



Profilo costituzionale del licenziamento nullo

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 305/2016

Vincenzo Bavaro - Madia D'Onghia - 2016
Università degli Studi di Bari "Aldo Moro" – Università degli Studi di Foggia
vincenzo.bavaro@uniba.it - madia.donghia@tin.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Profilo costituzionale del licenziamento nullo^{α αα}

Vincenzo Bavaro - Madia D'Onghia
Università di Bari – Università di Foggia

1. Il licenziamento nullo nel contratto a tutele crescenti: quando si applica la reintegrazione?	2
2. "Ritorsione", "rappresaglia" come «illiceità» del presupposto del licenziamento: quali sono gli «altri casi» di nullità «espressamente previsti dalla legge»?	7
3. La lesione di un interesse pubblico-generale nella violazione di norma imperativa: perché l'ordinamento prevede la sanzione della nullità (e non della annullabilità)?	12
4. Digressione sulla nullità del licenziamento orale.	17
5. L'utilità sociale, l'organizzazione dell'impresa e il corretto funzionamento del "mercato del lavoro": in quali casi l'ordinamento costituzionale richiede la sanzione della nullità del licenziamento?	21
6. La dignità dei lavoratori: perché la violazione del principio di proporzionalità della sanzione disciplinare richiede la sanzione della nullità?	30

^α Di prossima pubblicazione sulla rivista diretta dal Prof. Enrico Gagnoli, *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2016, n. 3.

^{αα} Il presente contributo è il frutto della riflessione e della redazione che gli Autori hanno svolto congiuntamente. Non di meno gli Autori desiderano ringraziare, oltre ai revisori anonimi, anche i colleghi Proff. Giorgio Bolego, Umberto Carabelli e Luca Nogler per la lettura della prima bozza e i generosi suggerimenti.

1. Il licenziamento nullo nel contratto a tutele crescenti: quando si applica la reintegrazione?

La ragione per la quale l'attenzione della dottrina si è incentrata sulle ipotesi di nullità del licenziamento dei lavoratori assunti col c.d. "contratto a tutele crescenti" è data dalla circostanza che solo in questo caso il giudice ordina la reintegrazione del lavoratore.

Secondo alcuni commentatori, col d.lgs. n. 23/2015 (da ora, decreto 23) si sarebbe operato un capovolgimento del sistema di sanzioni per licenziamento illegittimo, nel campo di applicazione che era delimitato dall'art. 18 St. lav.: la regola non sarebbe più la tutela reintegratoria e l'eccezione la tutela indennitaria, bensì la regola sarebbe la tutela indennitaria e l'eccezione la reintegrazione¹. Ci sarebbe da questionare sul punto perché tale considerazione sarebbe vera se riferita alla regola precedente la modifica dell'art. 18 St. lav. ad opera della legge n. 92/2012, perché nel sistema oggi vigente, l'area coperta dalla reintegrazione (la regola) ha subito una significativa sottrazione di casi a favore della "eccezione" al punto che non è più chiaro quale sia la regola e l'eccezione. Perciò, sarebbe più preciso dire che il decreto 23 vorrebbe completare un capovolgimento iniziato con la legge 92/2012.

Usiamo il condizionale perché in questo scritto sosterremo che non crediamo trattarsi di un capovolgimento, giacché la questione, a nostro avviso, deve essere ricondotta a quanto sancito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2006: *«oggi, l'obbligazione di ricostruire la situazione di fatto anteriore alla lesione del credito rendendo così possibile l'esatta soddisfazione del creditore, non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario, costituisce la traduzione nel diritto sostanziale del principio, affermato già dalla dottrina processuale degli anni trenta e poi ricondotto all'art. 24 Cost. (Corte cost. 23 giugno 1994, n. 253, id., 1994, I, 2005; 10 novembre 1995, n. 483, id., 1996, I, 2986), secondo cui il processo (ma potrebbe dirsi: il diritto oggettivo, in caso di violazione) deve dare alla parte lesa tutto quello e proprio quello che le è riconosciuto dalla norma sostanziale [...]». Questa conclusione valida sul piano generale serve a maggior ragione nel diritto del lavoro non solo perché qualsiasi normativa settoriale non deve derogare al sistema generale senza necessità [...] ma anche perché il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli art. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una*

¹ Cfr., per tutti, M.T. CARINCI, *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, in M.T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 27 ss.

somma. Da ciò la necessità non solo di interpretare restrittivamente l'art. 2058, 2° comma, cit., ma anche di considerare come eccezionali le norme che escludono o limitano la tutela specifica»².

Non temiamo di sbagliare estrapolando quest'affermazione dalla sentenza perché essa sancisce un principio del diritto privato italiano e, cioè, che la tutela in forma specifica è la tutela che più e meglio garantisce il diritto di credito violato. D'altronde, anche il decreto 23 non rinuncia a tutelare in forma specifica i lavoratori ingiustamente licenziati atteso che vi si prevede la sanzione della reintegrazione per il licenziamento nullo.

Piuttosto, rispetto alla "regola" precedente, ciò che è cambiato è il presupposto della reintegrazione che non è più la mera e generale "illegittimità" quanto la "nullità". Dalla lettura delle norme del decreto 23 si evince la consapevolezza del legislatore di distinguere l'una dall'altra: mentre tutta la disciplina sanzionatoria ivi prevista riguarda in generale il licenziamento comminato in violazione della legge (perciò è giustamente definito «illegittimo» dall'art. 1, comma 1), le norme del decreto distinguono il licenziamento nullo (art. 2, comma 1) dal licenziamento privo di g.c. (giusta causa) e di g.m. (giustificato motivo) (art. 3, comma 1), facendone conseguire sanzioni diverse³.

La «nullità» del licenziamento è già, *ex lege*, una sanzione civile che comporta, sul piano rimediabile, la reintegrazione⁴ (art. 2). Tale sanzione

² Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.*, 2006, 3, 1, 704, con nota di Dalfino e Protopisani, opportunamente richiamata da M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, in M.T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 110 e poi da R. VOZA, *Licenziamenti illegittimi e reintegrazione: le nuove mappe del jobs act*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2015, 576.

³ Di diverso avviso è R. ROMEI, *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2015, 563 secondo il quale nel decreto 23 ci sono indicazioni diverse e non sempre lineari scrivendo di licenziamento illegittimo (art. 1, comma 1), licenziamento nullo (art. 2), licenziamento privo di g.c. e g.m. (art. 3, comma 1), licenziamento annullabile (art. 3, comma 2). Come spiegheremo meglio in testo, fa bene la legge a distinguere nell'ambito del licenziamento illegittimo il licenziamento privo di g.c. e g.m., dai licenziamenti nulli; piuttosto, avrebbe potuto esprimersi più correttamente nell'individuare le ipotesi di nullità; ma di questo diremo in testo.

⁴ In proposito precisiamo sin d'ora di condividere la tesi secondo la quale, in materia di licenziamento, dopo la riformulazione dell'art. 18 *ex lege* 92 del 2012 ed anche dopo il decreto 23, «sia stata definitivamente superata l'applicazione al licenziamento nullo delle sanzioni di diritto comune» (O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2016, 709). Ciò vale, dunque, anche per le ipotesi di licenziamento sanzionabili con la nullità, pur senza l'espressa previsione della tutela reintegratoria (in tal senso v. anche M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 335-336). A nostro avviso, la nullità del licenziamento comporta sempre la reintegrazione di diritto speciale, anche quando tale rimedio non sia esplicitato. Invero vi è chi sostiene che in questa ipotesi dovrebbe applicarsi la c.d. tutela reale di diritto comune (nullità del recesso, prosecuzione

non deve essere equiparata a quella prevista per la mancanza di g.c. o g.m. (art. 3), non fosse altro perché questo presupposto provoca una sanzione che – per espressa previsione di legge – è diversa dalla nullità/reintegrazione. In altre parole, poiché il decreto 23 prevede la sanzione indennitaria per il licenziamento privo di g.c. o g.m., tale presupposto è, “per definizione”, diverso da quello che conduce alla sanzione della nullità/reintegrazione. Questo argomento, basato sulla espressa previsione di legge, è insuperabile per chiunque pensi di ricondurre la sanzione del licenziamento privo di g.c. o g.m. alla nullità⁵. Quando si è tentato di effettuare questa sovrapposizione concettuale, si è dovuto implicitamente qualificare la mancanza di g.c. o g.m. come «illiceità», che è il presupposto della sanzione nullità/reintegrazione. Il che prova troppo. Infatti, sostenere che «il licenziamento ingiustificato è, dunque, un atto negoziale illecito e – contestualmente – l’impiego arbitrario di un potere di fatto»⁶, conduce non solo a considerare nullo ogni licenziamento ingiustificato e quindi ad applicare sempre la reintegrazione, ma conduce anche a negare la distinzione fra «illiceità» e l’altra forma di illegittimità che qui chiamiamo «illegalità», cioè il difetto dei requisiti di legge previsti per il licenziamento⁷.

Detto in altri termini, si finisce per negare la distinzione fra «nullità» e «annullabilità». Invece, riteniamo che esista una distinzione sul piano della dogmatica fra «illiceità» e «illegalità» del licenziamento (*infra* par. 2), così come esiste la distinzione fra «nullità» e «annullabilità» dello stesso (*infra* par. 3). Prima di approfondire quest’aspetto cruciale della nostra tesi, è utile partire proprio dal decreto 23 che ci sembra farsi carico di questa distinzione.

del contratto di lavoro e diritto del lavoratore a tutte le retribuzioni percepite, in coerenza con i principi in tema di *mora credendi*) che, dunque, oggi, riviverebbe «al di fuori dei casi di nullità “espressamente” previsti dalla legge (art. 3, co. 1)» (così A. PERULLI *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, Torino, 2015, 42). A parere di chi scrive, invece, come spiegheremo diffusamente in testo, la sanzione della nullità non consente diverse articolazioni e qualificazioni, in quanto finalizzata a tutelare diritti di rango costituzionale.

⁵ M.T. CARINCI, *op. cit.*, 27.

⁶ R. VOZA, *op. cit.*, 579 ove si richiama anche O. MAZZOTTA, *I nodi irrisolti nel nuovo art. 18 st. lav.*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di) *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, 2013, Giappichelli, Torino, 242.

⁷ A proposito di invalidità dei contratti, M. NOVELLA, *L’inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009, scrive che «la non conformità del contratto ad un precetto normativo di carattere imperativo può produrre talvolta illiceità dello stesso, talaltra la semplice illegalità o irregolarità, con conseguente esclusione in quest’ultimo caso, degli effetti (più rigorosi) disposti dalla legge in caso di illiceità». Sul punto torneremo in seguito nel testo.

Cominciamo con le norme sulla sanzione di tipo indennitario che, come postulato, chiamiamo *indennità/annullabilità*, proprio per distinguerla dalla sanzione *reintegrazione/nullità*. Ebbene, ai sensi dell'art. 3, comma 1, «nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa» si applica la sanzione della indennità/annullabilità. Il presupposto della sanzione è certamente una violazione della prescrizione legale che consiste nel *difetto*, nella *manca*za di causa o motivo legittimo; il presupposto della sanzione è definito *in negativo*: la sanzione si applica quando «*non ricorrono*» i presupposti legali.

Quali sono, invece, i presupposti per applicare la sanzione della reintegrazione/nullità? In base all'art. 2, comma 1, la nullità deriva dalla discriminazione, cioè quando il motivo del licenziamento è di origine politica, religiosa, sindacale, sessuale, ecc. Si tratta, dunque, di un *eccesso* nella motivazione rispetto alla legge, nella *presenza* di una causa o motivo contrario alla legge; il presupposto della sanzione è dunque identificato *in positivo*: la sanzione si applica quando *ricorrono* i caratteri della discriminazione.

La stessa caratteristica riguarda anche gli «altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge», limitandoci per ora ai casi su cui non v'è discussione in dottrina, quali la «concomitanza di matrimonio» (art. 35, d.lgs. n. 198/2006) o i congedi di maternità (art. 54, d.lgs. n. 151/2001). In tali ipotesi, ciò che rende nullo il licenziamento è la *sussistenza* di un motivo o di una causa che l'ordinamento sanziona con la nullità/reintegrazione; tale motivo è considerato riprovevole dall'ordinamento al punto da rendere nullo il licenziamento, anche se fosse giustificato da un altro motivo legittimo («indipendentemente dal motivo formalmente addotto»). Quindi, si conferma che la nullità deriva dalla presenza di un motivo contrario alla legge.

Alla stessa conclusione arriviamo con l'art. 2, comma 4, del decreto 23. Qui la legge non indica espressamente la sanzione della nullità, ma la presuppone avendo previsto la reintegrazione nel caso di licenziamento «in difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore». Ciò che determina la nullità, quindi, non è il «difetto di giustificazione» bensì il «motivo consistente della disabilità fisica o psichica del lavoratore»: non un difetto o una mancanza, bensì la presenza di un motivo deplorato dall'ordinamento.

