



Numero 2 / 2019

(estratto)

Francesco Camilletti

**La funzione del diritto di recesso nella disciplina
civilistica generale e nel diritto del lavoro, tra
libertà contrattuale e finalità protezionistiche**

La funzione del diritto di recesso nella disciplina civilistica generale e nel diritto del lavoro, tra libertà contrattuale e finalità protezionistiche

Francesco Camilletti

Università di Milano

Abstract

La presente trattazione ruota attorno alla fattispecie del diritto potestativo di recesso, esaminandone la *ratio legis* e le variazioni che la stessa assume in funzione del singolo settore del diritto nel quale il predetto istituto viene collocato.

Nello specifico, verrà osservato, anche alla luce dei prevalenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, sia risalenti sia contemporanei, come il diritto di recesso nella disciplina generale dei contratti sia posto quale garanzia di libertà contrattuale, laddove invece nel settore giuslavoristico – come avviene in altri ambiti del diritto - la disciplina del recesso assume una funzione eminentemente protezionistica per la parte debole del rapporto di lavoro.

Tale disciplina incontra alcune deroghe, i cui fondamenti verranno trattati nella parte conclusiva del contributo.

1. Il diritto di recesso: inquadramento dell'istituto e analisi della sua *ratio legis* nel settore del diritto civile.

Il presente contributo si propone di analizzare la fattispecie del recesso, osservando le differenti declinazioni che siffatto istituto assume nel diritto civile e nel diritto del lavoro, nel tentativo di comprendere le ragioni poste a fondamento dei diversi tratti che lo connotano nell'uno e nell'altro settore giuridico, per essere teleologicamente indirizzato all'assolvimento di diversi interessi privatistici a seconda del suo ambito di operatività.

All'uopo, appare ineludibile una preliminare disamina del diritto di recesso: come è noto,

esso si presenta, nella sua conformazione basilare regolata dall'art. 1373 cod. civ., come un diritto potestativo unilaterale e recettizio¹, attraverso l'esercizio del quale la parte che ne è titolare può sciogliersi dal vincolo contrattuale cui si era precedentemente obbligata, derogando, con ciò, al principio generale per il quale il contratto, in considerazione della sua natura di accordo (quantomeno) bilaterale che va a cristallizzarsi nel punto di equilibrio giuridico ed economico tra le esigenze di tutte le parti, e che nell'estrinsecazione di tale mutuo incontro di volontà vede risiedere la sua più profonda natura, possa incontrare la cessazione dei suoi effetti giuridici solo per mutuo dissenso delle parti, le quali, di comune (dis)accordo, ritengono, congiuntamente, di non trovare più alcuna convenienza nell'accordo contrattuale precedentemente stipulato, tanto che, nella sua formulazione, l'art. 1321 cod. civ. individua, tra le funzioni dell'accordo, quella di "... *estinguere un rapporto giuridico patrimoniale*", con ciò esplicitando che anche per sciogliere il contratto, così come per costituirlo, è salvaguardato il dogma della bilateralità del consenso; e a tale norma fa ovviamente da *pendant* l'art. 1372 cod. civ., secondo cui il contratto, di regola, non può essere sciolto che per mutuo consenso.

Metafisicamente, si può sostenere che solo un atto di volontà può distruggere ciò che un altro atto di volontà ha creato².

Il diritto potestativo di recesso, invece, derogando ai principi generali sopra richiamati di cui agli artt. 1321 – 1372 cod. civ., si sostanzia in una sorta di *ius poenitendi*, che esprime una situazione di fatto radicalmente diversa da quella, sopra descritta, del mutuo consenso in ordine alla cessazione del vincolo negoziale: una situazione, cioè, in cui una sola delle parti ritiene non più confacente ai propri interessi la prosecuzione del vincolo contrattuale cui si era obbligata; il che, da un punto di vista meramente empirico, considerando che la maggior parte dei contratti trova la propria causa in concreto nel sinallagma, indicato come il nesso di interdipendenza tra le reciproche prestazioni (nello scambio, cioè, tra prestazioni corrispettive – o, secondo una giurisprudenza più recente, nell'adempimento

¹ Così Cass., 07/06/1990, n. 5454, in G. Pescatore – C. Ruperto, *Codice Civile Annotato con la Giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e delle Giurisdizioni Amministrative Superiori*, Tomo I, XV Edizione, Milano 2010, p. 2052, secondo cui: "Il recesso, essendo un negozio unilaterale recettizio in quanto, per produrre effetti, deve pervenire a conoscenza dell'altra parte, acquista efficacia solo con la comunicazione di esso a quest'ultima, onde, perché il contratto possa ritenersi sciolto dall'esercizio della relativa facoltà, è necessaria la prova di detta comunicazione"

² F. Camilletti, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, p. 11

delle stesse -), può condurre alla riflessione per cui, qualora una parte non ritenga più conveniente rimanere adesa al vincolo contrattuale, in modo speculare e opposto la controparte potrebbe trovare maggiori motivi di convenienza rispetto alla permanenza dell'efficacia del contratto, maturando quindi un'aspettativa ed un interesse per così dire "di fatto" (oltre, naturalmente, al diritto soggettivo) alla permanenza in essere degli effetti del contratto stesso.

Ed è proprio per questo motivo di fatto che l'ordinamento provvidamente prevede l'istituto della caparra penitenziale, la quale ha la funzione di indennizzare il contraente che subisce il recesso dalla perdita subita per la mancata esecuzione del contratto, inserendosi così nell'ambito del recesso come un corrispettivo volto ad attribuire ad una parte il diritto di sciogliersi unilateralmente dal contratto con il pagamento di una somma di denaro (o, in ipotesi di scuola, con la consegna di una quantità di cose fungibili)³.

Del resto, la portata "dirompente" del diritto di recesso sulla disciplina del contratto, e in particolare sul principio secondo cui ha forza di legge tra le parti e non può essere sciolto che per mutuo consenso, emerge anche laddove se in un contratto predisposto unilateralmente viene previsto il diritto di recesso a favore del contraente "forte", la clausola viene considerata vessatoria in quanto particolarmente giugulatoria per la parte che la subisce, tanto da necessitare, per la sua validità, della specifica sottoscrizione; e, se tale clausola viene inserita in un contratto tra professionisti e consumatori, rientra nella previsione di cui all'art. 33 cod. cons. che elenca le clausole che si presumono vessatorie, in quanto la clausola incriminata è atta a generare un significativo squilibrio contrattuale normativo in favore del professionista e in danno del consumatore.

Probabilmente anche alla luce di siffatte considerazioni, oltre al ben noto principio generale di conservazione del contratto, il legislatore non solo ha regolamentato il recesso "generico" come un'eccezione alla regola, ma ha anche ritenuto di differenziarne la disciplina a seconda dell'afferenza ai vari rami del diritto, ponendo, in funzione degli interessi in gioco (e delle qualità soggettive delle parti contraenti), una serie di contrappesi

³ In proposito, si veda Cass., 10/06/1991, n. 6561, in DeJure, secondo cui: "La fattispecie della caparra penitenziale si inserisce nella figura del patto di recesso con corrispettivo: al pari di quest'ultimo, infatti, presuppone un accordo diretto ad attribuire a una, o entrambe le parti, la possibilità di recedere dal contratto verso la prestazione di un corrispettivo"

funzionali a mantenere un equilibrio tra i diritti e gli obblighi costituenti il contenuto del contratto (*id est*: l'oggetto), con interventi significativamente definiti come 'ortopedici'⁴.

