

**Numero 1 /2018**

**(estratto)**

**Marco Biasi**

**Il licenziamento per motivo illecito: dialogando  
con la giurisprudenza**

## **Il licenziamento per motivo illecito: dialogando con la giurisprudenza**

Marco Biasi

*Università degli Studi di Milano*

### **Abstract**

The ultimate Italian dismissal protection system, as amended by Act No. 92 of 2012 and Decree No. 23 of 2015, is featured by a modulation of remedies depending on the degree of unlawfulness of the employer's conduct. Only in the event of nullity of the discharge, the employee is entitled to be reinstated and to be fully restored of the suffered damages: this explains why scholars as well as practitioners show a considerable interest in the relevant case.

The Article examines specifically in detail the wrongful discharge, starting from the analysis of the motive of the termination and focusing on the conditions for the judicial assessment of nullity.

The Author then draws the boundaries between the different grounds of dismissal nullity (wrongful dismissal; discriminatory dismissal; fraudulent termination of the contract) as well as between dismissal nullity and "mere" dismissal unfairness.

Il nuovo assetto delle tutele in materia di licenziamento, frutto delle modifiche introdotte dalla l. n. 92 del 2012 e, in seguito, dal d.lgs. n. 23 del 2015, si caratterizza per la modulazione dell'apparato sanzionatorio secondo la gravità del vizio dell'atto, ponendosi all'attenzione degli interpreti la delicata questione relativa agli ambiti rimasti soggetti al rimedio ripristinatorio, tra i quali, in particolare, i casi di nullità del licenziamento.

Il contributo si pone l'obiettivo di avviare un dialogo con la giurisprudenza sul tema del licenziamento per motivo illecito, fattispecie della quale l'A. propone una costruzione che prende avvio dall'individuazione del "motivo" alla base dell'atto di recesso datoriale e che poi vede enucleare le condizioni per l'accertamento della relativa illiceità.

In un secondo momento, l'A. opera una distinzione tra il licenziamento per motivo illecito e le altre ipotesi di nullità del licenziamento (discriminazione, frode alla legge, violazione di disposizioni imperative), senza dimenticare i casi di "semplice" carenza di giustificazione dell'atto espulsivo.

## Indice:

- 1) Premessa;
- 2) Il “motivo” del licenziamento;
- 3) Il carattere illecito del motivo del recesso datoriale ed il suo “banco di prova” tradizionale: il licenziamento c.d. “ritorsivo”;
  - 3.1 Una prima opzione interpretativa: l’illiceità del motivo ritorsivo per contrasto con una norma imperativa;
  - 3.2 Una seconda, preferibile veduta: l’illiceità del motivo del “licenziamento ritorsivo” (e non solo) per contrasto con l’ordine pubblico
- 4) Il licenziamento per motivo illecito e le clausole generali
- 5) Motivo illecito vs. frode alla legge nella disciplina del licenziamento
- 6) Il licenziamento “capriccioso” o del tutto arbitrario: un’ipotesi di illiceità del motivo?
- 7) Licenziamento per motivo illecito vs. licenziamento discriminatorio
- 8) Le conseguenze dell’accertamento della natura illecita del motivo del licenziamento, tra art. 18 s.l. “post-Fornero” e regime “a tutele crescenti”

### 1. Premessa.

Come ampiamente noto, le recenti riforme del licenziamento hanno introdotto un regime rimediale “modulato” secondo un “*climax* discendente” di gravità del comportamento datoriale<sup>1</sup>, o, altrimenti, di rilevanza degli interessi del lavoratore coinvolti<sup>2</sup>.

Se il solo licenziamento nullo offre oggi lo spazio per accedere al rimedio della “reintegra piena”<sup>3</sup>, non può sorprendere che esso abbia catalizzato l’attenzione, oltre che degli studiosi<sup>4</sup>, degli operatori del diritto, come dimostra il numero sempre più copioso di vertenze incentrate sulla pretesa nullità del

---

<sup>1</sup> A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 St.Lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, 4-5, p. 792.

<sup>2</sup> P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori, Relazione al Convegno del Centro Nazionale di Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano"*, Pescara 11 maggio 2012, pp. 10-11, reperibile in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it).

<sup>3</sup> M.V. BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *DLRI*, 2016, 2, p. 231.

<sup>4</sup> V., anche per i riferimenti, F. MARINELLI, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito. Contributo allo studio della fattispecie*, Milano, 2017, e M. BIASI, *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Padova, 2017.

licenziamento e, in particolare, sulla natura discriminatoria e/o sul motivo illecito alla base dell'atto di recesso datoriale<sup>5</sup>.

Tale circostanza, unitamente all'espressa menzione, nell'art. 18, comma 1 s.l., risultante dalle modifiche ex l. 92/2012, del licenziamento per motivo illecito accanto al licenziamento discriminatorio (e alle altre ipotesi di nullità del recesso), determina l'impellenza di un'operazione di riordino delle categorie, la quale si è deciso di avviare nel costante confronto – o, meglio, con l'idea di avviare un dialogo – con la giurisprudenza, senza peraltro trascurare gli approdi della dottrina.

Quanto all'iter logico-argomentativo, se in un precedente contributo sul tema l'A. si era mossa con l'obiettivo di “effettuare un'*actio finium regundorum* tra le fattispecie dei licenziamenti ingiustificato, discriminatorio e per motivo illecito”<sup>6</sup>, qui si è scelto, così come già nell'opera monografia sulla cui sia si collocano queste riflessioni, di affrontare da subito la questione relativa alla costruzione della fattispecie del licenziamento per motivo illecito, per poi, in un secondo momento, isolare la stessa dalle altre figure più o meno affini.

## 2. Il “motivo” del licenziamento

Scorrendo i repertori sul licenziamento, si nota che nelle decisioni ci si riferisce di sovente, indifferentemente, a “causa”, “motivo”, “ragione”, “motivazione” dell'atto, quasi che si trattasse di sinonimi. Non solo. Allargando il campo di indagine, si scopre che, anche in materia civile, la giurisprudenza, sempre salva l'affermazione della generale irrilevanza dei motivi, di sovente procede comunque al loro esame al momento di confrontarsi con le problematiche afferenti alla “causa reale” del negozio, tanto che autorevole dottrina è addirittura giunta ad escludere che sussista, in ambito negoziale, una nozione unitaria di “motivo”<sup>7</sup>.

È perciò fondamentale chiarire innanzitutto se, in materia di licenziamento, il “motivo” illecito e determinante, da ultimo richiamato dall'art. 18, comma 1 s.l., sia legato all'*animus* dell'agente, secondo la tradizionale concezione psicologica del “motivo”<sup>8</sup> che ha trovato accoglimento con riguardo ai negozi gratuiti<sup>9</sup>, o se, al

---

<sup>5</sup> M. BARBERA, *Il cavallo e l'asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro inderogabile*, Roma, 2017, p. 19.

<sup>6</sup> F. MARINELLI, *I licenziamenti ingiustificato, discriminatorio e per motivo illecito: nozioni e sovrapposizioni*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2017, 1, p. 3.

<sup>7</sup> M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, pp. 213 e 222; G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1936, pp. 27 e 50-54, che porta l'esempio dei “motivi” alla base della disdetta da un rapporto giuridico, ossia i presupposti obiettivi di fatto ricorrendo i quali la parte può validamente estinguere il rapporto, tenuti chiaramente distinti dai “motivi” nel testamento, individuati nella rappresentazione psichica del testatore.

<sup>8</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (1955), ristampa della II ed., Napoli, 2002, p. 185, che definisce i motivi alla stregua di “*rappresentazioni che interessano la volontà*”; V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano degli anni 1892-1893*, Roma, 1933, p. 90, *verbatim*: “*interne rappresentazioni mentali*”.

<sup>9</sup> Sulla natura “*psicologica*” dei motivi nella donazione e nel testamento, v. la dottrina tradizionale: N. IRTI,

contrario, esso si riferisca agli interessi perseguiti dalla/e parte/i attraverso il negozio<sup>10</sup>, dovendosi così distinguere, tra un motivo/movente e un motivo/finalità dell'atto<sup>11</sup>.

Ove si accedesse a quest'ultima lettura, è vero che la differenza tra siffatto "motivo" e la c.d. "causa in concreto"<sup>12</sup> del negozio tenderebbe a sfumare<sup>13</sup>,

---

*Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967, pp. 22-23 e p. 159 ss.; A. TORRENTE, *La donazione*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, 1956, p. 175, il quale comunque ammette che "individuare la causa della donazione, discernerla dai motivi è un'impresa che presenta maggiori difficoltà che rispetto ad altri negozi". A tal proposito, si è da più parti osservato che, per quanto la donazione sia ovviamente un contratto, essa si caratterizza però per un notevole sbilanciamento tra gli obblighi in capo alle parti, limitandosi il donatario alla mera accettazione; la rilevanza assegnata dal codice civile ai motivi (illeciti e all'errore che ricada su questi) in capo al donante rifletterebbe la difficoltà dogmatica di individuare la causa della donazione senza includervi le volizioni interne, ossia l'*animus donandi* (l'art. 828 del codice civile abrogato parlava, infatti, di "causa", venendo solo in seguito sostituito dal "motivo", che trova oggi menzione all'art. 624 c.c.: S. PUGLIATTI, *Animus*, in *ED*, 1958, II, pp. 451-452), il che avrebbe segnato addirittura, secondo una recente prospettazione, un "momento di crisi della figura" (M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, p. 87 ss.).

<sup>10</sup> M. BESSONE, *Causa tipica e «motivo» del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *RTDPC*, 1979, p. 1104, in termini di "aspettative e previsioni considerate nella loro oggettività di interessi dedotti in contenuto nell'atto (o apprezzabili in via di interpretazione)"; cfr. P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in *RDC*, 1966, pp. 16-17, che, attraverso il coordinamento dell'art. 1345 c.c. con l'art. 2035 c.c., invita ad una rilettura del "motivo" di cui alla prima disposizione quale "scopo", inteso come "la ragione pratica, il risultato avuto di mira" e non già come "movente psicologico"

<sup>11</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3a ed., Roma, 1951, pp. 243-245; cfr. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 227 ss., che, nell'ambito di un'analisi volta a mettere in discussione la costruzione della causa quale funzione economico-sociale tipica, sottolinea come "la comune semplificazione del problema dei motivi nel suo aspetto psicologico" non sia altro che "un modo poco realistico di descrivere una questione di interessi"; anche G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, p. 28, parla di "motivi obiettivati nel negozio e non di moventi psicologici interni all'autore dell'atto"; adde G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 70 ss.

<sup>12</sup> Per alcune tra le più recenti affermazioni della causa in concreto in giurisprudenza, v. Cass., S.U., 6 marzo 2015, n. 4628, in *RNOT*, 2015, 1, p. 192 ("ragione pratica dell'affare"); Cass. 3 aprile 2014, n. 7776, in *Banca Dati DeJure*, Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Contratti*, 2007, 7, p. 621, che individua nella causa la "ragione concreta che persegue il singolo e specifico contratto", in ipotesi di un contratto di consulenza stipulato con l'amministratore di una società, ritenuto nullo in quanto lo svolgimento di tali prestazioni avrebbe dovuto ritenersi dovuto già sulla base dell'incarico di amministratore; Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, in *GCM*, 2009, 11, p. 1582 ("scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare"); Cass. 7 ottobre 2008, n. 24769, in *GI*, 2009, p. 1655 ("scopo pratico perseguito dalle parti", nel caso di specie la realizzazione, attraverso la locazione di un fondo rustico, di un luogo di destinazione di materiali edili, in contrasto con la destinazione urbanistica del territorio ad area verde); Cass. 9 ottobre 2012, n. 17200, in *GDIR*, 2012, 46, p. 83; Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *NGCC*, 2008, p. 542; Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *CORRGIUR*, 2008, p. 921; Cass. 19 febbraio 2000, n. 1989, in *GCIV*, 2001, I, p. 2481 ("sintesi degli interessi dei soggetti agenti"); Cass. 26 gennaio 1995, n. 975, in *FI*, 1995, I, c. 2502, relativa al "caso Lentini", ove si è ricondotta all'interno dello schema causale l'aspettativa dell'abbonato del Torino alla permanenza del giocatore nella squadra ai fini della sottoscrizione dell'abbonamento alle partite; già Cass. S.U. 11 gennaio 1973, n. 68, in *FPAD*, 1974, c. 115, con nota di E. BALESTRINI, *Causa e motivo del negozio giuridico, concetti in corso di revisione*. Per un'analisi ragionata del trend giurisprudenziale volto ad attribuire rilevanza alla "causa in concreto", v., per tutti, V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *RDC*, 2013, 4, p. 957 ss.; all'estremo opposto, ossia sul versante tradizionale, si è, come noto, ragionato di causa in senso oggettivo o astratto, ossia come "funzione pratico-sociale del negozio, riconosciuta dal diritto" (Cass. 16 ottobre 1968, n. 3317, in *FI*, 1969, I, c. 361) o di sintesi degli effetti tipici o essenziali del negozio: sulla scorta di una simile visione, la causa del recesso consisterebbe unicamente nell'interruzione del rapporto (Cass. 4 marzo 1993, n. 2596, in *DL*, 1993, II, p. 296, con nota di F. MIANI CANEVARI), non potendo perciò il recesso avere

avvicinandosi il primo, laddove riferito al licenziamento, all'interesse concreto della parte datoriale all'intimazione del recesso, non coincidente con il motivo/movente interiore.

Quest'ultimo, del resto, anche (se non soprattutto) in materia *de qua*, risulta difficilmente individuabile ovvero, come affermato in dottrina, sostanzialmente “*inafferabile*”<sup>14</sup>.

Invero, aprendosi già il codice del 1942 all'impresa (e non più al solo imprenditore)<sup>15</sup> e, più di recente, la normativa speciale financo all'idea di una codatorialità e di un'assunzione congiunta di uno stesso lavoratore da parte di imprese diverse<sup>16</sup>, non pare agevole, né forse possibile, isolare un “*animus*” unico e determinante da sottoporre al tipo di scrutinio contemplato da una disposizione – il vigente art. 18, comma 1 s.l. – la quale costituisce il risultato di modifiche intervenute in un momento storico in cui le citate trasformazioni non potevano certo essere ignote al legislatore.

Se, un tempo, il “caso scuola” di licenziamento per motivo illecito riguardava l'allontanamento *ad nutum*<sup>17</sup> della collaboratrice domestica da parte del padrone di casa vistosi rifiutato nelle sue *avances*, tale esempio appare oggi fuorviante, generando confusione, se non un'indebita sovrapposizione, tra la regola e l'eccezione: quand'anche nel lavoro domestico<sup>18</sup>, così come, tradizionalmente, in materia di testamento e donazione<sup>19</sup>, il motivo dell'atto possa essere ancora letto in chiave soggettiva/psicologica, trattandosi di una manifestazione di volontà interamente riferibile ad una persona fisica, nel

---

natura a-causale (altrimenti si tratterebbe di un “non-recesso”, così come nel caso di un licenziamento intimato a rapporto di lavoro già estinto: v. Cass. 20 settembre 2005, n. 18497, in RCDL, 2006, 1, p. 246).

<sup>13</sup> V. G. CONTE, *Art. 1345*, in G. ALPA, V. MARICONDA (a cura di), *Codice Civile. Commentario*, III ed., Milano, 2013, p. 139: “*la possibilità di distinguere chiaramente con chiarezza i motivi dalla causa dipende dalla nozione di quest'ultima privilegiata... se si considera una linea che corre tra i due estremi, rappresentati rispettivamente dal tipo e dal motivo, riesce agevole comprendere come quanto più la causa venga posizionata in prossimità del tipo, tanto più sarà possibile differenziarla dal motivo e viceversa*”; Pret. Napoli 24 febbraio 1983, in RIDL, 1983, II, p. 653, ove viene affermato che “*la causa di un negozio non può risolversi nel suo effetto tipico, che per il recesso è il ritiro del rapporto giuridico, ma consiste nell'interesse in concreto realizzabile (e in tal senso il motivo dell'art. 1345 non è altro che la causa)*”.

<sup>14</sup> L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento dei principi costituzionali*, in DLRI, 2007, 4, p. 609.

<sup>15</sup> V., almeno, i classici, riletti da G. B. FERRI, *Dai codici della proprietà al codice dell'impresa* (2005), in ID., *Il potere e la parola*, Padova, 2008, p. 484, ove si descrive il passaggio dalla figura del commerciante a quella dell'imprenditore, con la sua più “*coerente proiezione*” della società.

<sup>16</sup> Per tutti, M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro nell'impresa multidatoriale*, Torino, 2017, *passim*, e ivi ulteriori riferimenti.

<sup>17</sup> Letteralmente, con un cenno, dunque con un atto tipicamente individuale o, meglio, “personale”.

<sup>18</sup> Da ultimo, F. BASENGHI, *La legge 339/1958: continuità e innovazioni*, in R. SARTI (a cura di), *Lavoro domestico e di cura: quali diritti?*, Roma, 2010, pp. 208-209.