Proseguendo in questo modo, cioè risalendo dalla reintegrazione alla nullità, resta da analizzare il caso della «insussistenza del fatto materiale

contestato al lavoratore» che obbliga il giudice ad «annullare»⁸ il licenziamento e a ordinare la reintegrazione (art. 3, comma 2, decreto 23). Non aggiungeremo nulla a quanto ampiamente sostenuto dalla maggioranza della dottrina sulla necessità di interpretare il «fatto materiale» contestato come «fatto giuridico» rilevante sul piano della responsabilità disciplinare⁹. Nella nostra prospettiva, piuttosto, potrebbe risultare che questo caso contraddica la nostra argomentazione giacché il presupposto della reintegrazione/nullità è la «insussistenza» del fatto, ovvero una mancanza. Ma non si deve confondere ciò che non sussiste per giustificare il licenziamento con ciò che sussiste per giustificare la reintegrazione/nullità: se un licenziamento viene comminato senza che il fatto contestato sussista, vuol dire che è motivato dalla sola ed esclusiva volontà di licenziare, senza alcuna giustificazione. In altri termini, la mancanza di giustificazione è tale da essere qualificabile come «arbitrio» e ciò comporta la reintegrazione/nullità.

Indennità/annullabilità e reintegrazione/nullità, dunque, sono sanzioni diverse che il decreto 23 prevede in presenza di presupposti diversi: *mancanza dei presupposti specificamente previsti dalla legge* per giustificare il licenziamento (g.c. o g.m.), nel primo caso; *presenza di presupposti vietati dall'ordinamento*, nel secondo caso. Occorre, allora, tracciare il confine fra (oppure, se si vuole, di delimitare l'area del) la situazione che abbiamo prima chiamato di «illegalità» (cioè la mancanza dei presupposti legali) e la situazione di «illiceità» che riguardano anche gli «altri casi espressamente previsti dalla legge» per i quali il decreto 23 prevede la sanzione della nullità.

⁸ Che la legge utilizzi il verbo «annullare» non ci deve indurre a pensare che si tratta di annullabilità perché abbiamo già chiarito che è lo stesso decreto 23 a stabilire un nesso fra reintegrazione e nullità (a prescindere dalla modalità di determinazione della aggiuntiva sanzione risarcitoria).

⁹ Aderiscono alla qualificazione del fatto quale «fatto giuridico», tra gli altri, A. PERULLI *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, Torino, 2015, 33 ss.; F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 322 ss.; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza* (parte I), in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, 369 ss. Per una ricostruzione dell'intero dibattito si rinvia a S. SAMBATI, *La qualificazione del "fatto" nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del "dialogo" aperto dal legislatore delegato*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, Torino, 2015, 169 ss. e a S. ORTIS, *Il fatto e la sua qualificazione dalla querelle della Riforma Fornero ai nodi irrisolti del Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 146 ss. Condividiamo il recente contributo di A. ABIGNENTE, *La valutazione giudiziale del fatto nel licenziamento rivisitato: profili di argomentazione giuridica*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2016, 13 ss. per l'approccio neorealista all'interpretazione del «fatto contestato».

2. “Ritorsione”, “rappresaglia” come «illiceità» del presupposto del licenziamento: quali sono gli «altri casi» di nullità «espressamente previsti dalla legge»?

Preliminarmente, si pone il problema della corretta definizione di cosa intendere per «espressamente previsti dalla legge». La formula potrebbe essere riferita esclusivamente al precetto normativo nel quale si qualifica espressamente come nullo il licenziamento che abbia un determinato presupposto causale. Questa interpretazione non ci pare conforme alla funzione della nullità così come l’abbiamo finora desunta dallo stesso decreto 23. Infatti, se ne dovrebbe paradossalmente anche desumere che alcune delle ipotesi espressamente sanzionate con la reintegrazione dallo stesso legislatore del 2015, dovrebbero non essere qualificate come nulle, perché la legge non le ha qualificate «espressamente» come nulle. Nessuno arriva ad affermare tale paradosso perché, nella prospettiva logico-giuridica dello stesso decreto 23, il rimedio della reintegrazione deriva dalla nullità che, a sua volta, deriva dalla valutazione negativa (illecita) del presupposto del licenziamento; in altri termini, già nel decreto 23 la nullità del licenziamento non sempre deriva dalla espressa dichiarazione precettiva della norma.

All’opposto di questa interpretazione si colloca quella che dichiara nullo il licenziamento tutte le volte che esso viola un espresso divieto posto dalla legge: si pensi al licenziamento per trasferimento d’azienda, oppure per rifiuto di trasformare un contratto *full-time* in *part-time*¹⁰. Secondo un autore la sanzione sarebbe la nullità, perché la legge «espressamente» vieta il licenziamento¹¹. Ma in questo modo si finisce per attribuire l’avverbio «espressamente» al presupposto del licenziamento e non alla sanzione della nullità, come indicato nell’art. 2, comma 1, del decreto 23. In ogni caso, se accettassimo questa conclusione, dovremmo ammettere che anche il licenziamento privo di g.c. o di g.m. è espressamente vietato dalla legge e, quindi, nullo: altrimenti, quale sarebbe la differenza fra il precetto normativo che vieta il licenziamento per trasferimento d’azienda e il precetto normativo che lo vieta in mancanza di g.c.? Sembrerebbe, dunque, che in tali casi l’espresso divieto legale significhi espressa nullità, salvo che la legge non sanzioni diversamente, come per la g.c. e il g.m.

Nel seguito del nostro lavoro prenderemo posizione sul punto. Per adesso, possiamo almeno confermare che questa interpretazione

¹⁰ Cfr. A. PERULLI, *op. cit.*, 41; V. SPEZIALE *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e Diritto Europeo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, n. 1, 118, nt. 47 e R. ROMEI, *op. cit.*, 557.

¹¹ R. ROMEI, *op. cit.*, 566.

“estensiva” dei presupposti della nullità non implica che la sanzione sia «espressa» coerentemente con la dottrina generale delle nullità c.d. virtuali (o di protezione)¹². Senza affrontare in questa sede *ex professo* questo tema, vogliamo solo dire che la nullità del licenziamento deve essere inquadrata in coerenza con la dottrina generale della nullità, in linea con quanto giurisprudenza e dottrina hanno fatto a proposito di licenziamento per “ritorsione” o “rappresaglia”¹³.

Né l’una né l’altra hanno mai messo in discussione il fatto che tali ipotesi di licenziamento siano nulli (perciò da sanzionare con la reintegrazione). Piuttosto, ciò che ha determinato qualche contrasto interpretativo è stata la riconduzione del motivo di ritorsione/rappresaglia alla categoria della discriminazione oppure a quella del motivo illecito ex art. 1345 c.c. Sovente la giurisprudenza ha sovrapposto l’una e l’altra categoria di cui è esempio il passo di una sentenza della Cassazione del 2009: «è pur vero che è acquisito alla giurisprudenza di questa Corte il principio secondo il quale il divieto di licenziamento discriminatorio - sancito dalla L. n. 604 del 1966, art. 4, dalla L. n. 300 del 1970, art. 15 e dalla L. n. 108 del 1990, art. 3 - è suscettibile di interpretazione estensiva, sicché l’area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione, ossia intimato a seguito di comportamenti risultati sgraditi al datore di lavoro (Cass. n. 3837/97, Cass. n. 4543/99; Cass. n. 14982/00; Cass. n. 12349/03), ma è altrettanto vero che il licenziamento discriminatorio, così inteso, non copre tutte le ipotesi di fatti non rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso. La richiamata interpretazione estensiva, invero, si fonda, per un verso, sul rilievo che le indicazioni delle varie ipotesi di licenziamento discriminatorio, contenute nelle citate disposizioni, costituiscono specificazione della più ampia fattispecie del licenziamento viziato da motivo illecito, riconducibile alla generale previsione codicistica dell’atto unilaterale nullo ai sensi dell’art. 1345 c.c. (in relazione all’art. 1324 c.c.), e, dall’altro, sulla considerazione che in tale generale ed ampia previsione è certamente da comprendere il

¹² Per tutti cfr. M. MANTOVANI, *Norme imperative invalidanti: nullità “virtuali” di protezione?*, in A. BELLAVISTA e A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011, spec. 186 ss.

¹³ Per una analisi più compiuta del tema si rinvia, *ex pluris*, a M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, I, 161 ss.; L. CALAFÀ, *Sul licenziamento discriminatorio*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un’analisi ragionata*, in www.magistraturademocratica.it, 120 ss.; M.T. CARINCI, *op. cit.*, 27 ss. e A. LASSANDARI, *Il licenziamento discriminatorio*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato, Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, tomo III, *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, coordinato da S. MAINARDI, Giappichelli, Torino, 2012, 168 ss.

licenziamento intimato per ritorsione e rappresaglia - pur esso in qualche modo implicante una illecita discriminazione, intesa in senso lato, del lavoratore licenziato rispetto agli altri dipendenti, il quale, pertanto, integra fattispecie del tutto similare, e perciò assimilabile, a quelle oggetto della espressa previsione del medesimo art. 3 (cfr. Cass. n. 4543/99 e Cass. n. 3837/95)»¹⁴.

È vero che il motivo discriminatorio è illecito, ma non è ascrivibile all'art. 1345 c.c. perché condividiamo la tesi, sostenuta in dottrina¹⁵ e confermata anche da una recente sentenza di Cassazione¹⁶, secondo la quale la discriminazione (per quanto interpretata in modo estensivo¹⁷) è una fattispecie per la quale – ecco il punto – non occorre che il motivo discriminatorio sia esclusivo e determinante per il licenziamento¹⁸. Pertanto, la ritorsione - quando non è provocata da una situazione riconducibile alla discriminazione - è riconducibile al motivo illecito¹⁹.

¹⁴ Cass. 9 luglio 2009, n. 16155, in *Banca Dati Pluris*.

¹⁵ M. BARBERA, *op. cit.*, 139 ss.

¹⁶ Cass. 5 aprile 2016, n. 6575, in *Banca Dati Pluris*. A proposito di questa sentenza v. M.V. BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2016, 231 ss. *Contra* Cass. 2 dicembre 2015, n. 24648, in *Banca Dati Pluris*.

¹⁷ La sentenza n. 6575 del 2016 ha qualificato come discriminatorio per motivo legato alla maternità il licenziamento provocato dalle assenze di una lavoratrice perché impegnata nei trattamenti per la fecondazione assistita.

¹⁸ V. Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 362. Per la giurisprudenza di merito, da ultimo, Trib. Firenze 23 marzo 2016, in *Banca Dati Pluris*. D'altronde, è anche vero che quando la Corte di Cassazione ha ricondotto la ritorsione nella disciplina della discriminazione l'ha fatto non per sussumerlo nella fattispecie ma per applicarvi la medesima sanzione: cfr. Cass. 8 agosto 2011, n. 17087, in *Riv. giur. lav.*, 2012, II, 326, con nota di Cannati.

¹⁹ V. Cass. 27 febbraio 2015, n. 3986, Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, entrambe in *Banca Dati Pluris*. La riconduzione alla fattispecie del motivo illecito, anziché alla discriminazione, seppur irrilevante sotto il profilo delle conseguenze (nullità e reintegrazione), è rilevante sul piano della configurazione stessa dell'illecito. Infatti, mentre per la discriminazione conta solo l'accertamento del motivo discriminatorio e specificamente illecito perché derivante dai casi tassativamente previsti dalle norme, nel caso dell'art. 1345 c.c., si tratta di un motivo generalmente illecito, che però deve essere «unico e determinante»: «il licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta - assimilabile a quello discriminatorio...costituisce l'ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito o di altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione, con conseguente nullità del licenziamento, quando il motivo ritorsivo sia stato *l'unico determinante* e sempre che il lavoratore ne abbia fornito prova, anche con presunzioni» (Cass. 8 agosto 2011, n. 17087, *cit.*); «in tema di licenziamento disciplinare, ove il lavoratore deduca il carattere ritorsivo del provvedimento datoriale, è necessario che tale intento abbia avuto *un'efficacia determinativa ed esclusiva* del licenziamento anche rispetto agli altri eventuali fatti idonei a configurare un'ipotesi di legittima risoluzione del rapporto» (Cass. 9 marzo 2011, n. 5555, in *Dir. prat. lav.*, 2013, 38, 2245); «incombe sul lavoratore l'onere di dimostrare l'intento ritorsivo e, dunque, l'illiceità del *motivo unico e determinante* del recesso» (Cass. 14 marzo 2013, n. 6501, in *Foro it.*, 2013, 5, 1, 1455). In proposito, da ultimo, segnaliamo anche la

Il *focus* di questa interpretazione è che la legge che «espressamente» sanziona con la nullità non è solo la legislazione speciale lavoristica, ma anche la legge generale rappresentata dal Codice Civile. Tant'è che – giustamente – non ci si è limitati a richiamare il motivo illecito unico e determinante *ex art. 1345 c.c.*, ma anche altri casi di illiceità che il Codice Civile sanziona con la nullità. Bene ha fatto, dunque, la Corte di Cassazione a stabilire che «*la nozione di illiceità cui fa riferimento l'art. 1345 c.c., è quella stessa delineata dagli artt. 1343 e 1344, ai fini dell'illiceità della causa, per cui il motivo è illecito, e - se comune alle parti e decisivo per la stipulazione - determina la nullità del contratto, quando consiste in una finalità vietata dall'ordinamento, perché contraria a norma imperativa o ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume, ovvero perché diretta ad eludere, mediante la stipulazione del contratto (di per sé lecito), una norma imperativa*»²⁰.

