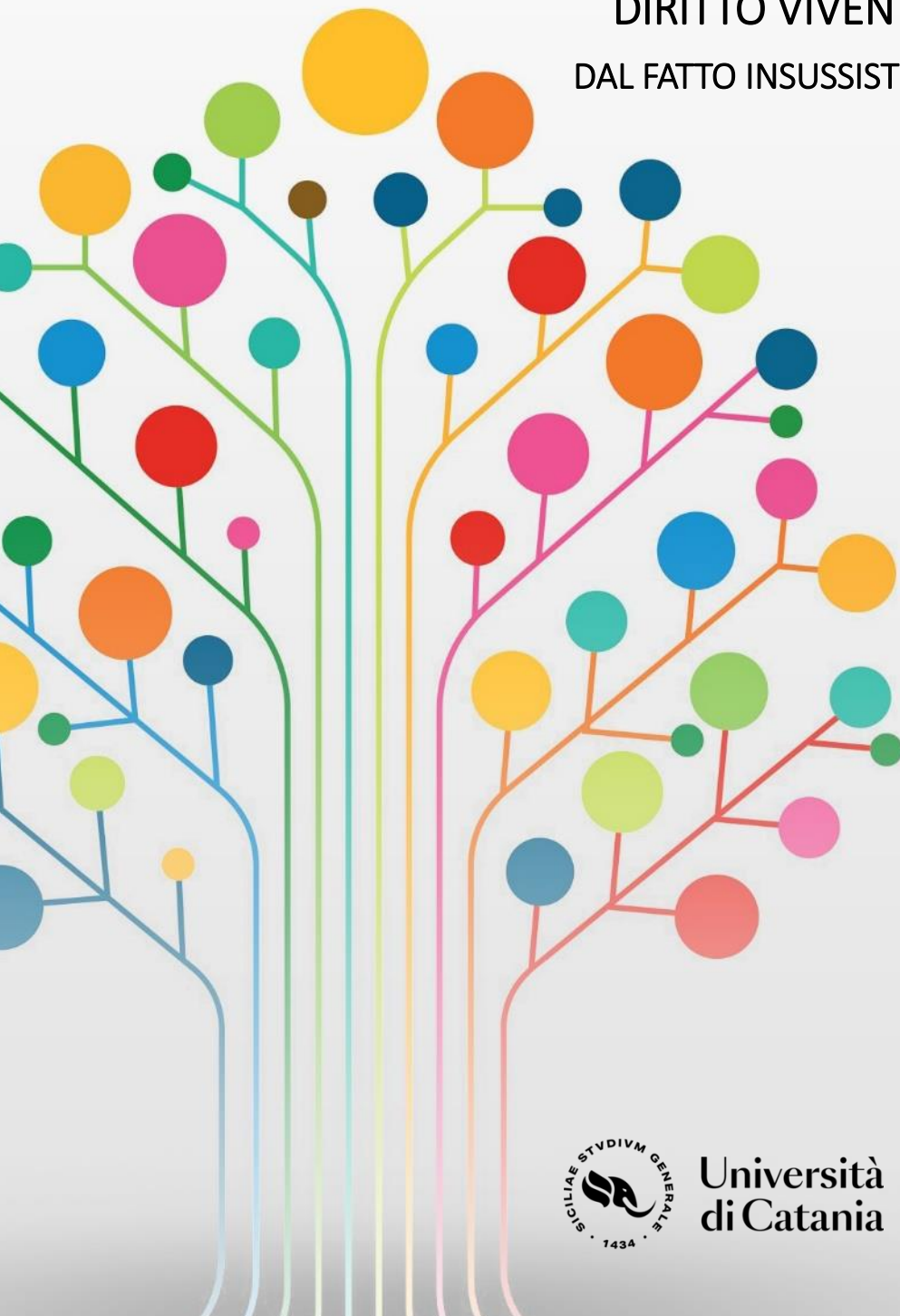


20 Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"Massimo D'Antona"

IL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE NEL DIRITTO VIVENTE GIURISPRUDENZIALE. DAL FATTO INSUSSISTENTE ALLA VIOLAZIONE DELLE REGOLE PROCEDIMENTALI

a cura di
Bruno Caruso



Con contributi di

MATTIA PERSIANI, Sapienza Università di Roma

FABRIZIO AMENDOLA, Corte di Cassazione

MARIA LAVINIA BUCONI, Tribunale di Roma I Sezione Lavoro

RAFFAELE DE LUCA TAMAJO, Università di Napoli "Federico II"

ANNALISA DI PAOLOANTONIO, Corte di Cassazione

PAOLO SORDI, Tribunale di Frosinone

PATRIZIA TULLINI, Università di Bologna

RICCARDO DEL PUNTA, Università di Firenze

BRUNO CARUSO, Università di Catania

Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale

Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali *

a cura di
Bruno Caruso

SOMMARIO

Presentazione	
Mattia Persiani	1
L'(in)sussistenza del fatto nel licenziamento	
Fabrizio Amendola	3
Le Riforme del lavoro e le idee dei giuristi	
Maria Lavinia Buconi	7
(In)sussistenza del fatto e canone di proporzionalità del licenziamento disciplinare	
Raffaele De Luca Tamajo	27
L'(in)sussistenza del fatto nel licenziamento	
Annalisa Di Paoloantonio	34
L'insussistenza del "fatto" nel sistema di tutele contro i licenziamenti illegittimi dell'art. 18 riformato	
Paolo Sordi	39
I vizi procedurali del licenziamento disciplinare: a proposito della regola dell'immediatezza	
Patrizia Tullini	51
I dolori del giovane 18: note sul licenziamento disciplinare	
Riccardo Del Punta	65
Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediale tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale	
Bruno Caruso	77

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". Collective Volumes - 7/2017

Presentazione

Mattia Persiani

L'incontro di oggi è destinato a trattare problemi che ben possono essere considerati come problemi particolarmente ingarbugliati in quanto, a mio avviso, sembra ancora difficile individuare una qualche soluzione che possa essere accettata da tutti perché convincente e non già imposta di autorità.

Ed infatti, durante i sessant'anni nei quali ho studiato il diritto del lavoro, ho dovuto constatare l'esistenza di tanti delicati e importanti problemi di interpretazione della legge, ma ricordo anche che, assai spesso, erano state proposte due, o poco più di due, soluzioni.

Per il nostro problema, invece, tante e diverse sono le soluzioni proposte. A volte si differenziano soltanto per sfumature (che, però, sono importanti per la decisione dei fatti concreti) ma, assai spesso, sono fra di loro incompatibili.

Si aggiunga che la situazione di incertezza che ne deriva riguarda un tema di grande rilevanza sociale ed umana qual è quello della conservazione, o no, del posto di lavoro.

Tutto nasce nel 2012 quando il legislatore ritenne necessario incrementare la flessibilità in uscita e, quindi, limitò quella tutela reale che era stata realizzata dal legislatore del 1970. Venne, quindi, data prevalenza alla tutela indennitaria e vennero anche previsti quattro livelli di sanzioni.

È anche noto come già questa previsione ha suscitato complessi problemi e ha fatto rimpiangere l'originaria formulazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori che, sebbene formulato in modo che, allora, sembrò a molti grossolano, era di agevole applicazione. Ed infatti, quando il datore di lavoro occupava più di quindici dipendenti, in ogni caso (si trattasse di nullità, annullabilità o inefficacia del licenziamento) era prevista la reintegrazione.

Sembra, però, che il legislatore del 2012 non abbia avuto il coraggio di abolire del tutto la tutela reale e, quando si tratta di licenziamento disciplinare, l'ha conservata, soltanto in due casi.

Tuttavia, la soluzione adottata dal legislatore non è razionale.

Ed infatti, a ben vedere, ambedue i casi in cui è stata mantenuta la tutela reale sono casi in cui il licenziamento sarebbe illegittimo perché manca un giustificato motivo soggettivo.

Non si comprende, allora, quale sarebbe il *quid pluris* che costituisce la ragionevole giustificazione necessaria per evitare il sospetto della discriminazione. Verrebbe quasi da condividere l'opinione di quella brillante dottrina che ha individuato quel *quid pluris* nel "*torto marcio*" del datore di lavoro.

Fatto è che questa è la legge che deve essere applicata e, quindi, è necessario tentare di risolvere i problemi di interpretazione.

Oggi ci occuperemo soprattutto del problema posto dall'espressione "*fatto contestato*" utilizzata per il licenziamento disciplinare. Ci occuperemo, però, anche dei problemi posti dal mancato rispetto del codice disciplinare sindacale e di quelli posti con riguardo al licenziamento economico.

Tuttavia, la questione che, per così dire, si è imposta anche a ragione dei numerosi aspetti che presenta, è quella relativa al licenziamento disciplinare e, quindi, all'interpretazione dell'espressione "*insussistenza del fatto contestato*". Questione alla quale non dà risposta la formula contenuta nel secondo comma dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015. Ciò perché non si tratta di legge interpretativa.

Orbene, sull'interpretazione da dare all'espressione "*insussistenza del fatto contestato*" soprattutto la dottrina (sentiremo le voci più significative), ma anche la giurisprudenza (sentiremo autorevoli componenti della magistratura) hanno proposto soluzioni diverse.

Forse, si è venuta attenuando la contrapposizione tra le tesi per cui il "*fatto contestato*" dovrebbe essere inteso come "*fatto materiale-storico*" e la tesi che lo considera, alternativamente, come "*fatto in senso giuridico*", "*fatto inadempimento*", "*fatto ontologicamente disciplinare*".

Resta che questa problematica, se pure sopita, riaffiora nel problema di sapere quale posizione deve essere attribuita allo scrutinio di "*proporzionalità*".

Al tempo stesso, sembra che la giurisprudenza di legittimità, nell'esercizio della funzione nomofilattica, abbia individuato un orientamento, per così dire, uniformante e, quindi, tenda a fornire un importante punto di riferimento.

Resta, però, che la giurisprudenza di merito, in quanto influenzata dalle caratteristiche del singolo caso deciso, aveva già proposto e, forse continuerà a proporre, soluzioni variegate. Peraltro, considerati i tempi con i quali le controversie sono decise, le soluzioni adottate dai giudici di merito incidono, comunque, e anche se provvisoriamente, sulla realtà economica.

Nel complesso, due sono le impressioni suscitate dalla situazione fin qui descritta.

La prima impressione è che le argomentazioni che sorreggono le varie soluzioni sono state troppo spesso articolate sulla base di considerazioni critiche e non di considerazioni costruttive, onde sono più idonee a suscitare dubbi che a motivare soluzioni.

La seconda impressione è che molte delle soluzioni prospettate, in dottrina e in giurisprudenza, denunciano una certa qual insofferenza alle radicali limitazioni della tutela reale introdotte dal legislatore. Ed infatti, come è stato osservato, più ampia è la nozione di "*fatto contestato*" e più si allarga l'area della tutela reale.

Qui mi fermo e, ringraziando per l'attenzione, lascio spazio ai relatori.

L'(in)sussistenza del fatto nel licenziamento

Fabrizio Amendola

La legge n. 92 del 2012 ed il decreto legislativo n. 23 del 2015 hanno frantumato il sistema di tutele articolando in vario modo le conseguenze derivanti da un licenziamento che non corrisponda al modello legale.

Ove per vizio del licenziamento convenzionalmente si individui una delle difformità rispetto al modello legale dell'atto, ad ogni vizio- secondo l'intenzione che appare chiara nel legislatore della disciplina innanzi richiamata- deve corrispondere una sanzione e quindi una differenziata tutela.

Dal punto di vista della ricostruzione sistematica di detta normativa pare lecito domandarsi in generale se il complesso di sanzioni prefigurato dal legislatore recente abbia carattere esaustivo, cioè tendenzialmente in sé autosufficiente, sì che qualsiasi vizio del licenziamento debba trovare in detto apparato la tutela applicabile, oppure se, nonostante il carattere di specialità, rispetto a detto sistema vi siano delle lacune o comunque degli spazi da colmare con il ricorso alla disciplina comune del diritto civile.

La risposta a tale interrogativo può avere conseguenze rilevanti anche in tema di vizi formali e procedurali del licenziamento disciplinare.

Per comodità espositiva si farà riferimento all'art. 18 della l. n. 300 del 1970, come modificato dall'art. 1, co. 42, l. n. 92 del 2012, atteso che il d. lgs. n. 23 del 2015 per questo aspetto ha sostanzialmente replicato le formulazioni normative della "Fornero".

A prima lettura dell'art. 18 novellato la tipologia di vizi formali e procedurali del licenziamento trova una possibile collocazione o nel comma I o nel comma VI.

Secondo il primo comma la tutela reintegratoria cd. forte – quella per intenderci da nullità del recesso- *"si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale"*.

Secondo il sesto comma, invece, si applica il regime indennitario di cui al quinto comma nelle ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace (comunque risolvendo il rapporto di lavoro) *"per violazione del requisito di motivazione"* o per violazione *"della procedura di cui all'art. 7"* dello Statuto dei lavoratori oppure per violazione *"della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604"*. Una indennità risarcitoria onnicomprensiva graduata tra 6 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (c.d. tutela indennitaria debole) *"in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro ... con onere di specifica motivazione a tale riguardo"*.

Rispetto a questi due espressi riferimenti normativi, ove si ritenga che il vizio formale o procedurale non possa trovare sussunzione nel primo o nel sesto comma dell'art. 18, i possibili percorsi alternativi appaiono essenzialmente due: o argomentare come il vizio sia tale da determinare lo "scivolamento" verso le tutele intermedie del quarto e del quinto comma, motivando l'equiparazione del vizio formale o procedurale con il vizio sostanziale di

ingiustificatezza del licenziamento, oppure abbandonare il sistema delle tutele delineato dall'art. 18 per rifluire nel diritto civile comune, sostenendo che vi è una lacuna da colmare.

Va sottolineato che uno "scivolamento" verso le tutele intermedie è espressamente previsto dall'art. 18 novellato proprio al sesto comma laddove il giudice, *"sulla base della domanda del lavoratore"*, può accertare che, oltre al vizio formale o procedurale denunciato, *"vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento"*, nel qual caso applicherà o la tutela reintegratoria c.d. attenuata del comma IV o la tutela indennitaria c.d. forte del comma V.

Non può trascurarsi la valenza sistematica di tale norma di chiusura: nessun vizio formale o procedurale può precludere al lavoratore di avere una tutela maggiore a sua domanda ma, simmetricamente, può dirsi che il difetto di giustificazione del licenziamento, nonostante vi sia un vizio formale o procedurale ed a prescindere da esso, può trovare tutela nel processo, ponendosi al più un problema di compatibilità in sede giudiziale del carattere oppositivo dell'impugnazione del licenziamento con i vizi della fase precontenziosa del procedimento disciplinare. Si tratta cioè di non premiare datori di lavoro che non motivano il recesso o non contestano ritualmente l'addebito, provocando impugnazioni del licenziamento da parte del lavoratore sostanzialmente "al buio".

Ciò premesso, allo stato la giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia è eminentemente casistica, avuto riguardo a fattispecie in cui risultava applicabile la l. n. 92 del 2012.

È stata riconosciuta la tutela di cui al sesto comma dell'art. 18 novellato nelle seguenti ipotesi: omessa audizione del lavoratore (Cass. n. 17166 del 2016; Cass. n. 25189 del 2016); violazione del CCNL che preveda un termine per l'adozione del provvedimento disciplinare (Cass. n. 17113 del 2016); genericità della contestazione disciplinare (Cass. n. 16896 del 2016); omessa comunicazione dei motivi di licenziamento (Cass. n. 17589 del 2016, sebbene nell'ambito del percorso argomentativo che ha condotto la S.C. ad affermare che, in ambito di tutela c.d. obbligatoria, detto vizio non comporti le conseguenze dell'inefficacia di diritto comune bensì le conseguenze dell'art. 8 l. n. 604 del 1966); difetto di immediatezza della contestazione disciplinare (Cass. n. 23699 del 2014; Cass. n. 14325 del 2015; Cass. n. 17371 del 2016).

È stata invece riconosciuta la tutela reintegratoria attenuata di cui al quarto comma nei seguenti casi: omessa contestazione disciplinare (Cass. n. 25745 del 2016); contestazione disciplinare tardiva (Cass. n. 2513 del 2017).

Poco tempo dopo quest'ultima pronuncia un Collegio della Sezione lavoro (Cass. ord. n. 10159 del 2017), esaminando tale panorama giurisprudenziale, ha ritenuto opportuno rimettere al Primo Presidente della Corte, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, una questione, qualificata "di particolare importanza", su di un ricorso avverso sentenza d'appello che, a fronte di una contestazione disciplinare intervenuta nel giugno 2012 per fatti risalenti al 2010, ha ritenuto si fosse in presenza di un "fatto negoziale" di natura abdicativa che precludesse al datore di lavoro l'esercizio del potere di recesso, venuto meno per una sorta di rinuncia estintiva, comportante la "nullità" del licenziamento, con permanenza del rapporto e diritto alla riassunzione.

La vicenda della immediatezza della contestazione disciplinare appare emblematica perché veniamo da una tradizione dottrinale e giurisprudenziale che pone i requisiti di forma e procedura del licenziamento non solo o non tanto nell'ambito della prescrizione normativa contenuta nell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori ma anche in altri e svariati referenti di principi o di regole di

sistema, quali il diritto di difesa, la correttezza e la buona fede, l'affidamento nel comportamento concludente inerte del datore di lavoro, l'abuso del potere disciplinare distorto rispetto al fine per il quale è conferito.

Principi o regole, occorre sottolinearlo con vigore, variamente utilizzati finora non per individuare il tipo di sanzione - che prima della novella dell'articolo 18, ove ricorresse il requisito dimensionale, era sempre reintegratoria per vizi siffatti - quanto piuttosto per indicare il fondamento logico-giuridico della prescrizione procedurale e così estendere il vincolo di forma o procedura ad ipotesi per il quale esso non era specificamente previsto.

Così, sin da Corte cost. n. 204 del 1982, si è "sancito il principio fondamentale, per il quale chi è perseguito per una infrazione, deve essere posto in grado di conoscere l'infrazione stessa e la sanzione", esigendo "come essenziale presupposto delle sanzioni disciplinari lo svolgersi di un procedimento ... nel rispetto della regola del contraddittorio"; lo si è fatto non perché si discutesse della sanzione adeguata in caso si consumasse detta violazione procedimentale, ma piuttosto per dichiarare l'illegittimità costituzionale dei primi tre commi dell'art. 7 della l. n. 300 del 1970 ove fossero interpretati nel senso della loro inapplicabilità ai licenziamenti disciplinari, stante la giurisprudenza di legittimità del tempo negante che tra le sanzioni disciplinari fosse automaticamente da annoverare quella espulsiva (cfr. Cass. SS.UU. n. 1781 del 1981).

La *vis expansiva* della regola della procedimentalizzazione disciplinare, animata dalla medesima composita *ratio* garantista (su cui v. anche Corte cost. n. 220 del 1995), ha trovato poi seguito nella declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 7, commi 2 e 3, l. n. 300/70, "nella parte in cui è esclusa la loro applicabilità al licenziamento per motivi disciplinari irrogato da imprenditore che abbia meno di sedici dipendenti" (Corte cost. n. 427 del 1989); nella estensione delle garanzie procedurali al personale delle imprese di navigazione marittima (Corte cost. n. 96 del 1987) ed aerea (Corte cost. n. 41 del 1991) nonché ai lavoratori domestici (Corte cost. n. 193 del 1995).

In analoga prospettiva si sono poste le Sezioni unite civili (sent. n. 7880 del 2007) allorché hanno statuito che le garanzie procedimentali dettate dall'art. 7, commi secondo e terzo, l. n. 300/70, devono trovare applicazione anche nell'ipotesi di licenziamento di un dirigente, a prescindere dalla specifica collocazione che lo stesso assume nell'impresa.

In tutti questi casi si è realizzata una estensione dell'applicabilità delle regole procedurali del licenziamento ad ipotesi non specificamente previste, ma nulla è dato assiomaticamente inferirne in termini di vincolo per il legislatore circa il tipo di sanzione civilistica da adottare.

Anzi, secondo un antico insegnamento (Cass. SS.UU. n. 4844 del 1994), va contestata la tesi secondo cui alla violazione delle norme procedimentali del licenziamento disciplinare debba seguire una qualificazione dell'atto di recesso in termini di nullità ex art. 1418 c.c., considerato che la contrarietà all'ordine pubblico è nozione più restrittiva di quella di norma imperativa, facendo riferimento ai principi fondamentali etico-sociali propri della comunità nazionale in un determinato momento storico; si è così esclusa la configurabilità, nel mancato rispetto delle norme procedimentali in questione, dei presupposti di una siffatta nullità, osservando altresì che non è logico né giustificato far derivare da una violazione formale "conseguenze diverse (e ben più gravi) di quelle derivanti dall'accertata insussistenza dell'illecito disciplinare".

Se l'insieme dei principi che hanno condotto ad espandere l'area di applicabilità delle garanzie procedurali nel licenziamento disciplinare tuttavia non esclude in radice la possibilità di una tutela di tipo meramente indennitario, come ben sanno da anni i dipendenti di imprese prive di requisito dimensionale che siano attinti da contestazioni disciplinari gravemente carenti o palesemente tardive, all'interprete sembrano aprirsi le seguenti strade.

In estrema sintesi: o si ritiene che il vizio concernente il requisito della contestazione disciplinare (sia esso attinente la specificità o l'immediatezza) trovi sussunzione nell'alveo del sesto comma dell'art. 18 novellato che sanziona letteralmente la violazione della procedura di cui all'art. 7 St. lav. con la tutela indennitaria debole oppure si sostiene che il vizio è sanzionato fuori da tale comma. In tale evenienza occorrerà individuare il referente normativo che colpisce il vizio e che potrà essere rinvenuto nelle altre tutele previste dall'art. 18 (che è l'operazione di "scivolamento" compiuta da Cass. n. 2513 del 2017, la quale ha ritenuto parificabile il fatto tardivamente contestato al fatto insussistente) ovvero andrà collocato al di fuori dell'apparato dell'art. 18 e, quindi, nell'ambito del diritto comune con la tutela che da esso ne derivi (che è quanto ritenuto dalla Corte di Appello con la sentenza attualmente rimessa al P.P. e che ha affermato la nullità del licenziamento per il venir meno del potere di recesso).

Probabilmente queste scelte possono essere influenzate da una più decisiva questione di fondo che anima tutto il dibattito sulla riforma dei licenziamenti.

La resistenza diffusa a ritenere la tutela meramente pecuniaria adeguata in certi casi di licenziamenti difformi dal modello legale.

Una resistenza certamente comprensibile in ragione della storia da cui veniamo e dell'importanza degli interessi in gioco. Tutte le volte in cui si ritiene che la sanzione indennitaria, pur espressamente prevista dalla legge, non sia adeguata, si percorrono opzioni esegetiche che recuperano tutele più forti e ritenute dall'interprete più idonee.

Di conseguenza il problema non è forse quello di comprendere cosa abbia realmente inteso prescrivere il legislatore, quanto piuttosto quello di verificare se la legge, nel predisporre la sanzione meramente indennitaria per un certo vizio formale o procedurale, abbia violato canoni costituzionali o comunitari.

Vedremo come le Sezioni unite della Corte Suprema intenderanno sciogliere il nodo.

Le Riforme del lavoro e le idee dei giuristi

Maria Lavinia Buconi

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

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

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

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

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

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

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

A fronte del notevolissimo impatto delle nuove disposizioni sulla tipologia e sull'entità delle sanzioni applicabili ai licenziamenti illegittimi, i confini della nullità sono destinati ad assumere una rilevanza anche maggiore rispetto al passato (già con l'entrata in vigore dell'art. 18 l. n.300/70 come modificato dalla l. n. 92/2012, avevano assunto una notevole incidenza, anche sotto il profilo della discriminatorietà²: nel sistema previgente per il licenziamento discriminatorio era infatti previsto lo stesso tipo di tutela riservato al licenziamento ingiustificato, in quanto ai fini della reintegra assumeva rilievo solo il requisito dimensionale).

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

² In questo senso M. BIASI, *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema "a tutele crescenti"?*, in G. ZILIO GRANDI E M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Padova, 2016, 154.

Ai fini della qualificazione del licenziamento, non è infatti vincolante il motivo formalmente addotto dal datore di lavoro³: a fronte delle ragioni di doglianza dedotte nel ricorso, il giudice è tenuto a verificare la sussistenza delle violazioni prospettate⁴, applicando la tutela reintegratoria piena nel caso in cui ne ricorrano i presupposti.

In questa direzione si erano già orientate diverse pronunce giurisprudenziali nella vigenza dell'art. 18 l. n.300/70 come modificato dalla l. n. 92/2012, ritenendo che un recesso datoriale intimato per giusta causa o per giustificato motivo possa configurarsi in realtà come un licenziamento in frode alla legge o discriminatorio, oppure intimato per motivo illecito determinante⁵.

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

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

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

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

ritorsivo.

2. Il licenziamento nullo.

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

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

Non si pongono particolari questioni per le ipotesi di nullità elencate nell'art. 18, comma 1, l. n. 300/70, ancorché non pedissequamente riportate nel testo dell'art. 2 d.lgs. n.23/2015, essendo espressamente riferite al recesso datoriale⁸; va invece verificato se la tutela reintegratoria piena trovi applicazione anche nei casi in cui il licenziamento sia nullo in base alla disciplina generale degli atti negoziali⁹, oppure sia confliggente con principi di rango costituzionale o sovranazionale¹⁰.

Secondo una prima tesi, l'art.2 del d.lgs. n.23/2015 avrebbe ridotto l'estensione dell'area della tutela reintegratoria piena, richiedendo una previsione espressa di nullità per il licenziamento¹¹; ne deriverebbe l'applicabilità della tutela di diritto comune¹² (in forza della quale il risarcimento del danno è dovuto dalla data della messa in mora) alle ipotesi di nullità del licenziamento per violazione delle norme generali sugli atti negoziali.

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

⁶ La riflessione è di G. MIMMO, *op. cit.*, 8.

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

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

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

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

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

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

contenuto nell'art. 1324 c.c., anche agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale¹³.

Dal punto di vista testuale, l'avverbio "espressamente" potrebbe comunque spiegarsi con la maggiore sinteticità della formula utilizzata dall'art. 2 d.lgs. n. 23/2015 rispetto all'art. 18 c. 1¹⁴.

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

Deve pertanto ritenersi che le ipotesi di nullità previste dagli artt. 1418 c.c., 1343 c.c.¹⁶, 1344¹⁷ c.c. e 1345 c.c., pur non essendo riferite alla specifica materia del licenziamento, siano riconducibili all'art. 2 d.lgs. n. 23/2015¹⁸ e che pertanto, ove il lavoratore lamenti la violazione di tali norme, il giudice sia tenuto ad applicare la tutela reintegratoria piena nel caso in cui ritenga fondate tali doglianze.

Tale orientamento ha peraltro trovato piena applicazione in una delle prime pronunce dei giudici di merito sui licenziamenti in regime di Jobs Act: il Tribunale di Roma, con ordinanza del 4 aprile 2016¹⁹, in un giudizio in cui il lavoratore, assunto dopo il 7 marzo 2015, è licenziato per motivi

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

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

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

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

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

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

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

disciplinari, aveva dedotto la discriminatorietà e la ritorsività del licenziamento, ha ritenuto che l'art. 1418 c.c., attraverso il richiamo all'illiceità dei motivi ai sensi dell'art. 1345 c.c., individui ipotesi di nullità espressamente previste dalla legge; considerando che in forza dell'art. 1324 c.c. la norma si applica anche ai negozi unilaterali, ha inoltre affermato che il licenziamento ritorsivo si configura come una ipotesi di negozio unilaterale nullo per illiceità dei motivi, costituendo in tal caso il recesso datoriale l'ingiusta ed arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore²⁰.

