

## Le Riforme del lavoro e le idee dei giuristi

Maria Lavinia Buconi

1. Riduzione delle tutele ed esigenze di riqualificazione del licenziamento.	8
2. Il licenziamento nullo.	10
2.1 Gli “altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge”.	10
2.2 Nullità virtuali; casistica.	12
2.3 Recesso datoriale intimato in violazione dell’art. 2096 c.c.	18
3. Motivo illecito, licenziamento ritorsivo e assimilabilità al licenziamento discriminatorio.	19
4. Il licenziamento per disabilità fisica o psichica e per superamento del periodo di comporto.	22

## 1. Riduzione delle tutele ed esigenze di riqualificazione del licenziamento.

A meno di tre anni dall'entrata in vigore della legge 28 giugno 2012, n. 92, il d.lgs. 20 febbraio 2015, n.23 ha nuovamente riscritto il sistema sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi, mantenendo in favore dei lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 la tutela reintegratoria piena per i licenziamenti nulli, orali e discriminatori, limitando la tutela reintegratoria attenuata alle sole ipotesi di licenziamenti disciplinari in caso di diretta dimostrazione in giudizio dell'insussistenza del fatto materiale e prevedendo una tutela meramente indennitaria sia per la mancanza di giusta causa e giustificato motivo sia per i vizi formali (rispettivamente da un minimo di 4 ad un massimo di 24 mensilità e da un minimo di 2 ad un massimo di dodici mensilità).

Il legislatore del 2015 non è dunque intervenuto sui concetti di giusta causa e giustificato motivo, ma solo sul regime di tutela, ed ha continuato a modulare le sanzioni in base alla tipologia del vizio, modificando sia il *quantum* dell'indennità risarcitoria, sia il parametro di calcolo.

In particolare, pur avendo riproposto l'articolazione del regime delle tutele su quattro livelli analogamente all'art. 18 l. n. 300/70 (come modificato dalla l. n.92/2012), il d.lgs. n.23/2015 ha notevolmente circoscritto l'ambito applicativo della tutela reintegratoria attenuata, che l'art. 18 l. n. 300/70 aveva previsto per specifiche ipotesi di licenziamento disciplinare e di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ed ha stabilito criteri di tipo meramente aritmetico per il calcolo dell'indennità spettante al lavoratore (non più commisurata alla retribuzione globale di fatto, ma all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR)<sup>1</sup>.

Absolutamente significativa la riduzione del livello di tutela introdotta dal d. lgs. n.23/2015 anche dal punto di vista quantitativo: la misura dell'indennità in caso di mancanza di giusta causa o di giustificato motivo è di 4 mensilità per il primo anno di servizio, mentre l'art.18 c.5 l. n.300/70 per la medesima tipologia di vizi aveva stabilito la misura minima dell'indennità in 12 mensilità; in forza delle nuove disposizioni occorrono dunque cinque anni di servizio per arrivare a 12 mensilità e undici anni di servizio per arrivare a 24 mensilità.

Considerevole anche l'arretramento della tutela minima per i vizi formali: la relativa indennità va da un minimo di 2 ad un massimo di 12 mensilità, mentre l'art.18 c.7 prevede in tali ipotesi per i vecchi assunti un importo che va da un minimo di 6 ad un massimo di 12 mensilità (per le piccole imprese la misura dell'indennità è ridotta della metà, e va da un minimo di 2 ad un massimo di 6 mensilità per i vizi sostanziali, e da 1 a 6 mensilità per i vizi formali).

A fronte del notevolissimo impatto delle nuove disposizioni sulla tipologia e sull'entità delle sanzioni applicabili ai licenziamenti illegittimi, i confini della nullità sono destinati ad assumere una rilevanza anche maggiore rispetto al passato (già con l'entrata in vigore dell'art. 18 l. n.300/70 come modificato dalla l. n. 92/2012, avevano assunto una notevole incidenza, anche sotto il profilo della discriminatorietà<sup>2</sup>: nel sistema previgente per il licenziamento discriminatorio era infatti previsto lo stesso tipo di tutela riservato al licenziamento ingiustificato, in quanto ai fini della reintegra assumeva rilievo solo il requisito dimensionale).

---

<sup>1</sup> Con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 2120 c.c., le parti sociali possono escludere determinati emolumenti dalla base di calcolo dell'indennità risarcitoria, come evidenzia G. MIMMO, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il decreto legislativo 4 marzo 2015 n. 23 (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, in *Giustizia Civile.com* 4/2015, 12.

<sup>2</sup> In questo senso 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"*, Padova, 2016, 154.

Ai fini della qualificazione del licenziamento, non è infatti vincolante il motivo formalmente addotto dal datore di lavoro<sup>3</sup>: a fronte delle ragioni di doglianza dedotte nel ricorso, il giudice è tenuto a verificare la sussistenza delle violazioni prospettate<sup>4</sup>, applicando la tutela reintegratoria piena nel caso in cui ne ricorrano i presupposti.

In questa direzione si erano già orientate diverse pronunce giurisprudenziali nella vigenza dell'art. 18 l. n.300/70 come modificato dalla l. n. 92/2012, ritenendo che un recesso datoriale intimato per giusta causa o per giustificato motivo possa configurarsi in realtà come un licenziamento in frode alla legge o discriminatorio, oppure intimato per motivo illecito determinante<sup>5</sup>.

Fin dalle prime decisioni dei giudici di merito in tema di licenziamenti comminati in regime di Jobs Act ha dunque continuato ad affermarsi la centralità del ruolo del giudice nella qualificazione del licenziamento; i primi pronunciamenti hanno infatti affrontato le questioni della riconducibilità del licenziamento per motivo illecito determinante agli "altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge" di cui all'art. 2 d. lgs. n.23/2015, della tassatività dei fattori di rischio, della ripartizione degli oneri probatori nel licenziamento discriminatorio e della sua assimilabilità al licenziamento

<sup>3</sup> L'art. 2 del d. lgs. n. 23/2015 prevede infatti l'applicazione della tutela reintegratoria piena "indipendentemente dal motivo formalmente addotto" dal datore di lavoro nei casi di licenziamento nullo ("perché discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n.300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge").

<sup>4</sup> A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?* in A. PERULLI e L. FIORILLO (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Torino, 2015, 43 evidenzia in proposito che il recesso datoriale potrebbe dissimulare un motivo pretestuoso o fraudolento, donde l'esigenza di riqualificazione del vizio e della conseguente sanzione.

<sup>5</sup> Sono state riconosciute come ipotesi di frode alla legge il licenziamento del lavoratore in prova posto in essere al solo fine di aggirare la normativa in materia di assunzioni obbligatorie (Cass., 27 ottobre 2010, n.21965) e la cessazione di attività in luogo del trasferimento di azienda (Cass. 7 febbraio 2008, n.2874 in *RIDL*, 2008, II, 641). In generale, secondo Cass., 4 gennaio 2016, n.21, in *GI*, 2016, 659, il giudice, anche di impugnazione, che ometta di pronunciarsi, anche d'ufficio, sulla possibilità che un licenziamento intimato per giusta causa possa essere qualificato in termini di licenziamento per giustificato motivo soggettivo incorre nella censura di omessa pronuncia ai sensi dell'art. 112 c.p.c. (la medesima sentenza ha ribadito che giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento costituiscono mere qualificazioni giuridiche di comportamenti ugualmente idonei a legittimare la cessazione del rapporto di lavoro, l'uno con effetto immediato e l'altro con preavviso; ciò abilita il giudice a qualificare un licenziamento per giusta causa come licenziamento per giustificato motivo soggettivo senza violare l'art.112 c.p.c., dal momento che nelle più ampie pretese economiche collegate dal lavoratore all'annullamento del licenziamento ritenuto ingiustificato ben può ritenersi compresa quella di minore entità: nella domanda del datore di lavoro al giudice di appello di dichiarare la legittimità della risoluzione del rapporto per giusta causa deve ritenersi ricompresa la minor domanda di risoluzione dello stesso rapporto per giustificato motivo soggettivo). Il medesimo orientamento era stato espresso da Cass., 4 settembre 2014, n.18678, in *FI*, 2014, 3474, secondo cui anche in sede di impugnazione è ammissibile la conversione del licenziamento per giusta causa in licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in quanto le dette causali del recesso datoriale costituiscono mere qualificazioni giuridiche di comportamenti ugualmente idonei a legittimare la cessazione del rapporto di lavoro, ferma restando l'immutabilità della contestazione, e persistendo la volontà del datore di risolvere il rapporto; nello stesso senso Cass., 9 giugno 2014, n.12884 e Cass., 17 gennaio 2008, n.837 in *NGL*, 2008, 624. Con riferimento all'adempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro Cass., 26 maggio 2001, n. 7185 e Cass., 9 ottobre 1996, n. 8836, avevano in precedenza affermato che le fattispecie del licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo sono in rapporto di specialità, e unico è il potere di recesso da esse determinato (regolato nei suoi effetti dalla legge e non dalla volontà del recedente), con la conseguenza che, sussistendo i presupposti del giustificato motivo, ma non anche quelli del licenziamento per giusta causa, l'intimato licenziamento in tronco non è invalido, ma produce i suoi effetti alla scadenza del periodo di preavviso, e la possibilità della sua relativa riqualificazione come licenziamento per giustificato motivo va verificata dal giudice anche d'ufficio – pena il difetto di motivazione – nel momento in cui esclude la configurabilità di una giusta causa. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014 n. 26242 in *FI*, 2015, I, 862, ha peraltro affermato il principio della legittimità del rilievo officioso del giudice di una causa diversa di nullità rispetto a quella sottoposta al suo esame dalla parte; ma si vedano anche Cass., 1 dicembre 2010, n.24339, secondo cui il potere del giudice di qualificazione della domanda nei gradi successivi al primo va coordinato con i principi propri del sistema delle impugnazioni, sicché deve intendersi precluso al giudice di appello di mutare d'ufficio, violando il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, la qualificazione ritenuta dal primo giudice in mancanza di gravame sul punto ed in presenza, quindi, del giudicato formatosi su tale qualificazione, e Cass., 3 luglio 2015, n.1373, la quale ha precisato che qualora il lavoratore, impugnato il licenziamento, agisca in giudizio deducendo il difetto di giusta causa o giustificato motivo, l'eventuale motivo discriminatorio o ritorsivo, pur ricavabile da circostanze di fatto allegate, integra un ulteriore, e non già compreso, motivo di illegittimità del recesso, come tale non ricavabile d'ufficio dal giudice e neppure configurabile come mera diversa qualificazione della domanda.

ritorsivo.

## 2. Il licenziamento nullo.

### 2.1 Gli “altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge”.

L’art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 prevede la tutela reintegratoria piena per il licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale, analogamente all’art. 18, commi 1 e 2, l. n.300/70, da cui si differenzia innanzitutto per il mancato riferimento ai dirigenti (con la conseguente applicazione ai medesimi della disciplina sostanziale di cui ai primi tre commi dell’art. 18, l. n. 300/1970, e della disciplina processuale di cui all’art. 1, commi 47 ss., l. n. 92/2012)<sup>6</sup>, e per il richiamo “agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge”<sup>7</sup>.