Muovendo, nella nostra analisi, dalla disciplina generale del recesso, si rileva sin da subito come la sua portata, potenzialmente lesiva per i principi generali di autonomia contrattuale e di conservazione del contratto, viene ridotta dalla natura meramente convenzionale, *ex art. 1373 cod. civ.* (e dunque solo eventuale) dell'apposizione della clausola che ne concede l'esercizio (salvo, ovviamente, le ipotesi di recesso legale, in cui tale diritto è attribuito per legge); seconda, ma non meno importante, è la previsione (chiaramente finalizzata ad una circoscrizione del perimetro di operatività di siffatto istituto) secondo cui il diritto di recesso può essere esercitato, nei contratti ad esecuzione istantanea (vale a dire quelle fattispecie contrattuali nelle quali vi è una sostanziale coincidenza fra la fase genetica e quella funzionale), fintantoché il contratto stesso non abbia avuto un principio di esecuzione⁵, considerando altresì che anche tale nozione, come ricostruito dalla giurisprudenza di legittimità⁶, contiene in sé un nucleo per così dire "volontaristico";

⁴ S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2017, p. 169

⁵ Importante corollario del discorso sul principio di esecuzione è quello svolto da Cass. 13/12/1979, n. 6507, in Giust. Civ. 1980, n. I, p. 918, secondo cui: "L'accertamento circa la sussistenza del principio di esecuzione – che l'art. 1373, comma 1, cod. civ. considera come condizione impeditiva della facoltà di recesso attribuita a uno dei contraenti – dev'essere condotto non in astratto, bensì in concreto, in relazione alla *funzione socio-giuridica del singolo negozio*. In base a tale criterio – anche prescindendo dall'attitudine del contratto preliminare a produrre effetti anticipatori di quello definitivo – ben possono, alla stregua delle concrete pattizioni delle parti, considerarsi principio di esecuzione di un contratto preliminare di compravendita la dazione di un acconto sul prezzo e la consegna della cosa anteriormente alla stipulazione del contratto definitivo".

Nella medesima sentenza, la Suprema Corte esprime il seguente principio di diritto: "La semplice fissazione di un termine finale per l'esercizio del recesso unilaterale non comporta necessariamente l'inapplicabilità della limitazione stabilita nel comma 1 dell'art. 1373 cod. civ., secondo cui, nei contratti non ad esecuzione periodica, la facoltà di recedere può essere esercitata finché il negozio non abbia avuto un principio di esecuzione, giacché l'efficacia di facoltà soggette a termine finale può ben cessare, prima della sua scadenza, in dipendenza di un fatto abdicativo della parte attributaria".

⁶ Il riferimento va a Cass., 01/12/1994, n. 10300, in DeJure, secondo cui: "L'art. 1373 c.c. - il quale, nel disciplinare l'istituto del recesso unilaterale (diverso da quello per inadempimento previsto dall'art. 1385 c.c.), stabilisce che la parte cui è attribuita pattiziamente detta facoltà può esercitarla finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione - non prescinde, in virtù sia del suo testo letterale, sia della "sua ratio" (ravisabile nell'incompatibilità concettuale tra proposito di sciogliere unilateralmente il rapporto e consenso precedentemente manifestato a darvi attuazione, sia pure parziale), da una connotazione volontaristica del principio di esecuzione, nel senso che questo, per poter precludere il recesso, o deve essere stato posto in essere dallo stesso recedente, o, se posto in essere da altro contraente, non deve aver trovato opposizione e rifiuto da parte del primo. Ne consegue che la domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, di cui all'art. 2932 c.c., non può - sempre che l'altra parte non vi abbia aderito o non abbia accettato l'eventuale contemporanea offerta della controprestazione - in alcun modo considerarsi di per sé principio di esecuzione del contratto preliminare ai sensi e per gli effetti dell'art. 1373 c.c. e che il convenuto, a cui favore sia stato attribuito il diritto di recesso, deve ritenersi legittimato a farlo valere in via di azione o di eccezione riconvenzionale e paralizzare così la pretesa avversaria di sentenza *costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c.*"

Tale pronuncia trova riscontro, nel principio enunciato, anche nella successiva sentenza Cass. 22/04/2008, n. 10400, in cui si ribadisce il concetto come segue: "L'atto con il quale il contraente esercita il recesso convenzionale (art. 1373 c.c.) o legale (art. 1385 c.c.), costituente esplicitazione di un diritto di sciogliere unilateralmente il contratto in deroga al principio espresso dall'art. 1372 c.c., comma 1, è immediatamente vincolante sia per l'emittente che per la controparte, anche quando l'efficacia ne sia differita per il compimento di atti conseguenti; il recesso è, di conseguenza, irrevocabile dal momento in cui il destinatario ne abbia avuto notizia, ai sensi dell'art. 1334 c.c., derivandone l'estinzione

laddove, invece, nei contratti di durata il recesso può essere esercitato dal o dai contraenti fintantoché il contratto è suscettibile di esecuzione, prevedendosene però, come per qualsiasi altro istituto che interviene sull'efficacia dei contratti ad esecuzione continuata e periodica (vedi, a titolo esemplificativo, risoluzione ed effetti della condizione) la sua irretroattività quanto agli effetti, con conseguente irripetibilità delle prestazioni già eseguite.

Analizzando il primo dei due requisiti, cioè la natura convenzionale⁷ della previsione della clausola di recesso, si nota agevolmente come, in ragione della sua portata⁸, tale diritto possa essere previsto in favore di una o più parti solo qualora vi sia stato un inequivoco consenso preventivo in ordine a tale possibilità; in ossequio al principio di conservazione del contratto e di autonomia contrattuale⁹, peraltro, la Corte di Cassazione, ha chiarito, ribadendo il *favor* di tutti i formanti del diritto rispetto allo storico principio (morale ancor prima che giuridico) secondo cui “*pacta sunt servanda*”, che esiste la possibilità – si intenda tale espressione in senso atecnico – di “sanare” un contratto che contenga la previsione di un diritto di recesso, intervenendo, previo inevitabilmente il mutuo accordo delle parti, con un accordo scritto che consenta di eliminare detta pattuizione.¹⁰

immediata del preesistente rapporto contrattuale; l'irrevocabilità unilaterale del recesso, dal momento in cui l'emittente lo abbia comunicato alla controparte, non può comportare l'esclusione della facoltà per le parti, nell'esercizio della loro autonomia (art. 1322 c.c.), di far venire meno gli effetti della fattispecie estintiva, ponendo in essere una manifestazione concorde di volontà che, nel caso di contratto in forma scritta ad substantiam, deve risultare da atto scritto.”

⁷ In tema di recesso convenzionale, si veda quanto affermato nella risalente sentenza del 20/04/1959, n. 1176, in Giust. Civ. I/1959, p. 1380: “*Nel recesso convenzionale dal contratto (art. 1373 cod. civ.) la facoltà di recesso non può essere esercitata se non alle condizioni nei modi consensualmente stabiliti; quando queste condizioni comprendono una prestazione del recedente, sia che tale prestazione abbia contenuto d'indennizzo o prezzo dello ius poenitendi, sia che si risolva nell'adempimento di un'obbligazione restitutoria o, comunque, avente contenuto diverso da quello indennitario, il recesso non ha effetto se la prestazione non è stata adempiuta.*”

⁸ Recentissima giurisprudenza di legittimità (Cass. 15/02/2019, n. 4537, in DeJure) ha infatti affermato che: “*In ipotesi di recesso convenzionale, il contratto si scioglie senza necessità di indagini sull'importanza e gravità dell'inadempimento, che acquistano invece rilevanza quando il recedente abbia preteso anche il risarcimento del danno per l'inadempimento in cui la controparte risulti incorsa al momento del recesso.*”