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

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

2.2 Nullità virtuali; casistica.

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

Si pensi, ad esempio, alla violazione delle disposizioni contenute negli artt. 3, comma 3 e nell'art. 5 d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61²¹, nonché alla violazione dell'art. 4 l. 12 giugno 1990, n. 146²², o, ancora, a licenziamenti intimati senza giusta causa o giustificato motivo entro i dodici mesi a lavoratori stabilizzati, in violazione dell'art. 54 c.1, lett. b), d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81; tali divieti non sono infatti sanzionati da nullità espressa.

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

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

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

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

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

In assenza di specifiche previsioni di nullità dei recessi datoriali intimati in violazione delle disposizioni fin qui richiamate, si tratta di verificare se tali norme hanno carattere imperativo²³, ricordando che il giudice di legittimità ha ricondotto alla categoria della nullità virtuale i soli casi di violazione di norme che presidiano la validità del contratto, comprese quelle da cui deriva il divieto di concludere il contratto; in particolare ha statuito che in difetto di espressa previsione in tal senso (“nullità virtuale”), ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinare la nullità, e non già la violazione di norme, anch’esse imperative riguardanti il comportamento dei contraenti, la quale può essere fonte di responsabilità²⁴.

In espressa applicazione di tali principi, la Suprema Corte ha escluso la nullità del contratto sia quando risulti prevista una diversa forma di invalidità (ad esempio l’annullabilità), sia quando la legge assicuri l’effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi²⁵.

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

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

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

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

In dottrina, è stata ritenuta l'applicabilità della tutela reintegratoria piena di cui all'art. 2 d. lgs. n. 23/2015, ai licenziamenti intimati in violazione dell'art. 5 c. 1 d.lgs. n. 61/2000 e dell'art. 4 c. 1 l. n. 146/90, in ragione del tenore delle richiamate disposizioni, che precludono l'estinzione del rapporto di lavoro²⁷; secondo una diversa impostazione, rimarrebbero esclusi dalla tutela reintegratoria piena i licenziamenti che non violano norme a tutela del posto di lavoro o per i quali siano apprestate altre misure (art. 3, commi 3 e 7, e art. 5 comma 1 d.lgs. n. 61/2000)²⁸.

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

Le relative formulazioni sembrano comunque implicitamente evocare il divieto di concludere l'atto negoziale viziato nei termini enunciati dalla giurisprudenza di legittimità²⁹; inoltre le medesime disposizioni sono volte a garantire la parità tra i contraenti nell'ambito del rapporto di lavoro.

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

²⁶ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242.

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

²⁸ M. BASILICO, *op. cit.*, 116.

²⁹ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 cit.

fondamentali dell'ordinamento³⁰.

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

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

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

³⁰ M. BASILICO, *op. cit.*, 116.

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

Le decisioni dei giudici di merito hanno attribuito assoluto rilievo alla prospettazione del lavoratore ricorrente, ritenendo vincolanti i motivi di doglianza dedotti dal medesimo: se riferiti solo alla manifesta insussistenza del fatto, hanno applicato la tutela di cui all'art. 18 c. 4 l. n.300/70, valorizzando altresì la circostanza che fosse stato convenuto in giudizio solo il cedente³².

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

Secondo il giudice di legittimità, è nullo il licenziamento fondato unicamente sul fatto del trasferimento di azienda, per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2112 c. 4 c.c., donde la prosecuzione del rapporto nei confronti del concessionario³³.

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

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

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

Tale questione è stata affrontata con ordinanza del 7 giugno 2016³⁴ dal Tribunale di Roma, il quale ha ritenuto che nella fattispecie dedotta in giudizio l'instaurazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della società convenuta dopo il 7 marzo 2015 costituisse una assunzione *ex novo*; non ha dunque condiviso le prospettazioni del lavoratore ricorrente, secondo cui in caso di cambio appalto ricorrerebbe sempre un'ipotesi di trasferimento d'azienda o di un ramo di essa ai sensi dell'art. 2112 c.c. ed ha considerato irrilevanti, ai fini della decorrenza del rapporto, le precedenti assunzioni del lavoratore medesimo alle dipendenze delle società che si erano succedute nell'appalto.

In particolare, il Tribunale adito ha fatto applicazione dell'art. 29, comma 3, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, secondo cui l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto, a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte di essa, ed ha richiamato l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità sulla configurabilità del trasferimento d'azienda anche in ipotesi di successione nell'appalto di un servizio, a condizione che chi invochi detto trasferimento alleggi e dimostri un passaggio di beni di non trascurabile entità, e tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa³⁵ (condizioni, queste, nemmeno invocate dal lavoratore nella fattispecie dedotta in giudizio); in ragione della decorrenza del rapporto, ha dunque rigettato domande relative all'applicazione delle tutele di cui all'art. 18 l. n.300/70, non applicabile *ratione temporis*.

In altra fattispecie in cui i lavoratori ricorrenti erano stati assunti dopo il 7 marzo 2015 e licenziati *ante tempus*, il Tribunale di Roma, con ordinanza del 26 settembre 2016³⁶ ha ritenuto dimostrato che i lavoratori medesimi avevano lavorato con decorrenza anteriore al 7 marzo 2015 con le società appaltatrici che si erano succedute nella gestione dell'azienda ed ha evidenziato che i cambi appalto avevano coinvolto in blocco tutti i lavoratori addetti al magazzino cui erano addetti i ricorrenti, senza significativa discontinuità di impresa nei vari passaggi (nella fattispecie dedotta in giudizio, i lavoratori erano stati informati dai sindacati e l'azienda subentrante aveva chiesto loro se intendevano o meno proseguire il rapporto); per tali ragioni ha ritenuto che si fosse verificato un trasferimento d'azienda. Il Tribunale adito in proposito ha richiamato l'orientamento espresso dal giudice di legittimità e dalla Corte di Giustizia³⁷, ritenendo che trovi conferma nella recente modifica dell'art. 29 c. 3 d.lgs. n. 276/2003 introdotta dall'art. 30 l. 7 luglio 2016, n. 122³⁸ e nello stesso testo dell'art. 2112 c.c., secondo cui "ai fini e per gli effetti del presente articolo si intende per trasferimento di azienda qualunque operazione che, in seguito a cessione

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

³⁵ Cass., 16 maggio 2013, n. 11918 e Cass., 13 gennaio 2005, n. 493.

³⁶ In corso di pubblicazione in *LPO*.

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

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

contrattuale o a fusione, comporti il mutamento della titolarità di un'attività economica organizzata"; in applicazione di tale disposizione ha pertanto ritenuto che la decorrenza del rapporto di lavoro fosse anteriore al 7 marzo 2015³⁹ ed ha applicato le tutele di cui all'art. 18 c.4 L. n. 300/70.

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

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

La Suprema Corte⁴⁰, in una fattispecie relativa ad un licenziamento intimato dopo il 17 luglio 2012 per mancato superamento della prova, ha ribadito che quando non sussista un valido patto in tal senso, il licenziamento è viziato sotto il profilo dell'inidoneità della causale addotta a giustificazione del recesso ed ha ritenuto applicabile alla fattispecie dedotta in giudizio la tutela di cui all'art. 18 c. 4 stat. lav.; ha inoltre statuito che il licenziamento intimato sull'erroneo presupposto della validità del patto di prova, in realtà affetto da nullità, riferendosi ad un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, soggiace alla disciplina del licenziamento ordinario, per cui la tutela da riconoscere al prestatore di lavoro sarà quella prevista dall'art. 18 della l. n. 300/70, qualora il datore di lavoro non allegghi e dimostri l'insussistenza del requisito dimensionale, o quella riconosciuta dalla l. n. 604/66, in difetto delle condizioni per l'applicabilità della tutela reale⁴¹.

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

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

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

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

⁴⁰ Cass. 3 agosto 2016, n.16214.

⁴¹ Cass. 12 settembre 2016, n. 17921, in *GL*, 39, 2016, 45.

Il Tribunale di Torino⁴² in una controversia instaurata da un lavoratore assunto dopo il 7 marzo 2015 e licenziato durante il periodo di prova, dopo avere evidenziato che il d.lgs. n.23/2015, applicabile *ratione temporis*, non prende espressamente in considerazione la fattispecie in esame, ha applicato la tutela di cui all'art. 3 c. 2 d.lgs. n. 23/2015, ritenendo che la norma sia suscettibile di interpretazione estensiva, coerente con le finalità perseguite dal legislatore ed in una prospettiva costituzionalmente orientata, in forza della quale tale tipologia di recesso può essere ricondotta ad una fattispecie di licenziamento per motivi soggettivi (il legale rappresentante in sede di interrogatorio aveva dichiarato che il mancato superamento della prova era dovuto al fatto che il ricorrente aveva chiesto al cliente di assumerlo come magazziniere)⁴³.

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

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

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

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

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

A fronte del mancato richiamo, nell'art.2 del d.lgs. n.23/2015, dell'art. 1345 c.c.⁴⁵ (contenuto invece nell'art. 18, comma 1, l. n. 300/1970, come modificato dalla l. n. 92/2012), è stato affermato che il licenziamento per motivo illecito determinante è stato escluso dall'alveo della tutela reintegratoria piena⁴⁶.

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

⁴² Pronuncia del 16 settembre 2016, commentata in *GL*, 2016, 49, 54.

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

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

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

⁴⁶ In questo senso C. PISANI, *op.cit.*, 18.

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

Si è espresso in questo senso il Tribunale di Roma⁴⁷, in una fattispecie in cui il lavoratore, assunto dopo il 7 marzo 2015, e licenziato per motivi disciplinari⁴⁸ aveva lamentato la discriminatorietà e la ritorsività del licenziamento; il giudice adito ha infatti ravvisato il carattere ritorsivo del recesso datoriale (in quanto intimato per gli stessi fatti per i quali al lavoratore erano già state irrogate sanzioni conservative, quale reazione all'impugnativa delle medesime da parte del lavoratore, ed in assenza di ulteriori comportamenti idonei a fondare il recesso del datore di lavoro, che aveva già consumato il suo potere disciplinare) ed ha applicato la tutela reintegratoria piena di cui all'art. 2 d.lgs. n. 23/2015, evidenziando che tale norma si riferisce tanto ai licenziamenti discriminatori quanto a quelli riconducibili agli *"altri casi di nullità previsti dalla legge"*.

Ha pertanto dichiarato la nullità del licenziamento, in quanto intimato in presenza di precedenti sanzioni conservative, quale reazione al legittimo esercizio del diritto del lavoratore ad impugnare le predette sanzioni, ed in assenza di ulteriori fatti idonei a giustificare il recesso; ha pertanto ritenuto che tali elementi siano utili ai fini dell'assolvimento dell'onere della prova dell'illegittimità del medesimo, sia a voler considerare il licenziamento ritorsivo come riconducibile alla categoria del licenziamento discriminatorio⁴⁹, sia che lo si voglia considerare quale licenziamento per motivo illecito ai sensi del combinato disposto dell'art. 1418 c.c., comma 2, e degli artt. 1345 e 1324 c.c.

La giurisprudenza di legittimità aveva in precedenza assimilato al licenziamento discriminatorio il licenziamento per ritorsione o rappresaglia diretta o indiretta, inteso come arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito o di altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione, con conseguente nullità del licenziamento, quando il motivo ritorsivo fosse stato l'unico determinante e sempre che il lavoratore ne avesse fornito prova, anche con presunzioni⁵⁰.

La Suprema Corte aveva infatti affermato che il divieto di licenziamento discriminatorio, sancito dall'art. 4 l. n. 604/66, dall'art. 15 Stat. Lav. e dall'art. 3 l. n. 108/90, è suscettibile di interpretazione estensiva, in base all'art. 3 Cost. e sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritto antidiscriminatorio e antivessatorio nei rapporti di lavoro; secondo questa impostazione, l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, ossia dell'ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essendo necessario, in tali casi, dimostrare, anche per presunzioni, che il recesso sia stato motivato esclusivamente dall'intento ritorsivo⁵¹.

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

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

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

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

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

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

ravvisata in relazione a fattispecie in cui il fattore di rischio (per lo più dato dall'affiliazione o dall'esercizio di attività sindacale) era stato qualificato come reazione del datore di lavoro ad atti o comportamenti del lavoratore legati alla sua specifica qualità⁵².

In questi casi la sovrapposizione tra le due categorie, dovuta all'atteggiarsi delle circostanze di fatto oggetto del giudizio (contestuale discriminazione e ritorsione del datore di lavoro) ha comportato conseguenze di notevole rilievo in ordine alla valenza del motivo illecito di volta in volta fatto valere, alla ripartizione degli oneri probatori e alla rilevanza dell'intenzione soggettiva del datore di lavoro⁵³.

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

Il giudice adito ha in particolare evidenziato che la normativa di riferimento sul licenziamento discriminatorio (art. 4 l. 604/1966, art. 3 l. 108/90 e art. 15 l. 300/70) qualifica come tale il recesso datoriale determinato da credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza o meno ad un sindacato, dalla partecipazione ad attività sindacali o ad uno sciopero, da ragioni razziali, di lingua o sesso, dall'handicap, dall'età, dall'orientamento sessuale o da convinzioni personali, mentre l'art. 4 della l. 604/66 sanziona con la nullità il licenziamento discriminatorio "indipendentemente dalla motivazione adottata"; in ordine alla portata del concetto di "trattamento discriminatorio" ha precisato che rileva il mero fatto oggettivo che il lavoratore non avrebbe subito il trattamento sfavorevole se non si fosse trovato ad integrare il fattore di rischio contemplato dall'ordinamento⁵⁴.

Riguardo al dedotto motivo illecito, ha inoltre affermato che la dimostrazione da parte del datore di lavoro della sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso ai sensi dell'art. 5 l. 604/66 esclude l'esistenza di un motivo illecito rilevante per legge, in quanto ne contraddice la connotazione di esclusività richiesta dall'art. 1345 c.c., norma che non consente una comparazione tra più causali del negozio; ha dunque ritenuto che spetti al lavoratore dar conto sia dell'insussistenza del motivo di licenziamento addotto dal datore di lavoro, sia dell'illiceità della reazione datoriale e del nesso causale tra la reazione e la condotta; ha in proposito evidenziato che tale prova può essere fornita con presunzioni⁵⁵.

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

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

⁵⁴ Cass. Sez., 16 febbraio 2011, n. 3821.

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

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

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

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

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

Il comma 4 dell'art. 2 prevede un'ulteriore ipotesi di applicazione della tutela reintegratoria piena: il caso in cui il giudice accerti il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli artt. 4 c. 4 e 10 c. 3 della l. n. 68/99⁵⁶; rientrano dunque nell'ambito di applicazione della norma sia il licenziamento intimato al lavoratore

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

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

divenuto inabile allo svolgimento delle proprie mansioni per infortunio o malattia, in difetto di verifica della possibilità di adibirlo a mansioni equivalenti o inferiori, sia il licenziamento intimato, in violazione della specifica regolamentazione applicabile, al lavoratore assunto obbligatoriamente per aggravamento delle condizioni di salute incompatibile con le mansioni contrattualmente dovute⁵⁷.

Si pone in proposito una questione di conformità alla delega, in quanto la fattispecie di cui all'art. 2, comma 4, d. lgs. n. 23/2015 si colloca nell'ambito del giustificato motivo oggettivo, mentre la l. 183/2014 prevede la limitazione della tutela reintegratoria ai licenziamenti discriminatori o nulli e a specifiche ipotesi di licenziamento disciplinare⁵⁸.

Le censure relative all'eccesso di delega sono tuttavia superabili, in quanto la norma rappresenta un ulteriore sviluppo dei criteri direttivi, in armonia la *ratio* della l. n. 68/1999, che consiste nella conciliazione dell'esigenza di valorizzare le capacità professionali dei disabili con la funzionalità economica delle imprese da un lato e dello stabile inserimento dei disabili nel mondo del lavoro dall'altro⁵⁹.

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

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

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

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

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

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

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

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

In una controversia avente ad oggetto un licenziamento collettivo intimato nei confronti di un lavoratore assunto prima del 7 marzo 2015 nella quota riservata alle categorie protette, nella quale il lavoratore aveva chiesto l'applicazione della tutela reintegratoria piena, deducendo la discriminatorietà del licenziamento, l'insussistenza del nesso causale tra il recesso e la ristrutturazione aziendale e la violazione dei criteri di scelta e dell'art. 10 l. n.68/99, il Tribunale di Roma, con ordinanza del 9 dicembre 2015⁶⁰, a fronte della pacifica riduzione della quota dei lavoratori occupati obbligatoriamente al di sotto della quota di riserva, dopo avere escluso la discriminatorietà del suddetto recesso e l'applicabilità dell'art.18 c. 7 l. n.300/70, ha ritenuto che, sebbene espressamente qualificato come annullabile, il recesso intimato in violazione dell'art. 10 c. 4 l. n. 68/99 sia riconducibile alla categoria della nullità in quanto la norma costituisce espressione di un interesse generale dell'ordinamento e non del singolo lavoratore licenziato, ed ha applicato la tutela reintegratoria piena di cui all'art. 18 c. 1 Stat. Lav.

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

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

Considerando che in ordine all'indicazione delle norme violate, la formulazione dell'art.2, c.4, d. lgs. n.23/2015 è identica a quella dell'art.18 c. 7 l. n. 300/70, dall'interpretazione offerta dal Tribunale di Roma con la sentenza n. 9555/2016 discende che i licenziamenti intimati a lavoratori neoassunti in violazione dell'art. 10 c.4 l. n. 68/99 sono sanzionati con la tutela reintegratoria piena⁶¹, non potendo ritenersi vincolante la *rubrica legis* dello stesso art.2 (la quale recita testualmente "Licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale", e non sembra dunque ricomprendere l'ipotesi del recesso datoriale viziato da "difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore" disciplinato dal 4° comma).

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

⁶¹ Questa la tesi di M. MARAZZA, *op. cit.*, 334.

Tuttavia, rispetto ai vecchi assunti, la Suprema Corte⁶² ha recentemente ricondotto la fattispecie del licenziamento intimato, nell'ambito di un licenziamento collettivo, in violazione dell'art. 10 c. 4 l. n. 68/99, alla violazione dei criteri di scelta, stante il disposto dell'art. 1, c. 46, l. n. 92/2012; ha dunque ritenuto applicabile la tutela di cui all'art. 18 c. 4 l. n. 300/70.

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

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

Nell'art. 2, comma 4, del decreto in esame non si rinviene alcun riferimento all'art. 2110, comma 2, c.c. (menzionato invece nell'art. 18 c. 7 l. n. 300/70): si pone pertanto per i nuovi assunti la questione della tutela applicabile a tale tipologia di licenziamento⁶³.

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

In mancanza di un espresso riferimento alla disciplina del comportamento, è stato ipotizzato che a tale tipologia di licenziamento debba applicarsi la disciplina generale di cui all'art. 3 d. lgs. n. 23/2015, oppure la tutela di diritto comune, consistente nel ripristino del rapporto e nel risarcimento del danno, commisurato alle retribuzioni non percepite, dalla data della messa in mora⁶⁴; è stato tuttavia evidenziato che l'art. 2110 c.c. è norma imperativa⁶⁵ ed inderogabile e che pertanto il recesso intimato in violazione di tale disposizione rientra comunque nell'ambito di applicazione dell'art. 2⁶⁶.

⁶² Cass. 23 maggio 2017, n. 12911.

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

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

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

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

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

(In)sussistenza del fatto e canone di proporzionalità del licenziamento disciplinare

Raffaele De Luca Tamajo

- | | |
|---|----|
| 1. La tesi della irrilevanza della proporzionalità del provvedimento espulsivo ai fini della conseguenza sanzionatoria. | 28 |
| 2. L'equiparazione a "fatto insussistente" del fatto privo di rilievo disciplinare. | 30 |
| 3. Le tesi che recuperano per intero il canone della proporzionalità. Critica. | 30 |
| 4. Le pronuncie della Corte di Cassazione. | 32 |
| 5. L'incertezza del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. | 32 |

1. La tesi della irrilevanza della proporzionalità del provvedimento espulsivo ai fini della conseguenza sanzionatoria.

Il tempo ristretto previsto per ciascun intervento in contrappunto al ricco e sofferto dibattito che si è sviluppato sul tema della in/sussistenza del fatto, quale fattore di selezione della sanzione prevista per il licenziamento illegittimo, impongono di andare subito al cuore del problema interpretativo, usando l'ascia e non il fioretto.

È allora opportuno esprimere subito una precisa opzione con riferimento ai due orientamenti che si contendono il campo, anche con l'ausilio del significativo contributo fornito *in progress* dalla Corte di Cassazione (sia pure per ora relativamente alla interpretazione della legge c.d. Fornero del 2012 e non ancora di quella del 2015).

Su un versante – che sin dalla prima ora ho ritenuto l'unico coerente con la lettera e la *ratio* della disciplina legale- si colloca il filone interpretativo secondo cui in presenza di un licenziamento privo di giustificazione causale la reazione dell'ordinamento è di tipo reintegratorio se il fatto contestato è insussistente ovvero privo di ogni riscontro probatorio (e, nel regime del 2012, se in base al contratto collettivo rientra tra le condotte punibili con sanzione conservativa); è di tipo indennitario (con risoluzione del rapporto) se il fatto contestato è sussistente, quale che sia la gravità o l'esiguità di quest'ultimo.

A prescindere da ogni valutazione di merito e di tecnica normativa sulla discutibile riforma dell'art. 18, bisogna necessariamente ritenere che il vaglio di proporzionalità del provvedimento espulsivo rispetto al fatto contestato resta cardine della indagine sulla legittimità del licenziamento, ma è del tutto estraneo alla verifica della sanzione applicabile (reintegra/indennizzo), imperniata sulla sola insussistenza/sussistenza del fatto contestato. Ciò è a dire che, in presenza di un licenziamento privo di adeguata giustificazione causale, se vi è prova che il fatto contestato si è verificato, a prescindere dalla sua gravità, la sanzione per il datore sarà solo economica, quantificata in un indennizzo pari a 12-24 mensilità di retribuzione nel regime della c.d. legge Fornero (con ampia discrezionalità per la determinazione giudiziale), viceversa in 2 mensilità per ogni anno di servizio (con un minimo di 4 e un massimo di 24) alla stregua del dettato del *Jobs Act* (che quindi annulla ogni discrezionalità del giudice in punto di quantificazione).

Se così non fosse, se cioè si postulasse che la verifica di proporzionalità rileva sia al fine del sindacato sulla legittimità del licenziamento che al fine della individuazione della conseguenza sanzionatoria, ogni licenziamento non proporzionato rispetto al comportamento del lavoratore produrrebbe sempre e soltanto un effetto reintegratorio (fatto non sufficientemente grave=fatto insussistente⇒reintegra).

Per evitare una simile conclusione, palesemente in contrasto con la lettera e la *ratio legis*, che intendeva introdurre una duplice e alternativa tipologia sanzionatoria del licenziamento illegittimo, occorre pertanto sganciare il piano della invalidità del recesso da quello dell'effetto sanzionatorio e procedere a due distinte operazioni applicative.

La prima, come è del tutto pacifico in giurisprudenza, consta di una verifica del comportamento del lavoratore alla luce del contesto e della specificità del rapporto, coinvolgendo una serie di fattori quali: la natura e tipologia delle mansioni, il grado di fiduciarità che esse implicano, il livello di diligenza richiesta dalla prestazione oggetto di contratto, le attenuanti e le aggravanti che possono indurre a diversa valutazione del comportamento sanzionato, il pregresso disciplinare

del lavoratore, lo stile gestionale della azienda, etc. Si tratta in sostanza di una valutazione multifattoriale, da cui emerga un giudizio in ordine alla gravità del comportamento e, conseguentemente, in merito alla proporzionalità della sanzione, in linea oltretutto con il precetto dell'art. 2106 c.c. e con l'elasticità delle clausole della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo.

Se il licenziamento a tale stregua viene ritenuto privo di adeguata giustificazione causale - e, quindi, illegittimo - occorre procedere alla ricognizione della sanzione applicabile e perché l'operazione cognitiva sia diversa dalla prima, il fatto va spogliato da tutte le circostanze e valutazioni accessorie di cui sopra, va sganciato da ogni elemento di contesto. Occorre verificarne la sola sussistenza, a prescindere stavolta da ogni rilievo di gravità e proporzionalità.

A ben vedere la soluzione interpretativa in parola è l'unica in linea con la lettera, la *ratio* e l'impianto sistematico della legge Fornero e ancor più con il dettato del D.lgs. n. 23/2015.

Quanto alla "lettera" va sottolineato che, nel porre una alternativa secca imperniata sulla sussistenza/insussistenza del fatto, il legislatore non utilizza il diverso termine di "consistenza", che semmai avrebbe potuto introdurre una suggestione di graduazione di gravità del fatto contestato. Ancora più conclusiva, del resto, è la dizione dell'art. 3, comma 2, del D.lgs. n. 23 del 2015 che allude alla "insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento".

Sul piano della *ratio* e delle regole di correttezza interpretativa risulterebbe, poi, gravemente lesiva la assoluta emarginazione della sanzione indennitaria in favore di un totale ed esclusivo recupero della tutela reintegratoria, esito peraltro inevitabile della alternativa interpretazione.

Ma è proprio la palese contraddizione con una opzione legislativa oggettivata nel testo e sbandierata in ogni sede (lavori preparatori, relazione di accompagnamento, etc.) a testimoniare che probabilmente l'orientamento qui contestato è soltanto il frutto della resistenza ad abbandonare una consolidata (e più agevole) equazione tra licenziamento illegittimo e reintegrazione, accreditata da 42 anni di art. 18, che hanno lasciato il segno nella cultura giuslavoristica; della difficoltà a concepire che un atto unilaterale invalido possa provocare un effetto meramente indennitario e non il ripristino dello *status quo ante* mediante la prosecuzione ininterrotta del rapporto.

Eppure il modello normativo che separa il piano della invalidità del recesso da quello della tipologia sanzionatoria, prevedendo una conseguenza solo indennitaria del vizio del licenziamento, è presente negli ambiti dimensionali minori, per i dirigenti e nella più parte degli Stati europei, senza che a tutt'oggi vi sia stato alcun anatema di matrice europea o costituzionale.

Per completezza, è opportuno segnalare che, talora in via di eccezione, il vaglio di gravità può essere proiettato anche sul piano della individuazione degli effetti del licenziamento illegittimo, in apparente deroga a quanto previsto dalla normativa legale: ciò accade solo ove la previsione di contratto collettivo invocata nella contestazione disciplinare faccia espresso riferimento alla "gravità" del nocumento morale o materiale inflitto alla azienda datrice dal comportamento del lavoratore. (v. esemplificativamente l'art. 54, sez. V, lett. c) e VI lett. c) del CCNL del 2011 per il personale di Poste Italiane nonché l'art. 64 lett. d) del CCNL del 2012 della mobilità - area Ferroviaria).

