

EISSN 2499-4650



*Diretta da ENRICO GRAGNOLI*

*Numero straordinario*

# Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro



**G. Giappichelli Editore – Torino**

Rivista trimestrale - Numero straordinario

[www.dirittoalavorovariazioni.com](http://www.dirittoalavorovariazioni.com)

# Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro

*Diretta da* ENRICO GRAGNOLI

*Numero straordinario*



G. Giappichelli Editore – Torino

*Direttore responsabile:* Enrico Gragnoli

*Direzione e Redazione*

email: [greco.vtdl@libero.it](mailto:greco.vtdl@libero.it)

[www.dirittolavorovariazioni.com](http://www.dirittolavorovariazioni.com)

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

*Servizio di stampa ad uso privato di Rivista Digitale.*

### ***Comitato di direzione***

José Antonio Fernandez Avilés – Emilio Balletti – Vincenzo Bavaro – Franca Borgogelli – Alessandro Boscati – Stefano Brusati – Piera Campanella – Guido Canavesi – Carlo Cester – Maurizio Del Conte – Antonio Di Stasi – Madia D’Onghia – Loredana Ferluga – Valeria Fili – Alessandro Garilli – Andrea Lassandari – Fiorella Lunardon – Luigi Menghini – Michele Miscione – Antonella Occhino – Alberto Pizzoferrato – Maurizio Ricci – Antonio Vallebona – Carlo Zoli – Antonello Zoppoli

### ***Comitato di redazione***

Maria Giovanna Greco (*caporedattore*) – Mirko Altimari – Lucia Bello – Ilaria Bresciani – Ilaria Cairo – Francesco Capparelli – Massimo Cundari – Lorenzo Maria Dentici – Cristina Marani – Martino Matarese – Fabio Pantano – Susanna Palladini – Marta Selicorni – Luigi Sposato – Laura Torsello – Ester Villa – Valentina Zaccarelli

### ***Comitato di valutazione***

Luigi Angiello – Francesco Basenghi – Alessandro Bellavista – Stefano Bellomo – Paola Bozzao – Marina Brollo – Luca Calcaterra – Davide Casale – Matteo Corti – Luigi De Angelis – Michele De Luca – Marco Esposito – Vincenzo Ferrante – Maria Dolores Ferrara – Marco Ferraresi – Lorenzo Gaeta – Donata Gottardi – Renato Greco – Fausta Guarriello – Stella Laforgia – Chiara Lazzari – Stefano Liebman – Mariella Magnani – Sandro Mainardi – Valerio Maio – Massimiliano Marinelli – Oronzo Mazzotta – Roberta Nunin – Paola Olivelli – Antonello Olivieri – Roberto Romei – Riccardo Salomone – Francesco Santoni – Alessandra Sartori – Valerio Speciale – Adriana Topo – Paolo Tosi – Armando Tursi – Roberto Voza – Anna Zilli

### ***Norme di autodisciplina***

1. La valutazione dei contributi inviati per la pubblicazione, sia su iniziativa degli Autori, sia in quanto richiesti dal Comitato di direzione, è affidata a due membri del Comitato per la valutazione scientifica scelti a rotazione.
2. Il contributo è inviato ai valutatori senza notizia dell’identità dell’Autore.
3. L’identità dei valutatori è coperta da anonimato. Il parere anonimo è inviato all’Autore.
4. In caso di pareri contrastanti la direzione assume la responsabilità della decisione.
5. Ove dalle valutazioni emerge un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, la direzione promuove la pubblicazione solo a seguito dell’adeguamento del saggio assumendosi la responsabilità della verifica.



# Indice

## *Index*

### **Il tema**

#### ***La libertà religiosa***

ANTONIO OJEDA-AVILÈS, <i>The collective negotiation of reasonable accommodation of the religious acts in the company</i>	1231
CHRISTOPHE VIGNEAU, <i>Religious freedom at work in France</i>	1253
ALBERTO PIZZOFERRATO, <i>Freedom of Religion in the Workplace: the Current State of the Art</i>	1263
ENRICO GRAGNOLI, <i>Divine protection and human law. Work, the social marginality of religion and protection of freedom</i>	1275
LUCIANO GENOVESI, <i>Religious creed and law: two worlds apart?</i>	1297
STEFANIA SCARPONI, <i>The “fair balance” of fundamental rights in the European Court of Justice decisions in the matter of religious freedom at work and the impact of the principle of “proportionality”</i>	1313
ANTONELLO OLIVIERI, <i>The legal system between divine law and labour law: the one who is overmuch righteous, for this reason becomes unrighteous</i>	1333
MARCO BIASI-ALESSANDRO NEGRI, <i>Libertà religiosa e sport professionistico: il caso dei giocatori NBA osservanti il Ramadan</i>	1351
CINZIA CARTA, <i>Companies’ policies of neutrality and the principle of non – discrimination</i>	1367
GIULIA CASSANO, <i>The freedom of religion in the workplace in the latest case law of the Court of Justice of the European Union: the Cresco investigation case and religious holidays</i>	1379

CLAUDIA CARCHIO-ELISABETTA SARTOR, <i>The principle of secularity as a neutral approach and the indirect religious discriminations in the employment relationship</i>	1391
STEFANO MARIA CORSO, <i>Religious belief versus health and safety at work: labour law as a guarantor of respect for fundamental rights</i>	1413
BARBARA DE MOZZI, <i>Religious freedom and the right to rest days on religious festivals (of others).</i>	1429
PIERLUIGI DIGENNARO, <i>A critical assessment of the EUCJ case law on the manifestation of religious convictions at the workplace</i>	1451
INMACULADA MARÍN ALONSO-CARMEN SOLÍS PRIETO, <i>The impact of religious freedom in the Labor and Social Security Framework in Spain</i>	1465
CATERINA MAZZANTI-GIANLUCA PICCO, <i>The principle of laicism in the employment relationship from the perspective of National and European jurisprudence</i>	1489
FATIMA NOGAYLIEVA, <i>Accommodating Religion and Belief in Russian Labour Law: Silent Consent or Unspoken Tabu</i>	1507
MARCO PERUZZI-ANNA ZILLI, <i>Sexual orientation and work in organizations with religion or belief – based ethos</i>	1519
GIUSEPPE ANTONIO RECCHIA, <i>“Discrimination on another ground”: when religious liberty and sexual orientation collide</i>	1539
NICOLÒ ROSSI, <i>Working time and religious belief: a matter of reasonableness</i>	1561
MILENA S. ROUXINOL, <i>Brief thoughts on some problems arising from religious expression in workplace</i>	1575
CATERINA TIMELLINI, <i>Islam subtly enters the labor relationship between trade union negotiations and inclusive safety</i>	1587
LAURA TORSSELLO, <i>Religious freedom in the workplace, between new needs and the multi – dimensionality of protection</i>	1603
LUIS ANGEL TRIGUERO MARTINEZ, <i>Relaciones laborales y religión en la empresa: que lugar para la gestión de los riesgos psicosociales?</i>	1617

## Saggi

MARIA DEL FRATE, <i>Le Sezioni unite n. 16601 del 2017 in materia di punitiva damage: una possibile lettura in prospettiva giuslavoristica</i>	1631
--	------

FRANCESCA DE MICHIEL, <i>Il reddito di cittadinanza, tra contrasto alla povertà e politiche attive del lavoro</i>	1659
IRENE DI SPILIMBERGO, <i>Ancora sulla tensione fra tutela e parità di genere nel lavoro</i>	1693
LOREDANA FERLUGA, <i>Il lavoro nelle cooperative sociali</i>	1711
VINCENZO FERRANTE, <i>Nullità e disciplina del rapporto di lavoro</i>	1731
CHIARA LAZZARI, <i>Sull'incerta vigenza dell'art. 8, commi primo – terzo, della legge n. 148 del 2011</i>	1755
GIAN PIERO MARCELLINI, <i>Il convivente more uxorio quale potenziale beneficiario del congedo straordinario per assistere un familiare disabile e l'età avanzata del titolare del diritto quale potenziale causale di subentro dei legittimati sussidiari</i>	1785
FEDERICO PISANI, <i>I diritti dei ricercatori universitari sulle invenzioni finanziate</i>	1807
CINZIA SCURZIO, <i>Una prospettiva internazionale sulla tutela della stabilità del lavoro</i>	1829
PAOLO TOMASSETTI, <i>Apprendistato di primo livello e legislazione speciale sul lavoro dei minori: profili critici e prospettive evolutive</i>	1865
<i>Autori</i>	1893



# Nullità e disciplina del rapporto di lavoro <sup>\*</sup>

## *Nullity in the employment relationship*

Vincenzo Ferrante

*Professore Ordinario nella facoltà di Giurisprudenza nell'Università cattolica di Milano*

---

### ABSTRACT

Il saggio analizza le varie ipotesi in relazione alle quali il legislatore prevede l'improduttività degli effetti del contratto di lavoro, di una sua clausola o di un provvedimento datoriale per verificare se si possa fare applicazione delle regole generali del diritto civile in materia di nullità o se invece il legislatore ha dettato una disciplina speciale per il rapporto di lavoro.

**Parole chiave:** rinunzie e transazioni – prestazione “di fatto” – patto di prova – contratti a termine – sanzioni disciplinari – licenziamento – nullità.

