

Numero 2 / 2021

**Vincenzo Fabrizio Giglio**

**Il patto di prova inefficace nel «contratto a  
tutele crescenti»: quale sanzione per il  
licenziamento *ad nutum*?**

## **Il patto di prova inefficace nel «contratto a tutele crescenti»: quale sanzione per il licenziamento *ad nutum*?**

Vincenzo Fabrizio Giglio

*Avvocato in Milano*

### **ABSTRACT**

È ormai in pieno corso il dibattito giurisprudenziale concernente le conseguenze, in regime di «tutele crescenti», del licenziamento comunicato «in prova» o «per mancato superamento della prova» ma in assenza di un patto di prova efficace. Le decisioni ad oggi note si sono polarizzate, con diversi percorsi motivazionali, intorno alle due soluzioni «mediane»: tutela reintegratoria attenuata (art. 3, comma 2) e tutela indennitaria maggiore (art. 3, comma 1).

Analizzate tali decisioni ed il sistema normativo di riferimento, tuttavia la soluzione del problema sembra doversi identificare nella tutela reintegratoria piena *ex art. 2, D.Lgs. n. 23/2015*.

\* \* \*

*The jurisprudential debate is now in full swing concerning the consequences, under the regime of “increasing protections”, of dismissal communicated “on probation” or “for failure to pass the test” but in the absence of an effective trial agreement. The decisions known to date have been polarised, with different motivations, around the two “median” solutions: attenuated reintegration protection (art. 3, paragraph 2) and greater compensation protection (art. 3, paragraph 1).*

*Having analysed these decisions and the regulatory system of reference, however, the solution to the problem seems to have to be identified in the full reintegration protection under Article 2, Legislative Decree no. 23/2015*

## SOMMARIO

<b>ABSTRACT .....</b>	<b>2</b>
<b>SOMMARIO.....</b>	<b>3</b>
<b>INTRODUZIONE.....</b>	<b>4</b>
<b>IL PROBLEMA, NEI SUOI TERMINI GENERALI .....</b>	<b>4</b>
<b>LA SOLUZIONE ADOTTATA NEI REGIMI PRECEDENTI IL «JOBS ACT» .....</b>	<b>5</b>
<b>LA SOLUZIONE DELLE CORTI DI MERITO NELLE «TUTELE CRESCENTI».....</b>	<b>7</b>
<b>LA TESI PROPOSTA: IL LICENZIAMENTO IN QUESTIONE CONDUCE ALLA REINTEGRAZIONE .....</b>	<b>11</b>
<b>I REQUISITI DI VALIDITÀ DEL LICENZIAMENTO .....</b>	<b>11</b>
<b>LE FUNZIONI DIVERSE DELL'ART. 1 E DELL'ART. 3, L. N. 604/1966.....</b>	<b>14</b>
<b>ESATTA IDENTIFICAZIONE DELLA CAUSALE E INDAGINE SULLA SUA FONDATEZZA: IL LICENZIAMENTO SARÀ «INFONDATO» PER ASSENZA DEL GIUSTIFICATO MOTIVO O DELLA GIUSTA CAUSA O DEGLI ALTRI PRESUPPOSTI MA NON «ILLECITO» PER ASSENZA DELLA CAUSALE.....</b>	<b>18</b>
<b>L'APPLICAZIONE DEI RICHIAMATI PRINCIPI AL CASO IPOTIZZATO. PRIMA CONCLUSIONE: IL LICENZIAMENTO È NULLO PER VIOLAZIONE DELL'ART. 1, L. N. 604/1966 .....</b>	<b>20</b>
<b>(SEGUE) SECONDA CONCLUSIONE: IL VIZIO DELLA NULLITÀ PUÒ CONDURRE A SANZIONI MODULATE DIVERSAMENTE DALLA LEGGE .....</b>	<b>20</b>
<b>IL RUOLO SVOLTO DAL D.LGS. N. 23/2015.....</b>	<b>21</b>
<b>IL SISTEMA DEL D.LGS. N. 23/2015: L'OGGETTO DEGLI ARTT. 3 E 4; LA NORMA DI CHIUSURA È DATA DALL'ART. 2 (NON DALL'ART. 3), D.LGS. N. 23/2015 .....</b>	<b>23</b>
<b>IL PROBLEMA ERMENEUTICO DETERMINATO DALL'AVVERBIO «ESPRESSAMENTE»..</b>	<b>27</b>
<b>L'INSEGNAMENTO DI CASS., SS.UU., 22 MAGGIO 2018, N. 12568 .....</b>	<b>29</b>
<b>CONCLUSIONI.....</b>	<b>31</b>

\* \* \*

## INTRODUZIONE

Come è noto, negli anni recenti il nostro ordinamento ha conosciuto delle profonde riforme nella disciplina dei licenziamenti. In particolare, è stato modificato il regime delle sanzioni applicabili a quei licenziamenti che, in varia misura, non rispettano le prescrizioni dettate dalla legge.

Le modifiche legislative hanno mutato il quadro normativo e innescato una nuova elaborazione giurisprudenziale, aprendo dei problemi interpretativi di nuovo conio.

In questo lavoro ci occuperemo di uno di questi problemi: ossia del regime applicabile, nell'ambito di un contratto di lavoro subordinato soggetto alle c.d. «tutele crescenti», al licenziamento in prova comunicato in assenza di un patto di prova efficace.

### IL PROBLEMA, NEI SUOI TERMINI GENERALI

Come noto, il nostro ordinamento consente il recesso dal rapporto di lavoro subordinato, da parte del datore di lavoro, solamente in casi predeterminati, nella forma e nel contenuto. Tale regime opera nella generalità dei casi ma gli restano sottratte talune ipotesi. Una di queste è il lavoro in prova.

Le parti possono infatti pattuire che, all'inizio del rapporto di lavoro subordinato, vi sia un periodo di prova nel corso del quale ciascuna possa sperimentare le caratteristiche dell'altra parte. Se il patto di prova è valido<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> La prova deve essere stabilita mediante un patto scritto, coevo alla stipulazione del contratto di lavoro subordinato, che deve rispettare alcuni requisiti identificati dalla consolidata elaborazione giurisprudenziale sull'art. 2096 Cod. civ.: la forma scritta; la durata del periodo di prova, tale da consentire l'effettiva verifica delle capacità del lavoratore e nei limiti previsti dalla legge o dal contratto, anche collettivo; l'effettivo svolgimento e l'adeguatezza della prova; la specifica indicazione delle mansioni in relazione alle quali l'esperimento deve svolgersi (*cf.* Cass. 3 agosto 2016, n. 16214; Cass. 22 ottobre 2010, n. 21758; Cass. 20 maggio 2009, n. 11722; Cass. 4 dicembre 2007, n. 25264; Cass. 10 ottobre 2006, n. 21698; Cass. 26 novembre 2004, n. 22308; Cass. 13

durante la sua efficacia le parti possono recedere dal rapporto liberamente<sup>2</sup>, senza preavviso<sup>3</sup>, senza formalità<sup>4</sup>, senza la necessità di esplicitare una motivazione<sup>5</sup>, senza la necessità di rispettare i presupposti di fatto (o procedurali) necessari negli ordinari casi di licenziamento<sup>6</sup>.

Il patto di prova, tuttavia, per essere valido e consentire dunque il libero recesso sopra descritto, deve rispettare diversi requisiti e ciò non sempre si verifica. Esso, comunque, ha una durata limitata nel tempo, decorsa la quale i suoi effetti vengono meno. Accade pertanto con una certa frequenza che il datore di lavoro receda dal rapporto senza formalità, nella convinzione di essere coperto da un patto di prova che, invece, per qualche ragione risulterà poi nullo o già esaurito. In tali casi il rapporto di lavoro è ormai «stabile» e il licenziamento risulta pertanto immancabilmente viziato<sup>7</sup>.

Occorre pertanto identificare quale sia la sanzione comminata dalla legge.

### **LA SOLUZIONE ADOTTATA NEI REGIMI PRECEDENTI IL «JOBS ACT»**

Nel passato meno recente il problema non si poneva poiché, prima della «Riforma Fornero», qualunque vizio del licenziamento trovava la propria

---

settembre 2003, n. 13498; Cass. 3 giugno 2002, n. 8038; Cass. 14 aprile 2001, n. 5591; Cass. 19 novembre 1993, n. 11427).

