

GUIDO VIDIRI
Presidente della Suprema Corte di Cassazione

IL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE NEL PRIMO DECRETO ATTUATIVO DEL *JOBS ACT* TRA LUCI E (NON POCHE) OMBRE

SOMMARIO: 1. La certezza del diritto nell'età delle incertezze. – 2. Il difficile ruolo del giudice del lavoro nell'attuale contesto normativo. – 3. Le utili innovazioni sui licenziamenti nel decreto in materia di contratto a tutele crescenti. – 4. La disciplina sui licenziamenti tra non poche ombre. – 5. Il licenziamento disciplinare: un enigma avvolto nel mistero. – 6. Il licenziamento disciplinare dalla legge Fornero al *Jobs Act*. – 7. Il licenziamento disciplinare tra « fatto materiale » e « fatto giuridico ». – 8. I principi di « ragionevolezza » e di « buona fede » nel licenziamento disciplinare. – 9. Considerazioni conclusive.

1. – È opinione universalmente condivisa che la incertezza del diritto oltre a generare ripercussioni negative sul vivere quotidiano dei cittadini, determina anche effetti sfavorevoli sul piano economico perché finisce per intralciare qualsiasi iniziativa imprenditoriale che voglia, nel rispetto dell'art. 41 Cost., perseguire l'utilità sociale garantendo nello stesso tempo la « libertà e dignità umana », con conseguente contrazione della produttività e, quindi, anche della occupazione ⁽¹⁾.

Ma al di là delle indicate conseguenze sul versante economico, il principio della certezza del diritto ha ben più estese ricadute sul piano istituzionale coniugandosi indissolubilmente con la legalità e con essa con la stessa libertà del cittadino, essendosi affermato autorevolmente che « la legalità è condizione di libertà perché solo la legalità assicura, nel modo meno impossibile, quella certezza del diritto senza la quale praticamente non può sussistere la libertà politica » ⁽²⁾.

⁽¹⁾ In questi termini cfr. G. VIDIRI, *La riforma « Fornero »: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. It. Dir. Lav.* 2012, I, pagg. 619-620.

Più in generale sul principio della certezza del diritto tra i tanti contributi vedi per tutti la nota monografia di F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, in *Civiltà del diritto*, nella collana già diretta da F. CALASSO e curata da F. MERCADANTE, Milano, 1968, ed in epoca più recente G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, pag. 1073.

⁽²⁾ Cfr al riguardo in tali sensi P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, che leggesi ora nella collana GFL, n. 39, Roma-Bari, 2013, pag. 11 cui *adde*, – per quanto attiene ai deleteri effetti di un diritto incerto ed oscuro con riferimento alla materia giuslavoristica: A. VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, I, pag. 8, che osserva come la persona si scontri ogni giorno, in tutte le direzioni del suo agire con l'incertezza del diritto dal quale non si sente più difesa, soffrendo, anzi, anche su questo versante, l'angoscia della incertezza che travolge la qualità della vita perché « molti tra i più gravi pe-

La certezza non è pertanto « solo un principio, una formula tecnica, uno strumento del laboratorio del giurista » ma, come è stato evidenziato, essa configura « anche un veicolo di tranquillità, e di speranza per chi crede nel diritto, per fare valere le proprie pretese, per esercitare il suo ruolo nella società, per concludere affari duraturi, per difendersi dai pubblici poteri, per controllare l'operato dell'amministrazione, per partecipare al governo della cosa pubblica » (3).

Ragioni queste che spiegano: il perché anche nel nostro Paese il principio di un diritto certo, unitamente a quello della tutela dell'affidamento del cittadino, siano stati sempre oggetto di continua riflessione, soprattutto per quanto attiene a materie coinvolgenti rapporti socio-economici destinati a protrarsi nel tempo; ed il perché il diritto europeo si stia dimostrando particolarmente attento nel tutelare detti rapporti, e ciò in linea con la tendenza dell'odierno costituzionalismo a sottoporre a limiti razionali le lesioni degli interessi da detti rapporti scaturenti (4).

2. – Nel tentativo di definire i parametri normativi relativi ai licenziamenti di cui al Jobs Act appare doveroso rimarcare, in questa ottica, come il giudice del lavoro sia oggi chiamato a spiegare un ruolo di particolare rilevanza istituzionale per le ricadute socio-economiche delle sue decisioni. Compito questo reso particolarmente gravoso per il succedersi, in tempi brevi, di numerose fonti normative di difficile lettura – spesso sovrappo-

ricoli per la libertà dell'individuo vengono proprio dalla incertezza del diritto, che finisce per privilegiare i furbi e i forti nei confronti dei semplici e degli onesti ».

(3) In tali precisi termini G. ALPA, *La certezza del diritto nella età della incertezza*, in *Lezioni Magistrali*, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Facoltà di giurisprudenza, collana diretta da F. DE SANCTIS e F. FICHERA, n. 13, Napoli, 2006, pagg. 8-9, il quale rammenta come Noberto Bobbio, interrogandosi sulla possibilità di qualificare la certezza del diritto come “un mito”, affermava « il diritto o è certo o non è neppure diritto ».

(4) Per l'affermazione che il principio della tutela del legittimo affidamento e della certezza delle situazioni giuridiche fa parte dell'ordinamento comunitario tra le tante vedi da ultimo: Cass. 14 luglio 2014, n. 15354.

Per utili riflessioni sulla necessità che le pregiudiziali alla Corte di Giustizia siano basate su interpretazioni delle norme assurte a diritto vivente (in quanto elemento costante nella giurisprudenza di legittimità), reputate in contrasto con precedenti della Corte di giustizia cfr. in dottrina R. COSTO, *Il trasferimento del ramo d'impresa nel dialogo delle Corti*, di prossima pubblicazione in *Dir. Prat. Lav.*, la quale evidenzia come in tal modo si possa scongiurare « la creazione di incertezze giurisprudenziali in un ordinamento già di per sé “complesso” (in cui coesistono “autonomie ed integrazioni” giuridiche) ». Per le ricadute negative non solo sul versante della certezza del diritto ma anche su quello della ragionevole durata del processo a seguito di un eccessivo ricorso alla pregiudiziale cfr. Cass. 20 giugno 2012, n. 1012, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, pag. 792, con nota di A. VALLEBONA, *I precari della scuola: la babele è finita*, ed ancora in *Riv. It. Dir. Lav.* 2012, II, pag. 870, con nota di L. FIORILLO, *Il conferimento degli incarichi di supplenza nella scuola pubblica: una normativa speciale in linea con la direttiva europea sul contratto a termine*, cui adde in argomento Cass. (ord.) 4 dicembre 2014, n. 25688.

bili e non di rado antinomiche tra loro – da interpretarsi nel rispetto del diritto europeo. Conseguenza questa non secondaria del difficile rapporto tra le Alte Corti di Giustizia e di un non ancora raggiunto, a livello europeo, approdo ad una comune, condivisa e compiuta circolarità di effetti tra nomofilachia, certezza del diritto, ed un processo, che sia « giusto » in ragione della sua « ragionevole durata » e del suo svolgimento davanti ad un giudice « terzo ed imparziale » (5).