⁹ Sul peculiare rapporto tra i due sopra esposti principi, è interessante leggere la massima espressa da Cass. 10/11/2014, n. 23950, secondo cui: “*Il principio di conservazione del negozio giuridico va temperato con quello, più generale, dell'autonomia privata e della prevalenza della comune volontà delle parti. In particolare al fine di stabilire se la nullità di una clausola contrattuale importi la nullità dell'intero contratto, ovvero sia applicabile il principio utile per inutile non vitiatur, la sindacabilità del contenuto del contratto deve essere accertata soprattutto attraverso la valutazione della potenziale volontà delle parti in relazione all'ipotesi che nel contratto non fosse stata inserita la clausola nulla.*”

¹⁰ Così Cass. 18/01/2019, n. 1454, in DeJure, che così si esprime sul punto: “*L'atto con il quale il contraente esercita il recesso convenzionale (art. 1373 c.c.) o legale (art. 1385 c.c.), costituente esplicitazione di un diritto di sciogliere unilateralmente il contratto in deroga al principio espresso dall'art. 1372 c.c., comma 1, è immediatamente vincolante sia per l'emittente che per la controparte, anche quando l'efficacia ne sia differita per il compimento di atti conseguenti; il recesso è, di conseguenza, irrevocabile dal momento in cui il destinatario ne abbia avuto notizia, ai sensi dell'art. 1334 c.c., derivandone l'estinzione immediata del preesistente rapporto contrattuale; l'irrevocabilità unilaterale del recesso, dal momento in cui l'emittente lo abbia comunicato alla controparte, non può comportare l'esclusione della facoltà per le parti, nell'esercizio della loro autonomia (art. 1322 c.c.), di far venire meno gli effetti della fattispecie estintiva, ponendo in essere una manifestazione concorde di volontà che, nel caso di contratto in forma scritta ad substantiam, deve risultare da atto scritto.*”

Questa interpretazione si pone chiaramente, in un'ottica di analisi economica del diritto, nella prospettiva di dar corso e promuovere la finalizzazione di scambi commerciali in una società improntata alla libera circolazione di beni e servizi, incoraggiando in definitiva un modello liberale e capitalistico in cui il perfezionamento degli accordi intrapresi assume rilievo centrale.

Va sottolineato, al fine di meglio comprendere che la *mens legislatoris* sottendente a queste previsioni, sostenute da tutti i formanti del diritto, ha a cuore un aspetto meramente 'oggettivo', inerente cioè allo scambio in sé, senza riguardo specifico per l'aspetto soggettivo – psicologico delle parti che addivengono all'accordo (specularmente a quanto avviene in tema del motivo che conduce le parti all'accordo, irrilevante per l'ordinamento, salvo il disposto dell'art. 1345 cod. civ. in tema di motivo illecito e comune a entrambi i contraenti, e salva l'applicazione dell'istituto di matrice giurisprudenziale della presupposizione); in questo, seguendo un principio che si potrebbe definire coesistente al diritto del lavoro, risiede la principale differenza con la normativa giuslavoristica in tema di recesso, atteso che quest'ultima appunta la sua attenzione proprio sulla tutela delle ragioni soggettive delle parti, e segnatamente della parte considerata 'debole' nel sinallagma che costituisce causa del contratto di lavoro¹¹, introducendo, proprio in ragione di questo differente principio di fondo che informa tutta la normazione positiva, una serie di deroghe di significativa importanza alla disciplina generale del recesso civilistico 'generale'; deroghe che qui di seguito si andranno ad analizzare.

2. Il recesso nella normativa giuslavoristica e la sua funzione 'protettiva' nei confronti della persona del lavoratore:

In proposito appare opportuno sin da subito sottolineare che la normativa giuslavoristica, a partire dall'ormai ultracinquantennale – e tuttavia ancora in parte vigente – legge n. 604 del 1966 ha infatti previsto, a tutela non tanto dell'oggettivo dato di fatto della resa della

¹¹ Sulla natura contrattuale del rapporto di lavoro, inizialmente messa in discussione per effetto della mancata menzione della parola 'contratto' nell'art. 2094 cod. civ., preposto a disciplinare la fattispecie del lavoro subordinato, ormai non possono più sussistere dubbi, sia per il lavoro effettuato dai formanti giurisprudenziale e dottrinale, sia per il lessico legislativo impiegato nella copiosa produzione normativa speciale in tema lavoristico.

prestazione lavorativa (in special modo nell'ipotesi di lavoro subordinato avente per oggetto una mansione fungibile), quanto della soggettiva posizione della *persona* del lavoratore, che il recesso esercitato da parte datoriale debba essere sempre sorretto da un giustificato motivo (oggettivo o soggettivo) ovvero da una giusta causa; la disciplina giuslavoristica, quindi, non prevede nella sua configurazione generale (salvo le deroghe che si analizzeranno più avanti) il cosiddetto recesso *ad nutum*.

Conseguentemente, la norma contenuta nell'art. 2118 cod. civ. secondo cui ciascun contraente può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato dando il preavviso nei termini e nei modi stabiliti dagli usi o secondo l'equità è di fatto disapplicata in favore del lavoratore subordinato, in quanto la normativa generale di cui al richiamato articolo deve essere integrata dalla legislazione speciale in tema di licenziamenti, la quale ha annullato l'originaria equivalenza delle parti nel rapporto di lavoro, relativamente allo scioglimento unilaterale del contratto, in quanto mentre da un lato ha lasciato integra la libertà di recesso *ad nutum* del lavoratore attraverso le sue dimissioni, dall'altro ha circoscritto il recesso datoriale non supportato da giustificato motivo o giusta causa in un ambito residuale.

Al riguardo, si osserva che il rapporto di lavoro, cristallizzato in una delle sue variegate tipologie contrattuali, come è noto, può dunque essere interrotto a mezzo di una dichiarazione unilaterale, formale (in quanto deve essere, a pena di nullità, intimato per iscritto) e recettizia da parte del datore di lavoro quando alla base di tale recesso vi sia un comprovato motivo di ordine tecnico, organizzativo o produttivo¹² connesso al funzionamento dell'impresa, a prescindere dunque da un apprezzamento soggettivo avente ad oggetto i meriti o i demeriti del lavoratore (cosiddetto giustificato motivo

¹² Le maglie del giustificato motivo oggettivo, tuttavia, si sono leggermente allargate in seguito alla recente ma già divisiva sentenza della Corte di Cassazione del 07/12/2016, n. 25201, che, facendo leva sul disposto costituzionale di cui all'art. 41, relativo alla libertà d'iniziativa economica, ha così argomentato: “*La migliore efficienza gestionale o anche l'esigenza d'incremento del profitto che si traducano in un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo da attuare mediante soppressione di una posizione lavorativa possono integrare il giustificato motivo oggettivo di licenziamento.*”

Naturalmente, la portata potenzialmente rivoluzionaria della sopra richiamata sentenza risiede nella possibilità, per il datore di lavoro, di recedere dal contratto non solo in ragione di una acclarata situazione di difficoltà finanziaria, ma anche sulla base del perseguimento di un maggiore profitto; resta però da capire se tale pronuncia, sicuramente eversiva in un formante giurisprudenziale che tradizionalmente privilegia le ragioni del lavoratore subordinato, eserciterà la sua funzione nomofilattica verso i vari Tribunali di merito che si troveranno a giudicare i numerosissimi casi analoghi che quotidianamente vengono sottoposti.

oggettivo); inoltre, può trovare il suo fondamento in una condotta commissiva od omissiva imputabile allo stesso, secondo differenti sfumature di intensità (chiaramente maggiore nell'ipotesi di giusta causa), che, causando una lesione di diversa entità nel vincolo fiduciario *inter partes*¹³, sono produttive di conseguenze giuridiche differenziate¹⁴, non ultime quelle in merito alla configurabilità del periodo di preavviso ovvero della necessità di corrispondere al lavoratore espulso dall'organizzazione aziendale la relativa indennità sostitutiva.¹⁵ In sintesi, mentre nel giustificato motivo soggettivo si verifica di fatto un grave inadempimento agli obblighi posti a carico del lavoratore, nella giusta causa si verifica una lesione del vincolo fiduciario fra imprenditore e subordinato, che può trovare il suo fatto genetico anche in comportamenti non integranti un inadempimento delle attività lavorative. Da ciò consegue che, mentre il recesso per giustificato motivo si configura giuridicamente più come una risoluzione per inadempimento che come un vero e proprio recesso; per converso il licenziamento per giusta causa è perfettamente sovrapponibile alla fattispecie della "uscita" unilaterale dal contratto, in quanto non collegata a un inadempimento in senso tecnico – giuridico.