<sup>2</sup> Tecnicamente, la libertà concessa al licenziamento in prova è stabilita sancendo l'inapplicabilità delle ordinarie norme restrittive (art. 10, L. n. 604/1966; *cf.* Cass., Sez. Lav., 12 settembre 2016, n. 17921).

<sup>3</sup> In deroga all'art. 2118 Cod. civ.

<sup>4</sup> In deroga all'art. 2, comma 1, L. n. 604/1966.

<sup>5</sup> In deroga all'art. 2, comma 2, L. n. 604/1966.

<sup>6</sup> In deroga all'art. 3, L. n. 604/1966; art. 7, L. n. 604/1966; art. 7, Statuto dei Lavoratori.

<sup>7</sup> La nullità del patto di prova, infatti, rappresenta un caso di nullità parziale del contratto che non determina la nullità dell'intero contratto bensì l'applicazione del regime ordinario dei licenziamenti (*cf.* Cass. 12 settembre 2016, n. 17921; Cass. 18 novembre 2000, n. 14950).

sanzione nella scure del tradizionale art. 18 Statuto dei Lavoratori, con la conseguente applicazione dell'unica e radicale sanzione ivi prevista, ossia la reintegrazione nel posto di lavoro e il pieno risarcimento<sup>8</sup>.

Nel regime del nuovo art. 18, Statuto dei Lavoratori, emerso dopo la L. n. 92/2012, parimenti, seppure privo di espressa regolamentazione, un siffatto licenziamento viene fatalmente attratto nell'area della tutela reintegratoria attenuata prevista dai commi 4 e 7<sup>9</sup>, vuoi perché l'addebito disciplinare giuridicamente non sussiste (non essendovi per definizione la sua contestazione), vuoi perché l'eventuale motivo oggettivo, non essendo dedotto in motivazione, non può che essere «manifestamente insussistente»<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> A meno che il datore, in sede di giudizio, riuscisse a dimostrare la fondatezza del licenziamento secondo le norme ordinarie; ma questo è un altro aspetto.

<sup>9</sup> Cfr. Cass., Sez. Lav., 14 luglio 2017, n. 17528; Cass. 3 agosto 2016, n. 16214, secondo cui: «[...] il richiamo al mancato superamento della prova è totalmente inidoneo a costituire giusta causa o giustificato motivo, ed il vizio è tale da determinare l'applicazione della tutela reintegratoria e risarcitoria, che è stata prevista dalla L. n. 300 del 1970, nuovo art. 18, comma 4 come modificato dalla L. n. 92 del 2012, applicabile *ratione temporis* - per le ipotesi più evidenti di discostamento del recesso dalle relative fattispecie legittimanti».

Nel merito, nel senso dell'inesistenza del motivo addotto e della conseguenza applicabilità dell'art. 18, comma 4, Statuto dei Lavoratori, *cf.* Tribunale Milano 24 maggio 2013, in *RCDL*, 2013, 1-2, 195.

Cfr. RIZZARDO, Licenziamento per mancato superamento della prova in ipotesi di patto nullo, in *Guida al Lav.*, 2017, 36, 36 e segg.

<sup>10</sup> L'eventuale qualificazione oggettiva del licenziamento potrebbe portare all'applicazione della tutela indennitaria maggiore (da 12 a 24 mensilità), ai sensi dell'art. 18, comma 5, essendo l'alternativa tra questa sanzione e la più grave tutela reintegratoria attenuata prevista dal comma 4 (reintegrazione e risarcimento nel massimo di 12 mensilità), rimessa dalla legge alla discrezionalità del giudice. Sennonché questo punto è stato oggetto di intervento della Consulta: [Corte Cost. 1° aprile 2021, n. 59](#), la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 7, Statuto dei Lavoratori, nella parte in cui prevede che il giudice, quando accerti la manifesta insussistenza

## LA SOLUZIONE DELLE CORTI DI MERITO NELLE «TUTELE CRESCENTI»

Qualora il licenziamento in prova sia comunicato per risolvere un contratto di lavoro a tempo indeterminato soggetto al regime delle «tutele crescenti», invece, le decisioni dei Tribunali e delle Corti d'Appello finora note hanno per lo più applicato le sanzioni previste dall'art. 3, D.Lgs. n. 23/2015: parte delle decisioni ha applicato l'art. 3, comma 1, escludendo quindi la reintegrazione e determinando l'indennità risarcitoria in favore del lavoratore nella misura minima di 4 mensilità di retribuzione, almeno nei casi precedenti Corte Cost. n. 194/2018 che, come noto, ha abbattuto il meccanismo della liquidazione aritmetica che ha caratterizzato questo passaggio del disegno riformista del «Jobs act»<sup>11</sup>; altre, hanno applicato il regime dell'art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 23/2015, con reintegrazione e risarcimento.

Ne riportiamo di seguito una rassegna.

Non risultano, al momento, decisioni sul punto della Suprema Corte.

Ad oggi, ci è noto un solo precedente che abbia applicato la tutela reintegratoria piena *ex* art. 2, D.Lgs. n. 23/2015: si tratta di [Tribunale di Piacenza, 17 settembre 2020, n. 119](#), inedita, a quanto consta. Purtroppo il Tribunale dedica alla decisione una motivazione assai stringata<sup>12</sup>.

---

del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, abbia facoltà – anziché l'obbligo – di disporre la reintegrazione del lavoratore ai sensi del quarto comma.

<sup>11</sup> Sul contenuto e gli effetti della sentenza, *cfr.* [E. PSICARI, La sentenza 194/2018 della Corte Costituzionale e le sue ricadute sul contenzioso](#), in *Lavoro Diritti Europa*, LDE, n.3/2019. *Cfr.* anche [gli altri commenti in tema](#), ancora su *Lavoro Diritti Europa*, LDE, al n. 2/2019.

<sup>12</sup> Il passaggio è il seguente: «Pertanto, essendo la clausola invalidamente apposta, il licenziamento ad nutum intimato nel periodo di prova è privo di causa, come tale viziato da nullità espressamente prevista dalla legge (artt. 1325 e 1418, comma 2 c.c.) e foriero della tutela somministrata dall'art. 2 D.Lgs. n. 23/2015».

La maggior parte delle decisioni esaminate hanno invece in comune **l'esclusione delle due sanzioni estreme**: si nega, cioè, la nullità del recesso e la conseguente tutela reintegratoria piena *ex art. 2*, D.Lgs. n. 23/2015; si esclude altresì, esplicitamente o implicitamente, che il licenziamento sia affetto da un mero vizio formale o procedurale, con conseguente applicazione della tutela indennitaria ridotta *ex art. 4*, D.Lgs. n. 23/2015. La partita viene pertanto giocata tra le due sanzioni previste dall'art. 3, D.Lgs. n. 23/2015.

Alcune decisioni rese dai Tribunali di [Torino \(n. 1501/2016\)](#)<sup>13</sup> e di [Milano \(6 febbraio 2017\)](#)<sup>14</sup> si caratterizzano per il fatto di essersi spinte a **qualificare il licenziamento in relazione ai fatti di causa**, superando il dato della mera motivazione formale<sup>15</sup>. Entrambi i Giudici hanno ritenuto che le ragioni del licenziamento, al di là della motivazione formale, fossero di natura soggettiva e, per questa ragione, hanno applicato la sanzione per l'insussistenza del fatto addebitato (art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 23/2015).

---

<sup>13</sup> Decisione analoga è stata assunta da [Tribunale Milano, 17 aprile 2018, n. 1704](#), Dott.ssa COLOSIMO, edita da [www.wikilabour.it](http://www.wikilabour.it).

<sup>14</sup> In seguito, lo stesso Giudice ha dichiarato la nullità del licenziamento comunicato in forma orale nell'ambito di un rapporto di lavoro il cui patto di prova era nullo ([Tribunale Milano, 11 luglio 2017, n. 1744](#) inedita, a quanto consta). In questo caso, tuttavia, la soluzione può dirsi non controvertibile posto che il licenziamento orale trova la propria sanzione espressa nell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015. Decisione conforme è stata infatti assunta anche da [Tribunale Monza, 5 maggio 2017, n. 192](#), Dott. Di Lauro, e da [Tribunale Milano, 15 giugno 2017, n. 1802](#), Dott. Scarzella, entrambe inedite, a quanto consta.