Contesto normativo questo che induce, quindi, ad esaminare, senza pregiudizi e senza condizionamenti di alcun genere, il recente decreto attuativo avente ad oggetto anche la disciplina sui licenziamenti. Esame da condurre con un approccio ermeneutico fatto proprio da chi, con autorevoli parole, ebbe a sottolineare che “Non vi è dubbio che il giudice ha sempre, anche quando la legge è chiara e precisa, un certo ambito di apprezzamento per stabilire i rapporti tra legge ed il fatto; ma è certo altresì che questo ambito è delimitato dai termini posti dalla legge e che è proprio questa delimitazione posta dalla legge al giudice che costituisce la maggiore certezza del diritto e della libertà” (6).

Ed esattamente in tale ottica va esaminata la normativa che si intende scrutinare.

3. – Nell’ambito del decreto attuativo del Jobs Act – approvato dal consiglio dei ministri il 24 dicembre 2014 – è certamente da valutare positivamente il disposto dell’art. 5, che consente al datore di lavoro la revoca del

(5) È stato di recente rammentato da V. SCALISI (*Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della « regola giuridica » nell’epoca della postmodernità*, Milano, 2012, pag. 435 e segg.), che i riferimenti alla Europa ed alla necessità di un comune diritto europeo sono stati una costante nel pensiero di A. TRABUCCHI, sicché non è un caso che sia stato suo il primo codice di diritto comunitario risalente al 1962, in cui l’Europa veniva concepita nel suo senso più alto non soltanto quindi come comunità di mercato ma anche come comunità di vita e di azione dei popoli europei. Una Europa solo della moneta unica ma priva della forza connettiva di una stabile e compiuta integrazione giuridica – veniva aggiunto dall’Autore – non avrebbe potuto avere prospettive di lunga vita e di sicuro sarebbe finita per ridursi a mera zona economica di libero scambio.

La indicata esistenza di un comune diritto europeo, come presupposto necessario per una effettiva unione dei popoli europei, rende doveroso il chiedersi, tra l’altro, se le modalità di selezione dei giudici delle Corti Europee siano le più idonee a garantire quella specifica “terzietà ed imparzialità” che si richiede a coloro che, per essere deputati a contribuire alla formazione del diritto europeo, devono, nel momento decisionale, garantire un equilibrato bilanciamento degli interessi delle parti in causa in un’ottica volta alla graduale formazione di un codice di regole unificanti che, come è stato autorevolmente rimarcato, contribuisce al raggiungimento delle finalità per le quali l’Europa è sorta e per la cui realizzazione deve continuare a vivere.

(6) Cfr., in tali esatti termini P. CALAMANDREI, *Non c’è libertà senza legalità*, op. cit., pagg. 18-19, le cui parole devono servire da monito per quanti operano in settori ordinamentali di rilevante impatto sociale e su materie suscettibili, per gli interessi coinvolti, di essere demagogicamente declinate.

licenziamento se effettuata entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione della impugnazione al datore di lavoro, riconoscendo in tal modo a quest'ultimo un opportuno spazio temporale di riflessione per evitare un processo non di rado lungo e dispendioso. Alla disposizione non è certo estranea la *ratio* di deflazionare un contenzioso con ricadute positive anche per il lavoratore, dal momento che questi vedrà ripristinato il suo rapporto senza alcuna discontinuità, con il riconoscimento del diritto alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca e senza che possa trovare applicazione ai suoi danni alcuna forma di sanzione.

È sempre ai fini deflattivi è da vedere con altrettanto favore il successivo articolo 6 che introduce una forma di conciliazione attivabile dal datore di lavoro con modalità che – diversamente da quanto accadeva in precedenza – si presentano molto semplici ed agevolmente praticabili e che possono trovare – anche per i vantaggi a cui si accompagnano – un positivo riscontro nella realtà fattuale in tutti quei casi in cui il lavoratore preferisca non ripristinare il rapporto ma percepire, con immediatezza attraverso un assegno circolare, un importo in misura non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità (7).

Ed ancora un giudizio di condivisione merita l'estensione – disposta per la prima volta dall'art. 9 del decreto – della nuova normativa sui licenziamenti ai datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro, attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto. L'assoggettamento dei suddetti datori di lavoro alla generale disciplina sui licenziamenti – che può ritenersi operante già a seguito della entrata in vigore della legge Fornero (8) – finisce per porre ter-

(7) La funzione deflattiva della norma è resa evidente soprattutto dalla previsione che l'accettazione del suddetto assegno comporta non solo l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento ma anche la rinuncia alla impugnazione del licenziamento anche quando il lavoratore l'abbia già proposta. Finalità deflattiva che invece finisce per non essere soddisfatta da quanto prescritto dal comma 40 dell'art. 1 della legge n. 92 del 2012, alla stregua del quale il datore di lavoro deve attivare un percorso procedurale che non si rivela né semplice né tanto meno celere per i numerosi adempimenti da compiere e la cui utilità – ravvisabile nell'agevolare la conciliazione per le controversie di licenziamento per giustificato motivo oggettivo – è stata reputata basarsi su una buona dote di ottimismo. Per una fredda accoglienza di tale procedura S. MACRINI, *Quer pasticciaccio brutto dell'art. 18*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 537, che osserva al riguardo che « la disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo è arricchita (si fa per dire) del colpo di genio di reintrodurre per le controversie il (fallimentare, e perciò abrogato dalla legge n. 183 del 2010) tentativo obbligatorio di conciliazione davanti alla Direzione del lavoro ».

(8) Opinione questa da non ritenersi azzardata se si considera che nella riscrittura dell'art. 18 stat. lav. ad opera della l. n. 92 del 2012 non si fa alcun riferimento – diversamente da quanto disposto sempre in precedenza ed anche dal comma 1 dell'art. 4 della legge n. 108 del 1990 – ai « datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto », e anche se si ri-

mine in modo espresso e chiaro ad una disciplina che risultava anacronistica stante il doveroso rispetto dei diritti dei propri dipendenti da parte di datori di lavoro, dai quali è lecito pretendere, per la loro natura, un compiuto rispetto della « persona » del lavoratore e dei suoi diritti fondamentali. Va al riguardo anche evidenziato come la ora indicata estensione delle tutele sia conseguita alla presa d'atto che, come attestato anche in giurisprudenza, non risulta agevole accertare in concreto la esclusione del carattere imprenditoriale dei suddetti datori di lavoro ⁽⁹⁾.

Uno specifico esame richiede, infine, il disposto dell'art. 12 secondo cui per la nuova disciplina sui licenziamenti non si applicano le disposizioni dei commi da 48 a 68 dell'art. 1 della legge n. 92 del 2012.