In tal caso infatti la gravità diviene elemento costitutivo del fatto oggetto di contestazione, sicchè, in assenza di adeguata prova, è proprio il fatto ad essere insussistente. In tal senso si è pronunciata la Corte di Cassazione con sent. 13.10.2015 n. 20545 (rel. Roselli) secondo cui nella ipotesi di previsione collettiva e di contestazione disciplinare che alludano alla "gravità" del comportamento del lavoratore, il grave nocumento *"è parte integrante della fattispecie di illecito disciplinare in questione, onde l'accertamento della sua mancanza determina quella insussistenza del fatto addebitato al lavoratore, prevista dall'art. 18 l. n. 300 del 1970, modificato dall'art. 1, comma 42, l. 28 giugno 2012 n. 92, quale elemento costitutivo del diritto al ripristino del rapporto di lavoro"*.

Analogamente se il profilo doloso del comportamento del lavoratore è richiesto dalla contrattazione collettiva ed è oggetto della contestazione del datore di lavoro, la mancata prova della "gravità soggettiva" equivarrà a insussistenza del fatto, conseguendone la tutela reintegratoria.

2. L'equiparazione a "fatto insussistente" del fatto privo di rilievo disciplinare.

Naturalmente, come in più occasioni chiarito anche dalla Suprema Corte (sentenza n. 10019/2015 e n. 18418/2016) perché il fatto sia ritenuto "sussistente" occorre che presenti un sia pur minimo rilievo disciplinare e sia accompagnato da coscienza e volontarietà del comportamento.

Una vicenda completamente priva di sostanza disciplinare (quale i mancati auguri al capo o l'aver tifato per una squadra diversa da quella sponsorizzata dal titolare della impresa) o non imputabile per difetto soggettivo non integra un inadempimento ed è pienamente equiparabile a "fatto insussistente".

L'equazione, pienamente condivisibile, non autorizza, però, a concludere, con palese fraintendimento logico-sistematico, che "la valutazione di proporzionalità della sanzione ...seguita ad essere compresa nel giudizio diretto all'accertamento della sussistenza del fatto contestato" e quindi rileva ai fini della sanzione che consegue al licenziamento illegittimo (così da ultimo Giubboni, ma già in precedenza vari Autori): in presenza di una condotta priva del carattere di inadempimento, non è in gioco un giudizio di gravità/proporzionalità, bensì la totale assenza di un fatto di rilievo disciplinare.

In definitiva anche una vicenda di lieve rilievo disciplinare (purchè non frutto di mera invenzione del datore) rende sì illegittimo il licenziamento, per vizio di proporzionalità, ma vale a risolvere il rapporto, salvo il predetto indennizzo in favore del lavoratore licenziato. Fa eccezione a tale postulato, ma solo nel regime Fornero e non in quello del D.lgs. del 2015, l'ipotesi in cui la non proporzionalità del recesso risulti espressamente dalle previsioni dei contratti collettivi che ricollegano alla condotta contestata una sanzione conservativa. Qui la diversa e più stringente sanzione della reintegrazione si giustifica per la consapevolezza a priori e *per tabulas* della sproporzione del provvedimento espulsivo, consapevolezza minore e, *ex post*, nel caso in cui sia il giudice a rilevare la sproporzione in assenza di dati testuali.

3. Le tesi che recuperano per intero il canone della proporzionalità. Critica.

A questa obbligata soluzione interpretativa si è opposta altra, coltivata da una parte della giurisprudenza di merito e da una dottrina comprensibilmente nostalgica, secondo cui non si può rinunciare al vaglio di proporzionalità di cui all'art. 2106 c.c. neanche ai fini della selezione delle conseguenze del licenziamento illegittimo.

La tesi, che tuttavia appare priva di qualsivoglia fondamento testuale e sistematico e palesemente influenzata da una resistenza ideologica, si affida principalmente a tre linee argomentative:

aa) Partendo dalla cennata e condivisibile premessa che equivale a fatto insussistente quello totalmente privo di rilievo disciplinare (con applicazione della tutela reintegratoria), viene forzata l'equiparazione in direzione del "fatto di rilievo disciplinare sostanzialmente irrilevante" (Cass. 13178/2017), per poi scivolare verso "il fatto di scarso rilievo disciplinare" e verso "il fatto di non proporzionato rilievo disciplinare", approdando così, attraverso una fuorviante sequenza, ad una verifica di gravità del fatto medesimo anche in ordine alla ricognizione della sanzione applicabile al licenziamento illegittimo.

In questa ottica la reintegrazione dovrebbe essere sancita non solo se l'accusa datoriale è del tutto infondata o inventata, ma anche se il fatto, pur sussistente e avente rilievo disciplinare, non assume rilevanza sufficiente a giustificare il licenziamento ovvero se non è di gravità tale da legittimarlo. Il che significherebbe reintrodurre, anche ai fini delle conseguenze del licenziamento illegittimo, una verifica di graduazione di gravità del comportamento.

La soluzione indennitaria - come già accennato - scomparirebbe così dall'orizzonte sanzionatorio (anche perché nell'ipotesi alternativa di un licenziamento "proporzionato" alla infrazione commessa, il recesso sarebbe pienamente legittimo e non darebbe luogo ad alcuna sanzione). Replicare lo stesso vaglio di proporzionalità e di gravità sulle due fasi del sindacato giudiziale (verifica di legittimità del licenziamento/selezione della sanzione) avrebbe, infatti, come inevitabile esito, che ogni licenziamento illegittimo per vizio di "sproporzione" sottenderebbe sempre un fatto privo di gravità e, come tale, secondo i sostenitori dell'orientamento qui illustrato, insussistente.

Con quale incoerenza con il dettato e la volontà legislativa, che postula conseguenze giuridiche alternative del recesso privo di giustificazioni, è stato già accennato.

bb) Ulteriore argomentazione in favore del recupero del criterio di proporzionalità anche ai fini della individuazione della sanzione viene rinvenuto nell'art. 1455 c.c. secondo cui "il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra", norma che allude con evidenza ad un canone di proporzionalità tra risoluzione e tipologia dell'inadempimento.

È agevole rilevare, però, che una norma civilistica di carattere generale non può essere invocata per smontare un assetto normativo speciale, frutto di consapevole ed esplicita intenzione di superare l'egemonia assoluta della tutela reintegratoria.

cc) I sostenitori dell'orientamento in parola traggono altresì spunto dall'ipotizzato paradosso cui condurrebbe la soluzione interpretativa qui preferita. Essi si chiedono come può una condotta di lievissimo rilievo disciplinare (ad es. ritardo di pochi minuti) provocare la risoluzione del rapporto, sia pure accompagnata da un indennizzo in favore del lavoratore pretestuosamente licenziato.

Senonché la palese discrasia ben può essere "sanata", almeno nelle ipotesi di pretestuosità macroscopica, mediante il ricorso alle figure del motivo illecito, della frode alla legge o della discriminazione, poiché è evidente che nel caso in esame il recesso datoriale perseguirebbe una finalità ben diversa da quella sottesa al provvedimento disciplinare e rappresenterebbe una modalità surrettizia per sottrarsi al vincolo legale della reintegrazione.

4. Le pronunce della Corte di Cassazione.

La prima soluzione interpretativa qui argomentata trova un decisivo conforto nella crescente giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Già nella originaria pronuncia del 6.11.2014 n. 23699 (rel. Arienzo) la Suprema Corte aveva chiarito sia pure in modo incidentale che *"Il nuovo art. 18 tiene distinto dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo (...). La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, (...) con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato"*. In termini molto simili si è pronunciata di recente Cass. 13178/2017 (rel. Ghinoy).

Al tempo stesso, nell'ottica di razionalizzare l'esito interpretativo, la Cassazione ha peraltro chiarito che *"L'assenza di illiceità di un fatto materiale pur sussistente, deve essere ricondotta all'ipotesi, che prevede la reintegra nel posto di lavoro, dell'insussistenza del fatto contestato, mentre la minore o maggiore gravità (o lievità) del fatto contestato e ritenuto sussistente, implicando un giudizio di proporzionalità, non consente l'applicazione della tutela c.d. reale"* (sent. 20.9.2016 n. 18418 rel. Balestrieri); analogamente Cass. 16.5.2016 n. 10019 (rel. Spena): *"La ipotesi normativa della "insussistenza del fatto contestato" comprende non soltanto i casi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia rilievo disciplinare o quanto al profilo oggettivo ovvero quanto al profilo, soggettivo, della imputabilità della condotta al dipendente. Ciò si ricava sotto il profilo letterale dall'uso della locuzione "fatto contestato", che lega la materialità del fatto alla sua rilevanza disciplinare e, sotto il profilo logico, dalla assoluta sovrapponibilità, sotto il profilo disciplinare, dei casi di condotta materialmente inesistente a quelli di condotta che non costituisca inadempimento degli obblighi del lavoratore ovvero non sia imputabile al lavoratore stesso"*; e già Cass. 13.10.2015 n. 20540 rel. Roselli: *"la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla reintegrazione ai sensi dell'art. 18, comma 4"*.

Ulteriore precisazione della Suprema Corte concerne l'equiparazione a "fatto insussistente" di una condotta pur fenomenicamente verificata, ma di cui non vi è prova della commissione da parte del soggetto incolpato (Cass. 18.7.2017 n. 17736)

5. L'incertezza del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo.

Se è vero che tra le finalità della duplice riforma della disciplina dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori vi era anche quella di fornire alle parti una maggiore certezza e prevedibilità delle rispettive situazioni giuridiche in ordine alla risoluzione del rapporto di lavoro, l'obiettivo non può certo dirsi raggiunto.

La problematicità del discrimine utilizzato per selezionare il regime sanzionatorio del licenziamento privo di giustificazione causale (in/sussistenza del fatto) ha consentito letture fortemente impregnate da elementi valutativi e palesi forzature logico-giuridiche, talora del tutto in contrasto con la palese intenzione e con i termini utilizzati dal legislatore.

Inoltre la pluralizzazione dei regimi giuridici che assumono a variabile discrezionale di volta in volta la data di assunzione, le dimensioni della azienda, la conclusione di conciliazioni in sedi "protette",

il carattere discriminatorio del recesso datoriale, la natura formale o sostanziale del vizio nonché il verificarsi o meno del fatto contestato fa sì che non sia agevole per le parti, per l'interprete e per il consulente districarsi al fine di conoscere in anticipo le conseguenze di un provvedimento risolutivo.

Insomma ce n'è abbastanza per confondere l'esperto giuslavorista, figurarsi l'investitore straniero che pure, nelle intenzioni, era uno dei destinatari privilegiati del processo di incremento della c.d. flessibilità in uscita.

L'(in)sussistenza del fatto nel licenziamento

Annalisa Di Paoloantonio

A distanza di anni dall'entrata in vigore della legge n. 92 del 2012, il dibattito sull'interpretazione dei commi 4 e 5 del novellato art. 18 non ha perso attualità, non solo e non tanto perché le pronunce della Corte di Cassazione, a partire dalla sentenza n. 23669 del 2014, sono state occasione per interventi critici o adesivi da parte dei sostenitori, in dottrina, delle diverse tesi a confronto, ma anche e soprattutto in ragione del nuovo intervento legislativo attuato con il d.lgs. n. 23 del 2015 che, se nelle intenzioni del legislatore doveva, tra l'altro, porre fine alla *querelle* interpretativa, in realtà si è rivelato fonte di ulteriori incertezze, in quanto non sono mancate voci dissonanti sulla natura innovativa o meno della nuova disciplina nonché sulla rilevanza che può spiegare in sede esegetica la contemporanea vigenza delle due norme.

Sul primo dei due aspetti si può dire che proprio la diversità delle discipline destinate a convivere porta ad escludere che, in difetto di una espressa volontà manifestata in tal senso dal legislatore, si possa attribuire alla nuova normativa anche una valenza interpretativa della norma preesistente.

Peraltro un tentativo di armonizzazione in sede esegetica delle discipline potrebbe essere fondato sulla necessità di evitare ingiustificate disparità di trattamento fra lavoratori addetti alla medesima unità produttiva e, quindi, di superare i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 3 del d.lgs n. 23 del 2015, avanzati da più parti anche sotto detto profilo.

Infatti la scelta del legislatore di ancorare il discrimine temporale alla data dell'assunzione piuttosto che a quella del licenziamento, comporta che la diversità di trattamento non possa essere giustificata con il richiamo al principio del fluire del tempo, quale valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche, perché il regime transitorio è incentrato sul momento genetico del rapporto e non su quello della valutazione del fatto.

È noto, però, che il limite alla interpretazione costituzionalmente orientata, che non può mai essere *contra ius*, è dato dalla formulazione della norma, sicché occorre confrontarsi con entrambi i testi normativi che vengono in rilievo.

Quanto all'art. 18, come novellato dalla legge n. 92 del 2012, si può dire, in estrema sintesi, che sul concetto di insussistenza del fatto il dibattito in dottrina si è polarizzato fra due tesi contrapposte: da un lato si è sostenuto che per fatto deve intendersi la sola condotta realizzatasi nella realtà fenomenica, comprensiva unicamente di azione o omissione, nesso di causalità ed evento, e, quindi, il fatto materiale; dall'altro si è, invece, evidenziato che il fatto perché possa assumere rilevanza disciplinare deve essere giuridico e cioè imputabile al lavoratore, qualificato da uno specifico elemento volitivo e di gravità tale da giustificare il recesso dal rapporto.

Entrambe dette tesi estreme prestano il fianco a critiche difficilmente superabili, posto che da un lato non sfugge alla censura di irragionevolezza un regime che neghi la tutela reintegratoria in caso di contestazione di una condotta, sussistente *in rerum natura* ma priva di ogni carattere di

antigiuridicità o non imputabile al lavoratore; dall'altro l'estensione del concetto di fatto fino a ricomprendere il giudizio di proporzionalità fra illecito e sanzione finisce per privare di qualunque significato la modifica legislativa; rende inutile la previsione della tutela reintegratoria nell'ipotesi in cui i contratti collettivi stabiliscano la sanzione conservativa, ipotesi che sarebbe già ricompresa nell'assenza di proporzionalità; sostanzialmente fa coincidere l'insussistenza del fatto con l'assenza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

Forse fuorviante, e tale si è rivelata perché sulla stessa il legislatore ha fondato il successivo intervento normativo, è stata la contrapposizione fra fatto materiale e fatto giuridico, perché è condivisibile la tesi di chi ritiene che nel momento in cui l'ordinamento fa discendere da un fatto una conseguenza giuridica, il fatto per ciò solo assume rilevanza per il diritto e cessa di essere meramente materiale.

Ciò che rileva, in realtà, non è la qualificazione del fatto come giuridico o materiale ma è la sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta, il che presuppone la individuazione ad opera dell'interprete degli elementi che devono ricorrere perché possa dirsi realizzato "il fatto contestato".

E a tal fine non possono assumere alcuna rilevanza le formule assolutorie del processo penale, pure evocate da qualche commentatore, perché il legislatore, nella graduazione delle tutele in caso di licenziamento illegittimo, non ha tenuto conto della molteplicità delle situazioni che nel processo penale si esprime nelle diverse formule, sicché del tutto irragionevole sarebbe limitare la insussistenza del fatto alla omessa integrazione degli elementi che compongono la condotta, ed escludere, di conseguenza, dalla tutela reintegratoria le ipotesi previste dalle altre formule che nel processo penale si equivalgono sul piano degli effetti ed evidenziano l'assenza di antigiuridicità del comportamento, la non riferibilità dello stesso all'incolpato, la mancanza di imputabilità di quest'ultimo.

Credo si possa dire che la giurisprudenza della Corte di Cassazione non ha optato per nessuna delle due tesi estreme a confronto, perché il richiamo al fatto materiale, che pure si rinviene nella motivazione di alcune decisioni, non può essere avulso dall'ulteriore sviluppo motivazionale delle decisioni stesse, dalle fattispecie concrete nelle quali sono intervenute, dal tenore dei motivi accolti o rigettati dalla Corte.

Non a caso la recente sentenza 13178 del 25 maggio 2017, nel fare il punto sulla precedente elaborazione giurisprudenziale della Corte, ricostruisce in termini di continuità le pronunce, evidenziando che il principio affermato da Cass. n. 23669 del 6 novembre 2014 "è stato ripreso, sviluppandone l'effetto applicativo, da Cass. 13.10.2015 n. 20540, Cass. 20.9.2016 n. 18418 e Cass. 12.5.2016 n. 10019, secondo cui l'insussistenza del fatto contestato comprende anche l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità o rilevanza giuridica, e quindi il fatto sostanzialmente inapprezzabile sotto il profilo disciplinare, oltre che il fatto non imputabile al lavoratore" e da Cass. 13.10.2015 n. 20545, che ha chiarito che ogniqualvolta il fatto contestato presupponga anche un elemento non materiale (come la gravità del danno) allora tale elemento diventa anch'esso parte integrante del "fatto materiale" come tale soggetto ad accertamento, sicché anche in tale ipotesi l'eventuale carenza determina la tutela reintegratoria".

Che la Corte non abbia mai accolto l'accezione di "fatto materiale" nei termini sollecitati dalla prima delle due tesi alle quali si è fatto riferimento, emerge dalla lettura dell'intera motivazione della sentenza n. 23669 del 2014, pronunciata in una fattispecie nella quale il fatto era stato

escluso perché, contestata dal datore di lavoro l'abitudine di comportamenti scorretti, quest'ultima non era stata provata, avendo l'azienda fornito la prova di singole condotte, ma non del legame richiesto dalla contestazione. È significativo, poi, che in altra parte della motivazione si faccia riferimento al "fatto che ha dato causa al licenziamento" e che il richiamo al fatto materiale sia strettamente correlato al giudizio di proporzionalità, sul quale il motivo sollecitava la riflessione.

Sebbene diversa sia stata la percezione della decisione da parte della dottrina, mi sembra si possa dire che la linea di continuità sia stata rimarcata dalle successive pronunce nelle quali il precedente della Corte è stato, appunto, richiamato per sottolineare che la decisione, resa in un caso in cui era stata accertata "l'insussistenza del fatto contestato", aveva solo espunto dall'area dell'insussistenza la violazione da parte del datore di lavoro del principio sancito dall'art. 2106 c.c.

In tutte le pronunce richiamate si sottolinea la duplicità del giudizio che la norma chiama ad effettuare perché la prima valutazione da compiere è quella relativa all'assenza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo, rispetto alla quale nulla è innovato, sicché vanno apprezzati tutti gli elementi oggettivi e soggettivi del caso concreto per valutarne la idoneità a ledere il vincolo fiduciario; la seconda, che costituisce un *posterius* sul piano logico, è quella della individuazione delle conseguenze da ricondurre alla accertata illegittimità del licenziamento.

È utile rimarcarlo perché, sebbene la duplicità dei piani possa apparire evidente, non di rado, soprattutto con riferimento al tema della tenuta costituzionale della normativa, si sollevano obiezioni che non considerano detta duplicità, ossia che un conto è la tutela del lavoratore a fronte del licenziamento illegittimo, ritenuta necessaria dalla Corte Costituzionale sin dalle prime pronunce degli anni '60, altro è la scelta, rimessa al legislatore, del tipo di tutela che, purché effettiva, non deve necessariamente comportare la prosecuzione del rapporto, come evidenziato dalla stessa Corte nella sentenza n. 46 del 2000.

In via conclusiva possiamo dire che la giurisprudenza di legittimità ha elaborato una nozione di insussistenza del fatto contestato che, come efficacemente sottolineato dalla sentenza n. 10019 del 2016, "comprende non soltanto i casi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità, ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia rilievo disciplinare o quanto al profilo oggettivo ovvero quanto al profilo soggettivo della imputabilità della condotta al dipendente".

È significativo che per pervenire a dette conclusioni siano stati valorizzati, da un lato, il tenore letterale della norma, che fa riferimento al "fatto contestato", dall'altro, sotto il profilo logico, la assoluta sovrapponibilità "dei casi di condotta materialmente inesistente a quelli di condotta che non costituisca inadempimento degli obblighi contrattuali ovvero non sia imputabile al lavoratore stesso".

Una nozione di "fatto" che, valorizzando il richiamo alla contestazione, e, quindi, alla rilevanza disciplinare della condotta, porta a ricomprendere nella tutela reintegratoria, non solo quei casi estremi sui quali in dottrina si è fatto leva per censurare la tesi del "fatto materiale" rigorosamente inteso, ma tutte le ipotesi in cui sia da escludere in radice un inadempimento, anche sotto il profilo soggettivo, perché la condotta non è accompagnata dalla necessaria coscienza e volontà oppure è stata tenuta in un contesto in relazione al quale nessun addebito può essere mosso al lavoratore.

Ovviamente non va confusa l'assenza dell'elemento soggettivo necessario ad integrare l'illecito

disciplinare, che esclude in radice la configurabilità dell'inadempimento contestato, con la valutazione dell'intensità della colpa o del dolo, che rileva ai fini del giudizio di proporzionalità, ma che costituisce un *posterius* rispetto all'accertamento della sussistenza dell'imputabilità dell'inadempimento medesimo.

Per quanto le esemplificazioni possano a volte ingenerare equivoci, tanto più che le stesse difficilmente riescono ad essere esaustive, credo si possa dire che, una volta ricondotta all'assenza del "fatto contestato" sia la mancanza di illiceità della condotta, sia la non imputabilità dell'inadempimento, logico sviluppo del principio è l'estensione della nozione alle ipotesi di assenza di coscienza e volontà dell'azione, purché non addebitabile al lavoratore, dello stato di necessità, del caso fortuito, della forza maggiore, ma anche dell'esercizio del diritto, che priva di antiggiuridicità la condotta, e dell'assenza dell'elemento intenzionale, ogniqualevolta questo caratterizzi l'illecito non in termini di gravità bensì nel senso di rendere il comportamento assolutamente neutro dal punto di vista disciplinare se non sorretto dall'elemento soggettivo qualificante.

Se la discrezionalità del legislatore incontra un limite nella ragionevolezza e nella non arbitrarietà delle differenziazioni operate, la norma non può che essere interpretata, estendendola oltre l'insussistenza del fatto materiale e ricomprendendo nella sua portata applicativa ogni ipotesi in cui debba essere esclusa in radice la antiggiuridicità della condotta o la addebitabilità dell'inadempimento.

Si tratta ora di valutare se alle medesime conclusioni si possa pervenire in relazione ai licenziamenti soggetti alla diversa disciplina dettata dal d.lgs. n. 23 del 2015 che limita la tutela reintegratoria all'ipotesi di "insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la proporzione del licenziamento".

In dottrina si sono ripresentate le tesi estreme perché da un lato i fautori della tesi del fatto materiale hanno ravvisato nella nuova locuzione normativa una conferma della esegesi sostenuta ed hanno riproposto l'interpretazione secondo la quale la tutela reintegratoria, in quanto di carattere eccezionale, deve rimanere circoscritta alla sola assenza degli elementi costitutivi della condotta, come realizzatasi nella realtà fenomenica, senza che possa assumere alcun rilievo l'atteggiamento psicologico dell'agente; dall'altro fra i fautori del fatto giuridico vi sono stati tentativi di mettere in evidenza il carattere atecnico della nozione di fatto materiale, di valorizzare il richiamo alla contestazione, di fare leva sul concetto di inadempimento per giungere alle conclusioni già espresse in passato.

Altri autori, che pure in precedenza avevano aderito alla seconda delle due tesi a confronto, ne hanno sostenuto la insostenibilità rispetto alla nuova normativa ed hanno percorso strade diverse, per lo più valorizzando le categorie civilistiche, per affermare che la contestazione di un fatto assolutamente privo di rilievo disciplinare si risolve in abuso del mezzo utilizzato o in una frode alla legge; altri ancora hanno mediato fra le tesi opposte, che presentano entrambe profili di criticità, ed hanno evidenziato che il fatto per avere rilievo a fini disciplinari deve pur sempre essere accompagnato da un minimo di volontarietà e di colpevolezza.

La varietà delle opinioni espresse è sintomatica della complessità della questione perché se è vero che occorre misurarsi con il tenore letterale della norma, è parimenti indubbio che la stessa debba essere interpretata avendo presente che la differenziazione delle tutele deve avere una base ragionevole e razionale, in difetto della quale la normativa non sfuggirebbe ad una possibile

illegittimità costituzionale, tanto più che, una volta consolidatasi nel diritto vivente l'interpretazione dell'art. 18 alla quale prima si è fatto riferimento, occorre anche confrontarsi con la problematica, accennata all'inizio della relazione, della disparità di trattamento che l'applicazione del diverso regime giuridico può determinare con riferimento a recessi intimati nel medesimo contesto spazio-temporale.

L'approccio, quindi, non può essere quello che valorizza oltre misura il tenore letterale della locuzione "fatto materiale", per escludere l'applicazione della tutela reintegratoria in ogni ipotesi in cui la condotta sia stata realizzata nella realtà fenomenica.

Penso che si possa concordare sulla necessità che il fatto, anche se apprezzato nella sua materialità, debba essere riferito al lavoratore e che, quindi, ai fini della graduazione delle tutele alla insussistenza debba essere equiparata la addebitabilità ad altri della condotta, il che già sposta l'indagine dal piano puramente oggettivo a quello soggettivo, ossia al legame che deve sussistere fra il soggetto e l'atto che si assume che lo stesso abbia posto in essere.

Si potrebbe sostenere che questo legame non può essere apprezzato solo sul piano oggettivo perché in tanto una condotta può essere riferita all'agente in quanto quest'ultimo abbia tenuto il comportamento con coscienza e volontà.

D'altro canto il giudizio di responsabilità, a qualunque fine venga espresso, presuppone una libera determinazione del soggetto che abbia tenuto la condotta ritenuta meritevole di sanzione, sicché potrebbe apparire irragionevole una differenziazione delle tutele fra l'ipotesi del fatto non riferibile all'agente ma ad altri, e quello del fatto, che per essere stato realizzato in uno stato di incoscienza o di coartazione assoluta, finisce per essere egualmente estraneo al soggetto, sia pure sotto il profilo soggettivo, perché non espressione della sua volontà.

Inoltre poiché anche l'art. 3, al pari dell'art. 18, fa riferimento alla contestazione, come si è visto valorizzata dalla Corte di Cassazione per equiparare alla insussistenza del fatto la completa irrilevanza dello stesso sotto il profilo disciplinare, si potrebbe sostenere che detta equiparazione possa trovare ingresso anche rispetto alla nuova disciplina, con la conseguenza che, alla luce delle pronunce che hanno ricondotto l'assenza di proporzionalità alla previsione del quinto comma dell'art. 18, sfumerebbe l'effettiva portata innovativa del riferimento al fatto materiale.

È doveroso esprimersi in termini dubitativi perché non mancano argomenti a favore dell'una e dell'altra tesi con i quali la Corte di Cassazione, qualunque sarà la soluzione adottata, dovrà confrontarsi.