*The essay analyzes the various hypotheses in relation to which the legislator establishes the unproductiveness of the effects of the employment contract, of its clauses or of managements' decisions to verify if it is possible to apply the general rules of civil law on nullity or if instead the legislator has dictated a special regulation for the employment relationship.*

**Keywords:** *Waiver and mutual settlement – undeclared employment – probation clause – fixed-term contracts – disciplinary sanctions – dismissal – nullity.*

---

### SOMMARIO:

1. Nullità degli atti di rinunzia a diritti del lavoratore. – 2. Prestazione “di fatto” in violazione di legge. – 3. Nullità parziale di clausole accidentali. – 4. Risarcimento del danno, nullità del termine e tecniche di tutela. – 5. Nullità degli atti di “amministrazione” del rapporto? – 6. Nullità del licenziamento. – 7. Nullità della procedura disciplinare. – 8. Conclusioni: disciplina sanzionatoria del recesso illegittimo.

## *1. Nullità degli atti di rinunzia a diritti del lavoratore*

Nullità è categoria generale che la sapienza degli antichi aveva tenuto ai margini della disciplina del contratto del lavoro, sia che si trattasse di valutare le pattuizioni delle parti nel contratto individuale, sia che si dovesse, in epoca

---

\* Il saggio è destinato agli studi in onore di C. Cester

più recente, giudicare della legittimità del recesso intimato dal datore di lavoro, preferendo dar vita ad un sistema sostanzialmente autonomo per disciplinare la patologia dell'attività negoziale e della fase di esecuzione del contratto.

Si tratta invero di una soluzione apparentemente illogica, ove si consideri il fatto che i diritti dei lavoratori appaiono come indisponibili e, quindi, sembrerebbero richiedere proprio un siffatto tipo di sanzione, quando si debba fulminare una volontà negoziale contraria al comando imperativo di legge. Ed in effetti uno dei punti nodali dello *statuto dei lavoratori* è rappresentato proprio dall'art. 13 ultimo comma che, nel predicare la nullità dei patti contrari al disposto della lunghissima (ed ora novellata) prima parte della norma in materia di modifica delle mansioni (art. 2103 c.c.), ha ribaltato l'impostazione originaria del codice del 1942, che invece aveva finito (nella giurisprudenza degli anni '60) per qualificare la mancata reazione del lavoratore, quale accettazione tacita anche di modifiche illegittime, indifferente all'ipotesi che l'assenza di una manifestazione di volontà contraria potesse essere determinata dal timore di possibili ritorsioni del datore, in un sistema che non garantiva ancora la stabilità del rapporto<sup>1</sup>.

Ed evidente deve apparire come in questi casi il richiamo alla categoria generale sia corretto, poiché si tratta di privare di effetti un (presunto) consenso del lavoratore che, altrimenti, secondo il dogma della volontà, condurrebbe senz'altro ad una rinuncia alla posizione soggettiva individuale.

Anzi può dirsi che a tal punto il richiamo alla nullità sia qui congruo che la sopravvenuta norma di cui all'art. 2113 c.c. in tema di rinunzie e transazioni – che sembra ammettere che un vizio genetico dell'efficacia possa essere successivamente sanato grazie alla previsione di un termine breve di decadenza per la proposizione dell'azione di impugnazione – è stata fatto oggetto di una *interpretatio abrogans* dottrinale e giurisprudenziale che ha applicato alle rinunzie aventi ad oggetto diritti “primari” del lavoratore (e dunque anche alla modifica della disciplina del contratto collettivo) la radicale sanzione della nullità, lasciando l'applicazione della disciplina di legge solo ai diritti “secondari”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Così G. SUPPIEJ, *Mansioni del lavoratore*, in U. PROSPERETTI (a cura di), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1975, t. I, 334 ss., qui 354: sulla novella, v. C. CESTER, *La modifica in peius delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 149, 171 ss.; A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 149, 129 ss.; C. ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2016. Per ulteriori riff. sul punto specifico rinvio al mio *La nuova disciplina delle mansioni dei lavoratori*, in *Dal contratto al mercato*, Giappichelli, Torino, 2017, 29 ss.

<sup>2</sup> In questo senso v. R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976; in giurisprudenza, v. già Cass. sez. lav., 8 gennaio 1979, n. 103; anal. Cass., 24

La radicale nullità dell'atto di disposizione del diritto individuale è apparsa quindi agli interpreti più appropriata rispetto alla generica invalidità sanabile (propriamente una annullabilità, secondo l'opinione maggioritaria<sup>3</sup>) nella prospettiva di una interpretazione logicamente conseguente alla qualificazione in termini di inderogabilità delle norme e di indisponibilità dei diritti soggettivi che ne derivano, operata dallo stesso legislatore, posto che, a ragionare diversamente, si assisterebbe allo sconcertante spettacolo di una disciplina protettiva che può essere con facilità aggirata dalle parti individuali, sol che si abbia l'accortezza di imporre (con che modi è facile intuire) al singolo lavoratore un atto del tutto privato di rinuncia ad essi.

Né si prevede soluzione diversa, quando il contrasto venga a registrarsi con previsioni di origine sindacale: non deve sfuggire infatti che l'inderogabilità di cui all'art. 2113 c.c. è qualifica che si rivolge prioritariamente alla contrattazione, in quanto la norma è preordinata ad attribuire speciale efficacia alle previsioni dell'autonomia collettiva<sup>4</sup>, a sanatoria dell'incerta applicabilità dell'art. 2077 c.c. In questa prospettiva, l'inderogabilità è prevista non solo a tutela di un interesse individuale, ma per la necessità, che si colloca alla base dello scambio negoziale attuato dalle organizzazioni sindacali, di dettare una regolamentazione che si imponga alle parti per tutta la durata di vigenza del contratto collettivo, senza che sia possibile una modifica ad opera delle parti individuali.

Qui il legislatore si propone di riconoscere alla contrattazione collettiva quel tanto di efficacia normativa che serve ad evitare che il regolamento negoziale stabilito al tavolo delle trattative sia insuscettibile di essere poi liberamente derogato per volontà delle parti individuali; né certo si può lamentare che la soluzione si ponga in contrasto con l'imperativo di tutela del lavoratore

---

febbraio 1979, n. 1242; Cass., 3 marzo 1983, n. 1596. La norma ha costituito oggetto di costante attenzione nella dottrina più recente: a riguardo, v. almeno M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, Cedam, Padova, 2006; V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, Jovene, Napoli, 2008; ed ancora C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro* e P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti del lavoratore: dalla tecnica al principio e ritorno*, entr. in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18-19 aprile 2008*, Giuffrè, Milano, 2009, ed *ivi* altresì l'intervento di M. NAPOLI, *L'inderogabilità discussa*, 244 ss.; M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009; O. DESSI, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2133 c.c.*, Giappichelli, Torino, 2113; P. ALBI, *La dimissione dei diritti del lavoratore*, Giuffrè, Milano, in *Tratt. Schles.-Busnelli*, 2016 (e già *Garanzie dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2013).

<sup>3</sup> V. la ricostruzione del dibattito in V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, cit., 87 ss. che propone di qualificare il vizio in termini di nullità relativa o di protezione.

<sup>4</sup> L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, in *Mass. giur. lav.*, 1980, 693 ss.

solennemente riconosciuto nella Carta costituzionale, posto che il modello realizzato dal legislatore della legge n. 533/1973 (che ha novellato l'art. 2113 c.c.) risponde esattamente alle previsioni del costituente, che individuavano nella tutela collettiva lo strumento migliore di protezione dell'interesse dei lavoratori, secondo una impostazione ampiamente diffusa in ambito comparato, e sostanzialmente condivisa nella legislazione internazionale, come emerge dal *corpus* delle convenzioni OIL, che riconoscono all'autotutela collettiva la forma più diretta ed effettiva di protezione dei diritti dei lavoratori<sup>5</sup>.

## 2. Prestazione “di fatto” in violazione di legge

Una soluzione diversa dalla regola generale si impone invece nel caso della nullità dello stesso contratto di lavoro, come si evince con immediatezza dal disposto dell'art. 2126 c.c.<sup>6</sup>, almeno nel senso in cui questo viene inteso dalla dottrina maggioritaria, che ne restringe la portata sanzionatoria ai soli casi in cui la prestazione resa sia intrinsecamente contraria alla legge (per es. nel caso di esercizio abusivo di una professione<sup>7</sup>).

Qui la nullità si giustifica nella prospettiva, tipica del diritto francese<sup>8</sup>, della contrarietà all'ordine pubblico “sociale” del risultato finale atteso all'esito

---

<sup>5</sup> M. NAPOLI, *Introduzione. Interrogativi sull'inderogabilità*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, 157 ss. In generale, sul tema, v. A. ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto civile e del lavoro fra efficienza del mercato e tutela della persona*, *ivi*, 165, ss. (nonché *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 917 ss.); P. TOSI, *Le invalidità nel diritto del lavoro. Questioni di metodo*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 603 ss.; F. LUNARDON, *Le nullità nel diritto del lavoro*, *ivi*, 653 ss.; MAIO, *Nullità di protezione e contratto collettivo di lavoro*, *ivi*, 142 ss.; L. RATTI, *Nullità di protezione e contratto di lavoro: una convergenza apparente*, in *Variat. temi dir. lav.*, 2017, 901 ss.

<sup>6</sup> Il punto ha costituito oggetto di ampia analisi in passato, v. C. ZAGO GARELLI, *Prestazione di fatto del lavoro con violazione di legge*, Giuffrè, Milano, 1966; M. DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 1970; A. PALAZZO, *Violazione di legge e stabilità del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1973; nella letteratura più recente, v. M. C. CATAUDELLA, *Contratti di lavoro e nullità parziale*, Giuffrè, Milano, 2008, 109 ss.; P. CAMPANELLA, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2013 in *Tratt. Schles.-Busnelli* e già *Prestazione di fatto*, in *Tratt. Carinci-Persiani, IV/I*, 2012, 349-399.