All'indomani della entrata in vigore del rito Fornero, veniva osservato come il suddetto rito, applicabile ai licenziamenti, finisse per porre – stante una tecnica legislativa contraddistinta da disposizioni sovente lacunose e di non definita portata – complessi ed inestricabili problemi interpretativi. L'acquisita, sul campo, consapevolezza da parte degli operatori del diritto di tali difficoltà ha portato ad una richiesta, da più parti condivisa, di abolizione del suddetto rito, la cui area di applicabilità viene esclusa per i licenziamenti disciplinati dal decreto attraverso una espressa prescrizione dell'art. 12, cui andrà riconosciuto l'indubbio merito di avere contribuito a causare l'auspicabile « prematuro decesso » del rito Fornero ⁽¹⁰⁾.

4. – Ai fini di un ordinato *iter* argomentativo sulle numerose criticità riscontrabili soprattutto in materia di licenziamento disciplinare, sono necessarie alcune premesse di carattere metodologico.

tiene che il legislatore, con il suo silenzio, abbia inteso equiparare agli altri datori di lavoro pure le organizzazioni di tendenza (partiti politici, sindacati, associazioni culturali e di istruzione, enti religiosi) al fine di meglio tutelare i loro dipendenti.

⁽⁹⁾ Sul labile confine tra organizzazioni di tendenza ed imprese operanti invece sulla base di principi di economicità di gestione cfr. tra le tante: Cass. 12 marzo 2012, n. 3868, secondo cui la disciplina stabilita per le cosiddette organizzazioni di tendenza dall'art. 4 della legge n. 108 del 1990, nell'escludere l'operatività della tutela reale stabilita dall'art. 18 dello statuto dei lavoratori, è derogatoria della regola generale di piena riparazione della lesione inferta al diritto soggettivo al lavoro, costituzionalmente protetto, e, quindi, è di stretta interpretazione, sicché in concreto la suddetta normativa non è applicabile quando manchi l'accertamento delle modalità di svolgimento dell'attività datoriale, cui *adde* più di recente: Cass. 4 marzo 2014, n. 4983 nonché Cass. 27 maggio 2011, n. 11777, in *Giur. It.*, 2012, pag. 785, con nota di P.F. FESSIA, *Quando una fondazione (non esercita) attività di impresa?*

⁽¹⁰⁾ Per un esame del rito Fornero cfr. per tutti tra i tanti contributi: C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, Torino 2013, pag. 348 e segg.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, 2012, Torino, 2012, spec. pagg. 72-77, cui *adde* per una sottolineatura delle numerose criticità del rito: G. VIDIRI, *Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa di difficile lettura*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, I, pag. 39 e segg.

Il recente decreto non ha inteso modificare l'art. 18 della legge Fornero e l'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, ma ha dettato una nuova e diversa disciplina da applicarsi ai contratti di lavoro stipulati successivamente all'entrata in vigore del decreto stesso, al fine di favorire nuove assunzioni attraverso un contratto a tempo indeterminato chiamato "a tutele crescenti". Per perseguire tale finalità ed assicurare una maggiore flessibilità in uscita si è escluso per i licenziamenti economici la possibilità di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendosi una indennità, di certa quantificazione, perché aumentabile in relazione alla anzianità di servizio (indennità pari a due mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio e comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità) ⁽¹¹⁾; e, nello stesso tempo, si è voluto limitare il diritto alla reintegrazione solo ai licenziamenti nulli, discriminatori ed intimati in forma orale nonché a « specifiche fattispecie » di licenziamento disciplinare ingiustificato nel rispetto del dettato della legge delega ⁽¹²⁾.

La *ratio* del decreto, come è agevole comprendere dalla sua lettura, è quella di ridurre, nell'area dei licenziamenti, la reintegrazione a sanzione residuale, applicabile in ben definite ipotesi, elevando di contro a regola generale la sanzione risarcitoria.

Così – con l'esaminare il comma 1 dell'art. 3 del decreto relativo alle fattispecie per le quali è prevista la sanzione risarcitoria e con il valutarne la disciplina sul versante della certezza del diritto – si può essere indotti a condividere la regolamentazione del c.d. licenziamento economico per avere il pregio di escludere – in linea con quanto prescritto dalla legge delega – in modo chiaro la tutela reale in tutti i casi di illegittimità della condotta datoriale, diversamente dalla regolamentazione dettata dall'art. 18 stat. lav., riscritto dalla legge n. 92 del 2012 ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ La qualificazione data al contratto di lavoro in esame « come contratto a tutele crescenti » mostra tutta la sua maliziosità se la nuova disciplina viene messa a confronto con quella precedente. Il nuovo contratto potrebbe, allora, essere definito, in maniera di certo più realistica, come « contratto a tutele decrescenti », essendo innegabile un considerevole e globale abbassamento dei diritti e delle tutele non solo a danno dei dipendenti delle grandi e medie imprese, ma anche di quelli delle piccole imprese.

⁽¹²⁾ Cfr. al riguardo l'art. 1, comma 7, lettera c) della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183.

⁽¹³⁾ Per il riconoscimento di detto pregio cfr. G. MIMMO, in *Primi commenti degli operatori e studiosi sull'attuazione del Jobs Act, Introduzione* tenuta nel Convegno organizzato a Roma il 7 gennaio 2015 dall'AGI, pag. 4, del dattiloscritto, che ricorda come la riforma del 2012 collegava invece le sanzioni ad una determinata casistica ma non disponeva di una regola generale al di fuori di essa, con conseguenti difficoltà interpretative della disciplina da applicare nelle ipotesi non rientranti nei diversi casi espressamente regolati. Per un esame, spesso severamente critico sul giustificato motivo oggettivo e specificatamente sul quello adottato per mo-

È previsto infatti che il giudice in caso di licenziamento illegittimo dichiari estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento stesso, con la condanna del datore di lavoro ad una indennità, che è sottratta ad ogni valutazione discrezionale per essere collegata unicamente all'anzianità perché quantificata unicamente in due mensilità per ogni anno di servizio, in misura, come si è detto, comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità.

In una ottica diametralmente opposta l'art. 2 comma 1 – riproducendo sostanzialmente i primi tre commi dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 – fa riferimento invece alle ipotesi di licenziamenti discriminatori ovvero “agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge”. Per tutti tali licenziamenti, infatti, il giudice con la pronunzia con la quale ne dichiara la nullità ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore, con la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore, stabilendo una indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino all'effettiva reintegra. Regime questo esteso anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale⁽¹⁴⁾.

In presenza di una siffatta normativa capace di garantire al lavoratore – e contestualmente con efficacia dissuasiva per il datore di lavoro – la tutela reintegratoria è agevole la previsione che il datore di lavoro possa essere indotto a formulare come disciplinare un licenziamento ontologicamente discriminatorio ed il lavoratore di contro a far valere e qualificare come discriminatorie condotte punibili a livello invece disciplinare.