<sup>15</sup> Nel caso di Torino, peraltro, il licenziamento poteva forse presentare dei profili di ritorsività: il licenziamento pare essere stato determinato dal fatto che il lavoratore aveva chiesto ad un cliente di essere assunto come magazziniere. La succinta esposizione del fatto disponibile in sentenza, tuttavia, non consente una completa visione della vicenda.<sup>16</sup> La sentenza è stata annotata da A.ZAMBELLI, *Contratto di lavoro a tutele crescenti e nullità del patto di prova*, in *Guida al lan*, 2017, 18, 27 e segg.



Al contrario, altre decisioni rese dai Tribunali di [Milano \(n. 730/2017\)](#)<sup>16</sup> e di [Teramo \(n. 60/2017\)](#)<sup>17</sup> **arrestano l'indagine sul dato formale del licenziamento** (motivato in ambo i casi «per mancato superamento della prova» o simili). Escluse le sanzioni estreme, entrambi concludono affermando (esplicitamente o implicitamente) che il licenziamento siffatto non è di per sé ascrivibile né a ragioni oggettive né a ragioni soggettive e, fermandosi su tale constatazione, lo qualificano privo di giustificato motivo, dando applicazione all'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015.

Il [Tribunale di Firenze](#) si è espresso muovendo da premesse in parte analoghe ma pervenendo alla conclusione di applicare l'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015 per esclusione delle altre ipotesi senza tuttavia offrire una motivazione in positivo di tale scelta<sup>18</sup>. Infine, un'altra decisione del

---

<sup>16</sup> La sentenza è stata annotata da A.ZAMBELLI, *Contratto di lavoro a tutele crescenti e nullità del patto di prova*, in *Guida al lav.*, 2017, 18, 27 e segg.

La decisione richiamata nel testo non è l'unica dello stesso Giudice, nel medesimo segno. Le altre che constano, tuttavia, fanno applicazione dell'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015, senza rendere esplicito il percorso motivazionale che presiede alla decisione: si tratta di [Tribunale Milano, 11 novembre 2016](#) e di [Tribunale Milano, 12 luglio 2017, n. 2079](#). Analoga decisione, anch'essa senza esplicita motivazione sul punto che qui interessa, è stata assunta da [Tribunale Milano, 12 settembre 2017, n. 2290](#), Dott. Mariani, inedita, a quanto consta. Anche in questo caso si fa applicazione dell'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015.

<sup>17</sup> Il Tribunale di Teramo ha accolto una tesi molto simile, nel percorso motivazionale, a quella milanese dell'8 aprile 2017. In questo caso, il patto di prova è risultato nullo per essere stato stipulato in epoca successiva all'instaurazione del rapporto di lavoro.

Aderisce pienamente alla decisione in esame, al punto da motivare *per relationem* ai sensi dell'art. 118 disp. att. Cod. proc. civ., [Tribunale Roma, II Sez. Lav., 22 giugno 2017, n. 6100](#), Dott. Luna, inedita, a quanto consta.

<sup>18</sup> Va annoverata anche [Tribunale Roma, 6 novembre 2017, n. 8953](#), Dott.ssa DAMIANI, inedita, a quanto consta. La sentenza si inserisce nell'orientamento che fa applicazione della tutela indennitaria maggiore, *ex* art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015. Dalla motivazione sul punto, che tuttavia è assai stringata, si desume che ad avviso del Giudice l'art. 2, D.Lgs. n. 23/2015 è dedicato ad ipotesi residuali, mentre l'art. 3, comma 1, avrebbe funzione di chiusura del sistema, idoneo, pertanto, a disciplinare un'ipotesi non espressamente prevista.

[Tribunale Milano \(3 novembre 2016\)](#) sembra assimilare l'insussistenza del fatto-addebito all'insussistenza-nullità del patto di prova<sup>19</sup>. Tale assimilazione appare però poco persuasiva poiché il patto di prova («insussistente») viene assimilato all'oggetto della motivazione del licenziamento («fatto insussistente») anziché operare quale presupposto di validità del medesimo.

\* \* \*

Per ragioni diverse, nessuno dei precedenti fin qui ricordati appare del tutto soddisfacente.

---

La giurisprudenza più recente sembra ormai dare per assodata la tesi dell'applicazione dell'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015 e le motivazioni sul punto appaiono stringate o addirittura implicite. Ricordiamo [Corte d'Appello Genova, 16 marzo 2020, n. 108](#), Rel. VIARENGO, inedita, a quanto consta, che accertata la nullità del patto di prova fa applicazione dell'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015 senza tuttavia addurre una specifica motivazione sul punto; [Tribunale Milano, 12 ottobre 2020, n. 1592](#), est. GHINOY, inedita, a quanto consta, spirato il periodo di prova ritiene il recesso «privo di causale giustificativa» con applicazione dell'art. 3, comma 1, «che si applica al licenziamento carente di giusta causa o di giustificato motivo oggettivo o soggettivo, restando esclusa sia l'ipotesi prevista dal comma 2, che si applica al licenziamento disciplinare, sia l'ipotesi prevista dall'art. 4 del licenziamento affetto da vizi formali e procedurali, non trattandosi qui di difetto di forma, ma di mancanza obiettiva della causale». Il Tribunale, come si vede, non esamina neppure la norma dell'art. 2. [Tribunale Monza, 14 febbraio 2020, n. 103](#), est. DI LAURO, ritiene che il licenziamento per mancato superamento della prova – in carenza di patto efficace – è da ritenersi «meramente ingiustificato», con applicazione, ancora, dell'art. 3, comma 1. Analoga decisione è stata resa dalla [Corte d'Appello Roma, 17 luglio 2020, n. 1457](#), inedita, a quanto consta: anche in questo caso, la Corte afferma l'applicazione dell'art. 3, comma 1, illegittimo, «per insussistenza di giusta causa o giustificato motivo» del licenziamento in prova.

<sup>19</sup> La motivazione addotta sembra peraltro richiamare un orientamento della Suprema Corte secondo il quale: «[...] Non può [...] ritenersi fatto giustificativo del licenziamento un patto di prova nullo, che ha costituito l'unica ragione (peraltro libera e non soggetta a motivazione, ai sensi dell'art. 2096 c.c.: cfr. da ultimo Cass. 18.1.2017 n. 1180) del recesso. Il licenziamento per mancato superamento di una prova inesistente è un licenziamento totalmente privo di giusta causa o di giustificato motivo, e giustifica dunque la tutela reintegratoria prevista dalla L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 4 [...]» (Cass. 14 luglio 2017, n. 17528).

**LA TESI PROPOSTA: IL LICENZIAMENTO IN QUESTIONE CONDUCE  
ALLA REINTEGRAZIONE**

La tesi che illustreremo a breve identifica la sanzione appropriata – nell’ambito del sistema istituito dal «Jobs act» – in quella prevista dall’art. 2, D.Lgs. n. 23/2015, ossia la sanzione massima, caratterizzata da reintegrazione e risarcimento pieno.

Va detto che tale tesi non poggia su una preconcepita quanto soggettiva valutazione di equità ma sull’analisi del sistema della legge. Ciò richiede altresì di riconsiderare in modo critico alcuni arresti giurisprudenziali consolidatisi in un contesto legislativo ormai superato. E di trarre a conseguenza alcuni recenti importanti insegnamenti offerti dalla Suprema Corte.

**I REQUISITI DI VALIDITÀ DEL LICENZIAMENTO**

I richiami che seguono sono certamente noti ma è opportuna una rapida collazione dei capisaldi per una più agevole lettura delle considerazioni successive.

\* \* \*

Come noto, le riforme degli anni 2012 e 2015 hanno lasciato inalterati i requisiti di validità del licenziamento, fissati dalla L. 15 luglio 1966, n. 604<sup>20</sup>; esse sono viceversa intervenute sulle sanzioni applicabili ad un licenziamento viziato.

Prima di affrontare l’esame di questo secondo aspetto del problema che costituisce l’oggetto di queste riflessioni, occorre tuttavia prendere le mosse dal profilo sostanziale dei requisiti di validità del licenziamento.

---

<sup>20</sup> Salvo che per un dettaglio, apparentemente marginale ma in realtà cruciale, come vedremo più avanti: la necessaria contestualità dei motivi di licenziamento.