Non si pongono particolari questioni per le ipotesi di nullità elencate nell’art. 18, comma 1, l. n. 300/70, ancorché non pedissequamente riportate nel testo dell’art. 2 d.l.gs. n.23/2015, essendo espressamente riferite al recesso datoriale<sup>8</sup>; va invece verificato se la tutela reintegratoria piena trovi applicazione anche nei casi in cui il licenziamento sia nullo in base alla disciplina generale degli atti negoziali<sup>9</sup>, oppure sia confliggente con principi di rango costituzionale o sovranazionale<sup>10</sup>.

Secondo una prima tesi, l’art.2 del d.lgs. n.23/2015 avrebbe ridotto l’estensione dell’area della tutela reintegratoria piena, richiedendo una previsione espressa di nullità per il licenziamento<sup>11</sup>; ne deriverebbe l’applicabilità della tutela di diritto comune<sup>12</sup> (in forza della quale il risarcimento del danno è dovuto dalla data della messa in mora) alle ipotesi di nullità del licenziamento per violazione delle norme generali sugli atti negoziali.

In senso contrario, è stato tuttavia evidenziato che l’art. 1418 c.c. prevede espressamente la nullità per contrarietà a norma imperativa e che tale disposizione è applicabile, in forza del richiamo

<sup>6</sup> La riflessione è di G. MIMMO, *op. cit.*, 8.

<sup>7</sup> Piuttosto che alla mera riconducibilità “agli altri casi di nullità previsti dalla legge” di cui all’art. 18, comma 1, l. n. 300/70: M. TIRABOSCHI - G. GAMBERINI (a cura di), *Il Punto La disciplina dei licenziamenti dopo il Jobs Act*, in *GL*, 18, 2015, X sottolineano la diversità nella formulazione delle due norme.

<sup>8</sup> G. MIMMO, *op. cit.*, 11 evidenzia che tutte le ipotesi disciplinate dall’art.18 primo comma Stat. Lav. costituiscono ipotesi di nullità espressamente previste.

<sup>9</sup> Pone la questione in questi termini M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *ADL*, 2, 2015, 335; M. BIASI, *op. cit.*, 160 ritiene che la previsione di cui all’art.2 d.lgs. n.23/2015 ricomprenda le ipotesi di nullità previste dall’art. 18 c. 1 l. n.300/70, tra cui quella di cui all’art. 1345 c.c., oltre alle nullità virtuali o strutturali del recesso.

<sup>10</sup> P. SORDI, *Il licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale*, relazione al Convegno sul Jobs Act organizzato a Roma dalla Paradigma srl il 14 aprile 2015, pag. 6 del dattiloscritto, esemplifica in relazione a fattispecie di licenziamento lesive di diritti costituzionalmente garantiti, propendendo per l’irrelevanza dei casi di contrasto con prescrizioni generali dell’ordinamento costituzionale o sovranazionale, a fronte del testuale riferimento a casi di nullità espressamente previsti dalla legge; mentre secondo S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP D’Antona*, 246/2015, 7, per esigenze di coerenza del sistema dovrebbe ritenersi operante, ai fini della disposizione in commento, il principio secondo cui la violazione di ogni norma imperativa dell’ordinamento civilistico dovrebbe comportare come conseguenza la nullità, o altrimenti potrebbe ritenersi applicabile il rimedio residuale e generale della reintegra di diritto comune.

<sup>11</sup> Si sono espressi in favore di tale orientamento T. TREU, *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *GL*, 3, 2015, 14 e C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato* in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA E A. VALLEBONA (a cura di), *Jobs Act e Licenziamento*, Torino 2015, 18.

<sup>12</sup> In questo senso M. BASILICO, *Il licenziamento nullo*, in L. DI PAOLA (a cura di), in *Il licenziamento, Dalla legge Fornero al Jobs Act*, Milano, 2015, 111, il quale, dopo avere evidenziato che nella tutela di diritto comune manca l’ordine di reintegra, la misura minima del danno risarcibile e il diritto di opzione del lavoratore per l’indennità sostitutiva della reintegra, afferma che l’applicazione della tutela di diritto comune ai licenziamenti nulli secondo le norme civilistiche comporterebbe un assetto incerto ed eterogeneo delle tutele, considerando la variabilità dei costi del recesso in ragione della data della messa in mora.

contenuto nell'art. 1324 c.c., anche agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale<sup>13</sup>.

Dal punto di vista testuale, l'avverbio "espressamente" potrebbe comunque spiegarsi con la maggiore sinteticità della formula utilizzata dall'art. 2 d.lgs. n. 23/2015 rispetto all'art. 18 c. 1<sup>14</sup>.

Tale opzione interpretativa, oltre a garantire l'uniformità delle tutele, si colloca in una prospettiva ermeneutica costituzionalmente orientata (la tesi opposta si scontra con le censure sull'eccesso di delega: l'art. 7, lett. c) della l. 10 dicembre 2014, n. 183 non ha infatti richiesto che la nullità debba essere espressamente prevista dalla legge, ed ha previsto la specificità delle ragioni per la reintegra solo nelle ipotesi di recesso ingiustificato)<sup>15</sup>.

Deve pertanto ritenersi che le ipotesi di nullità previste dagli artt. 1418 c.c., 1343 c.c.<sup>16</sup>, 1344<sup>17</sup> c.c. e 1345 c.c., pur non essendo riferite alla specifica materia del licenziamento, siano riconducibili all'art. 2 d.lgs. n. 23/2015<sup>18</sup> e che pertanto, ove il lavoratore lamenti la violazione di tali norme, il giudice sia tenuto ad applicare la tutela reintegratoria piena nel caso in cui ritenga fondate tali doglianze.

Tale orientamento ha peraltro trovato piena applicazione in una delle prime pronunce dei giudici di merito sui licenziamenti in regime di Jobs Act: il Tribunale di Roma, con ordinanza del 4 aprile 2016<sup>19</sup>, in un giudizio in cui il lavoratore, assunto dopo il 7 marzo 2015, e licenziato per motivi

<sup>13</sup> P. SORDI, *op. cit.*, pag. 6 ss. del dattiloscritto, evidenzia che le disposizioni di cui agli artt. 1344 e 1345 c.c. prevedono specificamente la sanzione della nullità per i vizi riguardanti il motivo illecito determinante e la frode alla legge; ritiene che tale nullità non sia dissimile, sul piano strutturale da quella stabilita, ad esempio, per il licenziamento intimato in prossimità del matrimonio. In senso analogo M. L. BUCONI, *Tutele crescenti: il sistema sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi secondo il D. Lgs. n.23/2015*, in *LG*, 2015, 994; anche A. PERULLI, *op. cit.*, 40 ritiene che la violazione di norme imperative, quali gli artt. 2112 e 1344 c.c. comporti l'applicazione delle tutele di cui all'art. 2 d. lgs. n. 23/2015, stante il disposto dell'art. 1418 c.c. .

<sup>14</sup> In questo senso M. BASILICO, *op. cit.*, 113 e G. MIMMO, *op. cit.*, 10.

<sup>15</sup> M. TIRABOSCHI - G. GAMBERINI (a cura di), *op. cit., ibidem*, e M. BASILICO, *op. cit.*, 112 ritengono che l'art. 2 d.lgs. n. 23/2015 sia viziato da eccesso di delega, atteso che il riferimento ai licenziamenti nulli nella l. n. 183/2014 è in termini assoluti, non essendo richiesto dall'art. 7, lett. c) della medesima legge che la nullità sia espressamente prevista dalla legge.

<sup>16</sup> Accedendo alla tesi più restrittiva, il licenziamento del lavoratore in prova posto in essere al solo fine di eludere la normativa in materia di assunzioni obbligatorie, attualmente qualificata dalla Suprema Corte (Cass. n. 21965 del 27 ottobre 2010 cit.) come licenziamento in frode alla legge, rimarrebbe fuori dall'alveo della tutela reintegratoria.

<sup>17</sup> Sono state riconosciute come ipotesi di frode alla legge oltre alle fattispecie già citate del licenziamento del lavoratore in prova posto in essere al solo fine di aggirare la normativa in materia di assunzioni obbligatorie (Cass. 27 ottobre 2010 n. 21965 cit.), la cessazione di attività in luogo del trasferimento di azienda (Cass. 7 febbraio 2008, n. 2874 cit.), il giustificato motivo oggettivo formalmente addotto a fondamento del recesso datoriale in luogo di quello disciplinare effettivo (in questo senso A. PERULLI, *op. cit.*, 41 ss. e M. BASILICO, *op. cit.*, 120 e M. BIASI, *op.cit.*, 173), nonché il licenziamento intimato al fine di eludere l'applicazione dell'art. 54 d.lgs. n. 81/2015, secondo cui per ottenere la sanatoria delle irregolarità pregresse a fronte della stabilizzazione di un precedente rapporto di collaborazione coordinata e continuativa o a partita IVA, il datore di lavoro non può recedere per almeno un anno, se non per giusta causa o giustificato motivo (l'esempio è di M. BIASI, *op.cit.*, 173). Sono stati altresì ricondotti alla frode alla legge il licenziamento disciplinare per un fatto di risibile rilievo (ad es. il ritardo di pochissimi minuti del lavoratore); si vedano in proposito P. SORDI, *Il nuovo art.18 della legge n.300/70* in L. DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro*, Milano, 2013, 288; A. VALLEBONA, *Jobs Act e Licenziamento* in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA E A. VALLEBONA (a cura di), *Jobs Act e Licenziamento*, Torino, 2015, 89; M. TATARELLI, *Il regime del licenziamento nel contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2015, 534; R. RIVERSO, *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd Jobs Act*, in *Questione Giustizia* 3/2015, 17; R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clause elastiche, "fatto" contestato*, in *ADL* 2/2015, 280. Con ordinanza del 24 luglio 2013, in *RIDL*, I, 2014, 159 il Tribunale di Bologna ha affermato che nel caso in cui risulti provata la sussistenza del fatto di scarsa rilevanza disciplinare (come il ritardo di dieci minuti), non essendo tale mancanza idonea a giustificare una giusta causa o un giustificato motivo, trova applicazione la tutela di cui all'art. 18 c. 4 l. n. 300/70.

<sup>18</sup> A. VALLEBONA, *op. cit.*, 88 ss. ritiene che la mancata previsione del licenziamento per motivo illecito e dei licenziamenti vietati per matrimonio e per maternità abbia carattere solo estrinseco e formale, in quanto, essendo viziati da nullità sono ricompresi nell'ambito dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 23/2015; evidenzia inoltre che il fatto manifestamente insufficiente a motivare il recesso determina la nullità del licenziamento per frode alla legge.

<sup>19</sup> Pubblicata in *LPO* 2016, 9-10, 574, con nota di M. SALVAGNI; inoltre il Tribunale di Roma, con sentenza n. 4517/2016, in *RGL*, 2016, 528 con nota di M. SALVAGNI, in altre fattispecie in cui il lavoratore, assunto dopo il 7 marzo 2015, e licenziato per motivi disciplinari,

disciplinari, aveva dedotto la discriminatorietà e la ritorsività del licenziamento, ha ritenuto che l'art. 1418 c.c., attraverso il richiamo all'illiceità dei motivi ai sensi dell'art. 1345 c.c., individui ipotesi di nullità espressamente previste dalla legge; considerando che in forza dell'art. 1324 c.c. la norma si applica anche ai negozi unilaterali, ha inoltre affermato che il licenziamento ritorsivo si configura come una ipotesi di negozio unilaterale nullo per illiceità dei motivi, costituendo in tal caso il recesso datoriale l'ingiusta ed arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore<sup>20</sup>.