È da chiedersi pertanto se la clausola di salvaguardia di cui all'*incipit* dell'art. 2 (il giudice ordina la reintegrazione indipendentemente dal motivo formalmente addotto) mostri la scarsa avvedutezza dell'autore del decreto che, al fine di accrescere l'affidabilità della risposta giudiziaria attraverso un ridimensionamento dei poteri valutativi del giudice, li abbia

tivi economici – regolato dal comma 7 dell'art. 18 stat. lav. – cfr. tra gli altri A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, op. cit., pag. 59; F. CARINCI, *Complimenti dott. Frankstein: il disegno di legge governativo di riforma del mercato del lavoro*, in *W.P. C.S.D.L.E. « M. D'Antona »*, cui fa riferimento, M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 625, nt. 22; S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto*, op. cit., pag. 587, secondo cui le incertezze e l'imprevedibilità delle controversie sui licenziamenti vengono aggravate dalla attribuzione al giudice di un inedito e non gradito potere di scelta discrezionale, privo di qualsiasi parametro oggettivo per distinguere fra « infondatezza » e « manifesta infondatezza » del fatto ai fini della reintegrazione nel posto di lavoro.

⁽¹⁴⁾ Sottolinea G. MIMMO, op. cit., pag. 4 come possano sul punto sorgere problemi di costituzionalità della legge delega che ha previsto la reintegra solo per i licenziamenti nulli e non per quelli inefficaci.

poi finito, come si vedrà, per conservarli, attraverso la scrittura di una disposizione, che per essere lacunosa, ambigua e, conseguentemente, di difficile interpretazione sia suscettibile di portare, nella realtà fattuale, a risultati opposti a quelli voluti, ma espressi male.

Ed è da domandarsi ancora se la suddetta clausola attesti anche la mancanza di accortezza di chi, nell'intento di restringere gli spazi valutativi del giudice per accrescere il tasso di certezza della decisione anche ai fini della limitazione del contenzioso, finisca poi, con una normativa di cattiva fattura, da una parte per caricare il giudice del non facile compito di ricercare il motivo sotteso alla condotta delle parti e, dall'altra, per accrescere la litigiosità, rendendo possibile a chi agisce in giudizio di scegliere, tra più percorsi giudiziari, quello ritenuto oltre che praticabile il più vantaggioso.

5. – Le considerazioni sinora svolte offrono le coordinate per un più articolato esame sulla normativa dettata dal comma 2, dell'art. 3, avente ad oggetto le ipotesi di licenziamento disciplinare.

A seguito della legge n. 92 del 2012 il licenziamento disciplinare – per giusta causa (causa che non consente la prosecuzione anche provvisoria del rapporto *ex art. 2119 cod. civ.*) o giustificato motivo soggettivo (notevole inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del prestatore di lavoro *ex art. 3 legge n. 15 luglio 1966, n. 604*) – viene assoggettato, come emerge dal combinato disposto dei commi 4 e 5 dell'art. 18 stat. lav., a due differenti forme di tutela potendosi applicare per la stessa tipologia di licenziamento la tutela reale o la condanna – dopo la risoluzione del rapporto lavorativo con decorrenza dalla data del licenziamento – di « una indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata da un minimo di dodici mesi ad un massimo di ventiquattro mensilità della ultima retribuzione globale di fatto », lasciandosi così al giudice il difficile compito di appurare il carattere residuale o meno della tutela reale. Al fine di individuare il confine tra le due diverse forme di tutela si è sostenuto che « la insussistenza del fatto » – riguardante il suo nucleo essenziale e non il mancato accertamento di circostanze marginali (confermative e di contorno) cui consegue la tutela reintegratoria – si concretizza in una accusa non vera in punto di fatto; di contro, una condotta accertata ma reputata di gravità insufficiente a fondare la sanzione espulsiva – e sintetizzata nella norma con l'espressione « fatto insufficiente » – rientra nella ingiustificatezza non qualificata, cui consegue invece una tutela solo indennitaria.

E si è poi aggiunto – a migliore esplicitazione delle ragioni fondanti un tale assunto – che presupposto alternativo alla insussistenza del fatto materiale è la tipizzazione collettiva, o per codice disciplinare, del fatto conte-

stato tra quelli punibili con la sanzione conservativa per attestare la insufficiente gravità del fatto ⁽¹⁵⁾.

Con riferimento alla problematica in esame e su un generale piano valutativo è stato poi osservato come il chiaro tentativo della legge Fornero di « imbrigliare » il giudice del lavoro – imponendogli di « tener conto » delle ipotesi di giustificato licenziamento contemplate dal contratto collettivo – si presenta un “un pò patetico perché nessun giudice ha mai disatteso apertamente un obbligo così ovvio” ⁽¹⁶⁾.

Alla tesi che può essere, seppure approssimativamente, qualificata del “fatto materiale” si è opposta però l’opinione che il fatto sanzionabile vada in realtà inteso come « fatto giuridico », comprensivo sia dell’elemento oggettivo che di quello soggettivo (dolo, colpa, intensità dell’elemento intenzionale, ecc.) ⁽¹⁷⁾.

Ed in dottrina, da parte di chi ha condiviso questo secondo indirizzo, è stato sottolineato – dopo un attento e rigoroso esame di numerose decisioni – come la giurisprudenza si sia orientata, in senso prevalente, a utilizzare la nozione di « fatto giuridico ». E tra i numerosi provvedimenti annoverabili in tale orientamento si è segnalata una ordinanza secondo la quale « la fattispecie inerente alla c.d. “insussistenza del fatto contestato” » va interpretata come fatto giuridico « inteso come il fatto globalmente accertato, nell’*unicum* della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l’elemento soggettivo ». Si è precisato così che “l’insussistenza” non può essere letta come se essa « facesse riferimento al solo fatto materiale, posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell’ordinamento civilistico relativi alla diligenza ed alla buo-

⁽¹⁵⁾ Cfr. per tale indirizzo A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, op. cit., pag. 56 e segg. cui *adde* in un ottica simile C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 570, che precisa anche come il comma 4 dell’art. 18 Stat. lav. debba trovare applicazione in situazioni nelle quali il licenziamento disciplinare abbia finito per ledere l’onorabilità della persona del lavoratore, in linea con la convinzione che la reintegrazione debba essere riservata, come nel primo comma della norma statutaria, a garanzia dei diritti assoluti dei lavoratori. Tesi questa sostanzialmente condivisa tra gli altri da: M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, I, pag. 6 e segg.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 429; M. MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo*, op. cit., pag. 613 e segg.

⁽¹⁶⁾ Così S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto*, op. cit., pagg. 535-536.

⁽¹⁷⁾ Per tale opinione cfr. *amplius*: V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 553 e segg.; *Id.*, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutela nel lavoro – Commentario alla legge 25 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, pag. 333 e segg.; *Id.*, con specifico riferimento al licenziamento disciplinare, *La riforma del licenziamento individuale tra Law and Economics e giurisprudenza* (Parte prima), in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2014, pag. 369 e segg.

na fede, nella esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale e oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico o addirittura privi dell'elemento della coscienza e volontà dell'azione » (18).

Ed ad analoghi approdi dottrinari sono pervenuti numerosi autori i quali hanno rimarcato come il « fatto » debba essere inteso come un inadempimento degli obblighi scaturenti dal contratto di lavoro, includendovi quindi anche una componente soggettiva (19).

