



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

Università degli Studi di Roma

“La Sapienza”

DOTTORATO DI RICERCA IN

Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea ed internazionale. *Curriculum: “Diritto del lavoro”.*

CICLO XXX

COORDINATORE Prof. Enrico Del Prato

“Il licenziamento disciplinare illegittimo”

Settore Scientifico Disciplinare IUS/07

Dottorando
Dott. Michele Diana

Tutore
Prof. Domenico Mezzacapo

Anni 2014/2017

INDICE

INTRODUZIONE	p. 5
---------------------	------

CAPITOLO PRIMO

NOZIONE E DISCIPLINA DEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

I.1 L'art. 2119 c.c. e la giusta causa di recesso	p. 7
I.2 Le condotte extra-lavorative integranti la giusta causa di licenziamento	p. 14
I.3 L'art. 3 della L. n. 604/1966 e l'introduzione del G.M.S	p. 22
I.4 La qualificazione del licenziamento come sanzione disciplinare (Corte Cost. n. 204 del 1982 e Cass. SS. UU. n. 4823/1987)	p. 25
I.5 Le garanzie procedurali previste dai primi tre commi dell'art. 7 della L. n. 300/1970	p. 28
I.6 In particolare i requisiti d'immutabilità, specificità, immediatezza e tempestività della contestazione	p. 31
I.7.1 Il principio di proporzionalità in generale	p. 33
I.7.2 Il principio di proporzionalità nella giusta causa di licenziamento	p. 35

CAPITOLO SECONDO

IL REGIME SANZIONATORIO PER IL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO INTIMATO AI LAVORATORI ASSUNTI PRIMA DEL 7 MARZO 2015

II.1 La tutela obbligatoria: ambito di applicazione e disciplina	p. 41
II.2 Il regime sanzionatorio previsto dall'art.18 St. Lav. (post riforma Fornero)	p. 44
II.3 La tutela reintegratoria "piena"	p. 48
II.4 L'insussistenza del fatto contestato	p. 50
II.5 La riconducibilità del fatto contestato ad una sanzione conservativa	p. 55
II.6 Misura della tutela indennitaria forte e di quella debole (art. 18 comma 5° e 6°)	p. 58
II.7 Alcune pronunce giurisprudenziali	p. 58

CAPITOLO TERZO

LE CONSEGUENZE DEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE ILLEGITTIMO ALLA LUCE DEL D.LGS. N. 23/2015

III.1 Gli obiettivi del c.d. contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti	p. 77
III.2.1 Ambito soggettivo di applicazione	p. 80
III.2.2 Piccole imprese e organizzazioni di tendenza (art.9)	p. 81
III.3. Art. 3, comma 2: La nebulosa via della reintegra in un illuminato sistema di tutele di tipo indennitario	p. 83
III.4 La nozione di “fatto materiale contestato” alla luce dell’art. 3 del D.lgs. 23/2015	p. 88
III.5.1 I vizi formali e procedurali di cui all’art. 4 D.lgs. 23/2015 “alla prova” della giurisprudenza preesistente (ante sent. SS. UU. Cass. 309985/2017)	p. 91
III.5.2. I vizi procedurali secondo il nuovo orientamento delle SS. UU. della Corte di Cassazione n. 30985/2017	p. 99
III.6 La clausola generale della correttezza contrattuale	p. 101
III.7 Il licenziamento per giusta causa conseguente ad un fatto lecito ed extra-lavorativo: alcuni dubbi applicativi	p. 105
III.8 L’Ordinanza del 26/07/2015 del Tribunale di Roma: luci ed ombre	p. 108
III.9 I primi orientamenti della giurisprudenza di merito sul Jobs Act	p. 119
 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	 p. 127
 BIBLIOGRAFIA	 p. 138

INTRODUZIONE

La normativa che regola il rapporto di lavoro ha subito nel tempo profonde modifiche sostanziali, ciò in simbiosi con i cambiamenti intervenuti nel contesto sociale politico ed economico. Nel diritto del lavoro infatti, la compresenza di norme di natura pubblicistica accanto a quelle di natura privatistica, rende la materia particolarmente permeabile ai problemi di politica socio-economica. Tant'è che lo spessore (quantitativo e qualitativo) delle innovazioni normative introdotte, risulta maggiore nei periodi di minor stabilità economica e viceversa. Ogni contrazione della moneta corrente riflettendosi immediatamente su una minore propensione ai consumi, si traduce a sua volta in un calo della produzione. L'imprenditore viene perciò indotto a rivalutare il rapporto tra costi e ricavi, giungendo a ritenere eccessiva la presenza della mano d'opera impiegata, nella misura in cui la stessa risulti inutile rispetto al "nuovo" e ridotto ciclo produttivo. In siffatta condizione si registra pertanto un enorme squilibrio tra offerta e domanda di lavoro, talché il posto di lavoro diventa, per il lavoratore, un "bene essenziale" alla vita – rappresentando l'unica fonte di sostentamento¹ - in virtù dell'abnorme difficoltà nel reperimento di altri posti di lavoro alternativi² (di qualunque tipologia essi siano). Di converso, come poc'anzi accennato, per l'imprenditore, detta manodopera costituisce invece un costo secco ed inutile, che oltre a renderlo di fatto meno competitivo sul mercato, non consente il reinvestimento (dell'equivalente risparmio) nell'ottimizzazione del processo produttivo. In tale prospettiva, ed in maniera apparentemente antitetica, le norme poste a presidio della tutela del posto di lavoro, anziché essere fortificate, vengono depotenziate, mentre l'area di operatività dell'inadempimento contrattuale del

¹ Già nel lontano 1999, quando la situazione era di gran lunga più florida di quella attuale, A. Accornero, *L'ultimo tabù. Lavorare con meno vincoli e più responsabilità*, Laterza, Roma-Bari 1999, p. 3, faceva notare che "il licenziamento è un tabù, un brivido sociale che corre sulla schiena di tutti, perché è in gioco la perdita del posto di lavoro in un mondo ostile, statico, dove le occasioni di impiego sono scarse e le bocche da sfamare sono molte".

² Cfr. C. Cost. n. 174/1971, nella parte in cui afferma che "... in una società come quella attuale in cui si hanno disoccupazione e sottoccupazione, la mancata piena tutela del diritto del lavoro, per quei lavoratori, è il riflesso di una necessità pratica autonomamente valutabile dal legislatore".

prestatore di lavoro, viene dilatata. Trattasi, invero di scelte operate dal legislatore, aventi natura contingente e straordinaria, occasionate dalla correlata straordinarietà delle cause che vi hanno dato origine³. Ne consegue, che alla maggior flessibilità in uscita dal lavoro dovrebbe corrispondere (in un congruo periodo di tempo), oltre al riassorbimento delle forze lavorative che hanno perduto il lavoro, anche di quelle in cerca di una (qualunque) occupazione. In tale prospettiva, protesa al futuro raggiungimento degli ambiziosi obiettivi prefissati dalla riforma⁴, la corretta distinzione delle (attuali) ipotesi di licenziamento legittimo da quello illegittimo, assume un'importanza fondamentale, specie sotto la lente del rispetto dei primari canoni di “*civiltà giuridica*”⁵, non a caso, sempre più spesso richiamati dal costituente. Premesso quanto sopra, nel presente elaborato si ripercorreranno le varie tappe normative e giurisprudenziali succedutesi nel tempo relative al regime sanzionatorio in materia di licenziamento disciplinare (dall'art. 18 della L. 300/1970 al D.lgs. 23/2015) ciò nel tentativo di cogliere quali siano le insopprimibili esigenze, preordinate in maniera più o meno esplicita, al suo corretto funzionamento.

In particolare dopo aver illustrato le dinamiche giuridiche che sovrintendono il sistema disciplinare, si cercherà di focalizzare l'attenzione sull'importanza primaria che riveste la funzione correttiva, ratio iuris delle sanzioni disciplinari stesse. In tale ottica si osserverà che la massima sanzione del licenziamento disciplinare costituisce un indefettibile deterrente psicologico nella commissione di ogni infrazione. Il funzionamento dell'istituto della recidiva, che contempla una risposta sanzionatoria in misura progressivamente più severa rispetto alla commissione della singola infrazione (in ragione della reiterazione degli illeciti disciplinari commessi) costituisce concreta ed esaustiva esemplificazione di quanto testé detto. L'attenzione verrà poi spostata sullo “speciale” automatismo previsto ex lege dell'estinzione del rapporto di lavoro - pur - a seguito di

³ atteso che “*l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro...*” (art. 1 Cost.) e che “*La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto...*” (art. 4 Cost.). In altri termini il lavoro costituisce il presupposto fondamentale di tutto il sistema politico e sociale.

⁴ La legge n. 183/2014, ed i relativi decreti d'attuazione, sono geneticamente e funzionalmente collegati tra loro. Ne discende che il raggiungimento degli obiettivi prefissati sembrerebbe implicare la completa realizzazione di ogni linea d'intervento in essa contemplata.

⁵Cfr. C. Cost. 204/1982, C. Cost. 427/1989 e successive.

infrazioni sotto la soglia della “notevolezza”, evidenziandosi all’uopo che sostanzialmente esso presenta, quanto agli effetti prodotti, molte similitudini con il licenziamento disciplinare. Da ciò potrebbe discenderne la logica conseguenza che in questo modo possa essere stata (involontariamente) ingenerata nel lavoratore di “media intelligenza”, una loro sostanziale identica percezione punitiva, posto che entrambi le “formule” espulsive utilizzate dal legislatore possiedono comunque natura prettamente disciplinare. Pertanto, anticipando subito quanto riportato nelle note conclusive, si avvanzerà l’ipotesi che la costruzione tecnico-giuridica di cui all’art. 3 D.lgs. 23/2015 - così com’è stata strutturata - non permetta di poter escludere la possibilità che la succitata funzione correttiva possa essere seriamente compromessa. Sempre nel solco di tale pensiero, verrà ventilata poi l’idea che il suddetto automatismo (avente natura punitiva/disciplinare) potrebbe non risultare perfettamente in linea con il principio di effettiva gradualità delle sanzioni disciplinari. L’ulteriore tesi che verrà poi proposta si appunta sulla considerazione che l’automatismo in parola possa (incidentalmente e) potenzialmente creare due distinte situazioni di fatto che dal punto di vista logico e giuridico si ritengono inique e paradossali. Ma di tutto questo si darà conto nella parte - ritualmente - dedicata alle personali conclusioni.

I.1. L’art. 2119 c.c. e la giusta causa di recesso

Nel corso del rapporto di lavoro il sopraggiungere di taluni fatti (ricongducibili a particolari condotte delle parti) può assumere rilevanza ai fini del recesso⁶. Nel caso più “delicato”, ovvero laddove sia il prestatore di lavoro ad esserne l’artefice, il datore è facoltizzato - in ottica disciplinare⁷ - ad irrogare la sanzione espulsiva

⁶ L’ordinanza del Tribunale di Milano (sez. Lav.) del 29/06/2015, si sofferma sul concetto di rilevanza degli addebiti disciplinari affermando, in un caso concreto che “...gli addebiti contestati sono in parte generici, in parte privi di rilevanza disciplinare e in parte indimostrati, non avendo la società convenuta offerto in causa idonea prova della loro sussistenza”.

⁷ La Suprema Corte, in una singolare sentenza ha precisato che “entrambi tali forme di recesso” ovvero quella della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo “possono assumere natura disciplinare” in questo caso deve essere provato il rispetto della procedura di cui all’art. 7 S.L. (Cass. n. 7103/1998). L’istituto della colpa disciplinare è

del licenziamento. Quindi, in prima approssimazione può tratteggiarsi l'idea che talune condotte essendo connotate da un elevato grado di gravità⁸ siano astrattamente idonee a poter recidere immediatamente il rapporto contrattuale⁹. Può trattarsi di condotte rilevanti ai sensi degli artt. 2104 e 2105 c.c. che ledono rispettivamente, gli obblighi di diligenza e di fedeltà¹⁰ (a cui è tenuto il lavoratore), oppure di condotte che seppur di per sé non illecite siano comunque

frutto di una lunga elaborazione della giurisprudenza, Cfr. A. Pileggi, *Il licenziamento disciplinare*, in G. Pellicani (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino 2013, p. 270. L'Autore osserva che la storia del licenziamento disciplinare per quarant'anni è stata scritta dalla giurisprudenza e che pertanto si configura come una storia di diritto vivente.

⁸ Secondo la Cass. n. 21017/2015, la valutazione della gravità dei fatti contestati deve essere effettuata, per un verso “...in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi e all'intensità dell'elemento intenzionale” dall'altro in relazione alla “...proporzionalità fra tali fatti e la sanzione inflitta, stabilendo se la lesione all'elemento fiduciario su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro sia in concreto tale da giustificare o meno la massima sanzione disciplinare”.

⁹ F. Santoro Passarelli, voce Giusta causa, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol III, Torino, 1961, p. 370 in proposito osserva che al verificarsi di un fatto che non consenta neanche la provvisoria esecuzione del rapporto lo stesso viene interrotto essendo legittimata l'estinzione istantanea ed immediata”; Cfr. sul punto anche M. V. Gentili Ballestrero, *I licenziamenti*, F. Angeli, Milano, 1974; R. Corrado, *Studi sul licenziamento*, Giappichelli, Torino, 1950; F. Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, II, *Il recesso straordinario*, Giuffrè, Milano, 1965; successivamente, M. Mocella, art. 2119 c.c., in G. Perlingieri (a cura di), *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Esi, Napoli, V, p. 381 ss.

¹⁰ L'obbligo di fedeltà “...va collegato ai principi generali di correttezza e buona fede e correttezza comporta che il prestatore debba astenersi da qualsiasi condotta che, per sua natura e per le sue conseguenze, risulti in contrasto con i doveri connessi all'inserimento del lavoratore nell'impresa o sia, comunque idonea a ledere il presupposto fiduciario del rapporto di lavoro” (Cass. n. 4952/1998, idem Cass. 4328/1996, Cass. n. 313/1996, Cass. n. 11437/1995). Nel caso, la questione giudiziale nasceva da una denuncia di evasione fiscale, effettuata dal lavoratore nei confronti del proprio datore di lavoro. Venivano quindi in rilievo due beni giuridici, quello datoriale, sotto il profilo dell'obbligo di fedeltà (che impone al dipendente un comportamento leale, al fine della tutela degli interessi del datore), e quello di carattere pubblico, ad interesse di tutta la collettività. In sintesi, la Suprema Corte ha ritenuto la preminenza dell'interesse pubblico (costituito dal dovere tributario cui è chiamato ogni cittadino), piuttosto che quello privato datoriale alla propria reputazione. Sebbene, altra sentenza (Cass. 1749/2000), sostenga che la denuncia penale di un fatto posto dal datore nei confronti del lavoratore “...non costituisce di per sé giusta causa di licenziamento...”, nel caso occorre previamente verificare se il lavoratore “...si sia limitato a difendere la propria posizione soggettiva, senza travalicare con dolo o colpa grave la soglia della verità oggettiva, nonché se dalla divulgazione della notizia all'interno o all'esterno dell'impresa sia derivato al datore di lavoro un effettivo pregiudizio, consistente nell'offesa dell'onore e della reputazione del medesimo”

reputate “incompatibili” con lo specifico contesto lavorativo in cui vengono esterne. L’espressione giusta causa ricorre spesso nel codice civile per significare la sopravvenienza di un fatto idoneo ad estinguere un rapporto contrattuale su base fiduciaria, ovvero “un fatto che legittima l’estinzione o un particolare modo di estinzione di rapporti di durata e di natura, in lato senso fiduciaria”¹¹. Le eventuali ipotesi di recesso per giusta causa previste dai CCNL di categoria e dai codici disciplinari aziendali, peraltro non hanno valore tassativo, ben potendo il giudice individuare ulteriori ipotesi non espressamente classificate¹².

Ai sensi dell’art. 2119, infatti “ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione neanche provvisoria del rapporto. Se il contratto è a tempo indeterminato al prestatore di lavoro che recede per giusta causa compete l’indennità indicata nel secondo comma dell’articolo precedente. Non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell’imprenditore o la liquidazione coatta dell’azienda”.

Da ciò ne discendono una serie di implicazioni giuridiche che saranno di qui a breve esaminate e si appuntano sulle seguenti considerazioni: che la giusta causa sussista in presenza di condotte gravissime del lavoratore che minano in maniera definitiva il rapporto fiduciario con il datore; che ogni licenziamento per giusta causa ha natura ontologicamente disciplinare; che la massima sanzione deve essere proporzionata alla gravità del fatto commesso secondo il disposto dell’art.

¹¹ F. Santoro Passarelli, *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Cedam, Padova, 1977, p. 369; Interessante anche la definizione del Carnelutti di giusta causa come “un avvenimento esteriore che influenzando sul rapporto determina la prevalenza dell’interesse di una parte all’estinzione, sull’interesse dell’altra alla conservazione del rapporto” (F. Carnelutti, *Del recesso unilaterale nel mandato di commercio*, in *Studi di diritto commerciale*, Roma, 1917, p. 260); Cfr. G. Pera, voce *Licenziamenti individuali*, in *Enc giur. Treccani*, vol. XIX, Roma 1990, p. 4; Sull’elemento fiduciario cfr. anche, P. Tullini, *Il licenziamento in tronco, fiducia e i c.d. fatti extra-lavorativi*, in *RIDL*, 1999, II, 146; P. Tullini, *Su una nozione “allargata” di fedeltà*, in *RIDL*, 1988; II, 978; Cfr. Zoli C., *La tutela delle posizioni “strumentali” del lavoratore. Dagli interessi legittimi all’uso delle clausole generali*, Milano, 1988.

¹² Per approfondimenti sull’argomento cfr., P. Sordi, Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970, L. Di Paola (a cura di), *La Riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013, 290 e ss.

2106 c.c.¹³..

La causa “*che non consenta la prosecuzione neanche provvisoria del rapporto*”, ha indotto dottrina e giurisprudenza¹⁴ ad elaborare diverse costruzioni giuridiche e/o interpretazioni. Quest’ultime, possono essenzialmente essere raggruppate in due principali filoni di pensiero, l’una colloca la giusta causa, esclusivamente all’interno dell’area dell’inadempimento contrattuale del lavoratore¹⁵, l’altra invece afferma che oltre ai fatti propriamente contrattuali possono ben sussistere, altri fatti, estranei all’esecuzione della prestazione lavorativa, ma che tuttavia siano “...*idonei a far venire meno la fiducia tra le parti alla luce delle mansioni che il lavoratore svolge*”¹⁶. La giurisprudenza è stabilmente orientata verso quest’ultima interpretazione. Il richiamo all’elemento fiduciario infatti, compare costantemente all’interno delle sentenze della Cassazione, la quale tiene oltretutto a precisare, che anche in presenza di una giusta causa, la stessa abbia sempre natura “*ontologicamente disciplinare*”¹⁷. Per cui la giusta causa, pur rinvenendosi, in talune circostanze, distante rispetto alla lesione degli obblighi propriamente contrattuali, viene comunque ricollegata a questi. Ciò attraverso una ricostruzione concettuale estensiva che vede l’elemento della colpa fungere da collante comune.

¹³ Cfr. O. Mazzotta, *Il recesso. La giustificazione del licenziamento. La tutela reale*, Vol. I, Milano, 2005; cfr. anche M. Papaleoni; *Licenziamento per giusta causa o motivo*, Padova, 1998, p. 3 e ss.; Sulla nozione di giusta causa v. I. Piccinini, *Il licenziamento per giusta causa*, in G. Pellicani (a cura di) *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, P. 91 e ss.

¹⁴ G. Pera, *Licenziamenti individuali di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 4, afferma che la nozione di giusta causa rappresenta “*un grosso problema della dottrina, senza sconvolgenti implicazioni in giurisprudenza*”; Lo stesso sostiene G. Napoletano, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Napoli, p. 114.

¹⁵ La Cassazione ha più volte osservato che per individuare l’esistenza di una giusta causa di licenziamento è necessario valutare “*la gravità dei fatti addebitati al lavoratore...in relazione alle circostanze nelle quali sono stati commessi ed all’intensità dell’elemento intenzionale...la proporzionalità tra tali fatti e la sanzione inflitta...la lesione dell’elemento fiduciario*” (Cfr. Cass. 27/02/2014 n. 4723; Cass. 2013, n. 22333).

¹⁶ G. Santoro Passarelli, *Diritto dei lavori e dell’occupazione*, Torino, 2015, p. 333. Le mansioni svolte costituiscono perciò l’ulteriore elemento, da ponderare attentamente, ai fini della verifica dell’integrazione della fattispecie de quo; La Corte di Cass., ha più volte affermato, che il motivo del recesso in tronco non si staglia necessariamente nella colpa contrattuale, ma anche in un fatto, che possa (addirittura a prescindere della sua liceità) ritenersi così grave da non consentire la prosecuzione neanche provvisoria del rapporto. La valorizzazione della natura fiduciaria ampliando i confini dell’obbligo di fedeltà ex art. 2105 c.c. ha portato a reputare che la fiducia del datore postuli oltre l’onestà del lavoratore anche la sua affidabilità (Cass. Civ. 13482/2004). Cfr. Cass. Civ. sez. lav. n. 6462/2009

¹⁷ Cfr. Corte Cost. n. 345/1988, Corte Cost. n. 935/1988 e Cass. SS. UU. 3965/1994

Il licenziamento in tronco, cioè senza preavviso, si attaglia dunque solo alle ipotesi più gravi¹⁸, ovvero a quelle che non consentono la prosecuzione neanche provvisoria del rapporto¹⁹.

Di qui nasce la divergenza tra la concezione oggettiva e quella soggettiva della giusta causa. In passato, venne rilevata una distonia nell'elaborazione giurisprudenziale, laddove si proponeva una connotazione giuridica della fiducia, sotto la lente oggettiva, nonostante la natura squisitamente soggettiva della stessa. Autorevoli voci della dottrina hanno messo in luce tale contraddizione osservando che “viene attribuita oggettività ad un elemento colto nella più pura soggettività: qualunque fatto idoneo a scuotere la fiducia²⁰”.

Secondo altre voci della dottrina, l'elaborazione costruttiva risentiva dell'approccio metodologico dominante che vedeva l'art. 18 st. lav. quale epicentro del sistema di stabilità del posto di lavoro. Per cui si obbiettava di voler definire la natura giuridica del licenziamento per giusta causa avendo solo a mente gli effetti previsti dalle norme in caso di recesso²¹. All'interno delle molteplici linee di pensiero si ravvisava però un aspetto che poteva ritenersi pacificamente condiviso, ossia che non era possibile attribuire una qualificazione scientifica o persuasiva del licenziamento per giusta causa se non in rapporto a quello del giustificato motivo soggettivo²². Talché, venne acutamente osservato che “l'unico elemento di differenziazione...diviene allora la presenza del preavviso nel primo

¹⁸ Cfr. F. Meroni, A. Motta, G. Labria, *La risoluzione del rapporto subordinato*, Milano, 1991, 75, secondo cui riguardo alla gravità della condotta deve essere vagliata dal Giudice caso per caso la giusta causa.

¹⁹ Il giudice qualora non riscontri la ricorrenza di una giusta causa, ma quella meno grave del giustificato motivo soggettivo (c.d. derubricazione), dispone l'indennizzo di mancato preavviso a favore del lavoratore. La qualificazione del fatto come integrante una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo, per giurisprudenza costante spetta al giudice. Secondo la Suprema Corte, infatti “il giudice...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 ex art. 112 c.p.c.” Cass. Civ. 21/2016.

²⁰ Cfr. Napoli, *La stabilità reale nel posto di lavoro*, Milano, 1980, p. 81.

²¹ P. Tullini, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Milano, 1994, p. 64; Nello stesso senso Ballestrero, *I licenziamenti*, Milano, 1974, p. 16; Cfr. Natoli, *Diritto del lavoro*, cit. p. 114, che riteneva utile una regola generale di giustificazione del licenziamento, ciò a prescindere dalle conseguenze ad esso ricollegabili; Cfr. Atias C., *Teoria contro arbitrio. Elementi per una teoria delle teorie*, Giuffrè, 1990 cit. p. 111 ss. Laddove sostiene che “quando una teoria ha visto adottata da una legge una delle sue conseguenze, resta spazio per questa teoria come anche per quelle che le erano opposte”

²² P. Tullini, *idem*, p. 67

caso, e l'assenza del preavviso del secondo caso"²³.

La giurisprudenza ha invece elaborato nel corso del tempo variegata ipotesi di giusta causa (quelle relative alla specifica sfera "extralavorativa" saranno trattate nel seguente paragrafo). E' il caso per esempio di un licenziamento - per giusta causa - legato alle spese di trasferta²⁴:

Nella fattispecie il datore di lavoro aveva avviato un procedimento disciplinare a seguito della presentazione - da parte del lavoratore - di alcuni documenti per il rimborso delle spese di viaggio sostenute in occasione di una trasferta, che si era concluso con il licenziamento dell'incolpato. Nell'occasione il giudice ha ricordato che resta onere datoriale quello di dimostrare l'idoneità della condotta a pregiudicare irrimediabilmente il vincolo fiduciario. La decisione era fondata sulla ritenuta sussistenza di indizi precisi, univoci e concordanti, idonei ad assurgere a prova piena, attestanti la non pertinenza dei documenti alla trasferta autorizzata, nonché l'idoneità di tale comportamento, improntato a slealtà e scorrettezza (più volte reiterato) a pregiudicare il vincolo fiduciario tra le parti. Altra pronuncia riguarda l'esercizio del diritto di critica che se esercitato entro i limiti consentiti non può costituire giustificato motivo di licenziamento, per cui il fatto²⁵ va considerato insussistente. La vicenda trae spunto da un licenziamento disciplinare comminato per aver denunciato alcuni comportamenti scorretti (tenuti nei propri confronti) da parte del superiore gerarchico. Tale denuncia, sia per la verità dei fatti in essa riportati, sia per i modi (corretti e civili) con cui gli stessi venivano esposti, non consente di ravvisare alcun discredito, essendo, anche sotto il profilo della forma espositiva, non censurabile in alcun modo. Pertanto si configura l'esercizio del legittimo diritto di critica. La denuncia infatti era tesa solo a porre un freno ai comportamenti oggettivamente scorretti del superiore gerarchico, peraltro non veniva neanche diffusa pubblicamente. Pertanto il licenziamento fondato su un fatto lecito (legittimo esercizio del diritto di critica) equivale al licenziamento fondato su un fatto materialmente insussistente, sicché deve applicarsi la tutela reale attenuata. sempre sul legittimo esercizio di diritti è intervenuta nuovamente la Suprema Corte, ed in particolare riguardo al diritto di

²³ M. V. Ballestrero, *Giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Jovene, Napoli, 1991, p. 101.

²⁴ Cass. sent. 6672/2017.

²⁵ Cass. sent. n. 21649/2016

denuncia da parte del lavoratore²⁶ “Non integra gli estremi per una giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento la condotta del lavoratore che denunci all’autorità giudiziaria o all’autorità amministrativa competente fatti di reato o illeciti amministrativi commessi dal datore di lavoro, a meno che non risulti il carattere calunnioso della denuncia o la consapevolezza della insussistenza dell’illecito, e fermo restando che il lavoratore non abbia diffuso il contenuto della denuncia. Il ricorrente contesta il fatto che l’esercizio del diritto di critica non scrimina il lavoratore solo qualora lo stesso travalichi, con dolo o colpa grave, la soglia del rispetto della verità oggettiva e la divulgazione delle notizie, all’interno o all’esterno della azienda e determini un pregiudizio effettivo al datore di lavoro. La Corte di appello, pertanto, ha errato nel ritenere priva di rilievo la mancanza di diffusione dell’esposto, indirizzato solo alle autorità competenti, e dal quale non era derivato alcun danno alla società. Aggiunge che il giudizio di proporzionalità deve essere effettuato in relazione agli aspetti concreti afferenti alla natura e alla qualità del singolo rapporto, sicché il giudice del merito avrebbe dovuto considerare le mansioni svolte dal dipendente licenziato, operaio addetto alla macellazione, e non l’attività della azienda (operante nel settore alimentare), e condurre anche una attenta indagine sull’elemento soggettivo della condotta”. Il Collegio ritiene di dovere dare continuità all’orientamento già espresso da questa Corte che, chiamata a valutare condotte analoghe a quella addebitata al ricorrente, ha escluso che la denuncia di fatti di potenziale rilievo penale accaduti nell’azienda possa integrare giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento, a condizione che non emerga il carattere calunnioso della denuncia medesima, che richiede la consapevolezza da parte del lavoratore della non veridicità di quanto denunciato e, quindi, la volontà di accusare il datore di lavoro di fatti mai accaduti o dallo stesso non commessi (in tal senso Cass. 14 marzo 2013 n. 6501 e Cass. 8 luglio 2015, n. 14249 e, da ultimo, Cass. 27 gennaio 2017, n. 966). Invero è da escludere che l’obbligo di fedeltà di cui all’art. 2105 c.c., così come interpretato da questa Corte in correlazione con i canoni generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., (fra le più recenti in tal senso Cass. 9 gennaio 2015, n. 144), possa essere esteso sino a imporre al lavoratore di astenersi dalla denuncia di fatti illeciti

²⁶ Cass. n. 4125/2017.

che egli ritenga essere stati consumati all'interno dell'azienda, giacché in tal caso “si correrebbe il rischio di scivolare verso - non voluti, ma impliciti - riconoscimenti di una sorta di ‘dovere di omertà’ (ben diverso da quello di fedeltà di cui all’art. 2105 c.c.) che, ovviamente, non può trovare la benché minima cittadinanza nel nostro ordinamento” (Cass. n. 6501 del 2013).

Ulteriore pronuncia che si ritiene di particolare interesse verte su un licenziamento per giusta causa legato ad un pregresso questionario lavorativo²⁷ laddove “... un lavoratore aveva omesso di dar conto di un precedente rapporto di lavoro conclusosi con un licenziamento per giusta causa. Per tale singolo fatto, all’esito della procedura ex art. 7 Stat. lav., veniva licenziato in tronco. Il lavoratore impugnava il recesso ed instava per l’ottenimento delle guarentigie previste dall’art. 18 Stat. Lav. Il tribunale dichiarava illegittimo il licenziamento e la Corte d’Appello, adita su impugnazione della società, confermava la sentenza di primo grado. In particolare osservava che la sanzione non era proporzionata rispetto alla mancanza commessa, anche perché l’azienda non solo ben conosceva il proprio dipendente, ma neppure gli irrogato sanzione di sorta durante la vigenza del contratto” Come rilevato dalla Suprema Corte “la condotta omissiva del lavoratore... non poteva assurgere a motivo di lesione definitiva del rapporto fiduciario che sta alla base di ogni rapporto di lavoro subordinato²⁸”.

I.2 Le condotte extra-lavorative integranti la giusta causa di licenziamento

Nel diritto civile una condotta illecita produttrice di danno fuori dagli obblighi contrattuali è fonte di una responsabilità giuridica che viene definita di tipo extra-contrattuale proprio per distinguerla da quella contrattuale che soggiace a tutt’altra disciplina. I tratti distintivi tra le due forme di responsabilità si appuntano oltre che sulla “provenienza²⁹” (contrattuale od extra-contrattuale) della condotta illecita, anche sul particolare atteggiarsi del relativo onere probatorio. Nel diritto

²⁷ Cass. sent. n. 27585/2016.

²⁸ Cfr., ex plurimis, Cass. 21 marzo 2017, n. 7166; Cass. 11 maggio 2016, n. 9635, Cass. 23/09/2016, in www.ilcaso.it, 2017.

²⁹ Anche laddove vi sia in essere un contratto di lavoro, talune particolari condotte, benché collegate al rapporto di lavoro, possono ben costituire fonte di responsabilità extra-contrattuale.

del lavoro, stante lo speciale carattere che lo contraddistingue è invece possibile che talune condotte pur estrinsecandosi all'esterno degli obblighi contrattuali (e quindi nella sfera privata), siano comunque a quest'ultimi ritenute ricollegabili. Funge da "ponte" l'elastico concetto della fiducia che lega le parti nel rapporto lavorativo. La fiducia difatti, essendo un concetto alquanto astratto e generico, nel caso concreto, si "colora" di ulteriori elementi che assurgono a sub-parametri di riferimento per individuare l'esatta ampiezza degli obblighi contrattuali. La giurisprudenza individua la ratio iuris di tali ulteriori obblighi nel mancato rispetto dei canoni di buona fede o correttezza nell'esecuzione contrattuale, oppure nella supposta lesione degli interessi morali e materiali del datore di lavoro.

Peraltro, deve osservarsi che l'obbligo di diligenza³⁰ assunto dal lavoratore con la stipula del contratto di lavoro, presenti in realtà contorni alquanto sfumati³¹. Tale parziale astrattezza di contenuti pur rendendosi necessaria³² si ripercuote però inevitabilmente sulla consistenza giuridica³³ del licenziamento quando lo stesso venga intimato proprio per l'asserita mancanza del rispetto del suddetto obbligo. Ogni sforzo della dottrina di riempire di contenuti l'obbligo de quo appariva poco risolutivo. Peraltro, come è stato precisato, l'elencazione delle ipotesi di licenziamento per giusta causa contenute nei contratti collettivi "...ha valenza meramente esemplificativa..."³⁴.

Per consentire una maggiore trasparenza spesso vengono indicati con maggiore accuratezza taluni obblighi ritenuti rilevanti, sia a livello di contrattazione collettiva, che all'interno dei contratti individuali di lavoro, nonché mediante regolamenti e policy aziendali (all'interno dei codici disciplinari). Stante le difficoltà sopra accennate, la giurisprudenza della Cassazione, è riuscita ad

³⁰ M. Giorgianni, *Obbligazione (diritto privato)* in *Noviss. Dig. It.*, XI, 1965, p. 583 ss posto che "il legislatore ha ...rinunciato a definire la nozione di obbligazione" anche l'obbligo in parola risente di tale mancanza

³¹ L'applicazione della fattispecie normativa al caso concreto, qualora essa non venga contemplata dalla contrattazione collettiva, richiede una particolare attenzione da parte del giudice.

³² Nel senso che, se così non fosse, alcune condotte pur rilevando pesantemente sul rapporto fiduciario, ne potrebbero essere escluse.

³³ La certezza giuridica presupporrebbe una preventiva ed univoca previsione dell'antigiuridicità del fatto. Ancorare l'illiceità della condotta ad una componente soggettiva (e variabile) come quella della fiducia, comporta il demandare sempre ai giudici l'attento esame delle fattispecie concrete

³⁴ Cass. n. 19098/2013, Cass. n. 5372/2004.

elaborare alcune fattispecie, che potrebbero, con le dovute cautele, essere richiamate in casi analoghi³⁵. Le peculiari vicissitudini del singolo caso concreto, infatti, raramente potrebbero essere di nuovo riscontrate in altri. La Suprema Corte³⁶, afferma che “...spetta al giudice di merito apprezzare se e in che misura tale condotta extra-lavorativa abbia leso il vincolo fiduciario...”. La natura ontologica del licenziamento per colpa è strettamente legata al fatto che la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo discendono da fonte legale. Perciò è stato ripetutamente osservato che l’elencazione delle ipotesi di giusta causa di licenziamento previste nei contratti collettivi - diversamente da quanto attiene alle sanzioni disciplinari conservative - ha valenza meramente esemplificativa, non potendosi escludere quindi, l’esistenza di una giusta causa per un grave inadempimento o una grave condotta del lavoratore contraria alle semplici norme della “*comune etica o del comune vivere civile*” alla sola condizione che tale grave inadempimento o comportamento, con apprezzamento di fatto del giudice di merito non sindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato, abbia fatto venire meno il “*rapporto fiduciario*” tra datore e lavoratore (Cass. 19098/2013³⁷).

La difficoltà nell’individuazione delle fattispecie di licenziamento legittimo - è stato acutamente osservato dalla dottrina - è maggiore “*man mano che ci si allontana dai tempi e dai luoghi della prestazione lavorativa in senso stretto, ma anche dalle direttive imprenditoriali per lo svolgimento della stessa, e ci si avvicina alla sfera privata*”³⁸. In particolare, la Suprema Corte, ha spesso rilevato la sussistenza di condotte illecite nelle ipotesi in cui il lavoratore assente per malattia veniva sorpreso a svolgere un’attività lavorativa presso terzi³⁹. Si tratta, per lo più di comportamenti che, in linea generale, possono essere di nocimento al datore, interferendo con la capacità del lavoratore a svolgere le proprie

³⁵ Si nota sempre più spesso il richiamo a precedenti giurisprudenziali che inquadrano il licenziamento per giusta causa come lesione del vincolo fiduciario, caratterizzato da doveri morali di correttezza e buona fede o legato ad altre componenti generiche lesione agli obblighi morali o materiali del datore.

³⁶ ex pluribus Cass. 16268/2015, Cass. 16524/2015.