\* \* \*

È parimenti noto che il potere di recesso unilaterale attribuito a ciascuna parte del rapporto di lavoro subordinato è istituito dall'art. 2118, comma 1, Cod. civ. il quale non prevedeva speciali requisiti di validità dell'atto se non quelli propri del negozio giuridico<sup>21</sup>. La legge sui licenziamenti individuali, con l'art. 1, L. n. 604/1966, è intervenuta nella regolamentazione dell'istituto restringendolo nei confini di un atto a forma e causale vincolata. L'art. 2, L. n. 604/1966 ha imposto al recesso il requisito essenziale della forma scritta e, nella sua ultima formulazione *ex* L. n. 92/2012, ha imposto altresì la contestuale esposizione dei motivi che, nella prospettiva del datore, lo fondano; infine, l'ordinamento è punteggiato di norme che variamente scavano ancora nello spazio di liceità dell'atto, sancendone la nullità<sup>22</sup> al ricorrere di questo o quel presupposto: l'ascrivibilità del recesso al matrimonio (art. 35, D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198) o alla domanda o fruizione del congedo parentale (art. 54, comma 6, D.Lgs. n. 151/2001); la sua comunicazione in periodo di maternità tutelato (art. 54, comma 1, 5 e 9, D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151); e via elencando.

Pertanto, oggi, nella generalità dei rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, il recesso individuale può essere validamente comunicato:

---

<sup>21</sup> In dottrina, per tutti, *cf.* O.MAZZOTTA, *I Licenziamenti. Commentario*, Giuffrè - Milano, 1999, 11 e segg.; G.GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Giuffrè - Milano, 1985, 121 e segg.; G.F.MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Giuffrè - Milano, 1962, 205 e segg.

<sup>22</sup> Implicitamente o «espressamente», con le conseguenze interpretative che vedremo meglio più avanti.

- *ad nutum* nei casi residuali ed eccezionali ancora ammessi dall'ordinamento, tra cui il periodo di prova (art. 10, L. n. 604/1966 e art. 2096 Cod. civ.)<sup>23</sup>;
- adducendo (e, in seguito, dimostrando) una delle causali tipiche previste dalla legge in tutti gli altri casi, ossia:
  - giustificato motivo o giusta causa (art. 1, L. n. 604/1966);
  - superamento del periodo di comporta (art. 2110 Cod. civ.): ipotesi che non tratteremo perché (pur essendovi collegato) non rientra nel tema di indagine<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Appartengono al novero della libera recedibilità, anche i seguenti casi:

- gli apprendisti al termine del periodo formativo (art. 42, comma 4, D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81; *cf.* anche Corte Cost. 29 gennaio 1970, n. 14; Corte Cost. 22 novembre 1973, n. 169);
- i dirigenti (art. 2, comma 4 e art. 10, L. n. 604/1966);
- i lavoratori domestici (art. 4, comma 1, L. n. 108/1990);
- i lavoratori in possesso dei requisiti pensionistici (art. 4, comma 1, L. n. 108/1990). Il licenziamento *ad nutum* non può avvenire fino a che non si è raggiunta effettiva decorrenza del trattamento pensionistico di vecchiaia (art. 6, comma 2, D.Lgs. n. 248/2007);
- gli atleti professionisti (L. 23 marzo 1981, n. 91; D.M. 13 marzo 1985).

<sup>24</sup> Sull'autonomia dell'ipotesi prevista dall'art. 2110 Cod. civ., *cf.* Cass., SS.UU., 29 marzo 1980, n. 2702; più di recente, *cf.* Cass. 5 aprile 2017, n. 8834; Cass. 20 settembre 2016, n. 18420; Cass. 20 maggio 2013, n. 12233; Cass. 31 gennaio 2012, n. 1404; Cass. 28 gennaio 2010, n. 1861. Secondo Cass. 24 ottobre 2016, n. 21377: «Il licenziamento per giustificato motivo oggetto e quello per superamento del periodo di comporta, pur avendo in comune il fatto di prescindere da una condotta addebitabile al lavoratore, nonché oggi dal fatto di essere accomunate a fini sanzionatori dalla L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 7 [...], sono del resto fattispecie che mantengono significative differenze ontologiche, considerato che in virtù della previsione dell'art. 2110 c.c., il superamento del limite previsto di tollerabilità delle assenze è condizione sufficiente di legittimità del recesso, a prescindere dall'esistenza di un giustificato motivo oggettivo, né è richiesta la correlata impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse». E, va aggiunto, li differenzia l'applicabilità dell'art. 10, comma 4, L. 12 marzo 1999, n. 68 al licenziamento per giustificato motivo oggettivo ma non al licenziamento per superamento del periodo di comporta (*cf.* sul punto la stessa Cass.

Qualora non si verta in una delle eccezionali situazioni che legittimano il licenziamento *ad nutum*, il potere di recesso del datore di lavoro sussiste *esclusivamente* nei confini tracciati dal combinato disposto degli artt. 2118, comma 1, Cod. civ. e art. 1, L. n. 604/1966.

Il punto richiede un breve approfondimento che illustri il rapporto tra art. 1 e art. 3, L. n. 604/1966.

#### **LE FUNZIONI DIVERSE DELL'ART. 1 E DELL'ART. 3, L. N. 604/1966**

Come ricordato, l'**art. 1, L. n. 604/1966** ha stabilito che nel rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, il licenziamento del prestatore di lavoro *non può avvenire che per giusta causa* ai sensi dell'art. 2119 Cod. civ. o per giustificato motivo. Detta norma ha indubbiamente natura imperativa, posto che l'interesse generale e collettivo – non soltanto individuale – cui la stessa presiede, anche in attuazione di principi costituzionali (artt. 1, 4, 35, 36, 41, comma 2, Cost.) non consentono una sua diversa e meno rigorosa qualificazione.

La disciplina è *completata* dalla norma dell'**art. 3, L. n. 604/1966** secondo la quale il licenziamento per giustificato motivo (soggettivo) con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero (oggettivo) da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.

---

n. 21377/2016, nonché Cass. 20 settembre 2012, n. 15873; Cass. 19 dicembre 2013, n. 28426; Cass. 26 febbraio 2015, n. 3931).

Contra, cfr. Cass. 10 gennaio 2017, n. 284: «[...] si deve ribadire [...] il consolidato orientamento di legittimità, per il quale il licenziamento per superamento del periodo di comportamento è assimilabile non già ad un licenziamento disciplinare ma ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo [...]»; Cass. 8 novembre 2016, n. 22668; Cass. 26 maggio 2005, n. 11092; Cass. 18 novembre 2010, n. 23312; Cass. 25 novembre 2010, n. 23920.

Orbene.

Le due norme **non sono tra loro ridondanti** ma assolvono **due specifiche e diverse funzioni**. L'art. 1, L. n. 604/1966 (insieme all'art. 2118, comma 1, Cod. civ. nel quale si innesta) **istituisce** il potere datoriale di recesso e lo confina nell'ambito delle causali ivi tipizzate, vietandolo all'esterno di quel perimetro; l'art. 3, L. n. 604/1966 **definisce** che cosa sono tali causali, ne spiega il contenuto enucleando la duplice nozione di giustificato motivo e rinviando all'art. 2119 Cod. civ. per la nozione di giusta causa.

Ne consegue che l'art. 3, L. n. 604/1966 è complementare e logicamente subalterno all'art. 1: infatti, esso interviene solamente allorché il licenziamento *si trovi già* nel perimetro tracciato dall'art. 1, L. n. 604/1966 e assume rilievo poiché in tali casi è necessario verificare se un licenziamento (astrattamente) fondato sul potere di recesso *ex art. 1, L. n. 604/1966*, risulti in possesso delle caratteristiche specificate dall'art. 3, L. n. 604/1966.

\* \* \*

Ma occorre appunto che il licenziamento identifichi la propria causale nella giusta causa o nel giustificato motivo.

Se il licenziamento è *privo* di causale o munito di una causale *estranea* all'ambito dell'art. 1, L. n. 604/1966 (quale potrebbe essere, ad esempio, il superamento del compito), l'art. 3, L. n. 604/1966 non può svolgere alcun ruolo poiché la sua funzione è quella di definire che *cosa* sia un giustificato motivo e non ha alcun senso avviare una tale indagine laddove il giustificato motivo *non* sia affatto la causale su cui il licenziamento stesso pretende di fondarsi. E, alla medesima conclusione, deve pervenirsi allorché il licenziamento assuma quale propria causale di liceità, la libera recedibilità sancita dagli artt. 10, L. n. 604/1966 e art. 2096 Cod. civ.