6. – Un esame della legge n. 92 del 2012 per quanto attiene alla riscrittura dell'art. 18 stat. lav. sui licenziamenti illegittimi induce ad un giudizio severamente critico perché la suddetta normativa rappresenta un significativo momento della costante e veloce corsa verso un diritto incerto e, pertanto, foriero di « una giurisprudenza anarchica ».

Ed un giudizio altrettanto critico merita la nuova normativa – specificamente per quanto attiene al licenziamento disciplinare – perché anche essa rappresenta una fonte di numerose incertezze per quanti saranno chiamati a delimitarne l'ambito applicativo.

Si è detto che dopo due anni da un compromesso consumato con la legge n. 92 del 2012 si è ora ridimensionata la reintegrazione a ristretta eccezione al di là della disciplina antidiscriminatoria, elevando a regola di larga osservanza quella di una monetizzazione predeterminata in base alla sola anzianità di servizio, così da rendere del tutto calcolabile e prevedibile la *severance pay* dovuta per un licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo (20).

Un primo esame della recente normativa, letta anche alla luce della legge delega e del suo *iter* parlamentare, se accredita l'assunto ora enuncia-

(18) Cfr., in tali sensi: Trib. Bologna 15 ottobre 2012 (proc. n. 2631/2012, Catalano Piero c. Atla s.r.l.) e, in una ottica simile, Trib. Taranto 3 giugno 2013 (rg. n. 1450/2012), richiamati ambedue da V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale*, op. cit., pagg. 372-373, note 105 e 106.

(19) Cfr. tra gli altri F. CARINCI, *Riprendendo il “nuovo” art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, I, pag. 496 e R. DEL PUNTA, *I problemi del nuovo articolo 18*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Milano, 2013, pag. 21 e segg., secondo cui « il fatto » deve essere inteso come inadempimento agli obblighi scaturenti dal contratto di lavoro; C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. CESTER, *I licenziamenti dopo la legge 92 del 2012*, Padova, 2013, pag. 32 e segg.

(20) Così F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti* (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014), in *www.bollettino ADAPT, I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, pag. 76.

to, porta nello stesso tempo a rimarcare che il legislatore ha inteso attribuire al datore di lavoro una maggiore discrezionalità in sede di licenziamento disciplinare, attraverso una contestuale limitazione dei poteri valutativi del giudice. E proprio il contesto in cui è nata la norma sembra legittimare una lettura che – nel consentire al datore di punire condotte di non particolare gravità (ad esempio una parola sconveniente verso un superiore gerarchico o un ritardo di pochi minuti per l'inizio del lavoro) con la più grave delle sanzioni (licenziamento) – arreca un *vulnus* al principio della proporzionalità, che per la sua inderogabilità in ogni sistema sanzionatorio, non può non incidere sulla validità ed efficacia del provvedimento punitivo irrogato (21).

Il criterio della proporzionalità e gradualità, che presiede all'applicazione di ogni genere di sanzione (disciplinare, amministrativa, tributaria, penale) attiene, infatti, al tema della « ragionevolezza » che, come è stato ricordato, « sta ormai diventando la bussola interpretativa di orientamento per qualsiasi operazione applicativa, posto che vengono dichiarate costituzionalmente illegittime norme che appaiono intrinsecamente irragionevoli, e cioè incongrue, contraddittorie, ingiuste », sicché è consentito chiedersi se detto criterio non possa servire a negare in radice una limitazione in materia di inadempimento (e di alternativa tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale), che non ha più ragione di essere non solo nell'assetto istituzionale del nostro paese (22), ma anche nel diritto europeo (23).

(21) Cfr. al riguardo tra gli altri M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, 2013, pag. 344, che osserva come il rispetto del principio della proporzionalità sia un presupposto sostanziale di legittimità dell'esercizio del potere disciplinare per cui la sua eventuale mancanza comporta la nullità della sanzione, cui *adde* in precedenza, sul tema generale delle sanzioni disciplinari, tra gli altri: M. BUONCRISTIANO, *I poteri del datore di lavoro. Trattato di diritto civile*, diretto da P. RESCIGNO, XV, Torino, 1986, pag. 584 e segg. e, successivamente, A. FONTANA, *Sanzioni disciplinari*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1989, pag. 332, che sottolinea la permanente operatività dell'art. 2106 c.c. pur dopo la caduta del sistema corporativo, che individuava nel rispetto del principio della proporzionalità “uno dei punti nevralgici per la tutela del prestatore d'opera” (tanto da includere nei contratti collettivi, aventi efficacia *erga omnes*, norme precise al fine di graduare le sanzioni sulla base della gravità delle condotte), sul presupposto che il principio di proporzionalità « corrisponde ad un elementare criterio di giustizia perennemente valido ».

(22) Il criterio della proporzionalità, oltre ad essere richiamato dal disposto dell'art. 2106 cod. civ., è fatto proprio, seppure sotto altro versante, dall'art. 36 Cost. (Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione *proporzionata* alla quantità e qualità del suo lavoro) a dimostrazione della ragionevolezza di un criterio deputato a valutare, nel migliore dei modi e con la necessaria gradualità, sia il valore che il disvalore delle condotte del cittadino lavoratore.

(23) Sul punto cfr. *amplius*: S. PATI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, che nell'*incipit* della sua monografia ricorda come la riflessione dei civilisti sulla ragionevolezza sia iniziata quasi trenta anni fa (pag. 7, nt. 1), per aggiungere poi (previo il rilievo che se l'esercizio del diritto conduce ad un risultato non accettabile esso può essere dichiarato contrario a buona fede oppure non ragionevole) che, negli ultimi anni, i termini “ragionevole” e

Alla stregua di queste considerazioni può, dunque, ben affermarsi che la recente normativa ad una prima lettura si presenta foriera di incertezze e di risposte giurisprudenziali differenziate soprattutto per il silenzio riscontrabile – diversamente da quanto è avvenuto con la legge n. 92 del 2012 – sulla portata da attribuire alla contrattazione collettiva in materia di scelta tra sanzione espulsiva e sanzioni conservative. E sempre, ad una prima lettura, la stessa normativa si mostra priva – è bene rimarcarlo – di ragionevolezza anche per quanto attiene alla quantificazione di una indennità risarcitoria, commisurata unicamente, come si è detto, sulla mera anzianità di servizio, sicché finiscono per non assumere rilievo alcuno altri elementi, compreso quello soggettivo che, alla stregua del disposto dell'art. 2106 c.c., deve essere invece accertato prima di ogni altro dovendosi le sanzioni disciplinari modularsi secondo la diversa gravità delle infrazioni ⁽²⁴⁾.

Il sistema punitivo disegnato dal decreto può, inoltre, nella realtà fattuale, soprattutto per le imprese di grandi dimensioni, risultare pure privo di una effettiva e concreta forza dissuasiva tanto da far nascere non infondati dubbi di costituzionalità pure in relazione agli artt. 2 e 4 Cost., norme queste funzionalizzate alla tutela della « dignità » e della « libertà » del cittadino lavoratore ⁽²⁵⁾.

“ragionevolezza” hanno fortemente influenzato i giuristi continentali tanto che i progetti di codice civile europeo “risultano pregnati del canone della ragionevolezza” perché innumerevoli sono le norme che codificano la ragionevolezza eliminando o attenuando la classica assolutezza delle norme dei codici continentali (pag. 22 e segg.).