Le tre norme del Codice sulla illiceità della causa del negozio giuridico - causa illecita (art. 1343 c.c.), negozio in frode alla legge (1344 c.c.) e motivo illecito (1345 c.c.) - sono tre facce dello stesso dogma: la nullità del negozio deriva dalla illiceità del suo presupposto²¹. Pertanto, pur apprezzando lo sforzo di tracciare il confine fra motivo illecito (che implica l'esclusività) e causa illecita, e fra questa e la frode alla legge²², riteniamo che tutte e tre le fattispecie di illiceità compongano un unico principio scrutatore, proprio nel senso indicato dalla Corte di Cassazione parlando di frode alla legge e, cioè, che «*funziona come clausola generale di tipizzazione delle condotte tenute in violazione di norme imperative*»²³.

A nostro parere, è questa la lente attraverso la quale stabilire se c'è oppure no nullità del licenziamento: *la contrarietà a norme imperative*. In

prima pronuncia di merito sul decreto 23: Trib. Roma, 24 giugno 2016 (giudice Leone), inedita per quanto ci consta.

²⁰ Cass. 22 aprile 2014, n. 9090, in *Banca Dati Pluris*.

²¹ Cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, 3, Giuffrè, Milano, 1984, 581 ss.; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008 e, da ultimo, V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto, Artt. 1418-1423, Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2015.

²² V. per tutti P. CHIECO, *La nullità del licenziamento per vizi "funzionali" alla luce dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2014, 335. Nello stesso senso G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo ed inefficace*, in E. GHERA e D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, 93 ss. Sulla frode alla legge basa la sua interpretazione della nullità nel diritto del lavoro G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2011.

²³ Cass. 22 aprile 2014, n. 9090, *cit.*, che poi prosegue: «per mezzo di essa, e dunque a seguito del combinato disposto della norma imperativa speciale che pone il divieto e della norma imperativa generale che sanziona la frode (art. 1344 c.c.), sono tipizzate non solo le violazioni dirette del precetto imperativo, ma anche le elusioni, gli aggiramenti, le violazioni mediate e indirette, non apparenti e occulte del medesimo».

questo senso, le norme del Codice Civile sulla illiceità della causa, del motivo o sulla frode alla legge non sono *di per sé* norme imperative perché in esse non è sancita la tutela di uno specifico interesse giuridico; piuttosto, sono norme strumentali per tutelare gli interessi protetti dall'ordinamento giuridico attraverso norme imperative. Perciò – per fare un esempio – imperativa è la norma che vieta di licenziare un lavoratore solo perché disabile in quanto l'interesse tutelato dall'ordinamento non è riscontrabile nella causa ma nella dignità del lavoratore disabile la cui lesione si annida nella causa. Sicché, le norme sulla illiceità sono norme che si configurano in funzione della norma imperativa dalla cui violazione deriva illiceità e, quindi, nullità. Per questa ragione, a nostro avviso, la norma cardine sulla nullità è quella generale prevista dall'art. 1418, comma 1, c.c., come diremo meglio più innanzi.

Ne consegue come l'«espressa» previsione della legge sia da rimandare alla generale disposizione dell'art. 1418, comma 1, c.c., perché «se anche nessuna norma l'esplicitasse, la nullità del contratto o della regola contrattuale risulterebbe con evidenza (...) dalla contrarietà a una norma imperativa ex art. 1418, 1° comma, c.c.»²⁴. In questo modo riteniamo di collocarci in linea con chi ha scritto che «la sanzione della nullità, ancorché genericamente prevista dalla disposizione codicistica, costituisce, pur sempre, la massima sanzione civile per il caso in cui l'autonomia privata sia stata esercitata in difformità rispetto a quanto previsto da norme imperative e ciò nel presupposto che queste ultime sono state poste a presidio di valori valutati come fondamentali dall'ordinamento giuridico». Pertanto, «in caso di violazione di questi valori, sarebbe irrazionale distinguere a seconda che la sanzione della nullità sia riconducibile ad una disposizione a contenuto generico e generale, com'è il primo comma dell'art. 1418 Cod. Civ., ovvero sia riconducibile ad una specifica disposizione»²⁵.

Possiamo, così, assumere una seconda conclusione al nostro discorso circa il presupposto della nullità, da ricercare non tanto in una non ben definita «espressa previsione di legge» quanto nella *illiceità* del licenziamento che deriva dalla *violazione di norme imperative*. Il nesso da indagare, quindi, attiene al rapporto fra «nullità» e «norma imperativa».

²⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 740.

²⁵ M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 395. Ciò permette anche di utilizzare anche altri principi nel controllo sul rispetto di norme imperative e sulla loro violazione, come nel caso dell'abuso di diritto.

3. La lesione di un interesse pubblico-generale nella violazione di norma imperativa: perché l'ordinamento prevede la sanzione della nullità (e non della annullabilità)?

Partiamo dall'art. 1418, comma 1, c.c. Questa norma è il fondamento generale della nullità per contrarietà a norme imperative²⁶. Da qui si è sviluppata la dottrina della c.d. «nullità virtuale», vale a dire di una «nullità inespressa, ma implicita nella natura imperativa della norma»²⁷. Non da oggi²⁸ ci si interroga sul senso e sulla portata di tale costruzione dogmatica basata su una rigorosa applicazione del comma 1 dell'art. 1418 c.c., soprattutto riguardo all'individuazione della nozione di norma imperativa.

Per lungo tempo, la cultura gius-civilistica ha attribuito carattere imperativo alla norma inderogabile dall'autonomia privata, in quanto posta a presidio di interessi pubblici (o generali)²⁹. Ma in seguito, nella stessa cultura gius-civilistica si è constatato che vi sono norme «sicuramente inderogabili, che tuttavia non possono definirsi imperative»³⁰, tesi peraltro condivisa da larga parte della dottrina gius-lavoristica³¹. Proprio guardando alle c.d. nullità protettive, si è anche affermato che non è tanto l'inderogabilità della norma in sé, in quanto posta a tutela di un interesse pubblico-generale, quanto, piuttosto, l'indisponibilità dell'interesse protetto (e ricavabile dalla disciplina e dalla modalità della tutela apprestata) a costituire indice sicuro della sua imperatività³².

²⁶ M. MANTOVANI, *op. cit.*, 176.

²⁷ G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità negoziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, 393.

²⁸ Cfr. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993.

²⁹ Per tutti, v. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 747 e A. GENTILI, *Le invalidità*, in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Utet, Torino, 2006, 1509 ss.

³⁰ Cfr. G. VILLA, *op. cit.*, 93 ss. Tale indirizzo interpretativo lo si ritrova anche in giurisprudenza; si veda per esempio Cass. 19 dicembre 2001, n. 16026, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 349, con nota di Timellini, secondo cui è nullo, in quanto contrastante con l'ordine pubblico costituzionale (art. 4 e 35 Cost.), il patto di non concorrenza diretto non già a limitare l'iniziativa economica privata altrui ma a precludere in assoluto ad una parte la possibilità di impiegare la propria capacità professionale nel settore economico di riferimento. V. anche E. Russo, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, 573 ss.

³¹ Ci limitiamo a richiamare per tutti M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie: valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2006, spec. 42 e P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: della tecnica al principio e ritorno*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2008, n. 119, spec. 481-485.

³² A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Torino, 2003, 21 ss.

Di certo, l'errore che non si deve commettere è capovolgere la prospettiva qualificando come imperativa solo la norma la cui violazione è sanzionata con la nullità anziché sanzionare con la nullità la violazione di norma imperativa, perché «possono essere imperative anche norme sprovviste di una espressa comminatoria di nullità, purché presentino quei caratteri che consentono di identificarle come appartenenti al medesimo genere in ragione della sottrazione degli interessi tutelati alla disponibilità delle parti»³³. Perciò «il negozio è illecito nella misura in cui tende a un risultato in contrasto con l'interesse tutelato dalle norme imperative o dalle regole d'ordine pubblico o di buon costume»³⁴.

Senza stare a ripercorrere in questa sede l'intero e complesso dibattito sulle categorie inderogabilità/indisponibilità/imperatività, ci limitiamo a dire che la dichiarazione di nullità del negozio, ove non espressa nella legge, dipende dalla valutazione del giudice per tutelare l'interesse pubblico-generale protetto dalla norma, cioè – nel nostro caso – valutare la compatibilità del licenziamento con gli interessi e i valori sottesi all'ordinamento giuridico³⁵. In altre parole, l'interprete dovrà indagare il fondamento della norma e i valori che con essa l'ordinamento intende garantire, per decidere se la sanzione della nullità/reintegrazione sia la soluzione necessaria o si riveli esorbitante rispetto alla realizzazione degli interessi protetti dalla norma imperativa³⁶.

Sulla base della natura dell'interesse protetto dalla norma, dunque, possiamo tornare alla distinzione fra nullità/reintegrazione e annullabilità/indennità per trarne la sua giustificazione.

La tradizionale partizione delle due *species* «nullità» e «annullabilità», risalente alla sistemazione pandettistica dell'atto giuridico³⁷, è comunemente spiegata attraverso un criterio *quantitativo*: in ragione della più o meno grave difformità del negozio rispetto al

³³ A. ALBANESE, *op. cit.*, 46 e 52.

³⁴ A. ALBANESE, *op. cit.*, 208.

³⁵ M. NOVELLA, *op. cit.*, qualifica la norma imperativa attraverso il contenuto di divieto o imposizione di un certo regolamento d'interessi alle parti (distinguendole così dalle norme ordinarie) criticando, invece, la dottrina che riconduce l'imperatività agli interessi protetti. Non è questa la sede per argomentare *funditus* la nostra posizione favorevole a quella criticata da Novella, ma ci limitiamo ad allinearci alla dottrina «assai diffusa» come ammette lo stesso Novella in nt. 117, alla pagina 51.

³⁶ Per tutti si rinvia a M. MANTOVANI, *op. cit.*, spec. 186 ss.; Cfr. G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enc. dir. Annali*, vol. IV, 2011, 798 ss. (spec. 821 ss.). Sulla necessità di una interpretazione che tenga conto dei valori sottesi, ai fini della qualificazione della natura imperativa (perciò inderogabile) di una norma, si veda anche P. PERLINGERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, Napoli, 1987, spec. 23 ss.

³⁷ G.B. FERRI, *Introduzione al sistema dell'invalidità del negozio giuridico*, in *Contratto in generale*, in *Trattato Bessone*, XIII, VII, Giappichelli, Torino, 2002, 8.

modello normativo³⁸. E' nullo il regolamento di interessi che, in ragione del difetto o della grave anomalia di uno o più elementi costitutivi, si rivela inidoneo, in via definitiva, a produrre i suoi effetti tipici³⁹; è annullabile il negozio giuridico affetto da un vizio semplice rispetto al quale, per la valutazione negativa dell'ordinamento, si riconosce l'efficacia provvisoria all'assetto di interessi, affidando alla parte *nel cui interesse il rimedio è posto* (ecco il punto centrale) la decisione circa la sorte del regolamento⁴⁰. Per una parte della dottrina, il rimedio dell'annullabilità appare in declino⁴¹ a fronte di una «vera e propria inflazione di figure di nullità disseminate a piene mani dal legislatore»⁴². D'altronde – si dice – questo tipo di nullità (definite, volta a volta, nullità 'nuove', protettive, speciali, virtuali) non sembrerebbero riconducibili alle tradizionali cause di nullità, trattandosi di invalidità «più leggere, più contenute, meno distruttive delle invalidità di diritto comune»⁴³. In effetti, le nullità protettive (e tali sarebbero quelle lavoristiche) tendono ad assicurare la conservazione del negozio anziché la sua demolizione⁴⁴.

Per quanto riguarda la disciplina del licenziamento, assumendo anche noi un approccio più pragmatico, quello secondo il quale la distinzione fra nullità e annullabilità corrisponde alla distinzione fra norma imperativa e non imperativa, con la nullità si tutelano interessi pubblici-generalì, con l'annullabilità si tutelano interessi privati-particolari. Quest'affermazione è in linea con quanto ribadito in una recente, lunga e molto ben

³⁸ Così M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, IV, *Rimedi*, I, a cura di A. GENTILI, Giuffrè, Milano, 2006, 25. *Contra* P. TRIMARCHI, *Appunti sulla invalidità del negozio giuridico*, in *Temì*, 1955, 135, secondo cui il criterio distintivo rimane sempre qualitativo.