<sup>19</sup> Si rileva però come vi siano state delle voci favorevoli ad un ripensamento della lettura tradizionale del motivo in chiave psicologica anche con riguardo al testamento, A. C. JEMOLO, *Lo «spirito di liberalità» (Riflessioni su una nozione istituzionale)*, in AA.VV., *Studi in Memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, p. 973 ss.

contesto dell'impresa parrebbe assai più opportuno avvicinare il motivo all'interesse nel concreto perseguito mediante il negozio<sup>20</sup>.

Tale interesse sarebbe eventualmente individuabile attraverso l'esame dei "motivi" di cui viene immediatamente richiesta, salvo che nei residui casi di recesso libero, al datore di lavoro l'enunciazione<sup>21</sup> e consentito poi lo scrutinio, secondo le norme generali o clausole elastiche che compongono il paradigma normativo di cui agli artt. 2119 c.c. e art. 3 l. 604/1966, tenendo comunque ben distinti il motivo soggettivo e il motivo oggettivo dal "motivo" qui in discussione: negata, infatti, da tempo l'assoggettabilità delle scelte imprenditoriali ad un controllo interno e/o di tipo funzionale, può oggi darsi per acquisito che i primi fungano da presupposti esterni per il legittimo esercizio del potere di recesso<sup>22</sup>, mentre il controllo sul "motivo" determinante ed esclusivo *ex art. 1345 c.c.*<sup>23</sup> si svolge "*indipendentemente dal motivo formalmente addotto*"<sup>24</sup> e non può perciò – *in re ipsa* – vertere sulle circostanze dedotte dal datore di lavoro a giustificazione del recesso, come dimostra la relativa sindacabilità anche nell'area del licenziamento *ad nutum*<sup>25</sup>.

### **3. Il carattere illecito del motivo del recesso datoriale ed il suo "banco di prova" tradizionale: il licenziamento c.d. "ritorsivo".**

Come noto, in giurisprudenza viene ricondotto al licenziamento per motivo illecito il recesso intimato "per rappresaglia", ovvero "ritorsivo" o "vendicativo"<sup>26</sup>, inteso quale arbitraria reazione nei confronti di comportamenti legittimi del lavoratore (o di altra persona allo stesso legata<sup>27</sup>), tipicamente consistenti in

---

<sup>20</sup> Cfr. Trib. Trento 18 luglio 2017, in corso di pubblicazione in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 2, in termini di "interesse illecito perseguito", che, nella sua connotazione oggettiva, finirebbe in sostanza "per essere assorbito nell'ambito della causa in concreto".

<sup>21</sup> V. art. 2, comma 2 l. 604/1966, così come modificato dall'art. 1, comma 37 l. 92/2012: G. BOLEGO, *Il licenziamento immotivato alla luce del d.lgs. 23 del 2015*, in *DLRI*, 2016, 2, p. 321 ss.

<sup>22</sup> Più di recente, nell'ambito delle trattazioni monografiche sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento, v. M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 al 1966 al contratto a tutele crescenti*, Torino, 2016, pp. 19-23; S. VARVA, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Milano, 2015, p. 23; S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Padova, 2012, p. 73 ss.

<sup>23</sup> G. AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei Lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in *RIDL*, 2015, I, p. 340.

<sup>24</sup> Cfr. art. 18, comma 1 l. 300/1970; art. 2, comma 1, d.lgs. 23/2015; già art. 3 l. 108/1990 e art. 4 l. 604/1966. In verità, nell'art. 3 l. 108/1990 viene riportata la dizione "*indipendentemente dalla motivazione addotta*", priva dell'avverbio "*espressamente*" e ci si riferisce – forse più correttamente – alla "*motivazione*" e non al "*motivo*": L. DI PAOLA, *Rilevanza dei motivi del licenziamento e sindacato giudiziale con riguardo ai vizi sostanziali*, in L. DI PAOLA (a cura di), *Il licenziamento. Dalla Legge Fornero al Jobs Act*, Milano, 2016, p. 344.

<sup>25</sup> A. M. BRUNI, *Sulla conversione del licenziamento. Profili civilistici*, Padova, 1988, p. 13.

<sup>26</sup> Cass. 16 luglio 2015, n. 14928, in *Banca Dati DeJure*; Cass. 6 maggio 1999, n. 4543, in *NGCC*, 2000, I, p. 405; Appello Bologna 11 aprile 2009, in *ADL*, 2010, 1, p. 273, con nota di P. PRIMAVERILE, *Su un presunto licenziamento per ritorsione*.

<sup>27</sup> Cass. 8 agosto 2011, n. 17087, in *RGL*, 2012, II, p. 326, con nota di G. CANNATI, *La ritorsione indiretta*, relativa al licenziamento di una lavoratrice a causa delle rivendicazioni del padre (a sua volta licenziato qualche giorno prima).

rivendicazioni retributive<sup>28</sup> o comunque aventi origine nel rapporto di lavoro<sup>29</sup>, se non, più in generale, in risposta a condotte risultate sgradite al datore di lavoro<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Cass. 1 dicembre 2010, n. 24347, in *GI*, 2011, 5, p. 1110, con nota di S. CAPONETTI, *Questioni di merito e processuali in tema di licenziamento ritorsivo*; Cass. 28 aprile 1995, n. 4747, in *GCM*, 1995, p. 924; Cass. 3 ottobre 2011, n. 16925, in *RIDL*, 2012, II, p. 362, con nota di C. PEDERZOLI, *Licenziamento pretestuoso e motivo illecito. Un'incerta linea di confine*, in un caso di licenziamento successivo alla richiesta di pagamento dello straordinario.

<sup>29</sup> Già Cass. 9 luglio 1979, n. 3930, in *RGL*, 1980, II, p. 620, con nota di V. DI NUBILA, *La rilevanza del motivo illecito nel licenziamento: linee di tendenza di una recente giurisprudenza recepite da una non recente dottrina* (licenziamento quale ritorsione per causa volta all'accertamento di una qualifica superiore); Cass. 29 giugno 1981, n. 4241, in *RIDL*, 1982, II, p. 98, con nota di R. AGNESI, *In tema di concezione causale dell'atto di recesso*; Cass. 15 marzo 2006, n. 5635, in *GDIR*, 2006, 18, p. 79, relativa al licenziamento di un dirigente (motivato con riguardo all'asserita chiusura dell'ufficio) non più gradito dopo aver rifiutato di risolvere consensualmente il rapporto in cambio di un incentivo all'esodo; Trib. Sondrio 10 ottobre 2016, in *www.wikilabour.it*, in ipotesi di licenziamento per giusta causa (in assenza di contestazione) immediatamente successivo alla segnalazione da parte una lavoratrice di "incongruenze ed irregolarità nel trattamento economico-personale durante lo svolgimento del rapporto di lavoro"; Trib. Monza 9 febbraio 2016, in *RGL*, 2016, II, p. 376, con nota di L. VIOLA, *Sulla natura ritorsiva del licenziamento*, vertente su un licenziamento intimato a fronte del rifiuto del prestatore di lavoro di sottoscrivere un contratto di lavoro autonomo di consulenza, previa risoluzione consensuale del rapporto di lavoro subordinato; Trib. Bologna 1 settembre 2017, in corso di pubblicazione in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 1, con nota di G. R. SIMONCINI, *Il licenziamento ritorsivo della giornalista*, e Trib. Milano 13 ottobre 2014, est. Di Leo, inedita, entrambe in casi di licenziamento successivo alla richiesta di regolarizzazione contributiva; Trib. Milano 27 dicembre 2012, in *RCDL*, 2013, 1-2, p. 201, con nota di A. GUARISO, *Licenziamento ritorsivo e licenziamento discriminatorio: utilità di una distinzione*, in ipotesi di licenziamento comminato sulla base di un asserito rallentamento della produzione derivante da un infortunio subito dal lavoratore; Trib. Agrigento 11 giugno 2002, in *RIDL*, 2013, II, con nota di V. PASQUARELLA, *Autotutela del lavoratore e licenziamento ritorsivo*; Pret. Frosinone 6 maggio 1999, in *RCDL*, 1999, p. 685, relativa ad un caso di licenziamento che seguiva il rifiuto da parte del lavoratore (un sommozzatore) di svolgere la propria prestazione in un ambiente di lavoro privo delle necessarie garanzie antinfortunistiche; Pret. Napoli 4 gennaio 1999, in *Foro Nap.*, 1999, 1, c. 72, con nota di L. D'ARCANGELO, *Licenziamento discriminatorio e trasferimento occulto d'azienda*, in ipotesi di licenziamento di un gruppo di lavoratrici per asserita cessazione dell'attività imprenditoriale (in specie, ceduta al coniuge del datore di lavoro), intimato però a fronte della richiesta di regolarizzazione contributiva e assicurativa; Pret. Mormanno 30 marzo 1979, in *Foro It.*, 1979, I, c. 2157, concernente il licenziamento conseguente al rifiuto opposto dal lavoratore alla prestazione di attività nel giorno di riposo settimanale; da ultimo, Cass. 3 novembre 2016, n. 22323, in un caso di licenziamento per giustificato motivo (soppressione del posto) intimato subito dopo una pronuncia giudiziale che aveva accertato il suo demansionamento nel periodo precedente.

<sup>30</sup> Cass. 3 dicembre 2015, n. 24648, in *DG*, 4 dicembre 2015, con nota di I. LEVERONE, *Il licenziamento per ritorsione alla luce dei principi comunitari di non discriminazione*, relativa ad un caso di licenziamento per giusta causa (per asserita infedeltà) di un dirigente che, su richiesta di alcuni membri del consiglio di amministrazione, aveva presentato in forma privata una relazione critica rispetto all'operato di alcuni componenti dell'organo, i quali avevano poi preso l'iniziativa di licenziarlo con finalità di rappresaglia; Trib. Firenze 5 maggio 2015, in *Igiuslavorista.it*, 15 maggio 2015, che ha accertato la natura ritorsiva ("cioè frutto di una illegittima reazione del datore di lavoro ad un atto legittimo e comunque non arbitrario" posto in essere dal prestatore di lavoro) del licenziamento del direttore generale della Lega Calcio che, nell'ambito dei suoi compiti di vigilanza aveva riscontrato e segnalato l'esistenza di gravi criticità nella gestione e nella Governance della Lega; Trib. Firenze 31 marzo 2003, in *RCDL*, 2003, 4, p. 1005, con nota di C. MANCINI, *Abuso del potere disciplinare e licenziamento ritorsivo*, riguardante un caso di rappresaglia dovuta al rifiuto di fornire indebite informazioni sui colleghi nell'ambito di un procedimento disciplinare; Pret. Milano 26 ottobre 1987, in *L80*, 1988, p. 258, a proposito di un licenziamento determinato da ripetute assenze giustificate del lavoratore per malattia, ferie e permessi; nello stesso senso, con riguardo al licenziamento intimato al rientro da una lunga assenza per malattia (cefalea), v. la recente App. Firenze 28 novembre 2017, in *www.wikilabour.it*.



Tale orientamento ha sempre posto in capo al lavoratore la dimostrazione<sup>31</sup>, sostanzialmente con l'ausilio di presunzioni, del carattere unico e determinante di un motivo rigidamente ancorato al piano psicologico (*animus vindicandi*)<sup>32</sup>.

Se, sul piano dogmatico, assume un'indubbia rilevanza la quanto mai complessa distinzione tra il "motivo" (psicologico e non) e la causa (in "astratto" e, soprattutto, "in concreto")<sup>33</sup> del negozio, ai fini della presente indagine si rivela assai più pregnante la corretta messa a fuoco dei criteri per il giudizio di illiceità, consistenti, tanto per la causa quanto per il motivo (v. artt. 1343 e 1345 c.c.), nella contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume<sup>34</sup>.

In altri termini, si tratta di capire *perché*, oltre che a quali condizioni, il motivo di un licenziamento "ritorsivo" sia connotato da illiceità e non altrimenti viziato.

### 3.1 Una prima opzione interpretativa: l'illiceità del motivo ritorsivo per contrasto con una norma imperativa

Secondo la ricostruzione di Vincenzo Bavaro e Madia D'Onghia, il giudizio concernente l'eventuale nullità del licenziamento si fonderebbe sul tritico di disposizioni del codice civile in tema di causa illecita (art. 1343), di frode alla legge (art. 1344) e di motivo illecito (art. 1345), le quali andrebbero lette come "*tre facce dello stesso dogma*", ovvero quali "*norme strumentali per tutelare gli interessi protetti dall'ordinamento giuridico attraverso norme imperative*"<sup>35</sup>.

Tuttavia, ragionare in termini di violazione di una norma imperativa significa scontrarsi con una nozione tutt'altro che univoca<sup>36</sup>, o, in altri termini, con una categoria non circoscritta né agevolmente distinguibile dalla norma

---

<sup>31</sup> Cass. 15 novembre 2000, n. 14753, in *GCM*, 2000, p. 2323; Trib. Milano 20 novembre 2012, in *MGL*, 2013, 1/2, p. 45, con nota di A. VALLEBONA, *La tutela reale nel licenziamento per motivo oggettivo e per motivo illecito*.

<sup>32</sup> Tra le tante, Cass. 25 maggio 2015, n. 10834, in *ADL*, 2014, 4-5, p. 966; Cass. 9 marzo 2011, n. 5555, in *MGL*, 2011, p. 665; Cass. 16 febbraio 2011, n. 3821, in *DML*, 2011, 3, p. 685, con nota di R. SGOBBO, *Il licenziamento discriminatorio tra causa e motivo illecito*; Cass. 14 luglio 2005, n. 14816, in *OGL*, 2005, 3, p. 451; Cass. 22 agosto 2003, n. 12349, in *GCM*, 2003, 7-8; Pret. Vallo Lucania 20 febbraio 1997, in *LG*, 1997, 10, p. 834, con nota di G. MARTINUCCI, *Il licenziamento per rappresaglia: il problema dei mezzi di prova*.

<sup>33</sup> Per quanto tale impostazione sia oggi prevalente, le posizioni ad essa ricondotte, accomunate dalla "*rivalutazione del ruolo operativo*" dell'elemento causale, rimangono peraltro tutt'altro che omogenee: cfr. E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *RDCOMM*, 2003, 11-12, p. 984.

<sup>34</sup> Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (Diritto Vigente)*, in *NSSDI*, 1962, VIII, p. 164 ss., spec. pp. 172-173.

<sup>35</sup> V. BAVARO, M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".II*, 2016, 315, pp. 10-11.

<sup>36</sup> Per tutti, V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto. Artt. 1418-1424*, in F. D. BUSNELLI (diretto da) e P. SCHLESINGER (fondato da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2015, pp. 90-91, *verbatim*: "*la norma che dispone che il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative sarebbe chiara, se chiara e univoca fosse la nozione di norma imperativa... se le cose fossero semplici, la norma imperativa dovrebbe contenere un divieto, e la violazione del divieto dovrebbe essere sancita dalla nullità. Ma se così fosse, tutte le nullità sarebbero testuali e il riferimento alle norme imperative sarebbe inutile?*"

inderogabile, a sua volta sempre più sfuggente all'interno della stessa materia lavoristica, di cui un tempo costituiva il fondamento.

Peraltro, quando ci si interroga sul motivo illecito di licenziamento, la valutazione concerne, per l'appunto, il motivo dell'atto, e non l'eventuale contrarietà del negozio *in sé* ad una norma imperativa, ovvero ad un divieto espressamente assistito dalla sanzione di nullità<sup>37</sup>, come avviene, ad esempio, nelle ipotesi del licenziamento della lavoratrice nubenda e della lavoratrice madre.

Con riguardo alla prima, la disciplina, ora racchiusa all'art 35 del Codice delle Pari Opportunità<sup>38</sup>, ha senz'altro origine nella volontà del legislatore di arginare i licenziamenti che costituiscano la reazione datoriale alla scelta della lavoratrice di "metter su famiglia"<sup>39</sup>.

Eppure, la regola attualmente in vigore, basata sulla presunzione di nullità del recesso intervenuto tra il giorno della richiesta delle pubblicazioni e l'anno dalla celebrazione<sup>40</sup>, opera su un piano obiettivo<sup>41</sup> e non rende necessario alcuno scrutinio circa il "motivo" del licenziamento<sup>42</sup>, esonerando la lavoratrice "*dal difficilissimo onere di provare che il matrimonio o la promessa di matrimonio [sia] stato l'unico motivo del recesso del datore di lavoro*"<sup>43</sup>.

Al tempo stesso, al datore di lavoro viene garantita la possibilità di dimostrare che la motivazione del recesso ricada tra le ragioni che consentono altresì il licenziamento della lavoratrice madre e che non coincidono con i presupposti di cui all'art. 3 l. 604/1966<sup>44</sup>: in assenza di siffatta prova, la

---

<sup>37</sup> Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *RCDP*, 1985, 3/4, p. 438, che, come noto, propone di leggere l'art. 1418 c.c. "a rovescio", partendo dal comma 3, che contempla i casi di nullità del contratto (e parimenti dell'atto unilaterale) previsti espressamente dalla legge, per poi solo in un secondo momento al comma 1, che sanziona con la nullità il negozio che si ponga in violazione di una norma imperativa "*salvo che la legge disponga altrimenti*".

