

## Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediabile tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale<sup>a</sup>

Bruno Caruso

1. Premessa.	78
2. Il contesto: giudici e imprese di fronte alla nuova regolamentazione del licenziamento disciplinare.	78
3. I dubbi di costituzionalità del Tribunale di Roma e il (meta) bilanciamento possibile della Corte costituzionale.	84
4. Il bilanciamento diretto. Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente: la questione dell'immediatezza.	91
5. La prospettiva rimediabile differenziata nel nuovo regime di tutela del licenziamento illegittimo.	94
6. La pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione: il licenziamento in violazione del principio di immediatezza illegittimo ma efficace.	97
7. Effetti della sentenza: un autorevole contributo alla irrazionalità complessiva del sistema; pubblico e privato a confronto (la fine del mito – e della realtà- dell'unificazione lavoro pubblico/lavoro privato).	98
8. Bilanciamento mobile e riscoperta dell'approccio rimediabile nel confronto giurisprudenziale sul licenziamento disciplinare.	99
9. Conclusioni. Violazione del canone/principio di immediatezza e rimedio reintegratorio come rilevazione dell'abuso di potere imprenditoriale.	102

---

<sup>a</sup> Il presente Working Paper rielabora e aggiorna la relazione presentata al convegno *L'(in)sussistenza del fatto nel licenziamento*, Roma 30 maggio 2017, Universitas Mercatorum, in occasione del ciclo di seminari organizzato dal gruppo Freccia Rossa *Le Rifome del lavoro e le idee giuristi*.

## 1. Premessa.

La prima parte dell'articolo (§ 2) concerne una provvisoria valutazione di impatto della nuova disciplina ad oltre cinque anni dalla prima sostanziale riforma dell'articolo 18 della legge n. 300/1970 avvenuta con la legge n. 92/2012, alla quale è seguito il contratto a tutele crescenti (decreto legislativo n. 23/2015). Tale rapida analisi introdurrà il tema centrale, vale a dire la prospettiva rimediabile nel licenziamento disciplinare.

La portata rimediabile della riforma del licenziamento è stata, infatti, fortemente contestata dall'ordinanza del Tribunale di Roma (<sup>120</sup>) che ha sollevato la questione di costituzionalità dinnanzi alla Corte e alla quale si dedicano alcune riflessioni nel prosieguo della trattazione (§ 3). Tale ordinanza affronta specificamente il problema del peso e dell'efficacia rimediabile del contratto a tutele crescenti. La fattispecie che innesca l'ordinanza di rinvio si riferisce al licenziamento economico ma, per la valenza di principio e per le argomentazioni utilizzate, il caso affrontato dal giudice romano coinvolge il sistema rimediabile complessivamente considerato e, dunque, indirettamente, anche il licenziamento disciplinare; onde l'interesse a trattarne in questa sede (<sup>121</sup>).

Nella terza parte di questo contributo (§ 4 ss.) sono oggetto di approfondimento alcuni problemi concernenti la portata rimediabile del nuovo assetto normativo, con riguardo a specifici profili del licenziamento disciplinare, vale a dire il tema dei vizi procedurali e più specificamente la questione del principio di immediatezza della contestazione recentemente affrontata dalle SSUU della Cassazione (<sup>122</sup>).

## 2. Il contesto: giudici e imprese di fronte alla nuova regolamentazione del licenziamento disciplinare.

L'analisi di impatto del nuovo assetto normativo sui licenziamenti disciplinari può essere condotta lungo due ragionamenti. Il primo riguarda le ricadute della nuova regolamentazione (cumulativamente intesa) sulle strategie di impresa con riguardo alla gestione delle risorse umane. Il secondo si confronta con la seguente questione: se la riforma abbia contribuito a rendere più prevedibili i percorsi giurisprudenziali sui licenziamenti disciplinari, in ciò aumentando la capacità di prognosi delle imprese (*rectius* degli uffici legali o degli avvocati) e dunque incrementando il bene/valore dalla certezza del diritto.

Più in specifico il primo interrogativo che ci si può porre, è se, alla luce delle evidenze statistiche che circolano (<sup>123</sup>), il licenziamento disciplinare sia diventato uno strumento più ordinario e meno

(<sup>120</sup>) Trib. Roma ord. 26 luglio 2017 ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale della disciplina del contratto a tutele crescenti per contrasto con gli artt. 3, 4, 76 e 117 Cost.

<sup>121</sup> Si rinvia al n. 3-4 di Lavoro e Diritto 2017, curato da G. DE SIMONE, M. NOVELLA, O. RAZZOLINI.

<sup>122</sup> Cass. civ., sez. un., 27 dicembre 2017, n. 30985. Ne riferisce il Sole 24 ore del 26 marzo 2018, *Licenziamenti disciplinari senza reintegra se tardivi*, di D. COLOMBO. La sentenza emanata a seguito di ordinanza di remissione del 21 aprile 2017, n. 10159 in *Giur. It.*, 2107, Agosto settembre, c. 1910 ss., con ampia nota di riferimenti di P. TOSI, E. PUCETTI, *La dissoluzione di una riforma nella tardività della contestazione*, *ivi*.

(<sup>123</sup>) Secondo dati Inps, i licenziamenti disciplinari sarebbero aumentati passando da 8.483 del 2015 a 10.107 del 2016, a 11.656 del 2017, ma il dato sarebbe comunque accorpato e considererebbe anche i licenziamenti nelle imprese con meno di 15 dipendenti, dove effettivamente le riforme non hanno innovato più di tanto. Secondo altri dati, i licenziamenti disciplinari nelle aziende con più di 15 dipendenti, nei primi 2 mesi del 2017, sarebbero stati 5.347, in aumento del 30% rispetto ai 4.111 registrati nei primi 2 mesi del 2016; sarebbero saliti al 64,9% in riferimento ai primi 2 mesi del 2015, quando ancora non erano in vigore le nuove norme del *Jobs Act*, entrato in vigore nel marzo di quell'anno (il 7 marzo 2015). A fronte di queste evidenze statistiche, notizie di stampa dicono di un vero e proprio crollo del contenzioso giudiziario lavoristico, soprattutto sui contratti a termine ma anche con riguardo alle impugnative dei licenziamenti disciplinari. Secondo dati del Ministero della giustizia, riportati nell'articolo di G. PUGLIOTTI, G. TUCCI, *Contenzioso*

eccezionale di gestione del personale nei casi di inadempimento soggettivo di obblighi contrattuali. Vale a dire se, in seguito alla sua presunta o reale facilitazione (non certo liberalizzazione) giocata sull'attenuazione dei rimedi, esso sia divenuto una soluzione non solo contro patologie comportamentali gravi, come era probabilmente nel contesto pre-riforma; ma anche contro patologie, per così dire, minori o normali, a cui prima si reagiva al massimo con sanzioni conservative.

In caso di risposta positiva al primo quesito (il licenziamento disciplinare come rimedio pervasivo, vale a dire la riscoperta datoriale dello “stick oltre il carrot”), il secondo tema può essere posto, più specificamente, in questo modo: se possa ritenersi che il mutamento di regolamentazione abbia effettivamente influito sul calcolo costo/benefici nella decisione datoriale di licenziare e sulla scelta del motivo da porre a base del licenziamento.

Ci si potrebbe cioè chiedere se questa eventuale maggiore “propensione al bastone” dei datori di lavoro italiani possa essere, in qualche modo, collegabile a una valutazione basata su un calcolo razionale – vale a dire una maggiore certezza prognostica circa l'esito delle eventuali controversie giudiziarie – e non indotta soltanto da incontrollate pulsioni emotive.

Come è noto, infatti, una delle ragioni addotte dai sostenitori della riforma dell'articolo 18 era proprio la variabilità del costo del licenziamento nel precedente regime, collegato all'incertezza della durata dei procedimenti di impugnazione, circostanza strettamente dipendente dal grado, più o meno elevato, di inefficienza del processo del lavoro (generalmente alto sul territorio nazionale) <sup>(124)</sup>. Onde si è giustificato anche il tetto delle 12 mensilità di risarcimento in caso di reintegra attenuata (articolo 18, quarto comma, con il trasferimento del rischio della durata e dell'inefficienza del processo dal datore di lavoro al lavoratore illegittimamente licenziato) e, a compensazione per il lavoratore, la riforma processuale del 2012, il c.d. “rito Fornero” (abrogato dal *Jobs Act*). Riforma processuale, sia detto *incidenter tantum*, che, se discutibile per molti profili <sup>(125)</sup>, certamente ha prodotto, a detta di statistiche non ufficiali (in Italia non esistono statistiche ufficiali sulla durata delle fasi dei procedimenti giudiziari), una riduzione dei tempi di decisione delle cause di licenziamento (almeno con riguardo alla prima fase, quella breve).

---

*lavoristico, «l'inversione di tendenza frutto di norme chiare»*, in *Il Sole 24 Ore*, 4 novembre 2017, il numero di procedimenti nel settore privato per licenziamenti disciplinari iscritti a ruolo (stranamente distinti dai licenziamenti per giusta causa sarebbero passati da 3.665 nel 2012 ad appena 479 nel 2017, mentre i licenziamenti per giusta causa da 5.641 del 2012 a 1.263 del 2017 Seguono i commenti “entusiasti”, sempre nel *Sole 24 Ore* di Ichino, Tiraboschi, Del Conte e Mainardi riferiti, invero, al contenzioso giudiziario sul contratto a termine. A conferma di quanto i dati siano tuttavia ancora incerti in *Il Giorno*, edizione di Milano, in data 11 dicembre 2017 è apparsa una intervista al presidente del Tribunale del lavoro di Milano, Piero Martello, secondo la quale presso quel Tribunale non si sarebbe assistito ad un crollo del contenzioso con riguardo alle cause di licenziamento, M. CONSANI, *Con il Jobs act o senza dopo il licenziamento in Tribunale si litiga ancora*. A conferma dell'incertezza dei dati, sempre su *Il Sole 24 Ore*, 13 marzo 2018, in un articolo a firma di F. BARBIERI (*Il bilancio di tre anni di Jobs Act*), si afferma che i dati direbbero di un aumento del numero dei contratti a termine ma di una diminuzione dei licenziamenti.

<sup>(124)</sup> A tale strutturale deficit potevano essere effettivamente ricondotti gli effetti irrazionali (sui costi delle imprese) e a volte perniciosi della precedente disciplina dell'art. 18, onde l'eventualità di una possibile strutturale riforma, senza modifica dell'art. 18; si rinvia a B. CARUSO, *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona” – IT, 2012, n. 140.

<sup>(125)</sup> Come si fa a giustificare una intera fase processuale, quella ordinaria di merito che segue quella breve, in cui un giudice, presuntivamente dissociato, dovrebbe riformare il suo stesso provvedimento... magari accanendosi su, è questione logicamente irrisolvibile. In un ordinamento giuridico ove la valutazione di impatto fosse strumento normale di *trial and error*, si disporrebbe già di dati per verificare quante volte lo stesso giudice della fase sommaria, chiamato a decidere sul ricorso in opposizione, abbia ribaltato la sua precedente decisione.

In prima sintesi, se tutto ciò fosse vero, parrebbe equilibrato affermare, riflettendo sull'insieme dei dispositivi tecnici delle riforme (legge Fornero e contratto a tutele crescenti), che esse abbiano aumentato la certezza del diritto a motivo di una maggiore chiarezza del quadro giuridico, di una oggettiva riduzione della discrezionalità del giudice, dei suoi margini di apprezzamento valutativo, ponendo dei limiti, pur sempre razionali, alla sua attività ermeneutica, oltre che di un forte incremento dell'attività conciliativa anche in ragione dei forti incentivi legali a evitare la lite giudiziaria (soprattutto con il contratto a tutele crescenti).

È davvero così? Il licenziamento disciplinare sta, effettivamente, diventando un fisiologico strumento di gestione delle risorse umane per il quale non si ricorre davanti al giudice e al massimo si concilia? Al netto dall'impatto emotivo o suggestivo proveniente da fatti di cronaca e da inchieste giornalistiche che incominciano a circolare <sup>(126)</sup>, sembrerebbe che le imprese stiano, effettivamente, valutando che oggi sia più facile licenziare disciplinarmente a causa delle conseguenze attese e stiano agendo di conseguenza.

È la stessa segretaria generale della Cgil che sostiene che le riforme avrebbero letteralmente sdoganato tutti i comportamenti illegittimi e le forme di ritorsione nei confronti dei lavoratori (in una intervista la Camusso parla di «industrializzazione della contestazione disciplinare») <sup>(127)</sup>. Se i dati che circolano fossero confermati, verrebbe avallata quella posizione politico-sindacale per cui il dittico Fornero/tutele crescenti abbia oltremodo incentivato il licenziamento disciplinare in ragione soprattutto della scarsa valenza rimediabile e dell'aumentato costo del processo che renderebbe poco appetibile, per chi lo subisce, la tutela giudiziaria. Nel complesso, una situazione descritta “come se” in Italia si fosse transitato a un regime di licenziamento *at will*, modello americano, con buona pace dell'articolo 30 della Carta di Nizza <sup>(128)</sup>.

Onde il ribaltamento legislativo come unico rimedio di tipo politico, posta l'irricevibilità del quesito referendario abrogativo <sup>(129)</sup>, nella misura in cui si considera che la battaglia interpretativa e giudiziale contro il licenziamento disciplinare illegittimo sarebbe ormai inutile – perché perduta in partenza in ragione del nuovo quadro normativo de-regolato e in virtù dell'effimero regime rimediabile.

In questa prospettiva plumbea andrebbero comunque fatti salvi pronunciamenti possibili della Corte Costituzionale, sollecitata dai giudici di merito che ritengono non dissuasive le sanzioni risarcitorie previste dal *Jobs Act* – come di recente ha argomentato l'ordinanza del Tribunale di

<sup>(126)</sup> *Supra*, nota 123.

<sup>(127)</sup> Dichiarò Susanna Camusso in una intervista sul *Fatto Quotidiano* del 21 maggio 2017: «l'aumento esponenziale dei licenziamenti disciplinari è l'effetto “di una scelta sciagurata che fece il governo di abolire le tutele derivanti dall'art. 18 e avere sostanzialmente sdoganato tutti i comportamenti illegittimi e le forme di ritorsione nei confronti dei lavoratori”. Sono ben lontani i tempi dei provvedimenti disciplinari centellinati e prevalentemente riservati ai casi nei quali il dipendente allontanato dall'azienda era stato preso “con le mani nel sacco”. Oggi, al contrario, assistiamo ad una decisa involuzione del fenomeno: siamo davanti ad un fenomeno di industrializzazione della contestazione disciplinare, una catena di montaggio troppo spesso usata come mezzo per colpire chi non è allineato alle politiche commerciali, chi è ritenuto poco ossequioso nei confronti del potente di turno, chi è considerato troppo costoso».

<sup>(128)</sup> Sottolinea, invece, con cura la perdurante difformità tra il sistema italiano anche del recesso *ad nutum* e il sistema del recesso *at will* vigente negli USA M. BIASI, *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Cedam, 2017, 135 ss.

<sup>(129)</sup> C. cost. 27 gennaio 2017, n. 26; la richiesta referendaria aveva ad oggetto l'abrogazione integrale del d.lgs. n. 23/2015 (in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti) e l'abrogazione di una parte dell'art. 18 della l. n. 300/1970. Una delle ragioni addotte dalla Corte per dichiarare l'inammissibilità del quesito referendario ha riguardato la sua tecnica di redazione, vale a dire la disomogeneità delle richieste abrogative – che dava la possibilità in astratto di risposte diverse da parte dell'elettore; oltre alla sua portata innovativa – che avrebbe prodotto l'estensione della tutela reale anche alle imprese minori.