In una prospettiva analoga sembra collocarsi la pronuncia del Tribunale di Taranto del 21.4.2017: in una fattispecie in cui il licenziamento del lavoratore era stato motivato tanto con il mancato rispetto, da parte del prestatore, delle disposizioni datoriali, quanto con l'assenza di commesse, il giudice adito ha affermato che l'assenza di una contestazione disciplinare specifica esclude in radice la sussistenza di qualsiasi fatto materiale ed ha inoltre ritenuto che il giustificato motivo oggettivo fosse stato concretamente addotto in modo generico e pretestuoso, in assenza di un substrato fattuale sussistente e verificabile; ha dunque statuito che un giustificato motivo oggettivo del tutto inesistente e pretestuoso si traduce nell'utilizzo distorto del potere datoriale di recesso, comportandone la nullità per frode alla legge.

In particolare, ha ritenuto che, a fronte del carattere imperativo dell'art. 3 c. 2 d. lgs. n. 23/2015, l'intento fraudolento è costituito dalla volontà del datore di lavoro di sottrarsi alla tutela reale derivante dal riconoscimento dell'insussistenza del fatto materiale contestato.

## 2.2 Nullità virtuali; casistica.

Più in generale, si pone la questione dell'applicabilità dell'art.2 d.lgs. n. 23/2015 ai lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 nelle ipotesi di licenziamenti intimati in violazione di norme che, pur non consentendo il recesso datoriale, non prevedono una specifica sanzione.

Si pensi, ad esempio, alla violazione delle disposizioni contenute negli artt. 3, comma 3 e nell'art. 5 d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61<sup>21</sup>, nonché alla violazione dell'art. 4 l. 12 giugno 1990, n. 146<sup>22</sup>, o, ancora, a licenziamenti intimati senza giusta causa o giustificato motivo entro i dodici mesi a lavoratori stabilizzati, in violazione dell'art. 54 c.1, lett. b), d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81; tali divieti non sono infatti sanzionati da nullità espressa.

La questione si pone anche in relazione a licenziamenti intimati a lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, in violazione dell'art. 2112 c. 4 c.c., secondo cui il trasferimento di azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento.

---

aveva lamentato la discriminatorietà e la ritorsività del licenziamento, ha effettivamente ritenuto il carattere ritorsivo del recesso datoriale (in quanto intimato per gli stessi fatti per i quali al lavoratore erano già state irrogate sanzioni conservative; lo ha dunque qualificato come reazione all'impugnativa delle medesime da parte del lavoratore, in assenza di ulteriori comportamenti idonei a fondare il recesso) ed ha applicato la tutela reintegratoria piena di cui all'art. 2 d. lgs. n.23/2015, evidenziando che tale norma si riferisce tanto ai licenziamenti discriminatori quanto a quelli riconducibili agli "altri casi di nullità previsti dalla legge".

<sup>20</sup> Nella fattispecie dedotta in giudizio, non ha comunque comunque ravvisato né il carattere discriminatorio, né il carattere ritorsivo del licenziamento disciplinare intimato alla lavoratrice ricorrente.

<sup>21</sup> I quali prevedono rispettivamente che l'eventuale rifiuto del lavoratore di effettuare prestazioni di lavoro supplementare non costituisce infrazione disciplinare, né integra gli estremi del giustificato motivo di licenziamento e che il rifiuto di un lavoratore di trasformare il proprio rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale, o il proprio rapporto di lavoro a tempo parziale in rapporto a tempo pieno, non costituisce giustificato motivo di licenziamento; la disposizione di cui all'art. 5 d. lgs. n. 61/2000 è stata peraltro pedissequamente riprodotta dall'art.8 c. 1 del d.lgs. 15 giugno 2015, n.81.

<sup>22</sup> Tale norma vieta l'applicazione di un provvedimento espulsivo nei confronti di un lavoratore che si sia astenuto dal lavoro in violazione delle disposizioni di cui ai precedenti artt. 2 e 3.

In assenza di specifiche previsioni di nullità dei recessi datoriali intimati in violazione delle disposizioni fin qui richiamate, si tratta di verificare se tali norme hanno carattere imperativo<sup>23</sup>, ricordando che il giudice di legittimità ha ricondotto alla categoria della nullità virtuale i soli casi di violazione di norme che presidiano la validità del contratto, comprese quelle da cui deriva il divieto di concludere il contratto; in particolare ha statuito che in difetto di espressa previsione in tal senso (“nullità virtuale”), ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinare la nullità, e non già la violazione di norme, anch’esse imperative riguardanti il comportamento dei contraenti, la quale può essere fonte di responsabilità<sup>24</sup>.

In espressa applicazione di tali principi, la Suprema Corte ha escluso la nullità del contratto sia quando risulti prevista una diversa forma di invalidità (ad esempio l’annullabilità), sia quando la legge assicuri l’effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> M. BASILICO, *op.cit.*, 114 ss. evidenzia comunque che la contrarietà a norme imperative costituisce una forma di contrapposizione con l’ordinamento giuridico meno forte dell’illiceità (la quale si configura quando un atto si pone in diretto conflitto con valori fondamentali dell’ordinamento) e non sempre sanzionata dalla nullità, a fronte della riserva contenuta nell’ultima parte dell’art. 1418 c.c. Anche D. CONTE, *La nullità “virtuale” del licenziamento nel primo comma del novellato articolo 18*, in *Giustizia Civile. com* 3, 2016, 1, afferma che non a tutte le violazioni di disposizioni imperative consegue la nullità, evidenziando che l’art. 1418 c.c. richiede che il negozio in sé sia vietato da norma imperativa, in quanto contrario a ragioni di ordine pubblico in relazione alla finalità cui è rivolto o in rapporto ai suoi presupposti essenziali, e che va comunque verificato se la materia del licenziamento sia retta da “sottoprinциpi speciali di sistema”. Il medesimo autore sottolinea inoltre che applicare l’art. 1418 c.c. alle disposizioni di carattere formale e procedurale inerenti al licenziamento pone la questione della giustificazione del diverso trattamento riservato dal novellato art. 18 c. 6 ai tre vizi formali-procedurali ivi considerati, mentre nessun altro vizio dello stesso tipo diverso dalla mancanza della forma scritta trova più grave considerazione; propone pertanto un’interpretazione dell’art. 18 c. 1 l. n. 300/70 che tenga presente la portata della disposizione in ambito lavoristico, con particolare riferimento alla disciplina specifica di settore, ed evidenzia la necessità di salvaguardare il canone di ragionevolezza. P. SORDI, *La tutela applicabile in caso di licenziamento disciplinare viziato per tardiva contestazione dell’addebito disciplinare*, in corso di pubblicazione in *Giustizia Civile. com* (nota a Cass., 31 gennaio 2017, n. 2513) osserva che, nonostante possa apparire ragionevole la previsione di una contenuta tutela di tipo esclusivamente economico nell’ipotesi in cui il recesso datoriale sia affetto solo da vizi di forma o di procedura, in alcune ipotesi tali vizi possono implicare la lesione di garanzie fondamentali previste dall’ordinamento in favore del lavoratore; distinguendo tra i vizi della contestazione che si riflettono sulla precisa individuazione del fatto addebitato (vizi che, secondo l’autore, comportano l’insussistenza del fatto, a meno che lo stesso fatto non venga specificato in sede di comunicazione del licenziamento) e quelli che non precludono la suddetta individuazione, evidenzia pertanto che, a seconda delle ulteriori circostanze del caso concreto, può ravvisarsi, nel caso di contestazione disciplinare tardiva, un intento fraudolento volto ad ottenere un provvedimento espulsivo nei confronti del lavoratore o un motivo illecito di ritorsione contro legittimi comportamenti del dipendente, donde l’applicazione della tutela reintegratoria piena di cui all’art. 18 c. 1 per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 e dell’art. 2 d.lgs. n.23/2015 per i nuovi assunti. In ordine ai licenziamenti collettivi, va ricordato che secondo Cass., 9 ottobre 2000, n.13457, le disposizioni di cui alla L. n. 223/91 hanno carattere imperativo; va dunque verificata l’applicabilità della tutela reintegratoria piena tanto ai vecchi assunti quanto ai nuovi assunti nel caso di recessi datoriali intimati con la totale omissione della suddetta procedura nel caso in cui sussistessero i presupposti per attivarla (il vizio relativo alla “violazione delle procedure” di cui agli artt. 1 c. 46 L. n. 92/2012 e 11 d. lgs. n. 23/2015 sembra infatti riferito a *quomodo* e non all’*an* della procedura).

<sup>24</sup> Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724; tali principi sono stati sostanzialmente ribaditi da Cass., 21 aprile 2016, n. 8066, secondo cui, in tema di nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, l’area delle norme inderogabili di cui all’art. 1418, comma 1, c.c., ricomprende, oltre alle norme relative al contenuto dell’atto, anche quelle che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive e soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipula stessa del contratto ponendo la sua esistenza in contrasto con la norma imperativa.

<sup>25</sup> In questo senso Cass. Sez. 6-3, 14 dicembre 2010 ord. n.25222. Secondo Cass., 26 novembre 2015, n. 24157, commentata da D. CONTE in *Giustizia Civile.com*, 3, 2016, 1, l’art. 55 bis c. 4 del d. lgs. n.165/2001, che disciplina il procedimento di contestazione dell’addebito, ha carattere di norma imperativa, essendo così definito dallo stesso art. 55 comma 1; la medesima pronuncia ha inoltre affermato che la violazione di norme imperative è sempre sanzionata da nullità, “salvo che la legge disponga diversamente” ai sensi dell’art. 1418 c.1, c.c., non rilevando in contrario la circostanza che il comma 2 ultimo periodo dell’art. 55 prevede la decadenza dall’azione disciplinare nel caso di violazione dei termini ivi previsti. La Suprema Corte ha infatti argomentato che la legge può ben prevedere la decadenza dall’azione disciplinare per violazione dei termini di cui all’art. 55 bis, comma 2, e la nullità per violazione dello stesso art. 55 bis, letto in combinato disposto con l’art. 1418 c.c. (nella fattispecie dedotta in giudizio, il licenziamento era stato intimato sulla base della determinazione di un solo componente, mentre l’Ufficio competente per i procedimenti disciplinari di cui all’art. 55 c. 4 d. lgs. n.165 del 2001 era previsto come collegiale secondo l’ordinamento interno dell’ente).

Secondo il giudice di legittimità, la rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali è estensibile a quelle cosiddette "di protezione", da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia, come una "*species*" del più ampio "*genus*" rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali come il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.)<sup>26</sup>.

In dottrina, è stata ritenuta l'applicabilità della tutela reintegratoria piena di cui all'art. 2 d. lgs. n. 23/2015, ai licenziamenti intimati in violazione dell'art. 5 c. 1 d.lgs. n. 61/2000 e dell'art. 4 c. 1 l. n. 146/90, in ragione del tenore delle richiamate disposizioni, che precludono l'estinzione del rapporto di lavoro<sup>27</sup>; secondo una diversa impostazione, rimarrebbero esclusi dalla tutela reintegratoria piena i licenziamenti che non violano norme a tutela del posto di lavoro o per i quali siano apprestate altre misure (art. 3, commi 3 e 7, e art. 5 comma 1 d.lgs. n. 61/2000)<sup>28</sup>.