L'insussistenza del "fatto" nel sistema di tutele contro i licenziamenti illegittimi dell'art. 18 riformato

Paolo Sordi

1. Il problema del confine tra tutela reintegratoria attenuata e tutela indennitaria forte.	40
2. L'ipotesi di partenza: la distinzione tra il "fatto" e la sua incidenza sulla funzionalità del contratto.	40
3. Verifica dell'ipotesi: a) l'«insussistenza del fatto contestato» di cui all'art. 18, quarto comma.	41
4. segue: b) le «previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili».	43
5. segue: c) l'insussistenza «manifesta» del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.	44
6. segue: d) l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata in caso di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.	46
7. Una possibile obiezione.	47
8. Conclusioni.	49

1. Il problema del confine tra tutela reintegratoria attenuata e tutela indennitaria forte.

L'individuazione del confine tra le due forme di tutela "intermedie" (la tutela c.d. reintegratoria attenuata e quella c.d. indennitaria forte) previste dall'art. 18 l. n. 300 del 1970 novellato è condizionata essenzialmente dalla soluzione di quattro questioni interpretative, due riguardanti il licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, altre due concernenti il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Precisamente, si tratta di stabilire: 1) se integra gli estremi della «insussistenza del fatto contestato» di cui all'art. 18, quarto comma, il caso in cui il lavoratore sia responsabile dell'inadempimento addebitatogli dal datore di lavoro, ma questo non sia ritenuto dal giudice connotato da una gravità tale da poter integrare gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo di licenziamento; 2) come debba intendersi il riferimento, operato dallo stesso quarto comma dell'art. 18, alle «previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili»; 3) cosa distingue l'insussistenza «manifesta» del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui al settimo comma, secondo periodo, del nuovo art. 18, dall'insussistenza «semplice»; 4) come debba intendersi la previsione, espressa dallo stesso secondo comma del settimo periodo, secondo cui, in caso di manifesta insussistenza del predetto fatto, il giudice «può» applicare la tutela di cui al precedente quarto comma.

2. L'ipotesi di partenza: la distinzione tra il "fatto" e la sua incidenza sulla funzionalità del contratto.

Scopo del presente scritto è quello di verificare la possibilità di fornire alle predette quattro questioni soluzioni che, complessivamente valutate, definiscano un quadro del nuovo apparato di tutele caratterizzato da coerenza interna.

A tal fine si assume, quale base da cui prendere le mosse, la constatazione che le fattispecie legali di giusta causa e di giustificato motivo sono articolate su due elementi: un "fatto" e l'incidenza di tale "fatto" sulla funzionalità del contratto.

Nel giustificato motivo soggettivo (il «notevole adempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro») il "fatto" consiste nell'inadempimento del dipendente che, però, deve anche essere «notevole» e, cioè, tale da pregiudicare irreparabilmente l'interesse del datore di lavoro alla prosecuzione del rapporto, stante l'inaffidabilità della controparte contrattuale.

Nel giustificato motivo oggettivo, il "fatto" consiste in una ragione di tipo economico, ma poiché non qualsiasi ragione economica è qualificabile come giustificato motivo oggettivo, essa deve anche essere tale da imporre la soppressione del posto di lavoro e, cioè, tale da eliminare la convenienza del datore di lavoro alla persistenza del rapporto. Ovvero esso consiste in una vicenda personale del lavoratore (inidoneità psicofisica, provvedimento di autorità giudiziaria o amministrativa) che sia tale da rendere addirittura impossibile l'esecuzione del contratto di lavoro (così, non qualsiasi infermità permanente integra gli estremi di giustificato motivo oggettivo, ma solamente quella che, determinando l'incapacità del dipendente ad eseguire le proprie prestazioni, impedisce la funzionalità del contratto).

Infine, nella giusta causa, il "fatto" consiste in un inadempimento (ovvero in una condotta del dipendente di altro tipo) idoneo a far venir meno la fiducia del datore di lavoro sull'esattezza dei futuri adempimenti del lavoratore anche nel limitato periodo di durata del preavviso.

Così come in passato, anche dopo la novella del 2012 il controllo del giudice si estende su entrambi

gli elementi della fattispecie (ad esempio, nel licenziamento disciplinare, il giudice verifica tanto l'esistenza di un inadempimento imputabile al lavoratore, quanto la gravità di tale inadempimento, vale a dire la sua idoneità a rendere non più affidabile l'esecuzione del contratto). La differenza sta invece nelle conseguenze derivanti dall'esito negativo per il datore di lavoro di tale attività giudiziale di controllo. Nell'originaria versione dell'art. 18, la conseguenza era comunque la reintegrazione nel posto di lavoro con integrale risarcimento del danno, tanto nel caso in cui il giudice avesse ritenuto insussistente il primo elemento della fattispecie (ad esempio, nel licenziamento disciplinare, l'inadempimento imputabile), quanto nel caso in cui avesse ritenuto insussistente il secondo elemento (il carattere notevole dell'inadempimento)

L'ipotesi che qui si formula e che si sottoporrà a verifica postula che, oggi, la linea di confine tra la tutela reintegratoria attenuata e quella indennitaria forte coincide con la distinzione tra valutazione giudiziale negativa sull'esistenza del "fatto" e valutazione giudiziale negativa sull'incidenza di quel "fatto" sulla funzionalità del contratto.

Vale a dire che il nuovo sistema di tutele contro il licenziamento illegittimo si caratterizza per la diversa rilevanza attribuita alla esistenza/inesistenza del "fatto" posto a base del recesso datoriale, da un lato, rispetto a quella connessa con l'incidenza di quel "fatto" sulla funzionalità del rapporto, dall'altro: se manca il "fatto" la conseguenza è la reintegrazione (nella sua forma attenuata); se il "fatto" sussiste, ma esso non è considerato dal giudice – contrariamente a quanto ritenuto dal datore di lavoro – come tale da pregiudicare definitivamente la funzionalità del rapporto (l'inadempimento non è né notevole, né notevolissimo, la ragione economica non giustifica l'espulsione del lavoratore dall'organizzazione aziendale), la conseguenza è la tutela indennitaria forte.

In altri termini, si tratta di un sistema di tutele nel quale alla coppia esistenza/inesistenza del "fatto" posto a fondamento del licenziamento corrisponde la coppia estinzione/prosecuzione del rapporto, mentre alla coppia esistenza/inesistenza degli altri elementi costitutivi del potere di recesso datoriale corrisponde la coppia insussistenza/sussistenza dell'obbligo di indennizzo.

Un apparato di tutele così congegnato comporta, in definitiva, che alla valutazione del giudice circa l'idoneità del fatto addotto dal datore di lavoro a sostegno del proprio recesso non consegue mai la reintegra nel posto di lavoro. Infatti, se la valutazione del giudice al riguardo coincide con quella del datore di lavoro (nel senso, cioè, che anche l'organo giudicante ritenga – al pari del datore di lavoro – che il "fatto" indicato a fondamento del licenziamento impedisca la prosecuzione del rapporto), il licenziamento non potrà che essere considerato legittimo, con conseguente estinzione del rapporto. Se, viceversa, la valutazione giudiziale dovesse essere di segno opposto a quella operata dal datore (ritenendo il giudice che il fatto, seppure esistente, non sia tale da pregiudicare definitivamente la funzionalità del contratto), il giudice, a norma dei commi quinto e settimo, secondo periodo, del nuovo art. 18, dichiarerà comunque risolto il rapporto e condannerà il datore solamente al pagamento di un'indennità.

3. Verifica dell'ipotesi: a) l'«insussistenza del fatto contestato» di cui all'art. 18, quarto comma.

L'impostazione qui propugnata comporta che per «insussistenza del fatto contestato» ex art. 18, quarto comma, deve intendersi il caso in cui non sia configurabile, a carico del lavoratore, un inadempimento imputabile. Se, invece, il fatto addebitato al dipendente licenziato sia qualificabile come inadempimento a lui imputabile, ma il giudice ritenga che esso non sia né talmente

grave da impedire la prosecuzione anche temporanea del rapporto, né «notevole» ai sensi dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966, si ricade nelle altre ipotesi alle quali il quinto comma del nuovo art. 18 collega la mera tutela indennitaria forte⁶⁷.

Ulteriore conseguenza è che il giudizio di proporzionalità tra la gravità della condotta del dipendente e il provvedimento espulsivo non ha alcuna rilevanza ai fini dell'accertamento della «insussistenza del fatto contestato» di cui al quarto comma. Quindi, tutte le circostanze del singolo caso che la giurisprudenza ritiene rilevanti al fine di stabilire la «gravità in concreto» del fatto posto in essere dal lavoratore (l'intensità dell'elemento intenzionale o di quello colposo, la sussistenza o meno di precedenti disciplinari, l'assenza di danno per l'attività produttiva, la pregressa durata del rapporto di lavoro, ecc.), rilevando solamente al fine di qualificare l'inadempimento come «notevole» ovvero la condotta del lavoratore come tale da impedire «la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto», debbono essere prese in considerazione esclusivamente al fine di accertare se si verta in una delle «altre ipotesi in cui [...] non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro» di cui al quinto comma del nuovo art. 18.

L'esattezza di tali conclusioni è confortata sia da elementi di natura letterale, sia da considerazioni d'ordine sistematico.

Quanto ai primi, va rilevato che non è privo di significato che la norma faccia riferimento al fatto «contestato». Ora, è noto che ciò che deve essere oggetto di contestazione nel procedimento disciplinare sono le circostanze essenziali del fatto ascritto al dipendente, non anche quelle ad esso esterne che possono incidere sulla valutazione della gravità del fatto addebitato e contestato⁶⁸. Sembra dunque coerente con tale generale condizione di esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro concludere che il riferimento al fatto «contestato» debba intendersi circoscritto agli elementi che, secondo l'ordinamento (art. 7 l. n. 300 del 1970), debbono *necessariamente* essere contestati al lavoratore nel procedimento che sfocia nel suo licenziamento per motivi disciplinari.

Passando a considerazioni d'ordine più generale, è innegabile che l'opposta tesi secondo cui per «fatto contestato» dovrebbe intendersi il fatto inclusivo anche degli aspetti del comportamento del lavoratore sotto il profilo dell'elemento soggettivo inteso nel senso, non già solamente dell'esistenza del nesso psicologico (cioè del dolo o della colpa), ma anche della sua intensità nel caso concreto (gravità della colpa, intensità del dolo), comporta il pratico svuotamento della previsione delle «altre ipotesi» di mancata ricorrenza degli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro contenuta nel quinto comma del nuovo art. 18. Invero, una volta che si ritenga che la fattispecie della «insussistenza del fatto contestato» comprenda non solamente i casi in cui la condotta addebitata al dipendente non sussista o non sia imputabile al lavoratore, ma anche quelli in cui quella condotta, pur sussistendo e pur essendo imputabile al dipendente, non sia sufficientemente grave da integrare gli estremi di una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento, non si vede quali residuali fattispecie concrete

⁶⁷ Analogamente, per i fatti che, pur non costituendo inadempimenti contrattuali, sono comunemente compresi nella nozione di giusta causa, ricorre l'ipotesi dell'«insussistenza del fatto contestato» quando il fatto storico addotto dal datore di lavoro o non si sia verificato nella realtà o non sia imputabile al lavoratore ovvero sia di natura tale da non poter neppure essere ipotizzata — a prescindere da qualsiasi considerazione delle circostanze del caso concreto, quali la gravità della colpa o l'intensità del dolo — una sua incidenza sulla fiducia della parte datoriale sull'esattezza dei futuri adempimenti del dipendente.

⁶⁸ Cass., sez. lav., 29 marzo 2006, n. 7221; Cass., sez. lav., 28 marzo 1992, n. 3843.

possano essere incluse nella categoria di vizi del recesso datoriale cui il legislatore del 2012 ha collegato la tutela indennitaria forte.

Né pare riuscito lo sforzo di superare tale difficoltà compiuto da chi ha ipotizzato che la tutela indennitaria forte si applicherebbe nei casi in cui il fatto addebitato al lavoratore, pur non essendo talmente grave da giustificare il licenziamento, sia però di gravità maggiore di quella che giustificherebbe la sanzione della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione. In effetti, tale distinzione appare davvero artificiosa e finisce per rimettere ad una valutazione del giudice del tutto aleatoria l'individuazione della conseguenza (reintegratoria o meramente indennitaria) dell'illegittimità del licenziamento, alterando così in maniera radicale il senso della riforma dell'art. 18 operata dal legislatore. Né si vede sulla base di quali parametri il giudice possa determinare la gravità (per così dire *standard*) che corrisponderebbe alla sanzione della sospensione fino a dieci giorni; al riguardo i codici disciplinari contemplano inadempimenti molto vari tra loro ed è praticamente impossibile estrapolare da quelle previsioni un "quantum" di gravità idoneo a fungere da parametro discrezionale tra i licenziamenti che darebbero luogo a tutela reintegratoria attenuata e licenziamenti che darebbero luogo alla tutela indennitaria forte.

È, quindi, confermato, che l'interpretazione maggiormente attendibile dei commi quarto e quinto del nuovo art. 18 è quella che fa coincidere la distinzione tra «insussistenza del fatto contestato» e le «altre ipotesi» di mancanza degli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro con la differenza tra l'inesistenza dell'inadempimento imputabile e l'inidoneità del (sussistente inadempimento imputabile) a pregiudicare definitivamente la funzionalità del rapporto di lavoro.

4. segue: b) le «previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili».

La validità del risultato appena raggiunto sembrerebbe compromessa dalla previsione del quarto comma dell'art. 18 che, quanto a conseguenze, accomuna all'ipotesi dell'«insussistenza del fatto contestato» quella del fatto che «rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili». Qui, infatti, la norma collega la tutela reintegratoria a casi nei quali l'inadempimento imputabile sicuramente sussiste.

L'apparente anomalia si spiega agevolmente, però, se si considera che, in tali casi, il datore di lavoro, facendo necessario riferimento al codice disciplinare contenuto nel contratto collettivo applicato al rapporto (applicazione che, vale la pena ricordare, è il frutto di una scelta volontariamente assunta dall'imprenditore) ha operato preventivamente e una volta per tutte la propria valutazione sull'inidoneità degli inadempimenti per i quali quel codice disciplinare prevede sanzioni meramente conservative ad incidere in maniera fatale sulla funzionalità dei contratti di lavoro da lui stipulati. Pertanto, tutte le volte in cui il giudice constata che il licenziamento sia stato motivato da un inadempimento per il quale il codice disciplinare applicato dal datore di lavoro preveda una sanzione conservativa, in realtà non sovrappone la propria valutazione a quella dal datore sull'idoneità di quel fatto a pregiudicare definitivamente la funzionalità del contratto, ma semplicemente verifica una contraddizione nel comportamento del datore, il quale, da un lato, ha previamente e in generale valutato quello stesso fatto come compatibile con la prosecuzione del rapporto e dall'altro, nella specifica fattispecie, ha ritenuto invece l'esatto contrario, ponendo quello stesso fatto a fondamento del proprio recesso.

Resta dunque confermato, anche rispetto a tale particolare previsione, l'assunto enunciato all'inizio e secondo il quale caratteristica fondamentale del nuovo assetto di tutele contro i licenziamenti illegittimi è quella secondo la quale, in caso di scostamento della valutazione del giudice da quella del datore sull'incidenza del fatto addotto a base del licenziamento sulla funzionalità del contratto, il rimedio è solamente di tipo economico; nella specifica ipotesi ora in esame, infatti, la conseguenza è quella reintegratoria perché qui la valutazione del giudice è perfettamente coincidente con quella a suo tempo preventivamente effettuata dal datore di lavoro ed è stato quest'ultimo a deviare da quanto da esso stesso stabilito nel momento in cui ha predeterminato le infrazioni punibili con sanzioni conservative.

5. segue: c) l'insussistenza «manifesta» del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Per quanto concerne il licenziamento per ragioni economiche, l'individuazione del confine tra tutela reintegratoria e tutela meramente economica richiede di chiarire, anzitutto, la distinzione tra insussistenza «manifesta» e insussistenza «semplice» del motivo addotto dal datore di lavoro a sostegno del proprio recesso.

Al riguardo la difficoltà deriva, ovviamente, dalla constatazione secondo la quale i fatti o esistono o non esistono, onde, sul piano logico, nulla distingue un fatto insussistente da uno manifestamente insussistente. Non risolvono tale difficoltà quelle proposte interpretative che si riducono a mere variazioni semantiche dell'espressione contenuta nella norma, come quelle secondo cui l'insussistenza sarebbe «manifesta» quando essa sia evidente ovvero facilmente verificabile o, ancora, quando sia riscontrabile un basso grado di coincidenza tra i fatti descritti nella lettera di licenziamento e quelli provati in giudizio. Infatti, dire che, affinché sia dato ingresso alla tutela reintegratoria, l'insussistenza del fatto posto a giustificazione del licenziamento debba essere "evidente" ovvero che essa consista nella notevole discrasia tra quel fatto e quanto provato in giudizio, nulla aggiunge alla formula del settimo comma dell'art. 18 e si finisce così con il lasciare tutto alle valutazioni individuali dei singoli giudici.

Esiti maggiormente solidi si conseguono, invece, se si muove dall'impostazione secondo la quale, in generale, il tratto unificante delle fattispecie di illegittimità del licenziamento per le quali è stabilita la tutela reintegratoria attenuata è costituito dalla circostanza che il vizio del recesso consiste nell'insussistenza dei fatti indicati dal datore a sostegno del proprio recesso.

Una simile impostazione è applicabile anche rispetto alla nozione legale di giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della l. n. 604 del 1966, la quale si articola sull'esistenza di determinate circostanze materiali («inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa») che debbono essere qualificabili come «ragioni» idonee a giustificare l'espulsione del lavoratore dall'azienda.

Anche in tal caso, è quindi possibile distinguere tra l'attività diretta all'accertamento del "fatto" indicato nella comunicazione del licenziamento quale motivo dello stesso e la valutazione di quel "fatto" come ragione di estinzione del rapporto di lavoro, vale a dire la sua incidenza sulla funzionalità del contratto.

Tale distinzione coincide con quella tra «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» e altre ipotesi in cui «non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo» dalla quale dipende l'applicabilità o meno della tutela

reintegratoria.

Ad esempio, nel caso in cui il datore di lavoro deduca, quale motivazione del suo recesso, una diminuzione del fatturato, tale fatto sarà “manifestamente insussistente” se si accerti che non vi sia stata una diminuzione di fatturato o questa non si sia verificata nei termini quantitativi dichiarati dal datore, con conseguente reintegrazione del lavoratore; se invece quella diminuzione si sia verificata effettivamente, ma il giudice ritenga che, valutate tutte le altre circostanze rilevanti al riguardo (ad esempio, la natura meramente congiunturale della crisi di fatturato), debba escludersi che essa sia tale da poter essere qualificata come impeditiva della prosecuzione del rapporto, si applicherà la tutela indennitaria di cui al quinto comma del nuovo art. 18.

Un riscontro, di portata limitata, ma significativo, della coerenza dell'impostazione qui propugnata con l'assetto generale delle tutele predisposte dal legislatore del 2012 per i casi di illegittimità dei licenziamenti intimati per motivi diversi da quelli disciplinari è rappresentato dal primo periodo del settimo comma dell'art. 18, dedicato alle ipotesi in cui il giudice «accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile». Qui la norma prevede comunque e senza eccezioni, l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata, senza lasciare spazi a quella meramente indennitaria.

La cosa si spiega se si considera che, rispetto alle ipotesi contemplate dalla norma appena menzionata, la disciplina del potere datoriale di recesso configura l'incidenza sulla funzionalità del contratto dei “fatti” posti a base del licenziamento in maniera diversa rispetto a quanto stabilito dall'art. 3 della l. n. 604 del 1966 per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

In particolare, nel caso di sopravvenuta inidoneità psico-fisica del lavoratore, il definitivo venir meno dell'utile prosecuzione del rapporto è *in re ipsa*, trattandosi di impossibilità sopravvenuta della prestazione, onde è chiaro che se il “fatto” (cioè l'inidoneità fisica o psichica) sussiste, il licenziamento è automaticamente legittimo, non essendo concepibile alcuna distinta ed ulteriore valutazione sull'incidenza di quel “fatto” sulla funzionalità del contratto.

Nell'altra fattispecie contemplata dal primo periodo del settimo comma dell'art. 7, nel caso in cui le assenze per malattia del dipendente superino un certo numero di giorni, l'ordinamento riconosce al datore di lavoro la facoltà, del tutto discrezionale, di risolvere il contratto; in altri termini, esso rimette all'insindacabile volontà del datore di lavoro la decisione circa la prosecuzione o meno del rapporto; ne consegue che, anche in questo caso, una volta accertata la sussistenza del “fatto” (vale a dire un numero di giorni di assenza per malattia superiore al comporto), non è neppure concepibile un controllo giudiziale sull'idoneità di quel fatto a pregiudicare la funzionalità del contratto, poiché la disciplina del potere datoriale di recesso per simili motivi rimette la valutazione all'insindacabile discrezionalità del datore di lavoro.

Insomma, l'analisi della disciplina dettata dal primo periodo del settimo comma dell'art. 18 conferma che, in generale, nel nuovo assetto delle tutele contro i licenziamenti illegittimi, la tutela indennitaria di cui al quinto comma è prevista nei casi in cui il “fatto” addotto dal datore di lavoro sussiste, ma tuttavia non sia riscontrabile anche la sua idoneità a pregiudicare definitivamente la funzionalità del rapporto; ciò, ovviamente, nei casi in cui la disciplina sostanziale del potere datoriale di recesso richieda, per il legittimo esercizio di quel potere, la sussistenza di quell'ulteriore requisito (vale a dire, nelle fattispecie di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo

soggettivo o oggettivo). Invece, nei casi in cui (come quelli della sopravvenuta inidoneità psicofisica del dipendente o quella del superamento del periodo di comporto) il legittimo esercizio del potere di recesso richiede solamente l'esistenza di certi "fatti" (e la loro incidenza sulla funzionalità del rapporto è presupposta dalla legge o è rimessa ad una insindacabile libera valutazione del datore di lavoro), non v'è alcuno spazio per la tutela indennitaria forte: se il "fatto" non sussiste opera, secondo quanto previsto anche rispetto al licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo, la tutela reintegratoria attenuata; se, invece, il "fatto" sussiste, il licenziamento è comunque legittimo, senza necessità di accertamenti di altro tipo.

Risulta, dunque, ulteriormente avvalorata l'attendibilità dell'interpretazione della locuzione «manifestamente insussistente» che riferisce la stessa ai casi in cui si accerti in giudizio che la ragione economica indicata dal datore di lavoro nella comunicazione del licenziamento non esiste nella realtà.

6. segue: d) l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata in caso di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Si tratta ora di precisare il significato della previsione del settimo comma dell'art. 18, secondo la quale nel caso in cui accerti la «manifesta insussistenza» del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il giudice «può» applicare la tutela di cui al quarto comma.

Com'è noto, in dottrina si contrappongono la posizione di coloro che affermano che il giudice disporrebbe del potere discrezionale di ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro piuttosto che la tutela di cui al quinto comma, e quella di quanti sostengono, invece, che, una volta accertata la manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento, il giudice deve comunque disporre la reintegrazione.

In base alla generale impostazione qui propugnata, la seconda delle due opinioni ora ricordate è quella preferibile, essendo coerente con la considerazione d'ordine sistematico secondo la quale tratto essenziale del nuovo sistema di tutele contro i licenziamenti illegittimi è il collegamento della reintegrazione nel posto di lavoro all'accertamento dell'insussistenza del fatto dedotto dallo stesso datore di lavoro a giustificazione del proprio recesso; un sistema, cioè, nel quale l'applicazione della reintegrazione nel posto di lavoro è svincolata dall'esito di valutazioni del giudice circa l'incidenza sulla funzionalità del contratto dei fatti adottati dal datore di lavoro.

Ammettere che, in caso di accertata manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per motivi economici, al giudice sia attribuito un potere discrezionale di disporre o meno la reintegrazione nel posto di lavoro (potere che non potrebbe essere esercitato se non sulla base di circostanze del caso concreto), significa introdurre nel sistema un fortissimo elemento di contraddizione con la sua caratteristica fondamentale.

Ed anche la mancanza nella norma di un sia pur minimo accenno ai criteri in base ai quali il giudice dovrebbe esercitare quel preteso potere discrezionale è indicativa del fatto che, in realtà, il sistema è tutto congegnato nel senso che, anche nel caso di manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento per motivi economici, l'applicazione della tutela reintegratoria (seppur nella sua forma attenuata) è obbligatoria.

In sostanza, per assicurare un minimo di coerenza al sistema, è necessario che il «può» disporre la reintegrazione (in caso di insussistenza del motivo oggettivo) si interpreti come «deve»: non ha

alcun senso, in un ordinamento in cui alla coppia esistenza/inesistenza del “fatto” corrisponde automaticamente e senza alcun'altra intermediazione la coppia estinzione/prosecuzione del rapporto, sovrapporre – solo per una delle tante categorie di “fatti” in astratto rilevanti (quelli economici) – una valutazione del giudice la quale, evidentemente, non potrebbe essere operata altro che con riferimento a quella che è la sua idea circa l'impossibilità, nonostante l'insussistenza del “fatto”, che il rapporto possa proseguire utilmente per il datore di lavoro; con riferimento, cioè, a profili che invece, secondo il nuovo art. 18, non appartengono all'effetto estinzione/prosecuzione del rapporto, bensì alla esistenza/inesistenza dell'obbligo di indennizzo.

La validità della soluzione qui sostenuta è ulteriormente confermata dalla dubbiozza degli esiti cui è giunta la dottrina che si è fatta carico del tentativo di individuare i criteri che dovrebbero orientare il giudice nell'esercizio della pretesa sua discrezionalità nel concedere o meno la tutela reintegratoria.

Così, la proposta secondo la quale il giudice dovrebbe valutare, caso per caso, se sussista o meno un deterioramento dei rapporti tra le parti tale da impedire una proficua ripresa del rapporto offre il fianco alla facile obiezione secondo cui, se così davvero fosse, non si capirebbe perché un'analogia discrezionalità non sia prevista in caso di licenziamento disciplinare illegittimo per insussistenza del fatto o riconducibilità di questo alle infrazioni punite dal codice disciplinare con sanzioni conservative; ed infatti, è davvero agevole constatare che, semmai, è proprio nei licenziamenti intimati per motivi soggettivi che può ipotizzarsi un deterioramento dei rapporti tra le parti tale da ostacolare la ripresa di un'utile collaborazione tra le parti.

Quanto alla tesi che collega l'adozione della misura reintegratoria all'esistenza, nel caso concreto, di indizi di un motivo illecito del licenziamento, non si vede quale indizio maggiormente significativo dell'insussistenza (intesa nel senso prima precisato) del fatto indicato dal datore di lavoro a giustificazione del licenziamento per motivi economici si possa immaginare senza che si ricada automaticamente nell'ipotesi (non già di meri indizi, bensì) di prova dell'esistenza di un motivo illecito e, conseguentemente, nell'ambito di applicazione della tutela risarcitoria piena prevista dai primi tre commi dell'art. 18.

7. Una possibile obiezione.

All'interpretazione qui sostenuta potrebbe obiettarsi che essa consentirebbe al datore di lavoro di liberarsi di un dipendente (correndo solo il rischio del pagamento dell'indennità di cui al quinto comma dell'art. 18) contestando allo stesso un inadempimento palesemente insufficiente ad integrare gli estremi del giustificato motivo soggettivo ovvero indicando nella comunicazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo una ragione economica sussistente, ma priva di collegamento causale con il recesso. Ad esempio, nell'ipotesi del licenziamento disciplinare, ciò si verificherebbe quando il lavoratore fosse licenziato per aver fatto registrare un ritardo di pochissimi minuti sull'orario di inizio del lavoro: qui, essendo il “fatto” sussistente, qualificabile come inadempimento ed altresì imputabile al lavoratore, non potrebbe dirsi che il fatto non sussiste e, pertanto, sarebbe precluso l'accesso alla tutela reintegratoria. Rispetto al licenziamento per giustificato motivo oggettivo si potrebbe pensare al caso in cui il recesso datoriale fosse motivato con riferimento alla chiusura di una certa unità produttiva e il dipendente fosse invece addetto ad altra sede.