Roma, prontamente osteggiata dalla dottrina pro *Jobs Acts*, e i cui argomenti sono stati invece rilanciati dalla dottrina a esso ostile<sup>(130)</sup> (*infra*, § 3). Così come potrebbero mettersi in conto anche future modifiche normative che prevedibilmente potrebbero arrivare dopo il mutamento del quadro politico conseguente alle elezioni del 4 marzo 2018<sup>(131)</sup>. Se dunque la riforma avesse sdoganato il licenziamento disciplinare come strumento fisiologico di gestione del personale, si potrebbe affermare, rispondendo anche al secondo quesito iniziale, che i dati statistici confermerebbero che la riforma abbia prodotto una maggiore certezza prognostica, predittiva sugli esiti dei procedimenti giudiziari.

Se anche tale conclusione fosse credibile, perché basata su dati oggettivi (e con molta probabilità non lo è, perché dati, provenienti da serie e mirate analisi di impatto e rilevazione di trend statistici comprovanti una simile asseverazione, non sono allo stato disponibili), non potrebbe certamente condividersi un giudizio positivo sul piano della *policy* giudiziaria.

Contro gli assertori della certezza del diritto come valore assoluto, non pare fuori luogo sollevare un *caveat*, e ciò non tanto per rivendicare il mito della interpretazione giurisprudenziale libera sol perché si autoproclama costituzionalmente orientata<sup>(132)</sup>. Tra due valori proclamati come assoluti – la certezza del diritto a ogni costo, che ha come prezzo la limitazione della discrezionalità giudiziale, e l'interpretazione assolutamente libera e disancorata dal testo, perché autoproclamatasi costituzionalmente orientata – c'è sicuramente una via di mezzo.

Pare evidente, infatti, che in tutti i sistemi giuridici, sia di *civil law*, sia di *common law* un margine di incertezza tollerabile dagli operatori, sia consustanziale alla natura mobile degli assetti giuridici vigenti e che tale soglia<sup>(133)</sup> (che dipende dalle circostanze esterne, dai contesti storicizzati) si apra

<sup>(130)</sup> Il Tribunale di Roma (ord. 26 luglio 2017, cit.) chiede alla Corte di pronunciarsi su tre distinte questioni di costituzionalità del contratto a tutele crescenti: la violazione dell'art. 3 Cost. (principio di eguaglianza); il contrasto con gli artt. 4 e 35 Cost. (il principio di tutela del lavoro); la violazione degli artt. 76 e 117, primo comma, Cost. (il rispetto degli obblighi internazionali). Condivide in larga misura le argomentazioni dell'ordinanza V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, 2017, n. 3, II, p. 333 ss.; favorevole pure A. PERULLI, *Una questione di "valore". Il Jobs Act alla prova di costituzionalità*, Working Paper ADAPT, 2017, n. 15, che fornisce all'ordinanza il substrato teorico; adesiva pure la posizione di G. FONTANA, *L'ordinanza del 26 luglio 2017 del Tribunale di Roma: le questioni di costituzionalità del contratto a tutele crescenti*, di prossima pubblicazione su *DLM*. E. GRAGNOLI, *La questione di legittimità costituzionale del decreto legislativo n.23/2015 e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *DRI*, 2017, 4, p. 1195 ss., con riguardo soprattutto alla violazione del principio di eguaglianza tra vecchi e nuovi assunti. Critico invece P. ICHINO, *La questione di costituzionalità della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *www.pietroichino.it – NWSL*, 2017, n. 448, pur apprezzando l'adesione della remittente all'approccio di *law and economics*; altrettanto critica la posizione di G. PROIA, *Sulla questione di costituzionalità del contratto a tutele crescenti*, in *RIDL*, 2017, II, p. 780, che giustifica la costituzionalità della legge di riforma anche sulla base di un argomento consequenzialista e teleologico (la riforma dettata dalla crisi e finalizzata a creare occupazione). Ritiene infondata la questione di legittimità anche V. FERRANTE, *È costituzionalmente legittima la disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo contenuta nel Jobs Act?*, in *DRI*, 2017, 4, p. 11184 ss.; più anodina la posizione di F. CARINCI, *Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte costituzionale*, in *LG*, 2017, n. 10.

<sup>(131)</sup> Il risultato elettorale del 4 marzo 2018- qualora si voglia dar fede ai programmi elettorali delle forze politiche che si sono affermate - dovrebbe suggerire la previsione che la revisione del regime di reintegra possa essere uno dei punti qualificanti della prossima agenda parlamentare.

<sup>(132)</sup> In generale sull'interpretazione costituzionalmente orientata, G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, 2006. Contro il fenomeno del c.d. libertinaggio interpretativo, espressione coniata da A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, 2013, cap. I, 3-27, correlato a meccanismi incontrollati e criticabili di creazionismo giurisprudenziale soprattutto in campo penale, e per una rivendicazione ferma e argomentata, anche se in parte discutibile, del positivismo giuridico, si veda L. FERRAJOLI, *Argomentazione interpretativa e argomentazione equitativa contro il creazionismo giurisprudenziale*, in G. BRONZINI, R. COSIO (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Giuffrè, 2017, 217 *ma passim*.

<sup>(133)</sup> Ripropone, in generale, il valore della certezza del diritto, pur riconoscendo l'inevitabilità di una soglia di incertezza tollerabile, G. VIDIRI, *La certezza del diritto tra «positivismo giuridico» e «giusnaturalismo»*, in G. BRONZINI, R. COSIO (a cura di), *op. cit.*, 25-26.

inevitabilmente alla dialettica tra diritto vigente e diritto vivente <sup>(134)</sup>.

Senza scomodare più di tanto lo statuto epistemologico della teoria ermeneutica e del suo circolo, per come rivisitata da Luigi Mengoni, pare fisiologico che, nelle dinamiche ordinamentali e di sistema, l'interpretazione giudiziale (il diritto vivente giurisprudenziale), pur sempre agganciata al dato costituzionale positivo, possa essere anche "correttiva" di un testo normativo che non potrà mai essere ermeneuticamente chiuso (Gadamer parlava di programmatica apertura all'«alterità del testo») <sup>(135)</sup> in funzione del bilanciamento di valori, principi e interessi che sono compresenti nel testo costituzionale <sup>(136)</sup>. Ciò appare infatti consustanziale alla funzione giudiziaria <sup>(137)</sup>.

Questo richiamo di teoria generale serve a sostenere un punto di vista, se non proprio una tesi, che può essere posto nel seguente modo: gli articolati e contrastanti percorsi del diritto vivente giurisprudenziale in materia di vizi procedimentali, di cui si dirà, non vanno letti in chiave di ingiustificato disordine interpretativo contro l'ordine legislativo. Vanno invece filtrati attraverso un principio, procedurale e sostanziale, bussola della civiltà giuridica occidentale, vale a dire quello del bilanciamento attraverso la proporzionalità e la ragionevolezza, che si attaglia sia alla funzione legislativa – su cui vigila il giudice delle leggi – ma anche e soprattutto alla funzione interpretativa ordinaria, che la Corte di cassazione è chiamata a rendere uniforme e sistematica <sup>(138)</sup>.

Si sosterrà questa convinzione di fondo a partire dalla ipotesi apparentemente più regolata e prevedibile nella riforma dell'articolo 18 e cioè le conseguenze rimediale nel caso di licenziamento per vizi procedurali. Si tratta, notoriamente, della tipologia di illegittimità che avrebbe dovuto in astratto creare meno problemi di assestamento interpretativo rispetto alle problematiche,

<sup>(134)</sup> «Se chiamiamo diritto vigente l'insieme degli enunciati normativi e diritto vivente l'insieme dei loro significati quale risulta dalla loro applicazione, possiamo ben dire che mentre il diritto vigente è frutto della legislazione, l'intero diritto vivente è frutto della giurisdizione e perciò dell'argomentazione giudiziaria e, in particolare, di quella interpretativa», L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 166.

<sup>(135)</sup> «Il compito dell'interpretazione è la *concretizzazione della legge* [corsivo in testo] nel caso particolare, cioè l'*applicazione*. Certo si realizza un perfezionamento creativo della legge, che è riservato al giudice, il quale però è sottomesso alla legge esattamente come ogni altro membro della comunità giuridica. L'idea di un ordine giuridico implica che il giudizio del giudice non nasca da un imprevedibile arbitrio, ma dalla giusta valutazione dell'insieme. Di una tale giusta valutazione è capace chiunque, purché abbia approfondito a sufficienza i fatti», H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, Bompiani, 1983, 382.

<sup>(136)</sup> L. MENGONI, *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, cap. I, *Giurisprudenza e metodo*.

<sup>(137)</sup> Tra le varie teorie che affidano alla giurisprudenza margini ampi di creazionismo giuridico che L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 170 ss., sottopone a critica serrata – post kelseniana, paleo-giuspositivistica, neo-giusnaturalistica principialistica, neo-pandettistica, ermeneutica – quest'ultima è quella che, nell'opinione del filosofo, meno si distacca dal neo-positivismo critico da lui sostenuto: soprattutto nella rivisitazione di autori come Zaccaria (citato alle note 29 e 30), ove si ritiene legittima la scelta del giudice tra le molteplici «interpretazioni tutte legittimamente sostenibili» entro il perimetro designato dal principio di legalità. A tale indirizzo si ispira la posizione espressa nel presente articolo: si veda *infra*, §§ 4 ss.

<sup>(138)</sup> Un richiamo ben argomentato alla forza pragmatica del bilanciamento e una risposta ai critici che sottolineano i pericoli recessivi a cui sottoporrebbe la grammatica dei diritti fondamentali, con affidamento della loro tenuta alla variabilità delle operazioni giudiziali, in G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, 2017, 141 ss. e 207 ss. Sul tema del bilanciamento in generale non può mancare il riferimento a testi ormai da considerare dei classici del giuscostituzionalismo italiano: R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, 1992. Il tema è rivisitato anche da G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, 2010, 174 ss., e da G. BRONZINI, *Il bilanciamento nella giurisprudenza: come bilanciare la sovranità popolare?*, in G. BRONZINI, R. COSIO (a cura di), *op. cit.*, 152, ove rilievi condivisibili sulla nota impostazione di Alexy. Di particolare importanza la funzione di bilanciamento riservata alla Cassazione e alle Sezioni Unite, posto che tale tecnica deve considerarsi privilegiata allorché la Suprema Corte è chiamata ad assicurare la uniforme interpretazione del diritto oggettivo nazionale: in tal senso L. TRIA, *Brevi osservazioni sul bilanciamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. BRONZINI, R. COSIO (a cura di), *op. cit.*, 205. Riferimenti specifici alla tecnica di bilanciamento utilizzata dalle Sezioni Unite (in particolare in Cass., sez. un., 9 dicembre 2015, n. 24822, in R. CONTI, *Il bilanciamento come nuova frontiera dell'attività giudiziaria*, in G. BRONZINI, R. COSIO (a cura di), *op. cit.*, 230-231. Tra i giuslavoristi si rinvia a B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. il caso italiano*, in B. CARUSO, G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Il Mulino, 2015; G. FONTANA, *Dalla inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, 2010; A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2005, n. 105, 1 ss.

apparentemente più complesse, legate alla *querelle* fatto giuridico vs fatto materiale e al tema della proporzionalità della sanzione, come principio e regola di controllo dell'esercizio arbitrario del potere <sup>(139)</sup>.

In via ancora generale e guardando a volo d'uccello la dinamica del diritto vivente in tema di rimedi contro il licenziamento illegittimo, il quadro, di primo acchito, sembra più variegato di quel che la vulgata sulla tetragona restaurazione della libertà di licenziamento disciplinare sembra presentare. Né pare considerazione fondata su dinamiche reali quella per cui la riduzione per via legislativa dei margini del controllo giudiziario sarebbe un bene in sé, se essa avesse prodotto, come la *vulgata* vorrebbe, il crollo del contenzioso del lavoro (su cui molto hanno inciso, invece, i veri e propri blocchi di accesso alla giustizia: nuove decadenze, costo della lite, draconiane condanne in caso di soccombenza e non ultimo probabilmente la scarsa dissuasività dei rimedi contro comportamenti datoriali illegittimi sia in materia di contratti a termine sia di licenziamento) <sup>(140)</sup>, specie in seguito alla entrata a regime del contratto a tutele crescenti (i licenziamenti posti in essere nei riguardi degli assunti dopo il 7 marzo del 2015).

Non può cioè, con ragionevole certezza, avanzarsi l'assunto per cui nel nuovo sistema, la reintegra è una sanzione del tutto eccezionale e il risarcimento del danno è la sanzione normale e ormai del tutto prevalente.

Al di fuori del licenziamento illegittimo per giusta causa e giustificato motivo, gli avvocati, nelle prospettazioni difensive, ma anche i giudici in ordinanze e sentenze di merito, sempre più frequentemente, stanno riscoprendo, a scopi decisori, il florilegio disponibile di nullità legali, virtuali e di diritto civile che producono reintegrazione anche in fattispecie dove, a bocce ferme (a diritto scritto e non interpretato), ci si sarebbe aspettati soltanto il rimedio risarcitorio (si pensi al licenziamento conseguente al trasferimento illegittimo, o a seguito di conversione del rapporto di lavoro in part-time non accettato, o nel corso del periodo di malattia, o durante il periodo di prova, ecc.) <sup>(141)</sup>.

E anche il diritto antidiscriminatorio, come ulteriore fattispecie comportante il rimedio della reintegrazione, a lungo negletto in Italia, sembra stia vivendo finalmente una nuova stagione. La reintegrazione conseguente all'accertamento di un comportamento discriminatorio (non solo per fattispecie tassative) è un rimedio certamente più difficile da ottenere in ragione della complessa attività di allegazione e prospettazione dei fatti (già al netto dalla questione degli oneri probatori), che impone, tuttavia, agli operatori di giustizia (giudici e avvocati) una riscoperta di una capacità

<sup>(139)</sup> Per cui si rinvia a R. DE LUCA TAMAJO, *(In)sussistenza del fatto e canone di proporzionalità del licenziamento disciplinare*, in questo Working paper; il *Jobs Act* ha risolto, invece, la questione della valutazione della proporzionalità dei fatti (o della sanzione) allo scopo della individuazione del rimedio, escludendo espressamente la sua rilevanza dall'accertamento giudiziale. La questione si pone invece ancora per i licenziamenti disciplinari assoggettati alla l. n. 92/2012: per un'ampia disamina si rinvia a G. FONTANA, *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in *RIDL*, 2014, n. 2, I, 285 ss., ove la ricostruzione del dibattito dottrinale sul punto. Sul tema specifico oggetto del presente saggio ora B. DE MOZZI, *Le conseguenze sanzionatorie della violazione del principio di immediatezza nel licenziamento disciplinare*, *DRI*, 2017, 4, p. 1108 ss.

<sup>(140)</sup> A tal proposito, pure essendo oggetto di intervista giornalistica, sembra poco articolato e meditato il giudizio di vari colleghi sul crollo del contenzioso come dato in sé in positivo, *supra*, nota 123.