<sup>38</sup> V. d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, che ha sostanzialmente riprodotto *in parte qua* il disposto della l. 9 gennaio 1963, n. 7.

<sup>39</sup> Si tratterebbe di "*un'ipotesi di licenziamento (individuale) illecito particolarmente grave per l'offesa arrecata ad un diritto fondamentale della lavoratrice*", secondo Corte Cost. 10 febbraio 1993, n. 46, in *GCIV*, 1993, I, p. 1153, che menziona altresì il "*valore positivo di provvedimento normativo promozionale del matrimonio e della famiglia legittima*".

<sup>40</sup> Trib. Roma 6 agosto 1970, in *RGL*, 1970, II, p. 434.

<sup>41</sup> Sull'irrilevanza, a tali fini, dell'obbligo di comunicazione da parte della lavoratrice: Cass. 31 agosto 2011, n. 17845, in *Banca Dati DeJure*; Cass. 10 gennaio 2005, n. 270, *ibidem*; Cass. 3 gennaio 1984, n. 10, in *GCIV*, 1984, I, p. 2210.

<sup>42</sup> È pur vero che non mancano i collegamenti tra gli istituti, avendo diverse voci in dottrina rilevato come lo schema normativo si fondi proprio sulla presunzione che il licenziamento intervenuto nel periodo *de quo* sia stato intimato per causa del matrimonio, ossia per un motivo evidentemente illecito: M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, 5a ed., Padova, 2015, p. 406. In termini di garanzia della stabilità del posto della lavoratrice, "*sotto la veste impropria di una presunzione di illiceità del motivo non superabile se non nei casi richiamati dalla legge*", Corte Cost. 10 febbraio 1993, n. 46.

<sup>43</sup> Così Corte Cost. 5 marzo 1969, n. 27, in *GCOST*, 1969, p. 371, con nota di G. PERA, *Legittimità della tutela della lavoratrice contro il licenziamento disposto «a causa di matrimonio»*; similmente, Corte Cost. 29 giugno 1983, n. 200, in *LPO*, 1983, p. 1604, secondo cui "*il legislatore ben poteva delimitare i casi in cui può provarsi l'esistenza di una legittima causa di licenziamento in modo da evitare frodi e da consentirne il controllo giurisdizionale*"; in termini di presunzione legale di motivo illecito, Cass. 14 luglio 1984, n. 4144, in *GCIV*, 1984, I, p. 3278.

<sup>44</sup> V. già art. 1, comma 5, l. 7/1963.

conseguenza sarà la nullità e non l'annullabilità del recesso, contravvenendo l'atto di licenziamento, a prescindere dal "motivo" (o, meglio, dal relativo scrutinio), ad un espresso divieto di legge<sup>45</sup>, che non pare, peraltro, suscettibile di estensione per via analogica<sup>46</sup>.

La lavoratrice madre gode a sua volta di un regime protettivo basato su un divieto di licenziamento assistito dalla sanzione di nullità<sup>47</sup>, operante, "*in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza*"<sup>48</sup>, per tutto il periodo dall'inizio della gestazione a un anno dalla nascita del bambino<sup>49</sup>.

Nell'ipotesi in parola, risulta, dunque, ancor più attenuato il (o, meglio, a maggior ragione assente ogni) collegamento con la sfera del motivo "di rappresaglia"<sup>50</sup>: mentre la richiesta di "*pubblicazione*" del matrimonio, come suggerisce la parola stessa, implica, se non la conoscenza, almeno la conoscibilità dell'evento, nell'emancipare la normativa a protezione della lavoratrice madre dall'informativa al datore di lavoro quale condizione per l'accesso alla tutela<sup>51</sup>, si è voluto guardare "*allo stato di gravidanza come stato che esige di per sé la continuità del rapporto*"<sup>52</sup>, sempre salva la presenza delle ragioni "tipiche" di licenziamento comuni alla lavoratrice nubenda<sup>53</sup>.

---

<sup>45</sup> Cfr., da ultimo (anche se con riguardo alla lavoratrice madre), Cass. 11 gennaio 2017, n. 475, in *www.wikilabour.it*: "*la declaratoria di nullità è del tutto svincolata dai concetti di giusta causa e giustificato motivo, prevedendo un'autonoma fattispecie idonea a legittimare, anche in caso di puerperio, la sanzione espulsiva*".

<sup>46</sup> Cfr., però, Trib. Trento 18 aprile 2017, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, 6, p. 1536, con nota di V. CANGEMI, *Sul divieto di licenziamento per causa di...separazione*, che ha – piuttosto sorprendentemente – ritenuto di poter estendere il divieto di licenziamento per causa di matrimonio all'ipotesi del recesso legato all'avvenuta separazione della lavoratrice dal fratello del titolare dell'impresa datrice di lavoro.

<sup>47</sup> V., a seguito di Corte Cost. 8 febbraio 1991, n. 61, in *RIDL*, 1991, II, p. 724, con nota di M.G. MATTAROLO, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 2 l. 1204/1971 a tutela delle lavoratrici madri, nella parte in cui prevedeva l'inefficacia e non la nullità del licenziamento, Cass. 10 agosto 2007, n. 17606, in *GCM*, 2007, 9; Cass. 15 settembre 2004, n. 18537, in *OGL*, 2004, I, p. 963; Cass. 21 agosto 2004, n. 16505, in *GCIV*, 2005, 6, I, p. 1553; *contra*, in precedenza, Cass. 27 marzo 1985, n. 2165, in *GCIV*, 1985, I, p. 3108, Cass. 20 ottobre 1987, n. 7747, in *FI*, 1988, I, c. 441 e, soprattutto, Cass., S.U., 21 agosto 1990, n. 8535, in *RGL*, 1991, II, p. 3, ove si legge che il licenziamento della lavoratrice intimato in costanza di gravidanza o puerperio al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 2, comma 3 l. 30 dicembre 1971 n. 1204, non è affetto da nullità, bensì è temporaneamente inefficace, non producendo perciò effetti nel periodo compreso tra l'inizio della gestazione fino al compimento di un anno di età del bambino.

<sup>48</sup> Art. 54, comma 2 d.lgs. 151/2001.

<sup>49</sup> Art. 54, comma 1 d.lgs. 151/2001; peraltro, ai sensi dell'art. 54, comma 9 del medesimo decreto, così come modificato dall'art. 2, comma 1 lett. b) d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, il divieto di licenziamento si applica anche in caso di adozione e di affidamento, fino ad un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare.

<sup>50</sup> Cass. 3 marzo 2008, n. 5749, cit.

<sup>51</sup> Sulla nullità del licenziamento a prescindere da ogni comunicazione al datore di lavoro da parte della lavoratrice, v. Cass. 31 agosto 2011, n. 17845, in *Banca Dati DeJure*, pur avendo la lavoratrice l'obbligo (o l'onere), ai sensi dell'art. 54, comma 2 d.lgs. 151/2001, di "*presentare al datore di lavoro idonea certificazione dalla quale risulti l'esistenza all'epoca del licenziamento delle condizioni che lo vietavano*"; Cass. 3 marzo 2008, n. 5749, in *Banca Dati DeJure*, che si esprime in termini di recesso *contra legem* nell'ipotesi di licenziamento di lavoratrice in stato di gravidanza quand'anche ignoto al datore di lavoro; Cass. 20 maggio 2000, n. 6595, in *DG*, 2000, 22, p. 44; v., un tempo, Cass. 29 settembre 1965, n. 2061, in *FI*, 1966, I, c. 1172, con cui si è esclusa l'operatività qualora la gravidanza non avesse raggiunto "*un certo grado di evoluzione (quinto mese)*" e in assenza di tempestiva informativa al datore di lavoro da parte della lavoratrice.

<sup>52</sup> Così F. CARINCI, *In tema di «divieto di licenziamento» della lavoratrice gestante*, in *RTDPC*, 1967, p. 1620; R.

Piuttosto, sembrano venire qui in rilievo istanze di protezione del genere comuni alla normativa antidiscriminatoria<sup>54</sup>, tanto che si è da più parti osservato come non risultino del tutto chiari i confini tra la fattispecie in esame e il licenziamento discriminatorio<sup>55</sup>, trovando comunque entrambe le ipotesi spazio all'interno del riformato art. 18, comma 1 s.l.<sup>56</sup>.

### 3.2 Una seconda, preferibile veduta: l'illiceità del motivo del "licenziamento ritorsivo" (e non solo) per contrasto con l'ordine pubblico

Una diversa ricostruzione potrebbe basare l'accertamento dell'illiceità del motivo ritorsivo sul contrasto con l'ordine pubblico, inteso come complesso di disposizioni a salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento<sup>57</sup>, rilevante ben prima, o ben oltre, le singole norme imperative<sup>58</sup>, delle quali potrebbe porsi quale sintesi<sup>59</sup>.

---

PESSI, *Orientamenti legislativi per la tutela del lavoro femminile*, in *GI*, 1973, IV, pp. 200-202; sulla "nullità per il solo fatto oggettivo della gravidanza", v. Cass. 21 agosto 2004, n. 16505, in *GCIV*, 2005, 6, p. 1553.

<sup>53</sup> V., però, anche il recesso per esito negativo della prova, a seguito di Corte Cost. 31 maggio 1996, n. 172, in *DL*, 1996, II, p. 436, con nota di M. C. RUCCO, *Lavoratrice madre, periodo di prova e licenziamento*, sulla scorta del rilievo per cui, altrimenti, "contro ogni criterio di ragionevolezza, il datore di lavoro sarebbe rimesso nell'alternativa o di continuare ad accettare (salvo il periodo di interdizione dal lavoro) la prestazione, a lui non conveniente, di una lavoratrice dimostratasi inidonea alle mansioni di assunzione, oppure di rifiutarla ma continuando a pagare la retribuzione pattuita fino al compimento di un anno di vita del bambino"; la Corte ha da un lato tenuto ferma la possibilità della lavoratrice di dimostrare che il licenziamento "è stato determinato da altri motivi pur sempre estranei alle finalità dell'esperimento", dall'altro lato, soprattutto, ha precisato che "il datore di lavoro che risolve il rapporto di prova con una lavoratrice di cui, all'atto del recesso, gli è noto lo stato di gravidanza deve spiegare motivatamente le ragioni che giustificano il giudizio negativo circa l'esito dell'esperimento", in modo tale da consentire alla lavoratrice di "individuare i temi della prova contraria" e al giudice di "svolgere un opportuno sindacato di merito sui reali motivi del recesso, al fine di escludere con ragionevole certezza che esso sia stato determinato dalla condizione di donna incinta".

<sup>54</sup> Cfr. già G. VIDIRI, *Sul divieto di licenziamento delle lavoratrici che contraggono matrimonio, gestanti e puerpere*, in *DG*, 1975, p. 321 ss.

<sup>55</sup> Cfr. le attente osservazioni di N. DI LEO, *Il principio di uguaglianza e la sua portata applicativa*, in P. GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali dell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 594.

<sup>56</sup> E, parimenti, dell'art. 2 d.lgs. 23/2015, rientrando il licenziamento della lavoratrice madre (e nubenda) tra i "casi di nullità espressamente previsti dalla legge": v. *infra*.

<sup>57</sup> E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *RDC*, 2001, I, p. 586, ad avviso del quale "la contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume si prospetta come un concetto unitario"; Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, in *BBTC*, 2016, II, p. 251, che ha ritenuto "incompatibile con le norme inderogabili e con l'ordine pubblico" un trust la cui causa concreta fosse di "segregare tutti i beni dell'impresa a scapito di forme pubblicistiche quale il fallimento"; Cass. 5 luglio 1971, n. 2091, in *FI*, 1971, I, c. 2190, che ha dichiarato illecita la causa, per contrasto con le norme imperative e con l'ordine pubblico, dell'accordo con cui il custode di uno stabile si era impegnato a versare una somma quale corrispettivo per la sua assunzione; cfr. l'illiceità della causa, con richiamo al solo ordine pubblico, dell'intesa tra due lavoratori, uno dei quali si impegnava dietro corrispettivo a lasciare libero il suo posto di lavoro a favore dell'altro: Cass. 15 ottobre 1974, n. 2859, in *GI*, 1975, I, p. 1066.

<sup>58</sup> Cass. 25 ottobre 1993, n. 10603, in *GCM*, 1993, p. 1515, che, proprio con riguardo all'illiceità del motivo sotto il profilo della contrarietà all'ordine pubblico, precisa che "si fa riferimento a principi di diritto che riflettono valori fondamentali dell'ordinamento e che si ricavano, essendone il presupposto comune, da sistemi di norme cogenti, per modo che essi operano, accanto alle norme imperative, come ulteriore limite negativo dell'agire negoziale".

<sup>59</sup> A. DE CUPIS, *Teoria e pratica del diritto civile*, Milano, 1955, p. 23.

Una simile lettura, combinata con la ricostruzione del “motivo” qui proposta, parrebbe coerente con l’assunto secondo cui l’ordinamento non avrebbe improntato la disciplina in materia di rilevanza del motivo illecito a finalità di repressione di un sentimento tra privati, bensì all’esigenza di “*impedire un risultato contrario ai valori fondamentali che esso esprime*”<sup>60</sup>, ovvero che la “*coscienza giuridica riprova*”<sup>61</sup>.

In tal modo, l’ordine pubblico fungerebbe da argine a protezione dei valori e della struttura sociale, operante, in particolare, laddove vengano in rilievo le libertà personali e collettive<sup>62</sup> cristallizzate nelle disposizioni costituzionali<sup>63</sup>, anche non direttamente precettive<sup>64</sup>.

A questo proposito, tornano alla mente i delicati passaggi della pronuncia della Corte Costituzionale n. 45 del 1965, che, pur respingendo, sulla scorta della natura “meramente programmatica” dell’art. 4 della Costituzione, la censura mossa nei riguardi dell’art. 2118 c.c., aveva al tempo stesso invitato il legislatore a circondare di “*doverose garanzie*” e “*opportuni temperamenti...i casi in cui si debba far luogo a licenziamenti*”, soprattutto laddove venissero coinvolti “*i principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa immediatamente immessi nell’ordinamento giuridico con efficacia erga omnes*”<sup>65</sup>.

Comprimendo l’esercizio dei diritti e la manifestazione delle libertà che costituiscono valori fondamentali afferenti all’ordine pubblico<sup>66</sup>, in un’accezione evolutiva e dinamica che adegui il contenuto della clausola generale in parola al modello sociale e culturale del momento storico di riferimento<sup>67</sup>, non vi è dubbio che il licenziamento intimato per ragioni di rappresaglia risulti determinato da un motivo illecito.

---

<sup>60</sup> L. RICCA, *Motivi (Diritto Privato)*, in ED, 1977, XXVII, p. 283.

<sup>61</sup> M. BESSONE, *Adempimento e rischio*, cit., p. 229.

<sup>62</sup> Cfr. P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, cit., p. 33: “*il problema dell’efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti privati appare direttamente legato alla nozione di ordine pubblico. La contrarietà all’ordine pubblico sembra la via più agevole, se non la sola possibile, per ritenere invalido il contratto [e, dunque, anche l’atto unilaterale] quando ne risulti il sacrificio di una libertà garantita*”.

<sup>63</sup> F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1988, p. 246, ove l’ordine pubblico viene definito come l’insieme “*di quelle norme imperative che salvaguardano i valori fondamentali e che, tuttavia, non sono esplicitamente formulate dalla legge, ma che si ricavano per implicito dal sistema legislativo: dai codici e dalle leggi ordinarie e, soprattutto, dalla Costituzione*”.

<sup>64</sup> S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume*, in *Giur. Merito*, 1970, II, pp. 106-107; F. D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *CI*, 2013, 4-5, p. 875 ss., il quale sottolinea che “*nei contratti illeciti l’ordine pubblico è venuto sempre più evidenziando la propria attinenza ai limiti che l’art. 41, comma 2, Cost. pone alla libertà di iniziativa economica, a tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana*”.

<sup>65</sup> Corte Cost. 9 giugno 1965, n. 45, in *DL*, 1965, II, p. 171, con nota di V. ANDRIOLI, *La Corte costituzionale e l’art. 2118 c.c.*

<sup>66</sup> Del resto, l’ordine pubblico ha sicuramente superato la sua originaria connotazione conservatrice, se non proprio “di regime” (per tutti, E. BETTI, *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale (Fasi di elaborazione e mete da raggiungere). Nota del S. C. Emilio Betti (Adunanza del 29 maggio 1941, XIX)*, in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, Milano, 1940-1941, pp. 329-330, che si estendeva anche ai rapporti tra i privati, ergendosi al contrario a garanzia dei valori di libertà.

<sup>67</sup> L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, p. 273 ss.

Così, nel più volte menzionato “caso scuola” del licenziamento dovuto al rifiuto delle *avances* del datore di lavoro o del superiore gerarchico, non si potrebbe negare lo spregio arrecato ai valori fondamentali della società civile, a prescindere dall’ovvia immoralità dell’atto sotto il profilo del buon costume, inteso in senso tradizionale<sup>68</sup>, e senza alcun bisogno di rintracciare una specifica norma imperativa che vieti (o si ponga in contrasto con) un simile “motivo” di licenziamento<sup>69</sup>.