Se l'espressa esclusione dell'applicabilità di sanzioni disciplinari che comportino misure estintive del rapporto nei confronti di lavoratori che si siano astenuti dal lavoro in violazione delle norme richiamate dall'art.4, comma 1, l. n.146/90 depone univocamente per un "effetto reintegratorio", e dunque per la riconducibilità della fattispecie all'art.2 d.lgs. n.23/2015, la questione della tutela applicabile ai recessi datoriali intimati in violazione degli artt. 3, commi 3 e 11, e 5 d.lgs. n.61/2000 e dell'art. 2112 c.c. è senz'altro più complessa, in quanto le suddette norme non precludono espressamente il recesso, ma si limitano ad escludere la sussistenza degli estremi del giustificato motivo di licenziamento.

Le relative formulazioni sembrano comunque implicitamente evocare il divieto di concludere l'atto negoziale viziato nei termini enunciati dalla giurisprudenza di legittimità<sup>29</sup>; inoltre le medesime disposizioni sono volte a garantire la parità tra i contraenti nell'ambito del rapporto di lavoro.

Ad analoghe conclusioni dovrebbe addivenirsi per quanto attiene ai licenziamenti intimati senza giusta causa o giustificato motivo entro i dodici mesi a lavoratori stabilizzati, in violazione dell'art.54 c.1, lett. b) d.lgs. n.81/2015; tali divieti sono infatti riferiti all'atto stesso, determinando la perdita del posto di lavoro, e dunque una lesione di diritti costituzionalmente protetti o di valori

<sup>26</sup> Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242.

<sup>27</sup> In questa prospettiva P. SORDI, *Il licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale*, cit., 6, in quanto tali norme non consentono che il recesso datoriale adottato in contrasto con le medesime produca l'effetto che gli è proprio. In una fattispecie in cui il licenziamento disciplinare intimato alla lavoratrice era fondato, anche alla luce della contestazione, esclusivamente sul suo rifiuto di trasformare il rapporto da tempo parziale a tempo pieno (alla lavoratrice erano state infatti contestate assenze nelle giornate in cui, nell'ambito di un rapporto di lavoro a tempo pieno, avrebbe dovuto lavorare, mentre nell'ambito del rapporto a tempo parziale avrebbe potuto essere legittimamente assente), il Tribunale Trento con ordinanza del 13 marzo 2013, in [www.dirittisocialitrentino.it](http://www.dirittisocialitrentino.it), ha ritenuto l'inidoneità del motivo soggettivo addotto a fungere da valido presupposto giustificativo del recesso datoriale ed ha reintegrato la lavoratrice ai sensi dell'art. 18 testo previgente (il licenziamento era stato infatti intimato in epoca anteriore all'entrata in vigore della l. n. 92/2012). Il Tribunale di Bologna, con ordinanza del 19 novembre 2012, in *RIDL* 2013, II, 271 e in *MGL*, 2013, 1/2, 36, in una fattispecie in cui una lavoratrice part-time aveva rifiutato il trasferimento ad altro punto vendita con contestuale passaggio al full-time, proposto dal datore di lavoro in alternativa al recesso per giustificato motivo oggettivo (per la chiusura del negozio in cui la medesima lavorava), dopo avere escluso che l'offerta di impiego potesse essere qualificata come *repechage* esterno, e ritenendo che ricadesse sotto le ordinarie regole che disciplinano la mobilità del personale dell'azienda, giustificata dall'art. 2103 c.c., ha affermato che il datore di lavoro aveva tentato di esercitare, in coincidenza con la chiusura di un punto vendita, una coazione sulla lavoratrice per ottenere l'accettazione di condizioni di lavoro deteriori ed ha qualificato il licenziamento come discriminatorio per motivo illecito e comunque riconducibile agli "altri casi di nullità previsti dalla legge" riconoscendo il diritto della lavoratrice alla tutela reintegratoria piena ex art.18, comma 1, l. n. 300/70 (il rapporto è stato dunque ripristinato presso l'unità produttiva *ad quem* e con orario part-time).

<sup>28</sup> M. BASILICO, *op. cit.*, 116.

<sup>29</sup> Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 cit.

fondamentali dell'ordinamento<sup>30</sup>.

Particolarmente controversa è la questione della tutela applicabile ai licenziamenti intimati in violazione dell'art.2112 c.c.

La soluzione dipende dalla qualificazione della domanda, dovendo verificarsi se il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2112 c.c. sia riconducibile all'alveo dell'art. 18 c. 1 e dell'art. 2 d.lgs. n.23/2015 (sotto il profilo della violazione di norma imperativa o del recesso intimato in frode alla legge)<sup>31</sup>, se invece si collochi nell'area dei licenziamenti ingiustificati (con conseguente applicabilità delle tutele previste dall'art. 18 commi 4 e 5, richiamato dall'art. 18 c. 7 Stat. Lav., per i vecchi assunti e dell'art. 3 c. 1 d.lgs. n. 23/2015 per nuovi assunti), o comporti piuttosto l'applicazione della tutela di diritto comune.

Normalmente il licenziamento intimato dal cedente è motivato con la cessazione dell'attività aziendale, mentre il lavoratore deduce in giudizio il trasferimento di azienda o di un suo ramo; in alcuni casi il lavoratore sostiene anche che con la cessione del ramo di azienda cui era addetto, tutti i lavoratori sono transitati alle dipendenze del cessionario, lamentando che ciò non è accaduto nel suo caso, e deducendo per tale ragione l'illegittimità del recesso operato dal cedente; in altre ipotesi lamenta di essere passato alle dipendenze del cessionario che ha motivato il recesso per cessazione dell'attività, affermando l'insussistenza delle ragioni addotte o dei presupposti per la cessione.

<sup>30</sup> M. BASILICO, *op. cit.*, 116.

<sup>31</sup> Con ordinanza del 17 aprile 2014, in [www.docplayer.it](http://www.docplayer.it), il Tribunale di Trento ha ritenuto illegittima una clausola contrattuale che prevedeva espressamente il mancato passaggio dei dipendenti alla cessionaria nell'ambito di un affitto di azienda; ha ritenuto la contrarietà di tale clausola alla norma imperativa di cui all'art. 2112 c.c.; la stessa decisione ha inoltre ritenuto l'invalidità di un accordo in deroga, in quanto stipulato sul falso presupposto che il trasferimento di azienda non fosse ancora avvenuto; ha dunque applicato la tutela di cui all'art. 18 c. 1 l. n. 300/70. Si è espresso in favore del carattere imperativo ed inderogabile dell'art. 2112 c.c. anche il Tribunale di Roma, con ordinanza del 15 gennaio 2016 in [www.foroitaliano.it](http://www.foroitaliano.it), in una fattispecie in cui il licenziamento era stato intimato dalla società cedente all'esito di una procedura di licenziamento collettivo, funzionale ad individuare esuberanti di personale proprio in vista della cessione aziendale, quale premessa e condizione della medesima, ed il lavoratore aveva chiesto di essere reintegrato presso la società cessionaria; il Tribunale adito ha ravvisato la violazione dell'art. 2112 c.c., affermando che la crisi aziendale alla base del trasferimento di azienda non può giustificare il previo licenziamento dei lavoratori, avendo lo stesso cedente scelto la cessione per arginare la crisi; in particolare, pur essendo la cessione avvenuta in deroga all'art. 2112 c.c., ai sensi dell'art. 47 l. 29 dicembre 1990 n. 428, la medesima pronuncia ha ritenuto vincolanti le decisioni della Corte di giustizia dell'Unione Europea, tra cui la n. 306/12 e le disposizioni dell'art. 5 della Dir. 2001/23, che sarebbero state altrimenti aggirate (ha in proposito statuito che la deroga al divieto di licenziamenti in occasione del trasferimento di azienda può operare, secondo la suddetta Direttiva, come interpretata dal giudice europeo, solo nell'ambito di una procedura *latu sensu* liquidativa dell'impresa cedente, assoggettata a controllo giudiziario o di altra autorità pubblica, mentre in ogni altro caso, anche quando la legislazione nazionale preveda l'apertura di una procedura concordata con le OO.SS., ma senza che l'obiettivo sia la liquidazione dei beni del cedente, i licenziamenti in vista della cessione sono vietati); ha pertanto affermato che il comma 4 bis dell'art. 47 l. n. 428/90 contiene un limite implicito, costituito dalle norme della Dir. 2001/23, nonché dai criteri interpretativi e dai principi fissati dalla Corte di giustizia; ha dunque applicato la tutela di cui all'art. 18 c. 1, ritenendo la violazione di una norma imperativa e sussistenza di un motivo illecito determinante, ed ha reintegrato il lavoratore presso il cessionario, condannando in solido cedente e cessionario al pagamento dell'indennità risarcitoria. In una fattispecie analoga, il Tribunale di Milano con sentenza n.3191/2015 ha evidenziato le gravi perdite operative del gruppo, ritenendo effettiva la crisi economica; ha inoltre affermato che l'accordo quadro prevedeva una gestione degli esuberanti nell'ambito di un programma di risanamento che, una volta ridotto il personale ritenuto eccedentario, avrebbe visto la cessione dei compendi aziendali ad una nuova società; ha rilevato che le successive comunicazioni di avvio delle procedure di mobilità avevano comunque dato conto del fatto che le procedure medesime erano finalizzate a dimensionare stabilmente l'organico alle effettive esigenze produttive; ha dunque ritenuto che le due procedure di licenziamento collettivo, ancorché negozialmente collegate al trasferimento del compendio aziendale relativo al trasporto aereo, erano determinate da un'autonoma necessità di gestione di un esubero strutturale del personale; ha dunque escluso che i licenziamenti siano stati intimati esclusivamente in ragione del trasferimento di azienda, e dunque in violazione dell'art.2112 c.c.. Il Tribunale di Milano ha in proposito precisato che l'art. 2112 c.c. non vieta in modo assoluto di intimare il licenziamento in prossimità di un trasferimento di azienda, ma stabilisce che il trasferimento di per sé solo non può costituire motivo di licenziamento (la norma fa salva la possibilità di licenziare nel rispetto della normativa vigente; nella fattispecie dedotta in giudizio ha comunque ritenuto violati i criteri di scelta).

Le decisioni dei giudici di merito hanno attribuito assoluto rilievo alla prospettazione del lavoratore ricorrente, ritenendo vincolanti i motivi di doglianza dedotti dal medesimo: se riferiti solo alla manifesta insussistenza del fatto, hanno applicato la tutela di cui all'art. 18 c. 4 l. n.300/70, valorizzando altresì la circostanza che fosse stato convenuto in giudizio solo il cedente<sup>32</sup>.

A fronte del carattere imperativo della disposizione contenuta nell'art. 2112, c. 4, c.c., deve ritenersi applicabile la tutela reintegratoria piena anche per i nuovi assunti, ai sensi dell'art. 2 d. lgs. n. 23/2015 (sempre che sia stato chiamato in giudizio il soggetto che si assume titolare effettivo del rapporto), nel caso in cui sia stata riscontrata la violazione di tale norma, volta a garantire valori di rango costituzionale, quali la parità dei contraenti ed il corretto funzionamento del mercato.