<sup>(141)</sup> Si veda la puntuale rassegna delle diverse ipotesi di licenziamento non direttamente regolate dall'art. 18 riformato e dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015 che potrebbero essere tutte ricondotte agli altri casi di nullità previsti dalla legge in M.L. BUCONI, *I licenziamenti nulli nel passaggio dall'art. 18 St. Lav. al Jobs Act*, in *Labor*, 2017, n. 1. Con riguardo al licenziamento comminato durante il periodo di malattia, la Cassazione, con ord. 19 ottobre 2017, n. 24766, ha rimesso la questione al Primo Presidente della Corte per valutarne l'assegnazione alle Sezioni Unite sul punto se esso dia luogo a mera inefficacia (il licenziamento è valido ma gli effetti vanno posticipati al momento della fine della malattia), ovvero se il licenziamento sia radicalmente nullo con effetti ripristinatori.

di ricerca maieutica, una prospettazione per tasselli dell'argomentazione in fatto e un *esprit de finesse* nell'argomentazione giuridica, che il rimedio troppo semplice della reintegrazione (a ogni vizio una sola sanzione), aveva in qualche modo finito per relegare negli angoli dalle aule giudiziarie italiane (specie in confronto con altri ordinamenti in cui l'azione antidiscriminatoria è strumento ordinario e diffuso di contestazione dell'arbitrio datoriale anche con riguardo al licenziamento).

Tuttavia, al di là della questione, *de iure condito*, dei margini di apertura sistemica al controllo giudiziale sui licenziamenti illegittimi e alla prospettiva rimediabile<sup>(142)</sup> con riguardo alla indubbia restrizione della possibilità di comminare l'ordine di reintegra, rimane aperto, e sottoposto alla verifica di costituzionalità, il tema della portata dissuasiva del rimedio risarcitorio/indennitario così come sollevato dalla recente ordinanza del Tribunale di Roma. A tale tema occorre rivolgere l'attenzione.

### 3. I dubbi di costituzionalità del Tribunale di Roma e il (meta) bilanciamento possibile della Corte costituzionale.

Quanto appena detto con riguardo al tema della qualificazione della fattispecie licenziamento – e alla possibilità, non del tutto esclusa, da parte del giudice di calibrare il rimedio anche ricorrendo alla reintegrazione – non vale per quel che concerne il *quantum* di risarcimento/indennizzo comminabile in caso di licenziamento considerato illegittimo ma comunque valido. Il contratto a tutele crescenti, notoriamente, elimina in questo caso ogni possibilità di valutazione giudiziale nella misura in cui definitivamente espunge, anche come residuale ipotesi interpretativa<sup>(143)</sup>, ogni valutazione di proporzionalità del fatto con riguardo alla sanzione comminata. Su questo profilo specifico si concentra l'ordinanza del Tribunale di Roma il quale ha chiamato in causa la Corte Costituzionale a partire dall'assunto, più volte esternato dalla stessa Corte, che il rimedio della reintegra non ha in sé rilevanza costituzionale e che altri tipi di rimedi sono in astratto individuabili discrezionalmente dal legislatore, qualora non risultino in violazione del principio di eguaglianza e adeguati a tutelare il diritto fondamentale in gioco, nel caso la tutela contro il licenziamento illegittimo. In altri termini, deve rimanere ferma la portata riparatoria e dissuasiva del rimedio<sup>(144)</sup>. È questo il tema introdotto dall'ordinanza di rimessione insieme all'altra questione del trattamento diverso di situazioni eguali solo per ragione del tempo dell'intervento legislativo.

<sup>(142)</sup> La medesima prospettiva già in P. TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in *DLRI*, 2016, n. 150, 299 ss. In chiave metodologica, prospettiva rimediabile applicata al lavoro nelle piattaforme, in T. TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – INT, 2017, n. 136.

<sup>(143)</sup> Si veda la proposta di G. FONTANA, *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, cit., di utilizzo dell'art. 1455 c.c. in combinato disposto con l'art. 2106. Si veda pure il tentativo di V. BAVARO, M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2016, n. 305.

<sup>(144)</sup> A. PERULLI, *Una questione di "valore". Il Jobs Act alla prova di costituzionalità*, cit., 16, dopo aver simpateticamente condiviso i diversi snodi del ragionamento del giudice remittente, rileva che unica lacuna (invero non si tratta di una lacuna ma di un vero motivo di dissenso dell'A.) dell'ordinanza è il non aver affrontato di petto il tema dell'incostituzionalità della preclusione legislativa della valutazione di proporzionalità dell'infrazione da parte del giudice, con riguardo alla sussistenza del fatto; onde l'indebita esclusione della valutazione giudiziale di proporzionalità del fatto come sintomo di eccesso di potere legislativo: l'irrazionalità del "fatto lieve" che produce comunque validità del recesso, rispetto alla fattispecie confinante "fatto giuridicamente non rilevante", che ha come effetto la reintegra. Dunque, secondo Perulli, o si elimina il rimedio della reintegra per tutte le fattispecie o la si prevede per entrambi i casi, pena la violazione dell'art. 3 Cost. per irragionevolezza: sarebbe questo il tema che l'ordinanza avrebbe dovuto proporre alla Corte. La critica all'ordinanza, per questo profilo, non sembra cogliere il segno per due ragioni: la prima perché la fattispecie di riferimento, oggetto del rinvio, ha come perimetro una norma diversa, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e il relativo rimedio, ove non ha alcun rilievo il tema della valutazione giudiziale della proporzionalità del fatto in termini di inadempimento soggettivo; la seconda perché il remittente aderisce espressamente all'approccio di *law and economics* e ritiene scelta ragionevole *in astratto* quella

Il giudice costituzionale in tal caso dovrà porre in essere un'operazione di meta-bilanciamento, diversa da quella condotta dal giudice comune quando pone in essere una operazione di interpretazione di un testo aperto a soluzioni diverse e a ponderare quindi gli interessi e i diritti in concreto per riequilibrare il bilanciamento operato dal legislatore (*infra*, §§ 4 ss.).

Come dichiarato dal Tribunale di Roma nell'ordinanza in oggetto, si è invece di fronte al "fallimento" dell'interpretazione e al blocco del circuito ermeneutico (le risorse dell'interpretazione non sono ritenute sufficienti a risolvere il conflitto) e il giudice si è visto, pertanto, costretto a rinviare la questione alla Corte, il cui bilanciamento potrà essere molto più incisivo (non una sentenza meramente declaratoria di incostituzionalità della norma, ma anche una sentenza additiva, di principio o una sentenza monito, qualora la Corte ritenga la violazione riferita anche al regime generale di invalidità del licenziamento e non solo per il licenziamento determinato da ragioni oggettive) <sup>(145)</sup>.

Con riguardo al merito dell'ordinanza di rinvio, non sarà certo facile sciogliere il nodo da parte della Corte costituzionale, posto che lo stesso Tribunale di Roma, come detto, ritiene che il rimedio della reintegra non abbia valenza costituzionale e posto che lo stesso giudice non distingue tra licenziamento economico e licenziamento per ragioni soggettive (la fattispecie che origina la questione di costituzionalità è un licenziamento per giustificato motivo oggettivo). Il perimetro di giudizio su cui la Corte è chiamata a pronunciarsi riguarda, infatti, da un lato, la valenza e la portata rimediabile delle norme impugnate, stante l'asseverata esiguità dell'indennità risarcitoria, dunque un profilo di effettività della tutela che espone, comunque, a rischio il diritto a non essere licenziati ingiustificatamente sancito dall'articolo 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e da altre norme internazionali; dall'altro, anche la presunta violazione del principio di eguaglianza, con riguardo al diverso regime previsto tra vecchi e nuovi assunti <sup>(146)</sup>.

---

di espungere la reintegra dal novero dei possibili rimedi, e "oggettivare" il *quantum* di risarcimento, sulla scorta dell'indirizzo della Corte costituzionale che non reputa di rilievo costituzionale la reintegrazione, fatta salva la necessaria dissuasività del rimedio risarcitorio (il risarcimento del danno anche con funzione punitiva); rimedio risarcitorio che *in concreto*, per come regolato nel *Jobs Act*, gli appare irragionevole. Sul tema della proporzionalità della sanzione contro il licenziamento illegittimo già la Corte costituzionale, n. 220/1995, ha avuto modo di esprimersi ma con riguardo al licenziamento disciplinare e non anche per il licenziamento economico, come invece si duole la giudice remittente. Le parole della Corte sono state, in tal senso oltremodo chiare: «In generale l'esercizio di un potere disciplinare riferito allo svolgimento di qualsiasi rapporto di lavoro subordinato (di diritto privato o di pubblico impiego) ovvero di lavoro autonomo e professionale – potere che implica un rapporto di supremazia per cui un soggetto (normalmente, ma non necessariamente, il datore di lavoro) può, con un suo atto unilaterale, determinare conseguenze in senso lato negative (quali quelle insite nelle sanzioni disciplinari) nella sfera soggettiva di un altro soggetto (il prestatore di lavoro) in ragione di un comportamento negligente o colpevole di quest'ultimo – deve rispondere al principio di proporzione e alla regola del contraddittorio. Il primo – che rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza (*ex art.* 3 Cost.), coniugato alla tutela del lavoro e della dignità del lavoratore (artt. 4 e 35 Cost.) – implica che il potere deve estrinsecarsi in modo coerente al fatto addebitato, che quindi deve necessariamente essere valutato e ponderato, nel contesto delle circostanze che in concreto hanno connotato il suo accadimento, per commisurare ad esso, ove ritenuto sussistente, la sanzione da irrogare parametrandola alla sua maggiore o minore gravità; sicché – sotto questo primo profilo – non sono possibili automatismi sanzionatori che pretermettano l'indefettibile valutazione dell'addebito al fine specifico sia di apprezzarne la sanzionabilità, o meno, sul piano disciplinare, sia di calibrare la giusta e proporzionata sanzione da irrogare (sentenze n. 197 del 1993, n. 16 del 1991, n. 158 del 1990, n. 40 del 1990, n. 971 del 1988)».

<sup>(145)</sup> G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., 203.

<sup>(146)</sup> Sulla violazione del principio di eguaglianza non giustificata dal decorso del tempo insiste molto V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 334 ss.; posto che nel caso vi sarebbe «la coesistenza nel medesimo momento di discipline radicalmente diverse e riferite a fattispecie identiche che si verificano nello stesso segmento temporale». Per cui si sarebbe al di fuori «di una normale successione nel tempo di leggi che regolano la medesima fattispecie, dove la posteriore abroga quella precedente, ma [...] in presenza della contemporanea esistenza di norme relative a casi uguali». In termini simili pure G. FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, n. 2, p. 97 ss.; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, n. 246, 2015, 21; E. GRAGNOLI, *La questione di legittimità costituzionale*, *op. cit.*, p. 1199 ss.

Certamente il primo quesito, riferito alla effettività della tutela, in termini generali, richiama una questione che nasce con la stessa civiltà giuridica occidentale formatasi all'ombra della grande tradizione romanistica, giusta la lezione di Riccardo Orestano <sup>(147)</sup>: e cioè se possa esistere un diritto senza una adeguata azione processuale e un relativo rimedio.

Quel che è certamente vero è che la riforma del 2015 ha manipolato il concetto di tutela crescente; sul piano della *policy* legislativa, l'aggancio meccanico dell'indennizzo al trascorrere dell'anzianità di servizio non è sicuramente l'inveramento di un meccanismo mirato a favorire la relazione fiduciaria, un meccanismo cioè funzionale a incentivare il datore di lavoro a investire sulla risorsa umana derivandone come effetto normale una maggiore stabilità del rapporto (anche in termini di rimedi crescenti in caso di rottura ingiustificata del vincolo fiduciario). Ma questo non inficia la costituzionalità della norma, si tratta di una scelta discutibile in termini di opportunità, non di legittimità.

La giudice remittente si confronta invece con il tema della esiguità del risarcimento/indennizzo che renderebbe costituzionalmente sbilanciato il rapporto tra due norme principio: il principio lavoristico e quello della libertà di impresa <sup>(148)</sup>. La remittente, in effetti, non fa riferimento esplicito alla tecnica di bilanciamento; ritiene, invece, non adeguatamente soddisfatto dalla norma impugnata il diritto/principio lavoristico; nelle sue parole, «al diritto al lavoro, valore fondante della Carta, viene attribuito un controvalore monetario irrisorio e fisso» <sup>(149)</sup>.

Pone, pertanto, in essere un giudizio di proporzionalità non secondo le tre fasi canoniche del test (idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto); ma neppure attraverso un meccanismo predeterminato di pesatura del *quantum* di sacrificio dell'uno e dell'altro interesse in gioco, alla Alexy. Opera, invece, direttamente un giudizio di proporzionalità in senso stretto e quindi di ragionevolezza: chiede alla Corte se il sacrificio imposto al diritto fondamentale della tutela del lavoro sia equilibrato rispetto al sacrificio del diritto alla reintegrazione, norma, nella specie, considerata recessiva dal legislatore; o invece se tale sacrificio sia stato eccessivo, posta l'esiguità del rimedio sostitutivo della reintegrazione, e pertanto non giustificato in ragione dell'importanza e del grado di soddisfazione dell'obiettivo perseguito.

Ciò a conferma che nel dialogo tra giudice remittente e Corte costituzionale (ma in generale nelle decisioni dei giudici) il giudizio di proporzionalità – a cui è strettamente collegato, nella tradizione “retorico-argomentativa” del giudice delle leggi italiano, la valutazione di ragionevolezza <sup>(150)</sup> – assume un carattere necessariamente olistico (non si attaglia né alla metodologia quantitativa e sussuntiva di Alexy, né al passaggio argomentativo rigoroso dalle tre fasi del test), trattandosi di trovare un equilibrio riflessivo tra i mezzi a disposizione, il grado di soddisfazione di un diritto o di un principio e il livello di lesione di un altro principio o diritto <sup>(151)</sup>.

<sup>(147)</sup> R. ORESTANO, *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Il Mulino, 1978.

<sup>(148)</sup> Si tratta di un conflitto non diretto tra due diritti, in ragione di possibili e diverse interpretazioni del testo, ma di un conflitto indiretto in quanto uno dei diritti è limitato da un misura pubblica (una legge) per cui uno dei diritti non si confronta direttamente con un altro, ma con il principio di legalità che aggiunge peso alla regola di conflitto, imponendo appunto un “meta-bilanciamento”, posto che uno dei diritti (la tutela *ex art. 18*) è stata considerata recessiva da parte del legislatore medesimo.

<sup>(149)</sup> Trib. Roma ord. 26 luglio 2017, in *Boll. ADAPT*, 2017, n. 41. Come ricorda P. TULLINI, *op. cit.*, 302, riportandosi alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, «Completezza, esaustività, personalizzazione ed integralità della tutela economica: sono le coordinate che individuano una protezione effettiva dei diritti della persona del lavoratore».

<sup>(150)</sup> «Una limitazione di un diritto fondamentale che supera il test di proporzionalità è ragionevole», G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., 205.

<sup>(151)</sup> In tal senso persuasivamente G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., 209.

Con riguardo all'ordinanza in oggetto, la giudice remittente non sbaglia nella valutazione di scarsa dissuasività (appare del tutto corretto il richiamo alle fonti europee, soprattutto all'articolo 24 della Carta sociale europea), qualora il meccanismo risarcitorio venga fotografato istantaneamente: il possibile effetto perverso, in termini di convenienza datoriale a licenziare, della tenaglia che si viene a formare tra incentivi alle assunzioni a tempo indeterminato, in contemporanea all'entrata in vigore della legge, e forte gradualità del risarcimento, soprattutto guardando a coloro che sono stati assunti subito dopo il marzo 2015. Ma non è detto che questo sia sufficiente a giustificare una declaratoria di incostituzionalità. Rientra nella discrezionalità del legislatore modulare le tutele in ragione di fattori che rendono la protezione variabile nel tempo, nel caso il mero trascorrere del tempo e l'anzianità di servizio. Oltretutto la valutazione di costituzionalità della norma non può far rientrare nel proprio perimetro anche i comportamenti opportunistici che la norma stessa consentirebbe in virtù dell'incastro (il combinato disposto) di più interventi normativi uno dei quali (la legge sugli incentivi assunzionali) non soggetta neppure al controllo di costituzionalità. Si tratta di una valutazione di fatto che non può veicolare la dichiarazione di illegittimità e che probabilmente è richiamata dalla giudice remittente a scopi "suggestivi", per rafforzare retoricamente i motivi basilari di incostituzionalità.