L'obiezione è sicuramente seria, ma può essere superata ove si ritenga praticabile il ricorso

all'istituto del negozio in frode alla legge (art. 1344 c.c.), come proposto da una parte della dottrina.

In effetti, si può sostenere che in simili casi il datore di lavoro, al fine di realizzare deliberatamente lo scopo (illecito) di espellere dall'azienda il dipendente nonostante l'insussistenza di una giusta causa e di un giustificato motivo di licenziamento, sceglie di porre in essere un negozio risolutivo del contratto di lavoro del tipo di quelli che gli consentono comunque di realizzare l'effetto estintivo del rapporto e ciò al solo fine di aggirare la sanzione reintegratoria stabilita dall'ordinamento per il caso di licenziamento illegittimo per insussistenza del "fatto".

Potrebbe opporsi che, nella fattispecie in esame, contrariamente a quanto è riscontrabile nelle classiche ipotesi di negozi in frode alla legge, la parte non pone in essere negozi apparentemente leciti, se atomisticamente considerati, i quali tuttavia, essendo tra loro collegati, determinano l'elusione di una norma imperativa; nel nostro caso, infatti, la parte datoriale compie un negozio che comunque, di per se stesso, è già illegittimo, perché l'inadempimento contestato al dipendente è meno che «notevole», oppure perché il motivo economico non ha alcun collegamento causale con la soppressione del posto del dipendente licenziato, come inderogabilmente richiesto dall'art. 3 della l. n. 604 del 1966.

L'obiezione può essere superata attribuendo adeguata considerazione ad una delle caratteristiche fondamentali del sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi definito dal nuovo art. 18. In particolare, esso ammette che uno stesso recesso datoriale possa essere affetto da una pluralità di vizi appartenenti ognuno ad uno dei gruppi ai quali corrisponde una delle diverse forme di tutela; la norma, poi, disciplina espressamente tali ipotesi esprimendo il principio generale secondo il quale si applica la tutela prevista per il vizio più grave.

Così, rispetto al licenziamento affetto da vizio formale o procedurale (che di per sé dà luogo alla tutela indennitaria debole), il sesto comma dispone che, ove il recesso presenti anche un difetto di giusta causa o di giustificato motivo, si applicano le più intense tutele di cui ai commi quarto, quinto e settimo.

Analogamente, nei casi di insussistenza del giustificato motivo oggettivo, il settimo comma dispone che, ove il recesso sia determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, operano le relative tutele.

Quanto, poi, al licenziamento disciplinare, occorre tener conto del fatto che il primo comma dell'art. 18 prevede che la tutela reintegratoria piena si applica, quando ricorrono le ipotesi in esso contemplate, «indipendentemente dal motivo formalmente addotto». Ciò significa, tra l'altro, che seppure, in base al motivo indicato dal datore di lavoro a giustificazione del proprio recesso, sia ravvisabile un vizio rientrante in qualcuna delle previsioni dei commi dal quarto al settimo, la tutela applicabile sarà comunque quella reintegratoria piena ove sussista anche qualcuno dei vizi elencati in quest'ultima disposizione.

Conseguentemente, è coerente con il nuovo sistema di tutele contro i licenziamenti illegittimi ammettere che un recesso datoriale di per sé illegittimo perché giustificato con un inadempimento meno che notevole oppure con un "fatto" economico privo di nesso causale con il recesso possa essere qualificato, contemporaneamente, anche nullo perché in frode alla legge in quanto diretto ad eludere l'applicazione della norma imperativa contenuta nel quarto comma dell'art. 18, la quale impone la tutela reintegratoria in caso di insussistenza dell'inadempimento.

Si vuole dire che, nel particolare sistema di tutele predisposto dal legislatore del 2012, da un lato l'intento fraudolento può essere ravvisato anche nel tentativo di porre le condizioni di un licenziamento cui si applichi un tipo di tutela meramente indennitaria piuttosto che una tutela di tipo reintegratorio (realizzando così l'effetto estintivo del rapporto) e, dall'altro, che è del tutto normale che un recesso datoriale, di per sé già idoneo ad essere qualificato illegittimo per un motivo che comporta l'applicazione di una tutela minore, possa contemporaneamente integrare gli estremi di un altro vizio contemplato dal legislatore come causa di applicabilità di una tutela più favorevole al lavoratore.

Da quanto detto discende che il licenziamento intimato per un inadempimento del tutto inconsistente oppure per una ragione economica non collegabile causalmente con la soppressione del posto, deve essere qualificato come nullo ai sensi dell'art. 1344 c.c. e, conseguentemente, trattandosi di uno degli «altri casi di nullità previsti dalla legge», si applicherà la tutela reintegratoria piena.

A prima vista potrebbe sorprendere che casi come quelli ora in esame siano destinatari di una tutela maggiormente intensa di quella (stabilita nel quarto comma) applicabile in casi nei quali addirittura non è ravvisabile il "fatto" indicato nella comunicazione del licenziamento.

Ogni perplessità al riguardo è, però, destinata a venir meno ove si tenga adeguatamente conto della natura anche sanzionatoria (e non solamente ripristinatoria e risarcitoria) che caratterizza il sistema di tutele contro i licenziamenti illegittimi quale risultante dal nuovo art. 18.

Si consideri, al riguardo, che il legislatore ha previsto, per i casi maggiormente gravi (la lesione di valori fondamentali dell'ordinamento e la presenza di vizi – come quello dell'omissione della forma scritta – che impediscono al nuovo sistema di tutele di funzionare), misure che non solamente realizzano la completa elisione di tutte le conseguenze del recesso datoriale, ma che costituiscono anche vere e proprie sanzioni a carico del datore (ammontare minimo del risarcimento pari a cinque mensilità, non detraibilità dell'*aliunde percipiendum*, esclusione della riduzione degli oneri contributivi in caso di reperimento, da parte del lavoratore, di altra occupazione dopo il licenziamento: v. il secondo comma del nuovo art. 18).

In una simile prospettiva, non è affatto incoerente che in casi (come quelli in cui il datore di lavoro ha posto in essere negozi in frode alla legge) nei quali è certo il dolo della parte autrice dell'illecito, l'ordinamento preveda un'accentuazione dei profili sanzionatori della tutela accordata alla controparte contrattuale.

8. Conclusioni.

Volendo tirare le fila dell'indagine finora condotta, l'analisi del testo del nuovo art. 18 sembra convalidare la tesi secondo la quale la tutela reintegratoria attenuata è prevista nei casi in cui non sussiste il "fatto" addotto dal datore di lavoro a fondamento del proprio recesso, mentre quella indennitaria forte si applica quando quel "fatto" sussiste, ma esso non è tale da poter essere considerato come incompatibile con la prosecuzione del rapporto di lavoro, così come richiesto dalle nozioni legali di giusta causa e di giustificato motivo.

Come si è già accennato, nella prospettiva del controllo giudiziale del potere di recesso del datore di lavoro, ciò significa che, contrariamente a quanto accadeva in passato, ora le conseguenze per il datore di lavoro in caso di esito per lui sfavorevole del controllo giudiziale sulla legittimità del

licenziamento non sono più sempre le stesse. Infatti, se la valutazione del giudice è sfavorevole per il datore di lavoro in ordine all'esistenza del "fatto" indicato nella motivazione del licenziamento, la conseguenza sarà la giuridica prosecuzione del rapporto di lavoro e la reintegrazione. Se, invece, la valutazione giudiziale sia sfavorevole per il datore di lavoro con riferimento all'incidenza di quel "fatto" sulla funzionalità del contratto, l'effetto estintivo del rapporto connesso all'atto datoriale resterà fermo, applicandosi solamente misure di tipo economico.

Altrimenti detto: dopo la modifica dell'art. 18, se la valutazione del giudice in ordine all'idoneità del "fatto" a pregiudicare l'utile prosecuzione del rapporto non coincide con quella operata sullo stesso punto dal datore di lavoro, la conseguenza non può essere comunque la persistenza del rapporto di lavoro, il quale resta definitivamente estinto.

Ma, a ben vedere, una simile conclusione impone di riconsiderare anche la fisionomia del potere di recesso datoriale. E precisamente, se è vero che se manca il "fatto", la conseguenza è la reintegrazione, mentre se il "fatto" sussiste, ma esso non è valutato dal giudice – contrariamente a quanto ritenuto dal datore di lavoro – come tale da pregiudicare definitivamente la funzionalità del rapporto, la conseguenza è l'indennità risarcitoria, allora è anche vero che, in sostanza, il legislatore ha stabilito che, ricorrendo certi "fatti" (inadempimento imputabile, ragione economica) il datore di lavoro ha il potere di determinare l'estinzione del rapporto con l'onere, per lui, di pagare un certo indennizzo, onere dal quale egli si svincola se – sulla base dei parametri stabiliti dall'ordinamento (art. 3 l. n. 604 del 1966, art. 2119 c.c.) – si possa ritenere che quei "fatti" siano tali da compromettere definitivamente la funzionalità del rapporto e se rispetta le regole procedurali previste dalla legge (art. 7 l. n. 604 del 1966, art. 7 l. n. 300 del 1970).

Ed allora, l'affermazione, da tutti o quasi ripetuta, secondo la quale la modifica dell'art. 18 non avrebbe inciso sulla configurazione del potere di recesso del datore di lavoro non risulta poi così appagante.

I vizi procedurali del licenziamento disciplinare: a proposito della regola dell'immediatezza

Patrizia Tullini

1. I vizi procedurali del licenziamento disciplinare e la riforma dell'assetto rimediale. 52
2. La qualificazione giuridica della regola dell'immediatezza: fondamento e operatività. La garanzia difensiva dell'incolpato. 54
3. La violazione della regola dell'immediatezza e le sue conseguenze. La rinuncia tacita al potere disciplinare, la dichiarazione contraddittoria del datore e l'affidamento del lavoratore. 58
4. Segue: ancora sulle conseguenze del recesso disciplinare tardivo. La nullità e la tutela reale di diritto comune. 60

1. I vizi procedurali del licenziamento disciplinare e la riforma dell'assetto rimediabile.

L'individuazione del vizio che inficia la sanzione disciplinare irrogata al lavoratore dovrebbe rappresentare il *prius* rispetto all'applicazione dell'appropriato rimedio predisposto dall'ordinamento, mentre le riforme legislative recenti sembrano invertire questo percorso logico-giuridico.

Quanto meno in relazione alla massima misura afflittiva, la patologia del provvedimento datoriale sembra dipendere piuttosto dal ventaglio delle opzioni e dei meccanismi rimediali introdotti dalla nuova disciplina dei licenziamenti, nel cui ambito il giudice è tenuto ad operare una scelta. Con buona pace della dottrina che, invece, è solita ribadire come l'intervento legislativo circoscritto esclusivamente all'assetto delle tutele non possa incidere sui presupposti sostanziali e sulle condizioni di esercizio del potere datoriale.

In realtà, il regime dei rimedi- stabilito dalla l. n. 92/2012 e ulteriormente livellato al ribasso nel quadro ossimorico delle tutele crescenti (cfr. art. 4 d. lgs. n. 23/2015)- condiziona profondamente l'inquadramento concettuale dei requisiti di legittimità dell'atto estintivo, come emerge dal dibattito aperto sulla plausibilità e sulla ragionevolezza, anche in prospettiva costituzionale, della riduzione quali/quantitativa della tutela del lavoratore che deriva dall'accertamento dei difetti (anche) procedurali ⁽⁶⁹⁾.

In particolare, si registra un elevato contenzioso- che ha finito per generare un vivace contrasto giurisprudenziale ⁽⁷⁰⁾- in ordine alla violazione della regola dell'immediatezza nella comunicazione dell'addebito (e nell'adozione del provvedimento espulsivo), con le relative conseguenze a carico del datore di lavoro ⁽⁷¹⁾. È evidente la discrepanza tra il modesto rilievo antigiusdiziale che il legislatore ha attribuito ai vizi procedurali e la tradizione giurisprudenziale sinora consolidata. Quest'ultima, <<pur in assenza di qualsiasi norma legislativa che, con riguardo al rapporto di lavoro privato, scolpisca termini perentori entro cui il datore di lavoro sia tenuto a reagire sul piano disciplinare ... ha costantemente affermato l'applicabilità in questa materia della c.d. regola dell'immediatezza, in forza della l. n. 300 del 1970, art. 7, co. 3 e 4, configurandola quale elemento

⁶⁹ Per i dubbi di legittimità costituzionale dell'apparato rimediabile del d. lgs. n. 23/2015 si rinvia a Trib. Roma (ord.), 26 luglio 2017 e alle diverse opinioni dei commentatori: P. ICHINO, *La questione di costituzionalità della nuova disciplina dei licenziamenti*, in www.pietroichino.it n. 448 del 2017; V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in corso di pubblicazione in *Riv. giur.lav.*, 2017, n. 3. Sui dubbi di congruenza della nuova tutela indennitaria cfr. già A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti*, in *Riv. it. Dir.lav.*, 2015, I, p. 413 ss. Buona parte della dottrina ha criticato la svalutazione degli elementi formali/procedimentali del recesso: cfr. M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. BARBIERI – D. DALFINO (a cura di), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 45; R. GALARDI, *Il licenziamento inefficace*, in M. CINELLI-G. FERRARO – O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 306 ss. *Contra* M. TREMOLADA, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 130 s.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, p. 65 in ragione della possibilità di reiterare il licenziamento con il rispetto del procedimento prima violato (sicché, se ne deduce, sarebbe superfluo applicare la tutela reale); C. PISANI, *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, in *Arg.dir.lav.*, 2013, p. 272.

⁷⁰ Come emerge dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite della <<questione di massima di particolare importanza inerente la natura del vizio del licenziamento intervenuto in forza di contestazione tardiva secondo il sistema dell'art. 18 legge 300/1970 così come innovato dalla legge n. 92/2012>>: Cass. lav. 21 aprile 2017, n. 10159.

⁷¹ Regola o principio? La questione è aperta e il corrente uso semantico piuttosto oscillante. Il legislatore si sbilancia a favore del <<principio di tempestività>> con riguardo alle <<modalità di esercizio dell'azione disciplinare>> nel lavoro pubblico (cfr. art. 13, co. 1, lett. j), d. lgs. n. 75/2017). Sulla rilevanza teorico-pratica della distinzione cfr. M.V. BALLESTRERO, *Principi e regole nella giurisprudenza del lavoro*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, 1, p. 169 ss. e, in prospettiva più in generale, R. GUASTINI, *Applicare principi costituzionali*, ivi, p. 157 ss.

costitutivo del diritto di recesso>> ⁽⁷²⁾, in grado di offrire al giudice un criterio di verifica sull'uso corretto e non distorto del potere datoriale.

Lo sforzo creativo della giurisprudenza nell'intento di allinearsi al dettato normativo in materia di licenziamenti si rivela davvero arduo, dovendo razionalizzare ed accordare, da un lato, il valore <<costitutivo>> e fondante dell'immediatezza nella gestione del procedimento disciplinare; dall'altro, il modesto impatto della violazione della regola nella patologia del recesso.

Un'ulteriore e preliminare avvertenza riguarda la confusione – il rischio di travisamento è sempre attuale – rispetto alla tempestività quale elemento strutturale del potere di licenziamento in tronco. Non a caso, attraverso l'elaborazione giurisprudenziale della nozione di giusta causa (art. 2119 c.c.) è stata desunta la regola dell'immediatezza attinente lo svolgimento della procedura dell'art. 7 St. lav., poi estesa all'irrogazione di tutte le sanzioni (con effetti conservativi ed estintivi) ⁽⁷³⁾. Scindere i due profili nella pratica del recesso per colpa è tutt'altro che agevole, in quanto la reazione tempestiva del datore di lavoro <<qualora si verifichi una causa che non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto>> esige ovviamente che il procedimento disciplinare sia attivato e concluso senza indugi: sicché si può convenire che, in questo caso, vi sarebbe una <<artificiosa distinzione fra "l'immediatezza" della contestazione e la "tempestività" del licenziamento>> ⁽⁷⁴⁾.

Eppure, la distinzione è divenuta cruciale in relazione ai differenti rimedi previsti per i vizi sostanziali e per quelli espressamente qualificati dal legislatore come <<procedurali>> (nell'alternativa tra l'applicabilità della tutela dell'art. 18, co. 4-5, St.lav. e dell'art. 3, d. lgs. n. 23/2015 oppure dell'indennizzo ridotto ex art. 18, co. 6, St. lav. e art. 4, d. lgs. n. 23/2015). Che il sindacato del giudice si atteggi in modo diverso, in relazione al piano sostanziale e a quello procedimentale del potere, si evince dalla disposizione di chiusura introdotta dalla riforma, secondo cui in base della domanda del lavoratore può essere accertato- al di là della violazione del requisito di procedura- <<anche>> un difetto di giustificazione dell'atto estintivo con le conseguenti ricadute in termini di tutela.

Salvo che si voglia assegnare all'immediatezza/tempestività un contenuto vincolante che prescinde dal dettato dell'art. 7 St. lav. e si riferisce al potere disciplinare in sé o al suo fondamento giuridico (in base all'art. 2106 c.c. o alla stregua degli artt. 1175 e 1375 c.c.) ⁽⁷⁵⁾. Peraltro una simile valorizzazione della regola dovrebbe presumibilmente indurre a configurare, nell'ipotesi

⁷² Così, ad es., Cass. lav. 4 febbraio 2015, n. 2021 e, negli stessi termini, Cass. lav., 11 maggio 2016, n. 9680; Cass. lav. 13 febbraio 2015, n. 2902; Cass. lav., ord., 21 aprile 2017, n. 10159, cit., che ha ammesso il rilievo costitutivo della regola secondo la concorde giurisprudenza <<relativa a casi disciplinati dalla normativa precedente alla riforma introdotta con la legge n. 92/2012>>.

⁷³ In tal senso cfr. Cass. lav., 6 novembre 2014, n. 23669, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, p. 25, con note di R. DEL PUNTA e F. MARTELLONI, che distingue <<la violazione del requisito della tempestività che viene considerata elemento costitutivo del diritto di recesso, a differenza del requisito dell'immediatezza della contestazione che rientra tra le regole procedurali>>. Secondo la pronuncia, nel primo caso opera la tutela indennitaria forte (art. 18, co. 5, St. lav.), mentre nel secondo la violazione procedurale potrebbe dar luogo solo all'indennizzo ridotto ex co. 6.

⁷⁴ R. DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2015, II, p. 38.

⁷⁵ Così, spec. O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 St. lav.*, in M. CINELLI-G. FERRARO – O. MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*, p. 250, secondo cui la tempestività <<ha a che fare con il fondamento stesso del potere disciplinare (irrilevante essendo che sfoci in una sanzione conservativa o in una espulsiva)>>; M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, WPCSDLE "Massimo D'Antona.IT" – 236/2015, p. 23 ss. ritiene che immediatezza e tempestività siano vincoli <<posti all'esercizio del potere disciplinare ai sensi e per gli effetti degli artt. 1175 e 1375 c.c. e non dell'art. 7 della legge n. 300 del 1970>>; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. Dir. lav.*, 2012, I, p. 433, osserva che <<ci si deve chiedere se il requisito della tempestività (o della immediatezza) riguardi la comunicazione della contestazione disciplinare o, a monte, l'esercizio del potere>>.

della sua violazione, una carenza o comunque una radicale infondatezza del potere datoriale, anziché comportare – come in prevalenza si ritiene – la corresponsione del medesimo indennizzo previsto per il licenziamento ingiustificato ⁽⁷⁶⁾.

Qualora si riuscisse a ricomporre l'aporia, combinando gli elementi sostanziali e procedurali del recesso per colpa (e così), facendo rientrare il requisito dell'immediatezza nelle definizioni della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo), l'opera di sistematizzazione rischia comunque di rimanere incompiuta.

Resta il fatto che un'analogia esigenza di celerità si pone anche per la contestazione d'addebito e per l'irrogazione delle sanzioni conservative. Sono da considerare, inoltre, i vincoli temporali più precisi e dettagliati che vengono spesso introdotti dalla contrattazione collettiva ad integrazione e specificazione dell'art. 7 St. lav. con l'obiettivo di rendere più certa e verificabile la correttezza dell'azione disciplinare: simili clausole negoziali normalmente determinano la decadenza dall'esercizio del potere, anziché l'ingiustificatezza o il vizio sostanziale del provvedimento disciplinare.

Vi sarebbe quindi una sorta di sdoppiamento: a seconda delle ipotesi e del tipo di sanzione irrogata (conservativa o non), la regola dell'immediatezza potrebbe assumere un valore sostanziale e/o procedurale con differenti effetti nella prospettiva di tutela del lavoratore ⁽⁷⁷⁾. E ciò riporta in auge un pregiudizio antico, ma tuttora radicato, in base al quale la speciale regolamentazione del recesso sarebbe poco compatibile con il modello procedimentale dell'art. 7 St. lav., e da questo tenderebbe inesorabilmente a sciogliersi nonostante i numerosi nodi di sutura allacciati dalla giurisprudenza (v. *infra* § 4).

Supera lo scoglio e il possibile cortocircuito tra elementi sostanziali e procedurali del licenziamento disciplinare il disegno di legge presentato alla Camera dei Deputati il 27 marzo 2017, che propone di ripristinare la comminatoria dell'inefficacia dell'atto estintivo per i difetti procedurali – specie quando <<la condotta è stata contestata al lavoratore in modo generico o non immediato>> – espressamente prefigurando gli effetti ripristinatori del rapporto di lavoro ⁽⁷⁸⁾.

2. La qualificazione giuridica della regola dell'immediatezza: fondamento e operatività. La garanzia difensiva dell'incolpato.

Un approccio interpretativo utile – sebbene poco ortodosso – al fine di qualificare il requisito dell'immediatezza e correlativamente il vizio che, in mancanza, colpisce la contestazione

⁷⁶ Per questa conclusione cfr. M. MARAZZA, *op. cit.*, p. 24, secondo cui la mancanza d'immediatezza/tempestività <<non potrebbe essere considerata alla stregua di una violazione della procedura>> ma il licenziamento viziato <<darebbe luogo alla sanzione indennitaria piena>>; R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 38, che adduce però la diversa motivazione secondo cui <<l'immediatezza/tempestività della reazione (è) un elemento costitutivo dell'illecito disciplinare>>; R. GALARDI, *op. cit.*, p. 305; M. TREMOLADA, *op. cit.*, p. 133. *Contra* O. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 251, il quale rileva che l'art. 18, co. 5, St. lav. si riferisce esclusivamente alla giustificazione sostanziale del recesso e l'articolazione delle sanzioni <<gioca qui nel senso di rendere rigorose e tassative le situazioni giuridiche evocate>>.

⁷⁷ Cfr. F. ROSSI – B. DE MOZZI, *I licenziamenti inefficaci*, in C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, p. 201, che attribuiscono alla regola dell'immediatezza una <<diversa valenza>> e distinti profili che possono condurre alla violazione procedurale o al vizio d'insussistenza del fatto contestato che assorbe la prima violazione; M. TREMOLADA, *op. cit.*, p. 133; C. PISANI, *op. cit.*, p. 268. Un duplice ruolo dell'immediatezza è prospettato anche da M. MARAZZA, *op. cit.*, p. 25 e nota 44.

⁷⁸ Cfr. art. 1, d.d.l. n. 4388 presentato alla Camera il 27 marzo 2017 ad iniziativa dei deputati La Forgia ed altri, recante "Modifica dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e altre disposizioni concernenti la tutela dei lavoratori dipendenti in caso di licenziamento illegittimo".

d'addebito poi sfociata nell'intimazione della sanzione, è quello che riguarda il funzionamento dell'istituto della recidiva.

Secondo l'art. 7, ult. co., St. lav. i fatti addebitati e sanzionati conservano la loro efficacia giuridica nell'arco di due anni: ciò che oggi viene contestato al lavoratore può essere riconfigurato (sotto il profilo soggettivo) sulla base di infrazioni già punite e consentire l'irrogazione d'un provvedimento afflittivo più grave. A maggior ragione il discorso vale quando è la reiterazione della condotta in un determinato arco temporale ad integrare l'infrazione commessa dal lavoratore: il lasso di tempo intercorso tra un inadempimento e l'altro non contrasta con l'esigenza di tempestività dell'azione disciplinare.

Da questo angolo visuale, si dovrà ammettere che il decorso del tempo di per sé non priva di rilievo giuridico un fatto o un comportamento che sia riconducibile ad un'infrazione, né può ritenersi automaticamente il sintomo o l'indizio della rinuncia ad avviare il procedimento sanzionatorio.

Viceversa il decorso del tempo diviene elemento significativo quando incida sulla regolarità del contraddittorio tra le parti e sull'esercizio del diritto di difesa dell'incolpato. La regola dell'immediatezza s'è affermata nel diritto vivente proprio perché strettamente inerente all'espletamento della fase procedurale prevista dal co. 2 dell'art. 7 St. lav., essendo posta a sostegno dell'effettività e della valenza egualitaria del contraddittorio rispetto all'esercizio del potere unilaterale del datore di lavoro ⁽⁷⁹⁾.

Invocare ragioni ulteriori e aggiuntive per giustificare l'operatività della regola – le clausole di correttezza e buona fede, il dovere di trasparenza, il divieto di abuso del potere, il giusto affidamento del lavoratore, la certezza dei rapporti giuridici – può senz'altro servire a rafforzare il suo valore intrinseco e la coerenza con i principi generali dell'ordinamento ⁽⁸⁰⁾. Ma si tratta di argomenti che – per quanto spesso richiamati nella motivazione delle sentenze – rilevano soprattutto *ad colorandum* rispetto alla principale ed essenziale *ratio* dell'immediatezza, che è e resta la garanzia difensiva dell'incolpato ⁽⁸¹⁾.

In effetti, i medesimi argomenti potrebbero essere richiamati per corroborare tutte le regole tipiche o di matrice giurisprudenziale che presidiano il procedimento disciplinare (ad es., i criteri di specificità, analiticità e immutabilità della contestazione; la puntualità nell'applicazione della sanzione), poiché la forma obbligatoria del potere disciplinare consiste, secondo la ricostruzione prevalente, nella successione di atti negoziali tra loro collegati. Quanto all'immediatezza, invece, risulta centrale la specifica funzione di garanzia per l'incolpato. Anche le numerose sottolineature che si rintracciano in dottrina e in giurisprudenza sul fatto che l'osservanza della regola

⁷⁹ Cfr. L. MONTUSCHI, *Sanzioni disciplinari*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, vol. XIII, p. 160 s. Una conferma potrebbe desumersi anche dall'art. 13, co. 1, lett. j), d. lgs. n. 75/2017 relativo al lavoro pubblico, che ha aggiunto il co. 9-ter all'art. 55-bis, d. lgs. n. 165/2001 secondo cui «La violazione dei termini e delle disposizioni sul procedimento disciplinare previste dagli articoli da 55 a 55-quater 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».

⁸⁰ In giurisprudenza è frequente il richiamo alle regole civilistiche di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, delle quali la regola dell'immediatezza costituirebbe «un corollario»: così, ad es., Cass. lav. 25 maggio 2016, n. 10839; Cass. lav., 4 febbraio 2015, n. 2021, cit.