Secondo il giudice di legittimità, è nullo il licenziamento fondato unicamente sul fatto del trasferimento di azienda, per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2112 c. 4 c.c., donde la prosecuzione del rapporto nei confronti del concessionario<sup>33</sup>.

È inoltre controversa, a monte, l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. alle ipotesi di cambio appalto; essendo la questione dirimente ai fini della verifica della decorrenza del rapporto di lavoro, può assumere rilievo in ordine all'individuazione del regime sanzionatorio *ratione temporis* applicabile al recesso datoriale.

<sup>32</sup> Con sentenza del 17 dicembre 2015, n. 1251 la Corte di Appello di Bologna, dopo avere ritenuto che tra due società era intervenuto un trasferimento di azienda (in ragione dell'identità del tipo di impresa, della cessione degli elementi materiali quali uffici, beni mobili, strumenti di lavoro, la riassunzione di tutto il personale, *know-how*, trasferimento della clientela, continuità dell'attività e identità delle attività esercitate), ha affermato che la fattispecie è riconducibile all'art. 18 c. 1 ed in particolare agli "altri casi di nullità previsti dalla legge" ed ha reintegrato il lavoratore presso il cedente; in particolare il giudice adito ha ritenuto che la cessazione dell'attività del cedente fosse avvenuta attraverso un trasferimento di azienda; in una fattispecie in cui il licenziamento era stato intimato per cessazione dell'attività aziendale, con sentenza del 2 ottobre 2014 la Corte di Appello di Torino, andando in contrario avviso rispetto al giudice di primo grado, ha ritenuto che la successione, senza soluzione di continuità, di una società nella gestione dell'azienda cui era addetto il lavoratore e facente capo alla società che lo aveva licenziato, ancorchè con l'intermediazione di un terzo, avesse realizzato un trasferimento di azienda ai sensi dell'art.2112 c.c. ed ha pertanto affermato l'insussistenza del fatto posto a fondamento del recesso (la cessazione dell'attività aziendale), essendo cessata solo l'operatività della società cedente, applicando la tutela obbligatoria in ragione del requisito dimensionale. Il Tribunale di Genova, con ordinanza del 20 agosto 2015, in una fattispecie in cui i lavoratori, dopo avere dedotto che il licenziamento era stato loro intimato in violazione dell'art. 2112 c.c. (essendo i medesimi stati esclusi dall'operazione di cessione del ramo aziendale) e dei criteri di scelta di cui all'art. 5 l. n. 223/91, avevano lamentato l'inesistenza dei presupposti di legge per il licenziamento e la finalità elusiva del medesimo, chiedendo l'emissione dell'ordine di reintegra presso la cedente e la declaratoria del loro diritto all'assunzione presso la cessionaria, ha precisato che l'azione di cui all'art. 2112 c.c. si fonda su fatti costitutivi diversi da quelli posti a fondamento dell'impugnativa del licenziamento; ritenendo l'inconciliabilità logica dell'accertamento delle circostanze relative all'inesistenza dei requisiti di validità o legittimità del recesso e degli effetti estintivi del rapporto, ha ritenuto che siano state proposte due domande alternative; ha dunque evidenziato che la mancata indicazione delle ragioni per le quali la procedura era stata riferita ad una sola unità produttiva aveva determinato un vizio del licenziamento, ridondando sui criteri di scelta del personale da licenziare. Ha inoltre valorizzato la circostanza che fosse stato taciuto l'intendimento di cedere il ramo d'azienda, ancorchè l'operazione fosse stata già decisa in epoca anteriore al recesso datoriale, ed ha applicato la tutela di cui all'art. 18 c. 4 l. n. 300/70, reintegrando i lavoratori presso la società cedente. Con sentenza del 18 giugno 2016, n. 5113, il Tribunale di Roma ha affermato che in materia di trasferimento d'azienda, analogamente a quanto avviene con riguardo ad un lavoratore addetto ad un appalto, le due tutele dell'impugnativa del licenziamento e della costituzione del rapporto con l'impresa subentrante non si escludono ma si aggiungono, non potendo la scelta effettuata per una tutela implicare, di per sé, rinuncia ad azionare l'altra.

<sup>33</sup> Cass., 6 luglio 2016 n. 13791; Cass., 28 febbraio 2012, n. 3041. Nello stesso senso Cass., 6 marzo 1998, n. 2521 e Cass., 23 giugno 2001, n. 8621; in generale, il giudice di legittimità ha sul punto statuito che le norme che tutelano interessi pubblicistici sono per ciò stesso imperative ed inderogabili; Cass., Sez. 3, 7 ottobre 2008 n. 24769. Secondo Cass., 21 febbraio 2014, n. 4130, il rapporto di lavoro del dipendente illegittimamente licenziato prima del trasferimento di azienda continua con il cessionario dell'azienda qualora, per effetto della sentenza intervenuta tra le parti originarie del rapporto, il recesso sia stato annullato, senza che rilevi l'antioriorità del recesso rispetto al trasferimento d'azienda, salva la possibilità per il cessionario, convenuto in giudizio ai sensi dell'art. 2112 c.c., di opporre le eccezioni relative al rapporto, alle modalità della sua cessazione o alla tutela applicabile al cedente avverso il licenziamento, a prescindere dalle difese spiegate da quest'ultimo e dalla formazione del giudicato nei confronti e in favore del lavoratore.

Tale questione è stata affrontata con ordinanza del 7 giugno 2016<sup>34</sup> dal Tribunale di Roma, il quale ha ritenuto che nella fattispecie dedotta in giudizio l'instaurazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della società convenuta dopo il 7 marzo 2015 costituisse una assunzione *ex novo*; non ha dunque condiviso le prospettazioni del lavoratore ricorrente, secondo cui in caso di cambio appalto ricorrerebbe sempre un'ipotesi di trasferimento d'azienda o di un ramo di essa ai sensi dell'art. 2112 c.c. ed ha considerato irrilevanti, ai fini della decorrenza del rapporto, le precedenti assunzioni del lavoratore medesimo alle dipendenze delle società che si erano succedute nell'appalto.

In particolare, il Tribunale adito ha fatto applicazione dell'art. 29, comma 3, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, secondo cui l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto, a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte di essa, ed ha richiamato l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità sulla configurabilità del trasferimento d'azienda anche in ipotesi di successione nell'appalto di un servizio, a condizione che chi invochi detto trasferimento allegghi e dimostri un passaggio di beni di non trascurabile entità, e tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa<sup>35</sup> (condizioni, queste, nemmeno invocate dal lavoratore nella fattispecie dedotta in giudizio); in ragione della decorrenza del rapporto, ha dunque rigettato domande relative all'applicazione delle tutele di cui all'art. 18 l. n.300/70, non applicabile *ratione temporis*.

In altra fattispecie in cui i lavoratori ricorrenti erano stati assunti dopo il 7 marzo 2015 e licenziati *ante tempus*, il Tribunale di Roma, con ordinanza del 26 settembre 2016<sup>36</sup> ha ritenuto dimostrato che i lavoratori medesimi avevano lavorato con decorrenza anteriore al 7 marzo 2015 con le società appaltatrici che si erano succedute nella gestione dell'azienda ed ha evidenziato che i cambi appalto avevano coinvolto in blocco tutti i lavoratori addetti al magazzino cui erano addetti i ricorrenti, senza significativa discontinuità di impresa nei vari passaggi (nella fattispecie dedotta in giudizio, i lavoratori erano stati informati dai sindacati e l'azienda subentrante aveva chiesto loro se intendevano o meno proseguire il rapporto); per tali ragioni ha ritenuto che si fosse verificato un trasferimento d'azienda. Il Tribunale adito in proposito ha richiamato l'orientamento espresso dal giudice di legittimità e dalla Corte di Giustizia<sup>37</sup>, ritenendo che trovi conferma nella recente modifica dell'art. 29 c. 3 d.lgs. n. 276/2003 introdotta dall'art. 30 l. 7 luglio 2016, n. 122<sup>38</sup> e nello stesso testo dell'art. 2112 c.c., secondo cui "ai fini e per gli effetti del presente articolo si intende per trasferimento di azienda qualunque operazione che, in seguito a cessione

---

<sup>34</sup> In corso di pubblicazione in *LPO*; nella fattispecie dedotta in giudizio, il ricorrente aveva lavorato dal 2011 alle dipendenze di varie società che si erano succedute in un appalto relativo ai servizi di sicurezza, accoglienza e controllo, ed era stato assunto dalla società convenuta in epoca successiva al 7 marzo 2015, in occasione di un cambio appalto; il giudizio è stato proposto con il rito previsto dall'art.1 commi 47 ss. l. n. 92/2012 (il lavoratore ha chiesto l'applicazione delle tutele di cui all'art.18 l. n. 300/70 o in subordine dell'art. 8 l. n. 604/66).

<sup>35</sup> Cass., 16 maggio 2013, n. 11918 e Cass., 13 gennaio 2005, n. 493.

<sup>36</sup> In corso di pubblicazione in *LPO*.

<sup>37</sup> Rispettivamente, Cass., 2 marzo 2012, n.3301, in favore di una nozione estensiva di trasferimento di azienda, che ricomprende tutte le ipotesi relative ad una singola attività di impresa, sempre che sia riscontrabile un complesso di beni o di rapporti interessati al fenomeno traslativo, anche quindi in assenza del trasferimento di significativi beni patrimoniali, materiali o immateriali, e C. giust., C-340/01, *Abler*, secondo cui l'assenza di beni materiali trasferiti e la loro appartenenza al committente o anche al cessionario non sono decisive per escludere la sussistenza di un trasferimento di azienda.

<sup>38</sup> Secondo cui l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto di appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica attività di impresa, non costituisce trasferimento di azienda o di parte di azienda.

contrattuale o a fusione, comporti il mutamento della titolarità di un'attività economica organizzata"; in applicazione di tale disposizione ha pertanto ritenuto che la decorrenza del rapporto di lavoro fosse anteriore al 7 marzo 2015<sup>39</sup> ed ha applicato le tutele di cui all'art. 18 c.4 L. n. 300/70.

### 2.3 Recesso datoriale intimato in violazione dell'art. 2096 c.c.

Particolarmente controversa è la fattispecie del recesso datoriale intimato in violazione dell'art. 2096 c.c.

La Suprema Corte<sup>40</sup>, in una fattispecie relativa ad un licenziamento intimato dopo il 17 luglio 2012 per mancato superamento della prova, ha ribadito che quando non sussista un valido patto in tal senso, il licenziamento è viziato sotto il profilo dell'inidoneità della causale addotta a giustificazione del recesso ed ha ritenuto applicabile alla fattispecie dedotta in giudizio la tutela di cui all'art. 18 c. 4 stat. lav.; ha inoltre statuito che il licenziamento intimato sull'erroneo presupposto della validità del patto di prova, in realtà affetto da nullità, riferendosi ad un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, soggiace alla disciplina del licenziamento ordinario, per cui la tutela da riconoscere al prestatore di lavoro sarà quella prevista dall'art. 18 della l. n. 300/70, qualora il datore di lavoro non allegghi e dimostri l'insussistenza del requisito dimensionale, o quella riconosciuta dalla l. n. 604/66, in difetto delle condizioni per l'applicabilità della tutela reale<sup>41</sup>.