\* \* \*

A differenza di quanto poteva avvenire prima della «Riforma Fornero», l'esplicitazione dei motivi del licenziamento (e, dunque, della causale sulla quale esso assume di fondarsi) deve oggi avvenire contestualmente al recesso stesso<sup>25</sup>. E non potrà (come in passato) essere specificata in un secondo momento<sup>26</sup>: dedotta una specifica causale di licenziamento al

---

<sup>25</sup> Ricordiamo infatti che l'art. 1, comma 37, L. 28 giugno 2012, n. 92 ha modificato l'art. 2, comma 2, L. n. 604/1966 imponendo l'enunciazione dei motivi per iscritto contestuali al recesso. Il sistema previgente, che onerava il lavoratore di farne richiesta, era coevo alla L. n. 604/1966 ed era stato solo ritoccato dall'art. 2, comma 2, L. 11 maggio 1990, n. 108.

<sup>26</sup> A.VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, Cedam – Padova, 2017, 535.

In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cass. 4 luglio 2016, n. 13580 e Cass. 7 febbraio 2013, n. 2935 (in materia disciplinare); Cass. 18 maggio 2016, n. 10252 (in materia di comportamento, cit. *sub* nota 24); Cass. 4 dicembre 2007, n. 25270 (in materia di giustificato motivo oggettivo).

Secondo l'orientamento – pur permissivo – espresso da **Cass. 17 gennaio 1998, n. 414**: «l'immodificabilità dei motivi di recesso enunciati nella fase di intimazione del licenziamento non comporta la specificazione di tutti i relativi elementi di fatto e di diritto, essendo sufficiente la indicazione della fattispecie di recesso nelle sue circostanze di fatto essenziali; nel corso del giudizio di impugnazione del licenziamento, poi, mentre **non può essere fatta valere una fattispecie giustificativa diversa di quella già prospettata**, possono essere precisati gli elementi di fatto contenuti nella motivazione del recesso».

Cfr. anche Cass. 18 maggio 2016, n. 10252, secondo cui: «[...] Anche in tale ipotesi, infatti, trova applicazione **la regola dell'immodificabilità delle ragioni comunicate come motivo del licenziamento**, la quale, operando come fondamentale garanzia giuridica per il lavoratore, il quale vedrebbe altrimenti frustrata la possibilità di contestare la risoluzione unilateralmente attuata e la validità dell'atto di recesso, **ha carattere generale**, e vale quindi per tutti i casi di assoggettamento del rapporto di lavoro a norme limitatrici del potere di recesso del datore di lavoro, quali sono sia le norme della L. n. 604 del 1966 sia quella di cui all'art. 2110 c.c., comma 2 [...]. In altri termini il datore di lavoro non ha l'onere di specificare dettagliatamente le giornate di assenza del dipendente ma se lo fa [...] non può poi, solo in giudizio, riferirsi ad un periodo che lui stesso non ha preso in alcuna considerazione al momento in cui ha ritenuto di disporre il licenziamento. E ciò in base al **fondamentale ed inderogabile principio dell'immutabilità delle ragioni comunicate come legittimanti il recesso** da tempo consolidato nella giurisprudenza di legittimità [...]».



momento della sua comunicazione, essa non potrà essere modificata successivamente<sup>27</sup>).

Questa circostanza impone di riesaminare criticamente alcuni degli arresti che vengono sovente invocati a sostegno degli orientamenti contrari: tali arresti si sono in realtà formati in un contesto normativo nel quale era talora consentito al datore allegare i motivi di licenziamento fino al giudizio e, pertanto, letti oggi fuori dal loro contesto, conducono a risultati fuorvianti<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> In questi termini, un autorevole seppur remoto precedente milanese: la motivazione prosegue sul piano dell'esame della motivazione: «*I fatti contestati sono considerati nella prospettiva della prova e non nella prospettiva dell'inadempimento grave (giustificato motivo) o gravissimo (giusta causa). Ma quel che più conta rilevare – in concreto – è che anche ammessa la “lettera” del recesso come riferibile ad un “giusto motivo” essa non contiene alcun fatto specifico, ma solo generici apprezzamenti di incapacità professionale inidonei da un lato a fondare l'inadempimento e dall'altro di un riscontro probatorio. Non si vede come il D. avrebbe potuto contestare la valutazione dell'azienda se non contrapponendone una propria in una sterile dialettica di opposte e incontrollabili opinioni*» (Tribunale Milano, est. **MANNACIO**, 26 febbraio 1983, in *L80*, 1983, 371).

<sup>28</sup> Uno dei più frequenti richiami, volti a suffragare l'affermazione secondo cui «la nullità del patto di prova non conduce di per sé alla nullità del licenziamento in prova» è **Cass. 22 marzo 1994, n. 2728**. L'affermazione funge abitualmente da premessa, cui si fa seguire sovente la conclusione: «dunque, tale licenziamento può e deve essere sottoposto alla verifica del giustificato motivo o della giusta causa». Orbene, l'affermazione, in sé condivisibile, se volta a descrivere le cause (la nullità del patto di prova non cagiona la nullità di ogni licenziamento che intervenga nel rapporto) non è più attuale ove sia assunta per descrivere gli effetti. La motivazione della sentenza citata consente di cogliere il punto:

[...] E però il licenziamento che sia stato intimato per allegato esito negativo della prova, sull'erroneo presupposto della validità della relativa clausola [...] viene a configurarsi come licenziamento individuale che non si distingue da ogni altro licenziamento della stessa natura; il licenziamento de quo - se intimato a carico di lavoratore fruente della tutela della stabilità del posto - è regolato dalla disciplina comune per quel che attiene ai requisiti di efficacia e di legittimità. **Non è dato allora negare aprioristicamente** che un licenziamento siffatto, oltre che formalmente corretto, possa risultare eventualmente assistito da giusta causa o da giustificato motivo.

[...] Sotto altro aspetto, la comunicazione [...] circa **l'esito negativo della prova, costituisce motivazione** del tutto generica, ed anzi, **a ben vedere, soltanto apparente**, in quanto mero

**ESATTA IDENTIFICAZIONE DELLA CAUSALE E INDAGINE SULLA SUA  
FONDATEZZA: IL LICENZIAMENTO SARÀ «INFONDATO» PER  
ASSENZA DEL GIUSTIFICATO MOTIVO O DELLA GIUSTA CAUSA O  
DEGLI ALTRI PRESUPPOSTI MA NON «ILLECITO» PER ASSENZA  
DELLA CAUSALE**

Appare chiaro a questo punto che il vaglio del giustificato motivo (o della giusta causa) possa essere avviato soltanto nei casi in cui il licenziamento li adduca *ab origine* a propria causale. Allora il Giudice, con il metro dell'art. 3, L. n. 604/1966, potrà e dovrà riscontrare il motivo addotto nel licenziamento nelle circostanze di fatto e nei requisiti di diritto che la legge richiede. Si dovrà pertanto verificare, ad esempio, se la soppressione del posto indicata nel licenziamento sia stata effettiva e se sia stato assolto il *repêchage*; se l'addebito contestato si sia realmente verificato e se il fatto materiale rappresenti un fatto giuridicamente rilevante; e così via.

Si tratta in questo caso di un'indagine sulla fondatezza del giustificato motivo. In questo caso, infatti, il datore esercita un potere che – astrattamente – l'ordinamento gli attribuisce ma lo esercita in assenza dei

---

supporto dell'esercizio creduto discrezionale del potere di recesso. Quel negativo apprezzamento sull'esito della prova, dato nell'esplicazione di un potere (di recesso ad nutum) nella realtà insussistente, **non preclude al datore di lavoro** (allorché sia stata sollevata questione di nullità della clausola di prova, oppure di tardività del recesso in relazione a periodo di prova validamente concordato) **di enunciare, anche a distanza di tempo**, le specifiche ragioni di giustificazione del licenziamento adottato a carico di lavoratore fruente della tutela legale della stabilità del posto.

L'enunciazione specifica della giusta causa o del giustificato motivo **non è invero inderogabilmente contestuale al licenziamento**, ma deve compiersi dal datore di lavoro, su richiesta del licenziato, ai sensi e nei modi dell'art. 2 della legge 15 luglio 1966 n. 604 (ora sostituito dall'art. 2 della legge 11 maggio 1990, n. 108), oppure, in difetto di puntuale richiesta, in sede di (tempestiva) memoria difensiva di costituzione nell'eventuale giudizio promosso ex adverso. [...]».