Come si è detto, la ragione per cui l'esercizio del diritto di recesso di parte datoriale soggiace alla necessità di un giustificato motivo o di una giusta causa risiede nella finalità per così dire sociale del diritto del lavoro¹⁶, branca del diritto nata coevolvemente alla rivoluzione industriale (e alla contestuale genesi del movimento sindacale, con la

¹³ Nella sua sinteticità è piuttosto efficace la recente pronuncia del Tribunale di Chieti, 29/03/2018, n. 119, che riassume come segue la nozione di giusta causa: "L'art. 2119 c.c. prevede che il contratto di lavoro a tempo indeterminato possa essere risolto unilateralmente e senza preavviso qualora si verifichi una causa che non consente la prosecuzione, neppure provvisoria, del rapporto. La giurisprudenza di legittimità ha ravvisato la giusta causa di licenziamento, tradizionalmente ricondotta alla tipologia della clausole generali, in tutti quei comportamenti che, valutati con riferimento agli aspetti concreti della vicenda sotto il profilo oggettivo e soggettivo (natura e qualità del singolo rapporto, grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni del dipendente, motivi, intensità del dolo e della colpa), si concretano in una negazione degli elementi del rapporto di lavoro di gravità tale da far venir meno la fiducia che il datore di lavoro deve poter riporre nel lavoratore."

¹⁴ Così sinteticamente Cass. civ., 13/05/2002, n.6889, in DeJure, che espone: "La differenza tra licenziamento per giusta causa e licenziamento per giustificato motivo soggettivo attiene alla gravità dell'inadempimento del lavoratore e non alla diversa consistenza temporale del requisito dell'immediatezza, il quale connota in misura analoga le due ipotesi di licenziamento disciplinare. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione del giudice di rinvio - cui era stato demandato di accertare se esistessero i presupposti per la conversione del licenziamento per giusta causa, dichiarato illegittimo per mancato rispetto del principio dell'immediatezza, in licenziamento per giustificato motivo soggettivo, come domandato in via subordinata - con cui era stato affermato il difetto del requisito dell'immediatezza anche per il licenziamento per giustificato motivo soggettivo)."

¹⁵ Come ben riassume Trib. Milano, 26/09/2014, n. 2189, in DeJure, "Ai sensi degli artt. 2118 e 2119 c.c., il preavviso o la relativa indennità sostitutiva spettano in ogni ipotesi di interruzione del rapporto di lavoro ad eccezione dell'ipotesi di licenziamento legittimo per giusta causa; in caso di licenziamento illegittimo, mentre in relazione alla tutela reale - in forza dell'efficacia ripristinatoria del rapporto attribuita dalla legge - l'indennità sostitutiva del preavviso è incompatibile con la reintegra perché non si ha interruzione del rapporto, viceversa al di fuori dell'ambito di tutela reale, stante il carattere meramente risarcitorio della tutela obbligatoria, il diritto all'indennità sostitutiva del preavviso sorge per il fatto che il licenziamento è comunque idoneo a risolvere il rapporto."

¹⁶ Si veda R. Del Punta, *Diritto del Lavoro*, Milano, 2018, p. 136

formazione dei cosiddetti *working parties*) con il precipuo scopo di dare delle condizioni esistenziali – ancor prima che lavorative – dignitose ai lavoratori sotto il profilo della stabilità lavorativa (e non casualmente l'aggettivo “*dignitosa*” compare in una norma costituzionale, l'art. 36, in tema di retribuzione sufficiente, espressamente dettata per la normativa del lavoro, e peraltro circoscritta dalla giurisprudenza¹⁷ proprio al solo alveo del lavoro subordinato¹⁸); le rare deroghe presenti nell'ordinamento a tale principio sono dunque improntate ad un'*eadem ratio*, che si può rinvenire nella minore necessità protezionistica verso il soggetto, o comunque in un differente temperamento rispetto alle contrapposte esigenze del datore di lavoro, che giustificano così una reviviscenza della desueta norma sopra richiamata di cui all'art. 2118 cod. civ., che viene a riespandere la propria operatività anche in favore del datore di lavoro.

3. Le deroghe previste alla normativa in tema di recesso nel diritto del lavoro e le ragioni poste a fondamento delle stesse. Conclusioni.

Si possono, a tal proposito, enucleare alcune casistiche tipiche previste dall'ordinamento, nelle quali il recesso datoriale non necessita di essere retto da giustificati motivi o da giusta causa, cercando di indagare sulla ragione di tale previsione derogatoria alla luce delle riflessioni svolte finora.

L'ipotesi *ictu oculi* più evidente è senza dubbio quella costituita dall'esonero della giustificazione (da ultimo apposto nell'art. 1 del D.Lgs. 23/2015¹⁹, vale a dire uno dei

¹⁷ Chiarissima sul punto Cass. civ., 20/07/2007, n.16134, che così argomenta: “*Premesso che il principio della retribuzione sufficiente di cui all'art. 36 cost. riguarda esclusivamente il lavoro subordinato, in materia di lavoro autonomo, qualora il compenso sia stato pattuito tra le parti anche in riferimento a criteri fissati in un d.m., non è possibile invocare, in sede giudiziaria, l'applicabilità dei diversi criteri indicati dall'art. 2233 c.c. (importanza dell'opera, decoro della professione, tariffe, usi), i quali possono assumere rilievo solo in difetto di espressa pattuizione.*”

¹⁸ Si potrebbe, ad ogni modo, opinare anche su siffatta ricostruzione giurisprudenziale, poiché è vero che il lavoratore autonomo è, per definizione, padrone del proprio tempo; è altresì vero però che la natura autonoma dell'attività lavorativa prestata non scongiura di per sé il rischio di intraprendere un rapporto contrattuale pesantemente squilibrato: si pensi alle ipotesi in cui un piccolo lavoratore autonomo (un artigiano, un professionista con un ridotto volume d'affari) intrattenga un rapporto lavorativo continuativo con un committente di dimensioni molto maggiori, di talché lo squilibrio può agevolmente riverberarsi negativamente sia sull'aspetto eminentemente economico, sia su quello più “esistenziale” del lavoratore autonomo, che diverrebbe, declinando il principio generale di eguaglianza contenuto nell'art. 3 della Costituzione, meritevole delle medesime tutele di cui godono i lavoratori dipendenti.