Le finalità protettive dell’ordine pubblico sembrano poi in grado di trascendere la sfera del singolo lavoratore, potendo abbracciare pure gli interessi della collettività<sup>70</sup>: nel caso dei c.d. *whistleblowers*, ad esempio, ove il licenziamento costituisse la reazione datoriale alla denuncia del lavoratore, non sembrano porsi dubbi rispetto all’invocabilità del motivo illecito<sup>71</sup>, anche a prescindere da un espresso divieto che, nel prevenire le ritorsioni nei confronti dello “spione”, tuteli altresì il pubblico interesse alla denuncia di comportamenti di generale offensività<sup>72</sup>.

Ancora, il richiamo all’ordine pubblico, quale fondamento del giudizio di illiceità del recesso, può emergere oltre le ipotesi di ritorsione in senso stretto<sup>73</sup>, come nel recente caso italiano del licenziamento del lavoratore individuato quale

---

<sup>68</sup> Come ricorda A. TRABUCCHI, *Buon costume*, in *ED*, 1959, V, p. 701, il buon costume, inizialmente volto a reprimere i soli atti “immorali”, entrava nella distinzione tra “contratto illegale (contrario alla legge), contratto vietato (contro l’ordine pubblico)”, e “contratto immorale (contro il buon costume)”, ma le costruzioni più recenti hanno dimostrato trattarsi di categorie che non si escludono necessariamente a vicenda; Cass., S.U., 7 luglio 1981, n. 4414, in *GCIV*, 1982, I, p. 2418, in termini di “*principi ed esigenze etiche della coscienza morale collettiva che costituiscono la morale sociale*”, cui si uniformerebbero “*la generalità delle persone corrette, di buona fede e sani principi, in un determinato momento e in un dato ambiente*”). In altri termini, il buon costume ha subito nel tempo una progressiva erosione, che ne ha reso complessa la distinzione con l’ordine pubblico, venendo il primo relegato ad un ruolo sempre più marginale (A. GUARNERI, *Buon costume*, in *DDPSC*, II, 1988, p. 121).

<sup>69</sup> Cfr. la pronuncia statunitense *Lucas v. Brown & Root, Inc.*, 736 F2d 1202 (8th Circuit, 1984), che, proprio in una vicenda di licenziamento intimato a fronte del rifiuto opposto dalla lavoratrice alle *avances* del superiore gerarchico, in assenza, tanto di una nozione di ordine pubblico sufficientemente ampia, quanto di un espresso divieto, si è – piuttosto sorprendentemente – ricorsi alla *Public Policy* che proibirebbe l’esercizio della prostituzione.

<sup>70</sup> Con riguardo alla normativa sul consumatore, le Sezioni Unite hanno di recente affermato che il meccanismo della nullità di protezione è volto a tutelare un interesse generale al “*complessivo equilibrio contrattuale*”, rispetto al quale “*si discorre spesso, e non a torto, di ordine pubblico di protezione*”: così Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 242 e la “gemella” Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242, entrambe in *BBTC*, 2015, II, p. 113; cfr. in dottrina, A. FEDERICO, *L’ordine pubblico economico e il contratto*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, p. 52 ss., e ivi i richiami alla letteratura francese ove la teorica si è sviluppata, nonché, da ultimo, M. ROBLES, *L’ordine pubblico “economico” tra sistematica ed ermeneutica nel recente diritto dei contratti*, in *GCIV*, 2016, 4, p. 797 ss.

<sup>71</sup> V. FERRANTE, *Rapporti di lavoro e Whistleblowing. Diritto a “spifferare” e tutela del posto di lavoro nell’ordinamento italiano*, in G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Protezione delle “vedette civiche”: il ruolo del whistleblowing in Italia*, Transparency International Italia, 2009, pp. 101-102.

<sup>72</sup> V., però, art. 2-*quater* l. 30 novembre 2017, n. 179, che, avuto riguardo al settore privato, ravvisa – pleonasticamente, nel primo caso, ed erroneamente, nel secondo caso – un’ipotesi di licenziamento ritorsivo o discriminatorio (in ogni caso nullo) nel recesso intimato nei riguardi del soggetto segnalante (evidentemente, per ragioni attinenti alla segnalazione).

<sup>73</sup> Cfr. A. L. TERZI, *Licenziamento ritorsivo e motivo illecito*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione*, cit., p. 255.

capro espiatorio per “coprire” le responsabilità aziendali<sup>74</sup>, venendo la persona degradata a “mezzo” (per la realizzazione dell’interesse perseguito dall’impresa), invece che a “fine”, in evidente spregio della sua dignità, la quale, come “*criterio unificante del diritto del lavoro*”<sup>75</sup>, costituisce un valore afferente all’accezione di ordine pubblico qui accolta.

Un simile tipo di scrutinio, basato sulla compatibilità della funzione dell’atto di recesso con i valori ordinamentali, può investire le ipotesi più diverse e imprevedibili che si possano porre nella pratica<sup>76</sup>, dal licenziamento per tifo calcistico al mancato salute al superiore, secondo una logica di giustizia del caso concreto.

Al tempo stesso, proprio perché “*l’appartenenza di una norma al cuore delle disposizioni di ordine pubblico...costituisce una qualificazione data dall’interprete*”, la clausola generale in parola impone un delicato esercizio di prudenza e “*self-restraint*” da parte degli interpreti<sup>77</sup>, non potendo fungere da lasciapassare<sup>78</sup> strumentale all’applicazione generale della tutela reintegratoria nell’ambito di un regime sanzionatorio “modulato”.

Né va dimenticato che residuano nell’ordinamento italiano alcuni casi di recesso *ad nutum*, sottratti, per definizione, all’apparato di tutele legali a garanzia del diritto del lavoratore alla conservazione del posto, ma non per questo immuni dal sindacato sulla (il)liceità del motivo del licenziamento.

In ciò si coglie una fondamentale distinzione tra il regime del recesso (anche *ad nutum*) in Italia e l’*Employment-at-Will* statunitense<sup>79</sup>, rimarcata dalle pronunce della Corte di Cassazione che hanno precluso, per manifesto contrasto con l’ordine pubblico italiano<sup>80</sup>, il riconoscimento di alcune decisioni emesse sulla

---

<sup>74</sup> Trib. Roma 4 marzo 2015, in *LG*, 2015, 6, p. 605, con nota critica di C. CESTER, *Capro espiatorio e motivo illecito: la dignità del lavoratore non conta più?*, ove si è escluso che il licenziamento intimato nei confronti di un dirigente della RAI in assenza di responsabilità disciplinare e nella consapevolezza di ciò, al solo fine di trovare un capro espiatorio per l’odioso fine di nascondere le responsabilità datoriali non integrerebbero un motivo illecito in assenza di indicazione di una norma imperativa che si assumerebbe violata nella prospettiva del lavoratore.

<sup>75</sup> R. CASILLO, *La dignità nel rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT, 2008, 71, p. 16.

<sup>76</sup> Sulla necessità che un simile tipo di valutazione avvenga “caso per caso”, v. G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in G. D’AMICO, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, 2a ed., Torino, 2015, p. 9 ss.

<sup>77</sup> R. SACCO, *Il contenuto (l’autonomia)*, cit., p. 407, esprime il timore che il richiamo all’ordine pubblico possa “*aprir le porte all’incultura, al servilismo o all’arroganza dell’interprete*”.

<sup>78</sup> O di “*grimaldello*”: M. BIASI, *Il licenziamento nullo: chianvistello o grimaldello del nuovo sistema “a tutele crescenti”?*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario Breve alla Riforma “Jobs Act”*, Padova, 2016, p. 182.

<sup>79</sup> Di recente, B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediabile tra bilanciamento della Corte Costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, in B. CARUSO (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali*, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT, Collective Volume, 2017, 7, p. 42, nt. 73.

<sup>80</sup> Come noto, ai sensi dell’art. 16 l. n. 218/1995, al rapporto di lavoro si applica la legge individuata secondo i criteri della Convenzione di Roma, salvo però che tale legge non risulti manifestamente incompatibile con l’ordine pubblico italiano. Si badi che non si intende in alcun modo negare la rilevante differenza tra la clausola generale di ordine pubblico richiamata all’art. 1343 c.c. e la nozione, assai più ampia, di ordine pubblico internazionale (v. già art. 31 disp. prel. c.c.), la cui lettura giurisprudenziale,

base di una normativa, quella americana, che esclude *ogni* forma di “giustiziabilità” dell’atto di recesso (individuale<sup>81</sup> e pure collettivo<sup>82</sup>), oltre al diritto al preavviso<sup>83</sup>.

Nel sistema statunitense, infatti, al Giudice non è di regola consentito alcuno scrutinio sui motivi del licenziamento<sup>84</sup>: l’*Employment-at-Will* permette di recedere, indifferentemente, in presenza di una “*good cause*”, di “*no cause*”, come pure per una “*morally wrong cause*”, ossia per un motivo contrastante con il senso condiviso della morale<sup>85</sup>, risultando evidente che tale sistema non possieda sufficienti anticorpi nei riguardi dei licenziamenti intimati per motivi che degradino la dignità ed il valore della persona, i quali in Italia, invece, trovano un argine nella sindacabilità del motivo illecito di licenziamento. Quest’ultimo opera a prescindere dall’esistenza di un obbligo di giustificazione dell’atto “in positivo” (assente, *in re ipsa*, nel recesso “*ad nutum*”<sup>86</sup>), restando a questi fini irrilevante anche la tutela (reale o obbligatoria) individuata dal legislatore in caso di annullabilità (non nullità) del recesso<sup>87</sup>.

---

fondata sul principio del *favor* (v. già Cass. 6 settembre 1980, n. 5156, in *MGL*, 1981, p. 726, con nota di G. B. FERRI, *Territorialità del diritto del lavoro e ordine pubblico*), ha fatto sì che al secondo venisse ricondotta larghissima parte della regolazione nazionale del lavoro, almeno sino ad un più recente *revirement*. Del resto, è noto che l’espressione ordine pubblico trovi spazio in vari settori dell’ordinamento con finalità di sovente eterogenee, se non addirittura contraddittorie.

<sup>81</sup> Cass. 9 maggio 2007, n. 10549, in *DRI*, 2008, 1, p. 139, con nota di N. VASCCELLO, *Employment at will nello Stato di New York e contrarietà all’ordine pubblico*, che ha confermato la pronuncia resa da App. L’Aquila 22 luglio 2004, in *GDIR*, 2004, 48, p. 50, con nota di M. TATARELLI, *Il contrasto con l’ordine pubblico nazionale ostacola l’applicazione della legge straniera*, Giudice designato da Cass. 11 novembre 2002, n. 15822, in *MGL*, 2003, p. 357; v., in precedenza, Cass. 9 marzo 1998, n. 2622, in *GCM*, 1998, p. 549, riguardante un contratto di arruolamento marino regolato da legge straniera.

<sup>82</sup> Cass. 21 gennaio 2013, n. 1302, in *RIDL*, 2013, II, p. 569, con nota di C. FALERI, *Il principio di necessaria giustificazione del licenziamento e il limite dell’ordine pubblico all’applicabilità della legge straniera per i rapporti svolti all’estero*, ove si sostiene che “*costituisce un principio fondamentale nell’area comunitaria che, nel caso del licenziamento collettivo, la legge straniera per superare il limite dell’ordine pubblico deve prevedere che il lavoratore destinatario di un licenziamento collettivo possa sindacare l’autenticità della fattispecie contestando la natura collettiva del recesso per accedere al controllo sulla giustificatezza del licenziamento stesso ove in concreto abbia natura individuale e non già natura collettiva*”; cfr. Trib. Napoli 29 aprile 2003, in *NGL*, 2003, p. 286, secondo cui la disciplina dei licenziamenti collettivi di cui alla l. n. 223 del 1991 costituisce una regolamentazione peculiare dell’ordinamento in cui è stata emessa, intrisa di momenti pubblicistici e fortemente collegata alle esigenze sociali e politiche del mercato del lavoro interno, dunque, un modello non automaticamente esportabile in tanti Stati di comune civiltà occidentale nei quali si porrebbe come un corpo estraneo.

<sup>83</sup> Cfr. Cass. 19 luglio 2007, n. 16017, in *RCDL*, 2007, 4, p. 1209, che, nel rimarcare l’assenza, nel modello americano, dell’obbligo del preavviso, osserva come quest’ultimo sia “*intimamente connesso con la difesa avverso comportamenti arbitrari del datore di lavoro*”.

<sup>84</sup> V. il richiamo in Cass. 9 maggio 2007, n. 10549, cit., al passo di decisione della New York Court of Appeals del 25 febbraio 2003 (*Horn v. New York Times*, 100 N.Y. 2d 85, 2003), ove, nella traduzione, si legge “*abbiamo costantemente rifiutato di creare un illecito di common law di licenziamento illegittimo o abusivo, o di riconoscere un patto di buona fede e correttezza, tale da implicare nei contratti di lavoro delle condizioni fondate su una concezione dei principi del sistema legale, come vorrebbe l’opinione dissenziente, e ancora rifiutiamo di farlo*”.

<sup>85</sup> Cfr., tra le righe, Pret. Roma 22 gennaio 1994, in *RCDL*, 1994, p. 645, con nota adesiva di M. BORALI, riguardante alcuni lavoratori italiani che prestavano la loro attività presso lo scalo Alitalia di New York, i quali, all’esito di uno sciopero, erano stati licenziati *at-will* e sostituiti con altri lavoratori. Il comportamento datoriale è stato ritenuto dal Giudice romano contrastante con “*un valore preminente del nostro ordinamento diretto alla tutela della dignità stessa e della libertà del lavoratore*”.

<sup>86</sup> Cfr. Pret. Roma 8 gennaio 1998, in *NGL*, 1998, p. 18.

<sup>87</sup> In dottrina, R. CLERICI, *Rapporti di lavoro, ordine pubblico e Convenzione di Roma del 1980*, in *RDIPP*, 2003, 3-4, p. 820. Diversamente, avevano ravvisato il contrasto con l’ordine pubblico italiano di una normativa



Del resto, già prima che le recenti riforme (re)introducessero un regime sanzionatorio incentrato sul rimedio risarcitorio/indennitario, è stato a più riprese e a tutti i livelli ribadito in giurisprudenza che le previsioni costituzionali a garanzia della stabilità del posto di lavoro impongono che il principio di necessaria giustificazione dell'atto di recesso venga sostenuto da un apparato sanzionatorio adeguatamente dissuasivo<sup>88</sup>, ma non necessariamente basato sulla tutela ripristinatoria<sup>89</sup>, che invece segue naturalmente la dichiarazione di illiceità dell'atto.

#### 4. Il licenziamento per motivo illecito e le clausole generali

L'ordine pubblico, sul quale si basa il giudizio di (il)liceità del motivo del licenziamento nella ricostruzione proposta, si colloca indubbiamente tra le clausole generali.

Guardando all'espressa menzione del motivo illecito determinante tra i casi di nullità del recesso *ex art. 18*, comma 1 s.l.<sup>90</sup>, si tratterebbe, poi, di una clausola generale chiamata ad operare nell'ambito di un apparato normativo articolato secondo conseguenze "modulate" sulla base del "vizio" del licenziamento.

Di tal guisa, per sottrarsi alla critica più comune mossa nei riguardi delle clausole generali<sup>91</sup>, ovvero che si tratti di "pure regole di opinione"<sup>92</sup>, e, perciò, di un lasciapassare per l'arbitrio del giudice<sup>93</sup>, l'interprete non può che essere

---

straniera che non prevedesse la sanzione ripristinatoria in caso di licenziamento illegittimo Pret. Roma 11 agosto 1988, in *FI*, 1989, I, c. 787 (ove si legge che "ai sensi dell'art. 1 preleggi si deve escludere che si possano applicare quelle norme di diritto americano che facoltizzano il recesso ad nutum del datore di lavoro perché in contrasto con quel valore preminente che nel nostro ordinamento è la stabilità reale del posto di lavoro") e Pret. Milano 5 gennaio 1995, in *RIDL*, 1996, II, p. 503, con nota di T. VETTOR, *Rapporto di lavoro all'estero, licenziamento e legge applicabile secondo la Convenzione di Roma*.

<sup>88</sup> V., a livello sovranazionale, l'art. 30 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (c.d. "Carta di Nizza"), su cui, da ultimo, M. PEDRAZZOLI, *Art. 30*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 584.