Il Tribunale di Roma, con ordinanza del 27 gennaio 2016, in una fattispecie in cui il lavoratore, assunto prima del 7 marzo 2015, aveva dedotto la nullità del patto di prova inserito in un contratto a termine ex d.l. n. 34/2014 di cui aveva lamentato la nullità della clausola di limitazione temporale, ha ritenuto che il secondo contratto fosse da considerarsi a tempo indeterminato in quanto stipulato lo stesso giorno della scadenza del primo contratto a termine (legittimo), e dunque in violazione dell'art.5 c.3 d.lgs. n. 368/01; ha inoltre ritenuto che tale statuizione travolgesse anche l'intero contratto a termine successivo, ivi compreso il patto di prova, e che, in assenza di specifica previsione, la fattispecie potesse ricondursi agli altri casi di nullità previsti dalla legge (ha dunque applicato la tutela prevista dall'art. 18 c. 1 l. n. 300/70).

In assenza di specifiche argomentazioni nel provvedimento sulle ragioni della nullità, e stante il riferimento al fatto che la lavoratrice aveva sempre svolto le stesse mansioni fin dalla data di assunzione, può ipotizzarsi l'implicita applicazione dell'art. 1343 c.c. per insussistenza della causa o dell'art. 1344 c.c. per frode alla legge.

Va dunque verificato, anche alla luce dell'orientamento espresso dal giudice di legittimità, quale sia per i nuovi assunti la tutela applicabile al recesso datoriale intimato in violazione dell'art. 2096 c.c.

---

<sup>39</sup> In particolare, ha ritenuto che l'assunzione a tempo indeterminato dal 2013 alle dipendenze di una società subentrata nell'appalto travolgesse il contratto a tempo determinato concluso con la società convenuta nel giugno 2015; ha pertanto ritenuto applicabili le tutele di cui all'art.18 c. 4 l. n. 300/70 (il licenziamento era stato intimato per giustificato motivo oggettivo, e le ragioni non erano state specificate nella comunicazione di recesso, mentre nella memoria di costituzione la società convenuta aveva addotto a fondamento del recesso alcune condotte aventi rilievo disciplinare: in assenza di prova di tali condotte ha affermato che, a voler qualificare il licenziamento come disciplinare, il fatto contestato non sarebbe sussistente, in quanto indimostrato, mentre a voler ritenere il licenziamento come intimato per giustificato motivo oggettivo, l'assenza di prova sulle ragioni del recesso e l'allegazione di condotte aventi valenza disciplinare deporrebbe per la manifesta insussistenza del fatto).

<sup>40</sup> Cass. 3 agosto 2016, n.16214.

<sup>41</sup> Cass. 12 settembre 2016, n. 17921, in *GL*, 39, 2016, 45.

Il Tribunale di Torino<sup>42</sup> in una controversia instaurata da un lavoratore assunto dopo il 7 marzo 2015 e licenziato durante il periodo di prova, dopo avere evidenziato che il d.lgs. n.23/2015, applicabile *ratione temporis*, non prende espressamente in considerazione la fattispecie in esame, ha applicato la tutela di cui all'art. 3 c. 2 d.lgs. n. 23/2015, ritenendo che la norma sia suscettibile di interpretazione estensiva, coerente con le finalità perseguite dal legislatore ed in una prospettiva costituzionalmente orientata, in forza della quale tale tipologia di recesso può essere ricondotta ad una fattispecie di licenziamento per motivi soggettivi (il legale rappresentante in sede di interrogatorio aveva dichiarato che il mancato superamento della prova era dovuto al fatto che il ricorrente aveva chiesto al cliente di assumerlo come magazziniere)<sup>43</sup>.

Il Tribunale di Teramo, con sentenza del 14.2.2017, in una fattispecie analoga (in cui era incontestato il requisito dimensionale) ha invece escluso l'applicabilità dell'art. 3 c. 2 d. lgs. n. 23/2015 e l'insussistenza del fatto materiale (non avendo il licenziamento intimato carattere disciplinare e non essendo stata formulata alcuna contestazione), nonché la nullità virtuale (non trattandosi di un'ipotesi di nullità espressa) e la nullità di diritto comune (a fronte del richiamo dei principi espressi da Cass. n. 17921/2016).

La medesima pronuncia ha inoltre escluso il difetto di motivazione, essendo stato il recesso datoriale intimato per mancato superamento della prova.

Per ragioni analoghe, il Tribunale di Milano ha escluso l'applicabilità dell'art. 3 c. 2 d. lgs. n. 23/2015, ritenendo applicabile l'art. 3 c. 1 alla fattispecie del recesso datoriale intimato a lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 in violazione dell'art. 2096 c.c.<sup>44</sup>.

In assenza di una contestazione, in simili fattispecie va senz'altro escluso il carattere disciplinare del licenziamento; rimane tuttavia da verificare se il recesso datoriale intimato in violazione dell'art. 2096 c.c. sia riconducibile all'alveo delle nullità virtuali per violazione di norma imperativa, e comunque se sussistano gli estremi della nullità per frode alla legge.

### 3. Motivo illecito, licenziamento ritorsivo e assimilabilità al licenziamento discriminatorio.

A fronte del mancato richiamo, nell'art.2 del d.lgs. n.23/2015, dell'art. 1345 c.c.<sup>45</sup> (contenuto invece nell'art. 18, comma 1, l. n. 300/1970, come modificato dalla l. n. 92/2012), è stato affermato che il licenziamento per motivo illecito determinante è stato escluso dall'alveo della tutela reintegratoria piena<sup>46</sup>.

Il mancato riferimento all'art. 1345 c.c. sembra tuttavia emancipare la categoria del licenziamento discriminatorio da quello per motivo illecito determinante, ma non può ritenersi che tale

<sup>42</sup> Pronuncia del 16 settembre 2016, commentata in *GL*, 2016, 49, 54.

<sup>43</sup> Il Tribunale di Milano, con sentenza del 3 novembre 2016, ha affermato che l'indimostrata sussistenza di un patto di prova valido apposto per iscritto al contratto comporta l'ingiustificatezza del licenziamento impugnato, in quanto fondato su una ragione insussistente (l'asserito mancato superamento della prova, a fronte della mancata stipula per iscritto di un patto di prova tra le parti) ed ha applicato la tutela di cui all'art. 3 comma 2 del d. lgs. n.23/2015.

<sup>44</sup> Sentenza del 4 aprile 2017 n.730, con la quale il giudice adito ha escluso altresì il motivo illecito determinante per inidoneità delle relative allegazioni in fatto da parte della lavoratrice, la quale aveva dedotto di essere stata impiegata in un settore diverso da quello inizialmente previsto.

<sup>45</sup> Secondo R. SANLORENZO, *Il licenziamento nullo tra tutela antidiscriminatoria e casi espressamente previsti dalla legge*, relazione al Corso di formazione della Scuola Superiore della Magistratura "La disciplina dei licenziamenti: un primo bilancio", tenutosi a Scandicci dal 13 al 15 aprile 2015, in [www.scuolamagistratura.it](http://www.scuolamagistratura.it), tanto l'art. 18, comma 1, nella formulazione introdotta dall'art. 1, comma 42, l. n. 92/2012, quanto l'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 hanno configurato il licenziamento discriminatorio come categoria autonoma, non più sovrapponibile a quella del licenziamento per motivo illecito determinante.

<sup>46</sup> In questo senso C. PISANI, *op.cit.*, 18.

categoria esuli dall'ambito di applicazione dell'art. 2 d. lgs. n.23/2015, essendo comunque l'art. 1345 c.c. uno dei casi di nullità previsti dalla legge.

Si è espresso in questo senso il Tribunale di Roma<sup>47</sup>, in una fattispecie in cui il lavoratore, assunto dopo il 7 marzo 2015, e licenziato per motivi disciplinari<sup>48</sup> aveva lamentato la discriminatorietà e la ritorsività del licenziamento; il giudice adito ha infatti ravvisato il carattere ritorsivo del recesso datoriale (in quanto intimato per gli stessi fatti per i quali al lavoratore erano già state irrogate sanzioni conservative, quale reazione all'impugnativa delle medesime da parte del lavoratore, ed in assenza di ulteriori comportamenti idonei a fondare il recesso del datore di lavoro, che aveva già consumato il suo potere disciplinare) ed ha applicato la tutela reintegratoria piena di cui all'art. 2 d.lgs. n. 23/2015, evidenziando che tale norma si riferisce tanto ai licenziamenti discriminatori quanto a quelli riconducibili agli *“altri casi di nullità previsti dalla legge”*.

Ha pertanto dichiarato la nullità del licenziamento, in quanto intimato in presenza di precedenti sanzioni conservative, quale reazione al legittimo esercizio del diritto del lavoratore ad impugnare le predette sanzioni, ed in assenza di ulteriori fatti idonei a giustificare il recesso; ha pertanto ritenuto che tali elementi siano utili ai fini dell'assolvimento dell'onere della prova dell'illegittimità del medesimo, sia a voler considerare il licenziamento ritorsivo come riconducibile alla categoria del licenziamento discriminatorio<sup>49</sup>, sia che lo si voglia considerare quale licenziamento per motivo illecito ai sensi del combinato disposto dell'art. 1418 c.c., comma 2, e degli artt. 1345 e 1324 c.c.

La giurisprudenza di legittimità aveva in precedenza assimilato al licenziamento discriminatorio il licenziamento per ritorsione o rappresaglia diretta o indiretta, inteso come 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 fosse stato l'unico determinante e sempre che il lavoratore ne avesse fornito prova, anche con presunzioni<sup>50</sup>.

La Suprema Corte aveva infatti affermato che il divieto di licenziamento discriminatorio, sancito dall'art. 4 l. n. 604/66, dall'art. 15 Stat. Lav. e dall'art. 3 l. n. 108/90, è suscettibile di interpretazione estensiva, in base all'art. 3 Cost. e sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritto antidiscriminatorio e antivessatorio nei rapporti di lavoro; secondo questa impostazione, l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, ossia dell'ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essendo necessario, in tali casi, dimostrare, anche per presunzioni, che il recesso sia stato motivato esclusivamente dall'intento ritorsivo<sup>51</sup>.

Comunque l'assimilazione del licenziamento ritorsivo a quello discriminatorio era stata spesso

---

<sup>47</sup> Con sentenza n. 4157/2016, commentata da M. SALVAGNI in *RGL*, 2016, 4, 528.

<sup>48</sup> Dal tenore del provvedimento si desume che il licenziamento era stato irrogato a fronte dei provvedimenti disciplinari inflitti e del comportamento successivamente tenuto dal lavoratore.

<sup>49</sup> Ha in proposito richiamato Cass., 27 febbraio 2015, n. 3986; Cass., 8 agosto 2011, n. 17087 e Cass., 18 marzo 2011, n. 6282.