³⁷ Cass. 19098/2013.

³⁸ C. Pisani, *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 9.

³⁹ Cfr. Cass. 17/07/1991, n. 7915, in Giust. Civ. Mass., 1991, fasc. 7; Cass. 30/07/1987, n. 6632, in Not. Giur. Lav., 1988, 67; Cass. 27/05/1987, n. 4747, in Giust. Civ. Mass., 1987, fasc. 5 ; Cass. 14/04/1987, n. 3704, in Giust. Civ., 1987, I, 2574.

mansioni e quindi in grado di ritardare il periodo di convalescenza⁴⁰. Insomma, talune condotte (extra) lavorative pur esulando dagli obblighi lavorativi espressamente stabiliti⁴¹, potrebbero comunque essere ritenute rientranti nel nucleo essenziale dei predetti obblighi, e quindi indurre il datore a recedere dal contratto. Di regola, la legge vieta qualsiasi interferenza nella sfera privata,⁴² ma

⁴⁰ ciò ovviamente fuori dai casi di simulazione della malattia, che invece rilevano sotto altri aspetti. Al riguardo si ritiene utile riportare alcune recenti pronunce della Suprema Corte.

Con sentenza del 19 settembre 2017 n. 21667, la Corte afferma che lo svolgimento di altra attività lavorativa da parte del dipendente assente per malattia è idoneo a giustificare il recesso del datore di lavoro per violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà ove tale attività esterna, prestata o meno a titolo oneroso, sia per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando, quindi, una sua fraudolenta simulazione, ovvero quando, valutata in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, l'attività stessa possa pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio del lavoratore. Nel caso specifico la Cassazione ha ritenuto che le attività rese dal padre lavoratore nell'esercizio commerciale del figlio, per quanto astrattamente riconducibili nell'ambito di una prestazione lavorativa, non erano idonee ad influire sul pieno e tempestivo recupero dell'integrità fisica e, quindi, ad incidere con effetto negativo sui tempi della guarigione. (Corte di cassazione, sezione Lavoro, sentenza 19 settembre 2017 n. 21667). Sul punto, in altra fattispecie la Cass. ha osservato che lo svolgimento di attività extra lavorativa durante il periodo di assenza per malattia costituisce un illecito disciplinare non solo se da tale comportamento derivi un'effettiva impossibilità temporanea della ripresa del lavoro, ma anche quando la ripresa sia solo messa in pericolo dalla condotta imprudente, con una valutazione di idoneità che deve essere svolta necessariamente ex ante, rapportata al momento in cui il comportamento viene realizzato (Corte cassazione, sez. Lavoro, sent. del 5/12/2016 n. 24812).

⁴¹ Le sentenze della Cassazione, qualificano come accessori gli obblighi di contenuto negativo a carico del lavoratore “il lavoratore è tenuto non solo a fornire la prestazione richiesta ma anche, quale obbligo accessorio, a non porre in essere, fuori dall'ambito lavorativo, comportamenti tali da ledere gli interessi morali e materiali del datore di lavoro o compromettere il rapporto fiduciario con lo stesso” (Cass. 22930/2016).

⁴² Carlo Pisani, *op. cit.*, afferma che “alle volte si rinviene nelle pronunce, circa l'irrelevanza in linea di principio dei fatti attinenti alla vita privata del lavoratore, giacché, subito dopo, viene introdotta l'eccezione, vale a dire proprio la rilevanza di quei fatti, appunto mediante l'immane riferimento alla lesione della fiducia”; La “sensibile” rilevanza della materia in parola, può essere resa ricordando che durante la malattia del lavoratore, il datore di lavoro che intenda effettuare visite mediche di controllo, ha diritto di effettuarle, ma non personalmente, bensì solo attraverso apposite strutture pubbliche. Il contemperamento tra il rispetto della privacy e le ragioni datoriali, viene quindi raggiunto attraverso “l'intervento pubblico”, che fornisce pur fornendo l'informazione (richiesta) sullo stato di malattia, salvaguarda il diritto alla riservatezza, mediante una certificazione di malattia esclusivamente prognostica (cioè priva di diagnosi); Cfr. la nota di Valente L., *Accertamento della malattia e tutela della riservatezza: sui limiti del potere datoriale di utilizzare investigatori privati per contrastare il fenomeno dell'assenteismo abusivo*, in Riv. Giur. Lav. 2002, II, 55; Bellavista A., *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995, 183 e

talvolta in ragione del particolare tipo di rapporto di lavoro che intercorre tra le parti, alcuni comportamenti, benché estranei all'ambito lavorativo - essendo concretamente idonei ad incidere irrimediabilmente il vincolo fiduciario - debbono essere oggetto di accurata ponderazione da parte del giudice. La rilevanza dell'obbligo di diligenza, al di là del rapporto di lavoro, si pone astrattamente in contrasto con i diritti personali dell'individuo, come il diritto alla privacy⁴³, il diritto alla libertà fuori dall'orario di lavoro ecc..., che in effetti, poco si attagliano ad una costante sottoposizione a controllo (seppur in forma latente). Taluni parlano invece di legittima limitazione alla libertà, con il supposto intento di voler evidenziare il sottile nesso con gli obblighi contrattuali. Viceversa facendo riferimento alla nozione di controllo parrebbe che si voglia mettere in luce l'immediato collegamento con l'esercizio del potere disciplinare. Invero, ogni tipo di limitazione alla libertà implica inevitabilmente una qualche forma di controllo esterno, altrimenti si verserebbe in una mera auto-limitazione. Cioè in un dovere negativo (assimilabile ad un obbligo di non fare) consistente nell'astenersi dal porre in essere talune ed indefinite condotte suscettibili di poter in qualche modo arrecare danno o ledere la fiducia che lega le parti contrattuali. Quindi in buona sostanza vi possono essere delle condotte, fuori dall'orario e della sede di lavoro, e più in generale fuori dalla sfera lavorativa, che possono riflettersi sull'elemento fiduciario (stante il particolare atteggiarsi dello stesso) e che perciò sono suscettibili di poterlo compromettere irrimediabilmente. L'elemento fiduciario, come sopra esposto, risente della mansione a cui il

ss.

⁴³ Di recente l'Autorità garante della privacy, con provvedimento n. 350, del 8/10/2016, in occasione di un interpello ai sensi dell'art. 17 del Codice, ha chiarito alcuni principi in materia di trattamento dei dati di localizzazione in attinenza alla rilevazione delle presenze. In particolare una società di somministrazione chiedeva in via preventiva se fosse stata legittima l'installazione su smartphone personale di una applicazione avente la funzione di geolocalizzazione al fine ultimo della rilevazione delle presenze. Il Garante rispondeva che era necessario subordinare tale possibilità al consenso del dipendente, e che l'attivazione doveva avvenire ad opera dello stesso, previa conferma dell'accesso tramite password. E' stato evidenziato che i suddetti dati saranno accessibili solo dagli addetti alla gestione e amministrazione del personale, e che l'applicativo non consentirà il tracciamento degli spostamenti momento per momento, oppure l'accesso ad altre informazioni presenti sullo smartphone. Il Garante ha avuto cura di sottolineare altresì che con riferimento al principio di necessità di cui all'art. 3 del Codice, che il sistema dopo aver verificato il dato consentito (ovvero quello della presenza) dovrà cancellare automaticamente qualunque altro dato che esorbiti da tal fine. Ciò per prevenirne l'uso abusivo dei predetti dati.

prestatore di lavoro viene adibito, e di altre variabili che potrebbero in concreto ravvisarsi. A titolo esemplificativo è il caso dell'impiegato di una banca che si rende reo di una rapina ai danni di un altro istituto di credito. La condotta dolosa, di per sé pur non confliggendo apertamente con gli obblighi strettamente contrattuali costituisce un fatto che giustifica il venir meno del vincolo fiduciario da parte datoriale⁴⁴. Atteso che mina in radice la futura prosecuzione del rapporto. Pertanto l'irrelevanza giuridica del fatto, costituirebbe un grave vulnus del sistema. La casistica giurisprudenziale sull'argomento è copiosa. In particolare sul tema può richiamarsi la sentenza n. 4673/2008, che verte di un caso in cui il lavoratore invocava l'exceptio inadimplenti contractus ex art. 1460 c.c., in quanto riteneva che le nuove mansioni fossero inferiori rispetto a quelle che svolgeva in precedenza. Il rifiuto della prestazione lavorativa "costituisce inadempimento grave e totale che può ritenersi giustificato solo se in risposta ad un inadempimento altrettanto grave e totale da parte del datore di lavoro". Altra pronuncia⁴⁵ afferma invece che, nel caso in cui il mutamento di mansioni sia illegittimo in quanto contrario all'art. 2103 c.c., il lavoratore potrebbe rifiutare di adempiere ex art. 1460 c.c. (dichiarando di voler continuare a svolgere le mansioni per le quali è stato assunto o quelle equivalenti), senza che ciò possa integrare una insubordinazione e quindi costituire giusta causa di recesso. Un'altra pronuncia che appare interessante verte invece sull'abbandono del posto di lavoro. Nella fattispecie de quo il tipo di lavoro svolto assumeva fondamentale importanza, atteso che la costante presenza sul posto di lavoro costituiva uno degli elementi essenziali caratterizzanti l'obbligazione contrattuale principale. In particolare si trattava⁴⁶ di un lavoratore a cui venivano affidate mansioni di

⁴⁴ Una recente sentenza della Suprema Corte (Cass. civ. 13613/2017), ribadisce i principi che governano il licenziamento per giusta causa, nel giudicare se la violazione disciplinare addebitata al lavoratore abbia compromesso la fiducia necessaria ai fini della permanenza del rapporto di lavoro (e quindi se costituisca giusta causa di licenziamento), va tenuto presente che è diversa l'intensità della fiducia richiesta, a seconda della natura e della qualità del singolo rapporto, della posizione delle parti, dell'oggetto delle mansioni e del grado di affidamento che queste richiedono, e che il fatto concreto va valutato nella sua portata oggettiva e soggettiva, attribuendo valore determinante, ai fini in esame, alla potenzialità del medesimo di porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento. Nella specie, la Corte ha ritenuto giustificato il licenziamento del lavoratore che aveva raggiunto l'esercizio commerciale di cui era socio durante l'orario di lavoro

⁴⁵ Cass. n. 8939/2006.

⁴⁶ Cass. n. 9840/2002.

custodia e sorveglianza. L'aver abbandonato il posto di lavoro costituisce, in tal caso, un fatto talmente grave al punto da far venir meno irrimediabilmente il vincolo fiduciario (e ciò indipendentemente dalla produzione di un danno). Differente è invece l'ipotesi dell'allontanamento dal posto di lavoro, la quale pur costituendo condotta sanzionabile, non può mai giustificare l'intimazione del licenziamento per giusta causa. Precisa la Suprema Corte, che si versa in allontanamento allorquando "...l'assenza dal lavoro del lavoratore non ha inciso sul regolare svolgimento del servizio⁴⁷". Diversa situazione si configura nel caso in cui il lavoratore denigri coscientemente l'immagine dell'azienda. In tal caso infatti, il giudice è orientato a ritenere che il vincolo fiduciario che lega i contraenti può ritenersi leso, in presenza di comportamenti del prestatore di lavoro, atti a denigrare dolosamente l'azienda. Evidente che in tali circostanze debba considerarsi sia la mansione espletata che il grado di fiducia che la medesima implica, nel contempo non può prescindere dal valutare la componente oggettiva nonché quella soggettiva. Ciò al precipuo scopo di appurare se la condotta sia "...potenzialmente idonea a negare la futura correttezza dell'adempimento⁴⁸". Per altro verso, occorre tener altresì in debito conto, la possibilità che la condotta de qua possa rientrare o meno nel legittimo esercizio del diritto di critica. La giurisprudenza è concorde a riconoscere a chiunque il diritto di critica, quindi anche al lavoratore subordinato, nonostante ciò, tale diritto non può giungere al punto da "ledere sul piano morale l'immagine del proprio datore di lavoro con riferimento a fatti non oggettivamente certi e comprovati, poiché il principio della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. incontra i limiti posti dall'ordinamento a tutela dei diritti e delle libertà altrui e deve essere coordinato con altri interessi degni di pari tutela costituzionale⁴⁹". Il limite posto al diritto di critica è quello della verità oggettiva dei fatti, che in ogni caso non può giungere, per i modi con cui viene esercitata (diffusione a mezzo stampa, o più in generale pubblica) a causare un danno all'immagine ed al decoro dell'azienda. In tema di illeciti connessi ad omissione informative, risulta essenziale distinguere se effettivamente il lavoratore sia o meno tenuto a rendere determinate informazioni, in base alla propria mansione ed agli obblighi ad essa

⁴⁷ Cass. n. 6534/1998.

⁴⁸ Cass. n. 19232/2007.

⁴⁹ Cass. n. 7884/1997.

collegati. E' il caso⁵⁰ di un magazziniere dell'AMA, a cui veniva intimato un licenziamento per giusta causa per avere omesso (pur sapendolo) di informare il proprio datore di lavoro circa la reiterata presenza di una persona in evidente stato di bisogno e con gravi problemi psichici all'interno dei locali aziendali (in orario di lavoro dei dipendenti) nonché del fatto che detta persona pernottasse nei mezzi aziendali. Veniva altresì contestato il fatto di essersi intrattenuto con la medesima, (come anche altri dipendenti), in attività non inerenti alla prestazione lavorativa; per avere ripetutamente approfittato dei favori sessuali della persona in questione, all'inizio e alla fine dei turni di lavoro. La Suprema Corte osserva in ordine alla censura "di non aver informato il datore di lavoro", che tale condotta omissiva non integra la violazione del dovere di diligenza (di cui all'art. 2104 c.c.) posta l'assenza di qualunque previsione contrattuale in tal senso, né tantomeno sarebbe possibile ipotizzarla come prestazione complementare od accessoria rispetto agli obblighi contrattualmente assunti. Semmai l'obbligo de quo poteva ritenersi sussistente in capo ad altre figure professionali presenti in azienda, attesa pure la complessità dell'organizzazione aziendale. Quanto al dis-valore della condotta costituita dall'aver avuto rapporti sessuali, la Corte precisa che gli stessi essendosi sempre consumati fuori dall'orario di lavoro e nella vettura del medesimo dipendente potrebbero eventualmente assumere rilievo per le modalità e per le circostanze di fatto concrete (si ricorda che la donna era affetta da gravi turbe psichiche). Pertanto tali comportamenti sono potenzialmente rilevanti sotto il profilo della "solidarietà sociale e dell'etica comune". Al riguardo la Corte rammenta che nella valutazione occorre porre attenzione all'idoneità della condotta extra-lavorativa di ledere l'elemento fiduciario, facendo riferimento alla natura e qualità del rapporto e di conseguenza al grado di affidabilità richiesto dalle mansioni. Sulla base di tale motivazione la sentenza del giudice d'appello viene cassata.

⁵⁰ Cass. sez. lav. n. 1978/2016.

1.3 L'art. 3 della L. n. 604/1966 e l'introduzione del giustificato motivo soggettivo

Dopo l'introduzione del G.M.S. la giurisprudenza ha chiarito che la differenza con la giusta causa di licenziamento sia solo quantitativa⁵¹. In maniera conforme la dottrina⁵² sostiene che giusta causa e giustificato motivo “...non vanno a coprire aree qualitativamente diverse” ma si distinguono “solo in relazione alla intensità e gravità del fatto, in termini puramente quantitativi”. Il carattere differenziale tra la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo è perciò rappresentato dall'intensità dell'inadempimento. L'esistenza dell'obbligo di preavviso nel recesso si attaglia alle fattispecie di giustificato motivo soggettivo, sull'assunto che non ravvisandosi una gravissima inadempienza⁵³ “...che non consenta la prosecuzione neanche provvisoria...” il rapporto prosegue in maniera temporanea, ovverosia per tutta la durata del c.d. periodo di preavviso (c.d. periodo di preavviso lavorato)⁵⁴

Si tratta in particolare di condotte che incidono (direttamente ed irrimediabilmente) il nucleo essenziale degli obblighi contrattuali, al punto da rappresentare un “notevole inadempimento” rispetto ai predetti obblighi. Infatti ai sensi dell'art. 3 della L. 604/1966 “il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro...”. Da ciò ne consegue che al di sotto della soglia di

⁵¹ Cass. n. 14551/2000; Cfr. Cass. 17 gennaio 2008, n. 837, in Giust. civ., Mass. 2008, 1,47: In tale sentenza viene affermata la possibile conversione d'ufficio del licenziamento per giusta causa, in quello per giustificato motivo soggettivo, qualora venga accertata la minore gravità della condotta.

⁵² R. Diamante, *Il giustificato motivo soggettivo*, in O. Mazzotta (a cura di), *I licenziamenti Commentario*, Giuffrè, Milano 1999, 156; Cfr. G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova 1980, p. 70, laddove esprime in altri termini lo stesso concetto.

⁵³ La dottrina, era propensa a collegare l'elemento soggettivo del dolo e della colpa gravissima alla giusta causa, mentre quello della colpa grave al giustificato motivo soggettivo (cfr. M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, 227, Angeli, Milano 1980; F. Mazziotti, *Il licenziamento illegittimo*, Liguori, Napoli 1982, p. 124; G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova 1980, p. 70; cfr. Cass. civ., sez. lav., 9 novembre 2000, n. 14551, in Foro it., 2001, I, 95)

⁵⁴ Per distinguendolo dalla situazione in cui il datore, preferendo estromettere il prestatore di lavoro con effetto immediato, è obbligato a corrispondere la retribuzione relativa a detto periodo. Il tempo relativo al periodo di preavviso viene previsto di regola dai CCNL.

gravità del “notevole inadempimento⁵⁵”, la sanzione può essere solo di tipo conservativo. Il giudizio sulla notevolzza dell’inadempimento spetta unicamente al datore di lavoro e rientra nel libero esercizio del potere disciplinare attribuitogli. I contratti collettivi di categoria, di solito contemplano, più o meno astrattamente le condotte ritenute rilevanti che possono costituire motivo di censura fino a condurre al licenziamento⁵⁶.

Il successivo art. 4 della medesima legge, in ordine al profilo probatorio, afferma che “l’onere della prova circa la sussistenza della giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo di licenziamento è posto a carico del datore di lavoro⁵⁷”.

Infatti, il recesso dal contratto di lavoro subordinato ancorché sia un atto unilaterale recettizio, deve comunque essere giustificato - ai fini della validità dello stesso - da un inadempimento degli obblighi contrattuali⁵⁸. Anche successivamente alla Legge 604/1966 il licenziamento per motivo soggettivo viene ricondotto, ad opera della giurisprudenza della Suprema Corte⁵⁹, alla “lesione irrimediabile del vincolo fiduciario”, questo malgrado le concomitanti osservazioni della dottrina che mettevano in dubbio la concezione fiduciaria del recesso⁶⁰.

In linea di massima, la configurabilità di un inadempimento contrattuale, durante lo svolgimento dell’attività lavorativa nella sede e nell’orario di lavoro, non suscitava grossi problemi identificativi della fattispecie. L’esatta esecuzione della prestazione lavorativa e le condotte esigibili apparivano più definite. Il problema

⁵⁵ Il notevole inadempimento è sempre connotato da colpa (Cfr. U. Natoli, *L’attuazione del rapporto obbligatori*, Vol. II - *Il comportamento del debitore*, Giuffrè, Milano 1984

⁵⁶ Anche se ormai è pacifico, che le tipizzazioni delle condotte contenute nei contratti collettivi e nei codici disciplinari, non sono vincolanti per il giudice.

⁵⁷ Il datore di lavoro deve dimostrare l’esistenza di un comportamento integrante la grave negazione degli elementi essenziali del rapporto, specie quello fiduciario (Cass. 5115/2012), con riferimento agli aspetti concreti della condotta addebitata (Cass. 16198/2011); Idem Cass. 1475/2004.

⁵⁸ La soglia minima d’intensità della gravità della condotta, per poter legittimamente irrogare la sanzione del licenziamento, è quella del notevole inadempimento.

⁵⁹ Cass. 14/07/1954, n. 2485, MGL, 1955, 188; Cass. 22/01/1955, n. 169, MGL, 1955, 188; Cass. 30/11/1957, 4536, MGL, 1957, 275.

⁶⁰ Cfr. M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Angeli, Milano 1980, p. 55; M. Persiani, *La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in R. Sanseverino - G. Mazzoni (a cura di), *Nuovo trattato del diritto del lavoro*, Vol. II - *Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova 1971, p. 678 e ss.

invece sorgeva nel valutare talune condotte, che sebbene apparentemente “esterne” rispetto al nucleo degli obblighi contrattuali, debbano a questi essere ricondotte. La giurisprudenza è così giunta a fornire un quadro sintetico degli obblighi esigibili, che risente per forza di cose di un insieme di elementi che dovranno di volta in volta essere oggetto di attenta valutazione da parte del giudice ai fini della verifica di un’effettiva lesione della fiducia: “ Nel caso di giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento, i fatti addebitati devono rivestire il carattere di grave negazione degli elementi del rapporto di lavoro e, in particolare, dell'elemento fiduciario. La valutazione relativa alla sussistenza del conseguente impedimento della prosecuzione del rapporto deve essere operata con riferimento non già ai fatti astrattamente considerati bensì agli aspetti concreti afferenti alla natura ed alla qualità del singolo rapporto, alla posizione delle parti, al grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni del dipendente nonché alla portata soggettiva dei fatti stessi, ossia alle circostanze del suo verificarsi, ai motivi, ai modi, ai suoi effetti ed all'intensità dell'elemento intenzionale e di quello colposo e ad ogni altro aspetto correlato alla specifica connotazione del rapporto. Ai fini della proporzionalità fra fatto addebitato e recesso, rileva ogni comportamento che, per la sua gravità, sia suscettibile di scuotere la fiducia del datore di lavoro e di far ritenere la continuazione del rapporto pregiudizievole per gli scopi aziendali, essendo determinante, a tal fine, l'influenza che sul rapporto di lavoro sia in grado di esercitare la condotta del lavoratore che denoti una scarsa inclinazione ad attuare diligentemente gli obblighi assunti, conformando il proprio comportamento ai canoni di buona fede e correttezza.

I.4 La qualificazione del licenziamento come sanzione disciplinare (Corte Cost. n. 204 del 1982 e Cass. SS. UU. n. 4823/1987)

La giurisprudenza è giunta a configurare il licenziamento in ottica disciplinare⁶¹, attraverso una complessa elaborazione che parte dall'art. 7, co. 4, della Legge n. 300 del 1970 (Statuto dei lavoratori), volto ab origine⁶², proprio ad escludere a monte tale inquadramento⁶³: “fermo restando quanto disposto dalla L. 604/1966, non possono essere disposte sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro”. Da ciò ne è scaturito un problema interpretativo, che si staglia sostanzialmente su due quesiti: in primis, se sia possibile considerare il licenziamento tra le sanzioni disciplinari (e in caso di risposta affermativa, la necessità o meno, della relativa previsione nel codice disciplinare); ed in secondo luogo, da quale tipo di garanzie procedurali potesse essere tutelato il lavoratore licenziato per motivi disciplinari (esclusivamente quelle di cui alla L. 604/1966 oppure anche quelle ex art. 7 della L. 300/1970). Le suddette questioni discendevano da un lungo dibattito dottrinale tra molteplici linee di pensiero, che possono individuarsi, in quello minoritario⁶⁴, che era favorevole all'integrale applicabilità dell'art. 7 S.L.; e quello maggioritario, che invece riteneva che si attagliasse al licenziamento disciplinare, solo l'applicazione dei primi 3 commi

⁶¹ Cfr. anche Cass. 3618/2007, Cass. 25743/2007, Cass. 5855/2003.

⁶² Tale dubbio veniva esternato anche post sentenza, specie da coloro che propendevano per una visione formalistica della stessa. La sentenza de quo, è infatti stata oggetto di una duplice interpretazione, al punto da essere definita come una sentenza “amletica”, A. d'Aloia, in *Rassegna della giurisprudenza*, 1984, I, p. 292 e ss.

⁶³ Cfr. G. Zangari, *Potere disciplinare e licenziamento*, Giuffrè, Milano 1971, p. 31, laddove afferma che il divieto di sanzioni modificative del rapporto, contenuto nel succitato comma, comportasse l'impossibile configurazione del licenziamento quale disciplinare, stante l'incompatibilità della funzione correttiva delle sanzioni disciplinari, con quella risolutiva del licenziamento. Per cui secondo l'autore il licenziamento, anche se derivi da una mancanza disciplinare non sarebbe giuridicamente concepibile come sanzione, per cui risulterebbe ad esso applicabile solo la normativa processuale e sostanziale; Cfr. Amoroso, Di Cerbo, Maresca, *Diritto del lavoro*, Vol. 2 - *Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè, Milano 2014, p. 251.

⁶⁴ Per la tesi minoritaria: Cfr. L. Montuschi, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. Scialoja - G. Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna – Roma 1979, sub art. 7 p. 117 e ss.; R. Bortone, *Lo statuto dei lavoratori*, in *Commentario*, diretto da Giugni, Giuffrè, Milano 1979, sub. art. 3, p. 59 e ss.; Per la giurisprudenza v. richiamata in G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova 1980, p. 133 e ss.; M. Papaleoni, *Il potere disciplinare nella giurisprudenza*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1979, p. 486 e ss.

della norma, postulando anche il ricorso alla contrattazione collettiva in funzione integrativa⁶⁵; un'ulteriore tesi, invece negava completamente, che al licenziamento de quo, potesse applicarsi il precitato articolo. In questo caso l'idea di fondo, faceva leva sia sulla diversa natura delle sanzioni conservative (rispetto a quella del licenziamento espulsivo), che sulle complicazioni che ne sarebbero scaturite, posto che il licenziamento disciplinare possedeva già una disciplina specifica⁶⁶. La Cassazione a SU, pur aderendo alla tesi dell'inapplicabilità assoluta dell'articolo, lasciava operante - in via d'eccezione - un possibile spiraglio in tal senso, ovvero ad una possibile previsione della contrattazione collettiva. Per cui qualora venisse contemplata ad hoc, nel singolo contratto di settore, la procedura garantistica poteva trovare spazio applicativo⁶⁷. In maniera quasi contemporanea, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 204/1982, risolveva l'annosa disputa, dichiarando i commi⁶⁸ 1, 2 e 3 dell'art. 7 dello St. Lav., costituzionalmente illegittimi, ovvero “...interpretati nel senso che siano inapplicabili ai licenziamenti disciplinari, per i quali detti commi non siano espressamente richiamati dalla normativa legislativa, collettiva o validamente posta dal datore di lavoro⁶⁹”. L'argomentazione sostanziale posta a fondamento della sentenza, si basava sulla considerazione di fatto, che fino ad allora, le infrazioni di minore rilevanza sociale potessero beneficiare della procedura garantistica ex art. 7 S.L., mentre la sanzione espulsiva, pur presentando una maggiore risonanza e pur essendo di fatto collegata ad una mancanza disciplinare, ne veniva categoricamente esclusa. Scaturendo, il licenziamento, in ogni caso da una condotta colposa ovvero manchevole, indipendentemente o meno dalla sua

⁶⁵ Cfr. G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano 1977, Vol. I, p. 709; Idem, *Sanzioni disciplinari e licenziamenti disciplinari*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1973, p. 379; A. Freni - G. Giugni, *Lo statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano 1971, p. 29; Spagnuolo Vigorita L. - Ferraro G., *Commentario dello statuto dei lavoratori*, diretto da U. Prosperetti, Milano 1975, p. 146 e ss.; V. Di Cerbo, *Tipologia delle sanzioni disciplinari nella legge e nei contratti collettivi*, in *Lav. e Prev. Oggi*, 1982, p. 2232 e ss.

⁶⁶ Cfr. F. Santoro Passarelli; *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli 1980, p. 190 e ss.

⁶⁷ Cfr. Cass. n. 6315/1982; Cass. n. 3648/1982; Cass. 2780/1982; Cass. n. 1261/1982.

⁶⁸ Le succitate disposizioni riguardano: la pubblicità del codice disciplinare, in caso di pre-determinazione delle sanzioni disciplinari, la preventiva contestazione dell'addebito ed audizione e difesa del lavoratore.

⁶⁹ stralcio del dispositivo della sentenza Cost. 204/1982; in maniera conforme, Cfr. Cass. n. 17652/2007.

inclusione tra le sanzioni disciplinari, allo stesso va attribuita natura disciplinare⁷⁰. Quindi, le disposizioni garantistiche previste (dai succitati commi) vanno sempre applicate ai licenziamenti disciplinari, a prescindere dal fatto, che siano, o meno, espressamente richiamate dalla contrattazione collettiva.⁷¹ A tale approdo si è giunti, attraverso la ponderazione di contrapposte linee di pensiero, atteso che il dispositivo della sentenza che dichiarava l'incostituzionalità dei primi 3 commi dell'art 7, St. Lav., prestava il fianco ad una duplice interpretazione, stante la formulazione dell'inciso, secondo la quale detti commi dovrebbero essere “..interpretati nel senso che siano inapplicabili ai licenziamenti disciplinari, per i quali non siano espressamente richiamati dalla normativa legislativa, collettiva, o validamente posta dal datore di lavoro..”. La dottrina risultava dunque divisa tra coloro che escludevano,⁷² l'applicabilità della disciplina garantistica al licenziamento “a meno che non sia applicabile all'atto una diversa disciplina (legislativa, collettiva, o validamente posta dal datore di lavoro), la quale, oltre ad includerlo tra le sanzioni disciplinari, lo sottoponga al regime giuridico per queste previsto dall'art. 7 legge 20 maggio 1970 n. 300” ; e coloro che sostenevano il contrario, ovvero l'estensibilità al licenziamento, dei suddetti commi, senza necessità di una espressa previsione diretta in tal senso. Quest'ultima fu l'interpretazione che trovò accoglimento dalla dottrina⁷³ e dalla giurisprudenza prevalente.

⁷⁰ Tale impostazione c.d. ontologica, ha prevalso su quella c.d. formale, secondo cui il licenziamento doveva ritenersi disciplinare solo nel caso in cui venisse contemplato dalla contrattazione collettiva (Cfr. C. Cost. n. 345/1988); La natura ontologica del licenziamento disciplinare, va coniugata con il fatto che la nozione di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo sono di fonte legale.

⁷¹ In tal senso, cfr. Cass. n. 624/1998

⁷² In corrispondenza con quanto enucleato dalla Cass. SU n. 1781/1981, Cfr. *Rassegna della Giurisprudenza*, II, 21.

⁷³ Corrispondentemente a quanto sosteneva autorevole dottrina, Cfr. Freni-Giugni, *Lo statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano 1971.

I.5 Le garanzie procedurali previste dai primi tre commi dell'art. 7 della L. n. 300/1970

La sentenza Cost. 204/1982⁷⁴, e la successiva sent. della Cass. a S.U.⁷⁵ hanno esteso le garanzie procedurali previste per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari conservative, anche al licenziamento intimato per motivi disciplinari. Pertanto, nel caso in cui l'intimazione del licenziamento, non fosse preceduta dall'iter previsto dall'art. 7 S.L., il licenziamento sarebbe affetto da invalidità⁷⁶. La procedura de quo, infatti impone che il datore di lavoro contesti in maniera specifica,⁷⁷ i fatti che assume essere gravi a tal punto da licenziare. Di converso, il lavoratore, soltanto avendo esatta contezza degli addebiti contestati, viene messo nelle condizioni di poter consapevolmente replicare agli stessi, adducendo le (facoltative⁷⁸) giustificazioni del caso. Ciò in ossequio al fondamentale principio secondo il quale, deve essere assicurato a chiunque il corretto esercizio del diritto di difesa. Sull'argomento è intervenuta di recente una pronuncia della Suprema Corte⁷⁹, che ha di nuovo evidenziato che, in sede di risposta alla lettera di contestazione, nel caso in cui il prestatore di lavoro, richieda di visionare i documenti (probatori) della sua presunta condotta illecita, laddove si versi in una contestazione esauriente, non sussiste tale obbligo da parte datoriale. Restando libero il lavoratore, in fase giudiziale, di fare istanza di esibizione dei documenti. Di converso, ove la contestazione risulti lacunosa, e non permetta di avere esatta contezza delle doglianze, il datore è tenuto "...ad offrire in consultazione all'incolpato i documenti aziendali solo in quanto e nei limiti in cui l'esame degli stessi sia necessario al fine di una contestazione dell'addebito idonea a permettere alla controparte un'adequata difesa". Pertanto, il prestatore "...ha l'onere di

⁷⁴ L'intervento della Consulta ha suscitato una vivace critica di parte della dottrina circa che intravedeva la possibilità che possa trattarsi di una sentenza manipolativa, ovvero che presupporrebbe l'esercizio di una funzione "vicaria" del legislatore, mai attribuita.

⁷⁵ Cass. SU n. 4823/1987.

⁷⁶ Il mancato esperimento di tale procedura costituisce un vizio insanabile che comporta, secondo, il prevalente orientamento giurisprudenziale l'illegittimità del licenziamento intimato (Cass. 23/10/00, n. 13959; Cass. S.U. 1/6/87 n. 4823; Cass. 7/7/04 n. 12526; 7/9/93 n. 9390; Cass. 4/3/93 n. 2596).

⁷⁷ Si rinvia al paragrafo che tratta in particolare delle incombenze contenute nell'art. 7 S.L.

⁷⁸ In base all'art. 24 Cost., restando ferma l'obbligatorietà di quanto richiesto ex lege, ai fini del corretto espletamento della procedura garantistica.

⁷⁹ Cass. n. 15966/2917

specificare i documenti la cui messa a disposizione sarebbe stata necessaria al predetto fine” (Cass. n. 23304/2010). Nella fattispecie, in esame, invece, la Corte territoriale - spiega il Giudice delle leggi - ha adeguatamente motivato, osservando che la contestazione disciplinare “...descrive in modo dettagliato le condotte ascritte», e che “...nessuna lesione del diritto di difesa poteva ritenersi in concreto realizzata”.

Quanto all’obbligo di pubblicità del codice disciplinare, il comma 1, dell’art. 7 S.L., prevede l’affissione dello stesso, disponendo che “le norme disciplinari relative alle sanzioni ed alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna possa essere applicata devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti”. Tale disposizione, per quanto attiene alle infrazioni disciplinari di tipo conservativo, non presentava grosse problematiche⁸⁰, mentre in relazione alle altre ipotesi di licenziamento disciplinare furono riscontrate concrete e serie difficoltà applicative. La giurisprudenza, ha però chiarito, che la pubblicità del codice disciplinare, non è necessaria qualora si tratti di situazioni giustificative del recesso previste direttamente dalla legge o manifestamente contrarie all’etica comune⁸¹ oppure, più in generale, da comportamenti del lavoratore in palese violazione dei doveri essenziali del rapporto di lavoro⁸². Mentre, viceversa, risulta necessaria laddove si tratti di ipotesi di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo previste dalla contrattazione collettiva o (validamente) poste dal datore di lavoro. In particolare, ripercorrendo la casistica giurisprudenziale, è stata ritenuta necessaria l’affissione del codice disciplinare,

⁸⁰ Attesa la generica previsione legale di cui all’art. 2106 c.c., (e dei correlati obblighi sanzionabili), la necessità di una normativa collettiva o contrattuale secondaria, a fini integrativi, appare ineludibile.

⁸¹ Cass. n. 7819/2001, dove afferma che “ il potere di risolvere in contratto di lavoro per il caso di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali deriva al datore di lavoro direttamente dalla legge (art. 3 della L. 604/1966), e non necessita, per il suo legittimo esercizio, di una dettagliata previsione, nel contratto collettivo o nel regolamento disciplinare predisposto dal datore di lavoro, di ogni possibile ipotesi di comportamento illecito integrante il suddetto requisito, spettando al giudice di verificare, ove si contesti la giustificazione del recesso, se gli episodi addebitati integrino la fattispecie legale. Pertanto, anche se non specificatamente previste dalla normativa negoziale, costituiscono ragione di valida intimazione del recesso...le gravi violazioni dei doveri fondamentali connessi al rapporto di lavoro, quei doveri, cioè che sorreggono la stessa esistenza del rapporto...art. 2105 cod. civ., e specificatamente quelli derivanti dalle direttive aziendali”; In giurisprudenza, è ricorrente anche il riferimento ai generali principi di correttezza e buona fede nell’esecuzione degli obblighi contrattuali

⁸² Cass. Civ. sez. lav. n. 3060/2012

ogni qualvolta siano contestati addebiti che riguardino nello specifico l'organizzazione aziendale⁸³. E' il caso "e.g." dell'informatore medico che ometteva di fornire la relazione sull'attività svolta e sui clienti visitati (Cass. 19306/2004). Mentre è apparsa non necessaria, nel caso di condotte a rilievo penale, come la sottrazione di generi alimentari da parte di un addetto alla mensa (Cass. n. 5434/2003) oppure in presenza di condotte ostruzionistiche da parte di scioperanti nei confronti di dipendenti non partecipanti allo sciopero, c.d. picchettaggio (Cass. 10201/2004), ed ancora, nel caso di rifiuto (immotivato) del dipendente di voler sottoscrivere la trasformazione del contratto da tempo pieno a tempo parziale, susseguente ad una sua espressa richiesta in tal senso (Cass. 1108/2002⁸⁴). In generale, l'obbligo di affissione del codice disciplinare sussiste in presenza di condotte che siano ritenute illecite dal datore di lavoro – in relazione all'organizzazione del lavoro – e che nel contempo non siano già previste come illecite dalla legge o dal CCNL.