¹⁹ Tale norma ha superato il vaglio di costituzionalità con la sentenza della Corte Costituzionale, 08/11/2018, n. 194, così massimata: “*Sono infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, d.lg. 4 marzo 2015 n. 23, nella parte in cui tutela i lavoratori assunti a decorrere dal 7 marzo 2015 in modo deteriore rispetto a quelli assunti, dalla stessa azienda, prima di tale data e prevede la sua non applicabilità ai dirigenti, in riferimento agli art. 3 e, in relazione all'art. 30 CdJUE in quanto non applicabile nella fattispecie, 76 e 117,*

principali decreti costitutivi del c.d. *Jobs Act*, che ha significativamente riformato la disciplina dei licenziamenti, il quale, superando le ambiguità del passato, ha espressamente escluso dall'ambito di operatività della legge i dirigenti, circoscrivendone l'ambito di applicazione ai soli operai, impiegati e quadri) per i licenziamenti dei lavoratori inquadrati come dirigenti; tale previsione trova la sua ragione nella particolare apicalità della posizione di tale categoria di lavoratori, già classificati da tempo dalla giurisprudenza²⁰ come veri e propri 'alter ego dell'imprenditore', i quali, come contraltare della posizione di particolare rilievo sia dal punto di vista economico sia dal punto di vista gerarchico all'interno dell'organizzazione aziendale, non sottostanno alle regole previste per la totalità delle altre categorie di lavoratori descritte dall'art. 2095 cod. civ., dovendosi ritenere sufficiente, ai fini della legittimità del recesso datoriale, la mera allegazione di elementi da cui risulti la tendenziale 'giustificatezza' dell'intento espulsivo²¹. Si può quindi affermare che l'intensità

comma

1,

cost. ”.

Nel corpo della sentenza si legge: “*Questa Corte ha da tempo chiarito che il dirigente, pur rientrando, per espressa previsione dell'art. 2095, primo comma, del codice civile, tra i lavoratori subordinati, «si caratterizza per alcune significative diversità rispetto alle altre figure dei quadri, impiegati ed operai» (sentenza 228 del 2001, punto 2. del Considerato in diritto). Sicché «le due categorie non sono affatto omogenee ed i due rapporti di lavoro sono nettamente differenziati» (sentenza 309 del 1992, punto 3. del Considerato in diritto). La diversità del lavoro dei dirigenti ha indotto questa Corte a più riprese a ribadire che non contrasta con l'art. 3 Cost. l'esclusione degli stessi dall'applicazione della generale disciplina legislativa sui licenziamenti individuali, compresa la regola della necessaria giustificazione del licenziamento (sentenze n. 228 del 2001, n. 309 del 1992 e n. 121 del 1972, ordinanza n. 404 del 1992; queste ultime due pronunce riguardano, in particolare, l'art. 10 della legge n. 604 del 1966, che esclude i dirigenti dall'applicazione, tra l'altro, dell'art. 1 di tale legge, cioè della disposizione che richiede l'esistenza di una «giusta causa» o di un «giustificato motivo» di licenziamento).*

In ragione di questa perdurante esclusione si deve confermare che, anche nel sistema vigente, i dirigenti non sono comparabili alle altre categorie dei prestatori di lavoro di cui all'art. 2095, primo comma del codice civile.

²⁰ *Ex multis* si richiama la più recente sentenza della Corte di Cassazione sul tema, n. 7295 del 23/03/2018, che ribadisce: “*La qualifica di dirigente spetta soltanto al prestatore di lavoro che, come "alter ego" dell'imprenditore, sia preposto alla direzione dell'intera organizzazione aziendale ovvero ad una branca o settore autonomo di essa, e sia investito di attribuzioni che, per la loro ampiezza e per i poteri di iniziativa e di discrezionalità che comportano, gli consentono, sia pure nell'osservanza delle direttive programmatiche del datore di lavoro, di imprimere un indirizzo ed un orientamento al governo complessivo dell'azienda, assumendo la corrispondente responsabilità ad alto livello (cd. dirigente apicale); da questa figura si differenzia quella dell'impiegato con funzioni direttive, che è preposto ad un singolo ramo di servizio, ufficio o reparto e che svolge la sua attività sotto il controllo dell'imprenditore o di un dirigente, con poteri di iniziativa circoscritti e con corrispondente limitazione di responsabilità (cd. pseudo-dirigente).*”

²¹ Sulla nozione di giustificatezza del licenziamento del dirigente, si veda, *ex multis*, Cass. civ., 26/10/2018, n.27199, secondo cui: “*La disciplina limitativa del potere di licenziamento, di cui alla l. n. 604 del 1966 e st.lav., non è applicabile, ai sensi dell'art. 10 della l. n. 604 del 1966, ai dirigenti convenzionali; ne consegue che, ai fini dell'eventuale riconoscimento dell'indennità supplementare prevista per la categoria dirigenziale, occorre far riferimento alla nozione contrattuale di giustificatezza della risoluzione, che si discosta, sia sul piano soggettivo che oggettivo, da quella di giustificato motivo, trovando la sua ragion d'essere, da un lato, nel rapporto fiduciario che lega il dirigente al datore di lavoro in virtù delle mansioni affidate, dall'altro, nello stesso sviluppo delle strategie di impresa che rendano nel tempo non pienamente adeguata la concreta posizione assegnata al dirigente nella articolazione della struttura direttiva dell'azienda. (Nella specie, la giustificazione del licenziamento è stata ravvisata nell'esistenza di un piano effettivo di razionalizzazione aziendale, senza attribuire rilievo alla verifica circa la sussistenza di una crisi economica tale da rendere necessaria la ristrutturazione ovvero alla redistribuzione ad altro personale delle mansioni già affidate al dirigente licenziato).*”

La portata della previsione *de qua* si vince in particolar modo anche dalla lettura della sentenza di Trib. Modena, 05/05/2017, n. 89, massimata come segue: “*In tema di licenziamento del dirigente, ai fini della giustificatezza del licenziamento dello stesso può rilevare qualsiasi motivo, purché apprezzabile sul piano del diritto, idoneo a turbare il legame di fiducia con il datore. Anche la semplice inadeguatezza del dirigente rispetto ad aspettative riconoscibili "ex ante", o una importante deviazione del dirigente dalla linea segnata dalle direttive generali del datore*

della tutela accordata dalla legge è inversamente proporzionale all'importanza che il soggetto riveste all'interno della gerarchia aziendale.

Per tutte queste ragioni, si può ritenere globalmente coerente coi principi che informano la normativa giuslavoristica l'esonero dei lavoratori collocati in area dirigenziale dalla necessità di allegare un giustificato motivo / giusta causa in senso stretto; tale normativa è del resto anche coerente, o quantomeno non in contrasto, con il principio di eguaglianza sostanziale programmaticamente enunciato dall'art. 3 della Carta Costituzionale, atteso che il principio ivi enunciato postula che il trattamento giuridico sia uguale per posizioni uguali o quantomeno equivalenti, mentre può ragionevolmente differire nel caso di posizioni sostanziali (anche radicalmente) differenti, quali risultano essere quelle dei dirigenti rispetto a quelle degli altri lavoratori, sia sotto il profilo del trattamento economico, sia anche sotto il profilo della possibilità di ricollocarsi nel mercato del lavoro data la loro elevata specializzazione.

Un'altra ipotesi classica di recesso *ad nutum*, perché storicamente presente nella disciplina giuslavoristica, è quella rappresentata dal diritto di recesso che entrambi i contraenti possono esercitare durante il periodo di prova (si parla tecnicamente di recesso poiché tale lemma non si identifica immediatamente con una delle parti del contratto, potendo ben essere esercitato, in linea teorica, tanto dal datore di lavoro quanto dal lavoratore: l'analisi della prassi, tuttavia, evidenzia chiaramente come la previsione si attagli prevalentemente alla parte datoriale, atteso che, nella normalità dei casi, il lavoratore non è mai tenuto a comunicare i motivi che giustificano la sua intenzione di recedere dal rapporto di lavoro, tramite la semplice presentazione delle proprie dimissioni); in questo caso, però, il diritto, pur presentandosi come un diritto potestativo, non sfocia nella mera potestatività datoriale, incontrando il limite oggettivo posto dall'arbitrio e, dalla necessità, in ogni caso, di fornire al lavoratore la possibilità di dar prova delle proprie capacità professionali²². In

di lavoro, o un comportamento extralavorativo incidente sull'immagine aziendale possono, a seconda delle circostanze, costituire ragione di rottura del rapporto fiduciario e, quindi, giustificare il licenziamento sul piano della disciplina contrattuale dello stesso, con valutazione rimessa al giudice di merito. (Nel caso di specie, può essere licenziato per giusta causa il dirigente che è venuto meno ai doveri di diligenza, collaborazione e di rispetto delle direttive generali in quanto, ad esempio, aveva scelto dei fornitori inadeguati senza poi monitorarne la prestazione e quindi senza informare la società delle numerose criticità e degli adempimenti del fornitore non consentendo alla società di apprestare idonei rimedi per limitare i danni)."