<sup>7</sup> Ed anche in tali casi non mancano difficoltà ad una applicazione generalizzata del divieto, tanto che se per la mediazione si ritiene applicabile il divieto in carenza di iscrizione all'albo di cui all'art. 6, legge 3 febbraio 1989 n. 39, ne resta invece esente la figura atipica del procacciatore di affari (così Cass., sez. III, 16 dicembre 2005, n. 27729).

<sup>8</sup> V.F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 4<sup>a</sup> ed., 2014, LGDJ, Paris, 52 e 150; richiami analoghi in V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, *cit.*, 156 ss.

dello scambio: invero, non si può ad es. accettare che la prestazione lavorativa sia resa da un bambino, anche se questo consente una coltivazione più agevole dei cunicoli minerari, perché il risultato contrasta con il sentimento etico, che impone che ai minori sia riservato un autonomo spazio di crescita, di educazione e, in una parola, di maturazione.

Malgrado il divieto di tenere una certa condotta, la nullità del contratto di lavoro non è però del tutto improduttiva di risultati, quando il lavoro sia stato «prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro», poiché gli effetti tipici del contratto si producono comunque per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione. Ed invero sarebbe del tutto incongruo incoraggiare gli imprenditori disonesti, liberandoli dalle conseguenze che discendono dalla esecuzione dell'attività lavorativa con soggetti che non possono prestarla (perché ad es. privi di idoneo titolo che li legittimi al soggiorno sul territorio nazionale), ove mai si facesse una indiscriminata applicazione del principio di improduttività degli effetti dei contratti nulli (obbligando quindi i lavoratori alla restituzione dei salari percepiti).

Ovviamente la mancata denuncia del rapporto alle autorità dà luogo a responsabilità per il datore sul piano delle sanzioni relative al corretto funzionamento del mercato del lavoro (art. 19.3, d.lgs. n. 276/2003) nonché del rispetto della norma previdenziale (art. 37, legge n. 689/1981); ed ancora è frutto di responsabilità per le conseguenti eventuali omissioni contributive e per il danno così provocato al lavoratore (art. 2116/II c.c.). Sul piano dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, poi, non verrà ad operare la regola della traslazione del rischio in capo all'Istituto assicuratore, che interverrà a riconoscere al lavoratore un indennizzo in forza del principio di automaticità (art. 2116 c.c.) e, quindi, solo in via di anticipazione e con riserva di rivalersi sul datore per gli importi sborsati (v. anche art. 24, legge n. 977/1967). Va da sé, poi, che la costituzione di rapporti invalidi non dispensa comunque il datore dall'obbligo contributivo, anche nel caso di minori di tenerissima età e ancora tenuti all'obbligo scolastico<sup>9</sup>, e consente agli enti previdenziali di rivalersi nei confronti del datore per l'importo complessivo delle prestazioni erogate, in conformità peraltro, per quanto attiene ai lavoratori stranieri irregolarmente soggiornanti sul territorio italiano, ad espresse previsioni internazionali<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Corte Cost. 29 dicembre 1976, n. 262, in *Riv. giur. lav.*, 1976, III, 78 ss. e v. ora l'art. 4 della legge 8.8.1972, n. 457.

<sup>10</sup> Art. 9, comma 1, Conv. OIL n. 143/1975 (ratificata dall'Italia con la legge 10 aprile 1981, n. 158); in *Giur.*, v. Cass., 26 marzo 2010, n. 7380.

In conclusione, può dirsi che, nei confini del diritto del lavoro, la nullità non operi propriamente come vizio del contratto inidoneo a sorreggere lo scambio e gli effetti in termini di attribuzione patrimoniale che ne sono derivati nella fase di esecuzione, ma piuttosto valga a tutelare la mancata immediata reazione del lavoratore là dove a questo si chiede un atto (per lo più tacito) abdicativo dei propri diritti, venendo in soccorso, in questi ultimi casi, il modello di assoluta improduttività di effetti giuridici che caratterizza la fattispecie dell'art. 1418 c.c.

### 3. Nullità parziale di clausole accidentali

Diversa è l'ipotesi in cui la nullità sia predicata in relazione a specifiche clausole contrattuali, accidentali rispetto al contenuto dello scambio, ed inserite *ab origine* nel contratto (prova, termine, patto di riduzione dell'orario rispetto ai minimi contrattuali e di determinazione della collocazione oraria della prestazione nel lavoro a *part time*: artt. 2096 c.c., 19.4 e 5.2 d.lgs. n. 81/2015). In questi casi la situazione si complica e il meccanismo si modifica almeno con riguardo allo schema primitivo ora richiamato: non si tratta qui di impedire *in toto* la realizzazione dell'affare così come questo appare diviso dalle parti secondo la volontà espressa o, il che è lo stesso, di paralizzare il risultato negoziale che le parti vicendevolmente dichiarano di voler realizzare, poiché l'effetto che si produce è quello di una correzione dell'assetto concordato, di modo che lo scambio ha sì luogo, ma secondo condizioni diverse da quelle contenute nel documento contrattuale: invece che una assunzione in prova o a termine, se ne realizza una a tempo indeterminato (artt. 19.2 e 20.2 d.lgs. n. 81/2015<sup>11</sup>); in luogo di una prestazione ad orario ridotto, il lavoratore può ottenere di essere occupato a tempo pieno (art. 10, d.lgs. n. 81/2015).

Non può quindi condividersi il richiamo, che pure non è estraneo alla dottrina<sup>12</sup>, al meccanismo di cui al comma 1 dell'art. 1419 c.c., poiché in questi casi non spetta alle parti individuali esprimere un consenso, sia pure solamente virtuale, in ordine alla validità dell'accordo, nei termini che residuano dopo l'azione demolitoria conseguente all'accertamento della nullità, ma è lo stesso legislatore che predispone una soluzione *ex ante*, lasciando in piedi il contratto, pur dopo il venir meno della clausola dichiarata nulla. Non a caso, rigettando l'idea che il

---

<sup>11</sup> L'effetto della "conversione" si realizza anche in relazione alla prosecuzione del rapporto in via di fatto: artt. 21.2 e 22.2 d.lgs. n. 81/2015.

<sup>12</sup> M.C. CATAUDELLA, *Contratti di lavoro e nullità parziale*, cit., 37 ss.

comma 1 dell'art. 1419 c.c. possa trovare applicazione rispetto al contratto di lavoro, “allorquando la nullità della clausola derivi dalla contrarietà di essa a norme imperative poste a tutela del lavoratore”, si è qui richiamato il meccanismo di cui all'art. 1339 c.c. (o del comma 2 dello stesso art. 1419 c.c.) quale espressione di un potere regolatorio dell'economia che si deve riconoscere allo Stato, in forza degli obiettivi di eguagliamento sociale che la Costituzione persegue, nella prospettiva di un potenziamento delle capacità individuali della persona.

A riguardo la Corte Costituzionale, con parole dietro le quali non è difficile intravedere la penna di un maestro del diritto civile, afferma che: «nel campo del diritto del lavoro – in ragione della diseguaglianza di fatto delle parti del contratto, dell'immanenza della persona del lavoratore nel contenuto del rapporto e, infine, dell'incidenza che la disciplina di quest'ultimo ha rispetto ad interessi sociali e collettivi – le norme imperative non assolvono solo al ruolo di condizioni di efficacia giuridica della volontà negoziale, ma, insieme alle norme collettive, regolano direttamente il rapporto, in misura certamente prevalente rispetto all'autonomia individuale, cosicché il rapporto di lavoro, che pur trae vita dal contratto, è invece regolato soprattutto da fonti eteronome, indipendentemente dalla comune volontà dei contraenti ed anche contro di essa. Non hanno quindi modo di trovare applicazione, in questo campo, quei limiti alla operatività del principio di conservazione del rapporto che sono strettamente collegati all'identificazione nel contratto della fonte primaria del regolamento negoziale, come si verifica nell'ambito della disciplina comune dei contratti»<sup>13</sup>.

Nei casi ora in esame, peraltro, la nullità può derivare non solo dalla mancanza dei presupposti oggettivi che legittimano l'apposizione all'accordo delle clausole speciali, ma altresì per un vizio di forma: infatti, il patto di prova o il termine possono essere dichiarati privi di effetto per carenza di forma scritta (art. 19.4, d.lgs. n. 81/2015) o anche per mancata stipula contestuale o precedente l'inizio della prestazione (secondo un orientamento giurisprudenziale solidissimo, relativo all'art. 2096 c.c.)<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Corte Cost. 11 maggio 1992, n. 210 (par. 6); nel senso invece di applicare il comma 1 dell'art. 1419 ad un caso di nullità della pattuizione per mancata indicazione dell'orario di effettivo lavoro: Cass., sez. lav., 13 marzo 2009, n. 6226; critica verso la sentenza della Corte è CATAUDELLA, *Contratti di lavoro e nullità parziale*, cit., 53 che, a sostegno dell'applicabilità dell'art. 1419 c.c., lamenta che la Corte “non sembra cogliere appieno la varietà delle esigenze che possono stare alla base dell'insaturazione di rapporti di lavoro a tempo parziale”; *contra*, a commento della precisa analisi che si effettua in quella pronuncia in ordine al rilievo che le esigenze personali rivestono nel *part time*, sia consentito il rinvio al mio *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Torino, 2008, 173-182.

<sup>14</sup> A queste ipotesi è dubbio che possa assimilarsi anche la mancata consegna della copia del contratto al lavoratore a termine di cui all'art. 19.4 d.lgs. n. 81/2015.