Il comma 2 dell'art. 7 S.L., verte sull'obbligo di preventiva contestazione dell'addebito, disponendo che "il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa". Dottrina e giurisprudenza sono concordi sul fatto che la contestazione rappresenti il momento fondamentale (delicato ed ineludibile), essendo preordinato al corretto esercizio del diritto di difesa da parte del lavoratore. Per questo la corretta contestazione può essere assicurata solo mediante l'immutabilità, la specificità e la tempestività della stessa⁸⁵.

⁸³ Cfr. Cass. 18377/2006.

⁸⁴ riscontrandosi, nel caso, una lesione del principio di correttezza e buona fede

⁸⁵ Si rinvia al paragrafo appositamente dedicato a tale argomento.

I.6 In particolare i requisiti d'immutabilità, specificità, immediatezza e tempestività della contestazione

La contestazione disciplinare, prevista dall'art. 7 della L. 300/1970, costituisce il primo atto (giuridicamente rilevante⁸⁶) attraverso il quale il lavoratore acquisisce contezza del nocimento arrecato dalla sua condotta al datore di lavoro. Pertanto, lo stesso ha la possibilità di poter replicare a tale contestazione adducendo fatti e/o circostanze, che se risultanti ignorate dal datore di lavoro, potrebbero portare ad una rivalutazione in melius della condotta censurata. D'altro canto, il lavoratore, dinanzi ad una precisa contestazione, pur ammettendo il fatto, potrebbe limitarsi semplicemente a mettere in dubbio la proporzionalità della sanzione irrogata rispetto alla condotta colpevole. La contestazione, dunque svolge un ruolo fondamentale nell'architettura dell'apparato sanzionatorio, ed in particolare laddove si versi in ipotesi di sanzioni espulsive. Soltanto una specifica⁸⁷ (riectus dettagliata) contestazione, può ritenersi giuridicamente valida. Vale la pena ricordare, che in sede giudiziale la contestazione rappresenta il primo documento che il giudice esamina per poter evincere lo status quo ante. Per cui, qualora egli ravvisi la sussistenza di una contestazione generica,⁸⁸ il giudizio viene interrotto, ed il licenziamento dichiarato illegittimo. Ciò in quanto, come ripetutamente osservato dalla Cassazione,⁸⁹ il lavoratore viene privato della possibilità di poter approntare un'adeguata difesa. La contestazione dunque rappresenta la

⁸⁶ La contestazione riveste un carattere fondamentale, costituendo, in sede giudiziale, il perimetro d'ampiezza della valutazione del giudice

⁸⁷ Recente pronuncia della Cass. 15069/2017, avente ad oggetto una fattispecie di superamento del periodo di comportamento, in cui il dipendente licenziato lamentava l'inottemperanza da parte del datore della richiesta di specificazione dei motivi di licenziamento. La Corte chiariva che nel caso in cui la contestazione fosse da considerarsi esauriente, nulla poteva essere eccepito. Peraltro, viene ribadito che il Collegio "...intende dare continuità al principio giurisprudenziale, disatteso dai giudici di seconde cure, affermato da questa Corte (Cass. 13.7.2010 n. 16421; Cass. 3.8.2004 n. 14873; Cass. 10.12.2012 n. 22392) - e che non può ritenersi isolato-secondo cui, allorquando il lavoratore abbia direttamente impugnato il licenziamento, anche in via stragiudiziale, per superamento del periodo di comportamento, la mancata ottemperanza del datore di lavoro alla richiesta di esplicitazione dei motivi è influente ai fini della legittimità del licenziamento stesso".

⁸⁸ Cass. Civ. n. 16896/2016; Cass. Civ. sez. Lav. 862/2015, secondo cui la contestazione generica è una contestazione "inefficace".

⁸⁹ Cass. N. 7338/2017; Cass. Civ. sez. lav. n. 19697/2016 e precedenti

“fotografia” (giuridicamente rilevante) del fatto addebitato. Il necessario requisito di specificità della contestazione, peraltro, si pone in stretto rapporto, con il distinto requisito dell’immutabilità⁹⁰ della stessa a livello temporale la necessaria acquisizione della piena conoscenza del fatto ante contestazione, si pone invece in contrasto con l’ulteriore requisito dell’immediatezza della stessa. In determinate circostanze infatti, è possibile che per la valutazione della condotta siano necessari degli accertamenti che rendono più difficoltosa la contestazione de qua e che perciò richiedono un’inevitabile dilatazione delle tempistiche. Recepita tale esigenza, sul punto si è formato un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, secondo il quale “...il requisito dell’immediatezza deve essere inteso in senso relativo, potendo essere in concreto compatibile con un intervallo di tempo, più o meno lungo, quando l’accertamento e la valutazione dei fatti richieda uno spazio temporale maggiore ovvero quando la complessità della struttura organizzativa dell’impresa possa far ritardare il provvedimento di recesso⁹¹...”. La Suprema Corte⁹² ha cura di osservare che l’immediatezza della comunicazione “si configura quale elemento costitutivo del diritto di recesso del datore”. L’immediatezza, della contestazione è dunque rilevante sotto un triplice aspetto: in primis riguardo alla valutazione dell’intensità del nocimento datoriale causato dalla condotta ritenuta colpevole⁹³ dall’altro, per offrire subito al lavoratore la possibilità di potersi discolpare. Da ultimo⁹⁴, la Suprema Corte ha affermato, che un fatto non tempestivamente contestato va considerato come insussistente, non essendo suscettibile di essere verificato in giudizio. Come rilevato, trattasi in realtà di un vizio procedurale che inficia ab origine la sanzione del licenziamento,

⁹⁰ Secondo la Corte d’Appello di Potenza (del 29/09/2015 n. 292) il principio dell’immutabilità del motivo di licenziamento implica che la giustificazione adottata dal datore di lavoro “...non può fondarsi su fatti diversi da quelli adottati nella motivazione del licenziamento stesso così come esposta all’atto della sua intimazione. Tale immodificabilità ha valore di regola generale, posta a garanzia del lavoratore, il quale vedrebbe altrimenti frustrata la possibilità di contestare la risoluzione unilaterale e l’atto di recesso...”. In sintesi il datore di lavoro non può modificare la prospettazione del fatto enucleata nella lettera di licenziamento, semmai può specificare meglio le circostanze dello stesso, fermo restando che non possa mutarle “nella loro oggettiva consistenza storica”

⁹¹ Cass. n. 15649/2010, Cfr. Trib. di Milano, 1779/2013

⁹² Cass. Civ. n. 281/2016 e n. 11100/2006

⁹³ Contestare una condotta, che si ritiene comportare un gravissimo (o notevole). inadempimento, a distanza di molto tempo, mal si attaglia con la asserita gravità della stessa (sortandone un giudizio d’incompatibilità)

⁹⁴ Cass. Sez. Lav. n. 2513/2017

impedendo nel contempo al lavoratore di approntare un'adeguata difesa, come pure al giudice di ottenere un'esatta cognizione del fatto: "un fatto non tempestivamente contestato ex art. 7 L. n. 300/70 non può che essere considerato come "insussistente" non possedendo l'idoneità ad essere verificato in giudizio. Si tratta in realtà di una violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro che riveste carattere radicale atteso che attinge direttamente al diritto di difesa del lavoratore, impedendo in radice che il Giudice accerti la sussistenza o meno del "fatto", e quindi di valutarne la commissione effettiva, anche a fini della scelta tra i vari regimi sanzionatori.

Non essendo stato contestato idoneamente ex art. 7 il "fatto" è tamquam non esset e quindi "insussistente" ai sensi dell'art. 18 novellato. 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". Occorre però segnalare che in precedenza la Suprema Corte in alcune pronunce⁹⁵ escludeva che la ritardata contestazione dell'addebito disciplinare comportasse l'applicazione dell'art. 18, co. 4, Stat. Lav..

I.7.1 Il principio di proporzionalità in generale

La giurisprudenza di legittimità,⁹⁶ in linea di principio, esclude che una lieve infrazione disciplinare possa determinare un licenziamento disciplinare. La funzione correttiva a cui sono preordinate le sanzioni disciplinari pone il licenziamento quale extrema ratio delle stesse. Il datore di lavoro infatti, per raggiungere gli scopi aziendali, esercita il potere direttivo, avvalendosi, ove necessario, dello strumento (giuridico) sanzionatorio. L'art. 2106 c.c. individua infatti il parametro di riferimento per l'esercizio del potere disciplinare,

⁹⁵ Cfr. ex multis Cass. n. 14324/2015

⁹⁶ Cass. n. 20540/2015, si tratta sostanzialmente di ipotesi in cui viene in rilievo la sproporzione tra la sanzione comminata e la condotta addebitata. Si pensi al licenziamento intimato per il furto di una penna o di altro oggetto di modico valore. Contra, Cass. n. 24540/2017, secondo cui anche il furto di modico valore (nel caso concreto E. 9 di caramelle) deve apprezzarsi nella sua componente oggettiva e può quindi essere idoneo a far venir meno la fiducia minando in futuro svolgimento del rapporto contrattuale

affermando che: “*l’inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo all’applicazione di sanzioni disciplinari secondo la gravità dell’infrazione*”. Gli articoli richiamati dalla predetta norma sono dunque gli artt. 2104 e 2015 c.c., che precisano gli obblighi derivanti dal contratto di lavoro, ovvero quello di diligenza e quello di fedeltà. L’inciso normativo “*...secondo la gravità dell’infrazione...*” è proteso a mettere in luce che il sistema sanzionatorio sia imperniato sul principio della proporzionalità della sanzione rispetto all’inadempimento commesso. Ciò implica la necessaria progressiva severità della risposta sanzionatoria in ragione della gravità dell’infrazione commessa. Apparentemente, potrebbe sembrare che il licenziamento esuli dalla funzione correttiva, costituendo proprio una sorta di rinuncia a voler correggere⁹⁷. A ben vedere però la situazione è alquanto diversa: il licenziamento, all’interno dell’impianto sanzionatorio, costituisce un efficace ed insostituibile deterrente, svolgendo sia una funzione intimidatoria, volta a dissuadere dalla commissione di ogni tipo di infrazione, che quella da fungere da “valvola di sicurezza” di tutto il sistema sanzionatorio. Nel senso, che se un dipendente crei più nocimento che utilità e risulti sotto il profilo correttivo “irrecuperabile,” la sanzione del licenziamento si pone quale strumento risolutivo di uno squilibrato assetto d’interessi. Tale impostazione logico-giuridica, non è suscettibile di subire compressioni e/o distorsioni di sorta, dipendendone il corretto funzionamento di tutto l’impianto sanzionatorio. Si pensi, all’istituto della recidiva, che può comportare - stante la reiterata commissione di infrazioni disciplinari - l’intimazione del licenziamento. Appare quindi evidente che laddove non vi fosse la previsione di un licenziamento connesso al mancato adempimento degli obblighi contrattuali, tutto il sistema sanzionatorio⁹⁸ ne risulterebbe compromesso, venendo privato dell’efficacia psicologica-deterrente propedeutica al suo corretto utilizzo in funzione correttiva (ma anche preventiva). Quanto all’accertamento del rispetto del principio di proporzionalità della giusta causa e del giustificato motivo di licenziamento, la Suprema Corte⁹⁹, ribadisce quali siano i parametri da

⁹⁷ Ante sentenza Cost. 284/1992, G. Zangari, *Potere disciplinare e licenziamento*, 31, in *Riv. Dir. lav. an.*, 23 (1971), fasc. 3, pp. 193-318, sosteneva che al divieto di sanzioni modificative ex co. 4, art. 7 S.L., conseguisse l’incompatibilità tra la funzione correttiva, propria delle sanzioni disciplinari, e la funzione risolutiva del licenziamento

⁹⁸ Anche la funzione delle misure conservative ne verrebbe frustrata

⁹⁹ Cass. 6848/2010. In senso conforme cfr. Cass. 25743/2007

prendere in considerazione, sebbene ricordi che trattasi di valutazione esclusivamente rilegata ai giudici di merito “ in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, il giudizio di proporzionalità o adeguatezza della sanzione all’illecito commesso – rimesso al giudice di merito – si sostanzia nella valutazione della gravità dell’inadempimento imputato al lavoratore in relazione al concreto rapporto, e l’inadempimento deve essere valutato in senso accentuativo rispetto alla regola della non scarsa importanza di cui all’art. 1455 c.c., sicché l’irrogazione della massima sanzione disciplinare risulta giustificata solamente in presenza di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali ovvero addirittura tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto”. Mentre nel caso¹⁰⁰ in cui, il gravame presso la Corte, si fonda sulla mancata riconducibilità alla nozione di giusta causa, di quanto accertato dal giudice di merito, *in ordine alla combinazione ed al peso dei dati fattuali* emersi dalla valutazione dei molteplici elementi, in questo caso pare possibile potersi integrare gli estremi previsti dall’art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.

I.7.2 Il principio di proporzionalità nella giusta causa di licenziamento

“In tema di licenziamento per giusta causa, ai fini della proporzionalità fra fatto addebitato e recesso, viene in considerazione ogni comportamento che per la sua gravità, sia suscettibile di scuotere la fiducia del datore di lavoro e di far ritenere che la continuazione del rapporto si risolva in un pregiudizio per gli scopi aziendali, dovendosi ritenere determinante, a tal fine, l’influenza che sul rapporto di lavoro sia in grado di esercitare il comportamento del lavoratore che, per le sue concrete modalità e per il contesto di riferimento, appaia suscettibile di porre in dubbio la futura correttezza dell’adempimento e denoti una scarsa inclinazione ad attuare diligentemente gli obblighi assunti, conformando il proprio comportamento ai canoni di buona fede e correttezza¹⁰¹; ai fini della valutazione

¹⁰⁰ Corte di Cassazione, sezione Lavoro sent. n. 18715/2016

¹⁰¹ Per un approfondimento sul tema, M. Bianca, La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale, in Riv. Dir. Civ., 1983, I, 209 e ss.; M. T. Saffiotti, *Le clausole generali di buona fede e la posizione del lavoratore*, Torino, 1999, 212; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952.

della gravità dell'inadempimento va assegnato rilievo all'intensità dell'elemento intenzionale, al ruolo ricoperto in azienda dal dipendente, al grado di affidamento richiesto dalle mansioni, alla natura e alla tipologia del rapporto medesimo¹⁰². Le fattispecie di giusta causa di recesso, si arricchiscono dunque di ulteriori elementi (definiti accessori¹⁰³), che devono essere oggetto di disamina in sede giudiziale. In particolare la Suprema Corte ha osservato che per la valutazione della congruità¹⁰⁴ della sanzione espulsiva è necessaria la verifica dei seguenti fattori: la natura del rapporto di lavoro, il grado di affidamento richiesto dal contratto, il documento arrecato, la portata e le circostanze dei fatti contestati, nonché la presenza e l'intensità dell'elemento intenzionale o del diverso profilo della colpa. Il giudice, inoltre, nel valutare la condotta, deve tenere altresì conto del "disvalore ambientale", ossia dell'impatto dis-educativo della condotta nei confronti degli altri dipendenti, con attenzione alle peculiarità del contesto lavorativo in cui esso si manifesta¹⁰⁵. La lesione del vincolo fiduciario, implica quindi una valutazione della condotta anche sotto il profilo del "disvalore ambientale". Ciò significa che se il disvalore ambientale risultasse elevato ed intollerabile¹⁰⁶, ne sortirebbe una qualificazione della condotta come "gravissima". Ne consegue che anche un singolo episodio potrebbe essere ritenuto condizione di fatto, sufficiente ed idonea a giustificare la sanzione espulsiva¹⁰⁷. Ripetutamente la Suprema Corte ha messo in evidenza che il lavoratore pur essendo assoggettato a rendere la prestazione dedotta in contratto è tenuto anche all'obbligazione accessoria di tenere un comportamento extra-lavorativo che sia tale da non ledere gli interessi morali e

¹⁰² Cass. Civ. Sez. Lav 13659/2015.

¹⁰³ Sul punto la giurisprudenza è altalenante, posto che riconnette l'obbligo di diligenza previsto dall'art. 2104 c.c., al più generale obbligo di cui all'art 1176 c.c., comma 2, affermando (Cass. n. 14862/2017) che "il contenuto dell'obbligo si sostanzia non solo nell'esecuzione della prestazione lavorativa secondo la particolare natura di essa (diligenza in senso tecnico) ma anche nell'esecuzione di quei comportamenti accessori che si rendano necessari in relazione all'interesse del datore di lavoro ad un'utile prestazione (cfr., in tal senso, già Cass. n. 3845/1992; cfr., più di recente, fra molte: n. 12769/2000 e n. 7398/2010)".

¹⁰⁴ Nel caso di specie, la Cassazione afferma che la Corte d'appello abbia omesso tale valutazione, specie con riferimento al grado di affidamento rispetto alle mansioni svolte (responsabile apicale) e dalla scarsa pertinenza delle frasi proferite rispetto al luogo e all'oggetto della riunione sindacale

¹⁰⁵ Cass. Civ. n. 24030/2016

¹⁰⁶ sotto il profilo fiduciario "...in virtù della posizione professionale rivestita"

¹⁰⁷ Cass. Civ. n. 12806/2014

patrimoniali del datore, né la fiducia che lega le parti al rapporto. In particolare è stato sottolineato che laddove risulti rilevante in ambito lavorativo una condotta extra-lavorativa penalmente censurabile “...l'avvenuta espiazione della sanzione penale...non impedisce di trarre dalla gravità della condotta...le conclusioni che precedono in punto di proporzionalità della sanzione espulsiva irrogata” (Cass. n. 22930/2016). Nel caso assumeva, importanza non tanto la modesta mansione svolta, ma l'importanza dell'ambiente lavorativo in cui veniva espletata, che portava a considerare il “forte disvalore sociale” suscitato “in quanto modello diseducativo nei confronti degli altri dipendenti della compagine aziendale”. La consolidata giurisprudenza della Cassazione, contraddistingue (o “qualifica”) la natura di talune obbligazioni del lavoratore che integrano la sfera degli obblighi esigibili, definendole come “accessorie”, ovvero “complementari” rispetto ai comuni obblighi contrattuali. Dunque aggancia “l'accessorietà” dei predetti obblighi, al peso della condotta tenuta in seno agli stessi, ciò al fine della verifica della proporzionalità della sanzione espulsiva. L'accertamento giudiziale sulla proporzionalità, si appunta perciò sulla verifica in concreto della congruità (o adeguatezza) della sanzione espulsiva rispetto alla condotta addebitata. Di recente la Cassazione ha ribadito il medesimo concetto¹⁰⁸ soffermandosi su alcuni aspetti concernenti l'ampiezza degli obblighi: “...anche una condotta illecita, estranea all'esercizio delle mansioni del lavoratore subordinato, può avere un rilievo disciplinare, poiché il lavoratore è assoggettato non solo all'obbligo di rendere la prestazione, ma anche all'obbligazione accessoria di tenere un comportamento extra-lavorativo che sia tale da non ledere né gli interessi morali e patrimoniali del datore di lavoro né la fiducia che lega le parti del rapporto di durata”.

In ogni caso, resta fermo che la condotta illecita, sia che configuri un giustificato motivo soggettivo oppure una giusta causa, deve essere comunque di una gravità tale¹⁰⁹ da giustificare il licenziamento. Il termine “giustificare,” riconduce inevitabilmente al principio della proporzionalità, e quindi ai necessari

¹⁰⁸ Cass. Civ. Sez Lav. 8132/2017

¹⁰⁹ il problema si staglia proprio nella selezione delle fattispecie che siano connotate da una rilevante “gravità”, posto che la gravità (ergo la proporzionalità) varia in base ad un elemento che difficilmente si presta ad essere esattamente individuato, ovvero quello fiduciario. Autorevole dottrina osserva che “viene attribuita oggettività ad un elemento colto nella più pura soggettività: qualunque fatto idoneo a scuotere la fiducia” (M. Napoli, *La stabilità reale nel posto di lavoro*, Angeli, Milano 1980, p. 81)

accertamenti comparativi, secondo i canoni di valutazione sopra elencati.

Si osserva che in diverse pronunce giurisprudenziali relative a fattispecie di giusta causa di licenziamento, i giudici hanno precisato i tratti comuni che le caratterizzano, ancor prima di affrontare le questioni di merito sottese ai singoli casi concreti. Tale modus operandi, potrebbe ingenerare il dubbio, che vi sia una certa propensione ad attribuire alla giusta causa una fisionomia diversa rispetto al giustificato motivo soggettivo, (i.e.: che vada oltre il maggior grado di severità della condotta¹¹⁰). La meticolosa cura da parte dei giudici volta all'identificazione delle fattispecie di giusta causa di licenziamento, porta spesso a ricorrere a locuzioni come “obblighi accessori”; “condotte extra-lavorative” (o “condotte extra-aziendali”); o ancora si fa riferimento ad ulteriori “doveri strumentali o complementari”. Tutte locuzioni tese ad enfatizzare vuoi la lontananza dagli obblighi propriamente contrattuali ex artt. 2104 e 2105 c.c., vuoi la specialità di tale tipologia di obbligazioni in virtù dell'esistenza di un particolare vincolo fiduciario (in ragione della “speciale” tipologia di lavoro). In realtà, l'uso di tali locuzioni da parte della Suprema Corte viene riscontrato (sebbene in minor misura) anche riguardo alle ipotesi di giustificato motivo soggettivo. Dunque la differenza tra i due tipi di licenziamento si staglia solo sulla gravità dell'inadempimento. L'ampiezza dell'area degli obblighi del prestatore di lavoro, sia con riferimento a quelli propriamente contrattuali, che a quelli ad essi comunque riconducibili, è invece la medesima. Quanto alla differenza che intercorre tra il notevole ed il gravissimo inadempimento – la stessa seppur in teoria distinguibile attraverso le nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo – potrebbe suscitare alcuni dubbi innanzi al caso concreto. La possibilità di poter convertire d'ufficio le ipotesi di licenziamento per giusta causa¹¹¹, in quelle per giustificato motivo soggettivo, potrebbe confermare, in un certo qual modo, l'esistenza di tale dubbio. Al riguardo occorrono alcune brevi riflessioni, atteso che (come appena ricordato), la differenza tra le due ipotesi di

¹¹⁰ Cfr. C. Pisani, *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, Milano 2004, p. 15, laddove afferma che la giusta causa “in ragione della sua genericità, potrebbe prestarsi ad (e in effetti è stata ed è ancor oggi utilizzata in giurisprudenza per) interpretazioni svincolate dalla qualificazione in termini di inadempimento della condotta del lavoratore, che invece costituisce presupposto imprescindibile del giustificato motivo soggettivo

¹¹¹ “...non è consentito al Giudice invece dedurre una volontà diversa rispetto a quella dell'espulsione e pertanto non si può convertire il licenziamento con o senza preavviso in una diversa sanzione conservativa (cfr. Cass. 9 novembre 2000, n. 14551)...

licenziamento verte unicamente sulla gravità della condotta. Nel caso in cui il Giudice ritenga che un licenziamento per giusta causa sia sussumibile nell'ipotesi meno grave di giustificato motivo soggettivo, la "sproporzione" della misura sanzionatoria adottata dal datore di lavoro, rispetto alla gravità della condotta accertata, essendo ritenuta minimale,¹¹² viene colmata disponendo a favore del prestatore di lavoro la monetizzazione del mancato periodo di preavviso spettante. Ebbene, se non fosse prevista la convertibilità d'ufficio¹¹³ della misura sanzionatoria comminata, la stessa potrebbe essere reputata, come sproporzionata (ergo sussisteva un giustificato motivo soggettivo di licenziamento mentre è stata irrogata la sanzione più grave della giusta causa). Autorevole dottrina¹¹⁴ sostiene, proprio per fugare ogni possibile residuo dubbio, che la giusta causa ed il giustificato motivo soggettivo costituiscono due species dello stesso genus. Se non si tenesse conto di tale assunto, occorrerebbe fare riferimento al principio della proporzionalità della sanzione, di cui all'art. 2106 c.c., che impone che il trattamento sanzionatorio debba necessariamente essere modulato "secondo la gravità dell'infrazione". Dal mancato rispetto di tale principio, ne deriverebbe, in sede giudiziale, l'annullamento della sanzione espulsiva, posto che il licenziamento per giusta causa, si collocherebbe, nella scala di severità delle sanzioni, ad un gradino superiore di gravità, rispetto al giustificato motivo soggettivo. La corrispondente sanzione infatti, oltre ad essere (allo stesso modo) espulsiva, si diversifica proprio ad onta della maggior severità della stessa, che si appunta nella mancata previsione dell'obbligo del preavviso. Sotto altra prospettiva, l'iniziale contestazione datoriale della condotta come gravissima (che comporta il licenziamento in tronco) e la successiva conversione del licenziamento, post-accertativa della condotta come notevolmente inadempiente, potrebbe astrattamente porsi in conflitto con la consolidata giurisprudenza riguardo all'immutabilità della contestazione. Infatti, come precedentemente rappresentato, la contestazione disciplinare una volta comunicata, non è più

¹¹² Lo "scarto" esistente, sebbene minimale, potrebbe comunque astrattamente riflettersi sulla misura sanzionatoria essendo non proporzionale con il fatto addebitato. Ciò anche alla luce del tenore delle nuove disposizioni "Jobs Act", che attribuiscono, alle voci indennitarie/risarcitorie, una maggiore considerazione giuridica

¹¹³ Di solito, nell'atto, viene avanzata, in via subordinata, richiesta di conversione.

¹¹⁴ M. Persiani, F. Carinci, *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. V – *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, a cura di E. Gragnoli, Cedam, 2017

suscettibile di poter essere modificata, quindi neanche “dall’alto” ad opera dello stesso Giudice. Pertanto, pur innanzi ad uno stesso genus sanzionatorio e quindi fermo restando il rispetto del canone di proporzionalità nell’irrogazione della sanzione, la contestazione iniziale di aver tenuto una “gravissima condotta”, subisce comunque (seppur ad opera del giudice¹¹⁵) una “lieve” modifica. La giurisprudenza precisa che la conversione d’ufficio del licenziamento, trova il suo limite nella regola generale dell’immutabilità¹¹⁶ della contestazione, sicché la stessa, non può nel tempo essere arricchita o modificata - mutati i motivi posti a base dell’iniziale contestazione - ovvero quando la conversione necessiti l’accertamento di fatti nuovi e diversi da quelli inizialmente adottati dal datore di lavoro a sostegno del suo recesso. Al riguardo si ripropone la nota ed irrisolta questione vertente sull’inquadramento giuridico del fatto contestato in senso materiale o giuridico.

¹¹⁵ Secondo la pratica processuale, il datore di lavoro chiede in via subordinata alla domanda

principale, anche quella di voler considerare i fatti come inadempimento notevole

¹¹⁶ Cass. 27 febbraio 2000 n. 2204.

CAPITOLO 2 - IL REGIME SANZIONATORIO PER IL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO INTIMATO AI LAVORATORI ASSUNTI PRIMA DEL 7 MARZO 2015

II.1 La tutela obbligatoria: ambito di applicazione e disciplina

Dopo aver esaminato l'area di legittimità del recesso datoriale (la cui ampiezza viene delimitata attraverso il rinvio alle nozioni di giusta causa e del giustificato motivo), occorre ora soffermare l'attenzione sul correlato profilo patologico dell'ingiustificatezza del licenziamento, e quindi sulle conseguenze sanzionatorie all'uopo previste dall'ordinamento. Prima di affrontare il tema in parola, si ritiene utile ricordare che fino a pochi anni fa, autorevole dottrina¹¹⁷, sosteneva, che la stabilità del posto di lavoro fosse: *“un valore da promuovere e tutelare poiché esprime sul piano giuridico il principio della conservazione del rapporto di lavoro fino a quando il patto che lega il lavoratore al datore di lavoro non s'infranga sullo scoglio dell'inadempienza notevole degli obblighi contrattuali, così come avviene per tutti i contratti di scambio sul mercato”*. L'idea della flessibilità in uscita dal lavoro, poco a poco penetrata nel sistema giuridico, lungi dall'essere concepita alla stregua di un principio giuridico di carattere generale¹¹⁸,

¹¹⁷ M. Napoli, *L'elogio della stabilità*, in *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle relazioni industriali*, 26 (1), Torino 2002; Nello stesso senso, cfr. P. Albi, *Stabilità del rapporto di lavoro, licenziamento disciplinare e valutazione della proporzionalità*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, fascicolo n. 3/2016, p. 553; Nello stesso senso C. Mortati, che osservava che una occupazione che “fosse saltuaria e intermittente assumerebbe un carattere aleatorio che lascerebbe non soddisfatta la pretesa” – Cfr. C. Mortati, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in AA.VV., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Milano, Giuffrè, 1972, p. 147.

¹¹⁸ Ogni normativa finora intervenuta sull'ambito di applicazione dell'art. 18 S.L. lungi dall'essere agganciata a principi giuridici d'ordine generale, pone delle limitazioni quale contro-misura a problematiche legate al contesto socio-economico. Tant'è che il legislatore, per un verso pone gli interventi normativi alla risoluzione di criticità straordinarie (e temporanee), dall'altra, incide in maniera definitiva, come se tali criticità fossero destinate a restare indefinitivamente irrisolte. Lasciando così sottendere che siano causate da una legislazione profondamente inadeguata ai tempi e perciò da riformare radicalmente

deriva(va) invece, da una necessità pratica¹¹⁹, ossia quella di fungere da contrappeso al calo della produttività delle imprese. Lo Statuto dei Lavoratori (L. 300/1970), postula(va) infatti il principio per cui la reintegra fosse l'unica condizione sufficiente e necessaria che avrebbe consentito di rimediare al torto subito ripristinando lo "status quo ante" al licenziamento illegittimo. Ciò parallelamente a quanto di regola avveniva (e tutt'ora avviene) nel diritto comune, in materia di contratti a prestazioni corrispettive. La c.d. tutela obbligatoria invece, prevista dall'art. 8 della L. 604/1966¹²⁰ (così come sostituito dall'art. 2 della Legge 108/1990) era circoscritta ai datori di lavoro privati, imprenditori e non, che occupino alle loro dipendenze fino a quindici lavoratori¹²¹. Sicché, quando il giudice avesse accertato con sentenza la mancata ricorrenza degli estremi di un licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, rimetteva al datore di lavoro la scelta tra la riassunzione del prestatore di lavoro¹²² o la corresponsione di una somma a titolo di risarcimento del danno¹²³. L'obbligazione de qua, dapprima generalmente ritenuta come facoltativa da parte del datore di lavoro, veniva, in un secondo momento, ad opera della giurisprudenza della Suprema Corte, configurata come di tipo alternativo. Nel senso che, spettava al

¹¹⁹ ovvero quella di fare fronte ad un rallentamento della produttività delle imprese

¹²⁰ Al fine di favorirne la consultazione si riporta integralmente il testo dell'art. 8 della L. n. 604 del 1966: "Quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso fra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti. La misura massima della predetta indennità pur essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro"

¹²¹ il campo di applicazione dell'art. 8 viene esteso alle organizzazioni di tendenza (a prescindere delle dimensioni dell'organico aziendale del datore); Per quanto attiene all'onere probatorio circa il requisito dimensionale ai fini della tutela obbligatoria anziché di quella reale, si ritiene che spetti al datore di lavoro (Cass. n. 7227/2002)

¹²² Pur concretizzandosi come una facoltà di scelta, la norma pone un obbligo ben preciso in capo al datore di lavoro, quello della riassunzione, l'indennità, invece viene concepita come la sanzione per il mancato assolvimento del predetto obbligo.

¹²³ Sulla natura obbligatoria del regime di tutela cfr. C. Grassetti, *Lo statuto dei lavoratori e i limiti al potere di recesso da parte del datore di lavoro*, in *DL*, 1967, I, 3; D. Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori alla stregua della nuova disciplina legislativa*, Utet, Torino 1996.

datore, la scelta tra la riassunzione al lavoro¹²⁴ e il pagamento della somma risarcitoria, fermo restando, in ogni caso, il diritto per il prestatore di lavoro di ricevere almeno un'indennità qualora il contratto si fosse risolto. La Suprema Corte, ha osservato che *“ove trovi applicazione, non già il regime di tutela cosiddetta reale del posto di lavoro, introdotta dall'art. 18 Stat. Lav., bensì quello della cosiddetta tutela obbligatoria, prevista dall'art. 8, legge n. 604/1966, il licenziamento seppure illegittimo, interrompe comunque il rapporto”*¹²⁵. Da ciò ne discendevano due conseguenze rilevanti, la prima è che l'atto illegittimo, pur non essendo assistito da giusta causa o giustificato motivo, rimaneva comunque idoneo a determinare l'estinzione del rapporto di lavoro¹²⁶, la seconda è che l'offerta datoriale di riassumere il lavoratore doveva qualificarsi come una vera e propria nuova proposta contrattuale, a cui pertanto andava applicata l'apposita normativa in materia. Sul versante dell'entità risarcitoria, invece, va precisato, che l'ammontare della stessa, veniva modulato dal giudice, all'interno di una forbice che varia tra un minimo di 2,5 mensilità, ed un massimo di 6 mensilità¹²⁷ (incrementabile fino a 14 mensilità in caso di elevata anzianità di servizio). Ai fini dell'individuazione della somma spettante, il giudice doveva apprezzare diversi parametri, quali: l'anzianità di servizio dei lavoratori, le dimensioni aziendali, il comportamento ravvisato durante il processo. In aggiunta il giudice doveva tenere altresì conto, delle eventuali disposizioni presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi (comma 3, art. 30, Legge n. 183/2010). L'importanza che assume l'indennità in parola, deriva *“dall'assimilazione giuridica”* (operata dal legislatore) della stessa come sostitutiva del diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro¹²⁸. Tant'è che anche

¹²⁴ peraltro da effettuarsi entro tre giorni (termine ritenuto dalla giurisprudenza ordinatoria)

¹²⁵ Cass. sez. lav. n. 5715/1986

¹²⁶ nel caso di mancata comunicazione dei motivi di licenziamento, la sanzione dell'inefficacia ex art. 2 L. 604/1966, comporta l'inidoneità del recesso a risolvere il rapporto ed il diritto del lavoratore a conseguire non l'indennità risarcitoria di cui all'art. 8 della L. 604/1966, ma bensì il risarcimento del danno secondo le regole civilistiche, quantificabile in relazione alle retribuzioni non percepite nel periodo compreso tra il licenziamento e la sentenza (Cass. S.U. n. 508/1999, Cass. n. 12079/2003)

¹²⁷ al fine del computo viene considerata l'ultima retribuzione globale di fatto

¹²⁸ sotto il profilo prettamente giuridico, è ravvisabile una sorta di fictio iuris, posto che *“omologa”* tra loro due situazioni completamente diverse, il percepimento di una indennità, e l'ottenimento della reintegra. In realtà, tale fictio - nell'immediato - va a

nell'ipotesi in cui, per qualsivoglia ragione, il rapporto di lavoro non possa ricostituirsi, come il rifiuto dello stesso lavoratore, il diritto al percepimento di tale indennità resta comunque fermo (Corte Cost. n. 44/1996; Cass. 12442/1998).