Gli assertori della costituzionalità della norma, per altro verso, hanno facile argomento nell'affermare <sup>(152)</sup> che, a regime (dopo 5 o 6 anni di durata del rapporto di lavoro con il nuovo sistema di tutela), l'indennità di risarcimento, in caso di licenziamento annullabile, si attesterebbe sulle medie di altri ordinamenti europei e la tenaglia perderebbe la sua valenza afflittiva e di facilitazione di comportamenti datoriali all'insegna del *moral hazard*.

Chi ha sostenuto questa tesi, tuttavia, volutamente ignora – anzi lo ritiene uno dei frutti virtuosi della riforma perché avrebbe dimezzato il contenzioso <sup>(153)</sup> – che il meccanismo automatico di risarcimento, con forte vincolo al potere del giudice di contestualizzare e di inserire le proprie valutazioni nella quantificazione della misura del danno, è suscettibile di creare situazioni (anche in futuro e non solo per la fase di vigenza degli incentivi) oggettivamente inique, con effetti, nel tempo irragionevoli e sproporzionati. Proprio il meccanismo precedente della valutazione del quantum di indennizzo in funzione del grado di illegittimità consentiva al giudice una discrezionalità equitativa e non è detto che questo fosse il male assoluto, come è stato ritenuto.

Con il potere di adattare il *quantum* di risarcimento al contesto concreto, al giudice era consentito di individuare il giusto peso in termini risarcitori e di indennizzo rispetto alla lesione del diritto (il licenziamento comunque ritenuto invalido nella variabilità delle fattispecie di fatto). Detto in altro modo, la norma recessiva (il risarcimento da 12 a 24 mensilità previsto dal quinto comma dell'articolo 18) consentiva di operare un bilanciamento in concreto e diretto, di rendere proporzionato ed equo il risarcimento di un licenziamento contestualizzato, nei limiti minimi e massimi previsti dalla legge, che, dunque, legittimava una discrezionalità in ogni caso orientata e governata dal legislatore.

Con il contratto a tutele crescenti ciò non è più possibile e di questo si duole la giudice remittente; la tutela oggettivamente dimezzata, poche mensilità per un licenziamento motivato da ragioni labili e quindi ineffettiva, non è un risultato certo, necessario, ma comunque possibile: rientra

<sup>(152)</sup> È la posizione di P. ICHINO, *op. cit.*, di G. PROIA, *op. cit.* e, se non abbiamo inteso male, anche di V. FERRANTE, *op. cit.*

<sup>(153)</sup> P. ICHINO, *Le ragioni forti del Jobs Act e l'uso corretto delle statistiche*, in *www.pietroichino.it – NWSL*, 2017, n. 461.

nello spettro degli esiti astrattamente resi possibili dalla norma. Tale prospettiva apre uno scenario che rende, dunque, costituzionalmente rilevante la questione sollevata.

Se una debolezza di prospettazione è presente nella ordinanza del Tribunale di Roma, risiede, invece, come si accennava, nella sua generalizzazione (riferita a ogni tipo di licenziamento) oltre che nella sua specifica contestualizzazione casistica (il giudizio *a quo*) riferito a un caso di licenziamento economico per giustificato motivo oggettivo. L'argomentazione utilizzata, anche alla luce degli orientamenti della Corte costituzionale <sup>(154)</sup>, sarebbe apparsa sicuramente più convincente se la batteria degli argomenti fosse stata calibrata sul licenziamento per ragioni soggettive.

L'inadeguatezza del rimedio risarcitorio del contratto a tutele crescenti andrebbe infatti valutata non in ragione del licenziamento *tout court* ma del motivo di licenziamento, che ne rende diversa la rilevanza sociale in ragione della natura del bene offeso; nel licenziamento per ragioni soggettive in gioco non c'è soltanto il diritto al lavoro in contrapposizione al diritto alla libertà di impresa, ma, oltre al diritto al lavoro, vengono in rilievo altri beni salienti riassumibili nel valore/diritto della dignità della persona (l'ampia costellazione dei diritti della personalità), che probabilmente avrebbero potuto suggerire valutazioni di ponderazione legislativa e rimediale diverse da quelle poste in essere dal *Jobs Act*.

Sul piatto della bilancia della tutela rimediale oltre al diritto al lavoro, avente indubbia rilevanza economico patrimoniale, andavano probabilmente aggiunti anche i fattori e le ragioni connessi ad "altri diritti", che per sintesi sono riconducibili alla personalità morale del lavoratore.

Nel caso del licenziamento economico, per il quale la giudice remittente ha sollevato la questione davanti ai giudici costituzionali, nel piatto della bilancia va invece considerata l'esigenza imprenditoriale della esatta prevedibilità del costo del licenziamento, comparato al costo dell'inefficienza della conservazione della posizione, onde una possibile valutazione per così dire oggettivata e quindi di ragionevolezza della soluzione quantistica meccanica operata del legislatore.

Le ipotesi di licenziamento oggettivo e soggettivo, al contrario di quel che pensa pure Pietro Ichino, non sono meccanicamente sovrapponibili.

È notorio, infatti, come i giudici di Cassazione hanno più volte spiegato anche di recente <sup>(155)</sup>, che, con riferimento alle ipotesi di licenziamento disciplinare, la sanzione del licenziamento deve essere necessariamente valutata in concreto, nel contesto dei fatti e degli elementi soggettivi e oggettivi. Se tale sanzione, a insindacabile giudizio del giudice (l'argomentazione probatoria o induttiva/empirica a sostegno della decisione sulla verità fattuale) dovesse risultare del tutto sproporzionata rispetto ai fatti commessi, appare evidente che la costrizione giudiziale a una decisione risarcitoria meccanica, finirebbe per risultare eccessivamente riduttiva rispetto alla esigenza di riparare, adeguatamente e dissuasivamente, la lesione prodotta nella fattispecie oggetto del giudizio in ragione della rilevanza del fascio degli interessi, anche di natura non patrimoniale, in gioco.

---

<sup>(154)</sup> *Supra*, nota 144.

<sup>(155)</sup> Cass. 15 settembre 2016, n. 18124, testualmente: «in relazione agli specifici elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie concreta, quali il tipo di mansioni affidate al lavoratore, gli eventuali precedenti disciplinari, il carattere doloso o colposo dell'infrazione, le circostanze di luogo e di tempo, le probabilità di reiterazione dell'illecito».

In tal caso verrebbe meno, per volontà del legislatore, la possibilità stessa della argomentazione equitativa che anche Ferrajoli (assertore di una rigorosa ancorché aggiornata teoresi del principio di legalità) considera essere posta a sostegno di decisioni non già sulla verità, bensì sull'equità, cioè sulla giustizia sostanziale con riguardo alla valutazione del caso concreto sottoposto al giudizio. Si darebbe cioè per antonomasia una ipotesi in cui il giudice non potrebbe “prescindere dall'esattezza rigorosa della legge”; tale geometrica razionalità (quella del rimedio frutto di una mera operazione aritmetica di costo/beneficio economico) appare in tal caso risultato non del tutto adeguato, né ragionevole, rispetto alla mutevole e polimorfa realtà delle concrete situazioni di fatto in cui contano i comportamenti umani, gli atteggiamenti psicologici, comprensivi di idiosincrasie momentanee (le variegate fattispecie di licenziamento per motivo soggettivo mai eguali l'una all'altra), ai quali, per altro la stessa scienza economica insignita di premio Nobel, dà ormai rilevanza <sup>(156)</sup>.

In tal caso, tuttavia, è proprio la “rigorosa esattezza” (ingiustificata alla luce dei valori in gioco che imporrebbero un bilanciamento mobile anche della sanzione con giudizio di proporzionalità) che impedisce l'operazione di scostamento equitativo dalla legge, costringendo il giudice di merito a rivolgersi (come correttamente ha fatto ma con riguardo al licenziamento economico, da cui la debolezza dell'ordinanza di rimessione su cui ha buon gioco Ichino) alla Corte costituzionale. In tal caso la legge (con quanto margine di irragionevolezza lo deciderà la Corte) ha annullato ogni possibilità di argomentazione equitativa da parte del giudice, non ponendosi, in tale ipotesi, una questione di uso corretto dell'argomentazione interpretativa (che è quella che normalmente si pone a sostegno di decisioni sulla verità giuridica e che è frutto di procedimenti interpretativi idonei a suffragare la qualificazione di fatti provati in giudizio sulla base di interpretazioni operative delle norme applicabili) <sup>(157)</sup>. Ciò proprio perché non residuano margini, per volontà dello stesso legislatore, per una simile argomentazione, data la chiarezza del dettato normativo, soprattutto con il decreto legislativo n. 23/2015: la valutazione del fatto è estranea allo scopo della sanzione – anche per la determinazione del *quantum* di risarcimento e non solo della reintegra – ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento.

In questo caso il tentativo di Ichino di appiattare (al quale fa da *pendant* l'ordinanza di rimessione), in chiave di analisi economica – e di interesse di impresa – le dinamiche comportamentali del licenziamento disciplinare e del licenziamento economico (e gli effetti rimediale) non pare convincente. Il licenziamento disciplinare mette in gioco la dignità della persona e produce anche effetti reputazionali che possono conseguire alla perdita del posto di lavoro, anche a seguito di licenziamento considerato illegittimo: tali effetti non possono essere oggetto di una specifica valutazione rimediale, posto che al giudice è concesso di considerare articolatamente le dinamiche di fattispecie e di rilevarne le differenze, ma non di farne derivare effetti differenziati sul piano rimediale una volta inquadrata la fattispecie di licenziamento. Al giudice sarebbe infatti impedito, per volontà della legge, di adeguare il rimedio risarcitorio/indennitario al caso concreto e alla gravità dell'inadempimento datoriale.

<sup>(156)</sup> Il premio Nobel per l'economia 2017 è stato conferito a Thaler (*La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, IV ed., 2017, libro divulgativo scritto insieme a Sunstein) teorico dell'economia comportamentale che dà rilevanza, nell'analisi del processo di decisione economica, ai comportamenti e alle scelte dei soggetti reali anche nella loro fallacia, irrazionalità e mancanza di autocontrollo, risposte a pungoli, ecc. Questi tratti umani influenzano sistematicamente le decisioni individuali e gli esiti del mercato. Che è proprio l'opposto della teoria economica classica ove la scelta economica sarebbe solo dettata dalle rigorose e razionali geometrie dell'interesse economico.

<sup>(157)</sup> L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 164.

Vero è, infatti, che il licenziamento comunque valido, anche se illegittimo, può produrre un danno alla persona di tipo relazionale che finisce per ripercuotersi nel mercato del lavoro e non solo nel singolo rapporto (un'onta sicura del curriculum che va oltre gli effetti di *job property* investendo la *liability* datoriale). E non vale comunque sostenere che tale effetto verrebbe compensato dalla tutela nel mercato (la Naspi e il contributo datoriale) proprio perché la maggiore responsabilità del datore di lavoro e il beneficio che irragionevolmente ne trarrebbe nell'aver pagato un basto costo di separazione in ragione di un comportamento gravemente illegittimo, verrebbe posto in larga misura a carico della collettività.

Che il giudice non possa non soltanto valutare ma neppure indennizzare oltre quanto previsto dalla legge è, dunque, ipotesi del tutto verosimile nel contesto normativo determinato dal *Jobs Act* proprio perché si dà la possibilità di un licenziamento disciplinare fondato su fatti di minore entità, del tutto lievi ma sussistenti e giuridicamente rilevanti, previsti magari dal contratto collettivo come sanzionabili conservativamente.

Rimane, dunque, il ragionevole dubbio – che i giudici costituzionali potranno risolvere a seguito dell'ordinanza del Tribunale di Roma o di altre relative a casi più pertinenti, come ritiene Carinci – che tale possibilità non debba avere come esito necessario quello voluto dal legislatore del *Jobs Act*, che ha imposto al giudice, in tali casi, una mera operazione aritmetica che potrebbe pure risolversi nella mera condanna del datore al risarcimento di un risarcimento irrisorio.

Ciò soprattutto a confronto dei lavoratori che usufruiscono del diverso regime del quinto comma dell'articolo 18 il quale consente, invece, al giudice di valutare il contesto dei fatti e calibrare di conseguenza il risarcimento (da 12 a 24 mensilità) e di applicare la reintegra debole (il quarto comma dell'articolo 18), nel caso di diversa valutazione della fattispecie da parte dell'autonomia collettiva.

La discrepanza dei rimedi, in effetti, in fattispecie del tutto simili, è fin troppo evidente – come argomentano Fontana, Giubboni, Gragnoli, Perulli e Speciale <sup>(158)</sup>. Il legislatore si è lasciato prendere la mano con una ansia di semplificazione della fattispecie licenziamento, unificando i regimi rimediali del licenziamento soggettivo ed economico, nelle ipotesi di dichiarazione di invalidità e obnubilandone in questo caso la distinzione: non si vede perché, una volta accettato il regime differenziale tra licenziamento soggettivo e oggettivo con riguardo alla fattispecie per quel che riguarda la reintegrazione, il regime indennitario debba essere eguale e meccanico nell'ipotesi di licenziamento illegittimo ma valido.

Un intervento correttivo, magari indotto da una sentenza additiva di principio o monitoria <sup>(159)</sup> della Corte costituzionale non sarebbe allora certamente uno scandalo anche per chi ha sostenuto

---

<sup>(158)</sup> Cfr. i riferimenti bibliografici *supra*, nota 130.

<sup>(159)</sup> Come è noto rispetto alla sentenza additiva classica in cui la Corte procede a individuare il frammento normativo mancante, con la sentenza additiva di principio, la Corte indica il principio generale cui rifarsi nel riempire di contenuti la lacuna riscontrata. La Corte instaura, in tal caso, un dialogo, non solo con il legislatore, chiamato a colmare il difetto di normazione, ma anche con i giudici, sui quali ricade, nelle more dell'intervento legislativo, il compito di dar seguito, nella concretezza dei rapporti giuridici, al principio enunciato nella decisione di illegittimità costituzionale. Con il monito invece la Corte modula gli effetti temporali della decisione e lo può fare pro futuro, ritardando l'accoglimento per dare tempo al Parlamento di provvedere. La Corte interviene in tal senso quando, per esempio, pur riscontrando situazioni di problematica compatibilità (se non di radicale incompatibilità) della legislazione con il dettato costituzionale, ritiene di non poter giungere a una dichiarazione di incostituzionalità e conclude con una decisione di infondatezza o inammissibilità. La caratteristica di queste decisioni è di contenere in motivazione un invito al legislatore affinché questi intervenga a sanare il vizio di costituzionalità e a modificare la disciplina oggetto del sindacato in modo tale da renderla conforme a Costituzione.

lo “spirito” del *Jobs Act* e la riforma dell’articolo 18 (lo sarebbe semmai per i sostenitori dell’ortodossia del *Jobs Act*).

Nel primo caso, la sentenza, comunque di accoglimento, nella misura in cui dichiarasse la norma irragionevole in ragione dei vincoli al giudice di disporre un rimedio economico effettivo, riparatorio e dissuasivo, produrrebbe un vuoto normativo che non potrebbe che essere colmato, nelle more dell’intervento del legislatore, dai giudici ordinari e ciò non potrebbe che avvenire con il riferimento alla norma vigente, vale a dire l’articolo 18 riformato dalla legge n. 92/2012 (il quinto comma). Con l’effetto di un necessario e rapido adeguamento nel caso in cui il legislatore decidesse di colmare la lacuna con meccanismi rimediali diversi da quelli previsti dalla legge Fornero.