Queste ultime ipotesi, invero, sconfinano a tutta evidenza nell'area delle manifestazioni del potere datoriale, attesa la comune esperienza che esse rispondono ad un interesse prevalentemente del creditore della prestazione e che, nella prassi (e nella rappresentazione del legislatore) appare chiaro come i contratti cui esse sono apposte vengono predisposti unicamente dall'imprenditore. Il vizio di forma qui è sintomo di un difetto tutto interno al rapporto fra le due parti, poiché il legislatore vuole che certe pattuizioni del contratto, che lo differenziano dallo *standard*, siano sicuramente note al lavoratore attraverso una stipulazione scritta, prevedendo altresì la consegna<sup>15</sup> del documento al lavoratore (art. 19.4 d.lgs. n. 81/2015 e d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, di trasposizione della dir. 91/533 "WSD"), onde evitare altresì il rischio della formazione *a posteriori* di prove documentali fasulle, che verrebbero ad aggirare soprattutto la normativa protettiva in tema di licenziamento.

L'alterata esecuzione del rapporto (che si è interrotto fuori dai casi di legge o che ha avuto attuazione illegittima), impone al giudice di tenere conto del concreto assetto di interessi realizzato dalle parti, alla luce del generale principio di qualificazione giudiziale del caso concretamente in esame<sup>16</sup>. In questo senso, la Corte, nella sent. n. 210/1992, confermando la legittimità del divieto di clausole "elastiche", riconosce che un'esecuzione del contratto *part time* secondo moduli orari variabili comporta un innegabile sacrificio sul piano del diritto costituzionale all'equo salario, di cui all'art. 36 Cost. (compromettendo altresì le esigenze di "conciliazione" fra vita e lavoro che spesso spingono il lavoratore verso l'orario ridotto).

L'effetto di correzione del voluto contrattuale, tuttavia, non si impone in forma assoluta *pro futuro*, ma è condizionato alla volontà del lavoratore, di modo che per il lavoro a tempo parziale l'art. 5 d.lgs. n. 81/2015, specifica che il

---

<sup>15</sup> Sul valore da attribuire a tale adempimento, v. M. D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, 153.

<sup>16</sup> Così come avviene nei casi di attribuzione al rapporto di un *nomen juris* non congruente con l'effettiva esecuzione del rapporto. Qui, sempre secondo l'insegnamento della Corte (sent. 210/92 cit.), la «inefficacia della pattuizione relativa alla scelta del tipo contrattuale speciale» si riverbera sul contratto, così "convertito" in un "normale" contratto di lavoro, «senza che vi si spazii per l'indagine – oggettiva o soggettiva – circa la comune volontà dei contraenti in ordine a tale esito». Al pari di quanto avviene parimenti per "pattuizioni che incidono sullo stesso schema causale del contratto", come nel caso del contratto di apprendistato o anche nel caso di somministrazione o appalto irregolare, dove l'effetto conseguente alla nullità è il venir meno del negozio "interpositivo" e la, conseguente, riqualificazione del contratto nei termini in cui il rapporto di lavoro ha avuto effettiva esecuzione: v. già G. BENEDETTI, *Profili civilistici dell'interposizione vietata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965. Mi sono occupato di questi temi nel mio *Somministrazione ed appalto dopo il Jobs Act in Dal contratto al mercato*, cit., 81 ss.

requisito di forma è previsto solo a fini probatori (e v. già l'art. 8.1 d.lgs. n. 61/2000), ammettendo il diritto del lavoratore ad una pronunzia, costitutiva di un rapporto a tempo pieno (art. 10.1 d.lgs. cit.). Ed invero, in relazione alla prestazione resa ad orario ridotto, la conversione a tempo pieno *ex tunc* (ammessa in passato da alcune pronunzie<sup>17</sup>) verrebbe senz'altro ad alterare un naturale principio di corrispettività, di modo che il legislatore ha finito con il riconoscere in questo caso la natura costitutiva della sentenza (art. 10, commi 1 e 2 d.lgs. n. 81/2015 e v. già art. 8 d.lgs. n. 61/2000), limitando il riconoscimento del danno subito solo "ad una ulteriore somma", così da respingere l'idea che l'aspetto relativo al lucro cessante possa assorbire ed annullare ogni altra considerazione.

Soluzione non diversa è quella che, alla fine, ha trovato applicazione nel caso di contratto a tempo determinato stipulato al di fuori dei casi ammessi dalla legge.

#### 4. *Risarcimento del danno, nullità del termine e tecniche di tutela*

Nel contratto di lavoro a termine, alla carenza di uno degli elementi di validità del contratto consegue, nei confronti delle imprese private, il diritto alla "conversione" del rapporto, che, a fronte della natura non transitoria dell'esigenza aziendale, altro non è se non l'accertamento di una improduttività degli effetti della clausola viziata, cui, in passato, si è fatto conseguire un effetto pienamente reintegratorio, al pari che nel caso di un licenziamento illegittimo intimato al dipendente in regime di tutela "reale", in ordine sia al diritto alla ripresa dell'attività di lavoro, sia al pagamento dei salari che sarebbero maturati nel periodo "di estromissione"<sup>18</sup>.

L'evidente rischio di abusi (in relazione soprattutto ad azioni proposte a grande distanza di tempo dai fatti) ha però condotto in epoca più recente ad una modifica legislativa di grande rilievo con il d.l. n. 112/2008 (poi conv. nella legge n. 133/2008) e con il c.d. "collegato lavoro" di cui alla legge 4 novembre 2010 n. 183<sup>19</sup>, di modo che, non diversamente dalla norma che

---

<sup>17</sup> Esemplificativamente, v. A. ALAIMO, *Sugli effetti della mancata indicazione scritta dell'orario di lavoro nel "part-time"*, in *Foro it.*, 1991, I, 3095 ss.

<sup>18</sup> Senza pretesa di completezza, v. P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013; R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2013, 323 ss.; P. SARACINI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Riforme del lavoro e contratto a termine*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Giappichelli, Torino, 2017.

<sup>19</sup> In generale, a riguardo, v. A. BELLAVISTA, A. GARILLI, MASSIMILIANO MARINELLI (a cura

nel contratto a tempo parziale riconosce il diritto potestativo del singolo a sanare il vizio di forma, per tutti i casi di assunzione a tempo determinato, il legislatore ha fissato un termine di decadenza (art. 32, legge n. 183) per la proposizione dell'impugnativa e dell'azione giudiziale successiva, così da qualificare esplicitamente la eventuale condotta omissiva del lavoratore, successiva al venir meno della prestazione, nei termini di un abbandono della pretesa alla *restitutio in integrum*, come avviene in caso di mancata impugnazione del licenziamento *ex art. 6 legge n. 604/1966*. Al contempo il legislatore è intervenuto sulla questione della sussistenza di un eventuale effetto reintegratorio per il periodo in cui il rapporto di lavoro non ha avuto esecuzione, nei termini ovviamente del riconoscimento di un danno, che viene ad aggiungersi all'effetto della ricostituzione del rapporto, conseguente all'accertamento della nullità.

Ed invero, venuta meno la condizione di subordinazione, alla condotta di mancata tempestiva reazione del lavoratore, successiva alla interruzione seppur illegittima del rapporto, deve attribuirsi un significato propriamente negoziale (anche nei termini di cui all'art. 1227 c.c.), non potendosi essa considerare come irrilevante o come determinata dal timore di una reazione ad iniziativa dell'*ex datore*<sup>20</sup>.

In questo senso, la pressoché coeva (tormentata) modifica del d.lgs. n. 368/2001, che ha forfettizzato la misura del danno, è valsa a meglio chiarire gli effetti che conseguono all'accertamento giudiziale, in ordine alle retribuzioni perdute nel periodo di estromissione del lavoratore dal ciclo produttivo: il pagamento di un importo ha cessato così di apparire come la naturale conseguenza della nullità del termine apposto, quale rimozione degli effetti dell'illegittimità<sup>21</sup>, facendosi invece applicazione di una regola più vicina alle concrete dinamiche del mondo del lavoro (e capace di rendere immediatamente percepibile

---

di), *Il contratto a termine dopo la l. 133/2008*, Giappichelli, Torino, 2009; G. PROIA, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011; L. NOGLER, MASSIMILIANO MARINELLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012; CINELLI, FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Giappichelli, Torino, 2011.

<sup>20</sup> L'argomento assume valore ancor più pregnante in caso di licenziamento (v. *infra* nel testo), anche se non si può escludere, in alcune particolari ipotesi, che la data di riassunzione sia già nota al momento del recesso, giovandosi le parti dell'accesso alle misure previste per la disoccupazione per colmare l'intervallo non lavorato fra un'occupazione ed un'altra; si tratta di casi dove l'accertamento giudiziale potrà far emergere la sussistenza di una sorta di accordo bilaterale alla riassunzione, idoneo ad impedire il decorso del termine di decadenza con rispetto alle singole scadenze.

<sup>21</sup> V. ad es. Cass. 27 maggio 2009, n. 12333.

al datore quale possa essere l'entità del danno che egli è eventualmente chiamato a risarcire).

L'intervento del legislatore, giudicato *in parte qua* legittimo dalla Corte costituzionale<sup>22</sup>, ha però continuato ad accomunare la mancanza delle esigenze con i vizi di forma, senza dare corretto rilievo al principio di conservazione negoziale, anche quando, ad es., in assenza di una corretta estrinsecazione nel contratto delle ragioni che avrebbero dovuto sorreggere l'apposizione di un termine, non vi fosse stata poi in concreto alcuna assunzione successiva al rapporto a termine iniziale (o pure nei casi di mancata indicazione del lavoratore assente), dando così ingresso ad un regime di diritto speciale, che viene a confermare l'impossibilità di fare generale riferimento alla regola della nullità, come soluzione di applicazione generale.