²² Tribunale Siena sez. lav., 09/03/2018, n.56, in DeJure: "Il recesso dal patto di prova, durante il suo svolgimento, è libero e non necessita, pertanto, di giustificazione causale, tuttavia il vero e proprio arbitrio datoriale incontra un limite nell'annullamento della possibilità stessa per il lavoratore di dare modo di dimostrare la propria professionalità, situazione che si verifica nel non consentire l'esperimento quando la sua durata sia

proposito, la giurisprudenza si è espressa nel senso che l'interruzione unilaterale *ex parte datoris* del rapporto di lavoro durante il periodo di prova costituisce un'ipotesi di recedibilità acausale, dal momento che al datore di lavoro è attribuito il diritto potestativo di recesso che non richiede giustificazioni per il suo esercizio, ma non può risolversi nel mero arbitrio del suo titolare, atteso che l'ordinamento, comunque, assegna garanzia costituzionale (art. 4 Cost.) al diritto di non subire un licenziamento arbitrario; conseguentemente l'esercizio del diritto di recesso dell'imprenditore, in quanto atto unilaterale di volontà negoziale, è inefficace, se il suo esercizio trova il proprio fondamento esclusivamente in un motivo illecito.

In funzione, però, della discrezionalità in ordine alla valutazione riguardante l'esito della prova e la conseguente idoneità allo svolgimento delle mansioni lavorative, la semplice dimostrazione da parte del prestatore di lavoro in prova dell'esito positivo della prova stessa non è di per sé idoneo a rendere illegittimo il recesso, dovendo colui che invoca la predetta illegittimità dimostrare l'illiceità del motivo che ha indotto al recesso il datore di lavoro.²³

Come si è già evidenziato, quindi, il recesso durante il periodo di prova si presenta come tendenzialmente acausale, tanto che si è persino arrivati ad affermare che il patto di prova costituisce una vera e propria condizione sospensiva *ex art. 1353 cod. civ.*²⁴, il che

stata *eccessivamente* *compressa.*
Tale pronuncia riprende una vecchia massima espressa dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 27/10/2010, n. 21965, anch'essa in DeJure: *“In ipotesi di licenziamento di lavoratore in prova, pur rientrandosi nell'area della recedibilità acausale, non può ammettersi che l'esercizio del diritto potestativo riconosciuto al datore di lavoro possa risolversi nel mero arbitrio del suo titolare. Ne consegue che, pur restando l'atto di recesso del datore di lavoro estraneo al regime comune dei licenziamenti, fra l'altro in punto di motivazione, oneri probatori e sanzioni, il lavoratore potrà sempre dimostrare che l'atto di recesso sia stato determinato da motivi illeciti, fra i quali può rientrare lo svolgimento della prova in mansioni incompatibili con lo stato di invalidità o la finalizzazione del recesso, adottato nonostante il positivo superamento dell'esperimento, alla mera elusione della disciplina del collocamento dei disabili, dovendosi qualificare, per definizione, come licenziamento in frode alla legge quello finalizzato al solo obiettivo di aggirare il sistema delle assunzioni obbligatorie.”*

²³ In questo senso si esprime testualmente Trib. Trento, 06/02/2018, in DeJure, secondo cui: *“Il licenziamento durante il periodo di prova rientra nella cosiddetta area della recedibilità acausale in quanto il datore è titolare di un diritto potestativo il cui esercizio legittimo non richiede giustificazione. Tuttavia non può ammettersi che l'esercizio del diritto potestativo riconosciuto al datore di lavoro possa risolversi nel mero arbitrio del suo titolare, dal momento che l'ordinamento, comunque, assegna garanzia costituzionale al diritto di non subire un licenziamento arbitrario. Ne deriva che l'atto di recesso del datore dal rapporto di lavoro, in quanto atto unilaterale di volontà negoziale, è viziato, se l'agente vi sia determinato esclusivamente per un motivo illecito (art. 1345 cod. civ.); tuttavia, poiché la valutazione datoriale in ordine all'esito della prova ampiamente discrezionale, la sola dimostrazione da parte del lavoratore dell'esito positivo dell'esperimento non è sufficiente ad invalidare il recesso; occorre infatti che il lavoratore indichi il motivo illecito che avrebbe indotto la società convenuta a estinguere unilateralmente il rapporto di lavoro subordinato con il ricorrente.”*

²⁴ Così Cass. 11/11/1988, n. 6096, che esplicitamente afferma (si noti che, nonostante la vetustà della pronuncia, i riferimenti normativi restano attuali): *“A norma dell'art. 2096 c.c. e dell'art. 10 della l. 15 luglio 1966 n. 604, il rapporto di lavoro subordinato, costituito con patto di prova, è sottratto, per il periodo massimo di sei mesi, alla disciplina sui licenziamenti individuali ed è caratterizzato da un potere di recesso del datore di lavoro, la cui discrezionalità - avvertendosi la condizione sospensiva potestativa cui è sottoposto il negozio di assunzione*

configurerebbe peraltro la mancata definitiva assunzione del lavoratore non come conseguenza dell'esercizio di un diritto soggettivo del datore di lavoro, ma come il mancato avveramento di un fatto oggettivo dedotto come *condicio iuris* del contratto di lavoro.

In questo caso la non obbligatorietà dell'allegazione di un giustificato motivo ovvero di una giusta causa trova il suo fondamento sia nel fatto che il licenziamento non è del tutto *ad nutum*, considerato che il recesso deve in ogni caso reggersi sulla non idoneità lavorativa²⁵ del prestatore espulso, sia, avendo riguardo alle esigenze più "esistenziali" del lavoratore, nella constatazione di fatto che il periodo di prova non può comunque eccedere una durata di sei mesi e prevede dunque un inserimento non consolidato nell'organizzazione aziendale; per cui, atteso il non definitivo inserimento del lavoratore nell'impresa, risulta anche attenuata l'esigenza e la correlativa tutela al mantenimento del posto di lavoro.

Fattispecie ibrida, anche riguardo al diritto di recesso, si presenta nell'ipotesi del contratto di apprendistato, ove, nei tre o cinque anni del periodo formativo il lavoratore gode di tutte le tutele del contratto di lavoro a tempo indeterminato, così come, ovviamente, gli vengono riconosciute nel caso di inserimento stabile all'interno dell'impresa al termine del predetto periodo formativo; l'anomalia si riscontra, però, al termine del triennio (o quinquennio) formativo, e prima dell'assunzione, in quanto, in tale finestra, il datore di lavoro può esercitare il diritto di recesso *ad nutum ex art. 42, comma 4 del D.Lgs. 81/2015*, il che pone tale particolare tipologia contrattuale "a metà" tra il patto di prova e il lavoro

- si esplica senza obbligo di fornire al lavoratore alcuna motivazione, neppure in caso di contestazione, sulla valutazione della capacità e del comportamento professionale del medesimo. Peraltro, l'esercizio del detto potere di recesso, consentito in ogni momento, e cioè non solo al termine ma anche nel corso del periodo di prova - salvo che questa sia stata stabilita per un tempo minimo necessario -, non è caratterizzato da una discrezionalità assoluta, ma deve essere coerente con la causa del fatto, sicché il lavoratore, che non dimostri e neppure chieda di dimostrare il positivo superamento dell'esperimento, nonché l'imputabilità del recesso ad un motivo estraneo a quindi illecito, non può eccepire e dedurre la nullità di tale recesso in sede giurisdizionale."