⁽²⁴⁾ Rileva puntualmente F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca della sua identità*, op. cit., pag. 72, che la stessa misura della indennità risarcitoria risulta non solo ridotta (da un minimo di dodici ad un massimo di ventiquattro mensilità secondo l'art. 18, commi 5 e 7, così come rivisto dall'art. 1, comma 42, legge n. 92/2012) ad una indennità invece di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione per ogni anno di servizio in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità (per di più non più assoggettate a contribuzione previdenziale) ma anche resa rigida perché sottratta a qualsiasi adattamento giudiziale alla concreta fattispecie.

⁽²⁵⁾ È opportuno sul punto ribadire che una tale rigidità – che non attribuisce il giusto rilievo all'elemento soggettivo della condotta da sanzionare – non risponde ad un « congruo », « adeguato » e quindi « ragionevole » criterio di valutazione perché nel diritto punitivo è sempre coesistente alla condotta da sanzionare l'elemento soggettivo. Per di più il suddetto criterio non garantisce una corretta ed equilibrata gestione del potere disciplinare, potendo una liquidazione del danno incentrata sulla sola anzianità di servizio (due mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno) – è bene affermarlo più volte – risultare in concreto priva di efficacia dissuasiva per tutte quelle imprese di media o grande dimensioni che, dopo avere ottenuto vantaggi economici in termini contributivi, procedano a licenziamenti in presenza di condotte di lieve gravità perché si concretizzano in inadempimenti a livello civilistico di scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra parte (art. 1455 cod. civ.).

Sui principi di proporzionalità e di dissuasività nel diritto europeo cfr. sentenza 8 giugno 1994 – Corte di Giustizia delle Comunità Europee – in causa C-383/92, in materia di licenziamenti collettivi (Commissione delle Comunità Europee c. Regno Unito di Gran Bretagna

7. – Il disposto dell'art. 2106 cod. civ. prescrivendo la proporzionalità tra fatto addebitato e la sanzione inflitta va annoverata tra le norme "generali", il cui contenuto richiede la formazione di *standards* valutativi attraverso l'attività ermeneutica del giudice.

È un dato indiscutibile che l'interesse sulle difficili problematiche scaturenti dall'esame delle suddette clausole si è in realtà ravvivato proprio in tempi recenti, il che a ben vedere è in buona misura correlato all'acuirsi di una conflittualità sociale, destinata a trovare in sede giudiziaria una composizione spesso precaria e che rischia di sfociare in approdi giurisprudenziali sovente privi di affidabilità e di tenuta temporale. Ed è un dato altrettanto indiscutibile che è proprio il diritto del lavoro che, in ragione della molteplicità dei soggetti e delle categorie che ne sono destinatarie, ha visto un moltiplicarsi delle clausole generali, che possono costituire terreno fertile per personali scelte assiologiche rivolte al superamento della neutralità dell'attività interpretativa, sì da svalutare il dato normativo e da determinare una « giurisprudenza anarchica » o « decisioni creative o a sorpresa », con conseguenziale lesione del principio della certezza del diritto ⁽²⁶⁾.

A conforto di quanto ora detto va evidenziato che proprio sulla clauso-

ed Irlanda del Nord), secondo cui qualora una disciplina comunitaria non contenga una specifica norma sanzionatoria di una violazione delle sue disposizioni o rinvii in merito alle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative nazionali, l'art. 5 del Trattato impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario. A tal fine, pur conservando un potere discrezionale quanto alla scelta delle sanzioni, gli Stati devono vigilare a che le violazioni del diritto comunitario siano punite sotto il profilo sostanziale e procedurale in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno ed, in ogni caso, con sanzioni aventi un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva (punto 40), cui *adde*, tra gli altri provvedimenti, più di recente: Corte di Giustizia ordinanza 12 dicembre 2013, *Papalia c. Comune di Aosta*, C-50/13 (punto 20).

Per l'affermazione che il principio della proporzionalità ha origini antiche ma la sua articolazione è profondamente mutata nel tempo cfr da ultimo: R. Cosito, *La tutela dei licenziamenti nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2014, pag. 522 e segg. e spec., par. 7, al quale si rinvia per i numerosi riferimenti alla giurisprudenza delle Corti europee.

⁽²⁶⁾ Sul principio della certezza del diritto con specifico riferimento alla materia giuslavoristica cfr. da ultimo G. VIDIRI, *Clausole generali e certezza del diritto nei rapporti di lavoro nelle relazioni sindacali*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2014, pag. 632 e segg. e, più in generale, tra i numerosi contributi: M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2011, pag. 345 e segg.; V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, Milano, 2010; *Id.*, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in *Giur. It.*, 2011, pagg. 1720-1722 nonché in precedenza i rilevanti contributi di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, pag. 5 e segg. e di S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, *ivi*, 1987, pag. 709 e segg.

In giurisprudenza per il *dictum* che il criterio della proporzionalità tra il fatto addebitato e la sanzione vada annoverato nell'ambito delle norme c.d. elastiche, cioè delle norme il cui contenuto elastico richiede giudizi di valore in sede applicativa, vedi; Cass. 23 novembre 2013, n. 26397, in *Giur. It.*, 2014, pag. 2523, con nota di L. FOGLIA, *Licenziamento disciplinare e sindacato giudiziale della proporzionalità*.

la generale della proporzionalità – e sulla sua incidenza sulla valutazione del giudice nei licenziamenti disciplinari – si avvertono difficoltà interpretative, che, è prevedibile, saranno causa di indirizzi dottrinari e giurisprudenziali diversificati. E tale diversità appare già nei primi commenti sul giudizio da dare con riferimento alla nuova disciplina, perché da alcuni si è sostenuto che essa ha il pregio della chiarezza⁽²⁷⁾, mentre da altri si è all'opposto rilevato che la lettera del comma 2 dell'art. 3 del decreto attuativo può generare incertezze e dubbi in sede di interpretazione⁽²⁸⁾.

Ogni percorso interpretativo sulla suddetta disposizione non può che partire dall'*incipit* del comma 2 dell'art. 3 del decreto laddove è scritto che il giudice potrà disporre la reintegrazione esclusivamente quando “sia direttamente dimostrato in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la proporzione del licenziamento”.

Tale formulazione legittima un giudizio decisamente critico perché si presenta all'interprete di difficile comprensione sul piano logico, risultando lacunosa soprattutto in ordine all'ambito di applicabilità del criterio di proporzionalità e della consequenziale sua ricaduta sull'attività valutativa del giudice in ordine alla gravità delle infrazioni e delle sanzioni da parametrare in ragione di detta gravità.