Ed invero, la giurisprudenza ha spesso rifiutato di valutare complessivamente le circostanze anche quando vi fosse stato, come in certe società in mano pubblica, un deliberato ricambio nelle assunzioni a termine, per fini eminentemente di contrasto alla disoccupazione, con il risultato di giungere alla stabilizzazione di una pluralità di rapporti in relazione ad un solo posto di lavoro, in aperto contrasto con l'idea che la nullità sia collocata a garanzia non solo dell'interesse del singolo, ma anche dell'ordine sociale turbato<sup>23</sup>.

L'estrema propaggine delle soluzioni ora richiamate si rinviene nel settore pubblico dove, a fronte dell'impossibilità di una costruzione *ope judicis* del rapporto in palese violazione della norma costituzionale (art. 97<sup>24</sup>), anche ai dipendenti risultati inidonei al concorso ad occupare posti di ruolo si è comunque riconosciuto un diritto al risarcimento, quasi che la situazione di lamentata precarietà non fosse conseguente ad una professionalità ancora *in fieri* e comunque ad una previsione di ordine costituzionale. Si tratta, come si vede, di ipotesi nelle quali viene in rilievo, più che la paralisi degli effetti della clausola pattuita, una quantificazione del danno effettivamente subito, senza che

---

<sup>22</sup> La Corte, chiamata a giudicare dell'inserzione (ad opera dell'art. 21, comma 1-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. nella legge 6 agosto 2008, n. 133) nel corpo del d.lgs. n. 368/2001, di un art. 4-*bis*, che disponeva in tali casi solamente per l'applicazione di un regime risarcitorio di cui alla legge n. 604/1966, ne ha dichiarato l'incostituzionalità (sent. 14 luglio 2009, n. 214), in relazione tuttavia solo alla irragionevolezza delle differenziazioni in tale norma introdotte (in relazione ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del provvedimento e alla differenziazione fra imprese private e settore pubblico).

<sup>23</sup> Si deve tuttavia riconoscere come si debba a questa considerazione la modifica apportata già dal decreto "Poletti" (d.l. 20 marzo 2014, conv. nella legge 16 maggio 2014 n. 78) alla disciplina del contratto con il riconoscimento della legittimità di un singolo rapporto "acausale".

<sup>24</sup> Ma in senso contrario, l'isolata pronuncia del Trib. Siena, 27 settembre 2010, in *Giust. civ.*, 2011, 1870 ss.

però sussista alcuna nullità (posto che questa è esclusa in radice dall'inequivoco disposto dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001).

A riguardo, in presenza di un divieto espresso alla conversione, la nullità viene desunta dall'obbligo di un corretto dimensionamento dei ruoli organici della p.a., finendo con il dar vita a ipotesi di vero e proprio *ysteron proteron* quanto al rapporto fra nullità e *restitutio in integrum*, dove il danno sussiste sostanzialmente *ex se*, per violazione di una norma del diritto comunitario<sup>25</sup>, mentre è rimasta completamente sullo sfondo la possibilità di procedere ad una forma di risarcimento in forma specifica, ordinando (come è oramai possibile, una volta venuto meno l'antico divieto di cui alla legge di abolizione del contenzioso amministrativo) alla amministrazione di bandire un concorso per supplire a quella strutturale carenza di personale che ha determinato il ricorso ad un uso abusivo delle assunzioni a termine.

### 5. Nullità degli atti di “amministrazione” del rapporto?

Come è stato detto, l'esecuzione dell'obbligazione di prestare lavoro subordinato non può dirsi governata dal contratto, poiché essa è affidata per larga parte al potere direttivo del datore che, grazie alla tipizzazione della fattispecie operata dal legislatore del 1942, è autorizzato ad emettere ordini e disposizioni, cui il prestatore deve sottostare per realizzare il risultato atteso, a ragione sia della posizione da egli occupata nell'organizzazione gerarchica dell'impresa (art. 2086 c.c.), sia della volontà manifestata al momento della stipula (art. 2094 c.c.).

Sebbene le manifestazioni del potere datoriale dell'imprenditore appartengano al momento dell'esecuzione del contratto, il legislatore per alcuni atti tipici del datore (trasferimento, modifica delle mansioni, sospensione della prestazione per ferie annuali, applicazione di sanzioni disciplinari) ha dettato una normativa espressa<sup>26</sup> di fatto venendo a condizionare la legittimità di tali provvedimenti alla sussistenza di presupposti di fatto tipizzati: legittimità, che

---

<sup>25</sup> V. Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072. Ovviamente non si intende sostenere che sia illegittimo il riconoscimento di quelli che la dottrina anglosassone chiama *Francovich damages*, solo che qui l'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 ha un contenuto precettivo diverso e la direttiva è così ampia da lasciare senz'altro in vita il principio dell'accesso mediante concorso (ovvero da ammettere il ripetersi di esperienze lavorative precarie, in attesa che la prova concorsuale sia superata, anche al di là del termine di 36 mesi che si è fatto discendere dalle norme privatistiche).

<sup>26</sup> Rinvio al mio *Disciplina e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*, in *Comm. Sclesinger-Busnelli*, Giuffrè, Milano, 2012.

riesce però difficile qualificare in termini di nullità, non foss'altro che per l'evidente considerazione che, se così fosse, essi non richiederebbe alcuna esecuzione da parte del prestatore, a fronte del noto broccardo, in forza del quale *quod nullum est, nullum producit effectum*.

Recentemente, al momento di novellare l'art. 2013 c.c., in tema di mansioni, mediante l'art. 3 d.lgs. n. 81/2015, il legislatore, forse del tutto inconsapevolmente, dopo aver affermato che il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, ha precisato al comma 3 della norma cit. che il mancato adempimento dell'obbligo anzidetto «non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni».

Ora, deve ritenersi che gli ordini datoriali (con esclusione quindi del licenziamento, che ha un indubbio effetto modificativo del rapporto) non costituiscono in senso proprio atti negoziali, ma piuttosto siano espressione di prerogative creditorie, qualificandosi quindi nei termini di condotte esecutive, dirette all'attuazione del contratto: condotte materiali, quindi, in relazione alle quali non avrebbe senso richiamare la qualificazione in termini di nullità, dovendosi semmai parlare di attività esecutive realizzate *contra legem* e quindi costituenti inadempimento del datore<sup>27</sup>. Tanto ha consentito alla giurisprudenza di poter fare applicazione del principio di buona fede *in executivis* (art. 1375 c.c.) dando così rilievo alla condotta individuale del prestatore attraverso il richiamo all'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.).

La qualifica in termini di nullità, ora introdotta *per tabulas*, ove non sia correttamente intesa finisce per impedire il richiamo alla buona fede, posto che, a tutta evidenza (salvo a non fare delle categorie generali del diritto civile un uso puramente soggettivo), non può applicarsi una valutazione di buona fede a chi invoca l'eccezione di nullità. Di qui un ampliamento della tutela del lavoratore, secondo tuttavia criteri che non tengono in alcun conto della gravità dell'inadempimento (posto che l'atto, o è nullo o non lo è, mentre la gravità dell'inadempimento si presta a valutazioni di buona fede, secondo i canoni di cui all'art. 1460 c.c.).<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> A riguardo rinvio al mio *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2003.

<sup>28</sup> Né in senso opposto alla qualificazione ora attribuita agli atti di "amministrazione" del rapporto vale invocare l'art. 15 Stat. lav., che prevede una radicale nullità in caso di atti di natura discriminatoria, posto che quella disposizione si applica per, concorde opinione, anche a discriminazioni attuate attraverso mere condotte materiali di modo che la qualificazione qui data dal legislatore (al pari che nelle prime discipline limitative del licenziamento, anteriori alla legge n. 604) mira a rappresentare una radicale improduttività di effetti negoziali, suscettibili di convalidarsi per accettazione tacita del lavoratore; quanto ai rapporti fra nullità e condotte materiali, v. M. NOVELLA, *L'inderogabilità*, cit., 29 ed adesivamente, P. ALBI, *La dimissione*, cit., 86.

## 6. Nullità del licenziamento

È ovviamente con riguardo al licenziamento che, come si è anticipato più sopra, il richiamo al tema della nullità ha attraversato il dibattito relativo alla portata della sentenza di reintegra e ha condizionato altresì la stessa riforma dell'art. 18 s.l., tanto che la norma attuale (introdotta dalla legge n. 92/2012) distingue le quattro tutele che essa offre al giudice (reale e indennitaria; rispettivamente piena e attenuata) a secondo del vizio accertato, dando luogo o a sentenze dichiarative della nullità del licenziamento (comma 1), o di annullamento dello stesso (comma 4), ovvero – ma qui il rigore della categorizzazione appare già evaporato – a pronunzie con il quale si dichiara risolto il rapporto di lavoro (comma 5) o si dichiara l'inefficacia o anche «il difetto di giustificazione» del licenziamento intimato (commi 6 e 7)<sup>29</sup>.

Leggendo la norma ci si rende conto di come il legislatore miri a giustificare le sue scelte sul piano del sistema generale, di modo che la reintegra, ricondotta alle logiche del diritto comune, finisce per essere non più l'opzione espressa del legislatore del 1970, ma una sorta di manifestazione tipizzata di una regola altrimenti desumibile dall'ordinamento. Si tratta, invero, di un ricorso a categorie che nulla aggiungono ai precetti del legislatore e che, anzi, rischiano di spingere l'interprete a travisare una disciplina che, invece, non può che mantenersi entro i propri confini, attesa l'evidente specialità di una norma che assoggetta il recesso unilaterale a motivi tipizzati, invece di riconoscere in esso – ove davvero si volesse fare applicazione del diritto privato generale – una libera manifestazione di autonomia individuale.