²⁵ Sintetica, ma incisiva, la disamina di Trib. Bologna, 27/02/2019, n. 101, in DeJure, che così si esprime: "Il recesso del datore di lavoro nel corso del periodo di prova ha natura discrezionale e dispensa dall'onere di provarne la giustificazione, fermo restando che l'esercizio del potere di recesso deve essere coerente con la causa del patto di prova, che consiste nel consentire alle parti del rapporto di lavoro di verificarne la reciproca convenienza."

Tale pronuncia si pone in continuità, in taluni passi anche letterale, con un orientamento assai consolidato, già cristallizzato dalla giurisprudenza di legittimità con sentenza Cass. 13/08/2008, n. 21586, che argomentava come segue: "Anche nei rapporti di lavoro "privatizzati" alle dipendenze di p.a., il recesso del datore di lavoro nel corso del periodo di prova ha natura discrezionale e dispensa dall'onere di provarne la giustificazione (altrimenti sarebbe equiparato ad un recesso assoggettato alla l. n. 604 del 1966), fermo restando che l'esercizio del potere di recesso deve essere coerente, con la finalità della prova che consiste nel consentire alle parti del rapporto di lavoro di verificarne la reciproca convenienza."

subordinato *strictu sensu*, rendendo così fattispecie di più complessa interpretazione in quanto posta in evidente deroga ai principi sinora evidenziati, comuni a tutta l'impalcatura del diritto del lavoro.²⁶

La *ratio legis* di tale deroga, come ha attentamente evidenziato la dottrina, va individuata nella volontà di offrire uno strumento più flessibile e meno costoso agli imprenditori, realizzando così un *favor datoris*, laddove si consideri che, nel recente c.d. “Decreto Dignità” (D.L. 87/2018) il termine massimo per il lavoro a tempo determinato è pari a due anni, mentre nel contratto di apprendistato, di fatto, il “tempo determinato” può variare tra i tre e i cinque anni, avendo, allo spirare di tale termine, l'imprenditore assoluta discrezionalità nell'esercizio del diritto di recesso (che, nel caso di specie, si traduce in un licenziamento, mascherato dal termine della fase formativa dell'apprendistato).²⁷ Le ulteriori ipotesi residue di recesso non giustificato presenti nell'ordinamento italiano sono quelle del recesso dal contratto stipulato con uno sportivo professionista²⁸ ovvero con un lavoratore che abbia raggiunto i requisiti per la pensione di vecchiaia, avendo la giurisprudenza chiarito che tale principio non possa attagliarsi ai lavoratori che abbiano

²⁶ L.A. Beccaria, *Indagine sul recesso al termine del periodo formativo dell'apprendistato*, 2019, consultabile in Salvis Juribus al seguente link: <http://www.salvisjuribus.it/indagine-sul-recesso-al-termine-del-periodo-formativo-dell'apprendistato/>, ove viene svolta la seguente riflessione: “Come è noto, la legge afferma che il contratto di apprendistato debba essere inteso come un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, sebbene poi appaia evidente un certo scollamento tra la lettera della legge e la prassi: sarebbe sufficiente, del resto, domandare all'apprendista che abbia chiesto a un istituto di credito l'erogazione di un mutuo per capire che la nozione di ‘tempo indeterminato’ del suo rapporto di lavoro è più teorica che pratica.

Il principale motivo per cui esiste questa discrasia risiede nell'odierno oggetto di studio, ossia la possibilità – astrattamente posta a vantaggio di entrambe le parti, ma che de facto, per motivi sia pratici, sia eminentemente giuridici, si configura chiaramente quale strumento di *favor datoris* -, al termine del periodo formativo, la cui durata è fissata (così come le modalità attuative ed il trattamento economico e normativo) dai Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro entro la cornice fissata ex lege, di recedere ad nutum, derogando alla disciplina comune del **corpus** normativo giuslavoristico secondo cui, sin dalla celeberrima legge n. 604/1966, vi è necessità di allegare un giustificato motivo quando il datore manifesta la sua intenzione di recedere dal contratto di lavoro.

La previsione in esame risulta doppiamente anomala considerando che, per tutta la vigenza del cosiddetto “periodo formativo”, l'apprendista è tutelato dal medesimo regime relativo alla totalità dei lavori subordinati ‘tipici’, non potendo trovare applicazione, come la giurisprudenza ha coerentemente evidenziato, né la disciplina del c.d. recesso ante tempus tipica del contratto a tempo determinato, né tantomeno alcuna tipologia di recesso non sorretta da un giustificato motivo o una giusta causa.”

²⁷ L.A. Beccaria, *op. loc. cit.*

²⁸ Si veda Cass. civ., 17/01/1996, n. 354, ove si legge: “Anche ai sensi della l. 23 marzo 1981 n. 91 è configurabile un rapporto di lavoro autonomo tra un allenatore sportivo professionista ed una società sportiva, come confermato dall'art. 3, comma 2, che, in relazione alla posizione degli atleti professionisti, prevede ipotesi di lavoro autonomo. Né può escludersi la coesistenza di un rapporto di lavoro subordinato e di uno di lavoro autonomo, se sono ben distinte le prestazioni e i compensi relativi ai due diversi rapporti contrattuali, con la conseguenza che, in caso di recesso della società sportiva da ambedue i rapporti, la stessa per il rapporto di lavoro autonomo è tenuta, a norma dell'art. 2237 c.c., solo al compenso per l'opera prestata dal collaboratore, indipendentemente dalla causa del recesso. (Nella specie all'allenatore sportivo responsabile della prima squadra per un'intera stagione calcistica - e come tale pacificamente vincolato da un rapporto di lavoro subordinato - era stato affidato anche il coordinamento e la supervisione del settore giovanile. La S.C., nel confermare, sulla base dei suesposti principi, la sentenza impugnata - che aveva ritenuto la sussistenza di due contratti, nonostante l'unicità del testo negoziale - ha in particolare rigettato il motivo di ricorso relativo al qualificazione come di lavoro autonomo del secondo rapporto, rilevando che neppure il ricorrente aveva dedotto un impegno superiore a quello previsto dalle lettere b) e c) del cit. art. 3, comma 2, da lui richiamato).”

raggiunto i requisiti per la pensione di anzianità²⁹; nel caso dello sportivo professionista, la *ratio* posta a fondamento della disposizione normativa risiede nella stessa struttura del contratto di lavoro dello sportivo, il quale, in antitesi con il contratto di lavoro subordinato classico, è *ex lege* strutturato come un contratto a tempo determinato, mentre nell'ipotesi del pensionamento per raggiunti limiti di età non sussiste più, per il lavoratore, più l'esigenza di ricollocarsi nel mondo del lavoro quale stretta necessità.

