola impresa.

Superando la prospettata tutela di ordine meramente economico, dall’ammontare peraltro variabile in ragione delle dimensioni dell’impresa, in linea con l’interpretazione delle Sezioni unite²⁴ richiamata, si è sostenuta l’applicabilità della disciplina di diritto comune, con conseguente nullità del licenziamento per violazione dell’art. 2110 c.c., come previsto per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015.

È escluso che le conseguenti sanzioni possano trovare fondamento normativo negli artt. 2 e 3 del D.Lgs. 23/2015. Il primo dei due non disciplina espressamente l’ipotesi di nullità in esame; il secondo presenta scarsa efficacia riparatrice e altrettanto scarsa portata dissuasiva rispetto a un atto nullo per contrasto con i valori del lavoro e della salute²⁵.

3.- Il dilemma della tutela del lavoratore della piccola impresa

Emerse tali difficoltà a garantire adeguata tutela al dipendente della piccola impresa, la soluzione preferita dalla giurisprudenza di merito è quella che consente prevedere una

disciplinate, secondo un regime sanzionatorio speciale, dal comma 7, che a sua volta rinvia al comma 4, del medesimo articolo 18, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro».

²³ Per un approfondimento sulle modifiche subite dall’articolo 3 del D.Lgs. 23/2015 in seguito all’approvazione del Decreto dignità (D.L. 12 luglio 2018, n. 87) e alla sentenza della Corte Costituzionale n. 194 del 2019, v. A. PERULLI, *Correzioni di rotta. La disciplina del licenziamento illegittimo di cui all’art. 3, comma, 1, d.lgs. n. 23/2015 alla luce del c.d. “Decreto Dignità” e della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in *Lav. dir. Eur.* 1 (2019), pp. 2ss.

²⁴ Precisamente, il riferimento è a Cass., Sez. un., 22 maggio 2018, n. 12568, in *Dir. giust.* 92 (2018), pp. 4ss., con nota di D. SATTA MAZZONE, *Il licenziamento intimato prima del superamento del periodo di comporto è nullo e non inefficace*; in *GiustiziaCivile.com* 21 (2019), con nota di D. CONTE, *La nullità del licenziamento intimato in violazione dell’art. 2110, comma 2, c.c.*; in *Dir. relaz. ind.* 4 (2018), pp. 1218ss., con nota di E. PASQUALETTO, *Il licenziamento per preteso (ma non realizzato) superamento del periodo di comporto: il duplice paradosso di una sentenza a sezioni unite... non troppo utile*; in *IUS Lavoro* (2018), con nota di F. CHIETERA, *Licenziamento intimato prima della scadenza del periodo di comporto: vizi del recesso ed apparato sanzionatorio*.

²⁵ E. MARTINELLI, *Il licenziamento*, cit., p. 136.

Interventi

tutela reintegratoria ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs. 23/2015²⁶, in applicazione del quale il datore è tenuto a riammettere a lavoro il dipendente e, altresì, a risarcire il danno da questi subito per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità e l'inefficacia, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative.

La misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. È fatta salva la facoltà per il prestatore di lavoro di optare, in alternativa, per un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, con conseguente risoluzione del rapporto di lavoro. A sostegno di quest'ultima teoria interpretativa, che immagina l'applicabilità dell'art. 2 del D.Lgs. 23/2015, si possono richiamare la necessità di individuare una tutela unitaria che prescindendo dal requisito dimensionale dell'impresa e che sia adeguata a tutelare il lavoratore da un atto di recesso nullo per contrasto con norma imperativa²⁷.

Le prime due correnti di pensiero poco sopra enunciate ritengono applicabile la tutela reintegratoria, ex art. 2 del D.Lgs. 23 del 2015, alle concrete fattispecie di licenziamento affette da nullità testuale (art. 1418, comma 3, c.c.), anche se apparirebbe più corretto il riferimento a una nullità di tipo virtuale (art. 1418, comma 1, c.c.). Tale sottile differenza si considera sfumata e, secondo i chiarimenti forniti dalle Sezioni Unite²⁸, come in altri

²⁶ *Ibid.*, pp. 137 ss. In giurisprudenza, sul punto, v. Trib. Santa Maria Capua Vetere, 17 ottobre 2022; App. Torino, 25 maggio 2022, n. 315; Trib. Frosinone, 11 maggio 2022; Trib. Palermo, 1° aprile 2022, n. 1078; Trib. Modena, 1° luglio 2020, n. 374, tutte in banca dati *Onelegale*.