---

<sup>29</sup> Sulla disciplina del 2012, v. C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 547 ss. (ed a cura dello stesso A., v. *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013); S. MAGRINI, *Quel pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, *ivi*, 535 ss.; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo dello Statuto dei lavoratori*, *ivi*, 612 ss.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 415 ss.; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, *ivi*, 2012, I, 521 ss.; M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. BARBIERI, D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, 11 ss.; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 785 ss.; F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, *ivi*, 2013, 461 ss.; M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, *ivi*, 2013, 1 ss.; P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 147 ss.; P. CHIECO, *La nullità del licenziamento per vizi "funzionali" alla luce dell'articolo 18 dello statuto dei lavoratori*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 331 ss.

Ed invero non pare difficile rintracciare nella lettera della legge l'impronta di una impostazione, che trova fondamento nei commenti che già avevano anticipato l'emanazione dello statuto e che ha profondamente influenzato la dottrina e la giurisprudenza successive<sup>30</sup>, finendo con il giustificare la reintegra come (sanzione e quindi come) strumento di coazione indiretta rivolto ad assicurare ottemperanza alla sentenza, là dove questa contiene la condanna ad un *facere* infungibile). Ci si riferisce alla tesi che afferma che la differenza fra la tutela "reale" ed "obbligatoria" (di cui agli artt. 18 s.l. e 8 legge n. 604/1966) consisterebbe nel fatto che, nel primo regime, l'atto di licenziamento non assistito da giusta causa o da giustificato motivo sarebbe inidoneo a produrre l'effetto interruttivo del rapporto, di modo che la sentenza del giudice accerterebbe la perdurante effettività del contratto, condannando il datore a ripristinare il rapporto in via di fatto (reintegra) e a risarcire il danno prodottosi, mentre solo nel regime di stabilità obbligatoria l'atto produrrebbe l'effetto risolutivo. Di qui la conclusione che, nel primo caso la responsabilità del datore si fonderebbe sull'aver interrotto in via di fatto il rapporto e, nel secondo, sull'averlo interrotto illegittimamente<sup>31</sup>.

Ed ancora di qui l'idea che il solo effetto che può logicamente conseguire all'accertamento della illegittimità del recesso sia quello della nullità dell'atto, con la conseguente ricostituzione del rapporto, cosicché il regime della stabilità obbligatoria finirebbe per apparire come una eccezione alla regola generale di riduzione *in pristino*<sup>32</sup>.

Sul piano interpretativo, da questo indirizzo si è fatta discendere, in passato, la regola per cui la tutela della legge n. 604/1966, in quanto norma ecce-

---

<sup>30</sup> Seppur con differenze di accenti v. M. D'ANTONA, *Tutela reale del posto di lavoro*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, 1994, ora in *Opere*, Giuffrè, Milano, III, 2000, 429 ss. (e da qui le citt.) e già ID., *La reintegrazione nel posto di lavoro*, CEDAM, Padova, 1979 (ed ora in *Opere*, vol. III, cit.); A. BOSCATI, in F. CARINCI (a cura di) *Il lavoro subordinato*, in *Trattato Bessone*, Giappichelli, Torino, 2007, 230-394; L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2007, 4, 593-694; E. BARRACO, *Tutela reale e processo: rimedio (eccezionale) di mero accertamento?*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 1064-1091; M.V. BALLESTRERO, *La stabilità nel diritto vivente. Saggi su licenziamenti e dintorni*, Giappichelli, Torino, 2009; V. SPEZIALE, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "M. D'Antona"*, n. 45, 2004.

<sup>31</sup> Da ultimo in questo senso, sostanzialmente, L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., secondo il quale il potere di recesso del datore costituisce un potere in relazione al quale il solo giudizio che può formularsi riguarda la produzione dell'effetto interruttivo, impossibile essendo una valutazione in ordine alla validità dell'atto (così 617 e 657).

<sup>32</sup> Così esplicitamente NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 658, ma con rinvio alla dottrina del diritto processuale civile.

zionale, deve mantenersi comunque entro gli ambiti espressamente previsti, senza poter ambire ad una estensione in via interpretativa, cosicché nel vigore della legislazione antecedente il 2012 si è sostenuto<sup>33</sup> che, nelle ipotesi non espressamente regolate, dalla *iniuria* del licenziamento dovessero derivare conseguenze c.d. di diritto comune, per i casi nei quali non poteva farsi luogo alla applicazione del regime della stabilità reale<sup>34</sup>. La conseguenza è stata quella di ritenere sussistente la prosecuzione del rapporto, considerando il licenziamento *tamquam non esset*<sup>35</sup> e imputando al datore l'obbligo di corrispondere le retribuzioni *medio tempore* maturate, in conseguenza delle disposizioni in tema di *mora accipiendi*, o, talora, della responsabilità per inadempimento.

Ora, una ricostruzione in termini siffatti può apparire pregevole soprattutto là dove obbliga l'interprete ad interrogarsi sulla distanza che separa i rimedi generali da quelli del diritto del lavoro, conducendo alla importante conclusione, per il vero del tutto implicita nella dottrina, che il sistema risarcitorio conseguente alla illegittima interruzione del contratto di lavoro non deve essere necessariamente improntato a regole di specialità, potendosi a riguardo richiamare le disposizioni in tema di inadempimento delle obbligazioni. Ed in effetti, venuto meno – almeno in via di mero fatto – il vincolo di subordina-

---

<sup>33</sup> In tal senso cfr. M. DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1987, 432 (nonché in *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Torino, 16-17 maggio 1987, Giuffrè, Milano, 1988); analogamente F. MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, ivi, 520 ss. e dello stesso A., *Forma e procedura dei licenziamenti*, in F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Jovene, Napoli 1991, 96; P.G. ALLEVA, *La Corte costituzionale e i licenziamenti disciplinari*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 133; ID., *L'ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti*, in F. CARINCI, *La disciplina dei licenziamenti*, cit., 145 ss.; P. TULLINI, *La c.d. tutela reale di diritto comune*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 103 ss.; da ultimo, E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in C. CESTER, *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, cit., 83 ss.

<sup>34</sup> In caso di omesso rispetto delle garanzie del contraddittorio, nel rapporto di lavoro dell'apprendista, v. Cass. 4 marzo 1992, n. 2596, in *Giut. it.*, 1993, I, 1, 840 nt. Proietti; v. altresì Cass. 7 settembre 1993, n. 9390 per lo stesso vizio nell'area della libera recedibilità dei dirigenti; ed ancora Cass. 16 marzo 1981, n. 1508. La regola è stata applicata altresì nei casi relativi all'ente Poste italiane quando la contrattazione collettiva prevedeva un caso di estinzione automatica del rapporto: a riguardo v. ad es. Cass. 13 maggio 2000, n. 6175 e Cass. 28 giugno 1999, n. 6701. Per una applicazione della soluzione nel caso di mancato rispetto delle forme per il licenziamento nelle imprese di piccole dimensioni Cass. 23 giugno 1997, n. 5596 o Trib. Milano, 30 dicembre 1997, in *Orient. giur. lav.*, 1997, 1070.

<sup>35</sup> Così esplicitamente Cass. 8 novembre 1999, n. 12419, cit. per l'ulteriore caso di violazione delle norme in tema di prosecuzione del rapporto di lavoro oltre il compimento dell'età pensionabile.

zione, non sembra sussistere ragione per disciplinare il danno prodotto dal datore in maniera differente da qualsiasi altro contraente inadempiente, gravandolo così dell'onere di risarcire danni non effettivamente subiti dal lavoratore, giacché (come già più sopra si è rilevato in ordine alla nullità del termine) lo squilibrio di potere negoziale fra le parti può legittimare solo una speciale cautela quanto alle manifestazioni (soprattutto tacite) di consenso del lavoratore, mentre il radicarsi di un contenzioso in ordine alla legittimità del recesso può cedere il posto alla applicazione del regime ordinario del risarcimento del danno, onde evitare che il lavoratore abbia ad ottenere di più di quanto altrimenti gli sarebbe derivato dalla regolare esecuzione del rapporto (come ancor oggi sembrerebbe avvenire in caso di reintegra a mente dell'art. 18 co. 1-3 testo vigente, in relazione ai versamenti contributivi, che sembrano sottratti alla compensazione conseguente all'*aliunde perceptum*).

E tuttavia una simile impostazione, che avrebbe dovuto condurre ad una indiscriminata recezione nel testo della legge del 2012 dell'orientamento che accettava la limitazione del danno all'*aliunde perceptum* (ed anche al *percipiendum*, nei casi in cui è probabile un'occupazione in nero) non ha, se non minimamente, influenzato il legislatore, che anzi nei casi, per l'appunto, di "nullità" sembra continuare comunque ad imporre il versamento di tutti i contributi relativi al periodo di estromissione (art. 18 s.l. testo vigente), con disposizione che sembra giustificarsi nella prospettiva di una sanzione afflittiva, e non in quella corrispettiva del risarcimento del danno provocato.

Malgrado la previsione espressa del legislatore, il richiamo alla categoria generale della nullità, quale espressione che descrive l'assoluta ed insanabile improduttività di effetti dell'atto viziato, appare, quindi, poco convincente, perché sembra contraddittorio che un provvedimento, quale il recesso datoriale, che soggiace ad un regime unitario quanto alle condizioni di validità (sussistenza di una g. causa o di un g. motivo, requisiti di forma e rispetto del procedimento disciplinare, ove necessario) e al termine di impugnazione, sia poi idoneo od inidoneo a produrre l'effetto interruttivo voluto, in ragione innanzi tutto delle dimensioni dell'impresa e, dunque, di un elemento del tutto estrinseco rispetto ai presupposti su cui si fonda la sua legittimità.