⁸¹ Cfr. Cass. lav., 5 dicembre 2016, n. 24796, secondo cui «non assume alcun significativo rilievo il mero dato temporale, costituito dal decorso del tempo», se non quando «risulta aver in concreto pregiudicato i diritti del lavoratore interessato rispetto alle prescrizioni imposte dall'art. 7 dello Statuto» e relative al diritto ad un'adeguata difesa dell'incolpato.

risponderebbe- in pari misura- all'interesse del lavoratore e a quello del datore ⁽⁸²⁾, non possono cambiare questo punto fermo, pur potendo indurre (come si vedrà) ad attribuire una notevole elasticità (o meglio, relatività) al suo concreto operare.

Posta tale premessa, la questione che riguarda la sua natura giuridica fatica a tradursi nell'alternativa secca proposta dalle recenti riforme: è una regola sostanziale o procedimentale?

Nella novella relativa ai licenziamenti questa rigida bipartizione è divenuta propedeutica rispetto alla selezione dei mezzi di tutela, e dunque in apparenza decisiva, anche se persiste una certa confusione rispetto ai vizi che derivano dalla violazione di carattere sostanziale oppure procedimentale. La l. n. 92/2012 ha richiamato la categoria della <<inefficacia>> dell'atto estintivo per i difetti formali/procedurali, alla quale ha raccordato – in vero piuttosto liberamente – un rimedio indennitario ⁽⁸³⁾; mentre il successivo intervento del legislatore (cfr. art. 4, d. lgs. n. 23/2015) ha evitato qualsiasi qualificazione esplicita della violazione che potesse rivelarsi troppo impegnativa in vista della tutela del lavoratore o comunque dissonante rispetto agli obiettivi politici della riforma del sistema rimediale.

Uscendo allora dall'alternativa dilemmatica, si può ritenere che il requisito dell'immediatezza attenga obbligatoriamente alla gestione del procedimento disciplinare (e, da questo punto di vista, rileva la sua natura procedurale), ma al contempo risulta servente rispetto alla garanzia difensiva e all'effettività d'un diritto sostanziale (e fondamentale) del lavoratore. Il che dovrebbe scoraggiare qualsiasi tentativo di banalizzare la sua inosservanza a partire dall'esiguità del rimedio economico apprestato dal legislatore per i vizi procedurali del licenziamento.

Come opera la regola dell'immediatezza? Secondo la tesi ampiamente condivisa dalla giurisprudenza, il corretto e tempestivo esercizio del potere disciplinare è compatibile con un intervallo di tempo, più o meno lungo, e con un ragionevole ritardo nella formalizzazione dell'addebito <<quando l'accertamento e la valutazione dei fatti richiedano uno spazio temporale maggiore ovvero quando la complessità della struttura organizzativa dell'impresa possa far ritardare il provvedimento di recesso>> ⁽⁸⁴⁾. È riservato al giudice di merito (e sfugge al sindacato di legittimità) l'esame delle circostanze concrete che, in ogni singola ipotesi, possono giustificare l'eventuale tardività nello svolgimento delle fasi procedurali, al fine di realizzare <<il necessario contemperamento tra le esigenze dell'impresa e il diritto di difesa del dipendente>> ⁽⁸⁵⁾.

L'indirizzo giurisprudenziale appare tuttavia meno univoco nell'individuare l'onere probatorio che incombe sul titolare del potere. Se è (quasi) pacifico che il datore di lavoro sia tenuto ad allegare i fatti ostativi e le oggettive difficoltà che hanno causato il ritardo o l'indugio nell'avvio dell'azione disciplinare, non è chiaro se occorra la prova del momento in cui egli abbia raggiunto <<la piena

⁸² Sulla <<pluridirezionalità di ratio del criterio dell'immediatezza>> che rivelerebbe <<lo scopo ultimo del requisito>> cfr. S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Cod. Civ. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 387.

⁸³ In dottrina, la <<frattura>> tra le categorie della patologia negoziale e i rimedi della l. n. 92/2012 è sottolineata da C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in *Id.* (a cura di), *op. cit.*, p. 27.

⁸⁴ Così, ad es., con un esteso richiamo di precedenti, Cass. lav., 25 maggio 2016, n. 10839, cit.; Cass. lav., 17 giugno 2017, n. 15966; Cass. lav., 11 maggio 2015, n. 9680; Cass. lav., 4 febbraio 2015, n. 2012, cit.;

⁸⁵ Cass. lav., 25 maggio 2016, n. 10839, cit. In aggiunta, secondo Cass. lav., 4 febbraio 2015, n. 2021, <<il prudente indugio del datore di lavoro ... può e deve precedere la contestazione anche nell'interesse del prestatore di lavoro, che sarebbe palesemente colpito da incolpazioni avventate>>.

conoscenza dei fatti addebitati>> ⁽⁸⁶⁾ oppure sia sufficiente la mera conoscibilità di tali fatti, o ancora, se la tempestività debba essere verificata <<in relazione al tempo necessario per acquisire conoscenza della riferibilità del fatto, nelle sue linee essenziali, al lavoratore>> ⁽⁸⁷⁾.

Dietro l'apparente linearità dell'operare dell'immediatezza si affacciano lievi, ma significativi, slittamenti sul piano logico-giuridico che conducono ad esiti processuali molto differenti. La giurisprudenza non ignora le strettoie dell'*iter* ricostruttivo e l'esigenza di tenere uniti, sino a renderli concordanti, caratteri che sono in astratto incongruenti: il valore <<costitutivo>> della regola per l'effettività del contraddittorio e l'apprezzamento del suo carattere <<relativo>>. Un apprezzamento, questo, che può risultare determinante nella singola vicenda disciplinare nella misura in cui è in grado di <<svuotare di efficacia>> lo stesso esercizio del potere datoriale ⁽⁸⁸⁾.

È probabile, tuttavia, che la massima giurisprudenziale secondo cui la tempestività della contestazione disciplinare dev'essere valutata in senso <<relativo>> risulti solo in apparenza perspicua.

Anzitutto, ove si trattasse d'un elemento strutturale e intrinseco – appunto, in quanto immediatezza <<relativa>> – il giudice dovrebbe procedere ad una verifica d'ufficio, anziché accollare al lavoratore la deduzione dell'eventuale tardività della procedura quale eccezione in senso stretto ⁽⁸⁹⁾. Il nodo problematico non riguarda il carattere (ovviamente) <<relativo>> del dato cronologico (il *quantum* di tempo trascorso a partire dal verificarsi dell'infrazione), ma piuttosto il contenuto dell'onere probatorio e i relativi criteri di riparto.

Siccome il decorso del tempo è suscettibile d'incidere sull'effettività della difesa dell'incolpato, incombe sul datore di lavoro la dimostrazione che il periodo intercorso tra l'infrazione e l'addebito non comprime né pregiudica il contraddittorio: perché il ritardo non è a lui imputabile o, al limite, perché dipende dal lavoratore (il quale, ad es., abbia occultato l'illecito). E non si libera – nonostante ciò che si legge in numerose pronunce – allegando la complessità dell'organizzazione aziendale o il protrarsi delle indagini necessarie per accertare (non importa se in via definitiva o <<nelle sue linee essenziali>>) l'infrazione commessa dal lavoratore. La regola non è scritta *pro domo sua*, sicché basta addurre difficoltà e intralci ritenuti idonei a scusare il ritardo, assegnando al giudice di merito la valutazione in concreto del *quantum* di tempo inutilmente trascorso ⁽⁹⁰⁾.

Al contrario, la regola è posta nell'interesse dell'altra parte, a sostegno e garanzia d'un suo diritto fondamentale, pertanto il titolare del potere che sia incurante dell'esigenza di celerità dovrà comprovare che, nonostante il ritardo, ha fornito all'incolpato tutti gli elementi necessari all'instaurazione del contraddittorio, consentendogli di prendere posizione su ogni addebito (ad

⁸⁶ Così, Cass. lav., 25 maggio 2016, n. 10839, cit., Cass. lav., 17 maggio 2016, n. 10069, in *Not. giur. lav.*, 2016, p. 663; Cass. lav., 27 giugno 2017, n. 15966, cit., secondo cui non si può <<equiparare alla conoscenza effettiva la mera possibilità di conoscenza dell'illecito>> anche perché <<non può ritorcersi a danno del datore di lavoro l'affidamento riposto nella correttezza del dipendente>>.

⁸⁷ In questo senso Cass. lav., 4 febbraio 2015, n. 2021, cit.; Cass. lav., 13 febbraio 2015, n. 2902, che stabilisce l'obbligo del datore di <<contestare i fatti appena abbia avuto sufficiente contezza degli stessi e della loro gravità, ancorché non reputi ancora sufficientemente accertati a supporto altri ed ulteriori fatti disciplinarmente rilevanti>>.

⁸⁸ Cass. lav., 13 febbraio 2015, n. 2902, cit.

⁸⁹ Così Cass. lav., 28 novembre 2013, n. 26655, secondo cui <<il requisito dell'immediatezza della reazione è elemento costitutivo del recesso per giusta causa di cui all'art. 2119 c.c. e come tale deve essere verificato d'ufficio dal giudice; costituisce invece un'eccezione in senso stretto ... la deduzione da parte del lavoratore del difetto di immediatezza della contestazione>>.

⁹⁰ Ad es., Cass. lav., 27 giugno 2017, n. 15966, cit., ha ritenuto congruo il ritardo della contestazione avuto riguardo <<alla circostanza che a cavallo del lasso temporale cadeva il periodo estivo>>.

es., una contestazione specifica e corredata dei documenti occorrenti per la difesa, anche in ragione del maggior lasso di tempo trascorso).

Cade invece in un errore di prospettiva la tesi che inverte l'onere probatorio ed esige dal lavoratore una dimostrazione ulteriore in merito alla concreta violazione del suo diritto di difesa, così trascurando il fatto che la contestazione tardiva configura un inadempimento del datore di lavoro rispetto all'obbligo di osservare la regola dell'immediatezza ⁽⁹¹⁾.

Né si vede come sia possibile – attraverso l'apprezzamento del carattere <<relativo>> del ritardo-realizzare un <<contemperamento tra le esigenze dell'impresa e il diritto di difesa del dipendente>> ⁽⁹²⁾, quasi si trattasse di beni giuridici omogenei e del medesimo rango costituzionale. Al contrario, come osserva correttamente un'altra pronuncia ⁽⁹³⁾, <<tra l'interesse del datore di lavoro a prolungare le indagini e il diritto del lavoratore ad una pronta ed effettiva difesa prevale la posizione di quest'ultimo, tutelata *ex lege*, senza che abbia valore giustificativo, a tal fine, la complessità dell'organizzazione aziendale>>.

3. La violazione della regola dell'immediatezza e le sue conseguenze. La rinuncia tacita al potere disciplinare, la dichiarazione contraddittoria del datore e l'affidamento del lavoratore.

Se si accoglie l'idea che l'immediatezza sia direttamente funzionale all'effettività del contraddittorio e alla garanzia difensiva del lavoratore, si apre la questione molto dibattuta relativa alle conseguenze applicabili in caso di violazione della regola.

In verità, non è raro trovare nel panorama giurisprudenziale una serie di "spiegazioni" che puntano a sottolineare (in aggiunta alla primaria finalità di tutela dell'incolpato) l'obiettivo di evitare l'esercizio abusivo del potere datoriale, valorizzando l'interesse della controparte e il legittimo affidamento suscitato dall'inutile decorso del tempo. Così, tenuto conto del carattere facoltativo dell'iniziativa disciplinare, l'inerzia o il ritardo – ove siano ritenuti comportamenti inequivoci – potrebbero sottintendere la rinuncia tacita o la volontà implicita di non punire l'infrazione ⁽⁹⁴⁾.

Proseguendo in questa direzione e aggirando ogni interrogativo sulla qualificazione della regola dell'immediatezza (sostanziale o procedimentale?), un indirizzo interpretativo è approdato alla tesi della nullità o inesistenza del licenziamento disciplinare contestato o intimato tardivamente ⁽⁹⁵⁾. La violazione viene trasferita sul piano della manifestazione di volontà di recesso: anziché puntare sull'accertamento del vizio che inficia la procedura, si sposta il *focus* sulla validità della dichiarazione negoziale del datore di lavoro.

⁹¹ Cfr. App. Bologna 30 maggio 2017, che ha censurato l'ipotesi in cui <<non si rinviene allegazione e prova in ordine alla concreta violazione di uno di detti beni fondamentali risultando allegato solo l'asserito ritardo nella comunicazione della contestazione disciplinare. E tutto ciò non integra la violazione dedotta se non viene dedotta anche la concreta violazione di uno dei diritti sopra elencati (n.d.r. diritto di difesa e legittimo affidamento)>>.

⁹² Cass. lav., 25 maggio 2016, n. 10839, cit.

⁹³ Cass. lav., 13 febbraio 2015, n. 2902, cit.

⁹⁴ Altre spiegazioni analoghe, poste alla base del requisito dell'immediatezza, riguardano <<quella d'impedire l'indugio malizioso da parte del datore di lavoro nell'esercizio del potere disciplinare, volto ad indurre il lavoratore a ripetere il comportamento scorretto per aggravarne la posizione quella di impedire l'attesa diretta, con finalità intimidatorie, a tenere il lavoratore in stato di incertezza, "sotto tiro">>: Cass. lav., 4 febbraio 2015, n. 1012, cit.

⁹⁵ Cfr. A. TERZI, *La nuova disciplina dei licenziamenti e le categorie del diritto civile. Una nuova stagione per il diritto del lavoro ?*, in www.questionegiustizia.it, 17 febbraio 2016, a commento di App. Firenze 2 luglio 2015.

Si sostiene, infatti, che il significativo ritardo nell'azione disciplinare comporterebbe una (implicita) valutazione prognostica dell'infrazione come irrilevante o di <<scarsa importanza>> ai sensi dell'art. 1455 c.c. L'inerzia protratta per un apprezzabile lasso di tempo, e interpretata secondo i canoni generali di correttezza e buona fede, costituirebbe <<un fatto negoziale di natura sostanzialmente abdicativa che ingenera l'affidamento dell'altra parte e determina l'estinzione del diritto di recesso>> ⁽⁹⁶⁾.

In prospettiva analoga o comunque convergente, si osserva che emergerebbe – per di più – una condotta incongrua e contraddittoria del datore di lavoro, il quale dapprima lascia trascorrere inutilmente il tempo e in seguito muta la sua valutazione circa il rilievo o il peso dell'infrazione, così ledendo il giusto affidamento dell'altra parte fondato sul rispetto della regola dell'immediatezza. L'illegittimità (*rectius* inesistenza e/o inefficacia) della contestazione sarebbe apprezzabile sul piano sostanziale, ancor prima di quello procedurale, a causa del <<mutamento della valutazione ... in un momento successivo a quello in cui la stessa parte (il datore) aveva manifestato il suo disinteresse>> a procedere in via disciplinare ⁽⁹⁷⁾.

Le sfumature argomentative sono anche più articolate, in sintesi però è chiaro che s'intende richiamare un paradigma negoziale suscettibile di rendere *tamquam non esset* il licenziamento tardivo: tecnicamente si può configurare un'acquiescenza, una rinuncia tacita, una manifestazione di volontà per fatti concludenti nel senso di non esercitare la prerogativa disciplinare ⁽⁹⁸⁾. L'inquadramento della vicenda secondo il diritto comune dei contratti conduce a ritenere la <<inidoneità radicale dell'atto di recesso tardivo (in sé o in quanto segue una contestazione tardiva) a produrre effetti giuridici>>, alla quale consegue la reintegrazione nel posto di lavoro <<in applicazione dei principi generali sulla nullità e inefficacia degli atti negoziali>> ⁽⁹⁹⁾.

Il punto di approdo di tale indirizzo offre spunti senza dubbio coerenti e condivisibili, anche se il percorso ricostruttivo lascia intravedere alcune criticità.

A stretto rigore il mero decorso del tempo, come s'è già rilevato, non sembra di per sé sintomatico d'una manifestazione di volontà implicita o tacita o contraddittoria idonea a "consumare" il potere disciplinare. La dimostrazione della condotta "incompatibile" del datore – quel *venire contra factum proprium* che senza dubbio opera anche in materia disciplinare ⁽¹⁰⁰⁾ – potrebbe essere fornita dal lavoratore in qualsiasi momento, anche a prescindere dal tempo trascorso, perché attiene alla validità della dichiarazione negoziale di recesso ⁽¹⁰¹⁾.

Né si può ritenere che l'inerzia o il ritardo nell'attivare il procedimento disciplinare implichi una valutazione implicita nel senso dell'irrilevanza o della scarsa importanza dell'infrazione, come se l'ordinamento assegnasse al datore di lavoro il dovere di reagire immediatamente al

⁹⁶ A. TERZI, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁷ M. NARDIN, *Il datore di lavoro e l'asso nella manica. Il licenziamento per giusta causa e la tardività della contestazione*, in www.questionegiustizia.it, 20 febbraio 2017, p. 3.

⁹⁸ In dottrina C. PISANI, *op. cit.*, p. 269 s. ha evocato la categoria giuridica della tolleranza rispetto all'inadempimento del lavoratore, che viene tuttavia equiparata all'assenza di giustificazione del recesso tale da condurre all'applicazione dell'art. 18, co. 5, St. lav.

⁹⁹ A. TERZI, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁰ Come ha ricordato Cass, Sez. Un., 17 marzo 2017, n. 6958.

¹⁰¹ La condotta datoriale contraddittoria potrebbe realizzarsi, ad es., quando il decorso di un lasso di tempo tra l'infrazione e la rituale contestazione <<si accompagna alla assegnazione di nuovi incarichi di particolare impegno e contenuto professionale>>: così giustamente A. TERZI, *op. cit.*, p. 5.

raggiungimento dello *standard* fissato dall'art. 1455 c.c. per l'inadempimento contrattuale ⁽¹⁰²⁾. Del resto, la valutazione relativa all'importanza dell'illecito non ha carattere soggettivo e non compete in via esclusiva al titolare del potere; al contrario, si tratta d'una valutazione oggettiva e verificabile dal giudice in base ai presupposti di legge. Resta fermo, in ogni caso, che l'iniziativa disciplinare è in "facoltà" del datore (almeno nel settore privato, mentre è forse più complesso il discorso relativo al lavoro pubblico).

Non va trascurato, infine, che il richiamo al criterio di misura dell'illecito contrattuale ex art. 1455 c.c. ha un significato solo per l'intimazione del licenziamento disciplinare, mentre è pacifico che le sanzioni conservative riguardano anche fatti o inadempimenti imputabili per colpa lieve che, appunto, non raggiungono il livello d'importanza richiesto dal diritto comune pur essendo rilevanti per l'organizzazione aziendale. Sarebbe quindi necessario ipotizzare soluzioni ricostruttive distinte per spiegare il vizio della tardività del provvedimento disciplinare: da un lato, le sanzioni conservative e, dall'altro, quelle risolutive.

4. Segue: ancora sulle conseguenze del recesso disciplinare tardivo. La nullità e la tutela reale di diritto comune.

Quali sono le opzioni rimediali nell'ipotesi di violazione della regola dell'immediatezza?

Un po' sorprende che nella *querelle* aperta dalla riforma dei licenziamenti non sia stata rievocato e messo a frutto il dibattito che ha caratterizzato l'ultimo decennio del vecchio secolo – contrassegnato dai ripetuti interventi della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite della Cassazione – in merito all'applicabilità dell'art. 7, co. 2 e 3, St. lav. ai fini dell'irrogazione della massima sanzione disciplinare nell'area della libertà di recesso e nel rapporto di lavoro dirigenziale ⁽¹⁰³⁾.

Com'è ben noto, la giurisprudenza costituzionale ha sancito che i principi di civiltà giuridica impongono un contraddittorio effettivo anche là dove resista il recesso *ad nutum* ⁽¹⁰⁴⁾: non solo per assicurare una parità di trattamento rispetto alle sanzioni conservative, ma soprattutto perché le garanzie procedurali a favore dell'incolpato non possono essere omesse in nessun caso ⁽¹⁰⁵⁾. Quanto alle conseguenze applicabili in caso d'inosservanza di tali garanzie, all'epoca si prospettarono due soluzioni alternative, in fondo non dissimili da quelle emerse nell'attuale dibattito: la nullità dell'atto estintivo che apre alla tutela reale di diritto comune, oppure il rinvio ai rimedi tipici del licenziamento illegittimo, equiparando – *quoad effectum* – l'atto viziato sul piano procedimentale a quello ingiustificato sul piano sostanziale.

¹⁰² Di diverso avviso, invece, pare M. NARDIN, *op. cit.*, p. 4, secondo la quale l'irrelevanza del fatto-inadempimento <<è contenuta proprio nel comportamento di inerzia del datore di lavoro (cui l'ordinamento assegna, invece, il dovere di reagire). Con la conseguenza che il mutamento di valutazione del medesimo non può essere riconosciuto come interesse meritevole di tutela>>.

¹⁰³ Tal percorso giurisprudenziale è analizzato spec. da L. MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 168 ss. Cfr. tuttavia Cass. lav., 10 febbraio 2015, n. 2553 e soprattutto Cass. lav., 20 giugno 2017, n. 15204, che ha diffusamente richiamato l'intervento di Cass., Sez. Un., n. 7880 del 2007 in merito all'applicabilità a favore dei dirigenti delle garanzie procedurali dell'art. 7 St.lav.

¹⁰⁴ Cfr. C. cost. 25 luglio 1989, n. 427, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, II, p. 461, con nota di G. PERA e, in dottrina, DE LUCA TAMAJO-BIANCHI D'URSO, *Licenziamento disciplinare e Corte costituzionale*, in *Questioni attuali di diritto del lavoro*, *Suppl. Not. Giur. lav.*, 1989, p. 143 ss.

¹⁰⁵ Per un'opposta valutazione cfr. C. Pisani, *op. cit.*, p. 272 s., secondo cui <<non bisogna farsi fuorviare da quell'affermazione un poco enfatica utilizzata dalla Corte>> e da <<una certa dose di demagogia>>, in quanto la pronuncia in questione ravvisò la disparità di trattamento rispetto alle sanzioni conservative, senza riconoscere <<un, infatti inesistente, diritto costituzionalmente tutelato del lavoratore alla difesa stragiudiziale prima dell'eventuale adozione di un licenziamento disciplinare>>.

È pur vero che il diritto vivente optò infine per quest'ultima soluzione, ma è altrettanto noto come alla base non vi fosse un reale e persuasivo argomento tecnico-giuridico, quanto piuttosto l'esigenza tutta politica di confermare l'assetto delle c.d. tutele parallele faticosamente perfezionato in punto di diritto ⁽¹⁰⁶⁾. E la soluzione s'impose anche al prezzo della disparità di trattamento riservato al licenziamento disciplinare nelle aree della tutela reale, obbligatoria e del recesso libero (oltre alla persistente divaricazione rispetto alle ricadute del vizio della tardività per le sanzioni minori). A fondamento dell'opzione la giurisprudenza pose un argomento di mediazione – quello della <<sufficienza della tutela>> - ritenendo inopportuno ricollegare al difetto procedimentale dei corollari diversi (e più gravi) rispetto a quelli derivanti dall'insussistenza dell'illecito disciplinare ⁽¹⁰⁷⁾. Così, l'esigenza indefettibile di osservare le garanzie dell'art. 7 St. lav., sollecitata dalla giurisprudenza costituzionale, sembrava aver lasciato poche tracce di sé ⁽¹⁰⁸⁾.

Ma richiamando gli argomenti più significativi (e duraturi) di quell'*iter* interpretativo emergono, oltre alle antiche dissonanze, anche nuovi interrogativi. Il tema politico della <<sufficienza della tutela>> diventa più "aggressivo" e perentorio – e, in misura inversamente proporzionale, ancor meno persuasivo - quando sia ri-proposto nel quadro attuale, caratterizzato dal deperimento generalizzato dei livelli di protezione e da un'articolazione meno scandita e differenziata delle aree di tutela.

Suscita molte perplessità anche una certa svalutazione della tecnica della procedimentalizzazione del potere datoriale attuata dalle recenti riforme, che contrasta con la parte meno transeunte e caduca dell'insegnamento della giurisprudenza costituzionale: cioè, con quell'imperativo di non omettere i principi di civiltà giuridica che il legislatore ha tentato – probabilmente – di salvaguardare evocando (qualcuno osserva, a sproposito) la categoria dell'<<inefficacia>> del licenziamento per violazione dell'art. 7 St. lav. ⁽¹⁰⁹⁾.

È indubbio che le regole procedimentali (e la tardività è una di queste) richiedano unitarietà di *ratio* e di regime giuridico. Né pare facilmente ipotizzabile una graduazione delle conseguenze <<in relazione alla gravità della violazione ... procedurale>> commessa dal datore di lavoro, come pretenderebbe il legislatore (almeno nel contesto della l. n. 92/2012). Con più convinzione di ieri, dunque, si può sostenere che l'inosservanza delle regole che garantiscono l'effettività del contraddittorio deve condurre alla nullità o all'inefficacia del provvedimento inflitto al lavoratore, a prescindere dal tipo di sanzione irrogata e dall'ambito di tutela nel quale si collochi il licenziamento per colpa. In quest'ultimo caso con le conseguenze ripristinatorie previste dal diritto comune: tanto nel regime della legge l. n. 92/2012 quanto secondo il *Jobs Act*.

Non potrà scandalizzare la circostanza che l'assetto rimediato introdotto dalla riforma dei licenziamenti venga integrato e completato dagli strumenti di tutela previsti dalla disciplina generale dei contratti. Tale soluzione è già stata praticata in passato per soddisfare esigenze

¹⁰⁶ Così L. MONTUSCHI, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 173, richiamato da R. GALARDI, *Il licenziamento inefficace*, cit., p. 307

¹⁰⁷ Tale argomento, enunciato da Cass., Sez. Un., 18 maggio 1994 n. 4844 (in *Foro it.*, 1994, I, c. 2076) e da altre pronunce sostanzialmente coeve, è stato più volte ripreso nelle successive decisioni della Sezione lavoro (cfr. Cass. 22 aprile 1997 n. 3450; Cass., 23 marzo 1998 n. 3045, Cass. 3 ottobre 1998 n. 9835, Cass., 26 giugno 1999 n. 6646; Cass., 23 ottobre 2000 n. 13959), specie in materia di licenziamento disciplinare del dirigente. Cfr., ad es., Cass. 3 aprile 2003, n. 5213, che rileva: <<la violazione delle regole procedimentali sulla contestazione dell'addebito determinano non la nullità del licenziamento ma un tipo di illegittimità dell'atto comportante conseguenze correlate al grado di stabilità del rapporto di lavoro>>.

¹⁰⁸ Cfr. spec. Cass., Sez. Un., 18 maggio 1994, n. 4844 cit. e il commento di L. MONTUSCHI, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 171 ss.

¹⁰⁹ Così, con forte disappunto, C. Pisani, *op. cit.*, p. 264 s: <<la suddetta qualificazione, non solo non si appalesava affatto necessaria, ma inoltre crea alcuni problemi interpretativi di cui non si sentiva la mancanza>>.

analoghe a quelle che oggi si profilano e con lo stesso obiettivo di assicurare la coerenza complessiva del sistema rimediabile apprestato dal legislatore (che è il principale sintomo della sua ragionevolezza sotto il profilo costituzionale). Tuttavia la giurisprudenza non esita a richiamare la categoria della nullità (di diritto comune), con i naturali effetti ripristinatori, in relazione ai difetti procedurali che inficiano la massima sanzione disciplinare applicata al lavoratore nel settore pubblico (¹¹⁰).

La tesi favorevole alla nullità di diritto comune appare più lineare anche rispetto ad altre soluzioni che si sforzano di ricondurre l'ipotesi della tardività nel ristretto catalogo dei vizi tipici del licenziamento e all'interno del particolare regime delle tutele. Opzioni interpretative che si rivelano esorbitanti per difetto o per eccesso.