Nel caso della pronuncia monito, nel solco tracciato dalla sentenza n. 45/1965, la parola sarebbe rinviata a una maggiore (anche temporale) ponderazione da parte del Parlamento, certamente quello della nuova legislatura.

#### 4. Il bilanciamento diretto. Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente: la questione dell'immediatezza.

Diversa dal meta-bilanciamento della Corte costituzionale è l’attività di bilanciamento dei giudici comuni. In questo caso, è data la possibilità che, attraverso l’uso degli strumenti disponibili nella cultura giuridica di riferimento e i metodi dell’interpretazione, il giudice possa correggere un bilanciamento insoddisfacente operato dal legislatore.

Proprio il tema del licenziamento disciplinare con particolare riguardo sia al dilemma fatto giuridico fatto sostanziale sia ai vizi del procedimento di cui si occupa questo scritto, dimostra questo assunto<sup>(160)</sup>.

Ciò consente, per altro, di confermare la valutazione di *policy* già evidenziata (*supra*, § 1): con la probabile eccezione del *quantum* del rimedio risarcitorio nel caso del licenziamento disciplinare invalido (*supra*, § 3), le riforme attuate non hanno compresso, oltre limiti tollerabili dai fondamentali principi di civiltà giuridica, la libera e naturale dinamica del diritto vivente giurisprudenziale.

Tutto ciò è confermato se si osserva da presso la questione specifica dei vizi di legittimità del procedimento disciplinare. Va, infatti, detto che, anche con riguardo al tema specifico della illegittimità procedurale, le cose non stanno come il legislatore – con operazione forse di alghida semplificazione regolativa – pensava potessero andare<sup>(161)</sup>. Permane, cioè, un ampio tasso di incertezza interpretativa all’interno della stessa Corte di cassazione, testimoniato dalla rimessione

---

<sup>(160)</sup> Sia detto incidentalmente che proprio l’insistenza della dottrina critica alla riforma Fornero, portata avanti lungo il *fil rouge* delle “insormontabili” difficoltà tecniche e delle incertezze interpretative e applicative che essa avrebbe introdotto, è stata il viatico del ben più discutibile intervento (dal punto di vista dei critici) del contratto a tutele crescenti. Che la riforma Fornero avrebbe presentato problemi interpretativi era connaturato sia alla attività topica dell’interprete, sia all’attività del legislatore che si muove nell’ottica della mediazione degli interessi e non dell’alghida ingegneria istituzionale. Vale a tal proposito ricordare che l’“intoccabile” art. 18, nella vecchia formulazione statutaria, a parte i rimaneggiamenti subiti nel corso del tempo, ebbe a presentare problemi interpretativi talmente evidenti che la giurisprudenza comune e costituzionale è riuscita a venirne a capo (e non del tutto) soltanto nell’arco di un trentennio. Si veda a testimonianza di quanto detto il volume degli scritti dedicati al licenziamento individuale di Massimo D’Antona che spaziano dal 1973 al 1994: B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Massimo D’Antona. Opere*, Giuffrè, 2000, vol. III, *Scritti sul diritto del lavoro*, tomo I, *Licenziamento individuale*.

<sup>(161)</sup> Per una critica alla soluzione del legislatore del 2012, G. FONTANA, *Problemi applicativi dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, cit., 273 ss.

della questione alle Sezioni Unite, non del tutto risolta con la sentenza n. 30985/2017, per come si dirà (*infra*, § 5) <sup>(162)</sup>.

Il problema, per altro, è più sfaccettato della alternativa diadica in cui la stessa ordinanza di rimessione lo ha presentato.

La questione è certamente rilevante per il profilo della individuazione del rimedio; e ciò rileva sia in chiave dell'*attività* di bilanciamento che il giudice deve operare caso per caso, sia in chiave di *prodotto* del bilanciamento (la regola in concreto da applicare, il diritto o il principio da affermare e quella invece da considerare difettiva).

Ridotta all'osso la *quaestio iuris* si pone in questo modo: se una sanzione contestata intempestivamente o irrogata tardivamente costituisca una mera irregolarità procedimentale, con conseguente risarcimento attenuato; ovvero se il comportamento che sta dietro il ritardo non sia sempre riconducibile a discrepanze procedurali ma sintomatico di "altro" e, in ogni modo, lesivo di interessi basilari della persona, prima ancora che del lavoratore contrattualmente assoggettato al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro. Con possibilità di far valere in questo caso vizi diversi, con conseguenze rimediali differenti <sup>(163)</sup>.

Il che prefigura, già sul piano della costruzione della fattispecie "licenziamento disciplinare", che la questione del ritardo della contestazione non è semplicemente o, comunque, sempre riferibile alla (ir)regolarità procedimentale; ma che in che determinati contesti (la dimensione in sé "relativa" della immediatezza) essa possa essere sintomatica di qualcos'altro che incide sulla stessa configurazione giuridica e materiale della fattispecie.

La giurisprudenza, non tutta ovviamente <sup>(164)</sup>, considera cioè che dietro il ritardo (più o meno colpevole) della contestazione o dietro la tardività della sanzione non ci possa essere soltanto corritività procedimentale, ma che la non immediatezza, anche nella forma della intempestività della irrogazione della sanzione, possa essere un indice sintomatico di comportamenti abnormi, rivelatori di un uso scorretto o illegittimo, e dunque abusivo, del potere perché in insanabile contrasto, sia con interessi meritevoli di piena tutela, sia con principi indefettibili di civiltà giuridica. Una dinamica comportamentale che rilevarebbe prima ancora che nella dimensione dell'*affidamento contrattuale* (il diritto datoriale di licenziare come risposta a un inadempimento grave del lavoratore), nella dimensione dell'*esercizio del potere di licenziare* – inteso quale

<sup>(162)</sup> Si veda l'ordinanza interlocutoria n. 10159/2017 con cui la questione viene rimessa alle Sezioni Unite della Cassazione: «Si profilano pertanto due orientamenti contrastanti: a) l'uno che ritiene che la tardività né della contestazione, né del licenziamento, collocandosi sul diverso piano di conformazione al principio generale di correttezza e buona fede nell'attuazione del rapporto di lavoro (Cass. 16 aprile 2007, n. 9071), non attinga sotto alcun profilo all'insussistenza del fatto contestato, comunque ricorrente nella sua essenza ontologica, indipendentemente dalla sua accezione in senso materiale (Cass. 6 novembre 2014, n. 23669), piuttosto che giuridica (Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540); b) l'altro orientamento, cui può ricondursi la sentenza n. 2513/2017, secondo cui la contestazione intempestiva, indipendentemente dalla sussistenza della condotta, ne dimostra l'irrilevanza ai fini della prosecuzione del rapporto, dove la valutazione di irrilevanza proviene dallo stesso datore di lavoro, il quale pur consapevole dell'illecito tenuto dal lavoratore, non ritiene necessario richiedere giustificazioni, manifestando la volontà di prosecuzione del rapporto, così dimostrando, per fatto concludente, la scarsa importanza dell'inadempimento (art. 1455 c.c.). Se una condotta ritenuta di scarsa rilevanza non può considerarsi inadempimento, la contestazione tardiva deve ritenersi irregolare non soltanto sotto il profilo procedimentale, ma anche sotto quello sostanziale, perché di fatto comporta un mutamento di valutazione di gravità della condotta da parte del datore di lavoro che ha subito tale condotta, in un momento successivo a quello in cui era stato invece manifestato un disinteresse per l'inadempimento ed un interesse invece alla prosecuzione del rapporto».

<sup>(163)</sup> A conferma di quanto già sostenuto da P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *RIDL*, 2013, n. 1, I, 149, per cui indirettamente la riforma avrebbe inciso non solo sui rimedi, ma anche sulla disciplina sostanziale del potere di recesso.

<sup>(164)</sup> *Contra* Cass. n. 17371/2016, considerata dall'ordinanza interlocutoria n. 10159/2017, cit., l'altro corno dell'alternativa.

espressione dell'autorità di impresa a salvaguardia (razionale) della propria organizzazione; potere che deve essere limitato, controllato e bilanciato a salvaguardia di interessi altri meritevoli di protezione (la dignità della persona).

La giurisprudenza, non sempre con *esprit de finesse* dogmatico <sup>(165)</sup>, ha ricondotto tale esigenza di controllo alla tutela di beni differenziati insistenti sulla sfera soggettiva del lavoratore: innanzitutto, l'affidamento del lavoratore <sup>(166)</sup>; ma anche i canoni di correttezza contrattuale: la buona fede in senso oggettivo <sup>(167)</sup> nonché la trasparenza nell'esercizio di un potere unilaterale di natura privata <sup>(168)</sup>.

L'alternativa (questa sì, diadica) che la giurisprudenza della Cassazione sembra riproporre, già sul piano della individuazione della fattispecie licenziamento disciplinare, è se immediatezza e tempestività siano collocabili all'interno dei disposti procedurali dell'articolo 7 (onde la riconducibilità della loro violazione alla categoria dei vizi procedurali); ovvero se essi si collochino fuori del suo perimetro regolativo e quindi costituiscano vizi sostanziali, non riconducibili al vizio *in procedendo* e quindi sanzionabili in altro modo.

In altri termini, il problema è se vale ancora la tralatizia posizione della giurisprudenza, ribadita anche di recente <sup>(169)</sup>, secondo cui elemento integrativo della fattispecie licenziamento disciplinare per giusta causa sia un fatto giuridicamente qualificato dall'essere stato tempestivamente contestato. Inoltre, se la sanzione non tempestivamente irrogata sia sintomatica di un uso non corretto (abusivo) del potere disciplinare, ovvero come venire meno del potere stesso, per acquiescenza del datore di lavoro per comportamento incontrovertibilmente concludente; ovvero, ancora, in ragione del fatto che la valutazione di uso abusivo, arbitrario e comunque irrazionale consegua ad una ponderazione di interessi in gioco che conducano il giudice a considerare, equitativamente e in concreto, che l'esercizio del potere

<sup>(165)</sup> Fondatte critiche alle teoriche giurisprudenziali che riconducono la violazione del principio di immediatezza e tempestività, di volta in volta, ad una atipica perdita di potere datoriale (*Verwirkung*), alla tutela dell'affidamento, alla violazione del principio di buona fede e correttezza nella esecuzione del contratto, al comportamento concludente di rinuncia del datore di lavoro in B. DE MOZZI, *op. cit.*, p. 1113 ss., che invece considera la immediatezza, nella duplice portata di contestazione rapida e di irrogazione tempestiva, come elemento intrinseco della fattispecie giusta causa di recesso, anche a tutela del diritto di difesa. In questa prospettiva, la mancanza di immediatezza inficerebbe il licenziamento, con conseguenze rimediali comunque di tipo risarcitorio (forte o debole) a seconda della fattispecie, p. 1120 ss. (*infra*).

<sup>(166)</sup> «Del fondamento logico giuridico di questo principio [della immediatezza] è dato rinvenire, in dottrina come nelle decisioni delle Corti, spiegazioni riconducibili di volta in volta alla necessità di soddisfare varie esigenze: quella di tutelare l'affidamento che il lavoratore deve poter riporre sulla rinuncia del datore di lavoro a punire una mancanza disciplinare, nel caso in cui questa rinuncia si manifesti nel comportamento concludente del datore stesso, il quale, pur essendo a conoscenza della mancanza, mostri inequivocabilmente con la propria inerzia la volontà di non sanzionarla (Cass. n. 13455 del 1991; Cass. n. 12617 del 1991; Cass. n. 2762 del 1995; Cass. n. 5947 del 2001; Cass. n. 19424 del 2005; Cass. n. 11100 del 2006); quella di impedire l'«indugio malizioso» da parte del datore di lavoro nell'esercizio del potere disciplinare, volto a indurre il lavoratore a ripetere il comportamento scorretto, per aggravarne la posizione»: così Cass. n. 2021/2015; sull'interesse all'affidamento del lavoratore anche Cass. n. 9680/2016 in motivazione e Cass. 26655/2103.

<sup>(167)</sup> Secondo Cass. n. 2021/2015, cit., «La regola dell'immediatezza rappresenta in ultima analisi un corollario del principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) ed un criterio di verifica dell'uso non distorto del potere disciplinare rispetto alle finalità per le quali esso è stato attribuito al datore di lavoro (cfr. Cass. n. 13167 del 2009; Cass. n. 20719 del 2013)». Pure Cass. n. 1995/2012; Cass. n. 1248/2016.

<sup>(168)</sup> Secondo Cass. 31 gennaio 2017, n. 2513, l'abnorme ritardo nella contestazione del fatto, da parte del datore di lavoro, è estraneo al sistema ex art. 7, l. n. 300/1970: infatti, mancando l'immediatezza della contestazione è violato il principio di trasparenza e vi è una lesione del diritto di difesa della lavoratrice. Si veda pure Cass. n. 2902/2015. Nel merito Trib. Milano 15 novembre 2014.

<sup>(169)</sup> Cass. n. 19115/2013, in massima: «In materia di licenziamento disciplinare, l'immediatezza della contestazione è da ritenersi elemento costitutivo del diritto di recesso del datore di lavoro e quindi non è necessario, ai fini della valutazione della legittimità del licenziamento stesso, che la violazione del detto principio, costituita dal ritardo nell'elevazione della incolpazione rispetto al verificarsi dei fatti addebitati al dipendente, dia luogo ad un pregiudizio concreto nei confronti del lavoratore incolpato».

disciplinare debba recedere di fronte a un interesse altro e superiore e cioè il legittimo affidamento del lavoratore sul venir meno dell'interesse datoriale a sanzionare il suo comportamento negligente: il suo interesse a non subire la minaccia incombente dell'esercizio del potere disciplinare come "spada di Damocle" (l'indugio malizioso).

#### 5. La prospettiva rimediabile differenziata nel nuovo regime di tutela del licenziamento illegittimo.

Tale destrutturazione analitica della fattispecie era irrilevante (nel senso di non produttiva di effetti giuridici differenziati) nel regime pre Fornero. Fatta salva la questione della "relatività della immediatezza", come valvola di apertura all'accertamento di merito in concreto della ricorrenza del requisito, il circuito decisorio era meccanico, prevedibile e certamente diadico:

- a) non immediatezza della contestazione – illegittimità del licenziamento – reintegrazione piena.
- b) immediatezza – legittimità del licenziamento disciplinare – mancata reintegrazione (salvi, ovviamente, altri vizi sostanziali o procedurali).

Nel nuovo regime la situazione cambia perché i rimedi si diversificano e si frantumano in ragione della fattispecie; le alternative rimediabili sono, in effetti, più di due (addirittura quattro), a seconda di dove si collochi la violazione del principio di immediatezza nel mosaico della fattispecie licenziamento disciplinare.

Nella prospettiva rimediabile, si evidenziano varie alternative, a seconda di come il fatto ricostruito si attagli alle diverse fattispecie di illegittimità previste dalla legge, producendo effetti rimediabili diversi <sup>(170)</sup>.

Se immediatezza della contestazione o tempestività della sanzione <sup>(171)</sup> si considerano, sempre e comunque, connessi al procedimento e se la loro mancanza costituisce, dunque, un elemento di irregolarità attinente al ritmo del procedimento (che deve essere sostenuto e rapido a tutela di certi interessi) ma estrinseco alla fattispecie sostanziale, un *error in procedendo*, il rimedio – come ritiene in modo chiaro e coerente la sentenza De Marinis <sup>(172)</sup> – è sempre la tutela attenuata risarcitoria/indennitaria (sia in regime Fornero sia nel *Jobs Act*).