Vero è invece il contrario: al pari di tutti gli atti datoriali, assistiti da una strutturale provvisoria efficacia a ragione degli obblighi di obbedienza che gravano sul prestatore, l'atto di recesso, ove validamente intimato al lavoratore, produce sempre e comunque l'effetto interruttivo del rapporto, quale che sia la dimensione della impresa o il vizio poi lamentato. Prova di tale affermazione si rintraccia, invero, non già nell'analisi concettuale, nella quale ogni interprete può sbizzarrirsi, ma nella indagine degli effetti che conseguono alle diverse soluzioni ricostruttive. Ed infatti, qualora il licenziamento viziato fos-

se da considerarsi *tamquam non esset*, come correttamente la predicata nullità richiederebbe, il lavoratore, durante tutto l'*iter* processuale, verrebbe ad essere assoggettato a vincoli assai penetranti quanto alla sua attività lavorativa successiva al recesso, che finirebbero per limitarne gravemente la libertà, senza assicurargli alcuna certezza quanto alla futura ricostituzione del rapporto, dal quale è stato, sia pur illegittimamente, espulso.

Nella prospettiva dell'improduttività di effetti dell'atto di recesso, infatti, la contestazione della validità dell'atto si sovrappone alla domanda per l'adempimento, di modo che alla pronuncia di reintegra, che avrebbe natura di mero accertamento sulla (in)efficacia dell'atto, deve necessariamente accompagnarsi l'applicazione delle disposizioni in tema di responsabilità nelle obbligazioni per quanto riguarda il periodo intermedio che intercorre fra il licenziamento e la pronuncia definitiva di accertamento della nullità<sup>36</sup>.

Il richiamo alle regole sulla mora, conseguente al fatto che il rapporto non si sarebbe mai interrotto, conduce però ad esiti incongrui: ed infatti, ove si ritenga che la contestazione della legittimità del licenziamento sia, in buona sostanza, una forma di offerta "nelle forme d'uso" (art. 1217 c.c.) della prestazione prima resa, una volta avvenuta l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, la eventuale nuova attività lavorativa che il prestatore venga a svolgere, nelle more della definizione del giudizio, non potrebbe che essere interpretata come una rinuncia tacita a quella impugnazione, non essendo possibile restare a disposizione del creditore della prestazione ai sensi delle disposizioni in tema di mora e, contemporaneamente, svolgere una attività incompatibile con l'adempimento. Nella stessa prospettiva, il lavoratore non si sottrarrebbe neanche ai vincoli propri del rapporto esaurito, con soluzione che appare quanto mai paradossale là dove in giurisprudenza<sup>37</sup> si è impedito al lavoratore licenziato, a pena di vanificare la stessa impugnazione del licenziamento, di spendere la professionalità acquisita ricercando altro impiego nello stesso settore dove aveva operato siano al momento del licenziamento.

Non appare illogico, allora, come già da altri autorevolmente sostenuto, abbandonare la disciplina delle obbligazioni e procedere alla ricostruzione del-

---

<sup>36</sup> Nella prospettiva che qui si contesta, la costruzione in termini di nullità vale a garantire gli effetti della sentenza di cui all'art. 18 s.l. solo in quanto si collegano alla impugnazione gli effetti della *mora credendi*. Una tale equiparazione, però, appare impropria, non solo perché nella manifestazione di volontà di contestare la legittimità del provvedimento espulsivo non vi è necessariamente una offerta *ex art. 1217 c.c.* della prestazione, ma soprattutto perché alla mora si ricollega l'effetto di conservazione delle retribuzioni, con una evidente forzatura del dato normativo.

<sup>37</sup> V. Cass. 28 aprile 2009, n. 9925; Cass. 27 ottobre 2017, n. 25654; Trib. Milano, 8 settembre 2014 in *JD*.

la questione alla luce delle norme della legislazione speciale, posto che “la necessità di una piena conformità al modello codicistico è un pregiudizio dogmatico”<sup>38</sup>. Ed invero, la presenza di una disciplina speciale, quale quella dettata dalle fonti del 1966 e del 1970 ed ora del 2012, dà la certezza che il sistema delle invalidità del licenziamento sia del tutto peculiare, derogando alla disciplina comune<sup>39</sup>. Se così non fosse, del resto, non si comprenderebbe perché il legislatore abbia a più riprese dettato regole separate da quelle generali e non si sia limitato ad un rinvio a queste ultime. E parimenti, a fronte delle previsioni costituzionali in tema di tutela del lavoro, non si comprenderebbe in che modo la Corte costituzionale abbia potuto ritenere legittimo il regime della libera recedibilità, ogni qual volta sia stata chiamata a pronunciarsi sul punto<sup>40</sup>.

Ed invero, è solo alla luce del regime generale, che si comprende bene il motivo per cui il legislatore abbia voluto distaccarsi dalla disciplina comune, proprio al fine di introdurre un controllo causale sugli atti datoriali, così superando il principio per cui i motivi dell’agire giuridico non acquistano rilievo ai fini della legittimità dei negozi posti in essere, se non per il caso di illiceità determinante bilaterale di cui all’art. 1345<sup>41</sup>. La sentenza di reintegra in questa prospettiva ha, dunque, una efficacia genuinamente costitutiva, come recentemente peraltro si è riconosciuto seppure in relazione ad un aspetto solo apparentemente secondario<sup>42</sup>, perché, riconoscendo l’illegittimità dell’atto, proce-

---

<sup>38</sup> Cfr. M. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., 224.

<sup>39</sup> A riguardo si deve, senz’altro, raccogliere l’invito, formulato da Osti e ricordato da P. Rescigno (*Presentazione*, in G. OSTI, *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1973, XI), ad adottare come primo criterio metodologico dell’ermeneutica, quello di “non applicare concetti generali più o meno sicuri alla risoluzione di questioni per le quali si ha un sufficiente criterio risolutivo nelle disposizioni del codice”.

<sup>40</sup> Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 46.

<sup>41</sup> Tale disposizione viene richiamata, peraltro in maniera non del tutto chiara vista la natura unilaterale del recesso, a conclusione dell’elenco di cui all’art. 18, co. 1 s.l., forse a richiamare le ipotesi del licenziamento “ritorsivo”, come ipotesi di frode alla legge. Tale nozione è stata ora “codificata” dalla legge n. 179/2017 (a riguardo, comunque, v. Cass. 9 luglio 2009, n. 16155, in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, 62 ss. con nota di E. GRAGNOLI; Trib. Milano, 31 maggio 2016, *ivi*, 2017, II, 135 ss. con nota di Tarquini; M.T. CARINCI, *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, in M.T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 42 ss.

<sup>42</sup> Secondo Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 19665 (§§ 8, 10 e 11) la sentenza che accerta l’insussistenza di g. causa o g. motivo ha effetto costitutivo, così da determinare solo al momento della pronuncia il sorgere dell’obbligazione facente capo all’ente previdenziale creditore.

de alla riattivazione del rapporto, almeno sul piano giuridico stante l'incoercibilità degli obblighi di fare fungibile, di modo che l'ordine di reintegra deve qualificarsi in termini di invito alla riparazione del danno in forma specifica e non di un semplice accertamento che nulla osta sul piano fattuale alla ripresa del servizio.

Anche la novella del 2012 sembra confermare la conclusione dell'impossibilità di far discendere conseguenze di diritto comune dall'accertamento della carenza dei presupposti che a mente degli artt. 1 e 3 legge n. 604/1966 legittimano il licenziamento, giacché la pluralità di esiti conseguenti al giudizio di impugnazione più sopra richiamati (nullità, annullamento, assenza degli "estremi", inefficacia etc.) vale a confermare come la modulazione degli effetti sia conseguente ad una scelta del legislatore, che peraltro sembra abbandonare la strada consueta segnata dalla nozione di notevole inadempimento di cui all'art. 3 legge n. 604/1966, spostando quindi l'oggetto dell'accertamento quasi verso la condizione soggettiva del datore, al momento in cui ha intimato il recesso.

Anche l'apparente rigore dei primi tre commi, attraverso i quali si tende a dimostrare la nullità del recesso in caso di sussistenza di discriminazioni, cede ad una analisi più attenta, poiché il recesso non può dirsi davvero improduttivo di effetti, ove si consideri che esso (almeno *medio tempore*) estingue il rapporto obbligatorio, mentre il regime di impugnazione rimane unico in tutti i casi, di modo che il richiamo alla categoria generale appare sensato solo come espressione sintetica descrittiva dell'articolato sistema delle conseguenze descritte ai primi tre commi, ma non come premessa da cui trarre poi effetti pre-determinati *ex ante*.

Nello stesso senso poiché all'ipotesi in cui "risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per g.m.o. o per g.m.s o giusta causa" (art. 3), si applica una sanzione solamente indennitaria, dovendo anzi il giudice dichiarare «estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento», pare evidente come la assenza di un elemento del tipo non possa neanche valutarsi, alla stregua del diritto amministrativo, come elemento di validità dell'atto, restando così confermata la assoluta lontananza della disciplina positiva dalle categorie generali dell'invalidità.

## 7. Nullità della procedura disciplinare

Almeno un accenno merita infine il tema delle nullità conseguenti alla violazione di regole procedurali, in relazione sia al rispetto della procedura disciplinare di cui all'art. 7 s.l., sia alla disciplina del licenziamento collettivo: qui

la riforma del 2012 fa registrare una modifica profonda (in certa misura riasorbita dal successivo d.lgs. n. 23/2015 in tema di contratto “a tutele crescenti”<sup>43</sup>) poiché, salva l’applicazione di una sanzione di maggiore entità, ricollega alle violazioni procedurali una sanzione solo risarcitoria (art. 18, commi 4, 5 e 7), mentre la disciplina precedente faceva discendere senz’altro dal vizio procedurale la reintegra del lavoratore.