³⁹ R. TOMMASINI, voce *Nullità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, 1978, 866 ss. Da ultimo, V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*

⁴⁰ In proposito v. E. DEL PRATO e G. MARINI, *Le annullabilità* e G. MARINI, *Il contratto annullabile*, entrambi in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, IV, *Rimedi*, I, a cura di A. GENTILI, Giuffrè, Milano, 2006, rispettivamente 175 ss. e 307 ss.

⁴¹ Cfr. A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, 201 ss.; V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 202.

⁴² A. DI MAJO, *La nullità*, in *Il contratto in generale*, VII, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Giappichelli, Torino, 129.

⁴³ V. ROPPO, *Il contratto del 2000*, Giappichelli, Torino, 2002, 28.

⁴⁴ Secondo questa dottrina, è la stessa *ratio* del rimedio a essere messa in discussione, essendo sempre stata fondata sulla tutela di interessi generali, a fronte di figure di «nullità» la cui disciplina pare essere ispirata alla tutela di interessi riferibili a particolari categorie di soggetti che si trovano in posizione di debolezza contrattuale rispetto alla controparte. La nullità sembra assumere così una nuova vocazione, strumento di protezione di interessi particolari, cioè, di quella particolare categoria rappresentata dai contraenti deboli. Cfr. V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa Dir. priv.*, 2001, 490.

argomentata sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la quale – pronunciandosi sulla rilevabilità d'ufficio della nullità – afferma che «*mentre l'annullabilità tutela interessi qualificati ma particolari, la nullità è volta alla protezione di interessi prettamente generali dell'ordinamento, afferenti a valori ritenuti fondamentali per l'organizzazione sociale, piuttosto che per i singoli (non a caso, e proprio per questo, si è parlato incisivamente di nullità "politiche" rimarcandone la valenza pubblicistica ...)*»⁴⁵.

Ci sembra evidente, allora, che la questione della nullità del licenziamento rimanda agli interessi tutelati dalle norme limitative di quei licenziamenti illegittimi. Insomma, ci sembra che la questione oscilli fra due posizioni alternative. Da una parte, se fosse la sanzione a qualificare la norma e, quindi, a qualificare l'interesse protetto, allora si dovrebbe riconoscere che il divieto di licenziamento discriminatorio, per disabilità o illecito tutela un interesse pubblico-generale, mentre – ed ecco il punto di rilievo – il divieto di licenziamento senza g.c. o g.m. tutela un interesse privato-particolare. Dall'altra parte, se tutte le norme lavoristiche, e in particolare le norme sui limiti al licenziamento, fossero qualificate come norme imperative, allora si dovrebbe concludere che l'unica sanzione possibile è la nullità/reintegrazione.

Noi riteniamo, invece, che sia possibile (e doveroso) sostenere una terza posizione che parte dalla dottrina generale secondo la quale non tutte le norme inderogabili nel diritto del lavoro sono imperative in quanto espressione di interesse pubblico-generale. Sicché, la sanzione del licenziamento illegittimo è posta sia a tutela di un interesse privato-particolare sia a tutela di un interesse pubblico-generale. A nostro avviso,

⁴⁵ Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242 (*Giur. it.*, 2015, 6, 1387, con nota di Bove), punto 3.9. In dottrina, *ex pluris*, v. S. MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 1, 669 ss.. Cfr. pure V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 754. La distinzione operata da questa sentenza è più pertinente alla disciplina che trattiamo in questa sede, rispetto a quella sancita da Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724 (in *Danno e Resp.*, 2008, n. 5, 525, con nota di Roppo), secondo cui, «*in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità*». Ciò si spiega per il fatto che, in materia di licenziamento, la validità del negozio sembra dipendere proprio dal comportamento della parte; nondimeno, anche in questa sentenza, le Sezioni Unite confermano la distinzione fra nullità e annullabilità. Nella dottrina gius-civilistica, sulla distinzione tra violazione di norme di validità e norme di comportamento, v. D'AMICO G., «*Regole di validità*» e *principio di correttezza nella formazione del contratto*, Jovene, Napoli, 1996.

la coppia concettuale interesse pubblico/interesse privato corrisponde parallelamente alle altre che abbiamo prima utilizzato (nullità/annullabilità; reintegrazione/indennità), permettendoci di fornire una spiegazione dogmatica del perché l'ordinamento giuridico preveda la sanzione della nullità, in alcuni casi, e la sanzione dell'annullabilità, in altri.

Aggiungiamo, inoltre, che anche quando la norma imperativa violata fosse sanzionata con una sanzione diversa dalla nullità potrebbe trovare spiegazione sempre nella dottrina generale della nullità. Ci viene in soccorso la norma generale dell'art. 1418, comma 1, c.c. in cui si prevede la sanzione della nullità «*salvo che la legge disponga diversamente*». Sebbene la lesione di un interesse pubblico-generale provochi la nullità del negozio, è vero anche che la stessa norma civilistica consente alla legge di tutelare quell'interesse con una sanzione diversa. In effetti, nel decreto 23, è nullo un licenziamento contrario a norme imperative, *tranne nei casi in cui sia proprio la legge a prevedere una sanzione diversa* (mancanza di g.c. e g.m.). Ciò vuol dire che anche l'interesse tutelato dalla g.c. e g.m. del licenziamento è di natura pubblico-generale. La lesione di tale interesse ben può essere sanzionata – come in effetti lo è – con una sanzione diversa dalla nullità, purché sia idonea a tutelarla adeguatamente: «*l'inciso salvo che la legge disponga diversamente, esclude tale sanzione [la nullità] ove sia predisposto un meccanismo idoneo a realizzare ugualmente gli effetti voluti dalla norma, indipendentemente dalla sua concreta esperibilità e dal conseguimento reale degli effetti voluti*»⁴⁶.

Ciò detto, non possiamo ignorare che esiste un problema nel decreto 23 proprio in relazione alla effettiva capacità della sanzione indennitaria ivi prevista di fornire una congrua alternativa alla nullità/reintegrazione⁴⁷, esponendolo così a seri dubbi di legittimità costituzionale, già avanzati da parte della dottrina⁴⁸. In altri termini, noi riteniamo che g.c. e g.m. del licenziamento tutelino un interesse pubblico-generale, di rango costituzionale, non fosse altro perché espressamente sancito nell'art. 30 della Carta di Nizza⁴⁹. Ne consegue che la mancanza di quei presupposti

⁴⁶ Cass. 11 dicembre 2012, n. 22265, in *Banca Dati Pluris*.

⁴⁷ In proposito si veda anche P. TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione tutela*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2016, 291 ss., che sottolinea come la tutela indennitaria sia «sostanzialmente estranea o indifferente alle istanze dell'effettività» (302).

⁴⁸ Fra i tanti, da ultimo, V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, spec. 139 ss. Si veda anche P. SARACINI e F. GHERA, in *q. rivista* e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁴⁹ Si rinvia, per tutti, a S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2003, n. 23.

causali comporterebbe la nullità del licenziamento ex art. 1418, comma 1, c.c.; tuttavia, come previsto dalla stessa norma codicistica, la legge dispone una sanzione diversa. Quindi, pur essendo legittimo sanzionare per equivalente un negozio contrario a norme imperative, tale sanzione alternativa deve comunque essere idonea a tutelare quell'interesse pubblico-generale. Invero, l'attuale formulazione della tutela indennitaria nel decreto 23, data la sua esigua entità, sembra compromettere la capacità dissuasiva della sanzione e solleva evidentemente fondati dubbi di illegittimità costituzionale.

Quanto alle ipotesi nelle quali la legge non indica la sanzione da applicare in caso di violazione, spetta all'interprete configurare l'interesse protetto dalla norma per qualificarla come imperativa o no, e così sanzionarla con la nullità/reintegrazione o con l'annullabilità/indennità.

Intanto, però possiamo assumere un'altra conclusione al nostro ragionamento: la nullità/reintegrazione è una sanzione costituzionalmente necessaria quando serve a ristabilire l'ordine giuridico costituzionale. Ancora una volta ci sembrano ineccepibili e condivisibili le parole delle Sezioni Unite della Cassazione prima citata: «*il potere del giudice di rilevare la nullità (...) è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.)...*»⁵⁰.

4. Digressione sulla nullità del licenziamento orale.

E' coerente con tale impostazione anche la nullità del licenziamento intimato verbalmente, che, invero, il legislatore continua a qualificare inefficace; per esso vale sempre la tutela reintegratoria piena⁵¹ (anche nel caso di licenziamento collettivo⁵²), a prescindere dai limiti dimensionali dell'azienda⁵³ e qualunque sia l'inquadramento dei lavoratori

⁵⁰ Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242, *cit.*, punto 3.12.1 e poi 3.13.3.

⁵¹ Cfr. Art. 2, comma 1, ultimo periodo, decreto 23, laddove estende «il regime di cui al presente articolo» anche «al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale».

⁵² Cfr. art. 10, comma 1, decreto 23.

⁵³ Prima della riforma della legge n. 92/2012, ai datori di minori dimensioni si applicava, in caso di licenziamento orale, la c.d. nullità di diritto comune, che comportava l'operatività dei principi generali dei contratti conseguiti all'inefficacia dell'atto e, cioè, la prosecuzione del rapporto di lavoro e le conseguenze derivanti dalla disciplina della *mora accipiendi*. Questa sanzione, per il datore di lavoro che non avesse avuto l'accortezza di provvedere alla tempestiva ripetizione in forma scritta del licenziamento viziato nella forma, poteva diventare assai pesante in caso di soccombenza dopo diversi anni di processo. Sul punto però la Corte costituzionale si è dimostrata irremovibile (Corte cost. 23 novembre 1994, n. 398, in *Foro it.*, 1995, I, 19), sostenendo che è conforme a Costituzione un sistema che consenta che un piccolissimo datore di lavoro, magari con un solo dipendente, possa

(salvo alcune eccezioni)⁵⁴. Le ragioni della conservata tutela rafforzata si rinvengono nell'estremo sfavore con cui è giudicata la violazione dell'onere formale dal legislatore che, di converso, considera la forma scritta quale unico strumento idoneo a garantire un quadro di certezza circa il significato inequivocabile dell'atto compiuto⁵⁵ (e, peraltro, è ormai l'unico vizio formale assistito dalla tutela reale⁵⁶).

Come noto, la legge esige la forma scritta quale elemento certo e costitutivo della volontà di recesso, «*volontà che deve risultare da un documento soprattutto per tutelare l'essenziale interesse della parte più debole del rapporto a conoscere e a impugnare l'atto nel termine decorrente dalla data di notifica dello stesso*»⁵⁷. Assolve, dunque, a una funzione fortemente garantista del lavoratore che non si esaurisce solo nel rendere certa l'esistenza dell'atto e la sua collocazione temporale, ma deriva anche dal fatto che la scrittura induce (o dovrebbe indurre) il datore di lavoro a riflettere sull'importanza e sulle conseguenze del provvedimento che sta per adottare e, contestualmente, sulle ragioni

pagare, ad esempio, sette-otto anni di retribuzione solo in conseguenza di tale vizio formale anche se nei confronti di un dipendente mandato via per un fatto gravissimo, che avrebbe sicuramente integrato la giusta causa, valutando non contraddittoria l'abissale differenza della minor tutela fornita invece dalla creazione giurisprudenziale (c.d. diritto vivente) per il mancato rispetto del procedimento disciplinare, equiparato, solo questo, al vizio di ingiustificatezza (per tutte, Cass., SU, 26 aprile 1994, nn. 3965 e 3966, in *Foro it.*, 1994, I, 1708).

⁵⁴ È stata la l. n. 108/1990 a generalizzare, come noto, l'obbligo della forma scritta del licenziamento a tutti i dipendenti, compresi i dirigenti, fatta eccezione soltanto per i lavoratori domestici (espressamente esclusi dall'art. 4, l. n. 108/1990), i lavoratori in prova (art. 10, l. n. 604/1966), i lavoratori aventi i requisiti per la pensione di vecchiaia (art. 4, c. 2, l. n. 108/1990) e gli sportivi professionisti.

⁵⁵ All'intimazione del licenziamento sono correlati effetti di varia natura, ordinati secondo scansioni temporali predefinite che presuppongono la certezza del predetto atto (si pensi all'impugnativa stragiudiziale entro il termine di decadenza che postula necessariamente la forma scritta idonea ad assicurare certezza circa il tempo dell'intimazione del licenziamento stesso).

⁵⁶ Già con la legge n. 92/2012 si era passati a una netta svalutazione di tutti i vizi formali e procedurali del licenziamento diversi da quello della forma scritta, tutelati solo da una tutela indennitaria (art. 18, c. 6, St. lav.), ora confermata dall'art. 4, decreto 23, in misura ancora più attenuata. Per un commento, si rinvia a A CAGNIN, *I nuovi effetti del licenziamento per vizi formali e procedurali*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, Torino, 2015, 133; B. DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in F. CARINCI F., C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, in *Adapt Labour Studies E-Book Series*, n. 46/2015, 134 e MARINELLI F., *Il licenziamento individuale affetto da vizi formali o procedurali*, in M.T. CARINCI, A. TURSÌ (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 153.