Se, invece, si dovesse ritenere che immediatezza e tempestività attengano alla fattispecie e dunque la loro mancanza costituisca una anomalia grave del fatto, sia in senso materiale sia in

---

<sup>(170)</sup> Si tratta per altro di alternative presenti nel percorso argomentativo della ordinanza di rimessione citata, punto 20, ove si fa riferimento alla nota Cass. n. 23669/2014 – che, nell'*incidenter tantum*, non solo avrebbe abbracciato la tesi del fatto materiale, successivamente smentita dalla stessa Corte di Cassazione, ma avrebbe ricondotto la mancata tempestività della sanzione non alla mancanza del fatto contestato (punibile ex art. 18, quarto comma) ma agli altri motivi di illegittimità punibili ex art. 18, quinto comma, mentre la non immediatezza della contestazione sarebbe stata da ricondurre al mero vizio *in procedendo* con tutela ex art. 18, sesto comma.

<sup>(171)</sup> Assolutamente eccentrica, a conferma della confusione che regna in materia, invece, Cass. n. 14324/2015 che ritiene la violazione del principio di immediatezza del tutto fuori dalle previsioni dell'art. 18 e punibile con una sanzione risarcitoria liberamente determinata dal giudice di rinvio tra un minimo e un massimo (quindi né il quinto comma, né il sesto comma dell'art. 18): «Tale causa di illegittimità del licenziamento non rientra tuttavia nell'ambito previsionale del novellato art. 18, comma 4, legge n. 300/70, né in nessun'altra delle ipotesi contemplate in tale articolo che prevedano, oltre al pagamento di un'indennità risarcitoria, anche la condanna della parte datoriale alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali fino al giorno dell'effettiva reintegra; nel caso all'esame, pertanto, la tutela prestata è limitata al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva da determinarsi fra un minimo ed un massimo di mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto».

<sup>(172)</sup> Cass. n. 17371/2016, cit.

senso giuridico, perché connotati indefettibili di ogni licenziamento qualificabile come disciplinare, le conseguenze rimediali sarebbero diverse.

Questa l'alternativa su cui sembra indugiare l'ordinanza di rimessione della Cassazione (punto 22), con il richiamo – punto 20 – alla pronuncia n. 23669/2014 che, come detto <sup>(173)</sup>, riconduce l'intempestività della sanzione, invece, tra le ipotesi di invalidità che producono tutela risarcitoria forte (il quinto comma dell'articolo 18) e la non immediatezza della contestazione tra i vizi del procedimento <sup>(174)</sup>. Ma proprio a questo punto le soluzioni rimediali si articolano nei percorsi giurisprudenziali, più di quanto mostri di percepire la stessa ordinanza di rimessione.

Al di là della soluzione che distingue con riguardo ai rimedi tra il vizio della non immediatezza della contestazione e tempestività della sanzione (Cass. n. 23669/2014), ovvero della soluzione estemporanea della non immediatezza come generativa di un risarcimento autonomo (Cass. n. 14324/2015), si delinea un'ulteriore disarticolazione dei percorsi giurisprudenziali.

Il *leading case*, tale ritenuto pure dall'ordinanza di rimessione, è la sentenza Bronzini (Cass. n. 2513/2017) secondo cui un fatto materialmente sussistente ma non contestato immediatamente ovvero, si deve logicamente ritenere – anche se la sentenza non ne accenna – sanzionato intempestivamente, subisce una alchimia: esso è da considerarsi “come se” insussistente. In questa prospettiva ermeneutica, il *fatto rilevante giuridicamente* è quello *materiale contestato con immediatezza* ma anche, articolando logicamente la tesi, il *fatto sanzionato tempestivamente*: un fatto contestato, non sanzionato per un periodo oltre modo lungo, perde la rilevanza giuridica di fatto disciplinare (viene pure richiamato a sostegno un argomento tratto dalle regole del contratto: l'articolo 1455 c.c. sull'importanza dell'inadempimento) <sup>(175)</sup>. Il fatto sanzionato tardivamente, dunque, diventa un mero fatto, *rectius*, non si colora di anti-giuridicità; vuoi perché il datore di lavoro, con l'inerzia, non ha mostrato più interesse a sanzionare il comportamento, vuoi perché si colora (questa sì) di anti-giuridicità una situazione pregiudizievole di incertezza per il lavoratore, che rimane aperta oltre un limite ragionevole. Immediatezza e tempestività sono, dunque, tasselli del mosaico licenziamento disciplinare: la loro mancanza relega il fatto contestato nella irrilevanza giuridica e quindi, irrimediabilmente, in una situazione di ontologica insussistenza. Il rimedio è la reintegrazione debole ex articolo 18, quarto comma, o ex articolo 3, comma 2, decreto legislativo n. 23/2015.

Circola pure una variante di questo indirizzo che, a una diversa razionalizzazione giuridica della fattispecie, fa conseguire un rimedio diverso. Si tratta di una ipotesi prediletta da alcuni giudici di

<sup>(173)</sup> *Supra*, nota 170.

<sup>(174)</sup> Così l'ordinanza di rimessione al punto 21: «In particolare seguendo l'iter argomentativo proprio di tale ultima decisione [la n. 23669/2014, cit.], si può indicare la diversa funzione della contestazione di addebito rispetto all'atto di recesso: a) il principio di tempestività della contestazione, avendo la funzione di consentire il confronto tra le parti, rendendo possibile l'esercizio di difesa del lavoratore e di tutela dell'affidamento del medesimo, appartiene a pieno titolo al procedimento disciplinare, così integrando vizio processuale del licenziamento (Cass. 5 aprile 2003, n. 5396), con le conseguenze risarcitorie previste dall'art. 18, c. 6° (per effetto dell'espresso richiamo in particolare dell'art. 7 l. 330/1970) o, eventualmente configurando, nel caso di tardività priva di alcuna giustificazione, un'ipotesi diversa dall'insussistenza del fatto contestato e pertanto rientrante nell'ingiustificata del licenziamento disciplinare, sanzionata dall'art. 18, c. 5°; b) la tardività del licenziamento disciplinare che rende invece tale atto ingiustificato, e non viziato proceduralmente, con la conseguente sanzione indennitaria prevista dall'art. 18, c. 5°, in quanto la comunicazione della sanzione (nel presente caso l'intimazione di recesso) si collocherebbe al di fuori della procedura disciplinare, conclusa dalla presentazione delle difese del lavoratore, sicché la *ratio* della tempestività del licenziamento risiederebbe nella tutela dell'affidamento del lavoratore e non anche nell'esercizio del suo diritto di difesa, già espletato a seguito della contestazione».

<sup>(175)</sup> «Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra».

merito: il licenziamento disciplinare irrogato sulla base di una contestazione tardiva sarebbe nullo (civilmente) perché comminato in carenza di potere in concreto (per comportamento concludente evidenziatosi nel corso dell'istruttoria come inequivoco). Detto altrimenti, secondo questo indirizzo, la legge consentirebbe l'esercizio del potere di infliggere la sanzione disciplinare del licenziamento solo a determinate condizioni che hanno portata non meramente procedurale ma di configurazione strutturale della fattispecie: vale a dire, immediatezza della contestazione e tempestività della sanzione. Si tratta di ipotesi non regolate proceduralmente dall'articolo 7, non sorrette dalle sanzioni tipizzate (articolo 18 e tutele crescenti) ma riconducibili a nullità di diritto comune dell'atto, poiché privo dei suoi presupposti di legittimazione. Si tratta di un'anomalia ovviamente ricostruita e razionalizzata secondo moduli di ragionamento civilistici e non amministrativistici (non l'eccesso, o la carenza di potere in sé ma la rinuncia per comportamento concludente all'utilizzo del potere; un *fatto negoziale abdicativo* che dimostrerebbe disinteresse, ovvero uso disinvolto e opportunistico dello stesso, in violazione della tutela dell'affidamento con violazione dei principi di buona fede e correttezza: articoli 1175 e 1375 codice civile).

La conseguenza logico-giuridica di un tale argomento non potrebbe che essere l'invalidità del licenziamento <sup>(176)</sup> con il rimedio della nullità civilistica (altre nullità previste dalla legge): ricostituzione del rapporto con tutela risarcitoria piena <sup>(177)</sup>.

Va da sé che mentre la soluzione della sentenza Giuseppe Bronzini (Cassazione) pare più equilibrata sul piano dei rimedi con il ricondurre la fattispecie entro il quadro regolativo specifico della legge (la non rilevanza anti-giuridica del fatto), certamente tale soluzione non sfugge a un certo tasso di artificiosità argomentativa sotto il profilo, almeno, della logica della ragion pratica: un fatto commesso anche se contestato a distanza di tempo e magari grave sul piano dell'inadempimento solo con qualche forzatura può essere definito, in termini di verità materiale, "come insussistente e non contestato". Mentre la soluzione dei giudici di merito (Giovanni Bronzini Corte d'appello) appare più verosimile sul piano della ricostruzione giuridica, ma forse

<sup>(176)</sup> Tale ricostruzione, tipica dei Tribunali amministrativi che utilizzano, invece, la categoria dell'inesistenza dell'atto per carenza di potere, proviene soprattutto dai giudici di merito. Si veda: App. L'Aquila 1° ottobre 2015, n. 978; App. Firenze 2 luglio 2015, secondo la quale: «Il comportamento – interpretato alla luce dei principi di buona fede e correttezza di cui agli art. 1175 e 1375 c.c. – del contraente titolare di una situazione creditoria o potestativa, che per lungo tempo trascuri di esercitarla e generi così un affidamento della controparte nell'abbandono della relativa pretesa, è idoneo come tale (essendo irrilevante qualificarlo come rinuncia tacita ovvero oggettivamente contrastante con gli anzidetti principi) a determinare la perdita della medesima situazione soggettiva». [...] ritiene il Collegio che in tutti i casi – come nella specie – in cui il trascorrere del tempo e i fatti concludenti acquistino un significato così evidente e conclamato si sia in presenza di un "*fatto negoziale*" di natura sostanzialmente abdicativa, che preclude l'esercizio del diritto di recesso, essendo questo venuto meno per una forma di rinuncia (vedi anche art. 1324 c.c.). In altre parole, si è in presenza di un fatto estintivo del diritto di recesso (al pari delle ipotesi in cui il datore vi avesse rinunciato con patto o transazione), così che il licenziamento si rivela nullo e di nessun effetto. Un'ipotesi siffatta, a giudizio del Collegio, che discende direttamente dalla disciplina codicistica in materia di obbligazioni si pone "prima" e al di fuori della casistica di cui all'art. 18 Statuto, come novellato dalla legge 28.6.2012, n.92. Tanto è vero che la fattispecie non è contemplata da nessuno dei commi del nuovo art. 18 (in contrario non vale Cass. 6.11.2014, n. 23669, che contiene un "*obiter dictum*", invero assai conciso, e che non sembra aver preso in esame '*ex professo*' e nella sua interezza la problematica sopra illustrata). Per contro, i tentativi di ricondurre la fattispecie alle previsioni della c.d. legge Fornero si rivelano inconcludenti e poco persuasivi: infatti, in questo caso, il "fatto sussiste" e vi sono anche gli "estremi della giusta causa"; soltanto che il diritto datoriale di recesso è venuto meno per un fatto negoziale». Rispetto a questo approccio ora i rilievi critici di B. DE MOZZI, *op. loc. cit.*

<sup>(177)</sup> Secondo A. TERZI, *La nuova disciplina dei licenziamenti e le categorie del diritto civile. Una nuova stagione per il diritto del lavoro?* (commento a App. Firenze 2 luglio 2015, cit.), in *Questione Giustizia*, 17 febbraio 2016, «L'inidoneità radicale dell'atto di recesso tardivo (in sé, o in quanto segue a una contestazione tardiva) a produrre effetti giuridici, completata dalla non inclusione di questa invalidità nella tutela meramente indennitaria, dovrebbe dunque comportare, anche nel nuovo sistema, la reintegrazione nel posto di lavoro con risarcimento pieno del danno da perdita di retribuzione, in applicazione dei principi generali sulla nullità e inefficacia degli atti negoziali».

squilibrata sul piano dei rimedi prevedendo la reintegrazione piena (rispetto ad altre ipotesi di licenziamento disciplinare illegittimo similari, sanzionate, invece, con la reintegrazione debole).

#### 6. La pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione: il licenziamento in violazione del principio di immediatezza illegittimo ma efficace.

Le soluzioni giurisprudenziali che sanciscono la reintegrazione per violazione del principio di immediatezza sono rigettate dalla pronuncia delle sezioni unite della Cassazione (n. 30985/2017) con una tesi intermedia che, pur non riconducendo la violazione del predetto principio a un mero vizio di procedura, nega comunque la possibilità della tutela reintegratoria.

La tesi delle Sezioni Unite si fonda su una adesione, che si dichiara testuale, alla disciplina legislativa del licenziamento illegittimo e cioè:

a) le ipotesi di nullità o inefficacia del licenziamento produttive di reintegra sono solo quelle espressamente previste dal legislatore del 2012 e del 2015. Il giudice interprete non ne può aggiungere altre, quale appunto la violazione del principio di immediatezza <sup>(178)</sup>.

b) La violazione del principio di immediatezza produce un vizio funzionale e non genetico dell'atto, per cui si tratterebbe pur sempre di un licenziamento basato su un fatto sussistente, ancorché le modalità di comminazione ne determinerebbero la ingiustificatezza e quindi l'invalidità, a cui nel nuovo regime non seguirebbe l'inefficacia ma solo il risarcimento (forte). Il fatto contestato tardivamente comunque sussisterebbe. Onde, la intempestività sarebbe sintomatica della insussistenza di un elemento integrativo sia del licenziamento per giusta causa ma anche per giustificato motivo soggettivo.

c) L'intempestività, quando assume forma grave, è sintomo di irrazionalità di comportamento datoriale che può ridondare, affievolendolo, sul diritto di difesa, e che costituisce, in ogni caso, sintomo evidente di un comportamento non improntato ai canoni di correttezza e buona fede e al valore della "massima trasparenza" <sup>(179)</sup>.

d) In tal caso è sufficiente la sanzione indennitaria forte (da 12 a 24 mensilità) a compensare la lesione subita dal lavoratore posto che il legislatore avrebbe attribuito a tale rimedio "valenza di carattere generale", relegando la reintegra, da un lato, e la tutela indennitaria debole, dall'altro, a ipotesi residuali e tassative. In particolare, la violazione del principio di tempestività si colloca fuori dal perimetro regolativo dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori ma entro quello della "interpretazione secondo buona fede della volontà delle parti nell'attuazione del rapporto di lavoro". L'inerzia, in tal caso, può essere considerata *per facta concludentia* quale dichiarazione implicita dell'insussistenza in concreto di alcuna lesione dell'interesse datoriale.

---

<sup>(178)</sup> «Né, [...] può sostenersi che il rilevante ritardo di due anni nella contestazione dell'addebito disciplinare rispetto ai fatti in precedenza accertati possa integrare una causa di nullità o inefficacia del licenziamento sanzionabile con l'ordine di reintegra di cui al primo comma del novellato art. 18 della legge n. 300/70, sia perché l'ipotesi in esame non è contemplata tra le possibili cause di nullità o inefficacia espressamente previste dal citato primo comma ai fini della predetta reintegra, sia perché si è in presenza di un vizio che si concretizza, in realtà, in una forma di inadempimento della parte datoriale ai generali doveri di correttezza e buona fede nei rapporti obbligatori che attiene propriamente alla fase successiva ed attuativa della comunicazione del provvedimento espulsivo, senza alcun concorso alla formazione della causa che ha dato origine al recesso datoriale», Cass. SS.UU. n. 30985/2017, in motivazione.