<sup>50</sup> Cass., 8 agosto 2011, n. 17087; Cass., 26 maggio 2015, n. 10834 ha confermato il giudizio della Corte territoriale sulla natura persecutoria-vendicativa-discriminatoria della condotta complessiva del datore di lavoro consistita nell'irrogazione di numerose sanzioni disciplinari, una sola delle quali, di lieve entità, risultata fondata, e dunque nell'intimazione di licenziamento; in senso analogo Cass., 16 luglio 2015, n.14928 e Cass., 3 agosto 2011, n. 16925.

<sup>51</sup> Cass. Sez. Lav., 3 dicembre 2015, n. 24648; in senso analogo Cass., 18 marzo 2011, n. 6282; Cass., 3 agosto 2011, n. 16925.

ravvisata in relazione a fattispecie in cui il fattore di rischio (per lo più dato dall'affiliazione o dall'esercizio di attività sindacale) era stato qualificato come reazione del datore di lavoro ad atti o comportamenti del lavoratore legati alla sua specifica qualità<sup>52</sup>.

In questi casi la sovrapposizione tra le due categorie, dovuta all'atteggiarsi delle circostanze di fatto oggetto del giudizio (contestuale discriminazione e ritorsione del datore di lavoro) ha comportato conseguenze di notevole rilievo in ordine alla valenza del motivo illecito di volta in volta fatto valere, alla ripartizione degli oneri probatori e alla rilevanza dell'intenzione soggettiva del datore di lavoro<sup>53</sup>.

Con la citata ordinanza del 4 aprile 2016, il Tribunale di Roma ha invece distinto la fattispecie del licenziamento discriminatorio da quella del licenziamento per motivo illecito, considerandole non sovrapponibili; in particolare non ha ritenuto rilevante l'identità degli effetti sanzionatori, mentre ha valorizzato l'intento del legislatore, come manifestato dal significato proprio delle parole utilizzate nella redazione della norma, di differenziare le due categorie.

Il giudice adito ha in particolare evidenziato che la normativa di riferimento sul licenziamento discriminatorio (art. 4 l. 604/1966, art.3 l. 108/90 e art. 15 l. 300/70) qualifica come tale il recesso datoriale determinato da credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza o meno ad un sindacato, dalla partecipazione ad attività sindacali o ad uno sciopero, da ragioni razziali, di lingua o sesso, dall'handicap, dall'età, dall'orientamento sessuale o da convinzioni personali, mentre l'art. 4 della l. 604/66 sanziona con la nullità il licenziamento discriminatorio "indipendentemente dalla motivazione adottata"; in ordine alla portata del concetto di "trattamento discriminatorio" ha precisato che rileva il mero fatto oggettivo che il lavoratore non avrebbe subito il trattamento sfavorevole se non si fosse trovato ad integrare il fattore di rischio contemplato dall'ordinamento<sup>54</sup>.

Riguardo al dedotto motivo illecito, ha inoltre affermato che la dimostrazione da parte del datore di lavoro della sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso ai sensi dell'art. 5 l. 604/66 esclude l'esistenza di un motivo illecito rilevante per legge, in quanto ne contraddice la connotazione di esclusività richiesta dall'art. 1345 c.c., norma che non consente una comparazione tra più causali del negozio; ha dunque ritenuto che spetti al lavoratore dar conto sia dell'insussistenza del motivo di licenziamento addotto dal datore di lavoro, sia dell'illiceità della reazione datoriale e del nesso causale tra la reazione e la condotta; ha in proposito evidenziato che tale prova può essere fornita con presunzioni<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Cass., 14 luglio 2005, n. 14816; Cass., 26 maggio 2001, n.7188 e Cass., 18 novembre 1997, n. 11464.

<sup>53</sup> In questo senso M. BASILICO, *op.cit.*, 55; alcune pronunce dei giudici di merito hanno tuttavia distinto le due fattispecie: il Tribunale di Perugia, con ordinanza del 6 settembre 2013, pubblicata in rassegna in *GL* n. 10, 2014, 44, ha affermato che il licenziamento è discriminatorio quando il lavoratore subisce un *vulnus* nella sua identità collettiva, in quanto appartenente ad un *genus* (per sesso, razza, religione, motivi politici...) con rilevanza di criteri statistici che rendono evidente una disparità di trattamento nei confronti di soggetti appartenenti al gruppo svantaggiato, mentre il licenziamento nullo per illiceità dei motivi ha matrice individuale e personale e il carattere determinante dell'illiceità deve risultare di portata eziologica esclusiva.

<sup>54</sup> Cass. Sez., 16 febbraio 2011, n. 3821.

<sup>55</sup> Ha citato sul punto Cass. Sez. L., 8 agosto 2011, n. 17087; ha inoltre ritenuto l'inammissibilità della prova testimoniale sulla ritorsività del motivo (sotto il profilo dell'ostilità del datore di lavoro al suo esercizio dei diritti previsti a tutela della lavoratrice madre) per genericità e valutatività dei relativi capitoli, né ha ritenuto tale prova offerta in via presuntiva, in quanto gli indizi allegati non erano concordanti; in particolare, ha evidenziato che, secondo le prospettazioni della ricorrente, il censurato comportamento datoriale sarebbe stato finalizzato a determinare le sue dimissioni, con ciò rinviando concettualmente ad un motivo del tutto diverso da quello che sarebbe stato rilevante nella fattispecie. Anche con la richiamata sentenza n. 4157/2016 del Tribunale di Roma, il giudice adito ha evidenziato che l'onere probatorio in caso di licenziamento intimato per motivo illecito determinante incombe sul lavoratore; nella

Tale ricostruzione ha trovato l'autorevole avallo della Suprema Corte, la quale ha affermato che l'attrazione del licenziamento discriminatorio alla fattispecie del licenziamento per motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c. è il frutto dell'equivoco, nato dall'assimilazione del licenziamento discriminatorio al licenziamento ritorsivo, allo scopo di estendere al licenziamento ritorsivo le tutele previste per il licenziamento discriminatorio; secondo la medesima decisione, la ricerca dell'intento illecito è rilevante solo al fine di estendere l'area di protezione delineata da specifiche disposizioni di legge, mentre la nullità derivante dal divieto di discriminazione discende direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo, senza passare attraverso la mediazione dell'art. 1345 c.c..

La medesima pronuncia ha evidenziato che, ai sensi dell'art. 3 l. n. 108/90, il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta (la discriminazione opera dunque obiettivamente, in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato al lavoratore in ragione dell'appartenenza ad una categoria protetta, ed è indipendente dalla volontà illecita del datore di lavoro).

A fronte della diversità ontologica e strutturale delle due fattispecie, il recente pronunciamento del giudice di legittimità si rivela del tutto coerente con il dato testuale delle disposizioni che disciplinano le due fattispecie del licenziamento discriminatorio e del licenziamento ritorsivo, apportando chiarezza anche nella lettura dell'art. 2 d.lgs. n. 23/2015, cui sono entrambe riconducibili.

#### 4. Il licenziamento per disabilità fisica o psichica e per superamento del periodo di comperto.

Il comma 4 dell'art. 2 prevede un'ulteriore ipotesi di applicazione della tutela reintegratoria piena: il caso in cui il giudice accerti il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli artt. 4 c. 4 e 10 c. 3 della l. n. 68/99<sup>56</sup>; rientrano dunque nell'ambito di applicazione della norma sia il licenziamento intimato al lavoratore

---

fattispecie dedotta in giudizio lo ha ritenuto soddisfatto, costituendo forte presunzione di motivo illecito la scelta datoriale concatenata temporalmente all'impugnazione delle sanzioni precedenti ed in assenza di altre concrete ragioni.

<sup>56</sup> L'art. 4 c.4 della l. n.68/99 così prevede: *"I lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia non possono essere computati nella quota di riserva di cui all'art.3 se hanno subito una riduzione della capacità lavorativa inferiore al 60 per cento o, comunque, se sono divenuti inabili a causa dell'inadempimento da parte del datore di lavoro, accertato in sede giurisdizionale, delle norme in materia di sicurezza ed igiene del lavoro. Per i predetti lavoratori l'infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori. Nel caso di destinazione a mansioni inferiori essi hanno diritto alla conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza. Qualora per i predetti lavoratori non sia possibile l'assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori, gli stessi vanno avviati dagli uffici competenti di cui all'art.6, comma 1, presso altra azienda, in attività compatibili con le residue capacità lavorative, senza inserimento nella graduatoria di cui all'art.8)*, mentre l'art. 10 c.3 stabilisce: *"Nel caso di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro, il disabile può chiedere che venga accertata la compatibilità delle mansioni a lui affidate con il proprio stato di salute. Nelle medesime ipotesi il datore di lavoro può chiedere che vengano accertate le condizioni di salute del disabile per verificare se, a causa delle sue minorazioni, possa continuare ad essere utilizzato presso l'azienda. Qualora riscontri una condizione di aggravamento che, sulla base dei criteri definiti dall'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'art.1 comma 4, sia incompatibile con la prosecuzione dell'attività lavorativa, o tale incompatibilità sia accertata con riferimento alla variazione dell'organizzazione del lavoro, il disabile ha diritto alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro fino a che l'incompatibilità persista. Durante tale periodo il lavoratore può essere impiegato in tirocinio formativo. Gli accertamenti sono effettuati dalla commissione di cui all'art.4 della legge 5 febbraio 1992, n.104, integrata a norma dell'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'art.1, comma 4, della presente legge, che valuta sentito anche l'organismo di cui all'art.6, comma 3, del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n.469, come modificato dall'art.6 della presente legge. La richiesta di accertamento e il periodo necessario per il suo compimento non costituiscono causa di sospensione del rapporto di lavoro. Il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la commissione accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda".*

divenuto inabile allo svolgimento delle proprie mansioni per infortunio o malattia, in difetto di verifica della possibilità di adibirlo a mansioni equivalenti o inferiori, sia il licenziamento intimato, in violazione della specifica regolamentazione applicabile, al lavoratore assunto obbligatoriamente per aggravamento delle condizioni di salute incompatibile con le mansioni contrattualmente dovute<sup>57</sup>.

Si pone in proposito una questione di conformità alla delega, in quanto la fattispecie di cui all'art. 2, comma 4, d. lgs. n. 23/2015 si colloca nell'ambito del giustificato motivo oggettivo, mentre la l. 183/2014 prevede la limitazione della tutela reintegratoria ai licenziamenti discriminatori o nulli e a specifiche ipotesi di licenziamento disciplinare<sup>58</sup>.

Le censure relative all'eccesso di delega sono tuttavia superabili, in quanto la norma rappresenta un ulteriore sviluppo dei criteri direttivi, in armonia la *ratio* della l. n. 68/1999, che consiste nella conciliazione dell'esigenza di valorizzare le capacità professionali dei disabili con la funzionalità economica delle imprese da un lato e dello stabile inserimento dei disabili nel mondo del lavoro dall'altro<sup>59</sup>.

Per la tipologia di vizi di cui all'art.2, comma 4, d. lgs. n. 23/2015, i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 sono maggiormente protetti rispetto ai vecchi assunti (l'art. 18 l. n. 92/2012, in caso di difetto di giustificazione del licenziamento, anche ai sensi degli articoli 4, c. 4 e 10, c. 3, della l. n. 68/99 prevedeva infatti l'annullamento del licenziamento, la reintegrazione del lavoratore e l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata).