<sup>89</sup> C. CESTER, *I licenziamenti fra passato e futuro*, in *ADL*, 2016, 6, p. 1104; v. le pronunce relative alla "costituzionalità" della tutela obbligatoria "in sé" (Corte Cost. 28 dicembre 1970, n. 194, in *GCOST*, 1970, II, p. 2222, che respinge la questione di costituzionalità dell'art. 8 l. 604/1966, con riferimento agli artt. 3, 4, 35 e 41, comma 2 Cost., sulla scorta della discrezionalità del legislatore circa i tempi e i modi di attuazione di tali principi; Corte Cost. 14 aprile 1969, n. 81, in *DL*, 1969, II, p. 85, con nota critica di M. OFFEDDU, *Il licenziamento nella aziende minori di fronte alla Corte costituzionale*) e nel confronto con la tutela reale (Corte Cost. 14 gennaio 1986, n. 2; Corte Cost. 6 febbraio 2003, n. 41, in *OGL*, 2003, I, p. 218). V. anche Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 36, in *NGL*, 2000, p. 205, che, nell'escludere l'inammissibilità del referendum per la cancellazione della tutela reale, ha al tempo stesso precisato che "il potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto a tempo indeterminato non costituisce più un generale principio del nostro ordinamento", né sul piano interno, né a livello di fonti sovranazionali; cfr., però, Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, in *FI*, 2006, I, c. 704, sia pure in forma di *obiter*.

<sup>90</sup> Sull'art. 2 d.lgs. 23/2015, v. *infra*.

<sup>91</sup> Cfr. M. BIASI, *Saggio sul licenziamento*, cit., p. 114, nt. 48.

<sup>92</sup> R. SACCO, *Il contratto*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1957, p. 798.

<sup>93</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, p. 48, ove l'A. menziona proprio l'esigenza di prevedibilità della risposta giudiziaria e dei costi dell'attività imprenditoriale, notando come sia un obiettivo di non semplice raggiungimento neppure nella contraria ipotesi di una

chiamato a “maneggiare lo strumento” con estrema prudenza<sup>94</sup> ed equilibrio.

Sembra perciò quanto mai opportuno chiedersi se, in materia di licenziamento, le fonti di integrazione della norma possano essere rintracciate in valori che attingono a parametri posti pure all'esterno dell'ordinamento<sup>95</sup>, o, come parrebbe più corretto ritenere, unicamente entro le coordinate del diritto positivo.

In tal senso, il richiamo alla morale e/o a valori extra-giuridici, già di per se dubbio laddove si tratti di dare contenuto alle clausole elastiche di giusta causa e di giustificato motivo, potrebbe, nel giudizio relativo alla (il)liceità del motivo del recesso datoriale, alimentare un processo di aprioristica “reazione” alla riforma non coerente con l'assetto di un ordinamento basato sul principio di separazione di poteri.

Ancorando, invece, l'ordine pubblico ai principi e ai valori *interni* all'ordinamento<sup>96</sup>, nella sua dimensione storica e sistematica, si potrebbe evitare che le clausole generali “sfuggano di mano” al giudice, come accaduto in una risalente decisione della Pretura di Pisa ove veniva dichiarato contrario al buon costume un licenziamento determinato dalla volontà di incrementare il profitto dell'impresa<sup>97</sup>.

Viceversa, nella lettura qui proposta, il richiamo all'ordine pubblico, nel reprimere unicamente le “*fattispecie rilevanti ma delimitate di estrema illiceità dell'agire del singolo*”<sup>98</sup>, condurrebbe ad un rafforzamento del (e non alla fuga dal) diritto positivo.

Tornando al caso “tipico” del recesso ritorsivo, ci si potrebbe perciò chiedere se, innanzi al rifiuto del lavoratore di ottemperare ad un ordine datoriale (ad esempio, di trasferimento), l'eventuale illegittimità di quest'ultimo, oltre a consentire la reazione del lavoratore in forma di autotutela<sup>99</sup>, sia da sola in grado

---

disciplina estremamente analitica; sul “*pathos anti-giurisprudenziale*” quale spiegazione per il prolungato silenzio sulle clausole generali nei periodi storici di prevalenza del dogma legalista basato sulla completezza della legislazione e sulla limitazione del compito dell'interprete alla sussunzione logica della fattispecie concreta entro la regola legale v. A. GUARNERI, *Clausole generali*, cit., p. 405; per alcune riflessioni in tema dal punto di vista giuslavoristico, G. VIDIRI, *Clausole generali e certezza del diritto nei rapporti di lavoro e nelle relazioni industriali*, in *MGL*, 2014, 10, p. 632 ss.

<sup>94</sup> Cfr. il dibattito aperto dal notissimo saggio di Stefano Rodotà, dal titolo *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *RDCOMM*, 1967, I, p. 94 ss., che non ha mai perso di attualità (v. le riflessioni dello stesso S. RODOTÀ “*Quarant'anni dopo*”, pp. 9-19, a presentazione della ripubblicazione del primo contributo nel 2007, p. 23 ss.) e che presenta oltretutto un sicuro interesse lavoristico (v. proprio il caso della tecnica regolativa in materia di licenziamento), concernendo l'alternativa tra una legislazione per principi (i quali, però, nella prospettiva qui prescelta, non coincidono affatto con le clausole generali: C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 98 ss.) ed una per fattispecie casistiche.

<sup>95</sup> Cfr. A. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, 2015, I, p. 93.

<sup>96</sup> M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 1995, 1, p. 35, nt. 106, con particolare riguardo a correttezza e buona fede.

<sup>97</sup> Pret. Pisa 9 luglio 1971, in *Quale Giustizia*, 1972, p. 475.

<sup>98</sup> P. FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Milano, 1985, p. 268.

<sup>99</sup> Cfr., per tutti, V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato. Eccezione di inadempimento, rifiuto di obbedienza, azione diretta individuale*, Torino, 2004, p. 239 ss.

di connotare di illiceità il successivo licenziamento, o se sia necessario un *quid pluris*, da individuare nello scopo di rappresaglia, ovvero nella funzione dell'atto di contrastare il comportamento (legittimo) del lavoratore<sup>100</sup>.

Dalla copiosa giurisprudenza richiamata, emerge chiaramente che, perché si configuri un motivo illecito di licenziamento, la condotta datoriale dovrebbe consistere in una “*ingiusta ed arbitraria reazione*”: da ciò parrebbe doversi dedurre che, ove la reazione non sia né ingiusta né arbitraria, il licenziamento non possa dirsi viziato da un motivo illecito<sup>101</sup>, ma risultare, al più e sulla scorta di un diverso tipo di scrutinio, carente di un'adeguata giustificazione.

Sorge allora spontaneo domandarsi se sia connotato da una funzione illecita il licenziamento intimato in risposta ad un'azione del lavoratore che, travalicando i limiti del proprio diritto<sup>102</sup>, configuri un'ipotesi di “abuso” del diritto e, insieme, dello strumento processuale<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Cfr. Trib. Bari 3 aprile 2015, est. Paziienza, ove il licenziamento per asserito giustificato motivo oggettivo per soppressione del posto seguiva l'impugnazione vittoriosa di un ordine di trasferimento da Triggiano a Como da parte della lavoratrice, che vedeva le proprie mansioni riassegnate ad altro lavoratore, il Giudice concludeva per la “*totale inesistenza della motivazione del recesso per la soppressione del posto*” ed il carattere punitivo e ritorsivo del licenziamento, dovuto al rifiuto della lavoratrice di trasferirsi presso la sede di Como ove il dichiarato accertamento delle funzioni era stato escluso già dalla prima decisione; in precedenza, v. Cass. 27 ottobre 2010, n. 21967, in *RIDL*, 2012, II, p. 86, con nota di M. PALLINI, *L'utilità sociale quale limite interno al potere di licenziamento?*, in cui si è ravvisato il motivo illecito nella volontà di sanzionare la dipendente, la quale aveva da poco iniziato a beneficiare dei permessi ex l. 104/1992, “*per essersi ribellata al provvedimento di trasferimento*” disposto dopo “*una serie di eventi che, valutati nel loro complesso, manifestavano un chiaro intento intimidatorio da parte del datore di lavoro e che, perdurando la resistenza opposta dalla lavoratrice, hanno trovato il loro inevitabile epilogo in un provvedimento espulsivo di carattere punitivo*”; nello stesso senso, da ultimo, App. Roma 5 aprile 2017, in *www.wikilabour.it*.

<sup>101</sup> Cass. 26 marzo 2012, n. 4797, in *GDIR*, 2012, 17, p. 32, che, in ipotesi di licenziamento che seguiva al rifiuto di aderire ad un provvedimento di distacco reso necessario da esigenze di riorganizzazione aziendale (dunque, legittimo), escludeva la sussistenza di un motivo illecito determinante; cfr. anche Trib. Firenze 5 maggio 2015, cit.; v. Cass. 16 giugno 2008, n. 16207, in *RIDL*, 2009, II, p. 277, con nota di L. CALAFÀ, *Congedo parentale e cura del minore. Limiti funzionali al diritto potestativo del padre*, ove, ai fini della valutazione della giusta causa di licenziamento, il comportamento del lavoratore che aveva fruito dei congedi parentali, non già “*allo scopo di accudire la figliola*”, ma per svolgere una diversa attività lavorativa, è stato qualificato come “*abuso per sviamento della funzione del diritto*”; nello stesso senso, Cass. 11 gennaio 2018, n. 509, inedita, nonché, con richiamo ai principi di buona fede e correttezza (e non all'abuso del diritto), Cass. 22 marzo 2016, n. 5574, in *RIDL*, 2016, II, p. 747, con nota di V. ALLOCCA, *L'abuso nella fruizione dei permessi retribuiti ex art. 33 l. 104/92 integra una giusta causa di licenziamento*; v. anche Pret. Milano 12 gennaio 1995, in *Giur. Merito*, 1995, 3, p. 419, con nota di C. BELFIORE, *Discriminazione per sesso e uso della minigonna*, secondo cui può costituire abuso del diritto la frequente richiesta di permessi retribuiti per esami universitari senza adeguata preparazione. Un caso limite è quello, risolto nel senso dell'esclusione dell'illiceità del motivo del licenziamento da Trib. Cagliari 30 marzo 1993, in *RGSARD*, 1994, p. 115, con nota di S. MAXIA, *In tema di motivo illecito di licenziamento*, del recesso dal rapporto di lavoro con un dirigente per asserito conflitto di interessi ed incompatibilità con la posizione di *alter ego* rivestita, successivo alla promozione di un'azione in giudizio nei confronti del datore di lavoro da parte della madre del lavoratore, azionista e a sua volta figlia del socio di maggioranza della società.

<sup>102</sup> V. Trib. Milano 6 febbraio 2014, in *RIDL*, 2014, II, p. 504, con nota di M. T. CARINCI, *Whistleblowing alla Scala di Milano: una ballerina denuncia il rischio di anoressia fra i componenti del corpo di ballo*; Cass. 26 ottobre 2016, n. 21649, in *DC*, 26 ottobre 2016, che ha escluso la configurabilità della giusta causa (ma non ha affermato la nullità, che peraltro non è dato sapere se fosse stata lamentata dal lavoratore) del licenziamento che seguiva l'invio di una lettera nella quale il prestatore di lavoro “denunciava” al datore di lavoro comportamenti scorretti ed offensivi del superiore gerarchico ai suoi danni; nello stesso senso, da

Come si legge nella pronuncia di legittimità che può considerarsi capofila in tema di licenziamento ritorsivo, il recesso attuato in risposta all'utilizzo di uno "strumento che l'ordinamento appresta ai propri consociati per la risoluzione pacifica delle controversie" costituisce "il più tipico attentato all'ordine pubblico, in uno stato di diritto"<sup>104</sup>, con la precisazione quanto mai opportuna che la reazione posta in essere dal datore di lavoro "al di fuori del processo" debba risultare causalmente collegata alle pretese del lavoratore e non solo temporalmente successiva<sup>105</sup>.

Quand'anche, però, le pretese del lavoratore fossero infondate, il datore di lavoro potrebbe (*rectius*, dovrebbe) limitarsi, a seconda che le stesse venissero formulate in via stragiudiziale o in sede processuale<sup>106</sup>, rispettivamente, a

---

ultimo, Cass. 17 gennaio 2017, n. 996, in *ilgiuslavorista.it*, 17 febbraio 2017, concernente il licenziamento di una lavoratrice che aveva presentato un esposto alla Procura della Repubblica di Velletri e al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, sostenendo, che il datore di lavoro, nel fare ricorso alla procedura di CIGS pur trovandosi "in bonis", avesse posto in essere una truffa ai danni dello Stato: nel caso *de quo*, la Cassazione ha ritenuto che, riecheggiando i fatti segnalati alla autorità giudiziaria il contenuto di quanto già divulgato dalla stampa e oggetto di discussione in sede istituzionale, "il profilo contenutistico del diritto di critica esercitato, si palesava, quindi, coerente con i canoni sostanziali entro i quali tale diritto andava esplicato", risultando così il licenziamento carente della dedotta giusta causa.

<sup>103</sup> V. il richiamo, sia pure tra le righe (a chiare lettere, invece, in Cass. 7 marzo 2007, n. 5273, *GDIR*, 2007, 27, p. 48), al modello "rimediale-processuale", di origine romanistica, della *exceptio doli generalis seu praesentis* in Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *FI*, 2008, I, c. 514, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Frazionabilità del credito e buona fede inflessibile*, sul notissimo caso del frazionamento della tutela giudiziaria del credito singolo (diverso dall'ipotesi della pluralità dei crediti derivanti da un unico rapporto complesso: v., da ultimo, Cass., S.U., 16 febbraio 2017, n. 4090, in *ilgiuslavorista.it*, 1 marzo 2017, con nota di L. SCARPANTONI, *Il frazionamento dei crediti da lavoro: le Sezioni Unite*), concluso con il rigetto della domanda nel merito; Cass., Sez. III, 20 novembre 2009, n. 24539; sul c.d. "abuso del processo", tema che si innesta a cavallo tra la materia processuale, ed il diritto sostanziale, v. da ultimo, M. FORNACIARI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e del processo*, in *RCDPC*, 2016, 2, p. 593 ss., che non a caso utilizza l'espressione "abuso del diritto/processo"; notevole rilevanza assume la recente Corte Giust. UE 28 luglio 2016, C-423/15, *Allgemeine Versicherung*, in *Ilgiuslavorista.it*, 25 agosto 2016, che, in un caso di richiesta di risarcimento del danno in ragione di una presunta discriminazione sulla base dell'età e del sesso avanzata, in via stragiudiziale e poi giudiziale, da un avvocato per il mancato accoglimento della sua candidatura per uno dei posti di tirocinante banditi presso una società privata, ha dichiarato che la normativa europea a tutela della discriminazione (v., in particolare, dir. 2000/78/CE) deve essere interpretata nel senso che "una situazione in cui una persona la quale, candidandosi per un posto di lavoro, miri a ottenere non tale posto di lavoro, bensì soltanto lo status formale di candidato, con l'unico scopo di poter azionare diritti al risarcimento del danno... può essere valutata, nel caso in cui ricorrano gli estremi richiesti dal diritto dell'Unione, come abuso del diritto"; nella giurisprudenza nazionale, cfr. Cass. 8 gennaio 2000, n. 143, in *RIDL*, 2000, II, p. 164, con nota di D. IZZI, *Denuncia di mobbing e licenziamento per giusta causa: Chi la fa l'aspetti?*, in un caso di licenziamento per giusta causa che seguiva la denuncia (interna all'impresa e non all'autorità giudiziaria) di presunte molestie sessuali e vessazioni in carenza di un adeguato corredo probatorio; v. anche Cass. 16 maggio 1998, n. 4952, in *MGL*, 1998, p. 663, ove è stato ritenuto legittimo il licenziamento per giusta causa intimato nei confronti di un delegato sindacale che aveva pubblicamente affermato, in assenza di prove, che il datore di lavoro intratteneva rapporti collusivi con la malavita organizzata nell'ambito della gestione di appalti e subappalti.

<sup>104</sup> Cass. 9 luglio 1979, n. 3930, cit.; Cass. 5 novembre 1980, n. 593, in *GI*, 1981, I, 1, p. 1854.

<sup>105</sup> Puntuale sul punto, da ultimo, Trib. Arezzo 11 marzo 2014, in *Banca Dati De Jure*, che mette condivisibilmente in guardia dal "paralogismo post hoc propter hoc, laddove l'elemento temporale si confonderebbe con l'elemento causale"; nello stesso senso, Cass. 3 maggio 1997, n. 3837, in *NGL*, 1997, p. 516.

<sup>106</sup> Sempre che, naturalmente, le richieste vengano avanzate in forme e modi rispettosi delle regole del vivere civile, o comunque non si pongano al di fuori di ogni limite di tollerabilità: v. Cass. 25 gennaio 2016, n. 1248, in *FI*, 2016, 4, I, c. 1290, con nota di A.M. PERRINO, e ivi il richiamo all'abuso del diritto con riguardo alla condotta del lavoratore che "provochi grave disservizio e disagio in ufficio mediante continue istanze di accesso agli atti, ventilate denunce penali, ricorsi e domande di ogni tipo, volti allo scopo di esercitare pressione per ottenere il trasferimento in un'altra sede".

respingerele o a proporre le proprie difese in giudizio, senza far ricorso alla sanzione espulsiva<sup>107</sup>, non potendosi neppure ritenere, se non riesumando una concezione personalistica di fiducia tra le parti ormai da tempo superata, la sola richiesta del lavoratore in grado di scuotere definitivamente quest'ultima e di consentire al datore di lavoro di intimare il recesso per giusta causa<sup>108</sup>.