<sup>(179)</sup> «Se da una parte rileva l'interesse del datore di lavoro al funzionamento complessivo dell'impresa, dall'altra anche il datore di lavoro è tenuto all'osservanza di quei fondamentali precetti che presidono all'attuazione dei rapporti obbligatori e contrattuali e che sono scolpiti negli artt. 1175 e 1375 cod. civ., vale a dire i precetti di correttezza e buona fede, quanto mai importanti nell'esercizio del potere disciplinare atto ad incidere sulle sorti del rapporto e sulle relative conseguenze giuridiche ed economiche, ragion per cui deve essere improntato alla massima trasparenza».

e) Si ritorna invece nell'ipotesi del vizio *in procedendo* (con sanzione indennitaria debole) soltanto nel caso in cui l'intempestività derivi da una mera lesione di un termine perentorio del procedimento disciplinare, comprensivo della irrogazione della sanzione, previsto dalla legge o dal contratto collettivo di riferimento.

### 7. Effetti della sentenza: un autorevole contributo alla irrazionalità complessiva del sistema; pubblico e privato a confronto (la fine del mito – e della realtà- dell'unificazione lavoro pubblico/ lavoro privato).

Il primo ed evidente effetto della pronuncia delle SS.UU. è di avere codificato una irragionevole difformità regolativa tra gli effetti del licenziamento intempestivo o contestato tardivamente nel settore pubblico e nel settore privato.

Come è noto nel settore pubblico, anche a seguito del parere del Consiglio di Stato sulla recente riforma <sup>(180)</sup>, la situazione è frutto di un compromesso instabile in ragione dei possibili e incerti esiti giudiziali <sup>(181)</sup>: in tale contesto, la violazione dei termini endo procedurali non produce, secondo la *voluntas legis*, la decadenza del procedimento (il licenziamento sanzionatorio non viene inficiato) purché non risulti *irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa*. I termini per la contestazione dell'addebito e la conclusione del procedimento sono, invece, considerati perentori: la loro violazione, in caso di licenziamento disciplinare, determina l'invalidità del provvedimento e quindi del licenziamento con le conseguenze previste dall'art. 63, comma 2, seconda parte, del TUPI (come modificato dal d.lgs. n.75/2017) <sup>(182)</sup>.

L'irragionevolezza dell'attuale quadro normativo rileva pertanto da una mera giustapposizione dei due diversi regimi vigenti nel settore pubblico e nel settore privato, per come risulta regolato, in quest'ultimo caso, anche dal diritto vivente giurisprudenziale.

Come ricordato, nel rapporto di lavoro pubblico la trasgressione dei termini endoprocedimentali – e quindi di regole formali – non inficia il procedimento e quindi l'eventuale licenziamento rimane valido. Nel settore privato, invece, tali violazioni producono (poiché in violazione dell'art. 7 della l. 300/70), l'invalidità del licenziamento ma non ne mettono in discussione l'efficacia, con l'effetto della sanzione indennitaria debole.

<sup>(180)</sup> Consiglio di Stato, parere 21 aprile 2017, n. 916, secondo cui nel pubblico impiego la tempestività è finalizzata non solo a tutela della effettività del diritto di difesa dell'incolpato ma anche del buon andamento della Pubblica Amministrazione. Sulla vicenda della modifica normativa del decreto che, in una prima stesura, non prevedeva termini perentori, V. TENORE, *Le novità apportate al procedimento disciplinare nel pubblico impiego dalla riforma Madia (d.lgs. n.75 del 2017 e 118 del 2017)*, in *LDE*, 1, 2017, p. 1 ss.

<sup>(181)</sup> Così recita il nuovo comma 9 ter dell'art. 55 bis del d.lgs. 165/2001: «La violazione dei termini e delle disposizioni sul procedimento disciplinare previste dagli articoli da 55 a 55-quater, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile, non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità degli atti e della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente, e le modalità di esercizio dell'azione disciplinare, anche in ragione della natura degli accertamenti svolti nel caso concreto, risultino comunque compatibili con il principio di tempestività. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 55-quater, commi 3-bis e 3-ter, sono da considerarsi perentori il termine per la contestazione dell'addebito e il termine per la conclusione del procedimento».

<sup>(182)</sup> «Il giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, e comunque in misura non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali».

Tuttavia, nel settore pubblico, qualora la violazione delle regole endoprocedimentali si concretizzi, secondo una discrezionale e ampia valutazione rimessa al giudice, in una “irrimediabile compromissione del diritto di difesa”, la sanzione sarà quella della reintegra. È evidente come attraverso un simile spiraglio tutte le violazioni di regole endoprocedimentali tenderanno a essere ricondotte, nel processo, a gravi compromissioni del diritto di difesa.

Nel settore privato, invece, la grave compromissione del diritto di difesa, eventualmente accertata in giudizio, collocandosi entro il perimetro dell’art. 7, non comporterà mai la reintegra, ma il risarcimento dimidiato.

Ma non basta. La violazione dei termini perentori di contestazione dell’addebito e di conclusione del procedimento, nel settore pubblico, produrrà, in caso di licenziamento, la sanzione della reintegra. In altri termini, vale il principio che la violazione della immediatezza, codificata dalla legge, produce la reintegrazione nel posto di lavoro (fatte salve le responsabilità dell’autore del ritardo, che, già nel sistema delineato dalla Brunetta e oggi rafforzato, sembra aprire una spirale di responsabilità a catena senza fine) <sup>(183)</sup>.

Nel settore privato, invece, la semplice violazione di tali termini <sup>(184)</sup>, a detta della pronuncia delle SSUU della Cassazione, produrrà (malgrado si verta in una situazione del tutto analoga a quella del settore pubblico) la conseguenza della sanzione indennitaria debole.

Soltanto nel caso in cui si vada oltre la mera violazione dei termini previsti dalla legge o dal contratto collettivo e si verta nella situazione di illecito e irragionevole ritardo, così come evidenziato nella sentenza delle SS.UU. della Cassazione (una violazione di un principio non normativamente codificato di immediatezza con riguardo a puntuali termini procedurali, ma costruito mediante formule di diritto vivente: violazione del diritto di difesa, della trasparenza, dell’affidamento, della buona fede e correttezza *in executivis*), il ricorrente avrà diritto alla sanzione indennitaria forte, ma mai diritto alla reintegra.

Il *mix* di regolazione legislativa e di diritto vivente giurisprudenziale, con riguardo ai vizi temporali e procedurali della contestazione e della irrogazione del licenziamento, ha prodotto dunque (oltre che una insopportabile collisione con ogni principio di unificazione di lavoro pubblico e privato) una differenziazione sistemica talmente radicale di trattamento che va ben oltre ogni esigenza di recupero di regolazione specializzata nel settore pubblico, sfociando in pura irrazionalità regolativa, sulla quale anche la Corte Costituzionale potrebbe essere chiamata a dire la sua. Il risultato è, infatti, un *puzzle* regolativo, del tutto casuale e pertanto incoerente, che non risponde ad alcuna logica o indirizzo intellegibile; al più frutto di una razionalità contingente, o frattale, e, in quanto tale, sfuggente e arcana.

## **8. Bilanciamento mobile e riscoperta dell’approccio rimediabile nel confronto giurisprudenziale sul licenziamento disciplinare.**

Al di là dei profili di costituzionalità sollevati dal Tribunale di Roma (*supra*, § 3) e sui quali è stato invocato il meta-bilanciamento dei giudici costituzionali, gli orientamenti giurisprudenziali in

---

<sup>(183)</sup> Sul punto già della riforma Brunetta, R. VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, in *LPA*, 2011 p. 661 ss

<sup>(184)</sup> Per una ricognizione di termini procedurali in vari CCNL si v. P. TOSI, E. PUCETTI, *La dissoluzione di una riforma nella tardività della contestazione*, in *Giur.it.*, 2017, n. 8-9, c. 1912 ss.

materia di licenziamento disciplinare confermano che la giurisprudenza italiana ha messo in cantiere vere e proprie operazioni di bilanciamento mobile con valutazioni di proporzionalità in concreto.

In questi nuovi assetti interpretativi, la regola di proporzionalità, allo scopo del rimedio comminabile, non viene riferita al rapporto tra fatto e sanzione con riguardo al grado dell'inadempimento, valutazione implicitamente preclusa dal regime Fornero e esplicitamente dal *Jobs Act*. Sulla valutazione del grado di gravità del fatto, il legislatore ha inteso estromettere la valutazione discrezionale del giudice: il licenziamento sproporzionato derivante da un fatto contestato sussistente può produrre una dichiarazione giudiziale di illegittimità, ma non demolitiva della sua validità; il giudice, fatti salvi comunque itinerari argomentativi scoscesi limitatamente al regime Fornero <sup>(185)</sup>, trova come ostacolo insormontabile il vincolo espresso introdotto dell'articolo 3, comma 2, del decreto legislativo n. 23/2015, in forza del quale «resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento».

La giurisprudenza sopra analizzata, reintroduce, tuttavia, surrettiziamente una valutazione *lato sensu* di proporzionalità nel licenziamento disciplinare, ma collocata su un terreno esterno, neutro rispetto al perimetro di regolazione “voluto” dal legislatore (esterno cioè all'area del divieto di valutazione di proporzionalità del fatto); in tal senso, può certamente dirsi che si tratta di una giurisprudenza attenta al principio di legalità e che nulla cede ai canoni dell'interpretazione costituzionalmente orientata.

La giurisprudenza (una parte di essa almeno, sia di merito sia di Cassazione, che aderisce all'orientamento su riferito nelle sue diverse articolazioni) si fa carico di estendere il rimedio della reintegrazione in situazioni concrete ove appare evidente la sproporzione non tra fatto e sanzione, bensì tra abnormità della infrazione procedurale da parte del datore di lavoro ed esiguo rimedio previsto per la violazione delle regole procedurali dell'articolo 7. La stessa sentenza delle sezioni unite della Cassazione (Cass. 30985/2017, *supra*), pur negando l'applicabilità del rimedio della reintegrazione, tuttavia finisce per operare, attraverso la tecnica della fattispecie e della individuazione dei diversi effetti rimediali <sup>(186)</sup>, un giudizio di ponderazione. Lo fa nella misura in cui riconduce, in linea di massima, la violazione del principio di immediatezza nella contestazione e nella irrogazione della sanzione, non a un mero vizio procedurale (come avrebbe potuto fare, adagiandosi su una lettura formalistica del disposto normativo) ma a un vizio sostanziale del licenziamento. Tra i due estremi della reintegra e dell'indennizzo dimidiato, sceglie la tutela intermedia del licenziamento efficace ma con risarcimento forte (considerandola il rimedio “normale” nel nuovo assetto legislativo), e operando di fatto un bilanciamento in concreto.

La giurisprudenza più sensibile alla prospettiva rimediale considera, invece, l'infrazione di regole meta-procedurali della immediatezza meritevole della massima sanzione (la reintegrazione debole o anche forte di diritto civile). Tale infrazione, per alchimia interpretativa, diventa altro: una violazione non regolata dalle *leges* ma dagli *iura* (ricondotti alla violazione dei canoni sincretici di immediatezza della contestazione e della sanzione che ridondano su altri principi). La giurisprudenza agisce dunque sia sulla fattispecie licenziamento disciplinare, individuando specifiche zone particolarmente sensibili alla tutela della persona contro l'uso arbitrario del potere imprenditoriale nella sua massima estensione e intensità (quello disciplinare); sia,

---

<sup>(185)</sup> *Supra*, nota 143.

<sup>(186)</sup> In tale prospettiva pure la rigorosa ricostruzione di B. DE MOZZI, *op. cit.*, p. 1133 ss.

conseguentemente, sul rimedio che si ritiene più adeguato e proporzionato in termini di reazione a tale arbitrio, vale a dire la reintegrazione debole o la nullità civilistica con effetti ancor più rigorosi.

Un vizio procedimentale abnorme produttivo di reintegra, altro non è che un modo diverso di dire che la sanzione del rimedio risarcitorio attenuato è inadeguata (non proporzionata) a sancire il *vulnus* di principi che esso ha prodotto. È un modo altro per dire che, quando il vizio del procedimento supera le sue stesse regole formali e investe principi di civiltà giuridica che incanalano l'esercizio del potere entro binari di ragionevolezza, il rimedio deve essere adeguato e proporzionato: un conto è una violazione insignificante dei termini a difesa nel procedimento, un conto la violazione di pochi giorni, magari per un disguido, del termine fissato dal contratto collettivo per completare con la sanzione il procedimento disciplinare; un altro è utilizzare fatti commessi a distanza di tempo per sanzionare *ex post* un lavoratore in ragione di valutazioni di altro tipo; altro ancora lasciare quiescente un procedimento disciplinare aperto per una fattispecie implicante un recesso per giusta causa (che non consentirebbe la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto), magari lasciando immutate le mansioni precedentemente affidate<sup>(187)</sup> e decidere di sanzionare a lunga distanza di tempo, utilizzando opportunisticamente il procedimento aperto, per considerazioni che esulano dal comportamento oggetto di contestazione: la casistica in materia, come dimostrano i repertori, è ampia e differenziata.

Immediatezza e tempestività sono, infatti, concetti/canoni, concreti, aperti e relativi, non astratti, chiusi e assoluti. Vanno vivificati, contestualizzati e attualizzati dalle motivazioni dei giudici.

È pure evidente che, per arrivare a tale conseguenza rimediale, i giudici che intendono intraprendere questo percorso devono agire sulla fattispecie, utilizzando le risorse del circuito ermeneutico. Non possono limitarsi a dichiarare un vizio di forma riguardante le regole dell'articolo 7 (come fa invece la sentenza della Cass. 17371/2016), altrimenti si ricadrebbe nella sanzione prevista per quella fattispecie: il risarcimento debole. Secondo i giudici che si inerpicano sull'opzione rimediale il licenziamento disciplinare in violazione dei canoni di immediatezza si basa su un fatto negoziale che, per comportamento concludente, manifesta una volontà di rinuncia datoriale a esercitare il diritto di recesso; la contestazione tardiva non produce un vizio della procedura perché la procedura non è nemmeno iniziata, visto che con la sua prolungata inerzia il datore aveva sostanzialmente rinunciato a licenziare. Si neutralizza così l'antigiuridicità del fatto contestato, non con riguardo alla sua materialità ma alla sua rilevanza giuridica: un fatto materiale, non rilevante giuridicamente, è un "non fatto" per il diritto (e in tal senso è dunque da valutarsi un fatto contestato dopo un lungo tratto di tempo). Così come una sanzione comminata dopo un lungo intervallo di tempo dalla contestazione formale della condotta è priva del suo substrato materiale: vale a dire, il potere che legittima la sanzione si dissolve perché rinunciato o non attivato in tempi ragionevoli: la sanzione comminata è, dunque, invalida e il rimedio non può che essere ripristinatorio.

Su questo indirizzo si concentrano ora le critiche delle Sezioni unite che approdano a una diversa ricostruzione della fattispecie, per giustificare un diverso esito rimediale: la contestazione pur tardiva di un fatto o la reazione dopo un inaccettabile lasso di tempo dall'inizio del procedimento, pur sintomatiche di un vizio nell'esercizio del potere, non escludono che il fatto contestato

---

<sup>(187)</sup> Si v., ancora, le opportune considerazioni di B. DE MOZZI, *op. cit.*, p. 1120 ss.

comunque sussista e le ipotesi di reintegra sono ormai quelle tassativamente previste dalla legge e non possono essere estese oltre i confini fissati dal legislatore.

Tutto ciò altro non fa che confermare la duttilità del metodo ermeneutico ma anche la mobilità della tecnica del bilanciamento.