II.2 Il regime sanzionatorio previsto dall'art. 18 St. Lav. (post riforma Fornero)

La disciplina giuslavoristica contempla dunque, per i lavoratori licenziati illegittimamente, due differenti tipologie di tutela: quella c.d. reale prevista dall'art. 18 della L. 300/1970, e quella c.d. obbligatoria di cui all'art. 8 L. 604/1966. Come risaputo, la prima (detta anche ripristinatoria) consente al lavoratore di poter essere reintegrato nel posto di lavoro, mentre l'altra, consente di ottenere solo una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno. La tutela reale, si applica(va)¹²⁹ ai licenziamenti illegittimi o nulli, intervenuti all'interno di unità produttive¹³⁰ con almeno 15 dipendenti ovvero almeno 5 nel caso di imprese agricole, nel caso di unità produttive con diverse sedi, ma che in uno stesso comune vi siano almeno 15 dipendenti o almeno 5 nel caso di imprese agricole. Oppure, con qualsiasi unità produttiva nel caso si tratti di azienda con almeno 60 dipendenti. La ratio iuris nell'adozione di una disciplina differenziata (peraltro mantenuta dall'art. 18 l. 300/1970 anche post modifica ex L. 108/1990), in base al requisito dimensionale delle imprese, si appunterebbe sull'elemento fiduciario del rapporto, che in caso di piccole imprese è più tangibile¹³¹, atteso che

detrimento dei lavoratori (ed a vantaggio delle imprese), mentre in prospettiva futura dovrebbe contribuire al miglioramento delle condizioni del mercato del lavoro

¹²⁹ Il d.lgs. 23/2015, ha posto, indirettamente, un confine temporale all'operatività dell'art. 18 Stat. Lav., stabilendo che coloro che sono stati assunti posteriormente alla data del 7 marzo 2015, soggiacciono alla diversa disciplina

¹³⁰ Ai fini dell'applicazione della norma, per "unità produttiva" si intende quella entità aziendale che sia dotata di una propria autonomia imprenditoriale e caratterizzata da un livello di indipendenza tecnica, organizzativa ed amministrativa che consenta di esaurire per intero un determinato ciclo produttivo ovvero una frazione di questo o un suo momento essenziale (Cass. 19837/2004, Cass. 9881/2001)

¹³¹ Cfr. Romei R., *La legge 11 maggio 1990 n. 108 Disciplina dei licenziamenti individuali*, a cura di R. De Luca Tamajo e M. D'Antona, in *NLC*, 1991, pag. 193 e ss.

di solito l'imprenditore lavora a fianco dei prestatori di lavoro. Pertanto, prima della L. 92/2012, nei casi di licenziamento disciplinare illegittimo, rientranti nel campo di applicazione della tutela reale, il giudice ordinava la reintegrazione nel posto di lavoro ed il risarcimento del danno (per un importo non superiore alle 5 mensilità), oltre che al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, dal licenziamento all'effettiva reintegra. Oppure qualora il lavoratore non intendeva essere reintegrato, veniva rimessa solo allo stesso, la facoltà di chiedere (entro 30 giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza) un'indennità sostitutiva pari a 15 mensilità della retribuzione. Detta richiesta oltre a far sorgere il relativo diritto, aveva l'effetto di estinguere ipso iure (ex art. 18 co. 5), il rapporto di lavoro. Con la riforma Fornero, per le imprese fino a 15 dipendenti, quasi nulla è cambiato rispetto al precedente assetto normativo, perciò in caso di licenziamento illegittimo per insussistenza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo, rimane inalterato il regime di tutela di cui all'art. 8 della L. 604/66 (tutela c.d. obbligatoria), che prevede la facoltà del datore di lavoro di riammettere in servizio il lavoratore licenziato o in sostituzione di risarcirlo nella misura stabilita dal Giudice (sempre in una forbice tra le 2,5 e le 6 mensilità). Lasciando in disparte i requisiti dimensionali delle imprese, la riforma Fornero ha riconfermato¹³² il principio che il licenziamento del lavoratore possa avvenire solo per giusta causa (art. 2119 c. c.) o per giustificato motivo (art. 3 L. 604/1966). Quindi i criteri in base ai quali i Giudici decidono se un licenziamento debba essere reputato valido o meno, continuano ad essere i medesimi, ciò con particolare riferimento al criterio di proporzionalità (art. 2106 c.c.). Quanto alla decorrenza, viene disposto che essa retroagisca al momento della contestazione del fatto¹³³. La tutela reale,

¹³² In tal senso cfr. M. T. Carinci, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e da giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli del sistema*, in *RIDL*, 2012, II, p. 1053 e ss.; A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino 2012; L. Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012 n. 92*, Giuffrè, Milano 2012; Contrario - Cfr. P. Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *RIDL*, 2013, fasc. 1, p. 149 ed altri (affermando che la riforma Fornero abbia introdotto modifiche di natura sostanziale).

¹³³ Il licenziamento produce effetto, non dal momento in cui viene intimato, ma da quello in cui il procedimento disciplinare è stato avviato (ex art. 1, comma 41 della L. 92/2012). Riguardo agli effetti, questi rimangono sospesi in caso di impedimento derivante da

resta invece sempre applicabile laddove si tratti di datori di lavoro di medie o grandi dimensioni, oppure che occupano più di 15 dipendenti nell'unità produttiva (più di 5 per le aziende agricole), più di 15 dipendenti nell'ambito comunale (più di 5 per aziende agricole), o più di 60 dipendenti nel complesso. Occorre precisare che nel settore del lavoro pubblico privatizzato, in caso di licenziamenti, la tutela reale trova applicazione a prescindere dal requisito dimensionale. Una volta chiarito l'ambito applicativo della Legge Fornero, occorre evincere più nel dettaglio, in che modo è stato modificato il preesistente regime sanzionatorio per i licenziamenti illegittimi. Ebbene, si passa dall'unica sanzione (reintegra più risarcimento) all'introduzione di un regime sanzionatorio meramente indennitario, diversificato in base al tipo di violazione alle regole dei licenziamenti¹³⁴. In particolare sono state individuate quattro fasce di tutela¹³⁵, che vengono modulate secondo il grado di responsabilità datoriale accertato, alla natura ed all'intensità della gravità della violazione¹³⁶: la tutela reale piena (che viene disciplinata dai primi tre commi dell'art. 18 S.L.); la tutela reale attenuata (contemplata nel comma 4, con risarcimento compreso tra una massima); La tutela indennitaria forte (ex comma 5, variabile tra 12 e 24 mensilità) ; La tutela indennitaria attenuata (prevista dal comma 6, oscillante tra 6 e 12 mensilità). La tutela reale piena, viene circoscritta alle sole ipotesi in cui emerga la commissione di gravi violazioni rispetto alla disciplina dei licenziamenti. Il primo comma dell'art. 18 Stat. Lav., nella nuova formulazione riserva la reintegrazione nel posto di lavoro ad alcune ipotesi di nullità di licenziamento, ravvisandone la certa discriminatorietà allorquando: "... ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi

infortunio occorso sul lavoro. In generale, in tutte le ipotesi in cui opera la sospensione, il licenziamento avrà efficacia al termine dell'impedimento o della sospensione del rapporto.

¹³⁴ Tale passaggio, segna il primo sostanziale depotenziamento dell'art. 18 della L. 300/1970, che per oltre quaranta anni, aveva rappresentato, il pilastro su cui poggiava l'intero sistema di tutele e dei diritti dei lavoratori

¹³⁵ Per una minuziosa disamina delle differenti forme di tutela previste C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, I, p. 547 e ss.; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, p. 613 e ss.

¹³⁶ Cfr. C. Cester, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in Carlo Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova 2013, p. 59 e ss.

dell'articolo 35 del codice civile delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile". Pertanto ricorrendo dette ipotesi il licenziamento viene dichiarato nullo, essendo stato intimato per motivi discriminatori, ne consegue la sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro, ciò indipendentemente dal numero dei dipendenti occupati, dalla natura dell'attività svolta o dal motivo formalmente adottato dal datore quale causale del licenziamento. Inoltre spetta al prestatore di lavoro il diritto al risarcimento del danno, la cui entità deve essere "commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato inoltre per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali¹³⁷". Quindi, pur lasciando inalterata la tutela reintegratoria precedente, vengono apportate delle modifiche sostanziali, modulate in modo tale da ridurre il quantum risarcitorio spettante. Difatti, facendo riferimento all'ultima retribuzione globale di fatto percepita, gli eventuali aumenti, medio-tempore intervenuti (nell'arco temporale che va dalla percezione dell'ultima retribuzione fino alla sentenza) non vengono presi in considerazione. Inoltre, quanto alla previsione della detrazione dell'aliunde perceptum (ossia delle somme percepite da altri datori durante l'illegittimo licenziamento), viene osservato che, in precedenza tale orientamento era dibattuto in giurisprudenza, e che quindi il legislatore abbia voluto conferire omogeneità e certezza: "ragioni di coerenza normativa e di parità di trattamento inducono a ritenere comunque applicabile la regola fissata da quest'ultima norma, che è diversa da quella previgente, peraltro di formazione giurisprudenziale

¹³⁷ Art. 18, comma 2 Legge n. 300/1970, così come modificato dalla Legge n. 92/2012

contrastata¹³⁸”. Lo stesso autore, peraltro, da conto dell’esistenza di un orientamento per il quale “la variabilità delle previsioni risponde alla volontà del legislatore di introdurre regimi differenziati anche con riferimento al profilo delle conseguenze risarcitorie”. Altra dottrina, con maggior persuasione, osserva che la volontà del legislatore sia protesa a circoscrivere le ipotesi di licenziamento illegittimo “odiose¹³⁹” ovvero connotate da una ingiustificatezza macroscopica, equivalente al “torto marcio¹⁴⁰” (datoriale), insomma quel tipo di situazioni la cui gravità è indiscutibilmente manifesta ed elevata.

II.3 La tutela reintegratoria “piena”

L’art. 1, co. 42, della Legge n. 92/2012, va ad incidere pesantemente l’art. 18 St. Lav., introducendo nell’ordinamento un meccanismo sanzionatorio differenziato. L’effettiva protezione della stabilità del rapporto di lavoro, assicurata da una tutela legale di tipo ripristinatorio viene, ad opera del predetto intervento normativo, limitata a specifiche e ristrette fattispecie. Il legislatore lascia quindi residuare una duplice ed alternativa via d’accesso alla tutela reale, nel caso in cui si ravvisi “*l’insussistenza del fatto contestato*”, ovvero, quando il fatto “... rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili” (ex art. 18 co. 4). In ogni caso di reintegra, viene inserito un ulteriore doppio “filtro”, anch’esso alternativo, teso a ridurre il quantum risarcitorio. In primis, quello dell’espressa previsione della detraibilità dell’*aliunde perceptum* (ovvero di quanto il lavoratore abbia percepito quale retribuzione per lo svolgimento di altro rapporto di lavoro presso un altro datore) e poi quello dell’*aliunde percipiendum* (cioè di quanto il lavoratore

¹³⁸ M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova 2012.

¹³⁹ C. Cester, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in F. Carnici - M. Miscione (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012)*, in cui aggiunge inoltre che in tal caso “...deve essere data comunque al lavoratore la garanzia del risarcimento pieno, senza l’imposizione di comportamenti attivi volti a contenere il danno”

¹⁴⁰ A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino 2012, p. 57; Cfr. M. Tremolada, *Il licenziamento disciplinare nell’art. 18. Stat. lav.*, in *LG 2012*, p. 876 che invece parla di “colpa del datore di lavoro”.

avrebbe potuto percepire attivandosi per reperire un'altra occupazione¹⁴¹). Si prevede, che la misura del risarcimento - anche per effetto della detrazione dell'*aliunde perceptum* - non possa essere inferiore alle 5 mensilità. La riforma in commento, ha introdotto anche la precisazione della misura massima del risarcimento, stabilendo, in ordine all'entità dello stesso, che non possa superare la soglia massima delle 12 mensilità. In questo modo, il legislatore ha voluto porre un argine (ad indubbio detrimento del lavoratore ed a favore del datore di lavoro), ai rischi connessi al trascorrere del tempo. Difatti, ante riforma rimanevano a carico del datore di lavoro (in quanto danneggiante) i rischi e gli oneri connessi alle tempistiche - processuali e non - posto l'effetto *ex tunc* della condanna reintegratoria, ed il conseguente obbligo di risarcire le retribuzioni pregresse dal licenziamento fino all'effettivo soddisfo. Oltre alla reintegrazione ed al risarcimento, si prevede la condanna al versamento dei contributi dal giorno del licenziamento alla reintegra, maggiorati degli interessi legali. Una differente tipologia di tutela, viene disciplinata dal novellato comma 5 dell'art. 18 Stat. Lav. in relazione alle "*altre ipotesi*", in particolare si tratta di situazioni in cui, non siano ravvisabili gli estremi per la giusta causa o per il giustificato motivo soggettivo di licenziamento. Ciò, ovviamente, fuori dai casi di licenziamento in violazione delle regole procedurali, a cui si applica l'apposito art. 7, L. 300/70. In siffatte "*altre ipotesi*" viene previsto, per il lavoratore, il diritto alla sola tutela risarcitoria, costituita da un'indennità compresa tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita dal lavoratore. Quanto al contratto di lavoro, questo si risolve con decorrenza dall'intimazione del licenziamento. Rientra tra le suddette "*altre ipotesi*", quelle laddove si riscontri la violazione del requisito della tempestività, posto che la giurisprudenza di legittimità ha reiteratamente precisato che la tempestività costituisce un elemento costitutivo del diritto di recesso e che il differente requisito della immediatezza della contestazione, attiene invece al profilo delle regole procedurali (ex art. 7 L. 300/70). Tale impostazione è stata

¹⁴¹ disposizione alquanto sibillina, posto che da un lato pare avere riguardo alle oggettive difficoltà per il reperimento di un'altra occupazione, e dall'altro pone, in ogni caso, una presunzione di mancata attivazione in tal senso, laddove non sia lo stesso lavoratore ad ammettere lo svolgimento di un altro lavoro

però recentemente rivisitata dalla Suprema Corte¹⁴². In quest'ultima evenienza, il Giudice che accerti la violazione di regole procedurali deve dichiarare risolto il rapporto con effetto dalla data del licenziamento e condannare il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria compresa tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita dal lavoratore. Di palmare evidenza, che la sanzione de qua si applichi nel solo caso in cui venga accertata la violazione di regole procedurali, e non anche nel caso in cui il lavoratore allegghi ed il Giudice accerti unitamente alla violazione delle suddette regole, l'insussistenza del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa di licenziamento, trovando in tal caso applicazione la tutela più ampia offerta per tali ipotesi.

II.4 L'insussistenza del fatto contestato

L'articolo 18, comma 4, della legge n. 300/1970, prevede che il giudice possa annullare il licenziamento e disporre la reintegrazione nel posto di lavoro *“nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo adottati dal datore di lavoro per insussistenza del fatto contestato...”*. Atteso l'ambivalente significato che poteva attribuirsi alla locuzione di *“fatto insussistente”*, dottrina e giurisprudenza, hanno tentato di fornirne una interpretazione univoca. Il lungo dibattito¹⁴³ che ne è scaturito, si è attestato su due inconciliabili posizioni. Appare evidente, che dalla connotazione giuridica che si voglia attribuire al fatto, dipenda il perimetro del sindacato del giudice (sotto il profilo della sussistenza od insussistenza dello stesso). Prima di dare

¹⁴² Cfr. Cass. S U. n. 2513/2017, in cui a seguito delle riforme normative sul regime di tutele dei licenziamenti (Legge Fornero e Jobs Act) si reputa rilevante la qualificazione della natura formale o sostanziale del vizio del licenziamento intervenuto a causa di contestazione tardiva: la non immediatezza è un vizio procedimentale che impedisce in radice l'accertamento del giudice ma ancor prima configura un vizio sostanziale perché impedisce la valutazione dell'insussistenza del fatto

¹⁴³ la questione pur essendo rimasta tutt'ora irrisolta ha perso importanza dinnanzi alle nuove disposizioni del Dlgs. 23/2015, dove il legislatore ha avuto cura di aggiungere alla nuova disposizione normativa la locuzione *“materiale”* con il precipuo scopo di attribuire un significato dirimente al fatto contestato

conto delle due diverse tesi insistenti sull'argomento - quella limitativa del "fatto materiale" e quella estensiva del "fatto giuridico" - occorre notare che il diritto del lavoro, in materia di responsabilità disciplinare, mutua terminologia e principi propri del diritto penale. L'inciso "insussistenza del fatto" si rinviene infatti nel co. 1 dell'art 530 c.p.p. "*Se il fatto non sussiste, se l'imputato non lo ha commesso, se il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero se il reato è stato commesso da persona non imputabile o non punibile per un'altra ragione, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione indicandone la causa nel dispositivo*". Parte della dottrina¹⁴⁴ ha sottolineato l'abnorme diversità di trattamento, laddove, nel caso di responsabilità penale, il legislatore adotti, in siffatte fattispecie, un medesimo trattamento sanzionatorio, mentre nella responsabilità derivante da illecito licenziamento, ad ogni singola fattispecie corrisponde una tutela differenziata¹⁴⁵. Di converso, altra parte della dottrina, era di avviso contrario, nel presupposto che l'identità terminologica doveva ritenersi casuale. Sarebbe difatti un irragionevole disparità di trattamento, e dunque risulterebbe incostituzionale, la norma che prevedesse che l'insussistenza del fatto materiale, debba essere sanzionata con la reintegrazione debole, mentre nel caso in cui il lavoratore non lo abbia commesso (ovvero se il fatto, pur materialmente sussistente, non costituisca inadempimento), il licenziamento dovrebbe essere soggetto alla tutela obbligatoria. Ciò atteso che si versa in situazioni identiche dal punto di vista sostanziale del rapporto. In disparte tale pensiero, autorevole dottrina¹⁴⁶ sosteneva che il fatto dovesse essere inteso come quello accaduto naturalisticamente, ossia come il puro evento storico che il datore pone a

¹⁴⁴ M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri-Dalfino (a cura di), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari 2013, p. 33; Cfr. A. Marcianò, *Fatti contestati e formule assolutorie. Le ambigue soluzioni legislative in materia di licenziamento e le previsioni correlate del codice di procedura penale*, in *LG*, 2013, p. 445 e ss.

¹⁴⁵ La preminente importanza dei beni giuridici protetti dal diritto penale, avrebbe dovuto indurre almeno ad un uniforme trattamento sanzionatorio nel diritto del lavoro

¹⁴⁶ Cfr. A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro (RIDL)*, 2012, I; M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Argomenti di diritto del lavoro (ADL)*, 2013, p. 1 e ss.; 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. 107 e ss.; A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino 2012

fondamento del licenziamento. Altra parte della dottrina invece diversamente, sosteneva che il fatto - contemplato nella fattispecie normativa - oltre ad avere una consistenza materiale include altresì la qualificazione giuridica dello stesso. Talché, la fattispecie fattuale, in questo caso, diviene più complessa, dovendo ritenersi comprensiva di molteplici elementi che assurgono così ad ulteriori parametri valutativi ai fini della verifica della (in)sussistenza del fatto. Pertanto, secondo tale ultimo orientamento, il fatto inteso come “...fatto giuridico sul quale ragionare, sarebbe pur sempre inadempimento. Di conseguenza, l’insussistenza del fatto di cui al comma 4 (che garantisce ancora la tutela reale, seppure attenuata) equivarrebbe a insussistenza dell’inadempimento¹⁴⁷”. Nello stesso senso si è espressa buona parte della dottrina osservando con diversa espressione il medesimo concetto, ossia che “il fatto non sussiste quando non si è verificato o non è stato commesso dal lavoratore incolpato, ma anche quando non sia qualificabile come inadempimento (cfr. art. 1218 e art. 2016 c.c.)...¹⁴⁸”. In Particolare C. Liso, sul punto afferma che “ l’insussistenza del fatto debba ravvisarsi non soltanto quando il fatto “non sia materialmente venuto ad esistenza (o nel caso che esso non sia stato tenuto dal lavoratore incolpato), ma anche nel caso in cui il comportamento, pur venuto materialmente in esistenza e tenuto dal lavoratore incolpato, non configuri un comportamento disciplinarmente rilevante, sia per l’assenza di colpa (idem Proia al convegno tenuto in sede Cnr: non costituisce comportamento rilevante a fini disciplinari la deviazione del percorso che un autista sia stato costretto a fare sotto minaccia fisica), nonchè in ragione della assoluta mancanza di un minimo di gravità del suo comportamento (ad es. un ritardo di pochi minuti) tale da consentire di configurare l’eventuale reazione disciplinare ad esso come non preordinata alla effettiva difesa di un interesse dell’organizzazione e quindi contraria al generale principio di correttezza e buona fede”¹⁴⁹.

L’adesione alla tesi limitativa del fatto materiale avrebbe comportato per un verso alla semplificazione delle attività di accertamento delle questioni di merito,

¹⁴⁷ C. Cester, in A. Vallebona (a cura di), *L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2012, n. 1, p. 23 e ss.

¹⁴⁸ E. Ghera, in A. Vallebona (a cura di), *L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2012, n. 1, p. 41.

¹⁴⁹ F. Liso, in A. Vallebona (a cura di), *L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2012, n. 1, p. 46.

mentre, dall'atro, a livello sostanziale, ad un impoverimento dei poteri del giudice. Da altra angolazione, tale "opzione" ermeneutica, a mente della patologica lunghezza dei processi, si sarebbe dovuta riflettere sulla riduzione delle tempistiche processuali, mentre poteva far residuare dubbi circa possibili carenze sotto il profilo sostanziale del diritto. Però in questo caso alcune situazioni di indubbio rilievo giuridico sarebbero rimaste fuori dalla valutazione del giudice, con il risultato di rendere paradossale l'esito del giudizio, venendo (incidentalmente) agevolata la possibilità di licenziamenti abusivi da parte del datore di lavoro. E' il caso per esempio, di licenziamenti per colpa lieve o per fatti di modesta entità, là dove prestandosi esclusiva attenzione all'elemento oggettivo e fenomenico del fatto, ai fini dell'integrazione della fattispecie punitiva, il fatto illecito era da ritenersi comunque perfezionato. Lo stesso ragionamento vale per le ipotesi in cui il fatto non possa essere imputato al lavoratore, e ciò nonostante (essendo comunque accaduto), deve ipso iure, essere preso oggettivamente in considerazione, prescindendo da ogni altra circostanza. Appare evidente, che la tesi del fatto materiale presentava delle gravi imperfezioni di diritto sostanziale, stridendo con i "precetti nozionistici" che disegnano l'area degli obblighi del prestatore. Poteva così ben accadere, che un licenziamento seppur illegittimo, conducesse comunque alla risoluzione del rapporto di lavoro (salvo la dazione di una somma a titolo di risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 18 comma 5¹⁵⁰). Per cui anche coloro che sostenevano la tesi in parola, dovettero ammettere che la stessa vada sottoposta ad opportuni contemperamenti, quali la verifica della riferibilità della condotta al soggetto¹⁵¹, ed il raggiungimento di una soglia minima¹⁵² di rilievo giuridico, affinché potesse integrarsi una colpa idonea "a

¹⁵⁰ In passato era considerato un approdo giurisprudenziale inconcepibile

¹⁵¹ la colpa non può essere apprezzata senza tenere conto degli elementi soggettivi che la contraddistinguono (consapevolezza, intenzionalità e grado d'intensità). Cfr. R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2012, n. 4, Giuffrè, parte II, p. 1068; In tal senso cfr. A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 432.

¹⁵² M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *ADL*, 2013, osserva che essendo il fatto insussistente, geneticamente legato al giustificato motivo soggettivo, va inteso come quell'accadimento della realtà che potrebbe costituire il presupposto dell'inadempimento, se non addirittura l'inadempimento stesso

ledere in concreto l'interesse del datore alla prestazione diligente e fedele¹⁵³». Va precisato, peraltro, che all'interno della medesima corrente di pensiero che reputava che il fatto dovesse essere recepito nella sua dimensione giuridica, si nota una diversità di vedute tra coloro che assumevano il fatto come inadempimento contrattuale e coloro che invece lo ricollegavano alle previsioni degli accordi collettivi ed a quelle dei codici disciplinari¹⁵⁴. In tale ultimo caso, la connotazione del fatto giuridico - e la reintegrazione - risentono della presenza di norme negoziali che lo contemplano come fatto/condotta punibile solo con sanzioni conservative. Nella nota ordinanza del Trib. Bologna del 15 ottobre 2012¹⁵⁵, il giudice ha fornito un'interpretazione abbastanza ragionevole, osservando che “la norma in questione, parlando di fatto, fa necessariamente riferimento al cd. fatto giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell'unicum della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente all'elemento soggettivo. Né può ritenersi che l'espressione “insussistenza del fatto contestato”, utilizzata dal legislatore, facesse riferimento al solo fatto materiale, posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza e alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, atteso che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico, o addirittura privi della coscienza e volontà dell'azione”.

¹⁵³ E. Ghera, *op. cit.*, p. 41 e ss.

¹⁵⁴ G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *ADL*, fasc. 2, 2013, pp. 232-234.

¹⁵⁵ Cfr., massima in *Guida al lavoro*, n. 43/2012, p. 12 e ss., con nota critica di Pizzuti e in Mass. *Giurisprudenza del lavoro*, con nota critica di Vallebona. Nel caso, il Giudice in accoglimento del ricorso, ha disposto la reintegrazione con le tutele previste dal comma 4 dell'art. 18 Stat. lav., affermando “...che per fatto si deve intendere il fatto giuridico”. Il giudice quindi supera la nozione di fatto materiale. Contra parte della dottrina, che sostiene che si confonde il fatto materiale con la qualificazione dello stesso: il fatto c'è o non c'è. Se il fatto sussiste, non residua spazio per l'applicazione della tutela ai sensi del comma 4 dell'art. 18 Stat. Lav. altrimenti si creerebbe una situazione paradossale che obbligherebbe a ritenere insussistente un fatto inconfutabilmente sussistente.

II.5 La riconducibilità del fatto contestato ad una sanzione conservativa

L'articolo 18, comma 4, della legge n. 300/1970, prevede l'annullamento del licenziamento e la condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro, oltre che nel caso di insussistenza del fatto contestato, anche quando “...il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle tipizzazioni di giustificato motivo soggettivo e di giusta causa previste dai contratti collettivi applicabili...”. Da ciò si evince che le nozioni di giusta causa e giustificato motivo previste dal legislatore, possono essere pattiziamente estese ad altre ipotesi. E' possibile perciò distinguere, le nozioni di giusta causa e giustificato motivo, previste ex lege, da quelle espressamente individuate a livello di contrattazione collettiva. Il legislatore pur avendo fissato delle regole generali sempre cogenti, ha consentito che a livello di contrattazione collettiva o aziendale, possono essere prese in considerazione, ulteriori circostanze, la cui specifica individuazione, il legislatore rimette alle parti (per ragioni di opportunità ma soprattutto per lasciare spazio all'autonomia negoziale privata). Parte della dottrina ha ritenuto che la succitata disposizione abbia equiparato - in materia disciplinare - le regole pattizie, alla legge. Infatti com'è stato osservato, il legislatore “...pur riconoscendo il primato della legge rispetto alla contrattazione collettiva, consentiva alla prima e cioè al potere politico e istituzionale di lasciare ampi spazi al potere sindacale e alla contrattazione collettiva tanto che, a seconda dei tempi, qualche dottrina ha teorizzato una sorta di equivalenza¹⁵⁶ e fungibilità tra legge e contratto collettivo o addirittura di supplenza sindacale¹⁵⁷...” .Se per certi versi detta precisazione può risultare utile, per altri, è necessario tenere a mente il fatto che dominus del potere sanzionatorio è sempre l'imprenditore, sicché innanzi ad un qualunque tipo di infrazione disciplinare, lo stesso ha sempre la facoltà - e mai l'obbligo - di irrogare la relativa sanzione. Quello invece che l'imprenditore non poteva fare, era irrogare una sanzione più grave, rispetto a

¹⁵⁶ G. Santoro Passarelli, *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 288/2016, p. 6, laddove riporta il pensiero di G. Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato e dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova 1981, p. 259 e ss.; Cfr. anche L. Fiorillo, A. Perulli, *Le relazioni industriali*, vol. III, Giappichelli, 2014, p. 130.

¹⁵⁷ G. Giugni, *Stato sindacale, pansindacalismo, supplenza sindacale*, in *Pol. dir.*, 1970, I, p. 49 e ss.

quanto stabilito dalla legge (principio della proporzionalità della sanzione ex art. 2106 c.c.), ovvero rispetto alla previsione dei contratti collettivi o dei codici disciplinari. Ricorrendo siffatte ipotesi, una volta comunicata la volontà di voler sanzionare, scatta l'obbligo, in capo al datore di lavoro, dell'osservanza delle regole all'uopo stabilite. In primis quelle relative al tipo di sanzione che può essere irrogata, specie qualora la condotta contestata sia stata oggetto di tipizzazione in sede di contrattazione collettiva o sia stata contemplata nei codici disciplinari. La prima pronuncia, post legge Fornero, ad opera del Giudice di Bologna risale al 25 settembre 2012. Il fulcro della questione si appuntava sulla identificazione e qualificazione del fatto, al fine di evincere le tutele applicabili al caso concreto. In particolare, la vicenda processuale, prende le mosse dalla mancata custodia dell'arma da fuoco di ordinanza da parte di una guardia giurata. Alla luce del CCNL di settore, e della disciplina amministrativa, tale condotta veniva ritenuta dal datore di lavoro passibile di licenziamento per giusta causa. Il giudice, nonostante abbia ritenuto la condotta sussistente (come risultava da verbale C.d.A.), ha ugualmente disposto la reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro. La decisione ha sollevato dubbi e perplessità, atteso che secondo l'interpretazione letterale della norma, il positivo accertamento della sussistenza del fatto contestato impedirebbe a monte la possibilità di apprestare la tutela reale. L'unica chance offerta dal legislatore, una volta accertata la sussistenza del fatto, è che lo stesso sia contemplato in sede pattizia come sussumibile in una fattispecie per la quale sia prevista una sanzione conservativa. La sanzione della reintegrazione, invece, viene riservata ai casi più gravi, ed il fatto materiale "che ha determinato il licenziamento non sussiste (il fatto c'è o non c'è); mentre la sanzione viene "ridotta" ad indennità risarcitoria allorché il giudice dovrà valutare se quel fatto, pur esistente, sia tale da integrare o meno la causa legittimante il licenziamento¹⁵⁸". La tipizzazione del fatto all'interno dei CCNL, o dei codici disciplinari, pone diversi problemi applicativi. Per esempio, nel caso di lieve infrazione non tipizzata, ed infrazione di maggiore entità ma tipizzata in sede negoziale: appare evidente che l'infrazione lieve dovrebbe sempre condurre alla reintegrazione nel posto di lavoro. Infatti ai sensi dell'art. 2106 c.c., le sanzioni

¹⁵⁸ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, 1, pag. 436 e ss.

debbono sempre rispettare il principio di proporzionalità (gradualità in ordine all'infrazione commessa). Entrano di diritto, nel delicato meccanismo di tale principio, quelle condotte che, in base a scelte pattizie (o unilaterali datoriali), vengono ritenute gravi. A titolo di esempio, è il caso del controllore del traffico aereo che si distrae per pochi attimi; tale condotta seppur negligente, se fosse considerata, in un differente contesto lavorativo sarebbe stata qualificata come infrazione lieve. Per questo, in talune situazioni lavorative, appare indispensabile specificare espressamente gli ulteriori obblighi contrattuali ritenuti rilevanti, anche attraverso il rinvio alla contrattazione collettiva ed ai codici disciplinari. Resta poi al giudice, in base a tutte le circostanze del caso concreto, accertare in primis la sussistenza del fatto (e qualora sussistente), la proporzionalità della sanzione espulsiva rispetto alla condotta contestata, ma ciò tenendo obbligatoriamente conto di quanto stabilito nei CCNL applicabili e nei codici disciplinari di riferimento. Nel caso in cui il giudice ravvisi, la mancanza della proporzionalità tra la sanzione prevista in sede pattizia, e la condotta illecita, potrebbe disapplicare la norma collettiva, ma mai ignorarla. Per altro verso occorre segnalare che in realtà le norme dei CCNL e dei regolamenti disciplinari, essendo alquanto generiche, consentirebbero di poter ricondurre all'interno di ogni singola previsione una pluralità di condotte tutte potenzialmente illecite. Per questa ragione, (malgrado gli sforzi dei giudici protesi in tal senso) si lamentava una certa mancanza di omogeneità tra le varie pronunce giurisprudenziali. Tale anomalia ha contribuito a fornire un'ulteriore motivazione a quella che è stata definita una vera "rivoluzione copernicana" del diritto del lavoro¹⁵⁹, e che costituirà oggetto di disamina nel prossimo capitolo.

¹⁵⁹ Cfr. M. Persiani, *Il licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo: limiti al potere del datore di lavoro e articolazione delle tutele*, in S. Brusati, E. Gragnoli (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti - Seminario in onore di Michele De Luca*, in *Quaderni di ADL*, 2014, n. 12, p. 21, che con riferimento alla norma parla di un legislatore preoccupato ad "evitare che i giudici eccedano i limiti della loro discrezionalità, ma che potrebbe apparire anche poco fiducioso della loro prudenza"

II.6 Misura della tutela indennitaria forte e di quella debole (art. 18 comma 5° e 6°)

La tutela reintegratoria per il licenziamento illegittimo viene sostituita (nelle ipotesi previste dai commi 5 e 6 dell'art. 18 L. 300/1970) da due differenti tipologie di tutela indennitaria: quella c.d. forte, consiste nella dazione di una somma di denaro variabile da 12 a 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, mentre quella debole, invece, varia all'interno di una forbice tra le 6 e le 12 mensilità. Autorevole dottrina¹⁶⁰, facendo notare che mentre l'art. 8 della L. 604/1966 obbliga il datore a "risarcire il danno", l'eventuale rifiuto del prestatore alla riassunzione, escluderebbe l'esistenza di un danno facendo sorgere il diritto ad un'indennità. Ciò ne appaleserebbe la sua natura sanzionatoria. Da una prospettiva più macroscopica, potrebbe invece essere utile ricordare che indennizzo e risarcimento pertenevano ab origine a due aree del diritto ben diverse, l'indennizzo era una voce propria del diritto amministrativo, mentre quella del risarcimento del diritto civile. Tale netta distinzione diviene più sfumata nel diritto del lavoro, per la compresenza d'interessi pubblici accanto a quelli privati. A tal proposito autorevole dottrina afferma infatti che il diritto del lavoro si distingue dalle altre discipline giuridiche, e si ribella alla stessa partizione, (tutt'altro che netta) del diritto nei due rami del diritto pubblico e privato ad onta della ragione "dell'implicazione della persona del lavoratore nel lavoro prestato ad altri" (F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995, p. 18).