## 5. Motivo illecito vs. frode alla legge nella disciplina del licenziamento

Autorevoli voci in letteratura, argomentando a partire dalla causa in concreto dell'atto, sono giunte a ricondurre il licenziamento ritorsivo tra le ipotesi di negozio in frode alla legge *ex art. 1344 c.c.*, disposizione che, come noto, prevede che si reputi illecita la causa quando il contratto (o l'atto unilaterale, in questo caso il recesso) “*costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa*”<sup>109</sup>.

Tuttavia, partendo dal presupposto che, qualora un singolo negozio contrasti con una disposizione o con un divieto di legge, come nell'ipotesi del recesso intimato nei riguardi della lavoratrice madre o nubenda, la conseguenza sarà la dichiarazione di nullità dell'atto *ex art. 1418, commi 1 o 3 c.c.*<sup>110</sup> (e non per frode alla legge ai sensi degli artt. 1343 e 1418, comma 2 c.c.<sup>111</sup>), non risulta immediato individuare le circostanze in cui il compimento del solo atto estintivo del rapporto possa eludere – al contempo, non violando – una norma imperativa<sup>112</sup>.

---

<sup>107</sup> Oltretutto, qualora la domanda avanzata dal lavoratore in sede processuale si rivelasse del tutto infondata, quest'ultimo correrebbe il rischio della condanna, non solo al ristoro delle spese processuali della controparte, ma, eventualmente, anche al risarcimento dei danni per lite temeraria, che di recente sembra aver fatto ingresso nel giudizio del lavoro: Su tutte, anche sul piano, simbolico la recente Trib. Brescia 24 marzo 2016, in *ADL*, 2016, 3, p. 620, con ampia nota di L. DE ANGELIS, *La misura prevista dall'art. 96, comma 3, cod. proc. civ. e l'abuso del processo*, che ha visto la condanna del lavoratore ad un risarcimento pari a ventimila euro per lite temeraria.

<sup>108</sup> Trib. Sondrio 10 ottobre 2016, cit., ove, in un caso di licenziamento che si poneva quale reazione alle rivendicazioni retributive avanzate da una lavoratrice, il Giudice di merito precisa: che “*le stesse fossero fondate o meno, in questa sede è del tutto irrilevante*”, trattandosi comunque di “*normali richieste di un dipendente al proprio datore di lavoro, che ben potevano essere accolte o respinte in toto, ma che la lavoratrice era nel pieno diritto di formulare*”.

<sup>109</sup> G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Padova, 2011, p. 207 ss.; Trib. Santa Maria Capua Vetere 10 febbraio 2015, n. 598, che, però, al tempo stesso richiama, senza troppa chiarezza, anche “*i principi ineludibili di buona fede e correttezza*”, nonché “*l'intento ritorsivo e discriminatorio*”. Sulla distinzione tra teoria oggettiva e soggettiva della frode, M. BIASI, *Saggio sul licenziamento*, cit., p. 140.

<sup>110</sup> Sul rapporto tra i commi 1 e 3 dell'art. 1418 c.c., v. *retro*.

<sup>111</sup> Riprendendo l'antica massima di Paolo, 1. 29 *Dig.*, I, 3 (“*Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui salvis legis verbis sententiam eius circumvenit*”), sembra che altro sia *contra legem agere* e altro in *fraudem legis agere*.

<sup>112</sup> Si potrebbe forse ipotizzare l'applicazione dell'istituto della frode alla legge nel caso in cui il datore di lavoro, con l'intento di licenziare un lavoratore sgradito per ragioni “odiose”, contestasse a quest'ultimo la commissione di un fatto dal rilievo bagatellare, se non addirittura lecito, eppure “materialmente” sussistente, confidando di non vedersi applicata la tutela reale e, dunque, di liberarsi del prestatore di lavoro con la sola corresponsione dell'indennità economica, ma, come noto, la giurisprudenza tende ad avvicinare il “fatto materiale” di cui all'art. 3, comma 2 d.lgs. n. 23 del 2015 al “fatto giuridico”, ossia al

Sembrirebbe piuttosto configurabile una frode alla legge qualora si guardasse oltre i limiti del singolo provvedimento<sup>113</sup>, ovvero in presenza di una pluralità di negozi funzionalmente collegati al fine di raggiungere un risultato illecito<sup>114</sup>, dei quali il licenziamento costituisca l'ultimo, decisivo passaggio<sup>115</sup>.

Viene in proposito alla mente la vicenda, giunta all'attenzione del Tribunale di Vicenza<sup>116</sup>, del licenziamento, per asserito giustificato motivo oggettivo legato ad esigenze di riduzione dei costi, di una lavoratrice che era stata di fatto sostituita mediante un'assunzione avvenuta con un "contratto a tutele crescenti", al fine di ottenere gli sgravi contributivi triennali previsti dall'art. 1, commi 118-124 l. 23 dicembre 2014, n. 190<sup>117</sup>.

Come riconosciuto nel giudizio *de quo*, il provvedimento espulsivo costituiva un anello di una stessa catena causale<sup>118</sup>, ossia di un'unica operazione

---

"fatto-inadempimento" emerso nella prevalente interpretazione dell'art. 18, comma 4 l. n. 92 del 2012: v. Trib. Roma 4 aprile 2016, in *ADL*, 2016, 2, p. 686, con nota di M. Biasi, *Il gran ritorno del fatto giuridico nel nuovo regime a tutele crescenti*.

<sup>113</sup> G. BOLEGO, *Autonomia negoziale*, cit., p. 4, *verbatim*: "l'atto fraudolento non si pone in diretto contrasto con la norma imperativa, non rappresenta una forma di aperta ribellione del privato nei confronti dell'ordinamento giuridico. Se ben congegnata, la manovra elusiva costituisce una forma di violazione che esteriormente non appare, essendo celata sotto la veste di un atto o di una serie di atti adottati nel rigoroso rispetto delle regole di legittimità".

<sup>114</sup> Da ultimo, G. B. FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *EDP*, 2009, 2, p. 359.

<sup>115</sup> Cass. 29 luglio 2002, n. 11191, in *GCM*, 2002, p. 1388, relativa al trasferimento di un lavoratore da un cantiere aperto ad altro prossimo alla chiusura per fine lavori, preordinato allo scopo di far apparire giustificato il successivo licenziamento per giustificato motivo oggettivo, da ritenersi in frode alla legge.

<sup>116</sup> Trib. Vicenza 4 novembre 2016, est. Campo, inedita. Ma v. già il caso tardo ottocentesco del licenziamento del medico condotto, descritto da G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge*, Torino, 1911, pp. 208-211: dopo che la legge sanitaria del 22 dicembre 1888 aveva disposto che il medico condotto acquistasse il diritto alla stabilità dopo un triennio di prova, era risultata una frequente prassi dei Comuni il licenziamento del medico a scadenza e l'immediata riassunzione dello stesso, allo scopo di conservare "la piena libertà di agire indipendentemente dal malcontento per il servizio prestato dal medico". La giurisprudenza di allora, guardando all'intera operazione e valutando unitamente l'intenzione di eludere la legge e l'elemento obiettivo della non serietà del licenziamento, si trovò ad applicare proprio la frode alla legge (Cons. Stato 19 ottobre 1893, in *GI*, 1893, 3, p. 19), prima che la l. 25 febbraio 1904, n. 57, sancisse, all'art. 9, che "il medico licenziato durante il periodo di esperimento e poi riassunto in servizio nello stesso Comune... con o senza interruzione, congiunge al nuovo il precedente servizio", di fatto arginando la descritta prassi.

<sup>117</sup> Sul punto, M. SFERRAZZA, *Incentivi all'assunzione per il triennio 2015-2017*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario Breve alla Riforma "Jobs Act"*, cit., p. 339 ss.; v. Circolare Min. Lav. 17 giugno 2015 (Prot. 37/9960), ove si segnala che si tratta di "un terreno piuttosto vischioso, caratterizzato dalla diffusione di forme più raffinate di illegalità, le quali, eludendo la normativa mediante comportamenti all'apparenza corretti, comprimono i diritti dei lavoratori e/o alterano la concorrenza fra imprese, provocando danni non minori rispetto a quelli determinati dall'occupazione irregolare".

<sup>118</sup> Si pensi, ancora, sempre pensando alle "potenzialità" del *Jobs Act*, al possibile spostamento in mansioni riconducibili allo stesso livello di inquadramento, ma al di fuori dal bagaglio professionale del lavoratore (e senza dar corso all'obbligo/onere di formazione ex art. 2103, comma 3 c.c.), strumentalmente orientato ad un successivo licenziamento per inidoneità o per scarso rendimento, ovvero al licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo di un lavoratore a tutele crescenti diretto a "sottrarsi alla tutela reale derivante dal riconoscimento dell'insussistenza del fatto materiale contestato" ex art. 3, comma 2 d.lgs. 23/2015 (Trib. Taranto 21 aprile 2017, in *www.wikilabour.it*). V. anche l'art. 54, comma 2 d.lgs. 81/2015 (L. FOGLIA, *La "stabilizzazione" delle collaborazioni a progetto*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario Breve alla Riforma "Jobs Act"*, cit., p. 583 ss.), che, nel consentire la "sanatoria" di ogni irregolarità pregressa a fronte della "stabilizzazione" di un precedente rapporto di collaborazione coordinata e continuativa o a partita IVA, limita il recesso del datore di lavoro per almeno un anno, salvo che in ipotesi di giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo: se, durante tale periodo, un (improbabile) recesso per giustificato motivo

economica il cui carattere fraudolento emergeva, non dall'accertamento della volontà datoriale di eludere la legge<sup>119</sup>, bensì dalla distorsione delle finalità proprie della normativa in materia di incentivi, da individuarsi nell'effettivo incremento dell'occupazione e non nel mero “pareggio” tra i licenziamenti e le nuove assunzioni<sup>120</sup>.

## 6. Il licenziamento “capriccioso” o del tutto arbitrario: un'ipotesi di illiceità del motivo?

Se sinora ci si è occupati prevalentemente del licenziamento ritorsivo, ci si potrebbe interrogare altresì circa la riconducibilità al motivo illecito di un recesso intimato per ragioni pretestuose, capricciose o arbitrarie, come ad esempio per antipatia personale (diversa dall'ipotesi della rappresaglia già esaminata).

Il dato di diritto positivo da cui partire, valorizzando il “dialogo” tra presupposti e sanzioni, è che il legislatore del 2012<sup>121</sup> ha espressamente ricondotto ad una sanzione diversa dalla nullità i casi di insussistenza, anche “manifesta” (ossia, come si è detto da varie parti, “palese”, “smaccata”, percepibile “*ictu oculi*”, ecc.)<sup>122</sup>, della giustificazione addotta dal datore di lavoro.

Da ciò non può che discendere che altro è il licenziamento per motivo illecito altro è il recesso anche “manifestamente” ingiustificato, così come altra è la carenza dei presupposti che costituiscono il limite esterno ai fini del corretto esercizio di un potere nato libero e rimasto tale (solo) al di fuori dell'area coperta dal requisito di giustificazione<sup>123</sup>, e altra è l'illiceità del motivo, che opera su un

---

oggettivo pare passibile di nullità per contrasto con una norma imperativa, un eventuale licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo intimato al termine del percorso di stabilizzazione ed al solo fine di ottenere la menzionata sanatoria potrebbe configurare una frode alla legge *ex art.* 1344 c.c.

<sup>119</sup> In giurisprudenza non si rivela sempre agevole la distinzione tra frode alla legge e motivo illecito (v. Cass. 9 luglio 2009, n. 16130, in *Contratti*, 2010, 3, p. 239, con nota di F. SANGERMANO, *Motivi in fraudem legis e motivi contra legem*, avente ad oggetto un contratto di vigilanza relativo ad un'area ove il contraente non era abilitato a prestare tale attività), nonché, talvolta, tra la prima e l'abuso del diritto (Trib. Roma 26 gennaio 2001, in *NGCC*, 2001, 5, p. 567, con nota di P.M. PUTTI, *Società assicurative ed abuso del diritto: nuove frontiere per una tematica classica*, relativo ad una delibera assembleare di rinuncia all'esercizio di attività assicurativa adottata al solo scopo di sottrarsi alla sorveglianza della relatività autorità): in tema, v. *infra*.

<sup>120</sup> Per un diverso inquadramento, v. Trib. Trento 18 luglio 2017, cit., secondo cui la condotta di sostituzione di un lavoratore con un neoassunto al fine di fruire dell'esonero triennale dagli obblighi contributivi integrerebbe un'ipotesi di licenziamento per motivo illecito.

<sup>121</sup> Ma anche, in minore misura, il legislatore del *Jobs Act*: v. art. 3, comma 2 d.lgs. 81/2015 con riguardo al licenziamento disciplinare intimato in assenza (di prova) del fatto materiale contestato.

<sup>122</sup> Addirittura, di una figura “ibrida”, ossia legata all'elemento della malafede datoriale, ha parlato G. PROSPERETTI, *L'elemento della malafede del datore di lavoro nella nuova disciplina dei licenziamenti*, in *RIDL*, 2005, I, p. 241 e p. 249; cfr. L. PERINA, S. VISONÀ, *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo: dottrina e giurisprudenza alla ricerca di un punto di equilibrio nella nuova disciplina del novellato art. 18*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, 2014, p. 251.

<sup>123</sup> A chiare lettere, M. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., pp. 16-17 e p. 20, laddove l'A. precisa, con riguardo alla tutela risultante dal combinato della l. 604/1966 e l. 300/1970, che “*se il legislatore avesse voluto condizionare all'interno il potere di recesso, avrebbe sancito la nullità dell'atto nel caso di mancanza dei presupposti fissati dalla legge*”.

diverso piano e, indifferentemente, all'interno e all'esterno del perimetro del licenziamento *ad nutum*.

Del resto, anche guardando al licenziamento del dirigente<sup>124</sup>, si nota come i casi di pretestuosità e arbitrarietà del provvedimento siano stati assorbiti dal requisito contrattuale della “giustificatezza”, senza ricadere nelle ipotesi di nullità per illiceità del motivo, che vengono invece in rilievo solo allorché “*l'autonomia dei privati vada oltre il segno e disfaccia l'ordine generale nel quale è inserita o pregiudichi l'ordine specifico che nel campo suo proprio le è assegnato di realizzare*”<sup>125</sup>.

Per quanto sia indubbio che un antidoto assai efficace all'intimazione di un licenziamento per motivo illecito vada rintracciato proprio nella legislazione che impone il requisito di giustificazione con onere di dimostrazione in capo al datore di lavoro<sup>126</sup>, tanto che la totale carenza di giustificazione costituisce di sovente un indizio decisivo per la rintracciabilità, a seconda, del motivo illecito o della natura fraudolenta dell'atto di recesso<sup>127</sup>, l'argomento proverebbe troppo ove se ne facesse discendere che il licenziamento pretestuoso integri *in sé* la fattispecie del licenziamento per motivo illecito<sup>128</sup>, trattandosi, come più volte detto, di profili legati ad istanze ed apparati protettivi diversi<sup>129</sup>.

---

<sup>124</sup> M. BIASI, *Saggio sul licenziamento*, cit., pp. 64-73.

<sup>125</sup> M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, p. 537, che distingue il giudizio volto all'accertamento della sussistenza della causa negoziale da quello relativo all'illiceità della stessa: mentre il primo “*consiste nel positivo riscontro della riconducibilità del contratto ad uno schema generale tracciato dal paradigma utilitario che la stessa causa negoziale direttamente evoca*”, il secondo “*si risolve in un controllo negativo inteso a verificare che la fattispecie negoziale non produca lo specifico assetto che ciascuna norma o ciascun principio imperativo si propone di evitare*”.

<sup>126</sup> Cfr. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 253, il quale, nel 1965, osservava che la nozione di giusta causa, ove portata al di là degli “*stretti limiti*” della previsione codicistica, potesse costituire un “*antidoto dell'abuso*” più efficace del ricorso al motivo illecito e alla frode alla legge.

<sup>127</sup> Tra le tante, Cass. 3 novembre 2016, n. 22323; Cass. 8 agosto 2011, n. 17087; Trib. Busto Arsizio 30 marzo 2016, est. Fumagalli, n. 108/2016, inedita, in un caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo dall'evidente inconsistenza (“*sfavorevole situazione congiunturale ed economica di mercato*” a soli 2 mesi dall'apertura di un punto vendita), intimato a fronte del rifiuto opposto dalla lavoratrice alla trasformazione del rapporto in *part-time*; nello stesso senso, Trib. Milano 30 dicembre 2015, est. Scarzella, n. 37204/2015, sempre a seguito del rifiuto di un lavoratore di “*passare al part-time*”; Trib. Milano 27 giugno 2014, in [www.wikilabour.it](http://www.wikilabour.it), relativamente al licenziamento di una lavoratrice, appena rientrata dalla maternità, per asserita crisi aziendale da parte di una società risultata, all'esito dell'istruttoria, versare in condizioni più che floride; Trib. Novara 13 settembre 2013, in *Banca Dati De Jure*, che, nell'ambito di un aspro conflitto all'interno della famiglia proprietaria di un hotel, ha ravvisato nel licenziamento intimato al ricorrente (dirigente) per generiche ragioni disciplinari, un'ipotesi di licenziamento per motivo illecito, da ricondursi alla volontà di estromettere il lavoratore colpevole di aver denunciato all'autorità giudiziaria la commissione di illecite operazioni finanziarie nell'ambito dell'attività imprenditoriale.