### 9. Conclusioni. Violazione del canone/principio di immediatezza e rimedio reintegratorio come rilevanza dell'abuso di potere imprenditoriale.

Cosa ci mandano a dire, invece, in chiave di teoria generale i giudici che approdano al risultato del rimedio della reintegrazione?

Rilevano che occorre distinguere con riguardo ai rimedi – accedendo a canoni di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità – tra regole formali di procedura (quelle previste dall'articolo 7 ma anche dai contratti collettivi), da un lato; e *meta-regole*, dall'altro (i canoni di immediatezza e tempestività), in cui sono incastonati principi indefettibili di civiltà giuridica (l'affidamento, il giusto procedimento, la buona fede e la correttezza, la ragionevolezza nell'uso del potere privato, la sua trasparenza).

Questa narrazione perviene, forse senza particolare consapevolezza, a una acquisizione ben nota agli studiosi del principio di proporzionalità: vale a dire che tale principio ha assunto storicamente «rilevanza perché ha sempre sospinto al massimo grado una delle funzioni essenziali dei principi generali del diritto, quella limitativa del potere», sia pubblico sia privato <sup>(188)</sup>.

Attraverso tali principi occorre filtrare e controllare gli atti concreti di esercizio del potere (nel caso, il potere disciplinare dell'imprenditore) e a essi occorre collegare, in caso di violazione, effetti rimediali proporzionati e dissuasivi, in grado cioè di correggere comportamenti futuri. Ciò vale soprattutto quando il legislatore si è astenuto dal provvedere con una regolazione specifica e diretta (come nel caso del principio di immediatezza e tempestività), lasciando spazio – nel riequilibrio equitativo tra regola e principio – al diritto vivente giurisprudenziale a cui spetta riscrivere la regola concreta.

In sintesi, l'abnormità del vizio, solo apparentemente procedimentale, supera il perimetro delle regole del procedimento disciplinare per investire la sostanza della legittimazione del potere, vale a dire il suo fondamento razionale.

E tuttavia le SS.UU. mostrano una ragionevole cautela rispetto a tale approdo nella misura in cui, pur evidenziando le possibili anomalie comportamentali alla base del principio di immediatezza (il richiamo soprattutto alla buona fede *in executivis*) non affrontano di petto la questione assorbente dell'abuso di potere <sup>(189)</sup>. Come è stato messo in rilievo di recente, l'abuso può essere valutato non solo come illecito secondario (atipico) collegato all'esercizio di un potere/diritto, ma

<sup>(188)</sup> M. D'ALBERTI, *Peripezie della proporzionalità*, in *RISG*, 2014, p. 292 il quale aggiunge «nell'età globale i poteri privati – segnatamente i grandi poteri imprenditoriali – minacciano i diritti forse ancor più che i poteri pubblici. Limitare anche i poteri privati, tramite il principio di proporzionalità, è essenziale per la tutela dei diritti».

<sup>(189)</sup> Come ricorda Diamanti, in un bel saggio (R. DIAMANTI, *L'abuso nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, I, 2017, p. 606), nella considerazione della Corte di Cassazione la categoria dell'abuso del diritto (nel caso del potere disciplinare un vero diritto/potere) pare poter assorbire il giudizio di buona fede e correttezza in ragione del poliformismo con cui si presenta l'abuso. Nella ricostruzione dell'Autore, secondo la Corte di Cassazione «il mancato rispetto del dovere di correttezza e buona fede nell'esercizio del diritto, in assenza di limiti formali (*finisce per essere*, Nda) uno degli elementi valutabili, insieme alla sproporzione del sacrificio e allo sviamento dei fini, per configurare un abuso del diritto». L'autore richiama, a tale proposito, Cass. n. 17968/2016, ove il richiamo in motivazione all'art. 54 della Carta dei diritti dell'Unione Europea. Analogamente, Cass. n. 9217/2016.

anche «come tecnica interpretativa di fattispecie che prevedono limiti generici (quali quelli disciplinati dalle cd. norme generali) ai poteri datoriali» <sup>(190)</sup>.

Non può pertanto escludersi che l'accertamento in concreto della violazione del principio di immediatezza della contestazione e di tempestività nella irrogazione della sanzione, possano essere il veicolo per l'accertamento di un uso contraddittorio, sviato, illogico, irragionevole del diritto/potere datoriale, tale da determinarne la nullità dell'atto per contrasto con una norma/principio immanente all'ordinamento; con possibilità di azionare anche il rimedio derivante dall'accertamento di una nullità virtuale di protezione <sup>(191)</sup>.

In tal caso non vale la ricostruzione delle SS.UU. proprio perché l'uso abnorme del potere non costituisce certamente vizio genetico ma neppure funzionale del rapporto, né può configurarsi come elemento strutturale della fattispecie giusta causa o giustificato motivo di licenziamento <sup>(192)</sup>. Lo sviamento realizzato concerne, invero, le modalità con cui il potere unilaterale di recesso viene esercitato, in sé considerato (illecito secondario se si vuole); un vizio congenito del potere stesso valutato nella sua unilateralità direzionale a prescindere da ogni relazione funzionale. L'ipotesi del licenziamento invalido per esercizio sviato del potere disciplinare in ragione delle sue modalità (violazione del principio di immediatezza)- e a prescindere dalla sua finalità (il suo uso ritorsivo e quindi illecito o frodatario)- rimane esterna alla previsione normativa (l'art. 18); solo l'illusione positivista (che è agli antipodi del metodo ermeneutico) della infinita elasticità della norma o della onniveggenza del legislatore può far pensare che una disposizione, ancorché complessa come l'art. 18, o come la disciplina del licenziamento risultante dal *Jobs act*, possa aver allineato, *ex ante*, come nel cubo di Rubik risolto, tutte le sfaccettature delle fattispecie di illegittimità con i colori dei rimedi previsti.

Rimangono fattispecie - e il licenziamento disciplinare invalido per uso distorto del potere, tipizzato nella violazione del criterio/principio di immediatezza è una di quelle - ove soltanto una operazione di coerente interpretazione sistematica può soccorrere <sup>(193)</sup>. È del resto acquisito, dalla dottrina che vede nel 1418 c.c. una norma di sistema che giustifica la teorica della nullità virtuale di protezione <sup>(194)</sup>, che essa «non introduce una particolare figura di invalidità, sostanzialmente diversa dalle altre che pure conseguono alla violazione di norme imperative (...) ma più semplicemente si avvale di una differente tecnica legislativa, che attraverso una previsione a carattere generale “sanziona” con la nullità il contratto (o l'atto, *NdA*) che contravviene a divieti privi di una specifica comminatoria in tal senso» <sup>(195)</sup>. Ciò si attaglia soprattutto ai casi di abuso di

<sup>(190)</sup> R. DIAMANTI, *op. loc. cit.*

<sup>(191)</sup> Sul punto criticamente B. DE MOZZI (*p. cit.*, p. 1141) sulla base dell'approccio testualista in parte simile a quello delle SSUU; secondo l'Autrice, anche nel caso in cui si dovesse accertare una ipotesi di nullità virtuale di protezione, il rimedio previsto da legislatore sarebbe quello dell'art. 18, comma 5; *contra* P. Tullini, *Effettività dei diritti*, cit.

<sup>(192)</sup> In tal senso invece B. DE MOZZI, *op. loc. cit.*

<sup>(193)</sup> «Ricavare il carattere imperativo del divieto dalle conseguenze previste in caso di violazione, anche quando l'interprete debba a tal fine ricostruire i rimedi applicabili secondo un criterio di coerenza sistematica, non significa dare adito ad alcun giudizio sulla convenienza o la congruità del rimedio diverso da quello espresso nella legge», così A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *EDP*, 2012, 2, p. 522 ss.

<sup>(194)</sup> Si v. A. ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, in *RGL*, 2008, 1, p. 165 ss.; id., *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale*, cit., p. 504 ss. G. FACCI, *La nullità virtuale del contratto e la violazione del principio di buona fede*, in *Contr. e Impr.*, 2012, n. 6, specie p. 1434 ss.; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e Impr.*, 1997, p. 419. Per una prospettiva critica sulle nullità virtuali, invece, S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *I Contratti*, 2009, n. 11, p. 1040 ss.; G. D'AMICO, *Nullità virtuale. Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *I Contratti*, 2009, n. 7, p. 732 ss.

<sup>(195)</sup> A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale*, cit., p. 526.

potere privato, evidenziato dalla violazione del principio di immediatezza. In tal caso è l'articolo 1418 c.c. – da considerarsi «altra ipotesi di nullità prevista dalla legge» – che finisce per costituire regola di chiusura del sistema di tutela contro il licenziamento illegittimo, posto che essa esprime un'esigenza di completezza dell'ordinamento giuridico.

Una simile interpretazione sistematica, per altro, si allinea, in ragione degli interessi in gioco (l'uso corretto e non abusivo di un potere privato), alla tendenza, presente nel dibattito europeo, a costituzionalizzare il diritto privato<sup>(196)</sup>, vale a dire a trovare anche all'interno di rimedi privatistici, compensazioni e bilanciamenti ragionevoli di interessi, di rilievo insieme particolare e generale.

Né vale obiettare che una simile prospettiva vale a reintrodurre un elemento di incertezza che si voleva invece espunto dalla *voluntas legis*. Tale elemento si produrrebbe con riguardo al tema del decorso del tempo e alla sua quantità: quanto tempo occorre affinché il ritardo diventi tale da generare un vizio sostanziale che incide direttamente sui fondamenti del potere di licenziare, sulla sua legittimità?

Tuttavia, mentre sul piano pratico, vale considerare che il mero decorso del tempo è soltanto un primo stadio di valutazione delle circostanze di fatto che può anche approdare ad un accertamento di una diversa fattispecie (la valutazione complessiva di abnormità dell'uso del potere), sul piano teorico vale la considerazione che un tasso di maggiore incertezza finisce per essere bilanciato dalla possibilità di una apertura di spazio alla valutazione di equità in concreto, con valorizzazione del circuito ermeneutico.

L'apertura cognitiva del giudice, riferita al contesto della controversia nell'indissolubilità di fatto e diritto, rientra, a pieno titolo, nella incertezza tollerabile, nella fisiologica attività di *dicere ius*. Essa va razionalizzata teoricamente con riferimento ai principi di ragionevolezza, proporzionalità e bilanciamento. Si tratta, collocata com'è a valle del circuito decisionale, di una legittima operazione compensatoria della giurisprudenza in uno spazio lasciato vacante dal legislatore, in considerazione degli interessi (e dei diritti) in gioco, che, come insegna la dottrina giuscostituzionalista, è il senso ultimo dell'attività di bilanciamento.

Il licenziamento disciplinare è ipotesi che, più del licenziamento economico, collide con i diritti di personalità del lavoratore, incidendo, per gli effetti – anche di contesto – che produce, sulla persona prima ancora che sul lavoratore (sui suoi diritti di cittadinanza prima ancora che di lavoro). Per cui pare del tutto ragionevole la scelta giurisprudenziale di non mandare segnali di corrività ai datori di lavoro.

Se il vizio procedimentale è meramente formale, lieve (ad esempio, pochi giorni di ritardo rispetto al termine di irrogazione della sanzione fissato dal contratto collettivo) si rientra nella fattispecie pensata e voluta dal legislatore, onde il rimedio indennitario debole. Ma se il vizio, sintetizzabile nei canoni di immediatezza e tempestività, è sintomatico di un utilizzo abnorme del potere disciplinare (a prescindere dalla discriminatorietà e ritorsività, che richiedono ulteriori accertamenti); se l'eccesso di ritardo è da ritenersi ingiustificato nelle concrete circostanze di fatto (la già nota considerazione di contestualità richiamata dalla Corte di cassazione per dare

---

<sup>(196)</sup> Per tutti H. COLLINS, *The Alchemy of Deriving General Principles of Contract Law from European Legislation: In Search of the Philosopher's Stone*, in *ERCL*, n. 2, p. 2006, p. 213 ss.; Id. *European Social Policy and Contract law*, in *ERPL*, 2007, n. 3 (1), pp. 78-87; id. *Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization*, in *Law Society Economy Working paper*, 2007, n. 6.

concretezza a clausole generali come la giusta causa di licenziamento), si è allora di fronte a una situazione che non rientra tra i vizi di procedura, ma neppure valutabile in termini di “altre ipotesi” di illegittimità della causa poste a fondamento del recesso datoriale, bensì di radicale venire meno del potere di licenziamento che può pure ridondare, come chiarito nella sentenza n. 2513/2017 sulla esistenza giuridica del fatto, con le conseguenze rimediali ripristinatorie.

A tale proposito, e conclusivamente, giova riferirsi a quanto affermato da un filosofo del diritto, che dà apertura di senso anche all’ipotesi interpretativa rimediale da ultimo suggerita: «nel costituzionalismo contemporaneo» – scrive Giorgio Pino – «diverse autorità concorrono, talvolta in maniera cooperativa e talvolta in maniera conflittuale, alla definizione e alla tutela dei diritti fondamentali. All’immagine verticale propria dello stato legislativo, con la legge al vertice delle fonti e il giudice soggetto solo alla legge, si contrappone così un modello diffuso, in cui la garanzia dei diritti dovrebbe emergere dall’equilibrio e dal controllo reciproco tra molteplici poteri, dotati di titoli di legittimazione diversi [...] senza che nessuna singola autorità sia in grado di imporre l’ultima parola» <sup>(197)</sup>.

La riforma dell’articolo 18, non costituisce, allora, al contrario di quel che molti giuslavoristi tendono a credere, la fine della storia del giuslavorismo come cultura e come prassi normativa iscritta indelebilmente nelle steli rievocative del secolo breve; il recupero della cultura statutaria non può costituire una sorta di irrecuperabile retrotopia <sup>(198)</sup>, una nostalgia che bisogna comunque inseguire, costi quel che costi.

L’affermazione dei diritti, a cui contribuisce anche l’attività di *judicial review* – che entro i binari della ponderazione corretta, può essere pure di natura etico morale e persino “contro maggioritaria” (in contrasto con le mutevoli maggioranze parlamentari), se adeguatamente autogiustificata – dimostra come l’incedere dell’affermazione dei diritti e della dignità della persona, non passa sempre attraverso itinerari geometricamente lineari, ascendenti e predefiniti. Il tempo della complessità non esonera la giurisprudenza pratica, ma neppure quella teorica, da percorsi frattali, tortuosi, carsici; pensare diversamente significherebbe non solo rinunciare a sintonizzarsi con lo spirito del tempo, ma anche rinunciare al senso profondo dell’essere giurista che si confronta, anche come scienziato sociale, con lo stato di cose presente e che anela, con molta modestia e distacco, contribuire a cambiarle, almeno un po’.

---

<sup>(197)</sup> G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., 212-213.

<sup>(198)</sup> Z. BAUMAN, *Retrotopia*, Laterza, 2017, p. XVI. A molti giuslavoristi, di generazioni passate e presenti, unificati all’insegna del pensiero negativo e pessimista, potrebbero essere dedicate le parole del grande sociologo: «le speranze di miglioramento, a suo tempo riposte in un futuro incerto e palesemente inaffidabile, sono state nuovamente reinvestite nel vago ricordo di un passato apprezzato per la sua presunta stabilità e affidabilità. Un simile dietrofront trasforma il futuro, da habitat naturale di speranze e aspettative legittime, in sede di incubi [...]. La via del futuro somiglia stranamente a un percorso di corruzione e degenerazione. Il cammino a ritroso, verso il passato, si trasforma perciò in un itinerario di purificazione dai danni che il futuro ha prodotto ogni qual volta si è fatto presente».