⁵⁷ Così C. Cost. n. 398/1994, *cit.* Nello stesso senso già C. Cost. 7 luglio 1986, n. 176, in *Riv. dir. civ.*, 1986, 1069.

sottese a tale provvedimento, nell'auspicabile obiettivo di creare una prima e non trascurabile remora di contenimento della possibilità di licenziamento arbitrario. Del resto, sul piano delle tutele del lavoratore di fronte alla risoluzione del rapporto (a iniziativa del datore di lavoro), il vincolo formale ha rappresentato il primo passo per il ridimensionamento del principio del recesso datoriale *ad nutum*, ponendosi come limite all'autonomia negoziale del datore di lavoro⁵⁸.

Non solo. La funzione fortemente garantista del vincolo formale è strettamente connessa anche alle finalità e ai valori, soprattutto costituzionali, che il requisito di forma mira a tutelare; da tempo la Corte Costituzionale attribuisce alla forma scritta del licenziamento una «essenziale» funzione di garanzia, informata al rispetto della personalità umana, indice «del valore spettante al lavoro nella moderna società industriale»⁵⁹, il che giustifica anche la conseguenza sanzionatoria della nullità in considerazione dell'interesse pubblico-generale ad essa sotteso.

Invero, sul piano testuale, tale vizio formale, come anticipato, non è ricondotto esplicitamente alla nullità ma alla sanzione dell'inefficacia. Lo ribadisce l'ultimo capoverso del comma 1, art. 2, del decreto 23, che parla di «licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale»⁶⁰; scompare, invece il riferimento esplicito all'inefficacia per il recesso viziato nella motivazione o nella procedura⁶¹.

⁵⁸ G. PERA (voce *Licenziamenti*, in *Enc. giur.*, XIX, 1990) parla del vincolo formale come «una prima e non trascurabile remora di contenimento della possibilità di licenziamento arbitrario» (19).

⁵⁹ Corte cost. n. 14 luglio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1465. Il principio è ripreso da Corte cost. n. 398/1994, *cit.* e da Corte cost. n. 176/1986, *cit.*

⁶⁰ L'art. 2, l. n. 604/1966, comma 3, parla tuttora di inefficacia del licenziamento «intimato senza l'osservanza dei commi 1 e 2» e, cioè, del recesso privo della forma scritta o della motivazione contestuale.

⁶¹ Il legislatore del 2015 non si esprime più in termini di inefficacia per la violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2, l. n. 604/1966, e della procedura di cui all'art. 7, St. lav., cui riconnette una tutela meramente indennitaria (cfr. art. 4, decreto 23). Probabilmente, si è reso conto dell'utilizzo improprio del termine 'efficacia', posto che, in questi casi, non operando la tutela reale, l'atto di recesso produce comunque i suoi effetti giuridici; ha preferito, quindi, non qualificare espressamente la categoria entro cui collocare la patologia derivante dalla natura del vizio, superando le diverse obiezioni sollevate all'indomani della Riforma Fornero, (in proposito, per l'analisi di una serie di criticità sul piano della coerenza e congruità delle conseguenze sanzionatorie rispetto alla qualificazione del vizio, sia consentito rinviare a M. D'ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, 359 ss.). Da ultimo, per una puntuale analisi delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento immotivato dopo il decreto 23, si veda G. BOLEGO, *Il licenziamento immotivato alla luce del d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2016, 279 ss., il quale riconduce la tutela indennitaria solo all'ipotesi di "vizio" della motivazione, e non al caso di una sua "totale omissione"; in questo caso, a suo avviso,

Riteniamo utile spiegare che l'utilizzo di questo termine non sposta i confini del nostro ragionamento. Il termine inefficacia è un'espressione generica, ritenuta da sempre «equivoca»⁶², che ha dato luogo, sin dall'inizio, a un ampio dibattito, più che altro di valore teorico, in dottrina e in giurisprudenza. La giurisprudenza, in un primo momento, era giunta a considerare la forma del licenziamento come un elemento esterno al negozio, relativo alla comunicazione, anziché alla dichiarazione negoziale⁶³, ma la scissione tra comunicazione e dichiarazione non ha ragione d'essere se riferita agli atti unilaterali, giacché la dichiarazione assume rilevanza solo se diretta al destinatario e acquista efficacia al momento in cui gli sia pervenuta. Nel caso del licenziamento, pertanto, la comunicazione per iscritto è elemento della struttura dell'atto di recesso e l'inefficacia indica che tale atto recettizio non si è perfezionato per la mancanza del requisito formale della sua comunicazione, difetta, cioè, di un elemento strutturale e, quindi, interno della fattispecie. In quest'ottica va inquadrata la posizione della dottrina maggioritaria, secondo cui l'inefficacia del licenziamento dipende da un fatto intrinseco al negozio, da un vizio di un elemento essenziale che incide sulla struttura negoziale (tant'è che si parla di forma richiesta *ad substantiam*⁶⁴), per cui qualora non risulti rispettata tale prescritta modalità di comunicazione, la dichiarazione negoziale non sarà efficace nei confronti del lavoratore-destinatario; dunque, non inefficacia in senso stretto, ma nullità. L'espressione «inefficace», dunque, non è usata nel senso in cui ne parla il codice civile in relazione all'apposizione di termini o di condizioni, ma come «conseguenza della situazione di nullità del negozio»⁶⁵ e proprio quale tipico aspetto della nullità, che comporta, cioè, l'assenza di produzione di effetti⁶⁶. Tale impostazione riporta al concetto ampio di

opererebbe, mancando una disciplina specifica, la nullità di diritto comune. Sul punto si rinvia a quanto esplicitato *supra* alla nt. 4.

⁶² In tal senso, fra gli altri, E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2011, 368 e già G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980, 144, che parlava di una inefficacia del tutto peculiare: «trattasi di efficacia-inefficacia, di situazioni non inerenti all'essere del negozio in sé, ma semplicemente rilevanti sul piano del commercio giuridico, nei rapporti con la controparte, in funzione di quanto la legge si ripromette dalle comunicazioni scritte alla medesima».

⁶³ V. Cass. 27 giugno 1980, n. 4043, in *Foro it.*, 1980, I, 2124.

⁶⁴ È ormai pacifica in giurisprudenza la natura *ad substantiam*: cfr., *ex pluris* Cass. 3 giugno 2015, n. 11479, Cass. 18 maggio 2006, n. 11670 e Trib. Bari, 4 luglio 2014, tutte in *Banca Dati Pluris*.

⁶⁵ Cfr., da ultimo, Cass., S.U., 27 luglio 1999, n. 508, in *Foro it.*, 1999, I, 2818.

⁶⁶ È proprio per questo stretto nesso tra nullità e inefficacia, non si condivide chi sostiene che la scelta di conservare il termine «inefficacia» nel decreto 23, porrebbe dei problemi di incostituzionalità per eccesso di delega, posto che la l. n. 183/2104 aveva previsto che la tutela reintegratoria potesse essere riconosciuta solo per i licenziamenti nulli e

inefficacia, che consente di collegare tra loro nullità e inefficacia in rapporto di causa ed effetto: il licenziamento in quanto privo di uno dei requisiti indispensabili dell'atto (la forma, appunto), rimane improduttivo di effetti al pari di un atto nullo (*ex artt.* 1325, n. 4 e 1418 c.c.).

Siamo, quindi, dinanzi a una sanzione di inefficacia in senso lato⁶⁷ che sul piano degli effetti e della *ratio* giustificatrice va equiparata alla nullità⁶⁸, con tutte le conseguenze anche in ordine alla distribuzione del carico probatorio per i licenziamenti intimati in forma orale, consolidate in giurisprudenza⁶⁹ e valide anche per il nuovo regime⁷⁰.

5. L'utilità sociale, l'organizzazione dell'impresa e il corretto funzionamento del "mercato del lavoro": in quali casi l'ordinamento costituzionale richiede la sanzione della nullità del licenziamento?

Dopo questa breve digressione sulla nullità del licenziamento orale, possiamo ora concentrare la nostra riflessione sull'individuazione dell'interesse pubblico-generale tutelato dalla norma imperativa la cui lesione comporta nullità.

discriminatori (così G. MIMMO, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuazione della legge delega n. 183 del 2014)*, in *www.giustiziacivile.com*, 24 aprile 2015, 11).

⁶⁷ Così già M.G. GAROFALO, *Art. 18*, in *Lo statuto dei lavoratori. Commentario*, diretto da Giugni G., Giuffrè, Milano, 1979, 281. Sulla distinzione tra inefficacia in senso stretto e in senso lato, molto limpide le parole di N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Parte generale, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 1924, 329 e, successivamente, R. SCOGNAMIGLIO, voce *Inefficacia (dir. Priv.)*, in *Enc. giur.*, XVI, 1.1989, 1 ss. e ivi gli ampi riferimenti bibliografici.

⁶⁸ E' questa ormai la soluzione prevalente in giurisprudenza; così, *ex plurimis*, Cass. 3 giugno 2015, n. 11479, in *Banca Dati Pluris*, Cass. 27 agosto 2007, n. 18087, *Lav. giur.*, 2008, 2, 189 e Cass. 27 febbraio 2003, n. 3022, *Mass. giur. lav.*, 2003, 260. Per la giurisprudenza di merito, fra le più recenti, v. Trib. Bari, 12 febbraio 2016, in *Banca Dati Pluris* e Trib. Lecce 5 maggio 2014, in *Guida lav.*, 2014, 50, 49. Alcuni giudici si sono espressi anche in termini di inesistenza, v. Cass. 9 novembre 2015, n. 22825, in *Banca Dati Pluris* e Cass. 5 giugno 2000, n. 7495, *Repertorio Foro it.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1608. Il richiamo alla categoria dell'inesistenza è comunque ritenuto non appropriato da parte della dottrina; si rinvia, in proposito, a P. Tosi, *Le invalidità nel diritto del lavoro: questioni di metodo*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 611 ss.

⁶⁹ È pacifico l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, nel caso in cui il lavoratore deduca di essere stato licenziato oralmente, grava su di lui solo la prova dell'estromissione dall'attività lavorativa, mentre spetta al datore di lavoro tentare di provare che il rapporto si è risolto per dimissioni. In questo senso, da ultimo, Cass. 31 luglio 2015, n. 16269 e, per la giurisprudenza di merito, Trib. Bari, 12 febbraio 2016, entrambe in *Banca Dati Pluris*.

⁷⁰ Cfr. L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 250, 9, secondo cui non vi è motivo perché, dopo l'entrata in vigore del decreto 23, questo approdo giurisprudenziale debba essere rivisto.

Poiché – come detto in precedenza - non tutte le norme lavoristiche, di legge o di contratto collettivo⁷¹, sono da qualificare come *imperative* possiamo certamente postulare che lo sono quelle che rimandano a principi costituzionali. Nessuno può negare che sono imperative le norme della Costituzione o delle altre fonti a essa equiparabile. Seguendo questa opzione interpretativa, lo scrutinio di legittimità del licenziamento passa dal piano meramente civilistico a quello costituzionale. Ciò non implica l'abbandono della dottrina generale della nullità/annullabilità; piuttosto, grazie a questa dottrina, la categoria della «nullità» diventa funzionale a garantire il rispetto di regole e principi di rango costituzionale; in altre parole, si costituzionalizza la nullità⁷².

Prima di procedere in questa direzione, dobbiamo però dare conto di quella dottrina che - più di altri (e comunque più di recente) - ha proposto una chiave di lettura della disciplina del licenziamento alla luce del diritto costituzionale. A suo avviso, se ben comprendiamo la tesi, poiché sarebbe acquisito il «superamento della teoria della *Drittwirkung*, anche solo mediata, dei diritti fondamentali», non sarebbe necessario richiamare il diritto costituzionale per scrutinare la legittimità di un licenziamento perché le norme del Codice civile sulla illiceità della causa e la frode alla legge sarebbero sufficienti per un efficace controllo di legittimità⁷³. Questa tesi ha come orizzonte il controllo di legittimità,

⁷¹ A questa tesi fa riferimento, invece V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 111 ss., per il quale, dunque, «l'art. 1418, co. 1, c.c. è applicabile anche in caso di violazione di norme inderogabili previste dall'autonomia collettiva (e tali sono, indubbiamente, quelle relative alle sanzioni disciplinari)» (130).