<sup>128</sup> Cass. 27 febbraio 2015, n. 3986, cit. Anche dal punto di vista processuale, è precluso al lavoratore proporre una domanda volta ad ottenere la dichiarazione di nullità del recesso (ad es., allegando una discriminazione) solo in appello, trattandosi di domanda diversa rispetto a quella tendente ad ottenere l'accertamento dell'insussistenza del giustificato motivo dedotto dal datore di lavoro e, dunque, non proponibile in appello dall'art. 345 c.p.c.: cfr. Cass. 24 marzo 2017, n. 7687, in *Labor*, 2017, 4, p. 437, con nota di M. BIASI, *La Cassazione e la delicata questione della (ir)rilevabilità d'ufficio della nullità del licenziamento*.

<sup>129</sup> Se, poi, le modalità con cui il recesso viene intimato sono tali da offendere la dignità morale e professionale del lavoratore-persona, il piano si sposta a quello del licenziamento ingiurioso, del quale il datore potrebbe essere chiamato a rispondere a prescindere dalla (sussistenza della) ragione addotta alla base del recesso: tra le tante, v. Cass. 30 dicembre 2011, n. 30668, in *RIDL*, 2012, II, p. 587, con nota di V. ALLOCCA, *La liquidazione del danno non patrimoniale da licenziamento ingiurioso tra autonomia e personalizzazione del risarcimento*; Cass. 22 marzo 2010, n. 6845, *ivi*, 2011, II, p. 19, con nota di L. DI PAOLA, *Puntualizzazioni in*



Almeno sino a che non verranno definitivamente cancellate le aree di licenziamento *ad nutum*, non è possibile sostenere che il requisito di necessaria giustificazione rientri nella nozione di ordine pubblico o sia assistito da una norma imperativa<sup>130</sup>, anche perché, come confermato altresì dal regime di sanzioni “modulato” introdotto dalle ultime riforme, la carenza anche più marcata ed evidente<sup>131</sup> dei presupposti legali può benissimo rimanere estranea all’area dell’illiceità<sup>132</sup>.

Potrebbero invero residuare dei dubbi laddove il datore di lavoro intimasse il recesso al solo scopo “*puramente emulativo di recare nocumento al lavoratore*”<sup>133</sup>. Per quanto sembri francamente difficile immaginare che il datore di lavoro ponga in essere un atto per il quale sostiene comunque un costo<sup>134</sup> al solo ed unico scopo di danneggiare il lavoratore, ci si potrebbe comunque domandare se un simile tipo di condotta possa integrare un abuso del diritto<sup>135</sup>, figura dal fondamento teorico piuttosto incerto<sup>136</sup> e da più parti ricondotta al divieto di atti emulativi posto in capo al proprietario dall’art. 833 c.c.<sup>137</sup>

Pur essendo vero che una discussa decisione della Cassazione in sede civile ha di recente ammesso la sindacabilità di un atto di recesso convenzionalmente *ad*

---

*ordine all’audizione del lavoratore nell’ambito del procedimento disciplinare e interrogativi su altre antiche e recenti questioni.*

<sup>130</sup> Cfr. M. V. BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il perverso accidentato della reintegrazione*, in *DLRI*, 2016, 2, p. 246, secondo la quale un licenziamento del tutto privo di giustificazione potrebbe risultare nullo per violazione della norma imperativa che imporrebbe la giustificazione come condizione di un uso discrezionale del potere non contrastante con il principio di tutela della dignità del lavoratore.

<sup>131</sup> V. Cass., S.U., 18 maggio 1994, n. 4844, in *FI*, 1994, I, c. 2076; Cass. 13 dicembre 1995, n. 12757, in *MGL*, 1996, p. 180, con riguardo ad un caso di recesso “*del tutto arbitrario ed irrazionale*”; Trib. Reggio Emilia 15 aprile 2016, cit.: “*mere ragioni di antipatia, di dispetto, etc., se risultassero veritiere, si tradurrebbero semplicemente in una carenza del giustificato motivo posto a base del recesso datoriale*”.

<sup>132</sup> Cass. 27 febbraio 2015, n. 3986, in *Banca Dati DeJure*, secondo cui “*non è sufficiente che il licenziamento sia (anche palesemente) ingiustificato per aversi un licenziamento ritorsivo, essendo piuttosto necessario che il motivo pretesamente illecito... sia stato l’unico determinante e sempre che il lavoratore ne abbia fornito prova, anche presuntiva*”.

<sup>133</sup> Tale ipotesi rientrerebbe nell’alveo del motivo illecito determinante, al pari del licenziamento per rappresaglia, secondo Trib. Arezzo 22 agosto 2014, in *www.wikilabour.it*, ove peraltro si legge che il richiamo all’art. 1345 c.c. nell’art. 18, comma 1 s.l. sarebbe “*forse pleonastico*”.

<sup>134</sup> A tacer d’altro, le spese vive per l’espletamento della “pratica”, nonché i costi legali (e “di tempo”) dell’eventuale giudizio di impugnazione.

<sup>135</sup> Cfr. L. ABELLO, *Trattato della locazione*, III, *Della locazione di opere, (parte generale)*, 2a ed., Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1919, p. 677, secondo cui l’esercizio del diritto di recesso nella locazione d’opere “*è legittimo in quanto si svolga senza che all’agente si possa rimproverare di avere agito per fine puramente egoistico non curandosi di vedere se poteva agire con eguale suo vantaggio senza danno dell’altro interessato, o di avere agito non per utilità propria, sibbene per dispetto e coll’intendimento di danneggiare*”.

<sup>136</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Abuso del diritto e dolo generale: un confronto tra modelli concettuali*, in *RTDPC*, 2016, 4, p. 1171, laddove l’A. nota come “*appare opportuno evitare ogni richiamo puramente retorico alla figura dell’abuso del diritto: così facendo, l’abuso del diritto rischia altrimenti di ridursi a contenitore insignificante, in grado di portare con sé tutto e il contrario, quasi che il nomen iuris basti a veicolare efficacemente ogni tipo di valutazione equitativa, sostanzialista, aformale, ma anche spesso – in ultima analisi – piuttosto semplificante se messa a paragone con il necessario sforzo di attenta e faticosa analisi giuridica dei problemi*”; v. anche A. GENTILI, *L’abuso del diritto come argomento*, in V. VELLUZZI (a cura di), *L’abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012, p. 175: “*l’abuso del diritto è un argomento con cui ottenere un risultato altrimenti precluso*”; similmente, nell’ambito di un’indagine sull’abuso del processo, C. CONSOLO, *Note necessariamente divergenti quanto all’«abuso sanzionabile del processo» e all’«abuso del diritto come argomento»*, in *RDPROC*, 2012, 5, p. 1284 ss., spec. p. 1299.

<sup>137</sup> G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, II, Padova, 1963, pp. 88-89, e ivi il riferimento all’*animus nocendi*; sull’abuso del diritto in generale, v., da ultimo, N. LIPARI, *Ancora sull’abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *DG*, 2016, 4, p. 33 ss.

*nutum* alla stregua dell'abuso del diritto<sup>138</sup>, nella ricostruzione cui si è qui aderito, il controllo sul corretto esercizio del potere imprenditoriale di intimare il recesso si è basato, su espressa scelta del legislatore storico, sulla verifica dei presupposti esterni richiesti dalla legge<sup>139</sup> e non sul controllo interno delle finalità per le quali il diritto potestativo o il potere di licenziamento è stato esercitato<sup>140</sup>.

In conclusione, l'accertamento dei limiti della rilevanza del motivo richiede un'indagine di segno "negativo", volta, trattandosi di un controllo di (il)liceità, alla ricerca dell'eventuale contrasto tra la funzione dell'atto e i criteri ordinanti dell'agire negoziale, e non di carattere "positivo", ovvero concernente i fatti qualificanti dell'operazione<sup>141</sup>, come altresì dimostra la diversità delle relative conseguenze sul piano sanzionatorio secondo il diritto positivo attuale.

## **7. Licenziamento per motivo illecito vs. licenziamento discriminatorio.**

L'autonoma rilevanza del motivo illecito, da un lato, e l'evolversi della nozione europea di discriminazione, dall'altro lato, impongono il ripensamento della prospettiva tradizionale che riconduce il motivo illecito entro una nozione ampia o estensiva di discriminazione (il c.d. "licenziamento per

---

<sup>138</sup> Ci si riferisce qui al discusso caso "Renault Italia", relativo ad un gruppo di concessionari che si sono visti revocare la concessione di vendita sulla scorta dell'esercizio, da parte della casa automobilistica, del recesso *ad nutum* previsto contrattualmente e motivato dalla volontà di ristrutturare la rete di distribuzione italiana, avvenuta di fatto attraverso la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro con alcuni dirigenti della casa madre, divenuti concessionari di vendita. Ribaltando gli esiti delle pronunce emesse nei gradi precedenti, Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *FI*, 2010, I, c. 85, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, ha ravvisato la contrarietà della condotta alle clausole generali "costituzionalizzate" della correttezza (art. 1175 c.c.) e della buona fede (art. 1375 c.c.) e, richiamando il "criterio rivelatore" dell'abuso del diritto, ha affermato che la necessità di "reagire all'abuso dell'autonomia privata e dei rapporti di forza sul mercato non è un problema politico, ma squisitamente giuridico, oggetto di attenzione da parte di tutti gli ordinamenti contemporanei, a causa dell'incremento delle situazioni di disparità di forze tra gli operatori economici". L'arresto della Cassazione muove dall'idea che si possa ravvisare un abuso del diritto "quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede", pur non spiegando in modo convincente come si possa individuare una "funzione obiettiva consentita dall'ordinamento" (che, forse, riecheggia la previsione contenuta all'art. 7 del progetto dell'attuale codice civile, rimasta però nella penna del legislatore: "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto") con riguardo ad un'ipotesi di (diritto soggettivo di) recesso riconosciuto (sino a prova contraria) liberamente dalle parti in contratto.

<sup>139</sup> Come ricorda G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006, p. 141, "da un punto di vista storico, la figura dell'abuso del diritto è stata invocata proprio in casi in cui le modalità di esercizio del diritto non erano state specificate in sede legislativa, lasciando una parte del rapporto in balia, in modo eclatante, della controparte (tipicamente, il recesso *ad nutum* dell'imprenditore nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato)".

<sup>140</sup> V. Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, in *ilgiuslavorista.it*, 10 gennaio 2017, con nota di G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo "organizzativo"*; Cass. 15 febbraio 2017, n. 4015, *ivi*, 27 febbraio 2017.

<sup>141</sup> Cfr. Cass. 14 marzo 2013, n. 6501, in *FI*, 2015, 5, c. 1455, secondo cui nell'area coperta dal requisito di giustificazione, sarebbe proprio il carattere illecito del motivo del licenziamento il fatto impeditivo del diritto del datore di lavoro di avvalersi di un giustificato motivo o di una giusta causa.

motivo discriminatorio”)<sup>142</sup>, o che, in alternativa, vede in quest’ultima una *species* all’interno del *genus* dell’illiceità del motivo<sup>143</sup>, sempre sulla scorta di una loro presunta “*analogia di struttura*”<sup>144</sup>.

Sino alla l. 92/2012, l’operazione poteva risultare funzionale all’estensione del rimedio *ex art.* 18 s.l. ai casi di licenziamento per motivo illecito, altrimenti assoggettati alla tutela di diritto comune, il che, secondo alcuni, spiegherebbe la stessa genesi di un’assimilazione progressivamente consolidatasi attraverso il costante richiamo delle medesime, tratlative massime<sup>145</sup>.

Al tempo stesso, però, il corollario della sovrapposizione in parola era che, (anche) ai fini dell’accertamento della natura discriminatoria del recesso, venisse sempre condotto uno scrutinio circa l’intento dell’autore<sup>146</sup> o, in altri termini, sul “*profilo psicologico*”<sup>147</sup> dell’atto, spettando al lavoratore l’ardua dimostrazione dell’*animus nocendi* in capo all’agente<sup>148</sup>. Non solo. Sempre sul presupposto che si trattasse di illiceità del motivo, in quanto tale rilevante solo se determinante ed

---

<sup>142</sup> Trib. Roma 24 giugno 2016, in *ADL*, 2016, 6, p. 1226, ove, con riguardo ad un licenziamento disposto nei confronti di un prestatore di lavoro assunto “a tutele crescenti”, si osserva: “*il divieto di licenziamento discriminatorio, sancito dall’art. 4 della legge n. 604 del 1966, dall’art. 15 st.lav. e dall’art. 3 della legge n. 108 del 1990, è suscettibile - in base all’art. 3 Cost. e sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritto antidiscriminatorio e anti vessatorio, in particolare, nei rapporti di lavoro, a partire dalla introduzione dell’art. 13 nel Trattato CE, da parte del Trattato di Amsterdam del 1997 - di interpretazione estensiva, sicché l’area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, ossia dell’ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essendo necessario, in tali casi, dimostrare, anche per presunzioni, che il recesso sia stato motivato esclusivamente dall’intento ritorsivo*”. Cfr., in precedenza, Corte Cost. 23 marzo 1988, n. 338, in *DL*, 1988, II, p. 244, ove si è sostenuto che “*secondo l’ormai costante indirizzo giurisprudenziale, l’art. 18 st. lav., nell’ambito della disciplina del rapporto di lavoro, non è né speciale né eccezionale, ma dotato di forza espansiva che lo rende riferibile ed applicabile anche a casi diversi da quelli in esso contemplati e tuttavia ad essi assimilabili sotto il profilo della identità di ratio*”; Corte Cost. 22 gennaio 1987, n. 17, in *RIDL*, 1988, II, p. 431.

<sup>143</sup> Trib. Santa Maria Capua Vetere 10 febbraio 2015, n. 598, cit., in termini di “*licenziamento ritorsivo e/o discriminatorio e/o per motivo illecito determinante*”; similmente, App. Roma 5 aprile 2017, in *RIDL*, 2017, II, p. 707; Trib. Milano 27 giugno 2014, cit., ove si è ritenuto il licenziamento “*discriminatorio, in quanto determinato esclusivamente da motivo di ritorsione, e quindi nullo*”.

<sup>144</sup> Tra le ultime, v. Cass. 8 agosto 2011, n. 17087, cit.; Trib. Firenze 23 marzo 2016, in *Banca Dati De Jure*.

<sup>145</sup> Cfr., anche per i riferimenti, L. CORAZZA, *Il licenziamento discriminatorio*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, III, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del Lavoro. Commentario*, 2a ed., Torino, 2007, p. 400 ss., spec. p. 403 ss.

<sup>146</sup> F. MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *DLRI*, 1987, 3, p. 499.

<sup>147</sup> Cass. 1 febbraio 1988, n. 868, in *GCIV*, I, p. 1533, con nota di G. MAMMONE, *Motivo illecito ed atti discriminatori*, che escludeva la natura discriminatoria del trasferimento di alcuni dirigenti sindacali, in assenza della dimostrazione che l’atto fosse stato determinato “*da motivi illeciti tipici e cioè dall’intento del datore di lavoro, non tanto di avvantaggiare dei lavoratori preferiti (...), ma piuttosto di nuocere ad altri lavoratori a causa del loro atteggiamento sindacale, politico, religioso*”; *contra*, in un caso di discriminazione di genere fondata su un’interpretazione di una clausola collettiva avente l’effetto di svantaggiare, in ragione del sesso, una collettività di persone, Trib. Prato 21 novembre 2007, in *RCDL*, 2008, 2, p. 574, con nota di F. AMATO, I. ROMOLI, *Assenza per maternità e anzianità di servizio: profili individuali e collettivi della discriminazione di genere; una concreta ipotesi di definizione di un piano di rimozione delle discriminazioni*.

<sup>148</sup> Come osservato da Roberto Pessi, è pure vero che, nell’indagine giurisprudenziale sulla discriminazione (in generale, più che in materia di licenziamento) il riferimento all’*animus* era (ed è) spesso di stile, non venendo lo scrutinio condotto sul piano puramente psicologico, quanto guardando alla situazione complessiva attraverso l’esame di fattori quali la sistematicità del comportamento, il collegamento temporale con altri eventi e l’assenza di giustificazione: R. PESSI, *Lavoro e discriminazione femminile*, in *DLRI*, 1994, 3, p. 444.

esclusivo<sup>149</sup>, la giurisprudenza escludeva che il “motivo discriminatorio” potesse concorrere con una giusta causa<sup>150</sup> o con un giustificato motivo<sup>151</sup>.