II. 7 Alcune pronunce giurisprudenziali

In tema di esonero dal lavoro per scarso rendimento (in presenza di plurimi addebiti disciplinari). Il Tribunale di Roma,¹⁶¹ riguardo ad una fattispecie di licenziamento, ha avuto occasione di precisare l'area di operatività dell'esonero per scarso rendimento rispetto ad un'ipotesi di licenziamento disciplinare. In generale, si anticipa che lo scarso rendimento, può essere integrato anche da

¹⁶⁰ Carlo Cester, in Persiani M. – Carinci F., *Trattato di diritto del lavoro (op. cit.)*, 2017

¹⁶¹ Corte d'Appello di Roma sent. n. 557/2016

pregresse condotte plurime¹⁶², mentre il licenziamento disciplinare soggiace a regole indefettibili. Qui di seguito il caso più nel dettaglio. Un lavoratore avendo subito un licenziamento, che ritiene illegittimo, adisce il giudice del lavoro esponendo di aver lavorato per alcuni anni con mansioni di operatore di servizio. La comunicazione di recesso faceva riferimento ad un'assenza ingiustificata ritenuta inesistente, posto l'assenza era necessitata a causa di un malore della propria moglie, e di ciò era stato dato tempestivo avviso telefonico all'azienda (nonché inviato il relativo certificato di pronto soccorso via fax). Contestava inoltre che il recesso datoriale avesse natura disciplinare ma che ciò nonostante non fosse stata osservata la procedura di cui all'art. 7 L. n. 300/1970 oppure all'art. 37 ss. R.D. n. 148/1931. Aggiungeva poi che il recesso era in ogni caso da considerarsi tardivo rispetto ai precedenti disciplinari. Sulla scorta di tali motivi asseriva che il fatto contestato, ossia lo scarso rendimento, fosse insussistente. Per tali motivi chiedeva quindi al giudice: in primis l'accertamento della natura disciplinare del licenziamento; la declaratoria di nullità del recesso datoriale per inosservanza delle indispensabili regole del procedimento disciplinare; ed in subordine l'accertamento dell'insussistenza del fatto addebitatogli nonché la condanna della società datrice di lavoro a reintegrarlo nel posto di lavoro ed a risarcirgli il danno pari alle retribuzioni dal licenziamento fino alla reintegrazione; in estremo subordine, chiedeva la condanna della medesima società al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso. Costituitasi in giudizio, la società contestava la fondatezza delle domande. Il Tribunale rigettava le domande e condannava il ricorrente al rimborso delle spese processuali. Il dipendente proponeva opposizione. Il giudice, la rigettava. Avverso tale sentenza il lavoratore proponeva reclamo. Il reclamante dolendosi della decisione del giudice di primo grado, riteneva la sentenza erronea atteso che: veniva esclusa la natura

¹⁶² Cfr. Cass. n. 17723/2017, in cui viene stabilito che nel caso di contestazione unitaria di una pluralità di condotte, l'infondatezza di una singola condotta non può comportare la reintegra del lavoratore per insussistenza del fatto ex art 4, ma la tutela indennitaria ex art. 5, qualora risultino sussistenti i tratti "salienti" del fatto "altrimenti opinando...sarebbe sufficiente l'infondatezza anche solo di una singola condotta (eventualmente anche la più marginale) per determinare l'obbligo della reintegrazione nel caso in cui la sanzione sia giudicata sproporzionata, soluzione che appare palesemente contraria alla ratio della novella del 2012". In senso difforme: v. Cass. n. 20545/2015, secondo cui anche la non ricorrenza di una soltanto delle condotte addebitate conduce a ritenere il fatto contestato come non sussistente

disciplinare del licenziamento; non era stata attribuita la dovuta importanza ad un giorno d'assenza ritenendola circostanza marginale; aveva omesso di rilevare il vizio di mancata preventiva contestazione, prevista dall'art. 7 L. n. 300/1970, ovvero della mancata osservanza della procedura di cui agli artt. 37 ss. R.D. n. 148/1931; ed anche omesso di considerare tardivo il licenziamento del 05/08/2014 a fronte dell'assenza ingiustificata del 19/06/2014; nonché aveva omesso di prendere in considerazione la tardività del licenziamento rispetto ai precedenti disciplinari. La Corte adita, condivideva la tesi del Giudice della prima fase secondo cui il licenziamento non aveva natura disciplinare. Il licenziamento è stato infatti intimato quale "esonero per scarso rendimento" con riferimento a numero altri precedenti disciplinari, già sanzionati in passato con multe e sospensioni varie; viene poi chiarito che l'esonero è stato comminato ai sensi dell'art. 27, comma d, R.D. 148/193; in sostanza, il giorno di assenza assume un ruolo del tutto marginale nell'economia della lettera di licenziamento, ed è richiamata solo per avvalorare la tesi della società circa lo scarso rendimento evidenziato dal lavoratore. Da ciò ne discende che non versandosi in ipotesi di licenziamento disciplinare, appaiono infondate le doglianze circa la tardività della contestazione e della violazione delle norme procedurali di cui all'art. 7 L. n. 300/1970. Tale approdo è confermato dal fatto che lo scarso rendimento non è fattispecie che si realizza con un unico atto, ma con un comportamento da valutare in un congruo arco di tempo; pertanto, se dopo l'inflizione di molteplici sanzioni disciplinari non vi sia stata reazione aziendale, non è sintomo di tolleranza, ma di valutazione sospesa in attesa dell'evoluzione successiva, come insegna la S.C., che appunto esclude l'applicabilità del limite temporale previsto dall'art. 7, ult. co. (Cass. n. 13000/1992; Cass. n. 5346/1992)¹⁶³; prive di fondamento sono le doglianze relative alla violazione della procedura prevista dall'art. 27 R.D. n. 148/1931, dal momento che il Consiglio di disciplina è un organo ormai abrogato (altrimenti non vi sarebbe la giurisdizione del giudice

¹⁶³ Tale approdo parrebbe stridere con il principio del ne bis in idem, secondo il quale qualunque tipo di condotta che sia stata già punita non può più costituire (in alcun modo) oggetto di una seconda valutazione a fini punitivi. Ciò fatta eccezione per la recidiva, posto che trattasi di fattispecie che prevede espressamente il riutilizzo di condotte già disciplinarmente punite. Secondo il giudice (che si è occupato della sentenza in esame), appare corretto estendere l'ambito di inoperatività del "ne bis in idem" anche alle condotte pregresse ai fini della valutazione dell'integrazione della fattispecie dello scarso rendimento.

ordinario) e quindi non vi è alcun onere dell'azienda di fare rapporto e nessun diritto dell'agente di essere sentito personalmente. Viene rilevato poi che ricorrente non abbia sollevato contestazioni sulle argomentazioni del Giudice della prima fase, secondo cui le reiterate violazioni sono di tale gravità e frequenza da interferire con regolare svolgimento del servizio di pubblico trasporto. Infatti dall'esame dei precedenti disciplinari emerge che il ricorrente si è ripetutamente presentato in ritardo al lavoro, oppure assentato senza avvisare, più volte creando disservizi e ciò in aperta violazione delle disposizioni dell'azienda. Tali condotte, in considerazione della loro frequenza, vanno ad incidere sia sul rendimento del lavoratore, che sul regolare servizio pubblico di trasporto, per cui sussiste il notevole inadempimento che rende legittimo il recesso per scarso rendimento. Per tutto quanto sopra esposto, il reclamo è stato ritenuto parzialmente fondato. Quanto al primo motivo il reclamante si duole dell'esclusione della natura disciplinare del licenziamento intimatogli e dell'erronea affermazione del ruolo asseritamente marginale dell'assenza del 19/06/2014. Detto motivo risulta fondato, infatti nella missiva con cui è stato comunicato il licenziamento vi è un espresso riferimento all'assenza ritenuta ingiustificata del 19/06/2014 in termini di vera e propria "mancanza", che non solo ha dato l'occasione alla società per un riesame complessivo della posizione lavorativa del reclamante, ma è altresì concorsa a fondare il giudizio complessivo di "scarso rendimento" unitamente a tutti gli altri numerosi precedenti disciplinari, l'ultimo dei quali risaliva ad ottobre 2013. In secondo luogo, anche a voler mantenere ferma la qualificazione giuridica del licenziamento in termini di "scarso rendimento", previsto dalla norma speciale di cui all'art. 27, co. 1A, lett. d), R.D. n. 148/1931, comunque non verrebbe meno la sua natura normativamente ed ontologicamente disciplinare. La norma speciale ex art. 27, cit. fa riferimento all'esonero "per scarso rendimento o per palese insufficienza imputabile a colpa dell'agente nell'adempimento delle funzioni del proprio grado". Questa assimilazione - dimostrata dalla disgiuntiva "o" - fra "scarso rendimento" e "palese insufficienza" dimostra che entrambe le fattispecie devono essere connotate da colpa dell'agente (Cass. n. 11593/1993: "Ai fini dell'esonero definitivo dal servizio degli agenti stabili dipendenti da aziende esercenti il pubblico servizio di trasporti in regime di concessione, l'art. 27, lettera d) del regolamento allegato A al R.D. 8 gennaio 1931 n. 148, prevedendo l'ipotesi dello

scarso rendimento come diversa e separata da quella concernente la malattia (lettera b, stesso art. 27) che determini inabilità al servizio, impedisce che, in sede di valutazione del comportamento del lavoratore riconducibile a detta ipotesi, (che si configura sempre che - come la palese insufficienza - lo scarso rendimento sia imputabile a colpa del lavoratore), possa tenersi conto delle diminuzioni di rendimento non imputabili ad imperizia, incapacità, atteggiamenti negligenti, ma dovute ad assenza per malattia, le quali possano rilevare solo nell'ambito di quella diversa previsione e delle correlative, speciali modalità di adozione del provvedimento di esonero"). Posto ciò la Suprema Corte di Cassazione esclude che ai fini dello "scarso rendimento" possano essere rilevanti le assenze per malattia (ex multis Cass. n. 16472/2015: "Ai fini dell'esonero definitivo dal servizio del personale autoferrotranviario, l'art. 27, lett. d), del regolamento attuativo, All. A al r.d. n. 148 del 1931, che prevede l'ipotesi dello scarso rendimento come diversa e separata da quella concernente la malattia che determini inabilità al servizio, di cui alla lett. b) dello stesso articolo, osta acchè in sede di valutazione del comportamento del lavoratore, possa tenersi conto, oltre che delle diminuzioni di rendimento determinate da imperizia, incapacità, negligenza, anche di quelle determinate da assenze per malattia, non caratterizzate da colpa, le quali possono rilevare solo nell'ambito di una diversa previsione e delle correlative speciali modalità di adozione del provvedimento di esonero". Negli stessi termini si esprime la Cass. n. 3210/1997 osservando che "Ai fini dell'esonero definitivo dal servizio degli agenti stabili dipendenti da aziende esercenti il pubblico servizio di trasporti in regime di concessione, l'art. 27 lett. d) del regolamento all. A al R.D. 1931 n. 148, prevedendo l'ipotesi dello scarso rendimento come diversa e separata da quella concernente la malattia (lett. b, stesso art. 27) che determini inabilità al servizio, impedisce che, in sede di valutazione del comportamento del lavoratore riconducibile a detta ipotesi, possa tenersi conto, oltre che delle diminuzioni di rendimento determinate da imperizia, incapacità, negligenza, anche di quelle determinate da assenze per malattia, atteso che queste ultime possono rilevare solo nell'ambito di una diversa previsione e delle correlative, speciali modalità di adozione del provvedimento di esonero¹⁶⁴". Se allora è necessaria la colpa ai fini dell'integrazione della fattispecie,

¹⁶⁴ In maniera conforme cfr. Cass. n. 8633/2000

deve concludersi che si tratti di un vero e proprio addebito che può muoversi al dipendente in termini di rimprovero, quindi di un'infrazione connotata in termini di illecito disciplinare. Proprio in quest'ottica la Suprema Corte di Cassazione, sia pure in un'isolata pronunzia, dopo aver confermato la natura disciplinare del licenziamento "per scarso rendimento", ha affermato la conseguente necessaria applicazione dell'art. 7 L. n. 300/1970 (Cass., 17/05/2005, n. 10303: "In tema di garanzie per i procedimenti disciplinari nel rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri, l'interpretazione dell'art. 32 del c.c.n.l del 23 luglio 1976 compiuta dal giudice di merito, secondo cui fra i compiti conservati alle strutture sindacali oppure alle associazioni firmatarie del suddetto contratto collettivo... è compresa l'assistenza del lavoratore in caso di incolpazione disciplinare - nella specie esonero del lavoratore per "scarso rendimento " - è illegittima per violazione di norme di diritto, non tenendo conto dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori (applicabile ai rapporti in argomento non potendo la specialità dello stesso prevalere a fronte delle garanzie costituzionalmente rilevanti previste dagli artt. 4 e 36 Cost.), che ha previsto una garanzia più ampia rispetto a quella delle suddette norme contrattuali. La Suprema Corte aveva affermato che "l'esonero per scarso rendimento ha carattere di misura di organizzazione più che sanzionatoria di un comportamento del lavoratore". Tuttavia quell'affermazione era prettamente strumentale alla ritenuta inapplicabilità dell'art. 7 L. n. 300/1970, che qui viene comunque condivisa, poiché la natura disciplinare del licenziamento "per scarso rendimento" ai sensi dell'art. 27 R.D. cit. non determina necessariamente l'applicazione dell'art. 7 L. n. 300/1970. Peraltro ammettere la natura ontologicamente disciplinare dello "scarso rendimento" non implica la violazione del ne bis in idem, qualora - come nella specie - quel giudizio sia ancorato ad una pluralità di illeciti disciplinari passati. In tal caso, infatti, la nuova ed autonoma rilevanza disciplinare sta nella dimensione collettiva dei comportamenti passati, che proprio in tale loro considerazione complessiva giustificano quella tipica valutazione di incidenza negativa sull'utilità della prestazione lavorativa del dipendente per l'attività svolta dal datore di lavoro. In tal senso, gli illeciti disciplinari passati diventano rilevanti non per la sola condotta da cui ciascuno di loro risulta integrato, ma per il risultato negativo che hanno complessivamente prodotto - pur sempre per colpa del dipendente - sull'attività d'impresa. Con il secondo motivo il reclamante lamenta l'omesso rilievo del vizio di mancata

preventiva contestazione, prevista come necessaria dall'art. 7 L. n. 300/1970, ovvero dalla procedura di cui agli artt. 37 ss r.d. n. 148/1931, non avendo la società contestato a lui preventivamente l'addebito. Detto motivo viene ritenuto parzialmente fondato. Secondo la Corte, infatti, le garanzie procedurali di cui all'art. 7 L. n. 300/1970 possono trovare applicazione solo in via sussidiaria, ossia per colmare eventuali lacune del R.D. n. 148/1931, quale fonte speciale, e pur sempre nei limiti della compatibilità. E' questo, infatti, il tipico rapporto tra fonti normative diverse rette dal criterio di specialità. Orbene, nel caso in esame il procedimento che sarebbe stato doverosamente da osservare è quello previsto dagli artt. 53 ss. R.D. n. 148/1931, secondo cui è necessaria la preventiva contestazione dell'addebito, nella specie, invece, mancata. Desumere dall'avvenuta abrogazione dell'organo "consiglio di disciplina" l'inapplicabilità del predetto procedimento - come ritenuto erroneamente dal Tribunale, peraltro invocando Cass. sez. un. n. 460/2005 che si era limitata a pronunciare sulla questione di giurisdizione - significa violare elementari regole di "civiltà giuridica", su cui da tempo, ormai, insiste la Corte Costituzionale (C. Cost. n. 204/1982, C. Cost. n. 427/1989 e tante altre successive). Peraltro, che queste fossero regole "minime" era un'esigenza avvertita già nell'anno 1931, dal momento che il legislatore dell'epoca (R.D. n. 148/1931) aveva previsto sostanzialmente un procedimento (ricordato pure dal Tribunale nella sentenza impugnata) incentrato sul previo contraddittorio con l'interessato, qualora quest'ultimo ne avesse fatto richiesta, e ciò presupponeva proprio che l'agente fosse stato messo previamente a conoscenza della volontà aziendale di risolvere il rapporto di lavoro. Alla luce di tali considerazioni, questa Corte ritiene che la natura ontologicamente e normativamente disciplinare del recesso datoriale "per scarso rendimento", previsto dall'art. 27 R.D. cit., non imponga affatto l'applicazione integrale e diretta dell'art. 7 L. n. 300/1970. Ed infatti, la Suprema Corte di Cassazione ha escluso che "le leggi generali sul rapporto di lavoro subordinato privato abbiano abrogato implicitamente le disposizioni della disciplina speciale" ed ha affermato che deve "invece trovare applicazione il principio secondo cui la legge posteriore di carattere generale non comporta l'abrogazione della legge speciale anteriore. Siffatto approccio disciplinare ... appare particolarmente pertinente a ciò che riguarda la disciplina delle sanzioni disciplinari degli autoferrotranvieri, anche quanto alle relative procedure di irrogazione. Peraltro le lacune o le imprecisioni

interpretative vanno colmate, attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme (cfr. ad es. Cass. 10 luglio 2012 n. 11543), che potrebbe giungere ad una interpretazione estensiva o ad una integrazione analogica. Solo al termine di una siffatta analisi, che il giudice compie in stretto riferimento al concreto comportamento seguito dall'amministrazione nell'irrogazione della sanzione, sarà possibile individuare i punti di inconciliabile frizione della disciplina speciale rispetto a principi generali dell'Ordinamento - nello specifico quello del contraddittorio, essenziale in una materia in cui l'equilibrio di forze tra le parti è fortemente alterato a vantaggio del datore di lavoro - da sottoporre eventualmente al vaglio di costituzionalità della Corte costituzionale ..." (Cass. n. 5551/2013: il caso sottoposto alla S.C. verteva proprio sul recesso per scarso rendimento di un agente appartenente al settore autoferrotranviario). Con altro motivo il reclamante si duole dell'omessa considerazione della tardività del licenziamento del 05/08/2014 a fronte dell'assenza ingiustificata del 19/06/2014, che comunque non era stata tale, come ammesso dalla stessa società. Il motivo è infondato, dal momento che il licenziamento non è stato ancorato a quest'assenza asseritamente ingiustificata, bensì allo "scarso rendimento" complessivamente considerato alla luce di tutti i numerosi precedenti disciplinari. Con altro motivo l'Ac. addebita al Tribunale l'omessa considerazione della tardività del licenziamento rispetto ai precedenti disciplinari. Anche tale motivo viene ritenuto infondato: l'ultimo precedente disciplinare (prima di quello di giugno 2014) risale ad ottobre 2013 e pertanto il lasso temporale fino a giugno 2014 non è di ampiezza tale da integrare una possibile rinuncia (tacita) del datore di lavoro alla predetta facoltà di riesame, finalizzata all'individuazione dell'eventuale "scarso rendimento" (poi in concreto ravvisato). Il reclamante poi si duole dell'errata valutazione di quei precedenti disciplinari come integranti una grave violazione degli obblighi di diligenza. Il motivo viene reputato infondato, posto che è sufficiente ribadire la indubbia rilevanza di tutti quei fatti puniti con sanzioni (peraltro non impugnate dall'interessato.). Quindi il precedente giudizio di disvalore viene integralmente condiviso da questa Corte. L'ultimo profilo della controversia, attiene alle conseguenze della ritenuta natura disciplinare dell'esonero "per scarso rendimento" e della (non contestata) violazione delle garanzie procedurali di cui al R.D. n. 148/1931, art. 53 ss. Viene sul punto ribadito che l'assenza di un giorno non sia stata rilevante come fatto disciplinare a

sé stante, atteso che la società non vi abbia dato alcun peso autonomo, considerandola come mera occasione per riesaminare tutta la posizione lavorativa del dipendente. Infatti, nella relativa missiva si fa riferimento a "tali mancanze", ossia a tutte quelle analiticamente indicate, che risalivano al periodo precedente, l'ultima delle quali ad ottobre 2013. Dunque tutti i fatti (ad eccezione di quello della singola assenza), oggetto di rilievo disciplinare in termini di "scarso rendimento", devono dirsi sussistenti (anche perché non contestati dall'interessato. nel loro accadimento storico, né nella loro rilevanza disciplinare, dal momento che nessuna delle relative sanzioni è stata impugnata). Accertato che il fatto di "scarso rendimento" sussiste, ma sono state violate soltanto le garanzie procedurali, le conseguenze sono quelle previste dall'art. 18, co. 6A, L. n. 300/1970 così come novellato dalla L. n. 92/2012, ossia la declaratoria di risoluzione del rapporto di lavoro alla data del licenziamento e la condanna del datore di lavoro al pagamento dell'indennità risarcitoria da sei a dodici mensilità, secondo il criterio della gravità della violazione formale o procedurale accertata. Non sussistono gli estremi per ritenere il licenziamento ingiustificato (art. 18, co. 6), poiché le valutazioni espresse dal Tribunale sul punto sono condivise dalla Corte adita. La Corte d'Appello in riforma della sentenza impugnata e in parziale accoglimento dell'opposizione, dichiara risolto il rapporto di lavoro fra le parti e condanna Ro. scarl a pagare ad Ac.Fe. un'indennità risarcitoria pari a dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Sempre in tema di scarso rendimento, e di sanzioni disciplinari, la Suprema Corte, ha di recente avuto occasione di rivisitare¹⁶⁵ l'istituto dello scarso rendimento, che pur essendo una situazione di tipo oggettivo, può configurarsi anche con plurime condotte inadempienti (ascrivibili soggettivamente al lavoratore), ma soltanto nel caso in cui dette condotte non siano già state oggetto di precedente sanzione disciplinare, altrimenti si otterrebbe una duplicazione sostanziale di effetti già esauriti. Il ricorrente ha dedotto che le sanzioni disciplinari irrogate non potevano costituire di per sé ragione di esonero, dovendo essere accertata in via prioritaria la effettiva insufficienza della prestazione del dipendente sia sul piano qualitativo che su quello quantitativo, indagine omessa dalla Corte di merito, con conseguente insufficienza della motivazione.

¹⁶⁵ Cass. sent. n. 3855/2017. Conforme Cass. n. 16472/2015; Cass. n. 17436/2015; difforme: Corte d'Appello di Roma 1° febbraio 2016, n. 557.

Le sanzioni disciplinari potevano al più essere richiamate a supporto di tale insufficienza; esse in sé trovavano la loro sede di disciplina nel titolo 6 del regolamento allegato al R.D. n. 148 del 1931, in particolare, nell'art. 45, prevedente la destituzione. La affermata gravità della inadempienza non era presupposto costitutivo dell'esonero per scarso rendimento, come assunto dal giudice di merito, posto che tale connotazione sussisteva anche per le fattispecie che giustificavano la destituzione; l'esonero ex art. 27, lett. d) derivava, piuttosto, dalla incidenza della condotta del lavoratore sulla organizzazione del datore di lavoro sicché doveva essere accertato che tale condotta avesse prodotto riflessi negativi sulla regolarità del servizio e sul buon nome della azienda. In mancanza di una motivazione circa la diversità tra la grave inadempienza giustificante la destituzione e lo scarso rendimento a fondamento dell'esonero sussisteva il vizio di non corretta interpretazione del R.D. n. 148 del 1931, art. 27. Il giudice del merito aveva attribuito all'esonero per scarso rendimento la natura di sanzione disciplinare ed, accertata la colpa, ne aveva fatto discendere una sorta di presunzione assoluta della incidenza negativa della condotta del dipendente sulla organizzazione del datore di lavoro. Il ricorrente ha lamentato la non condivisibilità della conclusione della Corte di merito secondo cui l'esonero per scarso rendimento è solo quello colpevole, evidenziando come lo scarso rendimento poteva anche prescindere dalla condotta colpevole del lavoratore (scarso rendimento oggettivo), essendo, piuttosto, determinante la inadeguatezza della prestazione di lavoro rispetto agli standard minimi imposti dalla azienda. Viene dunque assunta la violazione dell'art. 2697 cc., per avere il giudice dell'appello esonerato il datore di lavoro, in conseguenza della accertata gravità della inadempienza, dall'onere di provare la insufficienza del rendimento della prestazione. Inoltre veniva contestato che la condotta del prestatore di lavoro andava a detrimento anche sulla corretta esecuzione del servizio pubblico di trasporto che la azienda era obbligata a garantire. Pertanto la insufficienza della prestazione rispetto agli standard minimi, il disagio per gli utenti ed il discredito per la azienda avrebbero dovuto essere rigorosamente provati. In via gradata chiedeva, di volere intendere lo scarso rendimento come ipotesi di licenziamento disciplinare, la denunciata assenza di prova della incidenza negativa della condotta del dipendente sulla organizzazione aziendale avrebbe reso quindi insufficiente la motivazione sul punto della proporzionalità della sanzione.

Nessuna rilevanza sotto tale profilo poteva riconoscersi alla mancata impugnazione delle sanzioni disciplinari, pure evidenziata dal giudice dell'appello, condotta che poteva dipendere dalle ragioni più varie e che comunque non era definitiva, per non essere decorso il termine di prescrizione. In ogni caso, nelle note illustrative ed in sede di appello egli aveva contestato le sanzioni disciplinari a supporto dall'esonero dal servizio ed aveva rilevato che la stessa azienda ben avrebbe potuto provvedere alla destituzione del dipendente, contestandogli la recidiva. La Corte territoriale non aveva risposto a tali censure, in quanto non aveva operato alcuna considerazione delle sanzioni erogate né aveva considerato che si trattava di sanzioni minori e di due soli provvedimenti di sospensione (rispettivamente di uno e di due giorni). Il ricorso è fondato. In punto di diritto si premette che l'esonero definitivo dal servizio per scarso rendimento previsto dall'art. 27, lett. d) dell'allegato A al R.D. n. 148 del 1931 si connota per un duplice profilo, oggettivo e soggettivo: - Sul piano oggettivo per un rendimento della prestazione inferiore alla media esigibile. - Sul piano soggettivo per la imputabilità a colpa dell'agente. Nella più recente giurisprudenza di questa Corte, la nozione di "scarso rendimento" di cui all'art. 27, lett. d) del regolamento allegato A al R.D. n. 148 del 1931 è stata legata ad un inadempimento del lavoratore che abbia carattere notevole e sia a lui imputabile. In particolare, in Cass. nr. 16472/29015 e nr. 17436/2015, trovasi ribadito che lo scarso rendimento, diversamente dalle assenze per malattia, "è caratterizzato da colpa del lavoratore". Deve dunque considerarsi ormai superato il diverso indirizzo, espresso nella pronuncia di questa Corte nr. 10286/ 1996, secondo cui lo scarso rendimento rileva indipendentemente dalla sua imputabilità a colpa del lavoratore. Del resto, pronunziandosi nel senso della irrilevanza ai fini della integrazione dello scarso rendimento delle assenze per malattia del dipendente, la giurisprudenza largamente maggioritaria di questa Corte aveva già in precedenza affermato che la previsione congiunta, all'art. 27, lett. d, dello scarso rendimento e della palese insufficienza imputabile a colpa dell'agente induce a ritenere implicita nel primo l'imputabilità (Cass. nr. 10617/1997; 3210/1997; 10075/1993; 11593/1993) e che l'esonero per scarso rendimento di cui al cit. art. 27, lett. b è, in sé, collegato in modo imprescindibile ad un fatto risalente alla condotta negligente dell'agente, lesiva di obblighi contrattuali (Cass. nr. 3060/1990). Da tali principi la Corte di merito non si è discostata nella sentenza impugnata avendo

affermato, nello svolgimento complessivo dell'iter argomentativo: che lo scarso rendimento può consistere nella inadeguatezza qualitativa o quantitativa della prestazione; che a tali fini deve tenersi conto delle sole diminuzioni di rendimento determinate da imperizia, incapacità e negligenza (e non anche di quelle determinate, nella fattispecie di causa, dalle assenze per malattia e permessi); che deve trattarsi di grave inadempienza. Il ricorso è, tuttavia, fondato e merita accoglimento nel punto in cui denuncia la violazione dell'art. 27 del regolamento attuativo allegato A) al R.D. n. 148 del 1931 per avere la Corte di merito individuato una fattispecie di scarso rendimento in ragione del cumulo di sanzioni disciplinari (in numero di ventidue) irrogate al dipendente. Deve in questa sede confermarsi l'orientamento già espresso da questa Corte (Cass. nr. 16472/2015; nr. 17436/2015) secondo cui lo scarso rendimento non può essere di per sé dimostrato dai plurimi precedenti disciplinari del lavoratore già sanzionati in passato, salvo volere ammettere una indiretta sostanziale duplicazione degli effetti di condotte ormai esaurite. Nel caso de quo deve pertanto trovare applicazione il divieto, (reiteratamente confermato dalla Corte di Cassazione), di esercitare due volte il potere disciplinare per lo stesso fatto sotto il profilo di una sua diversa valutazione o configurazione giuridica (ex plurimis: Cass. sez. lav. n. 22388/2014¹⁶⁶). Sulla scorta di tali motivazioni la sentenza è stata quindi cassata e gli atti re-inviati alla Corte di appello di Roma. Ebbene, l'istituto in parola ha da sempre mostrato un carattere "anfibo", ma solo a partire dalla pronuncia della Cass. n. 14758/2013, la nozione di scarso rendimento è stata connessa ad un "inadempimento del lavoratore che abbia carattere notevole e sia a lui imputabile" e che si sostanzia in una prestazione lavorativa inadeguata qualitativamente o quantitativamente dovuta ad imperizia, incapacità o negligenza. Lo scarso rendimento viene perciò collocato tra le cause di licenziamento c.d. ontologicamente disciplinare, a cui sono ricondotte le previsioni normative del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo. In siffatta prospettiva, deve quindi escludersi la possibilità della riconduzione dello scarso rendimento al giustificato motivo oggettivo di licenziamento, eccezion fatta, per le sole "circostanze oggettive idonee a determinare la perdita di interesse del datore

¹⁶⁶ Cfr. Cass. 13462/14; Cass. n. 22388/2014; Corte EDU, che con sentenza 4 marzo 2014, (Grande Stevens ed altri contro Italia) afferma la portata generale, estesa a tutti i rami del diritto, del principio di divieto del "ne bis in idem"

di lavoro alla prestazione e che siano estranee alla sfera volitiva del soggetto tali da non poter configurare, nella sostanza, un inadempimento comunque imputabile¹⁶⁷”. Nel caso di specie, viene sottolineato, che le pregresse condotte disciplinari qualora siano già stato oggetto di sanzione, non possono essere considerate ai fini della ricostruzione di una situazione di scarso rendimento. Tali condotte essendo state già punite non possono essere “ri-utilizzate” giudizialmente. Posto che così facendo si incorrerebbe nella violazione della regola procedurale del ne bis in idem.

In tema di licenziamento disciplinare in presenza di norme pattizie - Una recente sentenza della Suprema Corte¹⁶⁸ costituisce l’ennesima conferma del consolidato orientamento giurisprudenziale sull’argomento. Si trattava, in particolare, di una vicenda processuale relativa ad un lavoratore licenziato per motivi disciplinari, che venivano in tal modo contestati “nella sua qualità di tecnico reperibile e responsabile dell’emergenza, si era rifiutato di attivarsi a fronte di due successive sollecitazioni di intervento per un calo di pressione e fuga di gas”. Il giudice di prime cure rigettava l’impugnativa di licenziamento disciplinare, mentre la Corte d’appello (di Potenza), riformando la sentenza del tribunale, dichiarava illegittimo il licenziamento e condannava la società a reintegrarlo nel posto di lavoro nonché a corrispondergli l’indennità risarcitoria prevista dall’art. 18 L. 300/1970. La Corte d’appello, nell’accogliere le doglianze del lavoratore, recepiva e condivideva quanto sostenuto dalla difesa ovvero l’assunto secondo il quale l’art. 55 CCNL settore Energia e Petrolio prevede, l’irrogazione di una sanzione conservativa qualora difetti (come nel caso di specie) l’ipotesi della recidiva. Rivolgendosi al giudice delle leggi la società affidava il gravame a diverse motivazioni, tra cui si segnala per interesse, il secondo ed il quarto motivo. Più nello specifico con il secondo motivo viene lamentato di non aver ritenuto il giudice d’appello, la condotta addebitata al lavoratore tale da integrare “non una grave infrazione alla diligenza nel lavoro, ma soltanto un pregiudizio alla

¹⁶⁷ Cfr. Cass. n. 23735/2016, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2017, n. 4, p. 336 e ss., con nota di A. Ventura, *Lo scarso rendimento quale giustificato motivo soggettivo di licenziamento*; sulle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo per fatti riconducibili al lavoratore - Cfr. *amplius* F. Lunardon - F. Santini, *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, Vol III - *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di M. Miscione, Giappichelli, Torino 2007, p. 264 e ss.

¹⁶⁸ Cass. Sez. Lav. n. 7166/2017

sicurezza di persone e impianti”, per cui asseriva, sul punto l’intervenuta violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 115 e 116 c.p.c. e degli artt. 1455, 2014, 2016 e 2119 c.c.. Con il quarto motivo si duole e contesta l’avvenuta violazione e falsa applicazione “ di svariate norme di legge e, in particolare dell’art 55 CCNL settore Energia e Petrolio nella parte in cui la sentenza impugnata ha ritenuto che la condotta del lavoratore non configurasse l’ipotesi di grave infrazione alla diligenza sul lavoro o grave nocimento morale” (la cui misura sanzionatoria prevista è il licenziamento), ma solo un “pregiudizio alla sicurezza di persone e impianti”, che in assenza di recidiva comporta l’irrogazione di una sanzione di tipo conservativo. Il giudice ritiene di affrontare preliminarmente le questioni avanzate con il quarto motivo, essendo dirimenti. Nell’occasione ricorda che essendo la giusta causa ed il giustificato motivo, nozioni legali, la previsione della contrattazione collettiva non può vincolare il giudice di merito. Afferma inoltre che quest’ultimo deve “...controllare la conformità delle pattuizioni collettive disciplinari a quanto disposto dall’art. 2106 c.c. e rilevare le nullità di quelle che prevedono come giusta causa o giustificato motivo di licenziamento condotte per loro natura assoggettabili, ex art. 2106 c.c. solo ad eventuali sanzioni conservative. Al giudice invece è preclusa l’attività inversa ossia quella di estendere il novero delle fattispecie di giusta causa o di giustificato motivo di licenziamento “...oltre quanto stabilito dall’autonomia delle parti¹⁶⁹”. A seguito di tale verifica, esclusa quindi la nullità delle clausole del contratto collettivo, una volta ritenuto che l’infrazione sia astrattamente suscumbibile come giusta causa o giustificato motivo di recesso, il giudice deve valutare la gravità degli addebiti mossi secondo le regole già consolidate dalla giurisprudenza di questa corte¹⁷⁰.

Sempre in tema d’interpretazione di clausole collettive si segnala un’altra pronuncia¹⁷¹, la quale viene resa più complessa dalla presenza di altre questioni

¹⁶⁹ Cfr. Cass. n. 4546/13; Cass. n. 13353/11; Cass. n. 19053/95; Cass. 1173/96

¹⁷⁰ Cfr. Cass. 2013/12; Cass. n. 2906/05; Cass. n. 16260/04; Cass. n. 5633/01 nelle citate pronunce appare indefettibile che gli addebiti (da apprezzarsi in concreto) siano tali da compromettere irrimediabilmente l’elemento essenziale della fiducia e che perciò la condotta del dipendente sia idonea a porre in dubbio la futura correttezza del suo adempimento, in quanto sintomatica...rispetto all’adempimento dei futuri obblighi lavorativi

¹⁷¹ Cass. n. 5693/2017

vertenti sul rispetto delle regole procedurali disciplinari, poste a garanzia della trasparenza necessaria al corretto esercizio del potere in capo al datore di lavoro. Nella vicenda si controverte inoltre, su una questione che involge l'indefettibile principio della proporzionalità della sanzione. La pronuncia de qua prende le mosse dalla sentenza del tribunale di Cagliari che decideva di dichiarare giustificato un licenziamento di un capo redattore di una testata giornalistica, il quale aveva "...inventato ad arte una notizia pubblicata sull'omonimo giornale quotidiano e le relative e-mail che la contenevano". La Corte d'appello di Cagliari, in sede d'impugnazione, confermava la pronuncia del giudice di prime cure, osservando che il dipendente aveva posto in essere una condotta gravemente colpevole costituente una giusta causa di recesso datoriale, contravvenendo all'obbligo primario di ogni giornalista, ovvero quello "di accertarsi della verità dei fatti". Atteso inoltre che l'art. 50 CCNL del settore giornalistico prevede che prima dell'espulsione deve essere acquisito il parere (sebbene non vincolante) del direttore di testata, la Corte d'appello riteneva che tale parere fosse stato comunque espresso. Infatti il direttore con dichiarazione pubblicata il medesimo giorno della contestazione disciplinare scusandosi con i lettori per la notizia non veritiera, comunicava pubblicamente la decisione dell'azienda di avviare un procedimento disciplinare nei confronti del giornalista responsabile. In aggiunta risulta che il direttore con apposita nota (trasmessa all'editore un giorno prima della contestazione dell'addebito all'interessato), avesse proposto la sanzione del licenziamento nei confronti del capo redattore responsabile. Detta nota peraltro non potrebbe ritenersi tardiva ex art. 421 c.p.c., dato che in presenza di elementi di prova il giudice ha la facoltà di ammettere d'ufficio nuovi mezzi istruttori e ciò a prescindere da eventuali decadenze e preclusioni. Il dipendente, contestava anche in Cassazione, l'interpretazione degli artt. 6, 34 e 50 CCNL di settore, sostenendo che il giudice d'appello avesse erroneamente escluso che il licenziamento "fosse condizionato alla proposta del direttore della testata e al parere del comitato di redazione, e che la dichiarazione pubblicata sul quotidiano, ammesso che sia ascrivibile al direttore, poteva semmai significare che quest'ultimo fosse stato informato dell'avvio del procedimento disciplinare. Inoltre, lamentava che la nota con cui il direttore proponeva il licenziamento del dipendente era priva di valore in quanto prodotta tardivamente (e per giunta ne contestava l'autenticità). Da ultimo contestava la ritenuta proporzionalità della

sanzione espulsiva rispetto all'infrazione commessa. Asseriva infatti che il CCNL prevedesse come ipotesi di licenziamento "la violazione del divieto di concorrenza ai danni del proprio editore o della testata", in tale prospettiva la Corte doveva - secondo lo stesso - considerare detta clausola almeno quale parametro di valutazione della condotta. A rafforzare la tesi del mancato rispetto della proporzionalità faceva notare che fosse stato altresì omesso di ridimensionare la portata giuridica della notizia, trattandosi di notizia di scarsa rilevanza. Peraltro il ricorrente assumeva poi l'assenza dall'elemento soggettivo dell'intenzionalità della condotta. La Suprema Corte, non condivide le censure mosse dal lavoratore, in particolare, quanto alla mancata affissione del codice disciplinare (ex art. 7, co. 1, L. 300/1970), si ribadisce che questa può rilevare solo allorquando si controverta su ipotesi di giusta causa o giustificato motivo previste dal CCNL o poste dal datore di lavoro, e giammai quando si tratti di "...situazioni giustificative del recesso previste direttamente dalla legge o manifestamente contrarie all'etica sociale o violazioni dei doveri fondamentali connessi al rapporto di lavoro¹⁷²". Quanto all'asserito difetto di proporzionalità, la Corte d'appello si è attenuta al consolidato orientamento di questa Corte, secondo il quale è necessario un giudizio specifico in base alle circostanze del caso concreto "...all'entità della mancanza nei suoi diversi profili, alla natura delle mansioni svolte, all'intensità dell'elemento intenzionale o al grado di quello colposo¹⁷³". Nel caso veniva ravvisata la presenza di una pluralità di condotte gravemente negligenti che denotavano palesemente la trascuratezza nell'indispensabile riscontro di veridicità della notizia. Ciò in aperta violazione del dovere fondamentale della professione di giornalista. Quindi va disattesa la censura sulla mancanza di proporzionalità della sanzione rispetto all'art. 50 CCNL, posto che la predetta grave negligenza è idonea a ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario, specie rispetto all'aspettativa della correttezza nello svolgimento delle future prestazioni lavorative. La Corte da ultimo precisa che riguardo al profilo del rispetto dell'art. 7, co. 1, L. 300/1970, il comunicato pubblicato sul quotidiano ad opera del "diretto-re "...se letto nella sua interezza, dà conto non solo dell'avvenuta partecipazione al Direttore della volontà aziendale di dare inizio ad un procedimento disciplinare...ma anche di una

¹⁷² Cfr. Cass. n. 4778/2004

¹⁷³ Cfr. Cass. n. 2013/2012

delibazione, da parte dello stesso Direttore, della peculiarità del caso e della sua gravità...”.