⁷² Nel vasto panorama sul tema sono dovuti, quantomeno, i richiami a S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano, 1969; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 1 ss. Più in generale, sui profili costituzionali dell'autonomia negoziale, cfr., *ex pluris*, P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Jovene, Napoli, 2006; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 95 ss.; F. GALGANO, *Il diritto privato tra codice e Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1978, 126 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998, 72; G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 35 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1959, 5 ss.; A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Giuffrè, Milano, 1971; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Cedam, Padova, 2003; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 229 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Negoziato giuridico e autonomia privata*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Cedam, Padova, 1991, 289 ss.; N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2007, 728 ss.; R. SACCO, *Contratto, autonomia, mercato* in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato dir. civ. diretto da R. Sacco*, Utet, Torino, 2005, 16 ss. e F. PEDRINI, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, in www.forumcostituzionale.it, 2010.

⁷³ L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2007, 593 ss., spec. 609 e 610.

senza porsi il problema del tipo di sanzione da applicare, come viene confermato in uno scritto più recente: «il giudizio di proporzionalità tra le ragioni dell'impresa (economiche) e le ragioni sociali (diritto alla conservazione del posto) non rileva sul piano delle individuazioni delle sanzioni, ma sul piano del giudizio di legittimità costituzionale delle disposizioni che guidano quello antecedente, dell'accertamento della legittimità o no dell'atto di licenziamento (configurabilità del g.m.o.)»⁷⁴.

Noi riteniamo, invece, anche alla luce del mutato quadro normativo col decreto 23, che un giudizio di proporzionalità sia indispensabile anche per valutare la violazione di interessi pubblico-generalis sottesi alle norme imperative costituzionali; sicché quella proporzionalità determina non solo se il licenziamento è *legittimo* o *illegittimo*, ma anche se è *illecito* o *illegale* e, quindi, se deve essere sanzionato come *nullo* o *annullabile* (reintegrazione o risarcimento). Secondo la nostra tesi, l'ancoraggio ai principi costituzionali dello scrutinio di legittimità del licenziamento consente di configurare più agevolmente (e di certo, indubitabilmente) l'interesse pubblico-generale e, dunque, la norma imperativa che lo tutela, la cui lesione porta alla nullità⁷⁵.

Dalla lettura dei commenti al decreto 23 e alla disciplina generale dei licenziamenti, emerge come la dottrina abbia quasi sempre tracciato l'ordito costituzionale mediante il bilanciamento del diritto alla libera organizzazione d'impresa (*ex art. 41, comma 1, Cost.*), su cui poggia il potere di licenziare, e il diritto al lavoro (*ex art. 4 Cost.*), oppure il diritto alla tutela della personalità nelle formazioni sociali (*ex art. 2 Cost.*). Stupisce che, raramente, tranne meritevoli eccezioni⁷⁶, il discorso si sia sviluppato sull'ordito tracciato dall'art. 41 Cost., nel primo e – soprattutto

⁷⁴ G. BOLEGO e L. NOGLER, *Opinioni sul licenziamento per motivi economici*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2014, 400.

⁷⁵ Sia pure in una prospettiva diversa e con riferimento alla violazione dell'*iter* procedurale e formale previsto per l'adozione del provvedimento datoriale, anche P. TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore*, *op. ult. cit.*, richiama la sanzione della nullità (in particolare, quella c.d. di protezione) a garanzia dei diritti fondamentali del lavoratore e della loro effettività: «l'imperatività della tutela – a difesa dell'interesse individuale del lavoratore e, al contempo, dei fondamenti dell'ordinamento giuridico – consente di *riconfigurare* il vizio dell'atto nel senso della nullità negoziale, con le ordinarie conseguenze di natura restitutoria o ripristinatoria» (308).

⁷⁶ A parte la monografia di M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979 e qualche scritto degli stessi anni fra cui C. ASSANTI, *I poteri nell'impresa: bilancio e prospettive*, in Id. (a cura di) *Dallo Statuto dei diritti dei lavoratori alla dimensione sociale europea*, Giuffrè, Milano, 1991, spec. 56-59; più di recente ci risultano soltanto gli scritti di L. NOGLER, *op. ult. cit.*, F. SIOTTO, *Sicurezza, libertà e dignità nel licenziamento individuale*, in *IANUS – Rivista di Diritto e Finanza – Università di Siena*, 2011, n. 5, 263 ss. e M. PEDRAZZOLI, *Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa. Studio comparato*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2014, spec. 17-50.

– secondo comma. Non è nostra intenzione trattare in questa sede l'impegnativo tema dell'art. 41 Cost. nel diritto del lavoro; possiamo, però, almeno postulare ai nostri fini l'opinione secondo la quale il potere di licenziamento (cioè la sua libertà di base, l'iniziativa economica privata ex art. 41, comma 1, Cost.) non è un diritto costituzionale *assoluto* perché esso si *costituisce* normativamente nella combinazione con i limiti posti dal comma 2 dell'art. 41 Cost.⁷⁷: l'utilità sociale, la sicurezza, la dignità e la libertà del lavoratore.

Si tratta di limiti costantemente valorizzati dalla giurisprudenza costituzionale perché «*non è contestabile che la garanzia posta nel primo comma di quest'articolo [art. 41 Cost.] nell'ambito circoscritto dai successivi due capoversi riguarda non soltanto la fase iniziale di scelta dell'attività, ma anche i successivi momenti del suo svolgimento*»⁷⁸ e che «*proprio in virtù del precetto costituzionale di cui all'art. 41 della Costituzione, il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento, e in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana*»⁷⁹. Discrezionalità e arbitrio che anche nel licenziamento esprimono un disvalore dell'ordinamento perché ledono la posizione soggettiva del lavoratore; «*sicché deve essere ritenere che non possono essere negate [...] quelle cautele e quelle garanzie che sono informate al rispetto della personalità umana e che costituiscono altresì indici del valore spettante al lavoro nella moderna società*»⁸⁰.

Per applicare tali limiti alla libertà di licenziamento, anche noi riteniamo opportuno distinguere i due riferimenti indicati nel comma 2

⁷⁷ Cfr. Per tutti A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, 1971, 582 ss., spec. 595.

⁷⁸ Corte cost., 23 aprile 1965, n. 30, in *Giur. cost.*, 1965, 283. Invero, già all'indomani del suo insediamento, in una pronuncia assolutamente attuale, rilevava che «*l'art. 41 contiene una generica dichiarazione della libertà nella iniziativa economica privata; ma a tale libertà necessariamente corrispondono le limitazioni rese indispensabili dalle superiori esigenze della comunità statale. È lo stesso art. 41, nei commi secondo e terzo, che sancisce le limitazioni alla libertà d'iniziativa dichiarata nel primo comma. L'iniziativa privata, infatti, in virtù del secondo comma, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale né in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana; ma è soprattutto da considerare il terzo comma, il quale affida al legislatore ordinario la determinazione dei programmi e dei controlli opportuni affinché l'iniziativa privata possa essere indirizzata e coordinata ai fini sociali*» (Corte cost. 13 aprile 1957, n. 50, in www.cortecostituzionale.it).

⁷⁹ Corte cost., 9 marzo 1989, n. 103, in *Riv. giur. lav.*, 1989, II, 3, con nota di Natoli.

⁸⁰ Corte cost., 7 luglio 1986, n. 176, in *Mass. giur. lav.*, 1986, 299.

dell'art. 41 Cost. e tenere separata, sul piano concettuale, l'utilità sociale dalla dignità e libertà del lavoratore⁸¹.

Trattiamo prima del limite dell'utilità sociale. Questo, in genere, è stato ridimensionato per due motivi, seppur collegati l'uno all'altro: per un verso, perché è stata sempre rifiutata la dottrina della funzionalizzazione della libertà d'impresa⁸²; per altro verso, perché – di conseguenza – essendo un limite esterno, l'utilità sociale rimanderebbe alla esclusiva riserva di legge⁸³. Sotto il primo profilo, pensiamo che valorizzare il limite dell'utilità sociale non significhi funzionalizzare la libertà d'iniziativa economica all'utilità sociale. Un conto è pretendere che l'iniziativa economica persegua l'utilità sociale, altro è pretendere che essa non contrasti con l'utilità sociale: insomma, un conto è considerare l'utilità sociale come limite *interno* alla libertà d'impresa, altro è un limite *esterno*. Sotto l'altro profilo della riserva esclusiva di legge, anche a nostro avviso, «il vizio di fondo della dottrina che tenta di risolvere i problemi interpretativi posti dall'art. 41 Cost. con il rinvio al legislatore ordinario è nel convincimento dell'impossibilità di concretizzare il concetto di utilità sociale» mentre, invece, questo concetto consente una «saldatura tra ordinamento e coscienza sociale, mediante il rinvio ai principi che rispettivamente dominano i due termini dell'alternativa (buona fede, correttezza professionale, diligenza, ordine pubblico, buon costume, ecc.)»⁸⁴.

Perciò facciamo nostre le parole di un autore secondo il quale, l'utilità sociale rappresenta un «*concetto di valore*», che consente alle *regole* dell'ordinamento di adattarsi ai suoi *principi* in una viva e feconda creazione sociale di significati normativi. L'utilità sociale, come limite alla

⁸¹ Anche D'ANTONA, *op. cit.* 1979 propone di tenere separati i due profili, arrivando però a conclusioni diverse dalle nostre, avendo in sostanza sminuito la funzione dell'utilità sociale.

⁸² Valga per tutti il rinvio a G. MINERVINI, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 618 ss. Di opinione contraria, U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1955, 105; A. BARRESI, B. COMUNALE, *Libertà d'iniziativa economica e utilità sociale (il problema della c.d. funzionalizzazione dell'impresa privata)*, in *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Casa Editrice Riccardo Patron, Bologna, 1969, 232-238. Si veda anche P. PERLINGIERI, *Sull'attività della Corte Costituzionale*, in *Dir. giur.*, 1976, 489.

⁸³ Secondo la massima ufficiale della sentenza di Corte cost. 31 marzo 2015, n. 56 (in *Foro It.*, 2015, 6, 1, 1903), «non è configurabile una lesione della libertà di iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale, oltre alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost. purché l'individuazione dell'utilità sociale non appaia arbitraria e gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue». In dottrina v. per tutti, seppur con argomenti diversi, F GALGANO, *Articolo 41*, in *Comm. della Cost. Branca, Rapporti economici*, II, Bologna-Roma, 1982, 1.

⁸⁴ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975, 54 e 58.

libertà d'iniziativa economica, è dunque un «*principio valvola*» attraverso il quale si compie «l'adattamento dell'ordinamento al mutare dei fatti sociali» agendo come una «clausola generale»⁸⁵. È proprio questa qualificazione della «utilità sociale» come clausola generale, avendone tutte le caratteristiche strutturali e funzionali, a permetterne un uso giurisprudenziale allorché si debba valutare la legittimità di un negozio giuridico⁸⁶. Sicché – prendendo a prestito ancora una volta parole scritte da altri - «ove un negozio giuridico (...) sia ritenuto in contraddizione con l'utilità sociale, con la sicurezza, con la libertà o con la dignità umana, con ciò stesso si riconosce un vizio importante la nullità o l'annullamento (totale o parziale)... dell'atto negoziale, oppure un vizio di illiceità dell'attività compiuta»⁸⁷.

Ciò che vogliamo sostenere è la necessità dell'azione giurisprudenziale di applicazione del comma 2 dell'art. 41 Cost. In questa prospettiva, reputiamo che la Corte di Cassazione abbia pienamente ragione a sostenere che «*se è senz'altro vero che, secondo l'art. 41 Cost. l'assetto organizzativo e produttivo dell'impresa è rimesso alla "libera" valutazione del datore di lavoro, ogni valutazione circa l'opportunità di interventi modificativi che comunque siano giustificati da ragioni oggettive (un giustificato motivo oggettivo), è anche vero che la libertà di iniziativa economica privata "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana"*»⁸⁸. Riteniamo altresì che questo stesso principio debba guidare anche lo scrutinio di validità di un negozio giuridico (qual è il licenziamento) quando opera il controllo di legalità/liceità.

Con questa chiave di lettura, *l'utilità sociale, in quanto clausola generale, permette il collegamento fra nullità di derivazione civilistica e nullità di derivazione costituzionale*. La violazione della clausola generale costituzionale (utilità sociale) produce la medesima sanzione (nullità) di quando si viola una clausola generale civilistica che, proprio la giurisprudenza di legittimità, al più alto grado, ha provato a «costituzionalizzare»: «*l'ormai acquisita consapevolezza della intervenuta*

⁸⁵ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, 117; v. già 79 ss. e in particolare 82: «corretto è però, come comunemente si ritiene, farla coincidere con quella delle c.d. clausole generali». V. A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 582 ss. e U. NATOLI, *Limiti costituzionali della autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955, *passim*.

⁸⁶ Negli stessi termini si espresse già M. NUZZO, *op. cit.*, 83: «al giudice ordinario, in sede di accertamento di validità dell'atto, di valutare il contrasto fra la concreta funzione di quel negozio e l'interesse sociale prevalente, per accertare, a quella stregua, se l'atto possa considerarsi compreso nella sfera di potere attribuito ai privati».

⁸⁷ A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 607.