Dal combinato disposto dell'art. 2 e dell'art. 9 d.lgs. n.23/2015 si evince inoltre che per i nuovi assunti la tutela reintegratoria piena prevista per i licenziamenti rispetto ai quali sia accertato il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore si applica anche a datori di lavoro che non raggiungano i requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18 l. n. 300/70, mentre per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 l'art. 18 l. n. 300/70 ha limitato la tutela reintegratoria attenuata prevista per questa tipologia di vizio all'ipotesi in cui il recesso sia stato intimato da un datore di lavoro con il requisito dimensionale di cui al comma 8.

L'ampliamento delle tutele previste per i licenziamenti illegittimi intimati a lavoratori disabili è assolutamente opportuna, considerando che le norme violate hanno la funzione di tutelare valori di rango costituzionale (artt. 3, 4, e 42 Cost.).

Per i vecchi assunti, va verificato quale sia la tutela applicabile nell'ipotesi di un licenziamento intimato in violazione dell'art. 10 c. 4 l. n. 68/99, atteso che l'art. 18 c.7 l. n. 300/70 prevede l'applicazione della disciplina di cui al comma 4 nel caso in cui il giudice accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato ai sensi dell'art. 4 comma 4 e 10 comma 3 l. n. 68/99 per motivo oggettivo consistente nell'inefficienza fisica o psichica del lavoratore, ma sembra non menzionare specificamente l'ipotesi in cui il licenziamento sia stato intimato in violazione dell'art. 10 c. 4 l. n. 68/99, secondo cui il recesso di cui all'art.4 comma 9 della L. n. 223/91, ovvero il

---

<sup>57</sup> Elenca tali ipotesi M. MARAZZA, *op. cit.*, 334, che riconduce all'art. 2, c. 4, d.lgs. n. 23/2015 anche la nullità del licenziamento discriminatorio per ragioni di handicap, ai sensi dell'art.15 l. n. 300/70.

<sup>58</sup> F. TOFFOLETTO, *Licenziamenti individuali e collettivi: la nuova disciplina*, in *Glav*, n. 10, 2015, 15.

<sup>59</sup> In questo senso C. CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, relazione al corso di formazione della Scuola Superiore della Magistratura "La disciplina dei licenziamenti": un primo bilancio, tenutosi a Scandicci dal 13 al 15 aprile 2015, in [www.scuolamagistratura.it](http://www.scuolamagistratura.it).

licenziamento per riduzione di personale o per giustificato motivo oggettivo, esercitato nei confronti del lavoratore occupato obbligatoriamente, sono annullabili qualora, nel momento della cessazione del rapporto, il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente sia inferiore alla quota di riserva prevista dall'art. 3 della stessa legge.

In una controversia avente ad oggetto un licenziamento collettivo intimato nei confronti di un lavoratore assunto prima del 7 marzo 2015 nella quota riservata alle categorie protette, nella quale il lavoratore aveva chiesto l'applicazione della tutela reintegratoria piena, deducendo la discriminatorietà del licenziamento, l'insussistenza del nesso causale tra il recesso e la ristrutturazione aziendale e la violazione dei criteri di scelta e dell'art. 10 l. n.68/99, il Tribunale di Roma, con ordinanza del 9 dicembre 2015<sup>60</sup>, a fronte della pacifica riduzione della quota dei lavoratori occupati obbligatoriamente al di sotto della quota di riserva, dopo avere escluso la discriminatorietà del suddetto recesso e l'applicabilità dell'art.18 c. 7 l. n.300/70, ha ritenuto che, sebbene espressamente qualificato come annullabile, il recesso intimato in violazione dell'art. 10 c. 4 l. n. 68/99 sia riconducibile alla categoria della nullità in quanto la norma costituisce espressione di un interesse generale dell'ordinamento e non del singolo lavoratore licenziato, ed ha applicato la tutela reintegratoria piena di cui all'art. 18 c. 1 Stat. Lav.

In ragione del fatto che l'ordinanza è stata emessa a meno di 12 mesi dal licenziamento, ha inoltre argomentato che le conseguenze sanzionatorie sarebbero le medesime anche qualora dovesse ritenersi che la violazione posta in essere dalla società convenuta integri gli estremi di una violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, ai sensi dell'art. 5 l. n. 223/91, ed ha ritenuto applicabile analogicamente la suddetta norma, la quale prevede che "l'impresa non può altresì licenziare una percentuale di manodopera femminile superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione", trattandosi di una sorta di violazione dei criteri di scelta stabiliti *ex lege* (o meglio di un limite legale previsto a monte dell'applicazione dei criteri di scelta), sanzionata dall'art. 18 c. 4 l. n. 300/70, come previsto dall'art. 5 c. 3 l. n.223/91, sostituito dall'art. 1 c.46 l. n. 92/2012.

Con sentenza n. 9555/2016 il Tribunale di Roma, in sede di opposizione, nella medesima fattispecie ha invece evidenziato che l'art.10 c. 4 l. n. 68/99 qualifica espressamente come annullabile il recesso intimato in violazione della medesima ed ha pertanto escluso che la violazione di tale norma comporti la nullità del licenziamento; ha altresì ritenuto che sia riconducibile all'art. 18 c. 7 l. n. 300/70, in quanto si riferisce ad un difetto di giustificazione del recesso datoriale per motivo oggettivo "anche" (e dunque non solo) ai sensi degli artt. 4 c.4 e 10 c. 3 l. n. 68/99.

Considerando che in ordine all'indicazione delle norme violate, la formulazione dell'art.2, c.4, d. lgs. n.23/2015 è identica a quella dell'art.18 c. 7 l. n. 300/70, dall'interpretazione offerta dal Tribunale di Roma con la sentenza n. 9555/2016 discende che i licenziamenti intimati a lavoratori neoassunti in violazione dell'art. 10 c.4 l. n. 68/99 sono sanzionati con la tutela reintegratoria piena<sup>61</sup>, non potendo ritenersi vincolante la *rubrica legis* dello stesso art.2 (la quale recita testualmente "Licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale", e non sembra dunque ricomprendere l'ipotesi del recesso datoriale viziato da "difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore" disciplinato dal 4° comma).

---

<sup>60</sup> Pubblicata in *LPO* 2016, 9-10, 527, con nota di M.A. GARZIA.

<sup>61</sup> Questa la tesi di M. MARAZZA, *op. cit.*, 334.

Tuttavia, rispetto ai vecchi assunti, la Suprema Corte<sup>62</sup> ha recentemente ricondotto la fattispecie del licenziamento intimato, nell'ambito di un licenziamento collettivo, in violazione dell'art. 10 c. 4 l. n. 68/99, alla violazione dei criteri di scelta, stante il disposto dell'art.1, c.46, l. n. 92/2012; ha dunque ritenuto applicabile la tutela di cui all'art. 18 c.4 l. n. 300/70.

La questione rimane dunque aperta per i nuovi assunti, atteso che la violazione dei criteri di scelta nell'ambito dei licenziamenti collettivi è sanzionata dall'art. 10 d. lgs. n. 23/2015 con la tutela meramente indennitaria.

La diversa fattispecie del recesso datoriale intimato per insussistente inidoneità fisica o psichica del lavoratore, a fronte della modifica introdotta nell'iter di approvazione del d.lgs. n. 23/2015 (l'art. 3 dello schema di decreto legislativo si riferiva al difetto di giustificazione del licenziamento intimato "per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore", mentre l'art. 2 del decreto in commento riguarda il "difetto di giustificazione del licenziamento per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore"), deve invece ritenersi ormai riconducibile al giustificato motivo oggettivo, con conseguente applicazione della tutela indennitaria prevista dall'art. 3, comma 1, del medesimo decreto.

Nell'art. 2, comma 4, del decreto in esame non si rinviene alcun riferimento all'art. 2110, comma 2, c.c. (menzionato invece nell'art. 18 c.7 l. n. 300/70): si pone pertanto per i nuovi assunti la questione della tutela applicabile a tale tipologia di licenziamento<sup>63</sup>.

Essendo scomparso il riferimento alla categoria dell'inidoneità fisica contenuto nello schema di decreto legislativo (che sanzionava la fattispecie con la tutela reintegratoria attenuata), deve escludersi che il licenziamento illegittimamente intimato per superamento del periodo di comportamento possa essere ricondotto alla diversa categoria della disabilità di cui all'art. 2, comma 4.

In mancanza di un espresso riferimento alla disciplina del comportamento, è stato ipotizzato che a tale tipologia di licenziamento debba applicarsi la disciplina generale di cui all'art. 3 d. lgs. n. 23/2015, oppure la tutela di diritto comune, consistente nel ripristino del rapporto e nel risarcimento del danno, commisurato alle retribuzioni non percepite, dalla data della messa in mora<sup>64</sup>; è stato tuttavia evidenziato che l'art. 2110 c.c. è norma imperativa<sup>65</sup> ed inderogabile e che pertanto il recesso intimato in violazione di tale disposizione rientra comunque nell'ambito di applicazione dell'art. 2<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Cass. 23 maggio 2017, n. 12911.

<sup>63</sup> M. FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, *La nuova riforma del lavoro*, Milano 2012, 268 ritiene che il licenziamento durante la malattia per un giustificato motivo ad essa estraneo non sia ricompreso nella violazione dell'art. 2110 c.c., considerando ancora valido il pregresso orientamento del giudice di legittimità, secondo cui tale licenziamento è temporaneamente inefficace. La Suprema Corte ha sul punto chiarito che il giustificato motivo di cui all'art.3 l. n. 604/66 e il superamento del periodo di comportamento costituiscono due "qualificazioni causali" diverse del licenziamento, precisando che la validità del licenziamento intimato durante la malattia e la postdatazione degli effetti costituiscono espressione del principio di conservazione (si vedano Cass., 21 settembre 1991, n. 9869; Cass., 13 gennaio 1989, n.133; Cass., 2 luglio 1988, n. 4394 e Cass., 15 maggio 1984, n. 2966).

<sup>64</sup> G. MIMMO, *op. cit.*, 11, esclude che la fattispecie rientri nell'ambito di applicazione della tutela reintegratoria piena e si attesta su queste due ipotesi.

<sup>65</sup> In questo senso Cass., 18 novembre 2014, n. 24525 e Cass. 26 ottobre 1999, n. 12031.

<sup>66</sup> Questa la tesi di M. MARAZZA, *op. cit.*, 335; in una diversa prospettiva, F. CARINCI, *op. cit.*, 116, ritiene l'applicabilità del regime connesso all'ingiustificatazza del licenziamento per insussistenza del motivo oggettivo, in forza dell'art. 12 delle preleggi; nel senso dell'imperatività della norma: Cass, 8 novembre 2014, n. 24525; Cass., 26 ottobre 1999, n. 12031; Cass., 21 settembre 1991, n.9869. Secondo tali pronunce, il superamento del comportamento costituisce, ai sensi dell'art. 2110 c.c., una situazione autonomamente giustificatrice del recesso che deve, perciò, esistere già anteriormente alla comunicazione dello stesso, per legittimare il datore di lavoro al compimento di quell'atto, ove esso costituisca il solo motivo.

Anche l'art. 2110 c.c. ha la funzione di tutelare la parità dei contraenti e la tutela di valori di rango costituzionale (art. 3, 4, e 42 Cost.); la relativa violazione pare dunque riconducibile alle "nullità di protezione".