In tema di rapporto tra eccezione d’inadempimento e procedimento disciplinare

La Suprema Corte¹⁷⁴ ha di recente osservato - seppur all’interno di una fattispecie di licenziamento per motivo oggettivo - che non ricorre un’ipotesi d’inadempimento disciplinarmente¹⁷⁵ rilevante, allorquando sia, ancor prima, configurabile un’eccezione di inadempimento ai sensi dell’art. 1460 c.c.. La vicenda: la Corte d’Appello di Roma, con sentenza n. 6914/2014, rigettava l’appello principale di...nei confronti della società...e accoglieva l’appello incidentale di quest’ultima, entrambi proposti avverso la sentenza n. 15517/2012, e per l’effetto rigettava le domande del lavoratore. Il Tribunale di prime cure aveva dichiarato l’illegittimità del licenziamento intimato al dipendente e per l’effetto aveva condannato la società datrice di lavoro a corrispondergli una somma pari a 15 mensilità di retribuzione globale di fatto, ed al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento alla data di preposizione della domanda, nonché alla refusione delle spese di lite. Il lavoratore operava dal 10 dicembre 2006 all’interno dell’aeroporto con mansioni di operatore basico. A seguito del ritiro del tesserino aeroportuale da parte della polizia giudiziaria, la società preso atto del ritiro gli aveva comunicato la sospensione con effetto immediato della prestazione lavorativa. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo era stato in ragione della sopravvenuta impossibilità di poter effettuare la prestazione lavorativa e non potendo ricollocare il prestatore in mansioni equivalenti. Il Tribunale non ritenendo assolto l’obbligo di *repechage*, respingeva la richiesta relativa al pagamento delle retribuzioni nel periodo di sospensione e accoglieva la domanda di condanna dell’indennità sostitutiva della reintegra. La Corte d’Appello richiamava l’art. 1460 c.c. e affermava che non si verteva in ipotesi di impossibilità temporanea della prestazione tutelata dalla L. ex art. 2110 c.c.; che dopo un anno dal ritiro del tesserino il mancato interesse alla prosecuzione del rapporto di lavoro era conforme ai parametri di cui alla L. n. 604/1966, articolo 3. Riteneva quindi, assolto l’onere probatorio in relazione al *repechage*. Per la cassazione della sentenza di appello ricorre il lavoratore prospettando due motivi di ricorso.

¹⁷⁴ Cass. sent. n. 16388/2017

¹⁷⁵ escludendosi così “la natura disciplinare della sospensione”

Resiste la società con controricorso e memoria. Con il primo motivo di ricorso è dedotta la violazione o falsa applicazione della L. 300/1970, articolo 7 e dell'art. 38 CCNL del personale di terra, in relazione all'art. 360 c.p.c. comma 1, n. 3. Si duole, infatti il lavoratore che il provvedimento cautelare può legittimare oltre alla sospensione dell'attività lavorativa anche quella della controprestazione retributiva solo se quest'ultima è convenzionalmente prevista. Diversamente va corrisposta la retribuzione in relazione al perdurare del rapporto di lavoro...omissis. Il motivo non è fondato. Il recesso di cui è causa risulta intimato per impossibilità sopravvenuta della prestazione, dopo la sospensione del rapporto di lavoro di circa un anno in conseguenza del provvedimento di ritiro della tessera di accesso all'area aeroportuale in possesso del lavoratore, documento essenziale per lo svolgimento del lavoro. Non si tratta, pertanto di un licenziamento disciplinare ma di un recesso intimato in conseguenza dell'accertata impossibilità sopravvenuta allo svolgimento della prestazione convenuta contrattualmente, in virtù di un provvedimento non emesso dal datore di lavoro ed estraneo alla sua sfera di influenza, come il rilascio del tesserino di accesso all'area aeroportuale (Cfr. Cass. 19613/2014)¹⁷⁶. Quanto alla mancata corresponsione delle retribuzioni nel periodo di sospensione, occorre ricordare che in precedenza (Cass. n. 17353/2012¹⁷⁷) ha ritenuto che nel contratto di lavoro – ove le prestazioni siano corrispettive – e ciascuna parte può ricorrere all'eccezione di inadempimento prevista dall'art. 1460 c.c., qualora l'altra parte non esegua la prestazione contrattualmente stabilita. In tal caso si esclude che "...all' inadempienza del lavoratore il datore di lavoro possa reagire solo con sanzioni disciplinari o, al limite, con il licenziamento, oppure col rifiuto di ricevere la prestazione parziale a norma dell'art. 1181 c.c. e con la richiesta di risarcimento". Quindi dinanzi ad un inadempimento della prestazione lavorativa il datore di lavoro non è tenuto al pagamento delle retribuzioni ove ricorrano le condizioni dell'articolo 1460 c.c.. Pertanto, la Corte d'Appello adita ha escluso la natura disciplinare della sospensione da cui ne discende l'inapplicabilità della relativa disciplina legale e convenzionale, pertanto ha ritenuto confacente l'applicazione convenzionale, pertanto ha ritenuto confacente l'applicazione "...dell'art. 1460 c.c. e della Legge n. 604/1966, articolo 3 ritenendo non dovuta la retribuzione durante il periodo di

¹⁷⁶ Cfr. Cass. 19613/2014

¹⁷⁷ Cass. n. 17353/2012

sospensione del rapporto, escludendo che si vertesse in ipotesi in cui la sospensione è tutelata dalla legge, quale la malattia, e ritenendo legittimo il recesso”.

CAPITOLO 3 - LE CONSEGUENZE DEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE ILLEGITTIMO ALLA LUCE DEL D.LGS. N. 23/2015

III.1 Gli obiettivi del c.d. contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti

Autorevole dottrina ha avuto cura di osservare che in “senso tecnico” il contratto a tutele crescenti, al di là di quanto si sarebbe prima facie indotti a pensare, non rappresenta una nuova tipologia contrattuale¹⁷⁸, posto che i dodici articoli da cui è composto il D.lgs. 23/2015, trattano esclusivamente delle conseguenze sanzionatorie, senza fare il benché minimo cenno alla struttura tipologica del rapporto di lavoro. Tale precisazione appare di estrema importanza, in quanto traccia il solco all’interno del quale le disposizioni contenute nel succitato decreto debbono essere circoscritte. Il rapporto contrattuale pertanto non muta, restando strutturalmente inalterato. Idem le regole civilistiche che lo disciplinano, ciò che invece muta è soltanto la tipologia di sanzione conseguente al licenziamento illegittimo.

Con lo stesso rigore logico (e tecnico), si dovrebbe convenire che non possa parlarsi di obiettivi del contratto a tutele crescenti senza sfiorare lo spinoso e sempre opinabile risvolto politico a cui i medesimi sono preordinati. La politica, intesa come metodo di confronto e superamento delle differenti ideologie - più o meno contrapposte - dovrebbe arrestarsi una volta che tali ideologie attraverso il filtro del Parlamento trovino il giusto temperamento (cristallizzandosi in leggi). Per altro verso, la riduzione della rappresentatività politica all’interno del Parlamento costituisce un gravissimo vulnus del sistema. Le leggi votate e promulgate in tale contesto vengono talvolta reputate poco rispondenti ai principi costituzionali. Tale situazione, se calata nel micro-cosmo¹⁷⁹ lavorativo, assume contorni ancor più sfumati (e confusi) atteso che oltretutto viene appesantita dal

¹⁷⁸ Cfr. Carinci, *Il tramonto dello Statuto dei lavoratori*, ADAPT Lobo studies e-book series, 41, 2015

¹⁷⁹ tale termine è proteso a sottolineare la presenza di particolari “dinamiche” logico-giuridiche, che lo contraddistinguono

problema del calo della rappresentatività dei sindacati¹⁸⁰ facendo così emergere la grave e patologica divaricazione tra forma e sostanza. Ebbene, nonostante l'esistenza dell'appena tratteggiato clima di incertezze viene reputato comunque opportuno apportare delle modifiche di tipo straordinario, andando (in qualche modo) ad incidere proprio la norma che costituisce lo "zoccolo duro" di tutta la normativa sul lavoro¹⁸¹. La "rivoluzionaria"¹⁸² determinazione parrebbe essere incoraggiata dal forte influsso esterno, che impone - in virtù del rispetto degli accordi comunitari - l'adeguamento del mercato del lavoro agli standard europei¹⁸³. Pertanto, una riforma della disciplina del lavoro, protesa a renderlo maggiormente duttile alle necessità datoriali, avrebbe agevolato le medie e grandi imprese rendendo così più appetibili anche gli investimenti di imprese estere nel territorio italiano. Tutto ciò al fine ultimo ed esclusivo di stimolare la ripresa economica. Nel preambolo del d.lgs. 23/2015, si legge il proposito di migliorare l'economia nazionale attraverso la flessibilità in uscita dal lavoro, traducendosi la stessa in una maggiore occupazione. Per ogni buon fine si riporta il preambolo del

¹⁸⁰ G. Santoro Passarelli, *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 288/2016 “...si avverte rispetto alla Fornero l'assoluta assenza dell'intervento delle parti sociali e anzi la contrarietà dei sindacati dei lavoratori rispetto ai nuovi provvedimenti legislativi...La prima ragione dell'arretramento dell'intervento sindacale dipende dalla sostanziale crisi di rappresentatività dei sindacati, se si considera che solo il 13% degli occupati è sindacalizzato...”

¹⁸¹ Il consigliere di Cassazione G. Amoroso ha affermato che “La nuova disciplina dei licenziamenti, quale introdotta dal cit. d.lgs. n. 23/2015, si iscrive pur sempre nel solco del precedente intervento riformatore di cui alla l. 28.6.2012, n. 92, nella sostanza modificando ulteriormente il regime del recesso datoriale e segnatamente il ridimensionamento della tutela dell'art. 18 st. lav. pur senza intervenire direttamente e testualmente su tale disposizione che rimane invariata nella sua formulazione del 2012” (http://www.treccani.it/enciclopedia/quadro-d-insieme-sul-jobs-act_%28II-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/). Da altra angolazione visuale la dottrina maggioritaria ritiene che il Jobs Act si sia affiancato all'art. 18 Stat. Lav., in punto di tutele, ma senza modificarlo. Invero ciò che non pare dubitabile è che sia stato modificato il regime di tutele di cui all'art. 18, solo nei confronti nuovi assunti (atteso anche rispetto a questi preesisteva) pertanto gli stessi saranno invece tutelati secondo le disposizioni del D.lgs. 23/2015.

¹⁸² Tale aggettivo, ed altri analoghi sono stati ampiamente e pacificamente usati da autorevole dottrina, in sede di commento/analisi del D.lgs. 23/2015

¹⁸³ G. Santoro Passarelli, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche del diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 290/2016, p. 21 dove osserva che “Si percepisce chiaramente l'intento dell'attuale legislatore del lavoro di proporre una riforma più in sintonia con quella degli altri Paesi Europei anche se siamo ancora lontani da una disciplina uniforme europea del rapporto e del mercato del lavoro”.

D.lgs. 23/2015: “visto l'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183, recante delega al Governo allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l'attività ispettiva”.

Nelle more, che ciò avvenga, è previsto che le c.d. politiche attive, debbano sostenere l'impatto sociale, fungendo quindi da contraltare al “rigido” trattamento imposto delle nuove disposizioni. Ebbene, il Jobs Act¹⁸⁴, è la tipologia di contratto di lavoro che - consentendo al datore di lavoro di poter organizzare al meglio i fattori della produzione¹⁸⁵, ivi incluso il fattore umano – al momento risultava quella più congeniale a tal fine. Quanto agli effetti del provvedimento de quo, secondo parte della dottrina¹⁸⁶, il Jobs Act, avrebbe smantellato le tutele assicurate dallo Statuto dei lavoratori, secondo altri¹⁸⁷ invece, avrebbe flessibilizzato la disciplina del rapporto di lavoro a tempo indeterminato per estenderla ad un maggior numero di lavoratori, incrementando le tutele per gli inoccupati e incentivando anche le assunzioni per i disoccupati. Specie di coloro che abbiano perduto il posto di lavoro e siano alla ricerca di nuove occupazioni¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Derivante dalla positiva esperienza americana

¹⁸⁵ Pietro Lambertucci, *I poteri del datore di lavoro nello statuto dei lavoratori dopo l'attuazione del Jobs Act del 2015: primi spunti di riflessione*, in ADL 3/2016 p. 515 asserisce che il taglio normativo è “.compatibile con l'idea del lavoro subordinato quale fattore della produzione, ma risulta difficilmente armonizzabile con la valorizzazione della persona del lavoratore, emergente dal testo costituzionale. Cfr F. Scarpelli, “*Esternalizzazioni*” e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce, in *Dir. Relaz. Ind.*, 1999, pag. 351 e ss.

¹⁸⁶ U. Romagnoli, *Controcorrente*, in *Lav. Dir.*, 2015, p. 3 ss.

¹⁸⁷ A. Maresca, *Il tempo indeterminato finalmente competitivo*, in *Il sole24ore*, 25/02/2015, e in *bollettinoadapt.it*

¹⁸⁸ M. Tiraboschi, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015* recante la disciplina organica dei posti di lavoro; collana Adapt Labuor e-book studies, 2015, 45.

III.2.1 Ambito soggettivo di applicazione

Il D.lgs. 23/2015, sub articolo 1, specifica l'ambito applicativo delle nuove regole in esso contenute. Tutti i contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato stipulati dopo il 7 marzo 2015, sono ipso-iure sottoposti alla nuova disciplina (a parte il p.i., ne resta fuori solo la categoria dei dirigenti). In particolare, le nuove disposizioni, riguardano il regime di tutele per il licenziamento illegittimo. Il campo di applicazione viene esteso anche alle ipotesi di conversione di contratti a tempo determinato o di apprendistato. Ciò significa che qualunque contratto di assunzione per il solo fatto di essere stato stipulato successivamente alla suddetta data, ricade nell'ambito di tutele di cui all'art. 3 del D.lg. 23/2015. Il regime di tutele previsto dall'art. 18 Stat. Lav., in virtù dell'introduzione di siffatte disposizioni, viene applicato esclusivamente ai vecchi assunti. Vieppiù, superando il limite temporale posto tra il vecchio ed il nuovo regime, il legislatore inserisce al terzo comma dell'articolo in esame, un ulteriore parametro, ovvero quello di aver superato il requisito dimensionale dei quindici dipendenti (previsto dai commi 8 e 9 dell'art. 18 Stat Lav.). A titolo di mero esempio, se un'impresa con 15 dipendenti che erano stati assunti antecedentemente al 7 marzo 2015, stipulasse successivamente a tale data un altro contratto di lavoro, a quest'ultimo va applicata la normativa sul contratto di lavoro a tutele crescenti, e, cosa assai criticata in dottrina, la stessa prospettiva si profila anche per gli altri 15 dipendenti precedentemente assunti e prima soggetti al vecchio regime di tutele. La formulazione della norma lascia il dubbio se il requisito di più di 15 dipendenti, per consentire l'applicabilità della disciplina anche ai rapporti instaurati in precedenza, debba permanere anche al momento del licenziamento, ovvero, come parrebbe dal tenore della norma, una volta superato il limite trovi comunque applicazione anche nel caso in cui il numero dei dipendenti dovesse ridursi a meno di 16 dipendenti. Le disposizioni del d.lgs 23/2015, si applicano anche per le assunzioni a tempo indeterminato da parte delle agenzie di somministrazione di lavoro¹⁸⁹ che hanno fruito (allo stesso modo), dell'esonero contributivo¹⁹⁰. Il

¹⁸⁹ Cfr. M. Tiraboschi, Il contratto a tutele crescenti: spazi di applicabilità in caso di apprendistato e somministrazione di lavoro, in F. Carinci M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT Labuor studies, e-book series, n. 37, 2015, p. 113.

predetto esonero spetta anche nei casi in cui si versi in assunzioni in somministrazione con contratto a tempo determinato. La lettera h, dell'art. 21 del d.lgs 23/2015, stabilisce l'obbligo dell'agenzia di somministrazione "...del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali, mentre in base al disposto di cui alla lettera i "l'obbligo dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro. L'intento del legislatore, appare quindi quello di evitare che l'agenzia lucri sul lavoro degli altri, atteso "...che l'esonero contributivo opera di fatto a beneficio dell'impresa utilizzatrice, a cui l'agenzia non potrebbe chiedere, se non a rischio di commettere una frode fiscale, il rimborso per contributi non versati¹⁹¹". Restano invece esclusi dal nuovo regime di tutele, sia i dirigenti che gli apprendisti. Riguardo a quest'ultimi, c'è da dire che essi non rientrano tra le qualifiche di operaio, impiegato o quadro. Inoltre, essendo l'apprendistato, un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a fasi successive con uno specifico regime di tutele (ad ognuna delle predette fasi corrisponde una differente tipologia di tutela¹⁹²), appare incompatibile con le disposizioni di cui al Dlgs. 23/2015. Solo nel caso in cui non venga esercitata la facoltà di recesso da parte del datore di lavoro e " il rapporto prosegue come ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato ", sarà sottoposto al nuovo regime di tutele (se interverrà un licenziamento illegittimo).

III.2.2 Piccole imprese e organizzazioni di tendenza (art. 9 D.lgs. 23/2015).

Al primo comma l'art. 1 D.lgs. 23/2015, circoscrive il campo di applicazione del nuovo regime di tutela per il licenziamento illegittimo dei lavoratori subordinati assunti a tempo indeterminato, indicando dapprima la generale decorrenza temporale delle relative disposizioni "dall'entrata in vigore del presente decreto" ed individuando dopo le qualifiche lavorative dei destinatari "operatori, quadri,

¹⁹⁰ Cfr. Circolare Inps n. 17 del 29/01/2015

¹⁹¹ M. Tiraboschi, G. Gamberini, in *La disciplina dei licenziamenti dopo il Jobs Act*, il Punto, n. 18, del 1 maggio 2015 p. 3 (ilsole24ore)

¹⁹² Cfr. il c.d. T.U. dell'apprendistato, D.lgs. 167/2011

impiegati”. Nel secondo comma del predetto articolo, viene previsto, in deroga alla misura temporale generale contemplata al primo comma, che la disciplina de qua trovi applicazione anche in caso di conversione di contratti di apprendistato ed a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato. Mentre con il terzo comma, sempre in deroga alla norma generale di cui al comma 1, prescrive che il regime di tutela debba estendersi anche agli altri lavoratori (anche se assunti precedentemente) qualora il datore di lavoro in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato, avvenute dopo l’entrata in vigore del decreto in parola, integri il requisito occupazionale di cui all’art. 18, 8° e 9° comma dello Stat. Lav. e successive modificazioni. Non si può fare a meno di osservare che mentre i commi 1 e 2 si riferiscono direttamente al rapporto contrattuale (per così dire) sottostante al lavoratore, la disposizione di cui al terzo comma si riferisce ad un’attività a lui “sovrastante” atteso che riguarda più da vicino il datore di lavoro “nel caso...di assunzioni...”, e perciò sfugge a qualunque controllo da parte del prestatore di lavoro. L’art. 9 D.lgs. 23/2015, è invece dedicato alla disciplina del licenziamento illegittimo nell’ambito delle piccole imprese e delle organizzazioni di tendenza. Nel primo comma, facendo riferimento al datore di lavoro ed ai limiti dimensionali dell’azienda (di cui ai co. 8 e 9 dell’art. 18), viene previsto che nel caso di non raggiungimento degli stessi non si applica l’art. 3, comma 2 e l’ammontare delle indennità e dell’importo di cui all’art. 3, co. 1, e art. 4, co. 1, e dall’art. 6 co. 1, è dimezzato, fermo restando il limite massimo di 6 mensilità. Quindi si tratta di datori di lavoro con meno di 16 dipendenti in ciascuna unità produttiva, o con 16 dipendenti nello stesso comune, o con meno di 6 se trattasi di impresa agricola, e nel caso non si superino le precedenti soglie, con meno di 61 dipendenti nella totalità dell’organico. I suddetti datori di lavoro restano pertanto fuori dal regime della tutela reale residuale di cui all’art. 3 co. 2 del d.lgs. 23/2015. Ciò comporta che anche in caso di licenziamento illegittimo per un fatto contestato e di cui ne viene direttamente provata in giudizio l’insussistenza, il rapporto di lavoro si estinguerebbe ipso iure in ogni caso. Quello che invece non appare tanto cristallino, è se in questo caso, spetti o meno l’integrale risarcimento del danno, anziché l’indennizzo (dimezzato). Atteso che quest’ultimo viene espressamente previsto per le ipotesi in cui vi sia un difetto di proporzionalità nell’irrogazione della sanzione, e non quando si tratti di fatto insussistente. Senza contare poi, che l’insussistenza del fatto, potrebbe rilevare come licenziamento pretestuoso, dando adito ad

ulteriori dubbi applicativi. Forse sarebbe meno problematico pensare che il legislatore non abbia specificato la sorte di una siffatta illegittimità, facendo affidamento nel ricorso alle comuni regole del diritto civile. Buona parte della dottrina sostiene invece che spetti soltanto l'indennizzo dimezzato¹⁹³.

Il secondo comma dell'art. 9, disciplina il regime di tutela del licenziamento illegittimo in caso si versi in organizzazioni di tendenza. Innanzitutto si ricorda che per organizzazioni di tendenza si intendono quelle attività poste in essere da datori di lavoro che non hanno fini di lucro, quindi che svolgono attività avente natura politica, sindacale, culturale, di istruzione, di religione o di culto. La disciplina ivi prevista appare abbastanza lineare, posto che il legislatore prevede (senza null'altro aggiungere) che ad essa trovino applicazione le disposizioni del D.lgs. 23/2015. Rispetto alla precedente normativa a cui erano sottoposte, si nota un certo regime di favore verso i prestatori di lavoro, atteso che secondo la vecchia normativa gli stessi erano completamente esclusi dalla tutela reintegratoria, mentre nella sfera di applicazione del D.lgs. 23/2015, resta sempre possibile, in via residuale la tutela reale secondo i parametri di cui all'art. 3 co. 2 del medesimo decreto, quindi nel caso di insussistenza del fatto materiale che sia direttamente dimostrata in giudizio. Ferma inoltre la misura indennitaria in caso di licenziamento ingiustificato.

III.3 Art. 3, comma 2: La nebulosa via della reintegra in un illuminato sistema di tutele di tipo indennitario

Un ulteriore aspetto della riforma che presenta carattere straordinariamente innovativo, riguarda la tutela del licenziamento disciplinare illegittimo mediante reintegrazione nel posto di lavoro, infatti dal tenore della norma di cui all'art. 3 del D.lgs. 23/2015 si evince che di regola essa sia stata esclusa. Viene però ammessa, in via d'eccezione, in un solo e singolo caso, cioè laddove venga *“direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato”*, ma fermo restando che ricorra l'ipotesi in cui sussistano i requisiti dimensionali di cui ai commi 8 e 9, dell'art. 18 Stat. Lav. (ciò in quanto, ai sensi

¹⁹³ Cfr. Bellavista A., *Piccoli datori di lavoro e organizzazioni di tendenza*, in *ADAPT*, 2015, p. 189, secondo cui “In ogni caso di licenziamento ingiustificato” i datori di lavoro sono tenuti a pagare un'indennità, per giunta dimezzata

dell'art. 9 del D.lgs. 23/2015 non si applica il comma 2 dell'art. 3). Pare perciò arguirsi che al di fuori delle ipotesi riconducibili a tale “appesantita” e nebulosa¹⁹⁴ fattispecie normativa, la reintegrazione non possa mai essere disposta. Parte della dottrina sostiene che con il decreto in esame giunga a compimento un processo di marginalizzazione iniziato con la Legge Fornero¹⁹⁵. Il comma 2 del precitato articolo dispone infatti che il giudizio che verte sulla (in)sussistenza del fatto contestato, non deve mai essere alterato da sub-giudizi di dis-valore che si appuntano sulla proporzionalità del licenziamento¹⁹⁶. Ciò in prima analisi parrebbe significare che qualunque condotta astrattamente censurabile a titolo di colpa, purché ritenuta sussistente, se posta quale causale di licenziamento, abbia effetto risolutorio del contratto di lavoro. Pertanto il licenziamento pur essendo ritenuto illegittimo - posto l'errore del datore di lavoro che cade sulla valutazione della gravità del fatto contestato - e nonostante che per questo venga condannato ad indennizzare il prestatore di lavoro, si perfeziona. All'uopo si reputa sufficiente l'accertamento della sussistenza di un “segmento” della condotta contestata (al prestatore di lavoro) per escludere a monte la reintegrazione e quindi estinguere il rapporto di lavoro. In effetti la disposizione con cui si pretende di reputare come illegittimo un atto unilaterale - quale il licenziamento - ma nel contempo si preveda la contestuale punizione del lavoratore (attraverso l'estinzione del rapporto di lavoro “giustificata” dall'esistenza di un fatto che rientra nel novero delle infrazioni non gravi), lascia aperto più di un interrogativo. Sul punto si rinvia alla parte conclusiva del presente elaborato. Eppure le nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento paiono pacifiche. Infatti risulta ovvio che se non si ravvisasse neanche un illecito non notevole, il giudice

¹⁹⁴ Carlo Pisani, *Jobs Act e licenziamento*, in C. Pisani, R. Pessi, G. Proia, A. Vallebona, 2015, p. 36 definisce la locuzione “direttamente dimostrata in giudizio” come un “non” significato.

¹⁹⁵ Cfr. M.R. Gheido e A. Casotti, *Licenziamento: contratto a tutele crescenti*, in *DPL*, 2015, 1609 e ss.; M. Lai, *Contratto a tutele crescenti: prime interpretazioni*, in *DPL*, 2015, 1417 ss.; E. Massi, *Contratto a tutele crescenti e risoluzione del rapporto di lavoro*, in *DPL*, 2015, inserto; P. Rausei, *Le sanzioni per i licenziati a tutele crescenti*, in *DPL*, 2015, 815 ss.

¹⁹⁶ Il comma 2, art. 3 D.lgs. 23/2015 “Esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la proporzione del licenziamento...”

dovrebbe dichiarare la non sussistenza del fatto. In realtà la condotta sottoposta alla verifica giudiziale è unica ed inscindibile, infatti la giurisprudenza ribadisce continuamente che ogni condotta può essere oggetto di disamina giudiziale una sola volta. Frammentare il giudizio in due momenti diversi (o segmenti) in ordine al medesimo fatto ed alla medesima condotta e farne derivare una pronuncia sostanzialmente discordante si potrebbe porre in contrasto con il consolidato principio costituzionale del *ne bis in idem*, che impone al giudice una pronuncia uniforme e non ambigua. Soltanto nei casi in cui venga direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto contestato, viene consentita la tutela reintegratoria (oltre che quella indennitaria). In questo caso il giudicato seppur indirizzato su due diversi fronti diventa convergente. Il legislatore prevede che per accedere alla tutela reale non sia però sufficiente la prova, *sic et simpliciter* dell'insussistenza del fatto contestato, ma occorra un *quid pluris*, ovvero sia la dimostrazione diretta, che il fatto contestato non sussista. Laddove il giudice riscontri l'assenza di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo di licenziamento, oppure difetti la suddetta dimostrazione, il lavoratore potrà accedere esclusivamente all'indennizzo economico. Ciò con il sotto-inteso motivo, che il fatto contestatogli sia risultato comunque - parzialmente¹⁹⁷ -

¹⁹⁷ Per parzialmente veritiero si intende la rappresentazione del fatto in due diversi segmenti nonchè mettere in risalto che il fatto contestato dovrebbe completamente "sorreggere" l'estromissione del lavoratore. Pertanto una condotta che non integri, almeno un notevole inadempimento - seppur colpevole - dovrebbe ripercuotersi immediatamente sulla valenza della rappresentazione del fatto contestato, rendendolo carente di un elemento essenziale. Vale la pena ricordare, in materia di diritto penale, l'istituto della derubricazione del reato, che ricorre quando si qualifica un fatto, come reato di minore gravità, rispetto a una precedente configurazione giuridica (per esempio, la derubricazione dell'accusa iniziale del reato di peculato in quella d'abuso d'ufficio). Istituto affine, nel diritto del lavoro, è la c.d. "conversione d'ufficio" da parte del giudice, che ricorre qualora lo stesso si renda conto che la condotta del lavoratore licenziato, non configurava un inadempimento gravissimo, ma bensì notevole. Detta possibilità viene quindi consentita esclusivamente nei casi in cui viene intimato un licenziamento per giusta causa ed in giudizio venga accertata la configurabilità di un licenziamento per giustificato motivo soggettivo. Ciò ai soli fini dell'indennità sostitutiva del preavviso (Cass. 534/1985); Cfr. G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 2, p. 231 ss., nella parte in cui afferma che la disciplina sanzionatoria debba essere letta alla luce dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966, che definisce il giustificato motivo soggettivo come "notevole inadempimento degli obblighi contrattuali" e dunque "...considera rilevante solo il fatto contestato a titolo di inadempimento...". Da ciò si evince che la soglia minima per la sanzione espulsiva sia rappresentata dal notevole inadempimento

veritiero e quantomeno censurabile. Appare utile soffermarsi su questo aspetto, dato che la locuzione “...direttamente dimostrata in giudizio...” presta il fianco a diverse interpretazioni¹⁹⁸. Di palmare evidenza che dall’interpretazione che si vorrà attribuire alla locuzione “direttamente dimostrata in giudizio” dipenda lo spessore, dell’unica chance giuridica ammessa per la reintegrazione. Malgrado le incertezze che suscita tale inciso, sembrerebbe comunque pacifico che esso sia teso a porre un “filtro” sul piano probatorio ad indubbio detrimento del lavoratore¹⁹⁹. Inoltre risulta indispensabile ai fini della predetta interpretazione, ma lo stesso vale anche per le altre disposizioni del decreto, che si dovrà sempre tenere a mente l’intenzione del legislatore, che è quella di consentire al datore di lavoro maggiori spazi di manovra nella gestione della propria impresa - si noti bene - non per favorirlo “personalmente”, ma bensì per “ragioni”²⁰⁰ inscindibilmente legate all’interesse collettivo della produzione²⁰¹. A tal fine,

¹⁹⁸ Ichino, news letter 19/1/2015 n. 329, sostiene che non si applichi più il principio dell’onere della prova e che ciò comporterebbe che se il giudice non si convincesse appieno dell’insussistenza del fatto la domanda di reintegrazione verrebbe respinta. Mentre, secondo F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, p. 15, e Zambelli, *Jobs Act: le novità del decreto attuativo del contratto a tutele crescenti*, in *Guida al lavoro*, 2015, n. 2, p. 72, tale locuzione invertirebbe l’onere della prova della giustificazione del licenziamento, gravante sul datore di lavoro per addossarlo sul lavoratore, ovvero escluderebbe la prova per presunzioni; C. Pisani, in *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015, p. 36, definendola un “non” significato, afferma che: “trattandosi di un fatto negativo (insussistenza del fatto), la sua prova è fornita di solito mediante prova del fatto positivo contrario, e cioè la sussistenza del fatto. Nulla vieta che il datore di lavoro possa assolvere questo onere anche mediante presunzioni...”

¹⁹⁹ Secondo la relazione illustrativa al D.lgs. n. 23/2015 “fermo restando l’onere della prova a carico del datore di lavoro rispetto alla legittimità del motivo addotto per il licenziamento, l’onere della prova rispetto all’insussistenza del fatto materiale contestato

²⁰⁰ Si tratta di un assunto che le intenzioni del legislatore (una volta comprese), siano imperative e quindi ineludibili. Idem Il Prof. G. Santoro Passarelli, trattando delle “ragioni” oggettive di licenziamento, ed in particolare di quelle organizzative, in quaderni del CSDN Roma, 2017/1, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: dalla ragione economica alla ragione organizzativa*

²⁰¹ Il preambolo del D.lgs. 23/2015, richiama “L’articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183, recante delega al Governo allo scopo di rafforzare le opportunità d’ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione...”. Dalla medesima legge si evince che l’intenzione del legislatore sia quella di agevolare la produttività anche al fine dell’occupazione. Invero, tutte le disposizioni sono funzionali a consentire la flessibilità in uscita dal lavoro, e quindi alla rimozione di ogni aspettativa di stabilità del posto di lavoro. Se permanessero ancora dubbi al riguardo, l’art. 4 del d.lgs. 23/2015 sarebbe del tutto esaustivo; G. Proia, in *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015, p. 71, che afferma a proposito della misura della tutela indennitaria che “...è stata

infatti, crea le condizioni giuridiche acchè lo stesso abbia la facoltà di poter pianificare una riduzione del personale, avendo esatta contezza dei costi da sopportare e dei benefici da conseguire (in termini di risparmio economico). Viene (come si sul dire), consentita la “monetizzazione” del licenziamento²⁰². Probabilmente²⁰³, proprio per evitare che tale (e predefinita) monetizzazione, non venga appesantita da una situazione d’incertezza in ordine ad una remota, ma pur sempre possibile reintegra, il legislatore richiede, ai fini della tutela ripristinatoria, la diretta dimostrazione in giudizio²⁰⁴ della contro-prova che il fatto non sussista. La disparità delle “armi” processuali diventa quindi di tangibile evidenza: da un lato il datore di lavoro contesta una condotta che assume essere grave (a tal punto da indurlo al licenziare)²⁰⁵, dall’altro il lavoratore che per dis-colparsi, deve - se vuole ottenere la reintegrazione - dare prova “...direttamente dimostrata in giudizio...” che la condotta contestata non sussista. Pare perciò ovvio che il lavoratore sia enormemente svantaggiato (anche) sotto il profilo probatorio, sebbene l’onere della prova resti a carico del medesimo datore di lavoro²⁰⁶. Ebbene, con il regime di tutele in parola, la situazione pare destinata a complicarsi in maniera esponenziale, atteso che anche una infrazione al di sotto della soglia della “notevolezza” potrebbe potenzialmente portare all’espulsione dal posto di

determinata tenendo conto delle finalità di promozione dell’occupazione...”

²⁰² G. Santoro Passarelli, in *Diritto dei lavori e dell’occupazione*, Torino, 2015, p. 339. Laddove commentando la nuova formula indennitaria, afferma che “pertanto il licenziamento pur illecito, è valido, nel senso che è idoneo ad estinguere il rapporto a fronte del pagamento dell’indennità (c.d. monetizzazione del licenziamento)”

²⁰³ Ipotesi azzardata, ma che appare verosimilmente logica (almeno se si voglia riempire di un qualche significato la locuzione in parola). Si dà conto che F. Carinci, G. Proia e C. Pisani, siano di tutt’altro avviso, definendola un “non” significato oppure accentrando l’attenzione sull’insussistenza del fatto

²⁰⁴ In tema di sanzioni disciplinari, si fa spesso ricorso ad istituti propri del diritto penale (p. es. colpa, intenzionalità, dolo, recidiva ecc...). Il principio di “oralità e immediatezza” in ordine alla prova è ricavabile dall’art. 526 c.p.p.: “il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle acquisite nel dibattimento”. Esso comporta: la preferenza per il parlato, il dialogo diretto tra organo giudicante e persone di cui deve raccogliere e valutare le dichiarazioni, concentrazione della causa in un’unica udienza (o in poche udienze successive).

²⁰⁵ Almeno questo dovrebbe essere il leitmotiv del licenziamento disciplinare

²⁰⁶ Contra F. Carinci, un contratto alla ricerca della sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, p. 15, dove sostiene che la locuzione de qua invertirebbe l’onere della prova - di cui all’art. 5 della L. 604/1966 - gravante sul datore di lavoro per addossarlo al lavoratore; Cfr. Zambelli, *Jobs Act: le novità del decreto attuativo sul contratto a tutele crescenti*, in *Guida al lavoro*, 2015, n. 2, p. 72

lavoro.