⁸⁸ Cass. 27 ottobre 2010, n. 21967, in *Banca Dati Pluris*.

costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce all'un tempo forza normativa e ricchezza di contenuti, inglobanti anche obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale»⁸⁹. Ancora più di recente, la Corte di Cassazione ha confermato il profilo "costituzionale" delle clausole generali come limite alla libertà d'impresa affermando che «il recesso deve pur sempre ricollegarsi ad interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento e dunque a ragioni obiettive ed effettive (che permettano la verifica dei detti interessi), operando sempre il principio di buona fede e correttezza (ex artt. 1175 e 1375 c.c.) quale limite al potere datoriale di recesso; per altro verso, la libertà di iniziativa economica non è in grado ex se di offrire copertura a licenziamenti immotivati o pretestuosi»⁹⁰. Noi vorremmo solo aggiungere e precisare che in tali casi non si deve soltanto qualificare come illegittimo il licenziamento ma anche illecito e, quindi, nullo, perché – per intenderci - la mancanza di correttezza nel licenziamento per g.m.o. (ciò che un autore ha efficacemente qualificato come di «mala fede»⁹¹) contrasta con l'utilità sociale.

I diritti fondamentali sanciti in Costituzione agli artt. 2, 3 o 4, trovano così la loro prima garanzia nei rapporti fra privati nel comma 2 dell'art. 41 Cost. Rispettando l'«utilità sociale», la libertà d'impresa rispetta i diritti fondamentali garantiti dagli artt. 2, 3, comma 2, e 4 Cost.⁹². Anzi, ritenere che il diritto al lavoro ex art. 4 Cost. rappresenti il diritto alla stabilità del lavoro e, di conseguenza, un limite alla libertà d'impresa, ci sembra fuorviante perché l'impresa non ha il limite di garantire la

⁸⁹ Cass. S.U., 15 novembre 2007 n. 23726, in *Giur. it.*, 2008, 4, 929. In senso conforme, Cass. 29 maggio 2007, n. 12644, in *Banca Dati Pluris*; Cass. 22 gennaio 2009, n. 1618, in *Contratti*, 2009, 5, 484; Cass. 5 maggio 2009, n. 5348, in *Giur. it.*, 2010, 3, 581.

⁹⁰ Cass. 17 febbraio 2015, n. 3121, in *Banca Dati Pluris*. Clausole generali che ci permettono, dunque, di qualificare come atto contrario all'utilità sociale anche l'abuso di diritto che «ha...la valenza ermeneutica di limite 'interno' all'esplicazione della libertà contrattuale, garantita costituzionalmente dall'art. 41 della Costituzione. Esso concretizzerebbe nel diritto civile il limite della utilità sociale, di cui al comma 2 dello stesso art. 41. Oppure, secondo una diversa impostazione, rappresenterebbe l'estrinsecazione nei rapporti interprivati del principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione per il tramite della clausola generale della buona fede»: così F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2011, 73.

⁹¹ G. PROSPERETTI, *L'elemento della malafede del datore di lavoro nella nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 241 ss.

⁹² M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 131. In generale v. R. NIRO, sub *Art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 846 ss.

stabilità del lavoro, mentre ha il limite del rispetto dell'utilità sociale (di cui l'occupazione è espressione).

Non ci resta, allora, che chiarire quand'è che si sostanzia la violazione dell'utilità sociale in un licenziamento. Ebbene, riteniamo di accogliere la tesi che intende l'utilità sociale come espressione dell'ordine pubblico economico entro cui agisce l'iniziativa libera. Un ordine giuridico dei rapporti economici che, per quanto storicamente determinato, è pur sempre il risultato di una disciplina giuridica del mercato⁹³. In quest'ordine c'è sicuramente il rispetto dei diritti della personalità quali la sicurezza, la dignità e la libertà delle persone (su cui diremo nel prossimo paragrafo) ma anche un disegno costituzionale dei rapporti economici.

Anche accogliendo la dottrina secondo la quale l'utilità sociale è data dall'efficienza economica, essa presuppone comunque un funzionamento corretto del mercato⁹⁴; l'utilità sociale da rispettare è, dunque, proprio il mercato efficiente in quanto corretto. È questa regola di correttezza a rendere il mercato efficiente e perciò impone che la volontà di licenziamento non sia arbitraria, ascrivibile alla mera volontà di estinguere il rapporto di lavoro subordinato, ma sia anch'essa rispettosa dell'efficienza economica che – ripetiamo – implica un mercato (del lavoro) che funzioni correttamente. Insomma, anche a voler seguire le teorie più liberali (quelle che connettono la libertà d'impresa alla tutela dell'occupazione) ma leggendo unitariamente il primo e secondo comma dell'art. 41 Cost., possiamo dire che l'utilità sociale è sì garantita dalla libertà di tutelare l'efficienza economica grazie alla possibilità di licenziare per giustificato motivo economico, ma ciò significa altresì che se il giustificato motivo economico "non sussiste"⁹⁵, occorre compiere un

⁹³ Ci sembra sufficiente rinviare a F. GALGANO, *Articolo 41*, in *Commentario della Costituzione Branca, Rapporti economici*, II, Zanichelli, Bologna-Roma, 1982, 1 ss. e a M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto pubbl.*, V, Utet, Torino, 1990, 375 ss. e dello stesso autore, più recentemente, *La produzione della ricchezza nazionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2008.

⁹⁴ Cfr. G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 309 ss., poi riaffermata in *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. cir. civ.*, 1993, II, 543 ss. secondo il quale, la tutela della concorrenza richiede la limitazione della libertà d'iniziativa economica per non contrastare con l'utilità sociale; cioè a dire che la concorrenza è espressione della utilità sociale (cfr. anche G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 509 ss. In testo, esprimiamo la tesi che la necessaria dimensione dell'organizzazione del lavoro con un dato numero di rapporti di lavoro in relazione all'interesse organizzativo (ex art. 41) è utilità sociale, contrastata da operazioni di riduzione di quei rapporti di lavoro non rispondenti all'oggettivo fabbisogno di lavoro. *Contra* v. M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 132.

⁹⁵ Sull'insussistenza del fatto tecnico organizzativo che può giustificare il licenziamento economico, rinviando condivisibilmente a V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, *op. cit.*

controllo di liceità finalizzato a garantire anche il rispetto del «corretto funzionamento del mercato del lavoro»⁹⁶.

Ritorniamo così al doppio controllo (legalità/liceità) che possiamo effettuare anche in presenza di g.m.o. in virtù del rispetto dell'utilità sociale ex art. 41, comma 2, Cost. C'è dunque una giustificazione, sul piano costituzionale, alla distinzione fra licenziamento illegale perché motivato da una errata valutazione sulla ragione tecnico-produttiva al fine di tutelare l'efficienza economica dell'impresa (nel qual caso *ciò che manca è il nesso di causalità* fra motivo economico-organizzativo e licenziamento⁹⁷) e il licenziamento illecito perché motivato da una volontà di licenziare, senza alcun collegamento con l'efficienza dell'impresa (nel qual caso *ciò che manca è il motivo economico adottato* e non il nesso di causalità⁹⁸). Ciò che determina nullità del licenziamento non è il contrasto col (ossia la mancanza di) giustificato motivo oggettivo bensì il contrasto con l'utilità sociale.

A ben vedere, si tratta di un principio generale di liceità del licenziamento che trova espressione legale nell'art. 18 St. lav. in base al quale la «manifesta insussistenza» del motivo oggettivo è sanzionata con la reintegrazione, cioè col rimedio tipico della sanzione di nullità⁹⁹. La sanzione prevista nell'art. 18 St. lav. rappresenta un principio più generale, di rango costituzionale, del licenziamento nullo.

Quindi, confermando quanto si è già detto sull'inquadramento sistematico della mancanza di g.c. o g.m. (*supra* par. 3), lo scrutinio costituzionale di legalità/liceità ci consente di avvalorare la distinzione fra un licenziamento privo dei requisiti previsti dalla legge (diciamo "ingiustificato") e un licenziamento nullo (diciamo "ingiustificabile"),

⁹⁶ Riprendendo le parole di Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242, *cit.*

⁹⁷ Per fare un esempio si pensi all'ipotesi in cui la Cassazione ha dichiarato illegittimo il licenziamento per soppressione del posto di lavoro cui era adibito il lavoratore licenziato senza però provare che fosse impossibile adibirlo a mansioni inferiori (Cass. 8 marzo 2016, n. 4509, in *Banca Dati Pluris*) oppure senza provare la medesima impossibilità in caso di sopravvenuta inidoneità fisica (Cass. 13 ottobre 2009, n. 21710, ripresa testualmente da Cass. 10 marzo 2015, n. 4757, entrambe in *Banca Dati Pluris*). In tal caso, l'illegittimità deriva dalla violazione dell'obbligo di *repêchage* producendo illegittimità del licenziamento, sub specie di annullabilità, e come tale sanzionata con l'indennità.

⁹⁸ Si tratta del g.m.o. «pretestuoso» o insussistente che provoca nullità. Cfr. C. PONTARIO, *Licenziamento illegittimo per assenza di giustificato motivo oggettivo e licenziamento pretestuoso*, in *www.questionegiustizia.it*, 2015, n. 3, 23 ss.; M. BIASI, *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema "a tutele crescenti"?*, in G. ZILIO GRANDI e M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, Padova, 2016, 147 ss., spec. 172.

⁹⁹ Art. 18, comma 4, St. lav. Per un approfondimento si rinvia, per tutti, a M. BARBIERI, D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, spec. 20 ss. e ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

perché connotato da un requisito che contrasta col comma 2 dell'art. 41 Cost.

6. La dignità dei lavoratori: perché la violazione del principio di proporzionalità della sanzione disciplinare richiede la sanzione della nullità?

Se l'utilità sociale rimanda «al valore obiettivo che certi interessi possono presentare» nell'ordine pubblico economico, i limiti del rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana rimandano «ai concreti interessi soggettivi dei singoli che, con chi esercita una attività economica privata, entrano o possono entrare in conflitto o comunque in rapporto»¹⁰⁰. L'alternativa fra *oggettività* degli interessi protetti dall'utilità sociale e *soggettività* di quelli protetti dalla libertà e dignità umana è ciò che ci induce ad accostare la prima clausola generale al motivo economico di licenziamento – come abbiamo argomentato nel paragrafo precedente – e i secondi diritti fondamentali al motivo disciplinare, in particolare sotto il profilo della tutela della dignità.

La dignità, questo dogma del diritto moderno e post-moderno, è certamente un architrave dell'ordine costituzionale nazionale, sovranazionale e internazionale. In questa sede possiamo soltanto rimandare alla letteratura (anche giuslavoristica) che di essa prova a tracciarne il profilo¹⁰¹. Ma proprio nella prospettiva del diritto del lavoro possiamo ancor meglio apprezzare una concezione del diritto alla «dignità» radicata nella base materiale del diritto costituzionale italiano; un diritto nel quale la dignità è «umana» e «sociale», al contempo. Anzi, se pensiamo che la dignità è espressamente richiamata in tre norme della Costituzione quali l'art. 3 (dove l'uguaglianza formale richiede pari dignità sociale), l'art. 36, comma 1 (dove la retribuzione deve assicurare una vita dignitosa) e – appunto - l'art. 41, comma 2, è difficile non riconoscere che si tratta di tre norme-chiave per il diritto costituzionale del lavoro, sicché la dignità costituzionale è una dignità che conforma lo statuto epistemologico del lavoro e del suo diritto¹⁰².

¹⁰⁰ M. LUCIANI, *La produzione economica privata...*, op. cit., 207.

¹⁰¹ Si rinvia, per tutti, a B. VENEZIANI, *Il lavoro tra l'ethos del diritto ed il pathos della dignità*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2010, 257 ss. e a V. FERRANTE, *Dignità dell'uomo e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2011, 211

¹⁰² In termini vedi le note di G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, Bari-Roma, 2016, spec. 165-170. Sulla declinazione «sociale» della dignità v. M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, cit., spec. 197-206. Sul nesso tra dignità e lavoro, v. anche S. RODOTA, *Homo dignus*, in *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, 2012, secondo cui si tratta di due principi che ben esprimono la condizione reale della persona, «per ciò che la

Per questa straordinaria potenza regolativa del comma 2 dell'art. 41 Cost., ribadiamo lo stupore provocato dalla riluttanza con la quale la dottrina giuslavoristica sembra aver sostanzialmente dimenticato tale norma, preferendo piuttosto appellarsi ad altre norme costituzionali, come quando la tutela dal licenziamento discriminatorio viene rapportata all'art. 2 Cost. (e non al rispetto della dignità umana dell'art. 41, comma 2, Cost.)¹⁰³. Un po' diversa – e più radicale – sembra essere, invece, la posizione di chi ha parlato di «collisione» fra art. 2 e art. 41, comma 1, Cost. a proposito del licenziamento disciplinare arbitrario, quasi a voler sottolineare la maggiore forza di resistenza dell'art. 2 Cost. sulla libertà d'impresa rispetto al comma 2 dell'art. 41 Cost.¹⁰⁴.