La Corte si pronuncia in un contesto normativo nel quale l'enunciazione delle motivazioni non *era* necessariamente contestuale al recesso potendo essere resa fino al giudizio.

presupposti; nel caso del quale ci occupiamo, quello di licenziare *ad nutum* senza avere la copertura dell'art. 10, L. n. 604/1966, invece, il datore esercita un potere che non ha.

\* \* \*

Al contrario, sarebbe **errato** procedere alla verifica della fondatezza del giustificato motivo (o della giusta causa) qualora tale causale non sia posta a fondamento del licenziamento dal suo stesso autore. Ciò, da un lato, per una **necessità di ordine logico**: poiché non si può trovare riscontro a ciò che non è mai stato allegato; e, dall'altro, per una **necessità di natura formale**: stante l'odierno art. 2, L. n. 604/1966, il motivo di licenziamento (e, dunque, la causale assunta dal recedente) *deve* essere consacrata nella comunicazione di recesso, restando inammissibili e irrilevanti le eventuali «*mutationes libelli*» successive.

L'art. 3, L. n. 604/1966, pertanto, non è un abito buono per tutte le stagioni. Lo si applica nei soli casi di licenziamento *ex art. 1*, L. n. 604/1966. Negli altri casi, **dovrà essere vagliata la validità e la fondatezza del licenziamento in base alla disciplina di riferimento** senza che l'art. 3, L. n. 604/1966 possa giocare alcun ruolo. Riprendendo l'esempio sopra accennato, qualora un licenziamento si dichiari (astrattamente) **fondato sul superamento del periodo di comporta**, la verifica giudiziale si appunterà sul rispetto dell'art. 2110 Cod. civ. non certo sull'art. 3, L. n. 604/1966. E, nel caso in cui il comporta risulti infondato (ad esempio, per insufficienza dei giorni di assenza denunciati) o inapplicabile (ad esempio, perché la malattia è stata causata dal datore di lavoro), il datore non potrà difendersi sostenendo (o finanche dimostrando) che, comunque, sussistono ulteriori assenze per malattia<sup>29</sup>, né tantomeno, *a fortiori*, che sussistono gli estremi della giusta causa o del

---

<sup>29</sup> Cfr. nota 26.

giustificato motivo. Parimenti, tornando al nostro caso, il licenziamento che si dichiara fondato (espressamente o, di norma, tacitamente) sul diritto di **recedere ad nutum**, ossia sul combinato disposto degli artt. 2118 e 2096 Cod. civ. e art. 10, L. n. 604/1966, non potrà poi essere verificato ancora sulla scorta dell'art. 3, L. n. 604/1966, poiché tale ricerca non potrebbe approdare ad alcun risultato che sia rispettoso della stessa volontà datoriale, cristallizzata nel recesso, e dei limiti posti dall'art. 2, L. n. 604/1966.

\* \* \*

Vedremo a breve che la ricostruzione fin qui tracciata non è fine a se stessa: essa trova **specchio nel sistema del D.Lgs. n. 23/2015** con conseguenze applicative di cruciale rilevanza.

#### **L'APPLICAZIONE DEI RICHIAMATI PRINCIPI AL CASO IPOTIZZATO.**

##### **PRIMA CONCLUSIONE: IL LICENZIAMENTO È NULLO PER VIOLAZIONE DELL'ART. 1, L. N. 604/1966**

Possiamo ora pervenire alla soluzione del caso che rappresenta l'oggetto della nostra indagine.

Il **datore ha (erroneamente) esercitato** il potere di recesso *ad nutum* istituito dal combinato disposto degli artt. 2118 e 2096 Cod. civ. e art. 10, L. n. 604/1966; ossia, un potere del quale nelle condizioni date egli era *privo in radice*. Il licenziamento in esame, dunque, è **nullo perché contrario alla norma imperativa dell'art. 1, L. n. 604/1966**, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, Cod. civ.

##### **(SEGUE) SECONDA CONCLUSIONE: IL VIZIO DELLA NULLITÀ PUÒ CONDURRE A SANZIONI MODULATE DIVERSAMENTE DALLA LEGGE**

Non v'è infatti dubbio che le norme che presiedono alla disciplina del licenziamento siano pressoché tutte qualificabili come imperative. Tale è

senz'altro l'art. 1, L. n. 604/1966. Un atto che violi una norma imperativa sarà pertanto immancabilmente nullo *ex art.* 1418 Cod. civ.

**Ciò non significa di per sé** che l'ordinamento ricolleggi a tale nullità sempre e comunque la disciplina classica dell'antigiuridicità: secondo l'insegnamento di **Cass., SS.UU., 22 maggio 2018, n. 12568** (sulla quale torneremo più diffusamente), infatti, il legislatore può ben graduare la gravità delle conseguenze del medesimo vizio in ragione del diverso disvalore dei casi:

*«Infatti, in considerazione d'un minor giudizio di riprovazione dell'atto assunto in violazione di norma imperativa, ben può il legislatore graduare diversamente il rimedio ripristinatorio pur in presenza della medesima sanzione di nullità, di guisa che la citata previsione del comma 7 dell'art. 18 si pone come norma speciale rispetto a quella generale contenuta, nel comma 1 là dove si parla di altri casi di nullità previsti dalla legge» (Cass., SS.UU., n. 12568/2018, punto 3.5).*

Data la nullità dell'atto, dunque, l'identificazione della sanzione è un tema altro.

### **IL RUOLO SVOLTO DAL D.LGS. N. 23/2015**

Affrontiamo ora il punto nodale del nostro scritto.

\* \* \*

Il problema dell'interprete nasce dal fatto che il D.Lgs. n. 23/2015 non reca un'espressa disciplina del caso che ci occupa: un licenziamento per mancato superamento della prova comunicato senza la copertura dell'art. 10, L. n. 604/1966. La soluzione dovrà pertanto essere ricavata in via ermeneutica.

\* \* \*

Ricordiamo brevemente il sistema del D.Lgs. n. 23/2015.

La prima e più grave delle sanzioni prevede la reintegrazione nel posto di lavoro ed il risarcimento pieno del dipendente. La norma dell'art. 2, D.Lgs. n. 23/2015 contempla quattro ipotesi:

- i) la discriminazione a norma dell'art. 15 Statuto dei Lavoratori (i c.d. «licenziamenti odiosi»);
- ii) il licenziamento in forma orale (art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015);
- iii) il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità del lavoratore (art. 2, comma 4, D.Lgs. n. 23/2015);
- iv) gli **altri casi di nullità espressamente** previsti dalla legge (art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015), ossia:
  - a causa di matrimonio (art. 35, D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198);
  - nel periodo di tutela obbligatoria della maternità (art. 54, comma 1, 5 e 9, D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151);
  - a causa della domanda o dalla fruizione del congedo parentale (art. 54, comma 6, D.Lgs. n. 151/2001).

La quarta ipotesi, norma di chiusura, è quella rilevante per la nostra indagine e sarà ripresa più avanti.

La seconda sanzione, in ordine di severità, è quella sancita dall'art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 23/2015. La sanzione prevede l'annullamento del licenziamento, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e il pagamento di un'indennità risarcitoria fino a 12 mensilità, oltre al versamento dei contributi previdenziali.

Tale sanzione è applicabile «esclusivamente» nei casi in cui sia «direttamente dimostrata in giudizio» l'insussistenza del fatto materiale addebitato al lavoratore, quale premessa a licenziamenti per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo.

La sanzione immediatamente più blanda è quella prevista dall'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015. Salvo quanto previsto nel caso precedente, il licenziamento che risulti ingiustificato, ossia privo di giustificato motivo oggettivo o di giustificato motivo soggettivo o giusta causa, determina l'applicazione di una sanzione indennitaria di misura variabile<sup>30</sup>.

Infine, la sanzione più blanda del catalogo è prevista per i licenziamenti affetti da meri vizi formali o procedurali (art. 4, D.Lgs. n. 23/2015).