La soluzione esorbitante per difetto è quella che richiama l'art. 18, co. 6, St. lav. e l'applicazione della tutela indennitaria debole (la più blanda della scala rimediabile) (¹¹¹): così, si finisce per trascurare o deprezzare la garanzia del contraddittorio, già convalidata dall'intervento interpretativo/additivo della Corte che l'ha introdotta anche là dove il legislatore non l'aveva tipizzata.

La soluzione esorbitante per eccesso è quella che punta ad attivare la tutela reintegratoria attenuata dell'art. 18, co. 4, St. lav. (e dell'art. 3, co. 2, d. lgs. n. 23/2015), equiparando il licenziamento disciplinare tardivo a quello totalmente infondato per <<insussistenza del fatto (materiale) contestato>>. Secondo tale prospettiva, l'addebito intempestivo è inidoneo ad avviare la procedura disciplinare e la violazione del datore assume un carattere assoluto o radicale perché impedisce l'accertamento in giudizio della sussistenza dell'infrazione ascritta al lavoratore (¹¹²).

La tesi è sostenuta da un autorevole indirizzo della giurisprudenza (¹¹³), ma a ben vedere prova troppo. Premesso che il "fatto" imputabile deve assumere un preciso valore antiggiuridico (oltre che materiale), si deve tuttavia riconoscere che tale "fatto" sussiste o non sussiste, e non è "cancellato" dal ritardo della contestazione. Tant'è vero che, sebbene non addebitato con immediatezza, quel medesimo "fatto" potrebbe essere allegato in un'altra occasione allo scopo di corroborare l'elemento soggettivo dell'illecito commesso dal lavoratore.

È la tardività della contestazione a realizzare la violazione della regola dell'immediatezza che il giudice è tenuto ad accertare, mentre non viene intaccato il "fatto" (materiale e giuridico) che è oggetto della contestazione. Fra la premessa (recesso intimato dopo una contestazione tardiva) e la conseguenza (irrilevanza dell'infrazione che costituisce il presupposto astrattamente idoneo

¹¹⁰ Cfr. Cass. lav., 31 maggio 2017, n. 13804, relativa al procedimento disciplinare degli autoferrotranvieri; Cass. lav., 28 agosto 2015, n. 17286; Cass. lav., 24 marzo 2017, n. 7687, secondo cui in mancanza dell'ufficio per i procedimenti disciplinari deve ritenersi nulla la sanzione applicata al lavoratore pubblico, purché tuttavia sia dedotta tempestivamente in giudizio.

¹¹¹ L'opzione a favore dell'art. 18, co. 6, St. lav. è sostenuta da Cass. lav., 26 agosto 2016, n. 17371, che esclude espressamente la possibilità di avvalersi della tutela reintegratoria attenuata dell'art. 18, co. 4, St. lav. *Contra*, in dottrina, R. GALARDI, *Il licenziamento disciplinare*, in M. CINELLI – G. FERRARO – O. MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*, p. 294, che nega tale soluzione per il contrasto con il dato letterale dell'art. 18, co. 6, St. lav., in quanto l'immediatezza <<non è codificata dall'art. 7 St. lav.>>.

¹¹² Più precisamente, secondo Cass. lav., 31 gennaio 2017, n. 2513, <<sul piano letterale la norma parla di insussistenza del "fatto contestato" (quindi, contestato regolarmente) e quindi, a maggior ragione, non può che riguardare anche l'ipotesi in cui il fatto sia stato contestato abnormemente e cioè in aperta violazione dell'art. 7>>.

¹¹³ In tal senso, oltre alla giurisprudenza citata alla nt. precedente, cfr. Cass. lav., 14 dicembre 2016, n. 25745; Trib. Taranto, 21 aprile 2017. In dottrina cfr. M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2012, p. 559; M. BARBIERI, *op. cit.*, p. 45 s.; R. GALARDI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 295.

dell'esercizio del potere) esiste evidentemente un *non sequitur* ⁽¹¹⁴⁾. L'argomentazione giurisprudenziale si sviluppa secondo una sequenza analogica, sulla base del "come se": in caso di omessa contestazione tempestiva è "come se" il fatto-inadempimento, pur astrattamente idoneo a fondare la misura disciplinare estintiva, fosse insuscettibile di accertamento in giudizio, oppure – secondo una variante del ragionamento analogico – è "come se" non assumesse carattere illecito; a sua volta, il fatto privo di illiceità è "come se" integrasse un fatto totalmente insussistente. Per la proprietà transitiva si traspone il vizio della tardività della contestazione disciplinare sul piano della (in)sussistenza del presupposto sostanziale del recesso.

La medesima censura si può muovere alla tesi che assimila il licenziamento tardivo a quello sostanzialmente ingiustificato, applicando le conseguenze indennitarie dell'art. 18, co. 5, St. lav. Si tratta d'una ricostruzione già sperimentata e praticata in passato ⁽¹¹⁵⁾, a partire dall'assonanza con l'elemento dell'immediatezza che caratterizza la nozione di giusta causa secondo l'art. 2119 c.c. E soprattutto, è la soluzione mediatrice (e moderatrice) che in un determinato contesto storico-sociale ha ricevuto l'avallo del diritto vivente, sebbene – come s'è rilevato – nel quadro d'una ben differente articolazione normativa delle tutele del licenziamento illegittimo.

L'equiparazione *quoad effectum* della tardività e dell'ingiustificatezza del recesso avrebbe probabilmente il vantaggio di tentare un allineamento rispetto agli effetti previsti per i vizi procedurali nell'area della tutela obbligatoria ex art. 8, l. n. 604/66. Verrebbe forse superato l'ostacolo testuale frapposto dall'art. 18, co. 6, St. lav. che, solo in relazione alle imprese di maggiori dimensioni, ha espressamente ricondotto la patologia del procedimento nella categoria dell'inefficacia ⁽¹¹⁶⁾. Ma, anche forzando gli inciampi letterali o dogmatici, l'esito si rivela insoddisfacente: la coerenza e l'armonia sistematica si fermano alla previsione d'uno stesso rimedio di tipo indennitario (con valori economici generalmente ridotti o addirittura dimezzati per le piccole imprese).

Rimane preferibile, allora, un'interpretazione che prospetti – in modo diretto e lineare – la nullità del recesso per colpa e l'applicabilità della tutela reale di diritto comune al di là delle soglie dimensionali dell'impresa, anche tenuto conto che il vizio della tardività rimane "esterno" all'assetto rimediabile del licenziamento illegittimo e appartiene invece al regime dell'art. 7 St. lav. Quanto meno si ristabilisce una coerenza sistematica a più largo raggio: con il trattamento giuridico delle sanzioni conservative; con le ricadute ben più radicali che il legislatore e la giurisprudenza costituzionale hanno riservato al licenziamento <<dichiarato inefficace perché intimato in forma orale>> (art. 18, co. 1, St. lav.).

In passato ha agito una certa vischiosità concettuale: quella di ritenere che l'esercizio del potere di recesso dovesse rimanere ancorato alla propria e speciale regolamentazione, così da essere attratto il meno possibile nella sfera dell'art. 7 St. lav. Come se le garanzie previste dalla norma

¹¹⁴ Per un'argomentazione analoga v. già O. Mazzotta, <<La terra è piatta?>> <<Forse ...>> (A proposito di licenziamento disciplinare illegittimo e sanzioni conseguenti), in *Foro it.*, 1994, I, c. 2710.

¹¹⁵ In tal senso v. Cass. lav., 2 maggio 2017, n. 10642 che richiama in motivazione <<l'insegnamento maturato fin da Cass., sez. Un., n. 4844 del 1994>>.

¹¹⁶ Cfr. C. PISANI, *op. cit.*, p. 266 s., il quale lamenta che la l. n. 92/2012 abbia trascurato di regolare le conseguenze dei difetti procedurali per le piccole imprese, aprendo la via alla <<conseguenza irragionevole>> di applicare la tutela reale di diritto comune: <<pertanto, in mancanza di una doverosa correzione legislativa, occorrerà un intervento della Corte costituzionale che, in base agli artt. 3 e 41 Cost., sancisca l'effetto estintivo anche nell'area della tutela obbligatoria, per sottrarli alla tutela reale di diritto comune>>; A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 65. *Contra* Cester, *op. cit.*, p. 27, secondo cui nell'ambito delle imprese minori <<continuerà ad applicarsi la conseguenza sanzionatoria costituita dalla cosiddetta tutela reale di diritto comune>>.

statutaria fossero una sovrastruttura *ab origine* estranea al licenziamento disciplinare e introdotta a forza dall'intervento additivo della Corte costituzionale (¹¹⁷).

Forse, in modo sotterraneo, agisce ancora il pregiudizio comune secondo cui l'art. 7 St. lav. è stato scritto per le sanzioni conservative e può riguardare solo tangenzialmente l'irrogazione della sanzione espulsiva (¹¹⁸). Forse si può (e si deve) andare oltre quel pregiudizio e la sua presunta oggettività: senza patire il cruccio o il condizionamento dei modelli interpretativi del passato, e puntando invece sulla forza evolutiva del diritto vivente (¹¹⁹).

¹¹⁷ Così L. MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 179: <<una sovrastruttura alla quale non è stato affidato il compito di alterare o modificare l'equilibrio che il legislatore ha faticosamente raggiunto fra i diversi e paralleli livelli di tutela>>.

¹¹⁸ Ancora Cass., Sez. Un., 18 maggio 1994, n. 4844, cit.: <<quanto agli effetti della violazione delle garanzie di cui all'art. 7, si deve innanzitutto sottolineare come i lavori preparatori sullo Statuto siano privi di riscontri idonei ad illuminare sulla volontà del legislatore, né ciò deve sorprendere posto che è *communis opinio* che, almeno al momento della approvazione della l. n. 300, per sanzioni disciplinari nello Statuto si intendessero propriamente quelle conservative>>.

¹¹⁹ N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 16 s.: <<è proprio questo il senso del riferimento al diritto vivente, che la Corte costituzionale assume a paradigma costante dei suoi pronunciamenti, senza ovviamente negare il precetto della soggezione del giudice alla legge. Ciò che vive – e non è dunque consegnato ad una sua consolidata definitività – non può non implicare una dimensione di creatività>>.

I dolori del giovane 18: note sul licenziamento disciplinare

Riccardo Del Punta

1. Il licenziamento disciplinare nella giurisprudenza della Cassazione.	66
2. La forza espansiva dell'”insussistenza del fatto contestato”.	66
3. Che fare della tardività?	68
4. Il licenziamento sproporzionato.	74
5. Conclusioni.	76

1. Il licenziamento disciplinare nella giurisprudenza della Cassazione.

Così giovane e così tormentato, l'art. 18 del 2012, e senza neppure la soddisfazione di potersela prendere con gli incerti del romanticismo, a dispetto di quello che potrebbe suggerire il titolo di questo articolo. Tormentata, del resto, ne era stata già la nascita, con un testo tirato da tutte le parti e perciò passato attraverso innumerevoli bozze, e che soltanto a fatica aveva trovato, si fa per dire, un proprio punto archimedeo.

La missione assegnata a questo prodotto normativo di emergenza era, tra l'altro, pressoché impossibile: superare la reintegrazione senza superarla, sì che venissero corretti alcuni eccessi del precedente regime e che il paese facesse i compiti richiesti dalla situazione internazionale (naturalmente adesso "dimenticata" dai più), ma senza che nessuna delle forze politiche che sostenevano il Governo in carica ne uscisse totalmente sconfessata.

Dopo di che, era prevedibile che, dal giorno dopo, l'art. 18 divenisse, almeno a livello dottrinale, un campo di battaglia, nel quale si sono confrontate concezioni differenti del diritto del lavoro, una delle quali col vento in poppa (come è stato comprovato dal rilancio operato dal d.lgs. n. 23/2015).

Di pretesti per diatribe interpretative, d'altronde, il nuovo art. 18 ne offriva in abbondanza, proprio a causa del parossismo compromissorio che si portava dietro. Era prevedibile, altresì, che le contese si indirizzassero soprattutto sulla materia del licenziamento disciplinare – cui sono dedicate queste note –, sia per la peculiare delicatezza della stessa, sia perché è lì che il legislatore del 2012 aveva profuso i maggiori sforzi per dettare al giudice i criteri di selezione delle tutele.

Peraltro, al netto dell'irresistibile attrazione del giudiziario per la reintegrazione, a mio avviso la giurisprudenza della Cassazione ha offerto una lettura complessivamente equilibrata della norma, che cioè non marginalizza né l'una né l'altra tutela pur a dispetto del rilievo dominante dato (ma sulla base di argomenti controllabili e alla fine convincenti) all'ipotesi dell'"insussistenza del fatto contestato".

È stato semmai nella giurisprudenza di merito, in specie di alcune aree del paese, che si è avvertita sovente una propensione a riassorbire, fosse anche soltanto per comodità di decisione, la biforcazione di tutele prevista dalla novella, e ad applicare quasi de plano la reintegrazione, sebbene attenuata nelle conseguenze patrimoniali. Ma riconosco che un giudizio del genere necessiterebbe di un maggiore supporto informativo.

2. La forza espansiva dell'"insussistenza del fatto contestato".

In fin dei conti, allorquando si sono concentrati sull'interrogativo se il fatto, la cui accertata insussistenza fa salva la tutela reintegratoria, ancorché attenuata, debba intendersi in senso restrittivamente "materiale" o più ampiamente "giuridico", cioè comprensivo, oltre che dell'elemento oggettivo del fatto, dell'elemento soggettivo e di quello dell'antigiuridicità, la dottrina non ha avuto molta fantasia, giacché l'esperienza giurisprudenziale ha dimostrato che la realtà andava oltre questa semplice dicotomia.

Non c'è dubbio, peraltro, che l'analisi dovesse partire da lì. Al riguardo, non sto a ripetere quanto altrove osservato (da ultimo ne Il "fatto materiale": una riflessione interpretativa, Labor, n. 5-6/2016) circa la mia adesione alla tesi del fatto giuridico, pur con la sottolineatura che è fuor di luogo, in termini di analisi, contrapporre il fatto "giuridico" a quello "materiale", essendo il primo

un concetto neutro che implica semplicemente che a un dato fatto, quale che sia, è ricollegata da una norma la produzione di effetti giuridici (fatta salva la valutazione sulla ragionevolezza costituzionale di tale imputazione).

L'assunto di questo indirizzo, insomma, è che il fatto rilevante, ai fini dell'art. 18, comma 4, non può che risultare da tutti gli elementi che sono stati contestati dal datore di lavoro ai fini disciplinari.

Personalmente, anzi, reputo che il riferimento al fatto "materiale" non abbia una vera capacità di tenuta neppure là dove tale espressione è stata effettivamente impiegata da un legislatore influenzato dal dibattito sviluppatosi dopo la riforma del 2012, cioè nell'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015.

Non sorprende, quindi, che la giurisprudenza della Cassazione si sia posta su questa stessa strada. Ma così facendo essa vi ha apportato un *quid pluris* di riflessioni interpretativo-applicative che hanno contribuito a dare un'idea più chiara della fattispecie.

La prima implicazione dell'approccio del "fatto giuridico" è quella di ricomprendere nell'insussistenza di esso l'ipotesi del fatto sussistente, ma privo di connotati di illiceità, o persino di rilevanza giuridica.

Questo è stato in effetti confermato, con il crisma della definitività, da una delle sentenze caposcuola del recente orientamento, vale a dire Cass. n. 20540/2015 (per una recente ripresa, v. Cass. n. 29062/2017).

Interessanti, come casistica, sono anche Cass. n. 18418/2016, che ha confermato la sentenza che aveva reintegrato il lavoratore, cui era stato contestato di essere maleducato con il personale che formava, di aver rifiutato di ridiscutere il superminimo e di aver lamentato un demansionamento, reputando tali condotte prive dei caratteri dell'antigiuridicità e illiceità; e Trib. Milano 24 novembre 2015 (in Notiz. giurispr. lav., 2016,159), la quale ha ribadito che l'irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale, nel caso di un licenziamento intimato per avere il lavoratore indebitamente utilizzato la bacheca sindacale, affiggendovi un volantino inneggiante alla lotta per il progresso e contro il potere, senza che si producessero conseguenze sul lavoro, né tensioni in azienda.

Rientra nel capitolo della carenza dell'antigiuridicità, con l'unica differenza che essa discendeva indirettamente, nel caso, dalla carenza del potere di licenziare, in ragione del *ne bis in idem* e dell'avvenuta transazione della lite, anche il principio (affermato da Trib. Bari 6 dicembre 2016, in Riv. it. dir. lav., 2017, II, 295, con nota di V. Speciale) per cui è riconducibile all'insussistenza del fatto contestato l'ipotesi di un licenziamento disciplinare intimato in carenza di potere, per essere stata irrogata, in relazione al medesimo fatto (effettuazione di un trasloco personale con l'ausilio di dipendenti del datore di lavoro, punito prima con una sospensione e poi riqualificato a seguito della sopravvenuta condanna penale), una precedente sanzione conservativa, oltretutto accettata dal lavoratore in sede di conciliazione assistita.

È espressione del medesimo concetto portante (fatto = tutti gli elementi contestati) il principio per cui, se è stato contestato al lavoratore di aver tenuto un comportamento "abituale", ma nel processo è emerso soltanto un comportamento "episodico", il fatto deve considerarsi insussistente (Cass. n. 23669/2014).

Nello stesso ordine di idee, si è affermato che qualora il codice disciplinare ex CCNL preveda che, per essere passibile di licenziamento, una condotta deve avere caratteristiche o implicazioni qualificate, ad es. deve avere arrecato un “grave nocumento” all’azienda o a terzi, ma tale connotato di gravità non sia risultato dal processo, non si ha una mera sproporzione del licenziamento bensì una radicale insussistenza del fatto (Cass. n. 20545/2015).

Questo indirizzo è importante perché rischia di comportare l’attrazione, da parte dell’ipotesi in esame, della figura del licenziamento sproporzionato, sebbene questa rientri di massima, stando alla stessa Cassazione, nel campo della tutela economica (v. infra, § 4).

È il classico inceppo non calcolato, che può sbilanciare l’asse sanzionatorio a favore della reintegrazione, con l’involontaria collaborazione delle tante previsioni aperte che figurano nei codici disciplinari contrattuali. Ma è difficile contestare la correttezza del ragionamento.

È invece scontato, per altro aspetto, che l’ipotesi in discorso include anche il caso del fatto non imputabile al lavoratore per carenza di consapevolezza e volontarietà (Cass. n. 10119/2016).

Infine, è stata equiparata all’insussistenza del fatto contestato l’ipotesi del licenziamento disciplinare intimato in difetto radicale della contestazione dell’infrazione, giacché determinante l’inesistenza dell’intero procedimento e non soltanto l’inosservanza delle norme che lo disciplinano (Cass. n. 25745/2016).

Non condivido, invece, che possa essere riportata al fatto insussistente la mera genericità della contestazione di addebito, in quanto essa, oltre a privare il lavoratore della possibilità di addurre prove a discarico, impedirebbe al giudicante di delimitare e accertare il fatto (Trib. Milano 15 aprile 2015, in Riv. it. dir. lav., 2015, II, 1037). Questa opinione disattende, a mio avviso, la volontà del legislatore, pur nella consapevolezza della possibile labilità del distinguo tra una contestazione generica e una mancante.

3. Che fare della tardività?

Con l’ordinanza interlocutoria n. 10159/2017, la Sezione Lavoro della Cassazione aveva rimesso alle Sezioni Unite la questione del rimedio sanzionatorio applicabile nel caso in cui il licenziamento disciplinare, e in particolare quello per giusta causa, sia stato invalidato perché il relativo addebito era stato contestato tardivamente rispetto alla cognizione dello stesso.

La vicenda riguardava un licenziamento per giusta causa intimato il 18 febbraio 2013 a un preposto di banca che, nel periodo febbraio-settembre 2010, aveva consentito o comunque favorito, coinvolgendo il personale di sportello, la negoziazione di assegni per un ingente importo in violazione della normativa bancaria, cioè permettendo ai clienti e non della filiale di incassare (per lo più in contanti) il retribuito di numerosi titoli tratti su banche corrispondenti, spesso fuori piazza.

La Corte di Appello di Firenze aveva giudicato tardivo il licenziamento, e, con un apparente strappo interpretativo, ispirato dalla proposta – circolata in dottrina- di recupero del diritto comune nei buchi della riforma del 2012, aveva dichiarato il licenziamento nullo e disposto perciò la reintegrazione del lavoratore.

L’ordinanza sopra citata ha ritenuto, invece, che la sanzione andasse comunque cercata all’interno dell’art. 18, ma si è trovata di fronte due diverse posizioni: quella di Cass. n. 23669/2014, secondo

cui la non immediatezza della contestazione integrerebbe un mero vizio procedurale, mentre la non immediatezza del recesso sarebbe un vizio sostanziale, passibile della tutela economica; e quella di Cass. n. 2513/2017, che sulla scia del risalente orientamento teso a configurare l'immediatezza del provvedimento espulsivo (e della contestazione a monte) come un elemento costitutivo del diritto di recesso per motivi disciplinari e in particolare per giusta causa, ha ritenuto il difetto di tale requisito equiparabile all'insussistenza del fatto, in quanto implicitamente rivelatore dell'irrelevanza disciplinare di quella condotta per la prosecuzione del rapporto di lavoro.

Le Sezioni Unite, con pronuncia n. 30985/2017, hanno risolto la questione in un senso – applicazione della tutela economica ex art. 18, comma 5- che condivido (in conformità a quanto sostenuto in *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli, a cura di, *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, F. Angeli, Milano, 2014, 13-58, qui 44-45), anche se lo hanno fatto con passaggi motivazionali non sempre efficaci.

Va detto, anzitutto, che l'approccio della pronuncia è di stampo strettamente esegetico. Lo scopo che essa si è proposta è esclusivamente quello di dove incasellare l'ipotesi della tardività del recesso nell'impianto sanzionatorio dell'art. 18, col cui testo, di conseguenza, si è mantenuta in ravvicinato contatto.

Questo potrà suscitare gli appunti critici di chi, in particolare a proposito della razionalizzazione del principio di immediatezza o tempestività (v. *infra*), avrebbe preferito un maggiore approfondimento attorno al tema del potere datoriale e dei suoi limiti. Non abbraccerei una tale critica, giacché ritengo, di contro, che le Sezioni Unite siano state sagge a restare sul punto, senza perdere di vista il proprio specifico obiettivo interpretativo. Non era questa, insomma - anche perché vertente sull'interpretazione di una norma rimediale e non sostanziale -, la sede più adatta a prese di posizione di maggiore respiro.

Si possono isolare, nella motivazione, tre parti.

In primo luogo, le Sezioni Unite hanno negato che il vizio in discorso sia riconducibile alle ipotesi di nullità di cui al 1° comma dell'art. 18, cui corrisponde la tutela reale cd. piena. Una conclusione invero scontata, e anche sfasata rispetto alla Corte territoriale, che come si è detto aveva tentato l'azzardo della nullità di diritto comune, in ciò stoppata già dall'ordinanza n. 10159/2017, che aveva riportato la barra sull'art. 18.

In secondo luogo – e più in tema -, le Sezioni Unite hanno escluso, dissentendo questa volta da Cass. n. 2513/2017, che la non immediatezza o tardività della contestazione o del licenziamento sia equiparabile all'insussistenza del fatto.

Anche questa posizione appare difficilmente contestabile: una cosa è che il fatto, comunque definito, non sussista; un'altra è che sussista ma sia stato fatto valere tardivamente dal datore di lavoro.

Veniamo infine al vero nodo della questione: assodato che non si tratta di insussistenza del fatto, la tutela economica di riferimento è quella valevole per gli altri casi in cui il licenziamento è ingiustificato, ex comma 5 (12-24 mensilità), o quella per vizi formali o procedurali, ex comma 6 (6-12 mensilità)? Fermo che non parlerei, come è entrato invece nell'uso, di tutela forte o debole, dal momento che le due tutele, pur entrambe economiche o più esattamente indennitarie, si applicano a vizi qualitativamente diversi.

Da questo momento, al di là della correttezza della conclusione cui è pervenuta, la motivazione della pronuncia ha perduto smalto.

Le Sezioni Unite si sono trovate di fronte, a onor del vero, a un compito non semplice, cui nel vigore del precedente testo normativo, ove tutti i vizi portavano alla medesima sanzione, non era necessario assolvere: quello di precisare la natura giuridica (procedurale o sostanziale) di un vizio, la tardività del licenziamento disciplinare, creato dalla giurisprudenza stessa.

Da cui il dilungarsi della pronuncia sulla ragion d'essere di questo costruito giurisprudenziale in relazione agli interessi in gioco, che sono poi quello del lavoratore esposto al licenziamento, pur in bilanciamento con quello contrapposto del datore di lavoro.

Nell'accostarmi all'iter logico-giuridico seguito dalla pronuncia, suggerisco, anzitutto, di considerare sinonimi (e mi pare che così li intendano anche le Sezioni Unite) i termini "immediatezza" e "tempestività", il cui rovescio è la "tardività". I distinguo che si potrebbero fare al riguardo sembrano eccessivamente sottili, e poco utili.

Si sta qui parlando, è bene ancora premettere, non di termini temporali precisi dettati da qualche fonte per lo svolgimento di una procedura, bensì di quel periodo temporale non meglio determinato, ma comunque di rilevante durata, e ancorché da intendersi in senso relativo, cioè commisurato alla complessità degli accertamenti preliminari da effettuare sul fatto (giurisprudenza consolidata: v., ad es., Cass. n. 2935/2013), trascorso il quale la giurisprudenza è abituata a considerare tardiva una contestazione o eventualmente (qualora la procedura venga espletata ma il provvedimento finale tardi a essere adottato) anche un licenziamento disciplinare.

Ciò premesso, l'esordio del ragionamento è di quelli problematici, là dove si afferma che "l'obbligo della contestazione tempestiva dell'addebito rientra nel procedimento disciplinare di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970", anche se è pur vero che "ciò non implica automaticamente che la violazione del principio della tempestività della contestazione disciplinare, così come elaborato dalla giurisprudenza, debba essere sempre sanzionata attraverso il meccanismo della indennità attenuata, di cui al sesto comma del citato art. 18, per il solo fatto che tale norma contempla, tra le ipotesi di applicazione di tale più lieve sanzione, quelle derivanti dalla violazione delle procedure di cui all'art. 7 della stessa legge n. 300 del 1970...". E ancora: "Invero, il principio della tempestività della contestazione lo si desume dal contesto della lettura della norma di cui all'art. 7 della legge n. 300/70, dal momento che questa non lo enunzia in maniera espressa...".

A prima vista potrebbe sembrare che, in questo passaggio, la Corte si sia complicata inutilmente la vita. A mio parere, infatti, l'art. 7 resta fondamentalmente la fonte di una normativa procedurale, per cui l'asserita derivazione dall'art. 7 del principio dell'immediatezza della contestazione può giustificarsi, al massimo, nel senso molto ampio che il bene protetto dall'art. 7 è il diritto di difesa del lavoratore, per cui la tempestività della contestazione è necessaria affinché egli possa difendersi con efficacia.

Ma, anche in tale prospettiva, la derivazione non è tanto dalla norma procedimentale in questione, quanto dal principio costituzionale del diritto alla difesa (anche al di fuori del processo), e forse anche da altri come il pure menzionato principio di buona fede.