Fatta dunque eccezione per l'ipotesi del recesso al termine del periodo formativo dell'apprendistato, la cui *ratio legis*, come si è sopra accennato, risulta più difficilmente perscrutabile – verosimilmente lo si potrebbe assimilare a un mancato superamento del periodo di prova, in relazione alle specifiche capacità acquisite (o meno) dall'apprendista lungo la fase formativa – tutte le altre casistiche nelle quali non è prevista l'allegazione di un giustificato motivo o una giusta causa trovano il loro fondamento nella particolarità soggettiva del lavoratore, per aver egli, almeno in astratto, più facilità a ricollocarsi nel contesto lavorativo, o per non aver più egli questa necessità. È qui che risiede, in ultima analisi, il reale nucleo del ragionamento che si è tentato di sviluppare nel presente lavoro: un unico strumento giuridico, vale a dire il diritto potestativo di recesso, può, a seconda del settore dell'ordinamento nel quale viene collocato e del soggetto al quale viene attribuito, acquisire valenza e significato completamente antipodali, costituendo infatti lo stesso nel diritto civile un'attuazione, seppur peculiare, del principio di autonomia contrattuale³⁰, trovando tale diritto, almeno

²⁹ Chiarissima sul punto Cass. Civ. 10/01/2019, n. 435, in DeJure, secondo cui: “*Nei confronti della lavoratrice in età pensionabile ed in possesso dei requisiti per la pensione di anzianità non è consentito, da parte del datore di lavoro, il recesso "ad nutum", posto che solamente la maturazione del diritto al pensionamento di vecchiaia incide sul regime del rapporto di lavoro, come desumibile dall'art. 4, comma 2, della l. n. 109 del 1990, norma insuscettibile di applicazione analogica, che, nell'escludere la tutela reale per i licenziamenti illegittimi nei confronti dei prestatori di lavoro ultrasessantenni aventi i requisiti pensionistici, fa riferimento ai presupposti per l'accesso alla pensione di vecchiaia (e non di anzianità), solo al verificarsi dei quali il lavoratore ha l'onere di impedire la cessazione del regime di stabilità, entro un certo termine decadenziale, esercitando l'opzione per la prosecuzione del rapporto di lavoro.*”

³⁰ Uno dei cui corollari principali è, non a caso, quello per cui non è possibile assumere vincoli a tempo indeterminato senza avere la possibilità di recederne.

La recedibilità *ad nutum* dai rapporti di durata a tempo indeterminato costituisce infatti, nel diritto privato, un'espressione dell'esigenza di evitare la perpetuità del vincolo obbligatorio e di conformare l'esecuzione del contratto alla clausola di buona fede di cui all'art. 1375 cod. civ., che rappresenta specificazione del dovere di solidarietà sociale prescritto dall'art. 2 Cost.: come tale, essa prescinde da qualsiasi previsione specifica, legislativa ovvero pattizia, configurandosi così, per qualsiasi rapporto di durata a tempo indeterminato, quale causa estintiva ordinaria, alternativa rispetto al recesso per giusta causa e alla risoluzione per inadempimento (così si esprime sul punto Cass. 04/08/2004, n. 14970, citata in G. Pescatore – C. Ruperto, *op. cit.*).

Come è evidente, tale ragionamento non si attaglia al contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, per il quale invece vigono principi diametralmente opposti.

riguardo al recesso convenzionale, pur sempre il proprio fondamento in un accordo delle parti, mentre nella normativa del rapporto di lavoro la regolamentazione del recesso appare teleologicamente indirizzata alla conservazione del vincolo contrattuale, attraverso una serie di regole e principi che assicurano la continuità del rapporto qualora non vi fosse un giustificato motivo (o una giusta causa) effettivamente sussistente che sorregga tale unilaterale manifestazione di volontà da parte di uno dei due soggetti che si vincolano al contratto di lavoro (*id est*: il datore di lavoro); e ciò in ossequio alla funzione (almeno tendenzialmente) protezionistica della normativa giuslavoristica, la quale sin dalla sua genesi ha sempre perseguito lo scopo di tutelare il lavoratore quale parte debole del rapporto contrattuale.

In ragione però della funzione sopra indicata, appare coerente per l'interprete domandarsi se, tuttavia, tale ragionamento, sicuramente valido a partire dall'entrata in vigore della l. 604/66, e senza dubbio rafforzato con l'emanazione dello Statuto dei Lavoratori che per primo approntò la tutela reintegratoria in capo al lavoratore illegittimamente licenziato, possa ritenersi ancora valido ed attuale alla luce della più recente legislazione, informata dal paradigma di derivazione comunitaria della cosiddetta *flexicurity* (termine che vorrebbe coniugare flessibilità e tutele) e che ad ogni modo vede un quadro normativo fortemente variato in seguito alla promulgazione del D.Lgs. n. 23/2015, che ha notevolmente attenuato il ricorso alla "tutela reale", con un connesso ampliamento della tutela "obbligatoria" (previsione che naturalmente, di per se stessa, va semplicemente nella direzione della flessibilità: la componente "*security*" è invece demandata ad altri provvedimenti normativi, disciplinanti il sistema degli ammortizzatori sociali – già effettivamente presenti – e il collocamento sul lavoro – settore in cui l'ordinamento italiano è invece più scricchiolante -).

In sostanza, volendo riportare nell'alveo del recesso il principio appena esposto, non può non rilevarsi che, stante l'eliminazione (o comunque la significativa riduzione) dell'obbligo di reintegrazione, al datore di lavoro è di fatto attribuito un diritto di recesso, con correlativo obbligo risarcitorio – indennitario a favore del lavoratore subordinato; infatti, al di là di ogni valutazione politica e ideologica, aliena al presente scritto, l'unico vero modo

per frustrare il recesso inteso come *exit way* dal contratto, è quello della reintegra, perché è il solo modo attraverso cui il rapporto lavorativo viene mantenuto in vita.

Poco incide, in questa cornice inerente al recesso, la pur dirompente recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 194/2018, la quale ha affermato l'incostituzionalità del sistema delle cosiddette "tutele crescenti" stabilito dal predetto Decreto Legislativo, che prevedono, come è noto, la corresponsione di un importo predeterminato al lavoratore, che viene parametrato esclusivamente in funzione dell'anzianità di servizio, esautorando in questo modo il Giudice dalla sua funzione giudicante (o quantomeno, dalla finestra di discrezionalità concessa dalla previgente normativa, che faceva salva un'autonomia giudiziale basata su una pluralità di parametri quali, a titolo esemplificativo, i carichi di famiglia, l'intensità dell'illegittimità della condotta datoriale, e, non ultima, la stessa anzianità di servizio).

E tuttavia, tale pronuncia della Consulta, pur rafforzando in linea di massima la posizione del lavoratore subordinato (o comunque fornendogli un ventaglio di garanzie più ampio), non modifica certo l'impianto voluto dal legislatore delegato del *Jobs Act*, atteso che si preoccupa esclusivamente di rimodulare i criteri di quantificazione della tutela obbligatoria, affidandoli in parte alla discrezionalità (motivata) del giudicante, senza però in alcun modo alterarne il perimetro, consentendo quindi in un'ampia varietà di situazioni in cui il datore di lavoro può recedere dal rapporto, avendo comunque la certezza che il lavoratore licenziato (anche illegittimamente) non rioccherà mai più la propria posizione lavorativa in azienda.

Il problema affrontato dal Giudice Delle Leggi quindi è, in sintesi, circoscritto al *quantum*, ma lascia inalterato l'*an*.

Appare, per questo motivo, non peregrino domandarsi non tanto se la funzione del recesso sia venuta a coincidere nel diritto civile e nel diritto del lavoro, poiché è evidente che la questione non riposa in termini così assolutistici, ma quantomeno se ci sia stato un avvicinamento tra le due fattispecie (e le rispettive *rationes*), e soprattutto, se tale avvicinamento (che può anche configurarsi, al ricorrere di determinate condizioni, come una scelta politica precisa e non necessariamente sbagliata) sia adeguatamente compensato

da una corretta attuazione del principio di *flexicurity* di cui si è argomentato, in ragione della quale l'eventuale recesso attuato dal datore di lavoro (legittimo o meno) non si tradurrebbe mai, avendo sempre come bussola le finalità sociali del diritto del lavoro, in un'estromissione forzata della persona dal circuito del mercato lavorativo, per effetto del combinato tra la corresponsione di ammortizzatori sociali all'uopo preposti e di un'efficace procedura di intermediazione tra domanda e offerta di lavoro, che peraltro le ultime riforme, improntate ad una politica più eminentemente assistenzialistica, sembrerebbero sconfiggere.