**IL SISTEMA DEL D.LGS. N. 23/2015: L'OGGETTO DEGLI ARTT. 3 E 4;  
LA NORMA DI CHIUSURA È DATA DALL'ART. 2 (NON DALL'ART. 3),  
D.LGS. N. 23/2015**

Svolte queste premesse, osserviamo che il sistema del D.Lgs. n. 23/2015 non si incentra sull'art. 3, comma 1. Tale tesi si risolve, in sostanza, nell'attribuire il ruolo di norma generale all'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015, facendovi confluire le fattispecie non meglio qualificate e relegando tacitamente a fattispecie residuali quelle previste dall'art. 2 e dall'art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 23/2015 (nonché dall'art. 4).

Tale ricostruzione paga presumibilmente un tributo eccessivo alle presunte intenzioni del legislatore storico, il quale avrebbe forse voluto completare il superamento della reintegrazione quale rimedio generale ai vizi del licenziamento, avviato dalla L. n. 92/2012, sostituendolo con la tutela indennitaria. Il dato normativo cui l'interprete deve rivolgersi conduce tuttavia a risultati differenti.

\*\*\*

---

<sup>30</sup> Come noto, pari in origine a due mensilità della retribuzione di riferimento per ogni anno di anzianità aziendale del lavoratore licenziato, con un minimo di 4 e un massimo di 24 mensilità; parametri in seguito incrementati, rispettivamente, a 6 e 36 mensilità per effetto del D.L. 12 luglio 2018, n. 87, c.d. «Decreto Dignità»; ed oggi chiamati a fungere da estremi minimo e massimo alla liquidazione equitativa del giudice, a seguito di Corte Cost. n. 194/2018.

La norma di chiusura della disciplina delle «tutele crescenti» è invece **l'art. 2, D.Lgs. n. 23/2015**. Le altre disposizioni, a ben guardare, hanno un ambito di applicazione specifico e tassativo. **L'art. 3, comma 2**, D.Lgs. n. 23/2015 si rivolge alla fattispecie del licenziamento disciplinare il cui addebito si riveli insussistente.;L'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015, disciplina il (solo) caso in cui:

«[...] risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa [...]» (art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015).

Quindi *non ogni* licenziamento cadrà nell'ambito di applicazione dell'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015 *ma solo* quelli che, emanati per un asserito giustificato motivo o un'asserita giusta causa, non resistano alla prova del giudizio rivelandosi **infondati**.

Tale conclusione è sorretta non soltanto dalla ricostruzione sistematica offerta nelle pagine che precedono ma anche dal tenore letterale della norma che definisce il proprio ambito esclusivamente con riferimento al vizio dei presupposti descritti **dall'art. 3, L. n. 604/1966**.

Tale conclusione appare oggi indubitabile, tanto più alla luce di Cass., SS.UU., 22 maggio 2018, n. 12568 su cui torneremo.

\* \* \*

**Nel caso che esaminiamo**, viceversa, **l'unico presupposto** che merita di essere verificato è quello della sussistenza, al momento del recesso, di un patto di prova valido ed efficace: unico presupposto necessario e sufficiente a fondare un licenziamento *ex* artt. 2118, 2096 Cod. civ. e art. 10, L. n. 604/1966.

Per converso, l'inefficacia del patto al momento del recesso è tutto quanto serve al Giudice per pervenire all'esatta identificazione del vizio (nullità



per contrasto con l'art. 1, L. n. 604/1966) e della sanzione (l'art. 2, D.Lgs. n. 23/2015).

\* \* \*

Come si è detto, la nullità dell'atto di licenziamento in esame discende dal combinato disposto della norma generale dell'art. 1418, comma 1, Cod. civ. che colpisce gli atti (*ex art. 1324 Cod. civ.*) contrari a norme imperative, identificata, nel nostro caso, dall'art. 1, L. n. 604/1966.

Le conseguenze immediate della disposizione, dunque, dovrebbero essere quelle della c.d. «**nullità di diritto comune**»<sup>31</sup>.

Senonché lo stesso art. 1418, comma 1, Cod. civ., fa salvi i casi in cui «**la legge disponga altrimenti**». Nel caso che ci occupa, a nostro avviso, una tale disposizione speciale esiste e va identificata proprio nell'art. 2, D.Lgs. n. 23/2015. È infatti all'art. 2, D.Lgs. n. 23/2015 che la legge affida **la regolazione dei casi di nullità del licenziamento**, abbracciando nel proprio ambito, tra gli altri, gli «altri casi di nullità *espressamente* previsti dalla legge».

\* \* \*

Va detto che, ad avviso di chi scrive, l'art. 2, D.Lgs. n. 23/2015 si presta ad accogliere *tutti* i casi di nullità. L'unico ostacolo interpretativo che potrebbe impedire l'approdo ad una tale piana conclusione è dato **dall'avverbio «espressamente»** che il legislatore ha introdotto nella formulazione dell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015, innovando rispetto al proprio precedente diretto rappresentato dall'art. 18, comma 1, Statuto dei Lavoratori<sup>32</sup> (sul dettaglio di questo tema torneremo a breve).

---

<sup>31</sup> Cfr. in dottrina, M.MARAZZA, Il regime sanzionatorio cit., 336; A.PERULLI, La disciplina del licenziamento individuale nel «contratto a tutele crescenti». Profili critici, in RIDL, 2015, I, 434.

<sup>32</sup> Ne riportiamo il testo per comodità di lettura. Art. 18, comma 1, Statuto dei Lavoratori:

Se così non fosse, come si è detto, la chiusura del sistema del D.Lgs. n. 23/2015 non sarebbe comunque data dall'art. 3, comma 1, che ha il limite ben preciso, come si è detto, dei casi di *infondatezza* del giustificato motivo o della giusta causa; bensì dall'art. 1418 Cod. civ. e dal regime della nullità di diritto comune<sup>33</sup>.

---

«Il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio [...] ovvero intimato in concomitanza col matrimonio [...] o in violazione dei divieti di licenziamento [...] in materia di tutela [...] della maternità e della paternità [...] **ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge** o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro. La presente disposizione si applica anche ai dirigenti [...]. Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale».

<sup>33</sup> Il regime della nullità di diritto comune e le sue conseguenze applicative hanno trovato vasta elaborazione nella giurisprudenza con particolare riferimento alle ipotesi che, in passato, costituivano casi di nullità del licenziamento senza essere ricompresi nella formulazione dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori, nella formulazione vigente fino al 2012. Ad esempio, in termini generali, *cfr.* **Cass.** 17 novembre 2006, n. 24458, secondo cui: «[...] *La stessa attuale ricorrente, richiamando una consolidata giurisprudenza di questa Corte, sostiene [...] che, **in presenza di un recesso nullo da parte del datore di lavoro**, il rapporto prosegue (quod nullum est nullum producit effectum), con la conseguenza che "se dall'esistenza del rapporto deriva il diritto del lavoratore al ripristino della sua attualità, non si tratta però dell'ordine di reintegrazione... di cui alla L. n. 300 del 1970, art. 18, comportando l'operatività delle regole comuni della responsabilità contrattuale". In altre parole, **il rapporto di lavoro prosegue; il prestatore di lavoro ha diritto di eseguire le sue prestazioni e, in difetto, al risarcimento del danno pari alle retribuzioni perdute**; non si applicano le specifiche tutele apprestate dall'art. 18 cit., commi 4 e 5 [...]*»; per la nullità del licenziamento per causa di matrimonio *cfr.* **Cass.** 17 maggio 2011, n. 10817; **Cass.** 4 gennaio 2007, n. 25; **Cass.** 4 febbraio 1987, n. 1087; **Cass.** 8 novembre 1999, n. 12419 recita: «[...] *il licenziamento attuato in violazione del regime di prosecuzione del rapporto, prescelto dall'optante, **deve ritenersi radicalmente nullo (ex art. 1418 c.c.) per violazione di norma imperativa**, con conseguente obbligo del datore di lavoro di riassumere il lavoratore e ripristinare il rapporto, a prescindere dalla tutela reale L. n. 300 del 1970, ex art. 18 posto che il licenziamento così inficiato è da considerare "tamquam non esset" per una causa di nullità di diritto comune*»; conf. ancora **Cass.** 10 giugno 1998, n. 5787); **Cass.** 10 luglio 2013, n. 17122: «[...] l'inidoneità del licenziamento ad incidere sulla continuità del rapporto di lavoro non comporta il diritto del lavoratore alla corresponsione delle retribuzioni maturate dal giorno del

## IL PROBLEMA ERMENEUTICO DETERMINATO DALL'AVVERBIO

### «ESPRESSAMENTE»

Come ricordato, secondo l'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015, sono assimilati nella più grave sanzione i licenziamenti:

«nulli perché discriminatori ovvero perché riconducibili agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge».