III.4 La nozione di “fatto materiale contestato” alla luce dell’art. 3 del D.lgs. 23/2015

Qualunque fatto ascrivibile al lavoratore a titolo di colpa - anche quando sia pacifico che sia avvenuto - una volta che sia stato sottoposto al giudice deve essere da questi valutato. Il primo problema che si pone il giudice è quello se debba o meno depurare il fatto materiale dalla qualificazione giuridica dello stesso, in virtù della previsione dell’art. 3 del D.lgs. 23/2015: *“Esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l’insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto al quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento..”*. La “modulazione” del giudizio sul fatto materiale richiede un’attività di mero accertamento, qualora invece si intenda includere anche la qualificazione giuridica, all’attività di accertamento dovrà seguirne un’altra di tipo giuridico-valutativa su una serie di ulteriori elementi. L’opzione ermeneutica prescelta risulta di basilare importanza, ben potendo influire sull’esito finale del giudizio. La mancanza di un orientamento univoco sul punto²⁰⁷ già molto sentita in un sistema tendenzialmente imperniato sulla tutela reale, appare a fortiori più pregnante nella nuova architettura legislativa, disegnata in modo da attrarre qualunque licenziamento, sebbene illegittimo²⁰⁸ nell’orbita di un sistema indennitario ad hoc. La diversa prospettiva di veduta in cui si è posto il legislatore, acuisce quindi enormemente il problema²⁰⁹, atteso, che nel contratto a

²⁰⁷ M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 1, p. 1 ss., in cui identifica il fatto materiale con la condotta. Mentre, F. Carinci, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p.1112 ss., vi include anche le valutazioni sull’imputabilità; Secondo A. Vallebona, in *La riforma del lavoro*, 2012, 57, si dovrebbe avere riguardo soltanto al fatto contestato nel suo nucleo essenziale, quindi lo stesso dovrebbe essere depurato dalle sue qualificazioni di contorno. Idem, A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 S.L.*, p. 436

²⁰⁸ il punto potrebbe apparire poco corretto se svincolato dal ragionamento di cui al precedente paragrafo

²⁰⁹ Secondo parte della dottrina permangono le incongruenze che derivano dall’aver continuato a fare riferimento al “fatto” sussistente, anziché all’inadempimento, specie

tutele crescenti, le chance per la reintegrazione appaiono sensibilmente ridotte.

Com'è noto, l'espressione di "...fatto materiale contestato...", viene attribuita come derivante dalla sentenza della Cassazione n. 23669 del 2014. Buona parte della dottrina sostiene che il significato sia solo quello ricavabile dalla medesima sentenza²¹⁰. C'è però da dire, che si trattava di una sentenza isolata (ed avulsa dal diverso e consolidato filone giurisprudenziale). Inoltre, *ratione temporis*, essendo antecedente - e non successiva - al D.lgs n. 23 del 2015, non potrebbe attribuirgli alcuna funzione dirimente. Una delle ipotesi più accreditate è che forse il legislatore, in occasione della redazione della norma, abbia preso semplicemente spunto dalla sentenza più recente in materia di licenziamento disciplinare, senza aver minimamente intenzione di risolvere *ex professo* la vexata quaestio²¹¹ relativa all'interpretazione del comma 4 dell'art. 18 Stat. Lav.. Per altro verso, occorrerebbe però prendere atto, che le disposizioni di cui all'art. 3 del D.lgs. 23/2015, perderebbero di senso logico nel caso in cui si ritenga che il fatto contestato da accertare sia quello giuridico. Mentre, qualora l'accertamento sulla sussistenza del fatto si limitasse al fatto materiale naturalisticamente accaduto, le predette disposizioni troverebbero la giusta applicazione. La disposizione che prevede che il sindacato del giudice debba scandirsi in due differenti momenti e debba circoscriversi in due differenti aree tipologiche, ossia quella tesa all'accertamento della (in)sussistenza del fatto e quella tesa alla valutazione

nell'ipotesi "paradossale" del fatto disciplinarmente irrilevante. Cfr. C. Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in C.P. Roberto Pessi (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, p. 17 ss., l'autore sottolinea che la diversa formulazione usata dal legislatore, rispetto a quella di cui alla L. Fornero, rende più arduo il percorso ermeneutico volto ad intendere il fatto come fatto-inadempimento in quanto è stato specificato "rincarando la dose" che deve trattarsi proprio del fatto "materiale"; Cfr. M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *ADL* n. 2/2015, p. 310 ss. ; L. Fiorillo, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, dove osserva che il fatto materiale per poter essere contestabile deve in ogni caso costituire un inadempimento imputabile al prestatore di lavoro, quindi il vero rilievo si appunterebbe solo dall'esclusione della valutazione sulla proporzionalità.

²¹⁰ A. Vallebona, *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto (nota a Cass. n. 23669/2014)*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2014, 12, p. 875.

²¹¹ Deve però riconoscersi, che se si voglia attribuire un senso logico alla nuova disposizione, ed in particolare circa la distinzione della fase dell'accertamento della insussistenza del fatto, da quella esclusivamente valutativa, non può farsi a meno di intendere il fatto materiale come un fatto naturalisticamente accaduto (e quindi, per certi versi, aderire all'ipotesi di C. Pisani ed altri)

multifattoriale della proporzionalità (ai fini della misura indennitaria), implicano che il preventivo accertamento sia ritagliato sulla materialità del fatto. Innanzi ad un accertamento integrale del fatto, nella sua componente naturale come di quella giuridica, non vi sarebbe più spazio per la valutazione della proporzionalità della sanzione ai fini indennitari. Così come resterebbe difficoltoso, distinguere il tipo di sanzione corrispondente. Per quanto concerne, l'accertamento della insussistenza del fatto la giurisprudenza ha elaborato alcune fattispecie di "insussistenza"²¹² a cui è possibile fare riferimento. La Corte di Cassazione è quindi giunta a stabilire che il fatto contestato è insussistente quando: sia privo di ogni rilievo disciplinare (Cass. 18418/2016); non possa imputarsi al lavoratore per assenza di consapevolezza e volontarietà (Cass. 10019/2016²¹³); viene equiparato a fatto insussistente il fatto contestato con grande ritardo (Cass. 2513/2017²¹⁴); viene contestato in modo generico (Corte d'appello di Palermo 20/4/2016²¹⁵): essendo invalida la contestazione disciplinare, il fatto è come non contestato e quindi insussistente. Interessante la sentenza del Tribunale di Taranto, dove *expressis verbis* viene enucleato dal giudice che la nozione di insussistenza del fatto materiale contestato pur essendo riferibile ai "...licenziamenti irrogati entro il campo di applicazione della legge n° 92/2012" tuttavia esprime "...un principio plausibilmente applicabile anche nella vigenza del D.Lgs. 23/2015" posto che "la nozione di fatto materiale non può essere scevra da un nucleo insopprimibile di giuridicità, intesa nel senso della necessaria illiceità del comportamento addebitato al lavoratore e sul quale si fonda il licenziamento"²¹⁶. Lo stesso giudice acutamente aggiunge "in definitiva, il sintagma "fatto materiale" è un termine ellittico perché si associa comunque ad una qualificazione giuridica, configurandosi dunque una ambiguità dell'alternativa posta in termini di "fatto materiale" versus "fatto giuridico", poiché il fatto contestato è sì una condotta materiale del lavoratore, ma che si qualifica sempre come inadempimento degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro, trattandosi dunque di fatto materiale, ma sempre giuridicamente qualificato". Per avere maggiore contezza di come i

²¹² Informazioni tratte dalla banca dati del Sole 24ore

²¹³ Cass. 10019/2016

²¹⁴ Cass. 2513/2017

²¹⁵ Corte d'appello di Palermo 20/4/2016

²¹⁶ Tribunale di Taranto sentenza del 21/04/2017

giudici di merito abbiano affrontato la problematica si rinvia al paragrafo dedicato, sub “casistica”.

III.5.1 I vizi formali e procedurali di cui all’art. 4 D.lgs. 23/2015 “alla prova” della giurisprudenza preesistente (ante decisione delle SS.UU. Cass. 30985/2017)

Innanzitutto, appare necessario confrontare il comma 6 dell’art. 18 Stat. Lav. con l’art. 4 del Dlgs. 23/2015 per tentare di coglierne i tratti distintivi più salienti (seppur restringendo l’analisi solo al profilo disciplinare). Ebbene, non deve fuorviare il fatto che in entrambe le norme venga prevista sia l’estinzione del rapporto di lavoro che un’indennità modulata in un certo qual modo, per derivarne un’analogia sostanziale tra le medesime. Esse vanno inquadrare in un’ottica completamente diversa, connotata da un diverso contesto normativo. Nel caso in cui, *ratione temporis*, trovi integrale applicazione l’art. 18 Stat. Lav., il vizio procedurale, qualora si appunti sulla mancata osservanza delle prescrizioni di cui all’art. 7 Stat. Lav. (che in particolare concerne l’obbligo d’immediatezza della contestazione o di specificità dei motivi ovvero situazioni a ciò assimilabili), si traduce in un difetto di giustificazione del licenziamento, venendo in rilievo una lesione al diritto di difesa del prestatore. Tale vizio conduce inesorabilmente alla condanna alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro. Infatti, il giudice possedendo il potere di accertare (ai fini della reintegra) anche la proporzionalità dei fatti contestati possiede la necessaria discrezionalità decisoria utile a tal fine. Viceversa, nel regime di tutele di cui al D.lgs. 23/2015, l’attività del giudice essendo limitata all’accertamento della mera sussistenza del fatto materiale, non può spingersi oltre. Pertanto nel caso in cui si versi nelle summenzionate ipotesi costituenti lesione del diritto di difesa, il giudice non potrà far altro che applicare pedissequamente l’art. 4 del succitato Decreto, e quindi disporre la risoluzione del contratto di lavoro e la condanna al pagamento della relativa indennità. Potrebbe rilevarsi che tale prospettiva si ponga, per certi versi, in aperta contraddizione con il comma 2 dell’art. 3, del medesimo Decreto, ai sensi del quale “esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa

in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria...". Infatti, pur restando l'onere probatorio circa la sussistenza del fatto materiale in capo al datore di lavoro, il prestatore, non potrà (nella valutazione della sussistenza/insussistenza del fatto) per esempio far rilevare la mancata tempestività della contestazione o la mancata conoscenza dei fatti adottati dal datore quale giustificazione del recesso. Viene previsto perciò che il lavoratore nonostante non possa valersi di tali strumenti preordinati a garantire il corretto esercizio del diritto di difesa²¹⁷, debba ugualmente fornire - a pena di estinzione del rapporto di lavoro - la contro-prova, "direttamente dimostrata in giudizio dell'insussistenza del fatto materiale²¹⁸". Quindi, a titolo esemplificativo, il datore potrebbe validamente intimare un licenziamento per futili motivi, adducendo l'esistenza di gravi negligenze, pur omettendo le incombenze di cui alla procedura disciplinare, con la certezza (quasi assoluta) di non incorrere nel rischio di una reintegra. All'uopo potrebbe p.e. essere sufficiente rendere il fatto contestato "fumoso" (o mistificato) affinché il lavoratore non possa essere in grado di approntare un'adeguata difesa, per cui l'intento volto ad estromettere il lavoratore dall'azienda troverà comunque piena soddisfazione²¹⁹. Peraltro il giudice, una volta riscontrato il vizio, dovrà applicare - sic et simpliciter - la misura sanzionatoria di cui all'art. 4 del D.lgs. 23/2015 a meno che il lavoratore sia in grado di addurre delle eccezioni "ai fini delle tutele di cui agli artt. 2 e 3". In altri termini, il dubbio resta proprio sull'esistenza dell'effettiva possibilità offerta dall'art. 4 cit. di ottenere tutela ai sensi dell'art. 3, ed in particolare quel tipo di tutela subordinata alla dimostrazione "direttamente in

²¹⁷ Cfr. sent. del Tribunale di Taranto del 21/04/2017 laddove dispone che l'assenza della contestazione dell'addebito equivale all'insussistenza del fatto materiale contestato (v. casistica giurisprudenziale del prossimo paragrafo)

²¹⁸ Cfr. F. Carinci, *Il licenziamento disciplinare all'indomani del D.lgs. 23/2015*, relazione al corso "la disciplina dei licenziamenti: un primo bilancio" organizzato dalla scuola superiore della Magistratura, 13-14 aprile 2015, il quale osservava riguardo alla disciplina sull'onere della prova dell'insussistenza del fatto materiale che fosse iniqua e contorta

²¹⁹ In siffatte situazioni sarebbe auspicabile che il giudice giunga all'approdo giurisprudenziale della riconducibilità all'insussistenza del fatto contestato

giudizio” di un fatto si contestato,²²⁰ ma nel contempo privato (ex lege²²¹) delle garanzie del procedimento disciplinare. Per evitare il prodursi di tale anomalia, sarebbe quindi auspicabile che i vizi prettamente formali o procedurali (sopra tratteggiati), siano tenuti distinti da quelli sostanziali.

Sul punto la Suprema Corte²²² aveva infatti già tracciato il percorso da seguire a proposito del vizio della tardività della contestazione, ammonendo che il vizio di quo “...è un vizio procedimentale che impedisce in radice l’accertamento giudiziale, ma prima ancora è un vizio sostanziale perché la valutazione dell’insussistenza del fatto - inteso come inadempimento non irrilevante - è contenuta nel comportamento d’inerzia del datore di lavoro, cui l’ordinamento impone di dovere di reagire”. In tale prospettiva appariva quindi ineludibile la preventiva ed ulteriore attività del giudice volta ad accertare la natura del vizio riscontrato. La costante giurisprudenza, specie quella di merito, appariva illuminante sul punto. In particolare occorre segnalare due Ordinanze del Tribunale di Milano (v. note 238 e 239), che fanno rientrare i vizi della genericità o dell’assenza della contestazione (sebbene riconducibili a vizi procedurali), nell’alveo dell’insussistenza del fatto contestato. Ulteriore aspetto che richiede poi un’opportuna riflessione, concerne l’immediatezza della contestazione. La giurisprudenza infatti ha sempre ritenuto che la contestazione del fatto illecito da parte datoriale, intervenuta a distanza di tempo dalla commissione del medesimo, ingeneri “*medio tempore*” il convincimento nel prestatore di lavoro che una determinata condotta non sia ritenuta disciplinarmente rilevante ovvero che comunque, il datore intenda non irrogare alcuna sanzione in ordine alla stessa. Ciò assume un significato più concreto a mente dell’istituto della recidiva specifica, laddove una determinata condotta se reiterata nel tempo può portare all’irrogazione di una sanzione più afflittiva assumendo maggiore gravità la singola condotta. All’uopo infatti risulta necessario che ogni singola infrazione sia puntualmente contestata affinché il prestatore abbia immediata contezza del

²²⁰ Il diritto alla reintegrazione

²²¹ L’art. 4 del D.lgs. 23/2015 fa residuare alcune perplessità laddove pur prevedendo una misura sanzionatoria per i vizi della procedura disciplinare lascia salva la possibilità della dimostrazione di cui al co. 2 dell’art. 3 del cit. decreto. Trattasi invero, di una dimostrazione già di per sé complicata ma nel caso in cui non svenga assistita dalle garanzie offerte dal corretto svolgimento della procedura disciplinare, appare connotata da un oggettivo maggior grado di difficoltà

²²² Cass. 2513/2017

nocumento arrecato al datore di lavoro. Per questo motivo una contestazione disciplinare di regola non può essere differita nel tempo. Mentre nel caso in cui si versi in un'organizzazione aziendale complessa, al datore è consentito in via eccezionale, un allungamento delle tempistiche. Questo al precipuo fine di poter ottenere la necessaria contezza in ordine alla condotta (vietata) prima di contestarla. Ebbene, l'ingiustificato differimento della contestazione costituiva perciò una presunzione legale per un illegittimo licenziamento, specie qualora si trattasse di gravissime infrazioni disciplinari che non consentissero la prosecuzione neanche provvisoria del rapporto (licenziamento in tronco).

In altri termini, il protrarsi del tempo, rispetto all'infrazione commessa, appariva incompatibile con l'integrazione di una fattispecie di giusta causa di licenziamento. Anche tale impostazione giuridica, andrebbe rivisitata alla luce dell'art. 4 del decreto in parola. Infatti qualunque vizio riscontrato nella procedura disciplinare anziché ingenerare presunzioni o almeno sospetti sotto il profilo sostanziale della correttezza del licenziamento, viene ridimensionato d'importanza, potendo al più, dare luogo ad un indennizzo. Tale vizio quindi non risulta più sufficiente ad incidere sulla decisione del datore di estromettere il lavoratore. A tal proposito preme ricordare che la ratio della procedura disciplinare è quella di "...assicurare che il suo esercizio risponda a criteri di corresponsabilizzazione delle parti nell'ottica della trasparenza della misura adottanda²²³", sebbene il fine ultimo risieda nell'indefettibile osservanza del contraddittorio. Da ultimo la Suprema Corte²²⁴ ha di nuovo ribadito il consolidato orientamento di legittimità secondo il quale la contestazione disciplinare deve essere specifica, immediata ed immutabile ciò a garanzia del "diritto di difesa del lavoratore...che sarebbe compromesso qualora si consentisse al datore di lavoro di intimare il licenziamento in relazione a condotte rispetto alle quali il dipendente non è stato messo in condizione di discoltarsi, perché diverse dalle condotte oggetto di iniziale contestazione, perché non adeguatamente definite nella loro modalità essenziale ed essere così esattamente individuabili". Sebbene l'argomento sarà di nuovo trattato nel paragrafo dedicato alla casistica di merito sul nuovo regime di tutele, appare opportuno dare conto tramite un breve excursus giurisprudenziale, del precedente orientamento: "Costituisce onere esclusivo del

²²³ Cfr. Pantaleoni, *La fine del libero licenziamento*, Milano, 1991, p. 123

²²⁴ Cass. 19103/2017

soggetto che esercita il potere disciplinare quella di fornire, nella medesima contestazione, l'indicazione degli elementi di fatto che consentono di evidenziare il significato univoco dell'addebito, sicché la contestazione disciplinare non può ridursi ad allusioni né a vaghi sospetti dovendosi essa piuttosto esprimersi nell'attribuzione di fatti precisi dai quali derivare una responsabilità del prevenuto, e ciò al fine precipuo di consentire, in piena trasparenza e lealtà, una idonea e piena difesa dell'incolpato, attraverso un contraddittorio aperto e senza sotterfugi²²⁵". Ciò chiarito "il vizio della contestazione non può configurarsi come un mero vizio procedurale (meritevole, in quanto tale, della tutela indennitaria di cui al comma VI dell'art. 18 stat. lav.) ma assume rilevanza sostanziale²²⁶". Sul medesimo argomento, il Tribunale di Milano²²⁷ osservava "che a fronte del tenore letterale di tale lettera di contestazione disciplinare non era stato soddisfatto il canone della specificità, stante la genericità della lettera riportata. In diritto, si richiamavano quindi i principi stabiliti dalla Cassazione, secondo cui "nella contestazione dell'addebito, non si richiede l'osservanza di schemi prestabiliti e rigidi, come accade nella formulazione dell'accusa nel processo penale, assolvendo esclusivamente alla funzione di consentire al lavoratore incolpato di esercitare pienamente il proprio diritto di difesa²²⁸" (Cassazione Sez. L, Sentenza n. 5115 del 03/03/2010). Sempre la Suprema Corte, afferma "In tema di sanzioni disciplinari riferibili al rapporto di lavoro privato, premesso che la contestazione dell'addebito ha lo scopo di fornire al lavoratore la possibilità di difendersi, la specificità della contestazione sussiste quando sono fornite le indicazioni necessarie ad individuare nella sua materialità il fatto nel quale il datore di lavoro abbia ravvisato la sussistenza di infrazioni disciplinari²²⁹". Facendo quindi applicazione di tali principi di diritto, veniva ritenuta la genericità della motivazione nel seguente passaggio motivazionale di maggior rilievo: "Nel caso di specie, la descrizione dei fatti che determinavano l'apertura del procedimento disciplinare nei confronti di... non è idonea rispetto all'esercizio del suo diritto di difesa... la lettera di contestazione disciplinare è affetta da un vizio che inficia il diritto di difesa del lavoratore, non esercitato da...

²²⁵ così testualmente, Cass. n. 12621/2000

²²⁶ Trib Firenze 863/2016

²²⁷ Tribunale di Milano sent. 3116/2016

²²⁸ Cassazione Sez. L, Sentenza n. 5115 del 03/03/2010

²²⁹ Cassazione Sez. L, Sentenza n. 18377 del 23/08/2006

Si tratta di un vizio di natura sostanziale e non meramente formale, non risolvendosi lo stesso in una mera violazione della procedura di cui all'art. 7 Statuto dei Lavoratori. Ne discende la necessaria applicazione del quarto comma dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori, e non della minor tutela prevista dal comma sesto dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori, invocato dalla società in via subordinata, con il conseguente rigetto anche di tale domanda proposta dall'opponente". La Suprema Corte²³⁰ ha poi avuto occasione di osservare che "In tema di licenziamento disciplinare, il principio della immutabilità della contestazione dell'addebito disciplinare mosso al lavoratore ai sensi dell'art. 7 della legge n. 300/1970 attiene alla relazione tra i fatti contestati e quelli che motivano il recesso e non riguarda la qualificazione giuridica degli stessi, in relazione all'indicazione delle norme violate²³¹". Ciò che rileva sono i fatti storici e materiali contestati, ben potendo nel corso del giudizio essere tali fatti "ricondotti ad una diversa ipotesi disciplinare (dato che in tale caso non si verifica una modifica della contestazione, ma solo un diverso apprezzamento - giuridico - dello stesso fatto)". In altra pronuncia²³² è stato chiarito che "...il novellato art. 18 L. 300, comma 6 prevede che in caso di vizi di forma attinenti alla motivazione del licenziamento così come richiesta dalla L. 15 luglio 1966, n. 604, articolo 2, comma 2, nonché nelle ipotesi di violazione della procedura dettata dalla L. n. 300, articolo 7 o di quella prevista dalla L. n. 604, articolo 7, il giudice debba dichiarare risolto il rapporto di lavoro e condannare il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria compresa tra sei e dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Va sottolineato che la novella del 2012 ha altresì modificato la L. n. 604, articolo 2, comma 2 imponendo al datore di lavoro di specificare, nella lettera di licenziamento, i motivi che hanno determinato il provvedimento espulsivo". Ebbene "...il giudice di merito ha correttamente applicato la L. n. 300, articolo 18, comma 6, sussumendo in tale previsione l'ipotesi di contestazione disciplinare che, pur prevedendo una motivazione descrittiva dei profili di inadempimento rinvenuti nello svolgimento dell'attività lavorativa, non conteneva una sufficiente descrizione della condotta tenuta dal lavoratore tale da individuare i casi specifici di irregolarità e di negligenza rinvenuti. Invero, si ha violazione del

²³⁰ Cass. sent. n. 13580/2016

²³¹ massima tratta dalla banca dati giuridica lex24, Guida al Lavoro, 2016, 34, p. 51

²³² Cass. 16896/2016

requisito della motivazione non solo quando la stessa sia assente ma anche nelle ipotesi in cui sia generica, imprecisa, insufficiente sì da non consentire al lavoratore di poter apprezzare l'infrazione disciplinare che viene contestata". Dunque, fermo restando quanto chiarito dalla giurisprudenza in ordine a talune incombenze previste dalla procedura disciplinare che diventano indispensabili qualora la loro omissione si rifletterebbe sul corretto esercizio del diritto di difesa, occorre segnalare due interessanti ordinanze del Tribunale di Roma²³³. In particolare, quest'ultime, riferendosi alla normativa sul Jobs Act, ritengono in via interpretativa la riconducibilità della generica o mancante contestazione del fatto, alla ipotesi di insussistenza del fatto contestato. Pertanto, le conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo includono anche la possibile reintegrazione nel posto di lavoro.

Nel primo caso²³⁴ *"...il Tribunale, pur dinanzi alla riconosciuta ampiezza della contestazione datoriale, riscontra il vizio di genericità degli addebiti formulati nei confronti del lavoratore, volti a dimostrare l'inadempimento delle sue mansioni di controllo e verifica rispetto alla corretta gestione delle prestazioni lavorative del personale del settore di cui era responsabile. L'azione disciplinare veniva mossa in seguito ad una verifica a campione, nella quale erano state riscontrate anomalie relative alle suddette prestazioni. La contestazione risulta, a parere del Giudice "carente di analiticità" non indicando modalità e risultati delle verifiche e non specificando le anomalie riscontrate, se non in via esemplificativa. La conseguenza, sempre secondo il Giudice, è l'impossibilità per il lavoratore di difendersi dagli addebiti a suo carico e per il Giudice di procedere alla delimitazione e all'accertamento del fatto contestato e alla valutazione della sua gravità.*

È da questo secondo rilievo che deriva la riconduzione del vizio relativo alla genericità della contestazione (e, a maggior ragione, del vizio di totale mancanza della stessa) alle ipotesi di "insussistenza del fatto contestato": afferma, infatti, l'ordinanza, che la specifica contestazione di fatti precisamente individuati "rappresenta una preconditione necessaria ai fini dell'accertamento della sussistenza del fatto contestato"²³⁵.

²³³ Trib. Milano, ord. n. 11340 del 15 aprile 2015 e Trib. Milano, ord. 22 aprile

²³⁴ Trib. Milano, ord. n. 11340 del 15 aprile 2015

²³⁵ D. Iarussi, *Vizi di genericità nella contestazione disciplinare e loro conseguenze*, in

Con l'altra Ordinanza il Giudice riconduce nell'alveo del licenziamento disciplinare il recesso intimato dal datore di lavoro a seguito dell'assenza ingiustificata della lavoratrice (per oltre quattro giorni) dalla sede a cui era stata da poco trasferita, rilevando l'omessa previa contestazione. In tale caso, il Giudice ritiene che *“non avendo il datore di lavoro contestato alla lavoratrice l'assenza ingiustificata di oltre quattro giorni, fatto posto invece a base del licenziamento, deve ritenersi che non abbia ritenuto tale fatto di rilevanza disciplinare. Manca quindi totalmente un fatto disciplinarmente rilevante e, conseguentemente, la fattispecie deve essere ricondotta alla categoria della insussistenza del fatto di della insussistenza del fatto di cui al co. 4 dell'art. 18”*.

In entrambe le fattispecie viene perciò disposta, *ratione temporis*, la tutela reintegratoria attenuata di cui all'art. 18, co. 4 st. lav..

Appare evidente che il legislatore con l'art. 4 del D.lgs 23/2015 abbia voluto semplificare l'attività del giudice concentrando in un'unica fattispecie sanzionatoria, le molteplici ipotesi di vizio inerente alla procedura disciplinare. Senza però tenere in debito conto, il diverso spessore giuridico dei predetti vizi, specie laddove la contestazione del fatto (preliminare all'atto unilaterale di licenziamento), appaia ineludibile per il corretto svolgimento del giudizio. A tal fine, per esempio, si ritiene sufficiente la specificazione dei tratti salienti del fatto nel loro storico verificarsi. Solo in questo modo il prestatore di lavoro viene messo in grado di poter approntare un'adeguata difesa in giudizio. Infatti come esposto in precedenza, se si dovesse applicare pedissequamente l'art. 4 del D.lgs 23/2015, ciò si riverbererebbe sull'art. 3 del medesimo decreto, precludendo al prestatore di lavoro la possibilità della “dimostrazione dell'insussistenza del fatto materiale” con il risultato d'impedire a monte, di poter fruire dell'unica e sottile chance offerta per la reintegra (oltre a rendere sostanzialmente contraddittorie le due disposizioni).

E' necessario poi tenere a mente la giurisprudenza della Suprema Corte, la quale aveva ritenuto il fatto contestato insussistente quando: fosse privo di ogni rilievo disciplinare (Cass. 18418/2016); non possa imputarsi al lavoratore per assenza di consapevolezza e volontarietà (Cass. 10019/2016); viene equiparato a fatto insussistente il fatto contestato con grande ritardo (Cass. 2513/2017); oppure

viene contestato in modo generico (Corte d'appello di Palermo 20/4/2016): essendo invalida la contestazione disciplinare, il fatto è come non contestato e quindi insussistente.

III.5.2 I vizi procedurali secondo il nuovo orientamento delle SS. UU. della Corte di Cassazione n. 30985/2017

Se questo era lo scenario che poteva intravedersi dopo l'introduzione delle norme di cui al D.lgs. 23/2015, la situazione assume tutt'altra fisionomia alla luce del recente intervento delle SS.UU. della Cassazione. Tale pronuncia ha il precipuo scopo di porre fine al contrasto giurisprudenziale creatosi (successivamente alla Legge Fornero) in seno alla medesima Corte di Cassazione²³⁶. Infatti al più risalente filone giurisprudenziale che recepisce i vizi procedurali quali vizi aventi carattere sostanziale o genetico, va ad aggiungersi un altro filone giurisprudenziale che invece attribuisce a tali vizi carattere meramente formale. Pertanto secondo il tipo d'interpretazione a cui pervenivano i giudici, se i vizi procedurali venivano considerati come vizi sostanziali il lavoratore poteva ottenere la condanna del datore alla reintegrazione nel posto di lavoro, viceversa accadeva nel caso in cui tali vizi fossero ritenuti formali. Le SS. UU. della Cassazione, in occasione di una fattispecie in cui si lamentava l'abnorme ritardo nella contestazione per un illecito disciplinare, hanno ritenuto condivisibile la tesi prospettata dal datore di lavoro ricorrente ovvero che il ragguardevole ritardo (ergo l'inerzia, condotta inattiva), insieme al consapevole affidamento al lavoratore di mansioni di rilevante fiducia dopo la scoperta del fatto illecito (condotta attiva) lungi dal doversi presumere/qualificare una rinuncia all'esercizio potestativo del recesso siano piuttosto assimilabili ad una forma d'inadempimento datoriale che attinge a norme comportamentali di carattere generali e più in particolare a quelle della correttezza e della buona fede²³⁷ (artt. 1175 e 1375 c.c.)

²³⁶ Cfr. R. Del Punta, *I dolori del giovane art. 18: note sul licenziamento disciplinare*, in *Csdle.lex.unict.it*, in cui osserva "...le Sezioni unite hanno risolto la questione...anche se lo hanno fatto con passaggi motivazionali non sempre efficaci..."

²³⁷ v. il seguente paragrafo

che, come risaputo, presidiano il contratto in ogni sua fase. In sostanza, escluso che possa versarsi in un'ipotesi di atto negoziale concludente, il ritardo in parola viene ricondotto nell'alveo dei meri vizi procedimentali. Posta in questi termini la questione, la Suprema Corte, sposa la tesi del ricorrente ovvero quella che sia necessario attenersi scrupolosamente alla lettera della legge. Ciò in base a due rilievi, in primis che tale tipologia di ritardo non sia stata specificatamente prevista dal legislatore all'interno delle ipotesi normative che conducono alla reintegrazione nel posto di lavoro e poi che la tutela di cui all'art. 18 comma 6, della Legge 300/1970 nella formulazione post. L. Fornero assorba ogni genere di violazione del procedimento disciplinare ivi inclusa quella in parola. Dal comma 4 dello stesso articolo si apprende inoltre che la tutela reale spetti comunque, sia in caso d'insussistenza del fatto contestato che di sussistenza di una previsione sanzionatoria ad hoc da parte dei CCNL o dei codici disciplinari di riferimento. In conclusione la sentenza de quo viene parzialmente cassata e la causa viene rinviata alla Corte d'appello di Firenze, la quale nella valutazione del caso dovrà attenersi al seguente principio di diritto:

“La dichiarazione giudiziale di risoluzione del licenziamento disciplinare conseguente all'accertamento di un ritardo notevole e non giustificato della contestazione dell'addebito posto a base dello stesso provvedimento di recesso, ricadente ratione temporis nella disciplina della L. 300 del 1970, art. 18 così come modificato dalla L. 28 giugno 2012 n. 92, art. 1, comma 42 comporta l'applicazione della sanzione dell'indennità come prevista dalla L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 5”. Appare evidente che la decisione de quo sia senz'altro riconducibile all'orientamento che interpretava il vizio della tardiva contestazione come vizio puramente formale ciò nel presupposto che tale vizio mai avrebbe potuto mettere in discussione od interferire con la validità del recesso datoriale. Occorre notare che la recente pronuncia, si fonda sia sui principi generali del diritto civile nonché su meccanismi particolari propri dei rapporti contrattuali. Vengono infatti richiamati i principi di correttezza e buona fede da un lato, e le regole dell'inadempimento contrattuale dall'altro. In sintesi il ritardo datoriale nella contestazione dell'illecito non va interpretato come un atto abdicativo del diritto potestativo di recedere dal contratto, ma come un mero inadempimento. Quindi detto inadempimento viene considerato di spessore tale da non poter essere idoneo a far venir meno la decisione datoriale di voler recedere. Fermo

restando comunque che l'illecito disciplinare del prestatore di lavoro sia "materialmente" sussistente.

III.6 La clausola generale di correttezza e buona fede

Giunti a questo punto si rende opportuno un breve "focus" sulla clausola in parola. Certo detta clausola meriterebbe una disamina molto più approfondita in ossequio all'importanza che assume nelle dinamiche relative al licenziamento disciplinare (specie dopo la recente pronuncia giurisprudenziale) pur tuttavia si ritiene conveniente non spostare troppo l'attenzione rispetto al tema principale del presente elaborato.

Com'è noto, il rapporto contrattuale, viene regolato sia in base alla volontà delle parti, così come cristallizzata nel contratto che, in via integrativa, dalla legge. In linea di massima, la legge riconosce alle parti la c.d. autonomia contrattuale, ovvero la capacità giuridica di auto-determinarsi nello svolgimento del rapporto contrattuale che li riguarda. Ciò ovviamente entro e con l'osservanza dei limiti imposti dalla legge. La legge interviene quindi solo in funzione integrativa o suppletiva rispetto alle regole che le parti hanno di comune accordo prestabilito. Questo significa che se sorgesse "un'incomprensione" riguardo all'oggetto, ai tempi o ai modi della prestazione dovuta oppure riguardo all'interesse che una delle parti intendeva perseguire, le stesse possono alternativamente tentare di puntualizzare meglio l'accordo, ovvero nel caso in cui ciò non fosse possibile, ricorrere alle norme integrative del codice civile.

Nella sfera lavorativa, posto il carattere fiduciario che lo connota, la situazione è alquanto più delicata. La distinzione tra l'inadempimento lieve (o di scarsa importanza) e quello grave²³⁸, è più sottile, ben potendo - come precedentemente esposto - anche un lieve inadempimento essere visto sotto una lente diversa, e

²³⁸ Per un approfondimento, Collura, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992; Turco, *Imputabilità e importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa*, Catania, 1992, 137; Scalfi, *Risoluzione del contratto*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII; Spallarossa, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, in Alpa e Bessone, *I contratti in generale*, IV, t. 2, Torino, 1991, 835

rilevare come giusta causa di licenziamento²³⁹. Questo in virtù del fatto che non è possibile trattare allo stesso modo qualunque rapporto di lavoro prescindendo dal contesto concreto dello specifico rapporto lavorativo. Detto questo, vediamo cosa prevedono in particolare gli artt. 1175 e 1375 c.c.. Tali norme indicano il generico canone di comportamento dovuto dal debitore e dal creditore, rispettivamente, secondo “correttezza” e “buona fede²⁴⁰”. Si tratta di un canone di comportamento “...ampio e complesso...²⁴¹” e pur tuttavia non esattamente definito, lo stesso è presente in vari ambiti del diritto, ma nella dimensione lavorativa assume “le sembianze di un fenomeno carsico, dal flusso talvolta sotterraneo, talvolta più visibile e consistente²⁴²”. Il codice civile, ripete agli artt. 1337, 1366 e 1358 il canone de quo, a proposito delle trattative contrattuali, dell’interpretazione del contratto e del comportamento delle parti in pendenza della condizione. Autorevole dottrina²⁴³ afferma che il principio della correttezza “...è espressione di un generale criterio, ispiratore sostanzialmente di tutte le civiltà moderne, secondo il quale l’esercizio dei diritti e l’adempimento dei doveri non può contrastare o prescindere dall’osservanza delle regole della correttezza”. Costituisce dunque uno strumento attraverso il quale il comportamento dei contraenti viene pienamente convogliato alla realizzazione dell’interesse che intendevano perseguire²⁴⁴. Di conseguenza viene neutralizzato qualunque comportamento, che avvantaggiando la singola parte, si ponga in contrasto con il predetto fine. Per poter giungere a questo risultato il giudice non applica una norma giuridica astratta riconducendola ai fatti del caso concreto, ma fa esattamente l’operazione inversa, ovvero sia parte dal fatto concreto pervenendo alla concretizzazione della clausola generale. In definitiva, individua “...la norma

²³⁹ Al riguardo si richiamano i precedenti paragrafi dedicati alla specifica trattazione dell’argomento della giusta causa di licenziamento

²⁴⁰ Mengoni L., *Autonomia privata e Costituzione*, in Banca Borsa, 1997, 9, afferma che “i due termini essendo equivalenti, possono congiungersi in una endiadi”

²⁴¹ Cfr. Campanella P., *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in A.a.V.v., *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Aidlass, Roma 29-30 maggio 2014, Milano, 2015, p. 213 e ss.; Cfr. Montuschi, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, 723; Cfr. Saffioti M. T., *Le clausole generali di buona fede e la posizione del lavoratore*, Torino, 1999, 212; Cfr. Tullini P., *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, 1990.