Naturalmente, ci guardiamo bene dal ridimensionare l'efficacia regolativa di tutte le norme costituzionali riconducibili alla tutela della persona che lavora. Vogliamo, tuttavia, rendere soltanto evidente che quando si tratta di licenziamento per motivi inerenti la persona c'è il limite generale del rispetto della dignità e libertà del lavoratore; non una dignità e libertà teorica, ma *socialmente definita* nella Costituzione attraverso la dimensione del lavoro: è il lavoro che consente di realizzare la «pari dignità sociale» e la sua inviolabilità costituisce «la misura giuridica della legittimità dell'agire economico»¹⁰⁵.

La dignità da salvaguardare nell'esercizio della libertà dell'impresa di licenziare consiste, dunque, nel consentire di tutelare la capacità produttiva dell'impresa medesima a fronte dell'inadempimento del lavoratore, ricorrendo alle sanzioni disciplinari e al licenziamento quando la capacità produttiva sia lesa da un inadempimento notevole. Al pari di quanto detto per il motivo economico, anche in questa prospettiva, l'ordinamento tutela la libertà dell'impresa (di licenziare) purché ciò non leda – in questo caso – la dignità e la libertà dei lavoratori¹⁰⁶. Se per il motivo economico, illegalità e illiceità dipendono dalla valutazione del giudice sulla consistenza del motivo per verificare se vi sia contrasto all'utilità sociale, così per il motivo personale spetta sempre alla valutazione del giudice valutarne la consistenza per verificare se vi sia contrasto alla dignità e libertà del lavoratore.

caratterizza nel profondo (la dignità) e per quel che la colloca nella dimensione delle relazioni sociali (il lavoro)» (184).

¹⁰³ M.T. CARINCI, *op. cit.*, 38.

¹⁰⁴ M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 48-49.

¹⁰⁵ Così S RODOTÀ, *op. cit.*, 153, il quale parla in proposito anche di «costituzionalizzazione della persona» oltre l'egemonia dei mercati (154).

¹⁰⁶ La necessità di un equilibrio tra i diritti fondamentali corrispondenti ai valori della sicurezza, della libertà, della dignità umana, con quello di iniziativa economica è evidenziata dalla già citata giurisprudenza costituzionale: Corte cost. 9 marzo 1989, n. 103, *cit.* Si rinvia al paragrafo 5.

Il «giudizio di adeguatezza del licenziamento» come applicazione generale del principio dell'*extrema ratio*, sia nel licenziamento economico sia in quello disciplinare¹⁰⁷, è una necessità di ordine costituzionale non solo per valutare se il licenziamento è legittimo o illegittimo, ma anche se è nullo per contrasto con norma imperativa. In altri termini, quando la Corte di Cassazione, con orientamento che ci sembra pacifico, sostiene che «l'operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicare le clausole generali come quella di cui all'art. 2119 c.c. o all'art. 2106 c.c., che dettano tipiche "norme elastiche", non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità, sotto il profilo della correttezza del metodo seguito nell'applicazione della clausola generale» e che «l'operatività in concreto di norme di tale tipo deve rispettare criteri e principi desumibili dall'ordinamento generale, a cominciare dai principi costituzionali e dalla disciplina particolare (anche collettiva) in cui la fattispecie di colloca»¹⁰⁸, non fa altro che collegare «norme elastiche», clausole generali e principi costituzionali, al punto che le categorie giuridiche del «notevole inadempimento» e della «proporzionalità» della sanzione, rappresentano il riflesso dei principi generali di dignità e libertà di cui al comma 2 dell'art. 41 Cost.

Nel vivace dibattito sul licenziamento disciplinare nel decreto 23, la dottrina quasi unanime ha subito ricondotto la prescrizione letterale «fatto materiale» contestato alla dimensione giuridica della rilevanza disciplinare del fatto; quindi ha cambiato il significato della parola «materiale» in «giuridico» per evitare che si arrivasse al paradosso che un licenziamento avrebbe potuto realizzarsi (seppur annullabile) anche per fatti privi di ogni rilevanza disciplinare¹⁰⁹. Ci preme richiamare questa operazione dottrinale di capovolgimento del significato della lettera di una norma (dove è scritto "materiale" e s'intende "giuridico") perché solo in questo modo si è potuto scongiurare un effetto parossistico della tutela dal licenziamento ingiustificato.

A nostro avviso, anche il problema dell'adeguatezza del licenziamento, cioè della proporzionalità del licenziamento, merita la stessa attenzione, tanto più perché ciò trova fondamento in norme imperative costituzionali. Secondo alcuni autori, la norma è chiara – ed in

¹⁰⁷ L. NOGLER, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 526.

¹⁰⁸ Cass. 13 dicembre 2010, n. 25144, ripresa testualmente da Cass. 14 aprile 2016, n. 7419, entrambe in *Banca Dati Pluris*.

¹⁰⁹ L. NOGLER, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in G. FERRARO (a cura di) *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, *Quaderni arg. dir. lav.*, n. 14, 2015, 33 ss.; R. ROMEI, *op. cit.*, 571; v. anche R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 280 ss. Per altri riferimenti bibliografici, si rinvia, in questo contributo, alla nt. 9.

effetti lo è - e esclude ogni valutazione di proporzionalità¹¹⁰. Eppure, altri hanno dovuto almeno riconoscere che ne «discende una conseguenza discutibile sul piano dell'equità»¹¹¹. Altri ancora, poi, riconoscendo l'illegittimità del licenziamento sproporzionato quando è causato da comportamenti di scarso rilievo disciplinare, hanno ipotizzato un'ulteriore responsabilità risarcitoria *ex art. 1218 c.c.*¹¹². Noi riteniamo che la «discutibile conseguenza» non sia inevitabile; sia, invece, da sanzionare perché contraria a norme imperative costituzionali. La violazione del principio di proporzionalità non è soltanto violazione dell'art. 2106 c.c. ai fini della valutazione dell'illegittimità ma permette al giudice di valutare se sussista illiceità del licenziamento per contrasto con la dignità e libertà del lavoratore (art. 41, comma 2, Cost.).

Ciò significa che anche nel caso di sproporzionalità, come nel caso di motivo economico, non sempre l'illegittimità è sinonimo di illiceità. È evidente che quando la sproporzione riguarda la valutazione della gravità di comportamenti che, seppur non ascrivibili al notevole inadempimento, ne siano comunque prossimi, allora possiamo parlare di illegittimità/annullabilità con la sanzione indennitaria; quando il comportamento sanzionato è di gravità tale da essere agevolmente riconducibile a una sanzione conservativa, allora si potrà parlare di illiceità/nullità con la reintegrazione. Perciò la violazione del principio di proporzionalità delle sanzioni quando queste sono previste dal codice disciplinare del contratto collettivo applicato è da considerare illecita, e il licenziamento nullo, non tanto perché le norme dei contratti collettivi sono imperative¹¹³, quanto perché in tal caso il datore di lavoro, applicando il contratto collettivo, accetta anch'egli un codice disciplinare che regola il rapporto di lavoro. Violare quel codice disciplinare con la sproporzione della sanzione, significa violare la dignità e la libertà di quel lavoratore garantita dall'adattamento ai rapporti di lavoro del principio penalistico *nulla pena sine lege*. D'altronde, che in gioco ci sia la dignità e libertà dei lavoratori quando si tratta di regole sulle sanzioni disciplinari dovrebbe essere evidente sin dalla intitolazione del Titolo I dello Statuto dei lavoratori.

¹¹⁰ R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 269 ss.; M. MARAZZA, *op. cit.*, 310 ss.

¹¹¹ R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 32.

¹¹² R. ROMEI, *op. cit.*, 570; v. anche L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, Torino, 2015, 114 ss.

¹¹³ Cfr. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti...*, *op. cit.*, 129.

E trattandosi di possibile nullità, ben potrà il giudice procedere d'ufficio, posto che la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto costituisce uno strumento per la tutela di valori costituzionalmente rilevanti¹¹⁴.

Ci si obietterà che l'art. 3, comma 2 del decreto 23, recita testualmente che al giudice «resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento». Ciò non esclude, a nostro avviso, che il giudice possa (debba) applicare un'interpretazione costituzionalmente orientata, perché costituzionalmente necessaria. A parte chi ha ritenuto di concentrare l'attenzione sulla questione della disparità di trattamento irragionevole fra nuovi e vecchi assunti per contrasto con l'art. 3 Cost.¹¹⁵, pochi autori hanno riflettuto sulla fondatezza costituzionale sotto il profilo della «sproporzionalità» del licenziamento; tuttavia, questi pochi ma autorevoli commentatori hanno almeno sollevato il dubbio¹¹⁶. Noi riteniamo che vadano raccolti e fugati i dubbi «in termini di "razionalità intrinseca" secondo i canoni ermeneutici connaturati a questo tipo di giudizio di legittimità costituzionale (congruità, proporzionalità, giustizia)»¹¹⁷. Anche in questo caso, come per il g.m.o., non si dovrebbe far altro che applicare comunque il principio insito nell'art. 18 St. lav.¹¹⁸, espressione legale di bilanciamento costituzionale.

L'accertamento della validità di una norma legislativa, attraverso l'interpretazione giudiziale, non riguarda, infatti, soltanto l'esame del suo *pedigree* formale, ma anche il giudizio sulla conformità o meno del suo

¹¹⁴ V. Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242, *cit.*, secondo cui «[...] Il potere del giudice di rilevare la nullità [...] è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost. [...])». In una recente sentenza la Cassazione ha pure affermato che «deve essere svolto anche d'ufficio l'apprezzamento relativo alla proporzionalità fra sanzione ed illecito disciplinare»: Cass. 26 maggio 2016, n. 10950, in *Banca Dati Pluris*.

¹¹⁵ S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 2015, n. 246.

¹¹⁶ L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lav. dir.*, 2015, 21: «solleva una questione di costituzionalità in ordine alla violazione dei principi generali di proporzionalità e adeguatezza, di cui la risalente versione – e ora implicitamente modificata – dell'art. 2106 c.c. costituiva un mero inveroamento»; M.V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. dir.*, 2015, 51: «sul fondamento costituzionale della salvaguardia dei diritti fondamentali del lavoratore non è neppure il caso di soffermarsi, tanto appropriato risulta il richiamo all'art. 3, comma 2, all'art. 4, nonché all'art. 41, comma 2 Cost.».

¹¹⁷ A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 425.

¹¹⁸ Cfr. V. SPEZIALE, *Il licenziamento disciplinare*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2014, 363 ss. v. anche F. AIELLO, *Alcune questioni in tema di licenziamento per motivi disciplinari*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2014, 381 ss.

contenuto rispetto a quello dei principi costituzionali. E che ciò possa essere qualificato come 'creazione' di diritto, almeno nel suo significato pratico-concreto, è un dato di fatto, «verità banale»¹¹⁹ del nostro ordinamento giuridico: i testi normativi non sono 'il diritto', ma 'parti del diritto'¹²⁰ e accanto al diritto dei testi c'è il diritto dei giudici.

A poco o nulla valgono i tentativi più o meno espliciti del legislatore di depotenziare il ruolo dei giudici e gli spazi di intervento, tanto più se si tratta di leggi che coinvolgono diritti fondamentali (quali quelli del lavoro): spetta anche al potere giudiziario – sia pure in via sussidiaria - assicurare quel grado minimo di tutela che la natura fondamentale di tali diritti esige in capo alla sfera pubblica¹²¹.

Se non si adottasse un'interpretazione costituzionalmente orientata del decreto 23 non resterebbe che una alternativa: sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione della dignità e libertà dei lavoratori, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost.¹²².

¹¹⁹ R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2006, 18.

¹²⁰ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 213, parla del diritto come non più di proprietà di uno solo, il legislatore, ma «oggetto delle cure di tanti».

¹²¹ Sul ruolo di garanzia assolto dal potere giudiziario v., da ultimo, L. FERRAJOLI, *Luria paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, spec. 140 ss.

¹²² Ci sembra pervenire a conclusione analoga O. RAZZOLINI, *I nuovi confini della discrezionalità del giudice in materia di lavoro a termine e licenziamento*, in *Lav. dir.*, 2016, n. 3 (di prossima pubblicazione, consultato in dattiloscritto), secondo la quale il rilievo costituzionale è attribuito non al conseguimento e alla conservazione del lavoro, bensì alla dignità della persona che il lavoro, in base agli artt. 2, 4 e 35 Cost., contribuisce a realizzare, rinviando a sentenze della Corte costituzionale nelle quali si afferma che «gli artt. 4 e 35 rispecchiano il valore riconosciuto al lavoro, nel quale si manifesta anche la dignità e la libertà di scelta della persona» (così Corte. cost., 22 ottobre 1999, n. 390, in *Foro it.*, 2000, I, 1064).