L'avverbio «espressamente» ha sollevato non poche perplessità in dottrina poiché è lecito domandarsi se esso introduca un discrimine all'interno dei licenziamenti affetti da nullità, tale da condurre ciascun gruppo ad una diversa disciplina<sup>34</sup>.

L'avverbio «espressamente» non può sottrarre ipotesi di nullità all'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015. Una diversa lettura della norma, incentrata sul mero dato letterale, presterebbe infatti il fianco a **dubbi di costituzionalità per eccesso di delega**.

È infatti agevole ricordare che l'art. 1, comma 7, lett. 'c', L. 10 dicembre 2014, n. 183 indicava al legislatore delegato altri obiettivi:

---

licenziamento inefficace, bensì solo il risarcimento del danno da determinare secondo le regole in materia di inadempimento delle obbligazioni, eventualmente facendosi riferimento anche alle mancate retribuzioni, ma nella suddetta ottica. Inoltre, nella ipotesi considerata, da un lato, non è necessaria - per dare rilievo, ai fini risarcitori, alla perdita delle retribuzioni conseguente al licenziamento - la costituzione in mora del datore di lavoro (mediante l'offerta formale delle prestazioni, pur occorrendo che il lavoratore non abbia tenuto una condotta incompatibile con la reale volontà di proseguire il rapporto e di mettere a disposizione del datore le proprie prestazioni lavorative) e d'altra parte, nella valutazione dell'imputabilità dell'inadempimento al datore di lavoro deve tenersi conto dalla intervenuta intimazione al lavoratore di un nuovo licenziamento, successivo alla sentenza di primo grado favorevole al lavoratore, effettuata, ancora una volta, in totale violazione della L. n. 604 del 1966, art. 2»; conf. Cass., **SS.UU.**, 27 luglio **1999**, n. **508**.

<sup>34</sup> Cfr. MUSELLA, I licenziamenti discriminatori e nulli, in G.FERRARO (a cura di), I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti», Wolters Kluwer - Milano, 2015, 31.

«c) [...] tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, **escludendo per i licenziamenti economici** la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, [...] e limitando il diritto alla **reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori** e a specifiche **fattispecie di licenziamento disciplinare** ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

Schematizzando, la delega mandava il legislatore:

- ad escludere la reintegrazione per i soli *licenziamenti economici*;
- a limitare la reintegrazione ai *licenziamenti nulli*;
- ai licenziamenti *discriminatori*;
- a *specifiche fattispecie* di licenziamento disciplinare ingiustificato.

La delega, dunque, **non consentiva al legislatore delegato di selezionare tra «diverse» nullità**, essendo queste tutte contemplate tra quelle destinate alla reintegrazione. In altri termini, la riduzione del campo di applicazione della reintegrazione delineata dalla legge delega riguarda esclusivamente i licenziamenti economici e i licenziamenti disciplinari (e non tutti) ma non riguarda assolutamente l'area del licenziamento nullo e discriminatorio. Non vi è quindi nella L. n. 183/2014 alcuna delega a modificare il regime dei licenziamenti discriminatori e nulli<sup>35</sup>.

\* \* \*

Si noti altresì che una lettura formalistica e letterale dell'avverbio «espressamente» respingerebbe al di fuori del campo di applicazione

---

<sup>35</sup> In questi termini, cfr. C.MUSELLA, cit., 28; sul tema cfr. anche C. ZOLI, I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla L. n. 604/1966 al D.Lgs. n. 23/2015, in Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo Licenziamenti nel contratto a tutele crescenti, Padova, Cedam, 2015, pagg. 75 e segg.

dell'art. 2, D.Lgs. n. 23/2015, in generale, le c.d. «**nullità virtuali**», le quali rappresentano ipotesi tutt'altro che marginali. Ad esempio:

- quelle derivanti da contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume («causa illecita»: art. 1344, 1324, 1418 Cod. civ.);
- quelle che costituiscono il mezzo per eludere una norma imperativa («causa illecita per frode alla legge»: art. 1344, 1324, 1418 Cod. civ.);
- quelle derivanti da un motivo illecito determinante (artt. 1345, 1324, 1418 Cod. civ.)<sup>36</sup>.

#### **L'INSEGNAMENTO DI CASS., SS.UU., 22 MAGGIO 2018, N. 12568**

La tesi esposta, si ritiene, trova oggi **un solido supporto** nella sentenza delle Sezioni Unite che, pur trattando la materia del licenziamento per superamento del periodo di comporta, fissa principî applicabili anche al caso che ci occupa.

Afferma Cass., SS.UU., 22 maggio 2018, n. 12568 che:

*«[...] Infatti, mentre **l'oggetto dell'accertamento giurisdizionale va calibrato in ragione del motivo di licenziamento enunciato, l'individuazione dell'eventuale sanzione applicabile (nullità, inefficacia, annullamento etc.) va pur sempre parametrata al fatto come in concreto emerso all'esito del giudizio, a prescindere dall'originaria prospettiva di parte datoriale.***

[...]

*L'opzione ermeneutica della mera inefficacia non può suffragarsi neppure adducendo che, ad ogni modo, la fattispecie legittimante il recesso (vale a dire il, superamento del periodo di comporta) si potrebbe realizzare successivamente: a ciò*

---

<sup>36</sup> Cfr. MUSELLA, *cit.*, 31-32.

è agevole obiettare che **i requisiti di validità del negozio vanno valutati al momento in cui viene posto in essere [...] e non già al momento della produzione degli effetti [...].**

**3.5. Deve altresì escludersi che il licenziamento intimato per superamento del periodo di comporto, ma anteriormente alla sua scadenza, sia meramente ingiustificato, tale dovendosi - invece considerare solo quello che venga intimato mediante enunciazione d'un giustificato motivo o d'una giusta causa che risulti, poi, smentita (in punto di fatto e/o di diritto) all'esito della verifica giudiziale.**

[...]

***Né per definire come meramente ingiustificato il licenziamento intimato prima dello spirare del termine massimo di comporto si dica che, esclusa tale ipotesi, quel che residua è un licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo e, come tale, ingiustificato: si tratta d'un mero artificio dialettico che trascura il dato di fatto che il licenziamento è stato pur sempre intimato per il protrarsi delle assenze del lavoratore sul presupposto giuridicamente erroneo (perché contrastante con l'art. 2110 cod. civ., comma 2) che ciò sia consentito ancora prima dello spirare del termine massimo di comporto.***

***Diversamente opinando, qualunque licenziamento nullo (perché discriminatorio, viziato da motivo illecito determinante o lesivo di norma imperativa di legge) verrebbe pur sempre a collocarsi nell'area della mera mancanza di giustificazione.***

***3.6. Deve, invece, darsi continuità alla giurisprudenza di questa S.C. che considera nullo il licenziamento intimato solo per il protrarsi delle assenze dal lavoro, ma prima ancora che il periodo di comporto risulti scaduto [...].***

**Muovendo dall'interpretazione, dell'art. 2110 cod. civ., comma 2, [...] va evidenziato che il carattere imperativo della norma, in**

**combinata lettura con l'art.1418 cod. civ., non consente soluzioni diverse.**

[...]»<sup>37</sup>.

### CONCLUSIONI

Possiamo pertanto riassumere la tesi esposta nelle seguenti conclusioni. Il D.Lgs. n. 23/2015 si presta ad una ricostruzione sistematica nella quale la norma generale di chiusura del sistema è data dall'art. 2, non dall'art. 3, comma 1, che, viceversa, è dedicato alla regolazione di una fattispecie precisa e limitata. Tale fattispecie è quella del licenziamento per giustificato motivo o giusta causa che non vengano adeguatamente dimostrate in giudizio. Un licenziamento *ad nutum*, viceversa, sarà valido ed efficace se adottato nei casi e limiti consentiti dall'ordinamento; viceversa sarà un licenziamento illecito e, come tale, nullo. La sua sanzione, nell'ambito delle «tutele crescenti» sarà pertanto quella propria prevista dall'art. 2.

---

<sup>37</sup> In dottrina, questa conclusione era stata anticipata da M.MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel «Jobs act»*, in *ADL*, 2015, II, 335.