Anche in questo caso l’operazione del legislatore appare conforme all’insegnamento di chi ammonisce ad operare una valutazione complessiva degli interessi in gioco, essendo anche in questo caso intuitivo come sia socialmente inaccettabile che il licenziamento di chi abbia rubato o conseguente alla chiusura dello stabilimento sia dichiarato illegittimo solo in conseguenza dell’improprio rispetto delle procedure di legge.

La giurisprudenza, mettendo a frutto l’esperienza conseguente alla cognizione di casi specifici, ha saputo qui, all’esito di un lungo processo di affinamento, trovare una soluzione largamente condivisibile, prima depotenziando la mancata affissione del codice disciplinare attraverso la giurisprudenza sul c.d. “minimo etico”<sup>44</sup> e, di recente, riconoscendo che la tardività della contestazione disciplinare deve apprezzarsi innanzi tutto su un piano sostanziale, come elemento della complessiva fattispecie della giusta causa, in quanto il ritardo in certi casi non può che apparire come confessione tacita della inesi-

---

<sup>43</sup> F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all’indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in *ADAPT Labour Studies e-book series*, n. 46, A. TURSI, *L’articolo 18 e il “contratto a tutele crescenti”*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 923 ss.; F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (‘a sensi della bozza del d.lgs. 24 dicembre 2014)*, in *Lav. giur.*, 2015, 118; M. MAGNANI, *Correzione e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cosiddetto contratto a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. “M. D’Antona”*, n. 256, 2015; C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, *WP C.S.D.L.E. “M. D’Antona”*, n. 273, 2015; A. LASSANDARI, *L’ordinamento perduto*, in *Lav. dir.*, 2015, 24 ss.; U. ROMAGNOLI, *Controcorrente*, *ivi*, 2015, 11-12; A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Nاسpi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Nاسpi*, Giappichelli, Torino, 2015; F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in *WP C.S.D.L.E. “M. D’Antona”*, n. 252, 2015, 3-5; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *WP C.S.D.L.E. “M. D’Antona”*, n. 259, 2015; L. ZOPPOLI, *Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*, in *Dir. lav. merc.*, 2015, 11 ss.; FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, in *Quad. arg. dir. lav.*, n. 14, 2015; ed ancora M. BIASI, *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema “a tutele crescenti”?*, in *Working Paper ADAPT*, n. 183/2015 [anche in BIASI, ZILIO GRANDI (a cura di), *Commento breve alla riforma “Jobs Act”*, Giuffrè, Milano, 2016, 147 ss.].

<sup>44</sup> Sia concesso il rinvio al mio *Forma e procedura del licenziamento: il licenziamento disciplinare*, in F. CARINCI (cur.) *Il lavoro subordinato*, in *Tratt. Bessone*, Giappichelli, Torino, 2007, 183 ss.

stenza di ragioni che giustificano una interruzione immediata del rapporto <sup>45</sup>.

Il rilievo, peraltro, vale a mettere ordine nella parallela tipizzazione operata dal legislatore del 2012 e del d.lgs. n. 23/2015, poiché la differenza fra le ipotesi dei commi 4 e 5 dell'art. 18 (e, parallelamente, del comma 1 e 2 dell'art. 3) non può certo apprezzarsi in termini di una differenza concettuale fra annullamento e condanna al pagamento di una indennità, essendo evidente a riguardo come la insussistenza del fatto (espressamente qualificato come materiale dall'art. 3.2 d.lgs. n. 23/2015) sia elemento che rileva sul piano non già dell'efficacia del recesso ma su quello, per così dire, puramente personale, quasi che si trattasse di valutare l'elemento soggettivo con riferimento all'imprenditore che recede, di modo che quando, accertato il fatto contestato, l'importanza di questo sul piano dell'inadempimento sia ridotta, a mente della non tempestiva reazione datoriale, il giudice dovrà dichiarare estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento (art. 18.5 s.l. e 3.1. d.lgs. n. 23) e riconoscere al lavoratore solo il diritto ad una indennità, pur in assenza di estremi che legittimino il licenziamento. Con il che deve rimanere confermata l'arbitrarietà delle qualificazioni operate dalla legge n. 92/2012 e dal d.lgs. n. 23/2015, posto che la sussistenza del fatto materiale contestato è circostanza sì che determina o meno la sussistenza di una invalidità, ma che nessun rilievo ha ai fini della valutazione dell'inadempimento o della sussistenza degli elementi cui è condizionata la corretta estrinsecazione del potere di recesso datoriale.

## 8. Conclusioni: disciplina sanzionatoria del recesso illegittimo

In conclusione, sembra di potersi affermare che il recesso dal contratto di lavoro abbia regole sue proprie, sia quanto alla stabilità del vincolo, sia quanto alle sanzioni in caso di carenza dei presupposti di legge, di modo che la differenza degli effetti che si producono è conseguente ad una diversa determinazione del legislatore, più volte giudicata in passato ragionevole dal Giudice delle leggi, in relazione alle dimensioni dell'impresa.

Da questo punto di vista, il richiamo alla analogia generale agli istituti del diritto civile generale deve ammettersi con grande cautela e solo dopo che si sia data prova della impossibilità di far luogo alla estensione del diritto speciale del lavoro, essendo evidente come il legislatore abbia voluto per questo tipo di rapporti contrattuali dettare regole distinte da quelle ordinarie.

---

<sup>45</sup> Cass, sez. un., 27 dicembre 2017 in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 259 con nota di COMES ed ivi ultt. riff.

Del resto, deve notarsi come lo statuto dei lavoratori, prima della novella del 2012, richiamava in maniera indifferenziata nullità, annullabilità ed inefficacia del licenziamento, semplicemente limitandosi a stabilire quale fosse il contenuto della sentenza, e così imponendo che, con questa, il giudice ordinasse al datore di lavoro «di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro» (art. 18, comma 1, s.l.) e lo condannasse «al risarcimento del danno subito» (comma 5). In altre parole, il legislatore non prevedeva affatto che il licenziamento intimato in assenza di giusta causa o di giustificato motivo, o senza il rispetto delle forme e delle procedure, fosse nullo o inefficace (o inesistente), ma semplicemente collegava (financo nel caso del licenziamento discriminatorio), all'accertamento di un vizio del licenziamento conseguenze restitutorie o risarcitorie.

Né può dirsi che le cose siano ora cambiate rispetto al passato, poiché all'elencazione delle ipotesi di patologia dell'atto contenuto nell'art. 18 vigente testo non si deve dare particolare risalto, atteso che esso finisce non solo, come più sopra già si è messo in evidenza, nel riconoscimento di evidenti contraddizioni, ma altresì nella implicita confessione che ai vizi che non è possibile meglio etichettare si è costretti poi ad applicare una sanzione conseguente all'accertamento di un «difetto di giustificazione» (comma 7), rendendo così palese che le categorie prima richiamate non sono quelle generali, proprie del diritto comune, ma solo una descrizione sintetica del vizio lamentato, già presente nel vigore della legge precedente e del tutto ininfluyente a determinare gli effetti che conseguono all'accertamento della illegittimità del licenziamento.

Nello stesso senso, su un piano di coerenza concettuale, si deve ricordare come la giurisprudenza più recente, senza incertezze, riconosce come non sia possibile una azione per il risarcimento del danno, quando si sia omessa l'impugnazione extragiudiziale nel termine dei 60 giorni di cui all'art. 6 della legge n. 604/1966, così implicitamente riconoscendo come non sussista una nullità del licenziamento antecedente e distinta da quella che è chiamato ad accertare il giudice dell'art. 18 s.l.<sup>46</sup>

Il licenziamento insomma non è mai radicalmente nullo – a dispetto di quanto affermi la legge – ma piuttosto è soltanto annullabile: il recesso, infatti, produce comunque *medio tempore* l'effetto interruttivo<sup>47</sup> e il lavoratore, una volta impugnato, potrà ottenere il risarcimento dei danni subiti, senza che

---

<sup>46</sup> Da ultimo Cass., sez. lav., 4 maggio 2009, n. 10235, in *Diritto & Giustizia*, 2009; Cass. sez. lav., 11 giugno 2009, n. 13580, in *Guida al diritto*, 2009, 30, 91; nello stesso senso anche L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 661 (e nota 469) non ritiene condivisibile l'orientamento di segno contrario precedentemente affermato.

<sup>47</sup> Ancora M. NAPOLI, *La stabilità*, cit., 19-20.

rilevi il fatto che sia mancata l'offerta della sua prestazione ai sensi dell'art. 1217 c.c., come sarebbe invece ove l'atto fosse genuinamente considerato come del tutto inesistente. La previsione di un termine decadenziale per l'impugnazione del licenziamento, del resto, fa sì che, perché l'atto, pur nullo per espressa previsione di legge, produca i suoi effetti è sufficiente che se ne ometta l'impugnazione o che, successivamente, si rinunci a promuovere o a coltivare il giudizio. Si tratta, invero, di differenze di grande rilievo, che non possono essere sottaciute o minimizzate come fa chi, disinvoltamente, dopo aver invocato le categorie generali le applica poi in via del tutto peculiare, adducendo a sua giustificazione la specialità del rapporto: potrebbe dirsi, prendendo a prestito le scherzose parole di autorevole dottrina<sup>48</sup>, che non si è ancora del tutto abbandonata la fase del diritto "bricolage", anche dopo oltre che i "probiviri" sono stati superati da ben oltre cent'anni di studi, di giurisprudenza e di legislazione positiva.

---

<sup>48</sup> U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Il Mulino, Bologna, 1995.