²⁷ Cass., 16 settembre 2022, n. 27334, cit.

²⁸ V. precisamente il punto 3.6. della motivazione della sentenza Cass., Sez. un., 22 maggio 2018, n. 12568, cit., ove è esplicitato che il carattere imperativo dell'art. 2110 c.c. era già stato riconosciuto da Cass., Sez. un., 29 marzo 1980, n. 2072, consultabile in banca dati *Onelegale*. In dottrina, al riguardo, si legge che tale sentenza «(...) non riteneva possibile sfuggire alle maglie dell'art. 2110 c.c., con applicazione rigorosa delle clausole di comportamento secco, là dove esse fossero le sole previste dal contratto collettivo [Pret. Milano, 11 febbraio 1980]. Il superamento di questa contrapposizione fu realizzato da alcune sentenze della Cassazione [Cass., Sez. un., 20 marzo 1980, nn. 2072-2074] che impressero il loro marchio su tutta la successiva evoluzione [l'orientamento è consolidato: *ex multis*, Cass, 7 febbraio 2011, n. 2971], e che incontrarono altresì, ma dopo iniziali diffidenze e perplessità, l'approvazione della dottrina [ad es. M. D'ANTONA, *Norme «incomplete» ed equità giudiziale: l'art. 2110 e la determinazione del periodo di comportamento*, in *Giust. Civ.* 2 (1983), p. 258; O. MAZZOTTA, *Accertamenti sanitari*, cit., pp. 1ss.]. I passaggi essenziali del ragionamento interpretativo proposto dalle S.U. possono così riassumersi: non è vero che l'art. 2110 riguardi soltanto il caso di malattia continuativa, nulla ostando a che esso trovi applicazione anche nel caso del succedersi di più malattie discontinue; il nodo dell'eccessiva morbilità deve essere sciolto, pertanto, nel quadro dell'art. 2110, che prevale, in quanto norma "speciale", sia sulla normativa generale del recesso, che su quella in tema di impossibilità della prestazione; ne segue che, qualora un contratto collettivo contempli soltanto un comportamento secco, si ha una lacuna di disciplina per la situazione (meritevole di una regolamentazione autonoma ed appropriata) di pluralità di malattie; tale lacuna deve essere colmata dal giudice facendo ricorso alle fonti suppletive previste dallo stesso art. 2110, e cioè, in assenza di usi, determinando il comportamento per sommatoria in via di equità. È come dire che la predisposizione

settori dell'ordinamento²⁹, si può operare un'equiparazione tra le due forme di nullità. Ciò determina la sanzionabilità, ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs. 23/2015, del licenziamento per violazione del termine di comporta che contrasta apertamente con i diritti superindividuali a protetti dall'art. 2110 c.c. Al lavoratore è, quindi, riconosciuta la tutela reintegratoria, anche quando presti la propria attività in favore di una piccola impresa³⁰.

di un comporta appropriato all'ipotesi della pluralità di malattie è normativamente imprescindibile. Ciò si può razionalizzare come l'esito di una (doverosa) interpretazione evolutiva dell'art. 2110, derivante dal mutamento del quadro giuridico nel quale esso era stato concepito, in conseguenza dell'introduzione della disciplina limitativa del licenziamento» [R. DEL PUNTA, *La sospensione*, cit., pp. 344 ss.].

²⁹ Cfr. Cass. 24 gennaio 2023, n. 2033, consultabile in banca dati *Onelegale*, secondo cui «In tema di responsabilità disciplinare dei notai, la violazione dell'art. 28, comma 1, n. 1, della sussiste solo nel caso in cui il contrasto dell'atto con la legge risulti in termini inequivoci, ossia la nullità sia espressamente prevista ovvero sia il frutto di un consolidato orientamento interpretativo, giurisprudenziale o dottrinale. (In applicazione del principio, la S.C. ha cassato la sentenza che aveva ritenuto la sussistenza della violazione, in un caso, per una donazione di quota di immobile tra coniugi in regime di comunione legale; in un altro, per una compravendita immobiliare conclusa da un cittadino svizzero in assenza delle condizioni alle quali la legge della Confederazione elvetica subordina la validità della compravendita di un immobile in territorio svizzero da parte di un cittadino straniero.)»; Cass. 20 luglio 2011, n. 15892, con nota di L. SALVANESCHI, in *Riv. Dir. Proc.* 3 (2012), p. 765.

³⁰ In tal senso, v. E. MARTINELLI, *Il licenziamento*, cit., p. 138 s.