A fronte ad una disciplina di certo non chiara, in base alla lettera della disposizione si è detto che il decreto – con il precisare che in caso di insussistenza del fatto materiale resti estranea ogni valutazione sulla sua gravità – abbia voluto introdurre come regola generale quella della non vincolatività per il giudice del principio della proporzionalità, tanto da legittimare – al fine di pervenire ad una maggiore flessibilità in uscita dal rapporto – il datore di lavoro a punire, anche con la più grave delle sanzioni, condotte di inadempimento di scarsa importanza per l'interesse del datore. Condi-

⁽²⁷⁾ Cfr. in tali sensi G. MIMMO, *Primi commenti*, op. cit., pag. 6, che dal punto di vista della tecnica legislativa attribuisce all'autore del decreto in esame il merito – con il limitare l'ambito di applicabilità della sanzione reintegratoria – di avere fatto una opzione « in maniera chiara e non ambigua », a differenza della precedente riforma del 2012 (legge n. 92), che ha mantenuto la distinzione tra tutela reintegratoria e tutela indennitaria, « ma ne ha affidato la distinzione a elementi vecchi e incerti ».

⁽²⁸⁾ Per tale opinione M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema del decreto)*, pag. 12 del dattiloscritto, che osserva come al fine di evitare imprevedibili e forse anche inutili tensioni interpretative sarebbe opportuno un chiarimento in via legislativa sulle questioni della rilevanza disciplinare e della imputabilità del fatto contestato. Chiarimento che non dovrebbe – a parere dell'Autore – in alcun modo « spaventare i teorici della limitazione a tutti i costi della sanzione della reintegrazione », proprio in considerazione del fatto che il decreto stesso « esclude esplicitamente – per l'individuazione della sanzione applicabile – ogni indagine sulla proporzionalità della sanzione rispetto alla infrazione ».

zione questa che però, come è noto a tutti, non consentono sul piano civilistico la risoluzione del contratto (artt. 1453 e 1455 cod. civ.)⁽²⁹⁾.

A fronte di tale assetto ordinamentale – nella ricerca di una interpretazione volta ad impedire che il potere discrezionale riconosciuto al datore di lavoro dal Jobs Act, possa finire per tradursi in arbitrio – un indirizzo dottrinario con un percorso argomentativo, analogo a quello seguito dalla giurisprudenza maggioritaria nella interpretazione dei commi 4 e 5 dell'art. 18 stat. lav., ha ritenuto che la “insussistenza” del “fatto materiale” contestato come addebito al lavoratore debba all'esito del giudizio, essere equiparata alla “insussistenza” del “fatto giuridico”, all'evidente scopo di estendere la tutela reale al lavoratore colpevole di una infrazione di lieve entità anche in ragione della irrilevanza delle sue ricadute sul datore di lavoro⁽³⁰⁾.

Con analoga finalità altro orientamento nel sostenere che nella disposizione scrutinata il “fatto materiale” si identifica con “un fatto che non è inadempimento” o in un “fatto che non è imputabile”, tende anche esso ad impedire una interpretazione della disciplina in esame che porti ad accreditarne una lettura in base alla quale infrazioni di trascurabile rilevanza possano essere sanzionate con ingiustificabile e non comprensibile severità in sede disciplinare⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ Risulterebbe privo di qualsiasi ragionevolezza, configurando una evidente incoerenza ordinamentale, il negare alla stregua del disposto dell'art. 1453 cod. civ., in ipotesi di inadempimento di scarsa importanza, la risoluzione di un rapporto tra parti avente la stessa origine contrattuale, e poi punire il lavoratore, parte più debole del contatto, per un inadempimento di scarso rilievo – anche per il datore di lavoro – con la più più grave delle sanzioni disciplinari.

⁽³⁰⁾ Cfr. al riguardo sul punto *amplius* F. CARINCI, op. loc. cit., che tra l'altro prospetta dubbi di legittimità con riferimento all'art. 39 Cost. sulla correttezza di un sistema sanzionatorio che, a differenza di quanto espressamente disposto dalla legge n. 92 del 2012, porti a negare qualsiasi rilevanza ai fini decisionali dei codici disciplinari della contrattazione collettiva.

⁽³¹⁾ Per tale opinione cfr. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, op. cit., par. 5-5.4, pagg. 10-15 del dattiloscritto.

Ai fini di un più riflessivo approccio ermeneutico con la nuova normativa sul licenziamento disciplinare è utile ricordare come in relazione alla equivoca locuzione dell'art. 18, comma 4, Stat. lav. (l'insussistenza del fatto) si siano in dottrina prospettate opzioni ermeneutiche secondo cui il fatto materiale va valutato nella sua oggettività senza che possa assegnarsi alcun rilievo alla componente soggettiva della condotta del lavoratore agente, tanto che si è affermato « che la verifica del giudice viene effettuata senza alcuna discrezionalità perché il fatto c'è o non c'è » (in tali sensi A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio*, op. cit., pag. 426, nonché in termini analoghi A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, op. cit., pag. 57). In giurisprudenza per la tesi della insussistenza del fatto nella sua materialità cfr. Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, secondo cui l'art. 18 Stat. lav., come modificato dall'art. 1, comma 42, della legge 29 giugno 2012, n. 92, distingue il fatto materiale dalla sua qualificazione in termini di giusta causa o giustificato motivo soggettivo, riconoscendo la tutela reintegratoria solo in caso di in-

Nel solco degli indicati orientamenti trova legittimazione in sede ermeneutica una opinione che, fondata sul già ricordato principio della « ragionevolezza », sia capace: di riconoscere al criterio della proporzionalità, quel carattere di vincolatività sempre ribadito in sede giurisprudenziale ai codici disciplinari dei contratti di categoria, in ragione della libertà negoziale costituzionalmente garantita alle parti sociali (art. 39 Cost.); e di consentire conseguentemente al giudice in sede applicativa di graduare – sulla base di un equo bilanciamento tra diritto alla libertà di impresa e diritto al lavoro, ambedue a copertura costituzionale e sempre nel rispetto dei diritti indisponibili della « persona » del lavoratore cittadino (artt. 2 e 4 Cost.) – l'afflittività delle sanzioni in ragione della differente gravità delle condotte da censurare ⁽³²⁾.

sussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, sicché ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità della condotta contestata non è idonea a determinare la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

Altro indirizzo ha patrocinato invece la tesi secondo cui il fatto contestato non può prescindere da una previa valutazione dei profili soggettivi della condotta del lavoratore, essendo necessario che il fatto di cui all'art. 18, comma 4, Stat. lav. integri un comportamento qualificabile come inadempimento contrattuale (cfr. al riguardo M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione al XVII Congresso nazionale AIDLASS, Pisa 7-9 giugno 2012, pag. 30 del dattiloscritto). Tale opinione è stata però sottoposta ad una incisiva critica sia perché nella legge Fornero « il riferimento allo *inadempimento* è limitato al licenziamento disciplinare e nulla dice con riguardo ai criteri per valutare l'*inesistenza giuridica* del fatto quando si tratti di licenziamento economico », e sia perché, pur limitandosi il discorso al licenziamento disciplinare, « una volta accertato che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo sembra irragionevole far dipendere la più grave sanzione da una ulteriore indagine senza dire quale sarebbe il criterio che il giudice dovrebbe utilizzare, né quale sarebbe l'oggetto dell'accertamento da eseguire ». In tali sensi cfr. infatti M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione*, op. cit., pagg. 8-9, che precisa anche come comporterebbe violazione dell'art. 101 Cost. (che vuole il giudice soggetto alla legge) una interpretazione secondo la quale i criteri per accertare la cosiddetta «esistenza giuridica del fatto» finiscano per essere interamente rimessi ad un inammissibile arbitrio del giudice ancorché si tratti di ordinare, o no, la reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore illegittimamente licenziato.