Tuttavia, se in origine, guardando alla storia, oltre che al testo, dell’art. 4 l. 604/1966, e, forse, dello stesso art. 15 s.l.<sup>152</sup>, si poteva scorgere alcuni punti di contatto tra la discriminazione ed il motivo illecito, la successiva evoluzione del diritto antidiscriminatorio di matrice europea, quale “sottosistema normativo”<sup>153</sup> fondato sulla discriminazione come concetto relazionale<sup>154</sup>, ne impone oggi una lettura oggettiva<sup>155</sup> che non può che prescindere dall’esame dei profili psicologici dell’atto.

In questo senso sembra deporre altresì la separata menzione, nel corpo del riformato art. 18, comma 1 s.l., del licenziamento discriminatorio e per motivo illecito determinante, la quale fornirebbe un ulteriore argomento per sostenere che, per quanto vi possa essere una comune radice nella finalità di difesa della libertà e dignità del lavoratore, le due nozioni vadano chiaramente tenute distinte, tanto sul piano della fattispecie<sup>156</sup>, quanto a livello di onere probatorio<sup>157</sup>.

---

<sup>149</sup> Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, in *MGL*, 2011, p. 425, che però ha confermato la pronuncia di merito che aveva escluso la natura vendicativa o di rappresaglia di un licenziamento testualmente intimato “con riferimento esclusivo ad una vertenza giudiziaria proposta dal lavoratore e a critiche formulate dal lavoratore su organi di stampa, delle quali era stata riconosciuta l’assenza di rilevanza a fini disciplinari”; Cass. 13 dicembre 2000, n. 15689, in *NGL*, 2001, p. 330; Cass. 6 maggio 1999, n. 4543, cit., ove si legge che “i vari casi di licenziamento discriminatorio costituiscono specificazione della più ampia fattispecie del licenziamento viziato da motivo illecito...comprendente il licenziamento intimato per ritorsione e rappresaglia, pur esso in qualche modo implicante una illecita discriminazione, intesa in senso ampio, del lavoratore rispetto agli altri dipendenti”; da ultimo, v. Cass. 31 gennaio 2017, n. 2499, in *Arg. Dir. Lav.*, 2017, 3, p. 762, con nota di M. MATARESE, *La critica del lavoratore attraverso il social network: quando il licenziamento per asserita lesione dell’immagine aziendale cela un intento ritorsivo*; Trib. Reggio Emilia 15 aprile 2016, in *Labor*, 5 ottobre 2016, con nota di C. MAZZOTTA, *Licenziamento ritorsivo, Rito Fornero e domanda subordinata di tutela obbligatoria*.

<sup>150</sup> Cass. 26 maggio 2001, n. 7188, in *OGI*, 2001, I, p. 489; Cass. 4 settembre 1999, n. 9354, in *RIDL*, 2000, II, p. 346, con nota di S. BRUN, *Licenziamento per fatti extra-lavorativi e accertamenti probatori in materia di licenziamento discriminatorio*; Trib. Bologna 11 aprile 2009, in *ADL*, 2010, 1, p. 269, con nota di P. PRIMAVERILE, *Su un presunto licenziamento per ritorsione*; Cass. 6 settembre 1980, n. 5154, in *OGI*, 1981, p. 451.

<sup>151</sup> Cass. 25 novembre 1980, n. 6259, in *FI*, 1982, I, c. 157.

<sup>152</sup> P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, 1, p. 157 ss.; L. MONTUSCHI, *Artt. 15-16*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, V, *Statuto dei Diritti dei Lavoratori*, Bologna-Roma, 1981, pp. 43-46.

<sup>153</sup> D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, p. 351.

<sup>154</sup> Con riguardo alla discriminazione-molestia, v., però, le puntuali osservazioni di C. PONTERIO, *Licenziamenti discriminatori e molestie*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione*, cit., p. 226, ad avviso della quale “la fattispecie fa leva essenzialmente sull’effetto pregiudizievole della dignità della lavoratrice o del lavoratore, prodotto da qualsiasi comportamento e per ragioni connesse al sesso, essendo la stessa indesideratezza speculare rispetto alla lesione della dignità, dovendosi ritenere superato il carattere relazionale proprio della discriminazione”.

<sup>155</sup> Da ultimo, A. LASSANDARI, *Considerazioni sul licenziamento discriminatorio*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione*, cit., pp. 193-194, e ivi ulteriori riferimenti.

<sup>156</sup> R. SANLORENZO, *Il licenziamento discriminatorio e l’evoluzione della giurisprudenza*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell’era del diritto del lavoro inderogabile*, cit., p. 37; E. TARQUINI, *Il principio di non discriminazione in giudizio: la giurisprudenza nazionale fra tutele di diritto comune e fonti sovranazionali*, *ibidem*, p. 54.

<sup>157</sup> Sull’onere della prova nel giudizio in materia di discriminazione, v., ampiamente, M. PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Torino, 2017.

La discriminazione, infatti, come si legge nell'importantissima pronuncia di legittimità n. 6575 del 5 aprile 2016<sup>158</sup>, consiste in una diversità di trattamento dovuta ad uno dei fattori di rischio – tipici<sup>159</sup> – presi in considerazione dalla normativa *de qua*, al di fuori dei quali si situa la parità di trattamento, che però non costituisce una regola vigente nell'ordinamento nazionale.

Ove tale disparità si verifichi, il licenziamento va ritenuto nullo<sup>160</sup>, a prescindere dall'eventuale sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo: proprio nella vicenda all'attenzione della Cassazione, relativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo di una lavoratrice che aveva manifestato l'intenzione di assentarsi dal lavoro per sottoporsi ad una serie di trattamenti di inseminazione artificiale, è stata correttamente ravvisata un'ipotesi di discriminazione, a fronte di: i) un trattamento diseguale e deteriore riservato alla lavoratrice (il licenziamento), ii) in ragione della sua appartenenza ad una categoria protetta (nel caso di specie, il genere), iii) a prescindere dalle esigenze datoriali sottostanti (qui di natura organizzativa), e, da ultimo, iv) senza alcuna indagine circa l'*animus* del recedente.

Che, poi, in una (non trascurabile) parte dei casi, il “motivo” possa (ri)entrare in gioco emerge chiaramente dalla stessa normativa antidiscriminatoria, che regola altresì le ipotesi in cui una persona risulti vittima di “*comportamenti...posti in essere...quale reazione ad una qualsiasi attività diretta a ottenere la parità di trattamento*”<sup>161</sup>.

Nonostante ciò, sulla scorta del riferimento espresso, da parte dell'art. 2 d.lgs. 23/2015, all'art. 15 s.l., ossia ad una norma introdotta in un momento storico in cui la discriminazione veniva letta da buona parte della dottrina in senso soggettivo, in un risalente lavoro chi scrive aveva – invero non troppo limpidamente – sostenuto che, mediante tale richiamo, il legislatore del *Jobs Act* era sembrato collocarsi sulla scia dell'orientamento tradizionale che vedeva valorizzato il motivo (o, meglio, il movente) nell'ambito del giudizio relativo alla natura discriminatoria del licenziamento<sup>162</sup>.

---

<sup>158</sup> Cass. 5 aprile 2016, n. 6575, in *ADL*, 2016, 6, p. 1221, con nota di E. PASQUALETTO, *La Cassazione completa la parabola dell'emancipazione del licenziamento discriminatorio dal licenziamento nullo per illecità dei motivi*; nello stesso senso, in seguito, Cass. 9 giugno 2017, n. 14456 e Trib. Nola 18 maggio 2017, entrambe in *RIDL*, 2017, II, p. 707, con nota di F. MARINELLI, *Ma il licenziamento ritorsivo è discriminatorio o per motivo illecito?*.

<sup>159</sup> Cfr. Cass. 22 giugno 2016, n. 12898, in *MGL*, 2016, 6, p. 840, con nota adesiva di A. VALLEBONA, *Licenziamento discriminatorio e per motivo illecito: l'orientamento della Cassazione è condivisibile*, che ha escluso la riconducibilità dell'attività di prostituzione, esercitata dal dipendente al di fuori dell'orario di lavoro e posta alla base del suo licenziamento per giusta causa, al fattore “orientamento sessuale”.

<sup>160</sup> Già Cass., S.U., 27 marzo 1979, n. 1764, in *FI*, 1979, I, c. 918.

<sup>161</sup> V. artt. 26, comma 3 d.lgs. 198/2006 e artt. 4-*bis* dei d.lgs. 215 e 216 del 2003: cfr. Trib. Milano 18 settembre 2017, est. Dossi, inedita a quanto consta, concernente un lavoratore licenziato a seguito della fruizione del congedo parentale per la nascita della figlia: nel caso *de quo*, il Giudice ha correttamente qualificato il licenziamento come discriminatorio, ravvisando una diretta “correlazione causale tra l'assenza del lavoratore in concomitanza con la nascita della figlia e dunque, in ultima analisi, con lo stato di paternità e con l'esercizio dei diritti connessi”.

<sup>162</sup> M. BIASI, *Il licenziamento nullo*, cit., p. 157.

Quand'anche, però, non si fosse trattato solo di un infondato sospetto di un malpensante e il legislatore si fosse davvero mosso in tale direzione, si sarebbe comunque stati in presenza di un'operazione improvvida quanto inutile (se non sul piano simbolico), data la descritta fisionomia attualmente assunta dal concetto di discriminazione nel nostro ordinamento, valevole di certo anche in materia di licenziamento.

Neppure può ritenersi decisiva la circostanza che, come emerso anche in una delle prime pronunce sul regime "a tutele crescenti"<sup>163</sup>, in ipotesi di recesso individuale per giusta causa o per motivi disciplinari<sup>164</sup>, potrebbe rivelarsi quanto mai complessa, se non infruttuosa, la ricerca dell'elemento comparativo sul quale si basa la lettura della discriminazione come "concetto di relazione", risultando arduo procedere all'individuazione di un altro soggetto "in un'analogia situazione"<sup>165</sup>.

Anche questo argomento sembra provare ben poco: la difficoltà del relativo accertamento, al pari della scarsa ricorrenza di tali ipotesi, costituiscono questioni di fatto che non possono riflettersi sulla costruzione della fattispecie<sup>166</sup>. Se, da un lato, il licenziamento discriminatorio, fondato sul giudizio comparativo e non sullo scrutinio dell'*animus*, sarà indiscutibilmente nullo (anche) ai sensi dell'art. 15 s.l. e agli effetti, a seconda, dell'art. 18, comma 1 s.l. o dell'art. 2 d.lgs. 23/2015<sup>167</sup>, dall'altro lato, non può che essere scongiurata una lettura che ravvisi in ogni atto che colpisca un soggetto appartenente ad una categoria protetta un'ipotesi di discriminazione. Diversamente ragionando, si finirebbe per privare il diritto antidiscriminatorio della sua fondamentale funzione all'interno dell'ordinamento<sup>168</sup>, che non è di certo limitata alla prevenzione delle "rappresaglie" per motivi abietti, ma che non è neppure dilatabile al punto da attribuirle l'improprio ruolo di "via di fuga" dal nuovo sistema sanzionatorio modulato<sup>169</sup>.

---

<sup>163</sup> Trib. Roma 4 aprile 2016, cit.

<sup>164</sup> A differenza di quanto avviene nei casi, tipicamente di licenziamento collettivo o di licenziamento individuale per motivi "economici", in cui venga in rilievo la scelta del lavoratore all'interno di un gruppo, o quando condotte disciplinarmente rilevanti commesse da una pluralità di soggetti vengano individualmente sanzionate – e, dunque, oggettivamente trattate – in modo eterogeneo.

<sup>165</sup> Nel caso *de quo* era risultato complesso, avanti al licenziamento intimato per motivi disciplinari nei confronti di una lavoratrice fruitrice di permessi per la malattia del figlio, accertare che quest'ultima fosse stata trattata, "a causa della sua condizione o delle sue scelte, in maniera differente da quanto non sia, sia stato o sarebbe stato trattato un altro soggetto in analogia situazione". V. anche Trib. Catanzaro 9 dicembre 2014, in *RIDL*, 2015, II, p. 419, con nota critica di A. DONINI, *Sovrapposizioni tra licenziamento discriminatorio e ritorsivo: il caso del fattore rischio «maternità»*, ove pure l'indagine era stata condotta esclusivamente sul piano psicologico dell'intento ritorsivo o di rappresaglia nei confronti della lavoratrice e non già su quello della discriminazione basata sul genere.

<sup>166</sup> Cfr. C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, in *Quad. ADL*, 2015, 14, p. 19.

<sup>167</sup> Da ultimo, M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, cit., p. 191.

<sup>168</sup> V. le condivisibili riflessioni di M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 143, la quale esprime la preoccupazione circa la "perdita di senso della funzione propria della tutela antidiscriminatoria, che si situa su un piano di sostegno ma non di sostituzione della tutela assicurata dai diritti fondamentali sostanziali".

<sup>169</sup> Già O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *WP C.S.D.L.E.* "Massimo D'Antona".IT, 2012, 159, p. 14.

## 8. Le conseguenze dell'accertamento della natura illecita del motivo del licenziamento, tra art. 18 s.l. "post-Fornero" e regime "a tutele crescenti"

Nel testo dell'art. 2 d.lgs. 23/2015, a differenza che nel comma 1 del riformato art. 18 s.l., non vi è espressa menzione dell'ipotesi di nullità del recesso "determinato da un motivo illecito determinante".

La scelta del Legislatore, che, secondo alcuni, troverebbe spiegazione nella volontà di arginare "un certo abuso del motivo ritorsivo in sede giudiziaria"<sup>170</sup>, potrebbe ingenerare il dubbio che, attraverso il richiamo alle sole ipotesi di nullità del licenziamento "espressamente" previste dalla legge, l'accesso alla tutela reintegratoria risulti precluso nei casi di nullità c.d. virtuale dell'atto, di frode alla legge, oltre che, appunto, di illiceità del motivo del licenziamento<sup>171</sup>.

Tuttavia, quand'anche la criptica disposizione in parola possa far dubitare che le ipotesi di nullità virtuale del licenziamento rientrino nel campo di applicazione del decreto<sup>172</sup>, il licenziamento per motivo illecito parrebbe innanzitutto annoverabile tra le ipotesi di nullità "espressamente" regolate dalla legge, potendosi all'uopo rinviare agli artt. 1345-1324 c.c.<sup>173</sup> e all'art. 1418, comma 2 c.c.<sup>174</sup>

Del resto, come puntualmente rilevato dalla migliore dottrina civilistica, la distinzione tra i casi di nullità virtuale e nullità testuale attiene ai commi 1 e 3 dell'art. 1418 c.c. (se non, addirittura, alla prima e alla seconda parte del primo comma), mentre, in caso di illiceità del motivo del contratto o dell'atto unilaterale, la conseguenza non potrà che essere la nullità di quest'ultimo ai sensi del comma 2 dell'articolo stesso<sup>175</sup>.

Pare poi convincente l'argomento di carattere sistematico che insiste sulla volontà del legislatore di costruire un sistema tendenzialmente completo<sup>176</sup>, che metta così fuori gioco l'alternativa dell'applicazione della tutela di diritto comune.

---

<sup>170</sup> C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015, p. 18.

<sup>171</sup> T. TREU, *Jobs act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *GLAV*, 2015, 3, p. 14; L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2015, 250, p. 9, il quale ritiene comunque applicabile, per i casi non espressamente menzionati all'art. 2 d.lgs. 23/2015, il rimedio della nullità di diritto comune; R. SANLORENZO, *Introduzione*, in *QG*, 2015, 3, p. 9 ss.

<sup>172</sup> L. VALENTE, *Le nuove regole sanzionatorie del licenziamento: una lettura in controluce*, in *MGL*, 2016, 10, pp. 667-668.

<sup>173</sup> Cfr. M. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2015, 256, p. 3, nt. 5.

<sup>174</sup> M. L. BUCONI, *I licenziamenti nulli nel passaggio dall'art. 18 St. Lav. al Jobs Act*, in *Labor*, 2017, 1, pp. 43-44; in giurisprudenza, Trib. Roma 24 giugno 2016, cit., che, pure riconducendo il recesso ritorsivo nell'alveo del licenziamento discriminatorio, ammette, in alternativa, che si possa trattare di un'ipotesi di nullità ex art. 1345 c.c., regolata, relativamente alle conseguenze, dall'art. 2 d.lgs. 23/2015.

<sup>175</sup> G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 438.

<sup>176</sup> Cfr. V. BAVARO, M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale*, cit., p. 3, nt. 3.

*Tertium non datur*, non essendo certo consentito al legislatore del momento, a prescindere dalle intenzioni, di precludere, intervenendo sul sistema sanzionatorio per il licenziamento carente di giustificazione o viziato nella forma, uno scrutinio consentito – ed anzi doveroso – persino nell’ambito delle residuali ipotesi di recedibilità *ad nutum*<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> Del resto, sarebbe del tutto irragionevole che, nel caso dei dirigenti (esclusi dal campo di applicazione del d.lgs. 23/2015 e, come ricordato, formalmente licenziabili *ad nutum*), il licenziamento per motivo illecito portasse alle conseguenze di cui all’art. 18, commi 1-3 s.l. (i.e. al rimedio ripristinatorio “pieno”), mentre i prestatori di lavoro appartenenti alle altre categorie legali ed assunti con contratto a tutele crescenti non si vedessero riconosciuta la medesima tutela.