Occorre tener presente, tuttavia, che le Sezioni Unite avevano come necessario riferimento la giurisprudenza della Sezione Lavoro, nella quale l'assunto per cui l'art. 7 esprime per implicito

anche un principio di immediatezza della contestazione è apparso sin da tempi remoti (v., ad es., Cass. n. 3845/1987).

Ne segue che, avendo da sciogliere il nodo della natura procedurale o no del vizio, le Sezioni Unite non potevano prescindere da questo indirizzo, consapevoli com'erano che, sinché la norma di riferimento restava quella di cui all'art. 7, il regime sanzionatorio corrispondente sarebbe stato quello previsto dall'art. 18, comma 6, che invece la pronuncia intendeva scongiurare.

La storia giurisprudenziale del principio di immediatezza va ben oltre, comunque, la connessione con la norma statutaria, come le Sezioni Unite hanno ricostruito, per quanto senza quel riordino argomentativo che le circostanze avrebbero potuto suggerire.

Si legge, nella pronuncia, che “il fondamento logico-giuridico della regola generale della tempestività della contestazione disciplinare non soddisfa solo l'esigenza di assicurare al lavoratore incolpato l'agevole esercizio del diritto di difesa, quando questo possa essere compromesso da un lasso di tempo eccessivo rispetto all'epoca di accertamento del fatto oggetto di addebito, ma appaga anche l'esigenza di impedire che l'indugio del datore di lavoro possa avere effetti intimidatori, nonché quella di tutelare l'affidamento che il dipendente deve poter fare sulla rinuncia dello stesso datore di lavoro a sanzionare una mancanza disciplinare allorquando questi manifesti, attraverso la propria inerzia protratta nel tempo, un comportamento in tal senso concludente”.

Si tratta, come si vede, di tre distinti argomenti, che indicheremo come l'argomento del diritto di difesa (v. supra), l'argomento della spada di Damocle (cioè l'esigenza di non tenere il lavoratore troppo a lungo il lavoratore sotto la minaccia del licenziamento), e l'argomento della rinuncia implicita, dato il trascorrere di troppo tempo, all'irrogazione del recesso.

Serviva però, nel contempo, un canone trasversale che li tenesse assieme tutti, e le Sezioni Unite lo hanno trovato, o hanno creduto di trovarlo, nei principi della buona fede e della correttezza contrattuali, da ritenere violati là dove il datore di lavoro abbia “ritardato oltremodo e senza un'apprezzabile giustificazione la contestazione disciplinare”.

In tale caso “il problema non è più quello della violazione dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, quanto piuttosto l'altro della interpretazione secondo buona fede della volontà delle parti nell'attuazione del rapporto di lavoro. Invero, posto che l'obbligazione dedotta in contratto ha lo scopo di soddisfare l'interesse del creditore della prestazione, l'inerzia del datore di lavoro di fronte alla condotta considerata quale dichiarazione implicita, per *facta concludentia*, dell'insussistenza in concreto di alcuna lesione del suo interesse”.

Peraltro, ai loro stessi fini, a mio avviso le Sezioni Unite avrebbero dovuto risalire ancora oltre nella genesi del principio di immediatezza, che è nato nella giurisprudenza come requisito intrinseco della fattispecie della giusta causa. Vale a dire sulla base del ragionamento (che ho sempre trovato convincente, e non tanto per una meccanica attribuzione di effetti negoziali al passare del tempo, quanto per un'analisi della fattispecie in discussione) che, essendo la giusta causa caratterizzata dall'impossibilità della prosecuzione anche provvisoria del rapporto, da cui discendeva l'immediatezza dell'effetto risolutivo, era logicamente incompatibile con questa forma di recesso il trascorrere di un lungo lasso di tempo tra la cognizione dei fatti e l'irrogazione dell'atto, pur concedendo tutto il concedibile ad un'accezione dell'immediatezza in senso relativo

Si prendano due massime qualsiasi degli anni '80 del secolo scorso:

- Cass., 8 giugno 1981, n. 3697: “È illegittimo il licenziamento in tronco intimato dopo un lungo lasso di tempo dall'accertamento dei fatti in quanto il licenziamento in tronco si caratterizza, distinguendosi da quello per giustificato motivo, proprio e soltanto in virtù della immediatezza del suo effetto risolutivo; esso è infatti previsto «qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto» e perciò occorre che il datore di lavoro lo intimi appena avuto notizia della predetta causa”;
- Cass., 6 luglio 1983, n. 4536: “Il licenziamento in tronco si caratterizza, distinguendosi da quello per giustificato motivo, in virtù dell'immediatezza del suo effetto risolutivo e, pertanto, occorre che il datore di lavoro lo intimi appena abbia avuto notizia della predetta causa o abbia espletato le necessarie indagini, essendo incompatibile con questa forma di recesso il trascorrere di un notevole lasso di tempo, senza plausibile ragione, fra l'accertamento dei fatti e la manifestazione della volontà di recedere”.

Come si noterà, all'epoca il requisito dell'immediatezza era ritenuto un connotato caratterizzante del licenziamento per giusta causa, e dunque un tratto che differenziava questo dal licenziamento per giustificato motivo soggettivo, e così è stato per lungo tempo.

Soltanto in una seconda fase la giurisprudenza ha esteso tale requisito anche al licenziamento per giustificato motivo soggettivo, il che l'ha costretta a cercare, per esso, una giustificazione più ampia, che in effetti si è variamente indirizzata verso gli argomenti (effettività della difesa del lavoratore e interesse di questi a non essere lasciato nell'incertezza circa il futuro del rapporto) ripresi anche dalle Sezioni Unite nella pronuncia in discorso.

Ed è appunto in questa giurisprudenza, con particolare riguardo all'argomento del diritto di difesa, che è riapparsa la connessione, ora divenuta malandrina nell'ottica dell'art. 18, con l'art. 7.

Si veda, ad es., Cass., 9 novembre 2000, n. 14551: “La differenza tra licenziamento per giusta causa e licenziamento per giustificato motivo soggettivo non attiene - sulla base di una corretta interpretazione della normativa applicabile in materia - alla diversa consistenza temporale del requisito della immediatezza: requisito che deve connotare in misura analoga le cennate due ipotesi di licenziamento disciplinare - come, d'altronde, tutte le sanzioni disciplinari con riferimento al principio ex art. 7 Stat. lav. a mente del quale la contestazione disciplinare deve avvenire in immediata connessione temporale con il fatto addebitato sì da evitare che il datore di lavoro possa ritardare detta contestazione in modo da rendere difficile la difesa da parte del dipendente (Cass. n. 3845/1987) ovvero da utilizzare l'eventuale reiterazione dell'infrazione come elemento di maggiore gravità da porre a fondamento di una più grave sanzione disciplinare (Cass. n. 5309/1987, Cass. n. 6691/1982) -, in quanto l'elemento temporale connesso alla "immediatezza" riguarda propriamente gli effetti conseguenti all'irrogazione della sanzione espulsiva”.

Quasi identiche le espressioni usate, quindici anni dopo, da Cass., 11 agosto 2015, n. 16683: “La differenza tra licenziamento per giusta causa e licenziamento per giustificato motivo soggettivo non attiene - sulla base di una corretta interpretazione della normativa applicabile in materia - alla diversa consistenza temporale del requisito dell'immediatezza (così Cass. n. 14551 del 2000). Le già richiamate ragioni che impongono l'immediatezza della contestazione disciplinare, correlate alla necessità di garantire il diritto di difesa del lavoratore ed a non perpetuare l'incertezza sulla sorte del rapporto, sono presenti infatti in entrambe le richiamate ipotesi di licenziamento disciplinare”.

Va aggiunto, però, che la derivazione originaria del principio dall'art. 2119, c.c., non si è mai perduta, e questo è accaduto, mi pare, sotto la forma dell'argomento della rinuncia datoriale implicita, per il tempo trascorso, a far valere la giusta causa.

In varie occasioni, del resto, tale derivazione ha continuato ad essere esplicitata, al pari di quel che accadeva nelle pronunce degli anni '80. Si veda, ad es., Cass., 5 marzo 2003, n. 3245: "La tempestività del licenziamento, intesa come immediatezza della reazione datoriale al «fatto» del lavoratore, può ritenersi elemento costitutivo nella ipotesi di recesso per giusta causa (o giustificato motivo soggettivo), derivando dalla formulazione dell'art. 2119 c.c., e, in particolare, dal rilievo che in tale disposizione assume l'impossibilità, anche provvisoria, di prosecuzione del rapporto...".

Infatti, come si è già visto, nelle Sezioni Unite in commento sono ritornati tutti e tre gli argomenti, il che suggerisce una valutazione conclusiva.

Il tortuoso incedere della seconda parte della motivazione della pronuncia trova una scusante almeno parziale nell'obiettivo oscillazione del principio di immediatezza tra giustificazioni sostanziali e procedurali, la cui genesi si è qui ricostruita pur per sommi capi.

Tuttavia, alla fine dei giochi, ritengo che la qualificazione del requisito in questione come costitutivo del diritto o potere di licenziamento per giusta causa - da cui discende che un licenziamento tardivo è niente di più e di meno di un licenziamento che difetta di giusta causa - continui a essere quella più "pesante" ai fini dell'attribuzione al principio di una natura (almeno prevalentemente) sostanziale piuttosto che di una (almeno prevalentemente) procedurale.

E ritengo che tale natura non muti neppure nel (pur meno semplice) caso del licenziamento per giustificato motivo soggettivo, per quanto rivelato anche dalla connessione, valorizzata dalle Sezioni Unite, col principio, appunto sostanziale, di buona fede.

Così come di natura sostanziale sarebbero altri principi, come ad es. il principio di proporzionalità, dei quali il principio di tardività dovesse essere ritenuto, a livello dottrinale, una specificazione.

A quel punto la conseguenza che ne deriva è semplice, giacché il vizio integrato dalla violazione del requisito in discorso ricade nelle "altre ipotesi" nelle quali è accertata l'inesistenza degli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, di cui all'art. 18, comma 5, cui corrisponde la tutela economica tra 12 e 24 mensilità, come da principio di diritto delle Sezioni Unite (nel quale sembra esservi, peraltro, un errore materiale, dove la dichiarazione giudiziale di risoluzione è riferita al licenziamento disciplinare, piuttosto che al rapporto di lavoro estinto da un licenziamento disciplinare).

Resta un ultimo nodo, legato a un passaggio finale della pronuncia: "Diversamente, qualora norme di contratto collettivo o la stessa legge dovessero prevedere dei termini per la contestazione dell'addebito disciplinare, la relativa violazione verrebbe attratta, in quanto caratterizzata da contrarietà a norma di natura procedimentale, nell'alveo di applicazione del sesto comma del citato art. 18 che, nella sua nuova formulazione, è collegato alla violazione delle procedure di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970 e dell'articolo 7 della legge n. 604 del 1966".

Questo brano sta suscitando particolari perplessità tra i primi lettori della sentenza, ma anche qui mi sento in controtendenza. Come è noto, numerose norme collettive arricchiscono la normativa procedurale di cui all'art. 7, prevedendo termini per l'effettuazione della contestazione una volta

accertati i fatti (e qui c'è il problema, che mi esimo dall'affrontare, dell'interazione con un eventuale procedimento penale) o per l'irrogazione dell'eventuale sanzione una volta ricevute le giustificazioni, scritte ed eventualmente anche orali, del lavoratore.

Ebbene, questi sono tipici termini procedimentali, tant'è che sono molto più brevi rispetto ai tempi medio-lunghi che vengono in gioco sub specie di immediatezza, per cui è corretto che la violazione degli stessi sia assoggettata alla tutela economica di cui all'art. 18, comma 6.

Ne discende che, in un'ipotetica situazione in cui vi fosse sia un problema di immediatezza che uno di inosservanza di un termine procedimentale, il ricorso del lavoratore in impugnativa di un licenziamento disciplinare potrebbe rivendicare, in via graduata:

- a) la tutela ripristinatoria/reintegratoria per insussistenza del fatto, intesa nel senso ampio che si è visto retro, § 2;
- b) la tutela economica tra 12 e 24 mensilità per violazione del principio di immediatezza o tempestività;
- c) la tutela economica tra 6 e 12 mensilità per violazione di un termine procedimentale.

Non va dimenticato, al riguardo, che l'art. 18, comma 6, ultimo periodo, consente al lavoratore di domandare al giudice, di fronte al quale sia stato lamentato un vizio formale o procedurale del recesso (ipotesi sub c), di accertare "che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento", come da ipotesi sub a-b.

Trattasi, invero, di un classico esempio di norma ridondante, essendo ovvio che, se anche il chiarimento in oggetto non fosse stato dato, il lavoratore avrebbe potuto dolersi egualmente del difetto di giustificazione del recesso rivendicando la corrispondente tutela.

4. Il licenziamento sproporzionato.

Il maggiore terreno di applicazione della tutela economica ex art. 18, comma 5, è comunque quello del licenziamento genericamente sproporzionato, per quanto la Cassazione ha avuto modo di chiarire in alcune pronunce (ad es., Cass. n. 23669/2014; Cass. n. 10119/2016; Cass. n. 13178/2017).

Si è già visto, tuttavia, come anche in quest'area la tutela ripristinatoria-reintegratoria faccia pressione su quella economica, nella misura in cui il licenziamento giudicato sproporzionato per non avere, il fatto contestato, quei requisiti di gravità postulati da una norma collettiva che preveda, anche tramite formule aperte, i fatti passibili di licenziamento, subisce un upgrading a licenziamento per insussistenza del fatto contestato.

Esaminiamo ora il caso inverso, che è contemplato dal comma 4 attraverso la previsione, come seconda ipotesi di applicazione della tutela ripristinatoria-reintegratoria, del caso in cui il fatto rientri "tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili".

Ad esempio, nel caso di Cass. n. 13178/2017 (relativo a una serie di contestazioni di consapevole contrasto alle direttive aziendali, mosse a un dirigente medico di una Fondazione ospedaliera), il giudice di merito aveva anche escluso che i comportamenti in questione integrassero una mera inosservanza delle direttive, per la quale era prescritta una sanzione conservativa. Da cui

l'affermazione per cui "La valutazione di non proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato ed accertato rientra poi nell'articolo 18, comma 4, solo nell'ipotesi in cui lo scollamento tra la gravità della condotta realizzata e la sanzione adottata risulti dalle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, che ad essa facciano corrispondere una sanzione conservativa. Al di fuori di tale caso, la sproporzione tra la condotta e la sanzione espulsiva rientra nelle "altre ipotesi" in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, per le quali l'articolo 18, comma 5, prevede la tutela indennitaria c.d. forte".

Anche qui, però, c'è il granello di sabbia che può inceppare il motore. È chiaro, infatti, che la possibilità di riportare un certo fatto, per via di interpretazione, a qualcuna delle formule previste dai CCNL per identificare le condotte passibili di sanzioni conservative c'è sempre, o quasi. Ad esempio, se un CCNL prevede che una "negligenza grave", magari così qualificata perché produttiva di danni all'azienda o a terzi, sia punibile col licenziamento, e una "negligenza semplice" con la multa o una sospensione, vi sarà sempre la possibilità di qualificare una condotta in termini di negligenza semplice, di conseguenza applicando, per tale via, la tutela ripristinatoria-reintegratoria.

Così ragionando, però, tutti i licenziamenti sproporzionati rientrerebbero, passando dalla finestra, nell'area di questa tutela, per cui l'affermazione generale della Cassazione, sopra riportata, ne uscirebbe svuotata.

È quel che accade, in effetti, in molta giurisprudenza di merito, che oltretutto è poco controllabile dalla Corte, nella misura in cui questa non può ingerirsi nelle interpretazioni dei contratti collettivi fatte nei pregressi gradi di giudizio.

A mio avviso, invece, la previsione dell'art. 18, comma 4, dovrebbe richiedere, per potersi applicare, che il fatto contestato risulti tra le "condotte" punibili con una sanzione conservativa. Dovrebbe richiedere, insomma, che quella in questione sia stata tipizzata dal codice disciplinare come una "condotta", e dunque con una significativa precisazione dei suoi elementi costitutivi.

Ciò in quanto soltanto in un caso del genere – nel quale la non punibilità di un dato fatto con il licenziamento era conoscibile in anticipo dal datore di lavoro – è possibile ritenere che quel licenziamento sia stato "sbagliato", per cui il datore che lo ha irrogato in dispregio del CCNL, "merita", per così dire, di essere sanzionato con la reintegrazione. Ad esempio, se un CCNL prevede la sospensione per il lavoratore che danneggia colposamente gli strumenti aziendali, il fatto si può considerare sufficientemente individuato, per cui il datore di lavoro avrebbe dovuto essere consapevole in anticipo che non poteva sanzionarlo col licenziamento.

Lo stesso non si può plausibilmente predicare, invece, di un fatto qualsiasi riconducibile, ma soltanto con un più discrezionale esercizio interpretativo, a una formula generale, come quella della negligenza semplice.

Ciò detto, è evidente che il discrimine tra le due ipotesi, che è poi lo stesso su cui si gioca la problematica ragionevolezza della diversità di trattamento istituita dalla norma, è molto sottile. Ragion di più per gestirlo con misura.

5. Conclusioni.

Dall'insieme della ricostruzione fatta emerge una significativa capacità di adattamento della tutela ripristinatoria-reintegratoria, sebbene la vicenda della sanzione della tardività del recesso abbia ridato linfa alla tutela economica.

Resta da vedere come la giurisprudenza di merito reagirà alle indicazioni della Suprema Corte, in particolare per quel che concerne il licenziamento tardivo e quello sproporzionato.

È facilmente prevedibile, peraltro, che la disciplina del licenziamento continuerà a essere al centro di accesi confronti. La prossima tappa sarà probabilmente l'attesa sentenza della Corte costituzionale sul "contratto a tutele crescenti": anche da lì verranno importanti indicazioni per un sistema che non ha ancora trovato un condiviso assestamento.

Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediale tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale^a

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 rimediale 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 rimediale 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

^a 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 (¹²⁰) che ha sollevato la questione di costituzionalità dinanzi 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 (¹²¹).

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 (¹²²).

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 (¹²³), il licenziamento disciplinare sia diventato uno strumento più ordinario e meno

(¹²⁰) 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.

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

¹²² 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. PUCCETTI, *La dissoluzione di una riforma nella tardività della contestazione*, ivi.

(¹²³) 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. POGGIOTTI, 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) ⁽¹²⁴⁾. 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 ⁽¹²⁵⁾, certamente ha prodotto, a detta di statistiche non ufficiali (in Italia non esistono statistiche ufficiali sulla durata delle fasi dei procedimenti giudiziali), 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.

⁽¹²⁴⁾ 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.

⁽¹²⁵⁾ 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 accanendovisi 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 ⁽¹²⁶⁾, 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») ⁽¹²⁷⁾. 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 ⁽¹²⁸⁾.

Onde il ribaltamento legislativo come unico rimedio di tipo politico, posta l'irricevibilità del quesito referendario abrogativo ⁽¹²⁹⁾, 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

⁽¹²⁶⁾ *Supra*, nota 123.

⁽¹²⁷⁾ 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».

⁽¹²⁸⁾ 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.

⁽¹²⁹⁾ 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 ⁽¹³⁰⁾ (*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 ⁽¹³¹⁾. 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 giudiziali.

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 ⁽¹³²⁾. 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 ⁽¹³³⁾ (che dipende dalle circostanze esterne, dai contesti storicizzati) si apra

⁽¹³⁰⁾ 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 teoretico; 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.

⁽¹³¹⁾ 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.

⁽¹³²⁾ 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*.

⁽¹³³⁾ 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 ⁽¹³⁴⁾.

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») ⁽¹³⁵⁾ in funzione del bilanciamento di valori, principi e interessi che sono compresenti nel testo costituzionale ⁽¹³⁶⁾. Ciò appare infatti consustanziale alla funzione giudiziaria ⁽¹³⁷⁾.

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 ⁽¹³⁸⁾.

Si sosterrà questa convinzione di fondo a partire dalla ipotesi apparentemente più regolata e prevedibile nella riforma dell'articolo 18 e cioè le conseguenze rimediali 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,

⁽¹³⁴⁾ «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 giurisprudenza e perciò dell'argomentazione giudiziaria e, in particolare, di quella interpretativa», L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 166.

⁽¹³⁵⁾ «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.

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

⁽¹³⁷⁾ 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.

⁽¹³⁸⁾ 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 ⁽¹³⁹⁾.

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) ⁽¹⁴⁰⁾, 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.) ⁽¹⁴¹⁾.

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

⁽¹³⁹⁾ 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.

⁽¹⁴⁰⁾ 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.

⁽¹⁴¹⁾ 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 rimediale ⁽¹⁴²⁾ 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 ⁽¹⁴³⁾, 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 ⁽¹⁴⁴⁾. 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.

⁽¹⁴²⁾ 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 rimediale 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.

⁽¹⁴³⁾ 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.

⁽¹⁴⁴⁾ 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) ⁽¹⁴⁵⁾.

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 ⁽¹⁴⁶⁾.

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'indelebile 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)».

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

⁽¹⁴⁶⁾ 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 ⁽¹⁴⁷⁾: 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 ⁽¹⁴⁸⁾. 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» ⁽¹⁴⁹⁾.

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 ⁽¹⁵⁰⁾ – 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 ⁽¹⁵¹⁾.

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

⁽¹⁴⁸⁾ 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 una 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.

⁽¹⁴⁹⁾ 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».

⁽¹⁵⁰⁾ «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.

⁽¹⁵¹⁾ 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 ⁽¹⁵²⁾ 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 ⁽¹⁵³⁾ – 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 dimidiata, poche mensilità per un licenziamento motivato da ragioni labili e quindi ineffettiva, non è un risultato certo, necessario, ma comunque possibile: rientra

⁽¹⁵²⁾ 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.*

⁽¹⁵³⁾ 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 ⁽¹⁵⁴⁾, 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 ⁽¹⁵⁵⁾, 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 costruzione 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.

⁽¹⁵⁴⁾ *Supra*, nota 144.

⁽¹⁵⁵⁾ 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 ⁽¹⁵⁶⁾.

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) ⁽¹⁵⁷⁾. 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 appiattire (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 rimediali) 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.

⁽¹⁵⁶⁾ 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.

⁽¹⁵⁷⁾ 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 ⁽¹⁵⁸⁾. 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 ⁽¹⁵⁹⁾ della Corte costituzionale non sarebbe allora certamente uno scandalo anche per chi ha sostenuto

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. i riferimenti bibliografici *supra*, nota 130.

⁽¹⁵⁹⁾ 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 ⁽¹⁶⁰⁾.

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 ⁽¹⁶¹⁾. Permane, cioè, un ampio tasso di incertezza interpretativa all’interno della stessa Corte di cassazione, testimoniato dalla rimessione

⁽¹⁶⁰⁾ 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*.

⁽¹⁶¹⁾ 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) ⁽¹⁶²⁾.

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 ⁽¹⁶³⁾.

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 ⁽¹⁶⁴⁾, 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

⁽¹⁶²⁾ 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».

⁽¹⁶³⁾ 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.

⁽¹⁶⁴⁾ *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 ⁽¹⁶⁵⁾, ha ricondotto tale esigenza di controllo alla tutela di beni differenziati insistenti sulla sfera soggettiva del lavoratore: innanzitutto, l'affidamento del lavoratore ⁽¹⁶⁶⁾; ma anche i canoni di correttezza contrattuale: la buona fede in senso oggettivo ⁽¹⁶⁷⁾ nonché la trasparenza nell'esercizio di un potere unilaterale di natura privata ⁽¹⁶⁸⁾.

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 ⁽¹⁶⁹⁾, 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

⁽¹⁶⁵⁾ Fondate 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*).

⁽¹⁶⁶⁾ «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.

⁽¹⁶⁷⁾ 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.

⁽¹⁶⁸⁾ 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.

⁽¹⁶⁹⁾ 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 rimediale 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 rimediali 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 rimediale, si evidenziano varie alternative, a seconda di come il fatto ricostruito si attagli alle diverse fattispecie di illegittimità previste dalla legge, producendo effetti rimediali diversi ⁽¹⁷⁰⁾.

Se immediatezza della contestazione o tempestività della sanzione ⁽¹⁷¹⁾ 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 ⁽¹⁷²⁾ – 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

⁽¹⁷⁰⁾ 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.

⁽¹⁷¹⁾ 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».

⁽¹⁷²⁾ 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 ⁽¹⁷³⁾, 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 ⁽¹⁷⁴⁾. 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) ⁽¹⁷⁵⁾. Il fatto sanzionato tardivamente, dunque, diventa un mero fatto, *rectius*, non si colora di antigiuridicità; 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 antigiuridicità 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

⁽¹⁷³⁾ *Supra*, nota 170.

⁽¹⁷⁴⁾ 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'ingiustificatezza 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».

⁽¹⁷⁵⁾ «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 argomentare non potrebbe che essere l'invalidità del licenziamento ⁽¹⁷⁶⁾ con il rimedio della nullità civilistica (altre nullità previste dalla legge): ricostituzione del rapporto con tutela risarcitoria piena ⁽¹⁷⁷⁾.

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 antigiuridica 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

⁽¹⁷⁶⁾ 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.*

⁽¹⁷⁷⁾ 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 ⁽¹⁷⁸⁾.

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" ⁽¹⁷⁹⁾.

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.

⁽¹⁷⁸⁾ «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.

⁽¹⁷⁹⁾ «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 diffomità 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 ⁽¹⁸⁰⁾, la situazione è frutto di un compromesso instabile in ragione dei possibili e incerti esiti giudiziali ⁽¹⁸¹⁾: 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 TUP (come modificato dal d.lgs. n.75/2017) ⁽¹⁸²⁾.

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.

⁽¹⁸⁰⁾ 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.

⁽¹⁸¹⁾ 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».

⁽¹⁸²⁾ «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) ⁽¹⁸³⁾.

Nel settore privato, invece, la semplice violazione di tali termini ⁽¹⁸⁴⁾, 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

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

⁽¹⁸⁴⁾ Per una ricognizione di termini procedurali in vari CCNL si v. P. TOSI, E. PUCCETTI, *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 ⁽¹⁸⁵⁾, 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 ⁽¹⁸⁶⁾, 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,

⁽¹⁸⁵⁾ *Supra*, nota 143.

⁽¹⁸⁶⁾ 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 ⁽¹⁸⁷⁾ 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

⁽¹⁸⁷⁾ 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 rilevazione 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 ⁽¹⁸⁸⁾.

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 ⁽¹⁸⁹⁾. 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

⁽¹⁸⁸⁾ 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».

⁽¹⁸⁹⁾ 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» ⁽¹⁹⁰⁾.

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 ⁽¹⁹¹⁾.

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 ⁽¹⁹²⁾. 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 frodatorio) - 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 ⁽¹⁹³⁾. 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 ⁽¹⁹⁴⁾, 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» ⁽¹⁹⁵⁾. Ciò si attaglia soprattutto ai casi di abuso di

⁽¹⁹⁰⁾ R. DIAMANTI, *op. loc. cit.*

⁽¹⁹¹⁾ 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.

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

⁽¹⁹³⁾ «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.

⁽¹⁹⁴⁾ 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, I, 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.

⁽¹⁹⁵⁾ 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⁽¹⁹⁶⁾, 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 corritività 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

⁽¹⁹⁶⁾ 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» ⁽¹⁹⁷⁾.

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 ⁽¹⁹⁸⁾, 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’.

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

⁽¹⁹⁸⁾ 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».