Infine per un esame delle varie posizioni dottrinarie in materia cfr. G. VIDIRI, *La riforma « Fornero »*, op. cit., pagg. 635-642; R. GALARDI, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, op. cit., pagg. 288-295.

⁽³²⁾ È stato più volte affermato, tanto da costituire diritto vivente, il principio secondo cui la giusta causa di licenziamento deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro e, in particolare, dell'elemento fiduciario, dovendo il giudice valutare, da un lato, la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi e all'intensità del profilo intenzionale, e, dall'altro, la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione inflitta, per stabilire se la lesione dell'elemento fiduciario, su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro, sia tale, in concreto, da giustificare la massima sanzione disciplinare, quale evento «che non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto» (cfr. in tali sensi tra le altre: Cass. 26 aprile 2012, n. 6498, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2012, II, pag. 736, con nota di S. MAGNIFICO, *La fragilità del vincolo fiduciario nel settore del credito*, e, più di recente,

La delimitazione dei confini all'interno dei quali deve essere condotto l'esame della normativa sui licenziamenti disciplinari rende in tal modo più agevole la interpretazione della normativa in commento, che mostra lacune ed ambiguità destinate a caratterizzare interventi, da subito orgogliosamente rivendicati invece come riforme strutturali.

8. – Le considerazioni svolte sollecitano una interpretazione costituzionalmente orientata, che si spiega in un articolato sviluppo motivazionale.

Va rilevato che la insussistenza del fatto comportante la reintegrazione nel posto di lavoro ricorre nel caso di radicale scarto fra la condotta richiamata dal datore nell'atto di recesso e la sua materiale inesistenza (provata in sede processuale) che, configurandosi come mancanza di giustificato motivo oggettivo, si sottrae come tale al criterio di proporzionalità. Ed infatti un siffatto criterio non è certo suscettibile di applicazione per la sua inconferenza in presenza di fattispecie nelle quali all'esito del giudizio non risulti provata l'esistenza materiale della condotta addebitata ed anche in quelle nelle quali la condotta, seppure provata nella sua materialità, risulti essere stata commessa da un terzo e non dal lavoratore al quale è stata addebitata e ad essa è rimasto estraneo. Corollario di quanto ora detto è che il mero richiamo alla sola insussistenza del fatto del principio della proporzionalità al fine di negarne l'applicabilità non può comportare in alcun modo, per tutte le colpevoli inadempienze del lavoratore, la disapplicazione del generale ed inderogabile principio di proporzionalità delle sanzioni disciplinari, stante l'assoluto silenzio sul punto dell'art. 3 del decreto attuativo. Il suddetto principio e quello di correttezza e buona fede, lungi dal legittimare sul piano della ragionevolezza a fronte di inadempienze di scarsa importanza la sanzione del licenziamento, ne determinano infatti una nullità, assimilabile a quelle previste dall'art. 2 del decreto attuativo, cui consegue la reintegrazione nel posto di lavoro con tutte le ricadute risarcitorie previste in questa ultima disposizione.

Né può sottacersi che anche in relazione alla quantificazione della indennità risarcitoria scaturente dalla ingiusta comminatoria delle sanzioni

Cass. 27 agosto 2014, n. 18414, che rileva come l'applicazione della sanzione secondo la gravità della infrazione costituisca un principio generale, che informa l'intero sistema disciplinare nel rapporto di lavoro e ciò anche in forza dell'art. 55, comma 2, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che prevede l'applicabilità ai dipendenti pubblici dell'art. 2106 cod. civ.).

In dottrina sul principio della proporzionalità cfr. *amplius* da ultimo: M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione*, op. cit., pag. 15, per l'affermazione che il giudice deve comunque dare nel licenziamento disciplinare applicazione al principio della proporzionalità onde, se manca la disciplina sindacale, quel principio può, e deve, essere applicato al codice disciplinare aziendale o direttamente al licenziamento.

disciplinari, non sembra che siano rispettati i ricordati principi di « ragionevolezza » e di « proporzionalità », per risultare detta quantificazione correlata non alla colpa o al dolo delle condotte inadempienti ma invece ad un automatismo rigido ed oggettivo e comunque esterno a dette condotte, che suscita dubbi sulla sua tenuta a livello costituzionale ⁽³³⁾.

9. – La disciplina esaminata sollecita brevi considerazioni finali.

L'incertezza del diritto, accresciuta anche per il moltiplicarsi delle fonti normative ed una permanente ed accesa conflittualità tra le parti sociali determinano oggi conseguenze negative sul contesto socio-economico impedendo tra l'altro investimenti produttivi nel nostro Paese da parte di imprese straniere.

In questa ottica deve rilevarsi come si sia oggi in presenza di una legislazione caratterizzata dal frequente succedersi di interventi settoriali, spesso scollegati tra loro e privi di una qualsiasi progettualità. Interventi che infatti risentono di mediazioni politiche che ne rendono difficile, se non indecifrabile, il contenuto anche per effetto di continue « decretazioni di urgenza » e di ripetute « approvazioni di fiducia », che impediscono la formazione di necessarie leggi strutturali di larga condivisione e di permanente durata.

Ragioni queste che richiedono nell'immediato futuro una diversa e più alta qualità della produzione legislativa e nello stesso tempo la presenza di un giudice che, a fronte di un diritto sempre più incerto e di difficile interpretazione, sappia soprattutto nei settori più qualificanti del vivere civile, oltre che *essere* anche *apparire* terzo ed indipendente, rifuggendo dalle lusinghe dell'acquisizione di una popolarità e di una visibilità mass-mediatica, suscettibile per la sua incisività di condizionarne anche inconsciamente l'operato.

⁽³³⁾ È stato affermato da Cass. 19 gennaio 2011, n. 1141 – in linea con gli orientamenti della Corte costituzionale (sentenze n. 971 del 1988 e n. 197 del 1993) che ha riferito l'autonomia del procedimento disciplinare al criterio di razionalità, con conseguente esclusione di ogni automatismo di valutazione – che deve escludersi che vi sia incompatibilità tra la necessaria autonomia del procedimento disciplinare, che riflette garanzie fondamentali della persona del lavoratore (quali l'esigenza che nessuna sanzione venga adottata in violazione del principio *audietur et altera pars*, nonché dei canoni di effettiva lesività dell'interesse del datore di lavoro e di proporzionalità e adeguatezza rispetto alla mancanza addebitata) e le connessioni che si instaurano con la giurisdizione penale, in funzione delle esigenze di economicità dei giudizi e di salvaguardia dei principi di imparzialità, correttezza ed efficacia dell'azione della P.A., anche quale datore di lavoro pubblico.