²⁴² Perulli A., *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, 3

²⁴³ Inzitari B., *La regola della correttezza o della buona fede in senso oggettivo*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2003, p. 495.

²⁴⁴ Rodotà S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 152

sociale di condotta, con una decisione corrispondente ad un giudizio di valore²⁴⁵”. L’assenza di una fattispecie normativa astratta a cui riferirsi, lascia infatti al giudice una certa discrezionalità nell’individuazione dei parametri oggettivi più adeguati al caso concreto²⁴⁶. Alcuni giuristi osservano che il giudice assuma in questo modo quasi un ruolo creativo, mentre parte della dottrina, ritiene che sia proprio la giurisprudenza a svalutare detto canone, reputandola di fatto ininfluente “clausola di stile priva di contenuti precettivi²⁴⁷”. Com’è stato di recente affermato²⁴⁸ le clausole generali sono costituite da termini o sintagmi aventi natura valutativa “caratterizzati da indeterminatezza semantica diversa dalla vaghezza di grado, dalla vaghezza combinatoria, dall’ambiguità: il significato non è determinabile, se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti”. La voluta elasticità di siffatte clausole costituisce oggi come allora, un’apertura alle nuove esigenze di una società in trasformazione economica e sociale, consentendo all’uopo che il diritto vi si adegui costantemente.

Una volta delineato il perimetro d’indagine, tornando alla pronuncia della Cassazione a SS. UU., ci si chiede se la volontà effettiva di entrambe le parti sia stata correttamente compresa, rispettata ed integrata. Come sopra accennato, infatti, il canone della buona fede ha lo scopo di permettere la realizzazione dell’interesse che le stesse intendevano perseguire. Per cui il giudice ha il compito di individuare se il comportamento tenuto da una delle parti sia compatibile con l’intento che le stesse intendevano perseguire. Si tratta dunque (come pacificamente ritenuto dalla dottrina) di una questione legata al caso concreto della vicenda, e per tale ragione sembrerebbe rimessa, in via esclusiva, al prudente apprezzamento del giudice di merito. Dunque quella dell’individuazione della buona fede, rispetto al caso concreto, non pare essere questione che competa al giudice delle leggi (neanche in via incidentale e indiretta). Solo il giudice del

²⁴⁵ Campanella P., *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in A.a.V.v., *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Aidlass, roma 29-30 maggio 2014, Milano, 2015, p. 224, 234.

²⁴⁶ Cannata C. A., *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, Rescigno, IX, Torino, 1999, 43, secondo cui il principio di buona fede deve essere individuato dall’interprete, ed in ultima analisi, dal giudice caso per caso

²⁴⁷ Castelvelli L., *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2001, p. 242.

²⁴⁸ Velluzzi V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, 2010, p. 9

merito è in grado, ed in diritto, di conoscere il concreto svolgimento della vicenda processuale, e di attribuire un significato specifico al comportamento delle parti e, nel caso di intervenire, allo scopo di neutralizzare la condotta “inadempiente”. In definitiva il giudice non fa altro che integrare la volontà delle parti attraverso lo strumento delle clausole de qua. Pertanto “assegnare” in maniera definitiva, un qualunque determinato contenuto/significato alle predette clausole, sembrerebbe contraddire²⁴⁹ quanto da sempre insegnato dalla dottrina. La buona fede e la correttezza sono, per antonomasia, concepite e strutturate come clausole “elastiche”, ciò proprio nel presupposto logico-giuridico (da parte della dottrina) che si appunta nell’astratta indeterminatezza del loro contenuto²⁵⁰. D’altra parte, proprio in virtù di quanto appena nucleato, occorre riferire che esiste un differente orientamento dottrinario che sostiene che la buona fede necessita di una definizione, altrimenti sarebbe impossibile poter valutare la congruità della motivazione di una sentenza che si fonda sui principi di buona fede. Ciò implicherebbe che la decisione sfugga al controllo di razionalità sulle scelte del giudicante²⁵¹.

²⁴⁹ Cfr. Rodotà S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, 190; Cfr. Natoli U., *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1974, I, 35. Quest’ultimo pone l’accento che il contenuto della clausola in parola varia a seconda dei contesti storici, culturali, etici e ideologici di riferimento

²⁵⁰ Bessone M. – D’Angelo A., voce Buona fede, in *Enc. Giur. Treccani*, V, 2 e 7. Sul difficile cammino verso l’individuazione delle figure sintomatiche, dove si osserva che la buona fede sfugge ad una definizione unitaria, essendo impossibile definirla; Cfr. Fiori R., *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica*, I, p. 174, che invece sostiene l’impossibilità di definire siffatta clausola con completezza

²⁵¹ Dolmetta A. A., *La fideiussione bancaria attiva nell’evoluzione giurisprudenziale e dottrinale*, in *Banca borsa e tit. credito*, 1992, I, 26; Id. voce “exceptio doli generalis”, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1197, 7

III.7 Il licenziamento per giusta causa conseguente ad un fatto lecito ed extra-lavorativo: alcuni dubbi applicativi

Come precedentemente ricordato (al capitolo I), la giusta causa di licenziamento può configurarsi anche rispetto a condotte di per sé, astrattamente lecite, ma che se riferite ad uno specifico contesto lavorativo, siano (oggettivamente) capaci di produrre un gravissimo nocumento al datore di lavoro, o più correttamente all'attività produttiva dello stesso. A tal fine infatti, possono rilevare talune condotte del prestatore che pur riguardando la sfera privata, siano di gravità tale da minare in radice il vincolo fiduciario. In particolare, le condotte in parola assumono rilevanza se contestualizzate alla posizione ricoperta dal prestatore di lavoro all'interno dell'azienda ovvero alle circostanze di tempo e di luogo, o più in generale, ad ogni fattore/circostanza che possa fungere da collegamento esterno- interno e risultare perciò in contrasto con gli interessi materiali o immateriali dell'azienda. Ebbene questo consolidato orientamento della giurisprudenza, per gli assunti post 7 marzo 2015, potrebbe incontrare delle serie difficoltà applicative. Infatti, in base al nuovo regime di tutele per il licenziamento illegittimo, il giudice deve in primo luogo accertare la sussistenza materiale del fatto, cioè deve limitarsi a prendere cognizione del fatto nel suo naturale accadimento, lasciando fuori ogni altra valutazione che si risolva in un sindacato giuridico dello stesso, o sulla proporzionalità della sanzione. Perciò se un fatto, pur essendo materialmente sussistente, risulti *ictu oculi* privo di antiggiuridicità²⁵², il giudice, ha l'obbligo (*sic et simpliciter*) di ritenerlo come insussistente²⁵³, essendogli preclusa ogni altro tipo di indagine sul fatto diversa da quella utile ad appurare l'esistenza materiale del fatto in senso puramente naturalistico. Quindi nel caso in cui si versi in un licenziamento per giusta causa in cui si contesti una condotta non ritenuta (espressamente) dalla legge o da norme pattizie come illecita o sanzionabile, al giudice non resterebbe da far altro che ordinare la

²⁵² In questo caso infatti non potrebbe parlarsi di sindacato utile alla qualificazione giuridica del fatto posta la non necessità di alcun accertamento al riguardo

²⁵³ Pur restando l'onere probatorio in capo al datore di lavoro, quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, al giudice parrebbe preclusa ogni attività che in qualche modo postuli, anche indirettamente, un giudizio valutativo sulla proporzionalità della sanzione irrogata

reintegrazione e condannare al risarcimento del danno²⁵⁴. Secondo la disposizione degli artt. 2 e 3 del D.lgs. 23/2015, l'attività del giudice si scinde in due distinti momenti, in primo luogo l'esistenza formale del fatto (accertamento della sussistenza o insussistenza del fatto), e solo qualora ritenga il fatto sussistente, deve passare al secondo step che prevede una valutazione più approfondita che include quella sulla proporzionalità del fatto. La scissione in due diversi momenti, viene resa possibile proprio dalla voluta e netta distinzione tra fatto materiale e giuridico. Il legislatore ha dunque voluto ancorare la sussistenza del fatto al riscontro immediato dei tratti materiali dello stesso. Ne deriva che se un fatto non si appalesi, già sotto il profilo materiale subito come antiggiuridico, l'accertamento del fatto risulterà negativo. La contestualizzazione del fatto, richiederebbe invece, oltre all'accertamento "formale" del fatto un'ulteriore attività che sia protesa a valutare più nel dettaglio le circostanze concrete del fatto. Talvolta infatti può accadere che sia necessario appurare ulteriori elementi rispetto alla semplice "naturale manifestazione" del fatto, ed in particolare l'impatto psicologico di una determinata condotta all'interno di una specifica realtà aziendale. A titolo puramente esemplificativo, può richiamarsi l'ipotesi di una condanna penale (per fatti intervenuti nella sfera privata²⁵⁵), in cui nel secondo grado di giudizio, venga appurata l'innocenza penale dell'incolpato. Tale condotta, dal punto di vista

²⁵⁴ Cfr. Tribunale di Milano, sent. 5/10/2016, in una vicenda ricadente nel campo di applicazione del D.lgs. 23/2015, in cui viene ritenuto che la mancata costituzione della resistente, ed il correlato inassolvimento dell'onere di allegazione e prova, non può che integrare gli estremi della manifesta insussistenza della giusta causa adotta, cui seguiranno le conseguenze di cui all'art. 3, 2° comma D.lgs. 23/2015, con ordine di reintegrazione del ricorrente e condanna della società al pagamento delle retribuzioni maturate dalla data del licenziamento al saldo effettivo, oltre al pagamento dei contributi assistenziali e previdenziali, e delle spese di lite, che liquida come in dispositivo

²⁵⁵ Cfr. anche la sent. Cass. n. 2168/2013, in cui si era ritenuta valida, ai fini del licenziamento l'equiparazione ad una sentenza di condanna dell'intervenuto patteggiamento della pena. Si tratta di un licenziamento intimato per giusta causa a un dipendente postale che aveva patteggiato una pena per il reato di violenza sessuale, attribuendo rilevanza al forte disvalore sociale dei fatti e all'eco avutane dalla stampa, nonché alla posizione del dipendente, quale coordinatore di circa trenta unità addette al recapito, in ragione della responsabilità e preminenza rispetto ai componenti della squadra, attribuendo rilievo al fatto che le condotte poste in essere fossero connotate da un "abuso delle funzioni di guida e responsabilità connesse alla veste di capo...". Cfr. 2550/2015; R. Fabozzi, *Rilevanza dei comportamenti extralavorativi e risoluzione del rapporto di lavoro*, in *MGL*, 2015 492 ss.; F. M. Gallo, *Quando l'obbligo di fedeltà si estende ai comportamenti extralavorativi*, in *LG*, 2015, 599; C. Pisani: *"Il bancario pistolero": il licenziamento per fatti extralavorativi di rilevanza penale*, in *MGL*, 2014, 424 ss

datoriale, pur non essendo penalmente rilevante, potrebbe però essere comunque ritenuta idonea ad incidere irrimediabilmente il vincolo fiduciario in ambito lavorativo. Circoscrivere, l'accertamento del fatto al suo naturale (ergo materiale) accadimento, comporterebbe quindi lasciare fuori dal giudizio sulla "sussistenza del fatto", ogni fattispecie/circostanza che richieda anche una minima valutazione utile ad evincere la compresenza non solo degli elementi materiali del fatto ma anche di quelli immateriali. La c.d. contestualizzazione del fatto, implica invece una valutazione complessiva sia del fatto materiale che di tutte le circostanze che rendono tale fatto disciplinarmente rilevante dal punto di vista giuslavorativo. Senza un siffatto tipo di valutazione, alcune volte, un fatto, pur mettendo in crisi la futura prosecuzione del rapporto di lavoro, risulterebbe privo di qualunque anti giuridicità. In conclusione, l'accertamento della sussistenza del fatto dell'inadempimento contrattuale ovvero dell'intervenuta lesione del vincolo fiduciario, non può prescindere anche da una attività giuridico-valutativa da parte del giudice, altrimenti si giungerebbe al paradosso, che talune condotte, seppur gravissime, dovrebbero ritenersi processualmente non censurabili.

III.8 L'Ordinanza del Tribunale di Roma del 26/07/2015

L'introduzione del nuovo regime di tutele, aveva nell'immediato indotto parte della dottrina ad ipotizzare una manifesta causa d'illegittimità costituzionale²⁵⁶. Occorre ora invece volgere lo sguardo alla concreta questione di costituzionalità sollevata di recente dal Tribunale di Roma²⁵⁷. Sebbene questa si innesti su una fattispecie di licenziamento per motivi oggettivi la stessa involge in toto il regime di tutele introdotto con il D.lgs. 23/2015, posto che mette in dubbio la legittimità dell'impianto indennitario contemplato negli artt. 3 e 4 del precitato decreto. Appare evidente, che essendo il regime di tutele in parola incentrato sull'indennizzo, la questione di legittimità costituzionale che si appunta proprio su quest'ultimo, riveste rilevanza fondamentale. La questione de qua, infatti verte esclusivamente sul quantum indennitario previsto dal nuovo regime di tutele del licenziamento illegittimo, che si assume non essere adeguato sotto il profilo psicologico della dissuasività della sanzione e quello concreto della compensatività dell'indennizzo. Quanto ai profili che mettono invece in dubbio la struttura genetica delle disposizioni del decreto, essi vengono sommariamente esposti dal giudice di merito, ma non entrano a far parte del "petitum", per cui probabilmente non saranno prese in considerazione dai giudici della Consulta. In particolare l'illazione che la convenuta abbia voluto "...lucrare sul beneficio dello sgravio contributivo", seppur astrattamente possibile, nel caso concreto, manca di idonea e certa dimostrazione. Né tantomeno potrebbe essere possibile, far derivare da una norma - finanche incostituzionale - l'esistenza di una presunta intenzione contra-*legem* di coloro che se ne avvalgono. Ciò che i giudici della Consulta invece dovranno senz'altro tenere conto sono le specifiche argomentazioni usate a sostegno dell'inadeguatezza dell'indennizzo (che riguardano alcune pronunce CESD, la normativa prevista dalla Carta sociale europea, nonché ovviamente le norme costituzionali che si ritengono violate artt. 3, 76 e 117), essendo tali

²⁵⁶ ossia quella della possibile inconciliabilità del D.lgs 23/2015 con l'art. 3 Cost., in virtù della previsione di un differente regime di tutele applicabile, che discriminando i lavoratori in base alla data di assunzione, creerebbe due categorie giuridiche di lavoratori traducendosi in una illegittima disparità di trattamento

²⁵⁷ Tribunale di Roma, Ordinanza del 26/7/2017

argomentazioni più incisive e concrete, ma soprattutto direttamente pertinenti all'oggetto della domanda. Entrando più nel dettaglio, con Ordinanza del 26/07/2017 il Tribunale di Roma, rimette alla Corte Costituzionale, la questione relativa all'entità dell'indennizzo in caso di licenziamento illegittimo. Detta vicenda prende le mosse da un licenziamento ritenuto illegittimo, che rientra nel campo di applicazione delle tutele di cui alla D.lgs. 23/2015, in quanto trattasi di un'assunzione avvenuta in data 11.05.2015. Considerata l'importanza della questione si riportano integralmente alcuni stralci, specie della motivazione adottata nella precitata ordinanza: "...a seguito di crescenti problematiche di carattere economico - produttivo che non ci consentono il regolare proseguimento del rapporto di lavoro, la Sua attività lavorativa non può più essere proficuamente utilizzata dall'azienda. Rilevato che non è possibile, all'interno dell'azienda, reperire un'altra posizione lavorativa per poterla collocare, siamo costretti a licenziarla per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della legge 15 luglio 1966 n. 604". Peraltro, nel corso del giudizio secondo il giudice: "nella dichiarata contumacia della società convenuta, va preso atto che questa non ha adempiuto all'onere di dimostrare la fondatezza della motivazione adottata, peraltro estremamente generica e adattabile a qualsivoglia situazione, dunque in sostanza inidonea ad assolvere il fine cui tende l'onere motivazionale (cfr. Cass. Sez. Lav. n. 7136/2002); né la convenuta ha contestato le dimensioni occupazionali indicate dalla ricorrente e dunque la tutela applicabile per legge alla lavoratrice nel caso di specie...è costituita dagli artt. 3 - 4 del D.Lgs. n. 23/2015. Ritene questo giudice che, a fronte della estrema genericità della motivazione adottata e della assoluta mancanza di prova della fondatezza di alcune delle circostanze brevemente accennate nell'espulsione, il vizio ravvisabile sia il più grave fra quelli indicati, vaie a dire la " non ricorrenza degli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo" (nel linguaggio del legislatore del 2015), ovvero la "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. in sintesi, se fosse stata assunta prima del 7 marzo 2015, la ricorrente avrebbe goduto della tutela reintegratoria e di una indennità commisurata a dodici mensilità (essendo trascorsi oltre 12 mesi fra l'espulsione e la prima udienza) ovvero, applicando il comma 5 dell'art. 18, della sola tutela indennitaria fra le 12 e le 24 mensilità; mentre, per essere stata assunta dopo quella data, ha diritto soltanto a quattro mensilità, e solo in quanto la

contumacia del convenuto consente di ritenere presuntivamente dimostrato il requisito dimensionale, altrimenti le mensilità risarcitorie sarebbero state due. Anche nel caso si ravvisasse un mero vizio della motivazione, la tutela nel vigore dell'art. 18 sarebbe stata molto più consistente (6 - 12 mensilità risarcitorie a fronte di 2). Il contrasto con la Costituzione, si badi, non si ravvisa in ragione dell'avvenuta eliminazione della tutela reintegratoria..viene qui formulato, invece, in ragione della disciplina concreta dell'indennità risarcitoria che, nel compensare solo per equivalente il danno ingiusto subito dal lavoratore, è destinata, oggi, altresì a prendere il posto del concorrente risarcimento in forma specifica costituito dalla reintegrazione (divenuta tutela per pochi casi di eccezionale gravità) e dunque avrebbe dovuto essere ben più consistente ed adeguata. La Corte costituzionale ha invero affermato a più riprese, da ultimo nella citata pronuncia n. 303/2011, che "la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale" (sentenza n. 148 del 1999), purché, però, sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991): ed è appunto questo lo specifico profilo rispetto al quale la normativa in oggetto non si sottrae al dubbio di costituzionalità. Contrasto con l'art 3 Cost...: La previsione di una indennità in misura così modesta, fissa e crescente solo in base alla anzianità di servizio non costituisce adeguato ristoro per i lavoratori assunti dopo il 7.3.2015 e ingiustamente licenziati e viola il principio di uguaglianza. In altre parole, il regresso di tutela per come irragionevole e sproporzionato viola l'art. 3 Cost. differenziando fra vecchi e nuovi assunti, pertanto non soddisfa il test del bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco imposto dal giudizio di ragionevolezza. Si rifletta, infatti, sulle seguenti circostanze sintomatiche della mancanza di carattere compensativo dell'Indennità:

l'assunzione della ricorrente ha consentito al datore di lavoro la fruizione di uno sgravio contributivo per 36 mesi previsto dalla legge n. 190/2014 di importo molto più consistente della condanna che riceverà nella presente sede: di fatto il legislatore incoraggia, con tali misure, comportamenti opportunistici e di dumping sociale; mentre dal canto suo la ricorrente in cambio di pochi mesi di lavoro e di un modesto risarcimento avrà molte più difficoltà a reperire una nuova occupazione in quanto non porterà più con sé la "dote" dello sgravio;

-la misura fissa dell'indennità non consente al giudice di valutare in concreto il pregiudizio sofferto, né con riguardo al fenomeno di free riding della convenuta sopra descritto, né con riguardo alla gravità del vizio riscontrato (la motivazione, pur presente, è tautologica e generica al massimo) né con riguardo alla durata del processo, giungendo ad apprestare identica tutela a situazioni molto dissimili nella sostanza; come si ricorderà, proprio l'esistenza di margini di valutazione riferiti ai criteri di cui all'art. 8 della legge n. 604/1966 costituì fondamento, significativamente, della pronuncia di rigetto della questione di costituzionalità dell'art. 32 l. n. 183/2010 in riferimento all'art. 3 Cost. (sent. n. 303/2011). Le dette circostanze sono altresì sintomatiche della mancanza del carattere dissuasivo della sanzione, poiché, come si è detto, il licenziamento illegittimo disposto dopo pochi mesi di lavoro assistito dalla fruizione dello sgravio contributivo costituisce un "affare" per il datore di lavoro che incentiva, anziché dissuadere, comportamenti di free riding senza rischio alcuno, dal momento che, appunto, l'indennità che il datore dovrà pagare all'esito del giudizio è fissa, predeterminata e prescinde dalla gravità dell'illegittimità, per cui una "pseudomotivazione" come quella all'esame (parafrasabile in un "ti licenzio perché ci sono le condizioni per licenziarti") equivale, quoad poenam, a qualsiasi altra motivazione riscontrata nei fatti come infondata. E' noto, incidentalmente, che il giudice di legittimità ritiene ormai superato quell'orientamento, già dominante, che escludeva il carattere sanzionatorio (oltre che compensativo - riparatorio) della responsabilità civile e ritiene tale aspetto pienamente compatibile con i principi generali del nostro ordinamento (cfr. Cass. S.U. n. 9100/2015): da ultimo le Sezioni Unite il 5 luglio 2017 (sent. n. 16601), nel dichiarare la compatibilità, nella ricorrenza di determinati presupposti, dell'istituto di origine statunitense dei c.d. "risarcimenti punitivi" hanno statuito che "nel vigente ordinamento" "" alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sorto interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile:

offrendo una panoramica di ipotesi risarcitorie con effetti anche dissuasivi di recente istituzione nella quale compare anche l'art. 18, comma 2 della l. n. 300/1970, laddove prevede, per i casi di licenziamento illegittimo assoggettati alla tutela reintegratoria, anche una misura minima pari a cinque mensilità della

retribuzione globale di fatto quale indennità risarcitoria posta a carico del datore di lavoro; nonché l'indennità forfettizzata per l'illegittimità della pattuizione del termine apposto al contratto di lavoro di cui all'art. 32 della l. n. 183/2010 che la citata pronuncia della Corte costituzionale n. 303/2011 ha valutato immune da vizi di costituzionalità (oltre che per la possibilità di una discrezionalità valutativa sul quantum, come accennato) anche sulla base della sua "chiara valenza sanzionatoria", evidenziata dalla eliminazione della possibilità di sottrarre l'aliunde perceptum. Se dunque non solo di una compensazione ma anche di una sanzione si tratta, il giudizio di adeguatezza si impone perché una quantificazione irrisoria, come nel caso che ci occupa, si risolve in un incentivo all'inadempimento, anziché il suo opposto. La disparità di trattamento irragionevole emerge, infine, pienamente dal confronto:

-non solo fra lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015, anche nella medesima azienda;

-e non solo fra lavoratori licenziati con provvedimenti affetti da illegittimità macroscopiche ovvero da vizi meramente formali, tutti irragionevolmente tutelati, oggi, con un indennizzo del medesimo importo, ma anche, quanto agli assunti dopo il 7.3.2015, fra dirigenti e lavoratori privi della qualifica dirigenziale, dal momento che i primi, non soggetti alla nuova disciplina, continueranno a godere di indennizzi di importo minimo e massimo ben più consistente.

Viene poi ravvisato da parte del giudice il contrasto con l'art. 4 e l'art 35 della Cost. per i seguenti motivi: "L'art. 4 della Costituzione ("la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto") e l'art. 35, comma 1 ("la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni") non possono dirsi invertevoli in una normativa come quella all'esame, che sostanzialmente "valuta" il diritto al lavoro, come strumento di realizzazione della persona e mezzo di emancipazione sociale ed economico, con una quantificazione tanto modesta ed evanescente, in comparazione con la normativa ex lege 92/2012 ancora vigente, ed oltretutto fissa e crescente in base al parametro della mera anzianità; quasi un ripristino di fatto della libertà assoluta di licenziamento (la cui contrarietà alla Costituzione è espressamente affermata nella sentenza n. 36/2000 della Corte costituzionale) che annulla l'effetto "vincolistico" derivante dall'esistenza di fattispecie autorizzate inderogabili (giusta causa e

giustificato motivo). Le tutele dei licenziamenti, inoltre, hanno una rilevanza che va ben oltre la specifica vicenda del recesso e la tutela della stabilità di reddito e occupazione, poiché sostengono la forza contrattuale del lavoratore nella relazione quotidiana sul luogo di lavoro. Di più: una tutela efficace nei confronti di un licenziamento ipoteticamente ingiustificato - diritto non a caso espressamente sancito a livello internazionale, come meglio si dirà - protegge le libertà fondamentali di lavoratrici e lavoratore nei luoghi di lavoro: la libertà di espressione e di dissenso, la difesa della dignità quando questa sia minacciata da superiori o colleghi, la difesa e pretesa dei propri diritti, la possibilità di attivarsi sindacalmente se lo si desidera, ecc.”

Il sistema del Jobs Act ed in particolare, per quanto qui interessa, la quantificazione dell'indennità in discorso, è all'opposto costruito su una consapevole rottura del principio di uguaglianza e solidarietà nei luoghi di lavoro che non può non spiegare i propri effetti anche sugli altri diritti dei lavoratori costituzionalmente tutelati (libertà sindacale, libertà di espressione eccetera). Si rileva anche un contrasto con gli artt. 76 e 117 della Cost.:

L'adozione di misure adeguate e necessarie a garantire il diritto al lavoro costituisce una specifica finalità della politica sociale dello Stato che la repubblica deve perseguire anche tramite la stipula di accordi internazionali e la partecipazione in organizzazioni internazionali (art. 3.5, comma 3 della Costituzione). In conformità alle previsioni dell'art. 117 Cost., la Repubblica accetta, nell'esercizio della sua potestà legislativa sovrana, i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali che assumono, quindi, carattere di norme interposte comunque idonee a rappresentare un parametro di costituzionalità del diritto interno (cfr. Corte Cost. n. 348 e 349 del 2007). L'art. 76 Cost., inoltre, prevede che "l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti", con la conseguenza che anche del rispetto di detti principi e criteri si può dibattere in sede di legittimità costituzionale dei decreti legislativi. Con riferimento al licenziamento per giustificato motivo, in particolare, il comma 7 dell'art. 1 della legge delega n. 183/2014 indica quale criterio generale la "coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali Orbene, alla luce delle

superiori considerazioni, là normativa in esame non appare conforme: -all'art. 30 della nota Carta di Nizza (ora “carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”) che impone agli Stati membri di garantire una adeguata tutela in caso di licenziamento ingiustificato;

-alla Convenzione ILO n. 158/1982 sui licenziamenti, che prevede che, qualora il licenziamento sia ingiustificato, Se il giudice o gli organismi competenti a giudicare l'atto di recesso "non hanno il potere di annullare il licenziamento e/o di ordinare o di proporre il reintegro del lavoratore, o non ritengono che ciò sia possibile nella situazione data, dovranno essere abilitati ad ordinare il versamento di un indennizzo adeguato o ogni altra forma di riparazione considerata come appropriata": all'art. 24 della Carta Sociale europea, che stabilisce: "per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s'impegnano a riconoscere: a) il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio; b) il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione". La congruità e l'adeguatezza del ristoro garantito ai lavoratori e dunque il rispetto dei principi posti da questa ultima fonte è stato oggetto di diverse pronunce del Comitato Europeo dei Diritti sociali (CESD), che, pur dando atto che la misura può anche non essere di natura ripristinatoria bensì meramente indennitaria, ha statuito che il ristoro deve essere adeguato (dal punto di vista del lavoratore) e dissuasivo (dal punto di vista del datore di lavoro) e dunque, in sostanza, costituisce conferma a livello sovranazionale di quanto sin qui detto. Con due distinte decisioni del 31 gennaio 2017, complaints n. 106/2014 e 107/2014 entrambi nei confronti della Finlandia, il CESD, ha interpretato l'articolo 24 della Carta sociale europea a seguito di un ricorso collettivo promosso dalla Finnish Society of Social Rights, che aveva lamentato la violazione dell'art. 24 della Carta in relazione alle disposizioni nazionali finlandesi che prevedevano, da un lato, le condizioni per intimare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo e, dall'altro lato, la responsabilità datoriale in caso di recesso illegittimo. Il CESD ha specificato che, ai sensi della Carta, ai dipendenti licenziati senza giustificato motivo deve essere concesso un adeguato indennizzo o altro adeguato rimedio; e che è ritenuta adeguata compensazione quella che include: il rimborso delle perdite economiche subite tra

la data di licenziamento e la decisione del ricorso; la possibilità di reintegrazione; la compensazione ad un livello sufficientemente elevato per dissuadere il datore di lavoro e risarcire il danno subito dal dipendente ("compensation at a level high enough to dissuade the employer and make good the damage suffered by the employee"). Né deriva che, in linea di principio, qualsiasi limite risarcitorio che precluda una compensation commisurata alla perdita subita e non sia sufficientemente dissuasiva è in contrasto con la Carta.

Nella specie, la legislazione finlandese prevedeva il limite di 24 mesi di retribuzione quale limite massimo al risarcimento del danno da licenziamento illegittimo. In tale contesto, il Comitato rileva che il limite massimo dell'indennizzo previsto dalla legge può portare a situazioni in cui risarcimento attribuito non è commisurato alla perdita subita: ne deriva che il plafonnement dell'indennità integra una violazione dell'art. 24 della Carta. Anche nelle conclusioni del 2016 relative alla legislazione italiana in vigore nel 2014 (e dunque alla legge n. 92/2012) il Comitato ha ricordato che è vietato qualunque tetto tale da determinare alle indennità riconosciute di non essere in rapporto con il pregiudizio subito e sufficientemente dissuasive. E' vero che nella Carta Sociale manca una Corte con poteri analoghi a quelli che, a tutela dei diritti Umani, sono attribuiti alla Corte di Strasburgo, in grado cioè di esercitare una vera e propria giurisdizione: sono infatti previsti solo reclami collettivi, disciplinati dal Protocollo addizionale della Carta, ossia una procedura ristretta tendente al controllo degli obblighi sottoscritti dagli Stati all'atto della ratifica e accettazione della Carta sociale europea; procedura che dà luogo, all'esito, ad un rapporto al Comitato dei Ministri nel quale si stabilisce "se la Parte contraente in causa abbia o non provveduto in maniera soddisfacente all'attuazione della norma della Carta oggetto del reclamo", a seguito del quale il Comitato dei Ministri, a sua volta, può adottare una risoluzione (a maggioranza di due terzi dei votanti) contenente una raccomandazione alla Parte contraente chiamata in causa, qualora il Comitato europeo dei diritti sociali abbia rilevato "un'attuazione non soddisfacente della Carta" (art. 9 del protocollo addizionale).

Nondimeno, la Carta Sociale deve essere considerata, al pari della CEDU, quale fonte interposta (ed in tal senso Corte Cost. n. 178/2015); in ogni caso, come accennato, la ritenuta violazione di principi sovranazionali va a supportare la

valutazione di contrasto della normativa all'esame con gli artt. 3, 4 e 35 Cost. sotto il profilo della giustificazione della disparità di trattamento fra lavoratori in cerca di occupazione e lavoratori già occupati al marzo 2015 e della violazione dell'impegno a promuovere gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro (terzo comma dell'art. 35).

3. Rilevanza del quesito e impraticabilità dell'interpretazione conforme

L'accoglimento della prospettata questione di costituzionalità consentirebbe, nel caso di specie, di riconoscere alla ricorrente una tutela compensativa del reale pregiudizio subito, che sarebbe in tal caso costituita dalla tutela di cui all'art. 18, commi 4 e 7 (in subordine, comma 5) della legge n. 300/1970 come modificata dalla legge n. 92/2012; e di porre un rimedio (latamente sanzionatorio oltre che compensativo) al comportamento della odierna convenuta che evidentemente ha inteso lucrare il beneficio contributivo assumendo una lavoratrice di cui poi si è sbarazzata con un licenziamento pseudomotivato. L'opzione interpretativa di conformità consistente nell'ampliare la sfera applicativa della tutela reintegratoria piena con riferimento agli "altri casi di nullità previsti dalla legge", Superando quell'orientamento (a livello nazionale tuttora maggioritario) che esige la dimostrazione, da parte del lavoratore, del motivo illecito determinante la condotta del datore di lavoro (art. 1345 c.c.) appare una forzatura interpretativa (consentita solo se la Corte costituzionale adita dovesse indicare tale via con una pronuncia interpretativa di rigetto del quesito): tale opzione nella sostanza si risolverebbe in una equiparazione fra licenziamento ritorsivo, ovvero in frode alla legge, e licenziamento (gravemente, ma solamente) ingiustificato. In assenza di riscontro nelle conclusioni del ricorso, essa appare anche, nel caso di specie, contrastare col principio che la causa petendi delazione proposta dal lavoratore per contestare la validità e l'efficacia del licenziamento va individuata nello specifico motivo di illegittimità dell'atto dedotto nel ricorso introduttivo (cfr. da ultimo Cass. sez. lav. n. 7687/2017), per cui appare viziata da ultrapetizione, in ipotesi, la declaratoria di nullità del licenziamento in quanto ritorsivo, sia pure sulla base di circostanza emergenti dagli atti, allorché il ricorrente abbia dedotto soltanto la mancanza di giusta causa (cfr. Cass. sez. lav. n. 19142/2015). A questo giudice non si riconosce, infine, il potere, in sede di interpretazione conforme, di determinare in base al proprio personale convincimento, la sanzione adeguata in

caso di licenziamento illegittimo, né tanto meno il potere di applicare al caso concreto una norma diversa da quella prevista dal legislatore (in ipotesi applicando l'art. 18 l. n. 300/1970, in luogo dell'art. 3 d. lgs. n. 23/2015), non potendo l'interpretazione conforme risolversi, com'è noto, in un effetto abrogativo. “In conclusione, ed alla luce delle esposte considerazioni, ritiene questo giudice di dover ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle norme indicata in dispositivo in relazione ai profili sopra esposti”.

Ebbene, in un'ottica che cerchi (malgrado tutto) di sostenere le ragioni del legislatore, si potrebbe dedurre che l'ordinanza in commento, non va a mettere in discussione la costruzione dell'impianto di tutela di cui al d.lgs. 23/2015 a livello strutturale (reputandola implicitamente “accettabile” nonostante siano mosse altre - generiche -

censure²⁵⁸), ma si appunta invece sul profilo della non adeguatezza dell'indennizzo assumendolo in collisione con alcune norme costituzionali (sebbene ciò sotto differenti angolazioni giuridiche). Peraltro la motivazione dell'ordinanza va depurata da rilievi ed argomentazioni, che seppur interessanti, paiono - *ictu oculi* - esulare dal *petitum*. Desta invece maggiore interesse la questione vertente sul mancato rispetto del canone di dissuasività e della compensatività della sanzione (i.e. l'indennizzo). Invero la sanzione de qua, è concepita proprio in questa duplice veste, da un lato quale punizione “esemplare”, che dovrebbe quindi indurre psicologicamente (*ex ante*) a non effettuare il comportamento che l'ordinamento ritiene riprovevole e che vorrebbe quindi scongiurare, dall'altro invece, in funzione compensativa del danno, dovrebbe tendere (*ex post*) a coprire economicamente il dis-valore rappresentato dalla perdita del bene giuridico che l'ordinamento intendeva proteggere. Premesso ciò, per tentare di dare una risposta ragionevole in ordine a questi due profili di censura, appare necessario individuare il bene giuridico che attualmente il legislatore ha cura di proteggere. Infatti potrebbe argomentarsi, quanto alla dissuasività, che non pare proprio, che l'ordinamento non abbia voluto proteggere il bene giuridico del lavoro, anzi proprio per incentivare lo stesso è stata tracciata

²⁵⁸ pertanto presuppone che se il quantum indennitario fosse adeguato il provvedimento sarebbe “più tollerabile”

una precisa linea d'azione, che seppur complessa, è pur sempre protesa a produrre effetti positivi nel mercato del lavoro, ed in particolare sull'occupazione. Il passaggio logico-giuridico ineludibile, preordinato alla realizzazione di questo programma, è quello di concedere spazio di manovra alle imprese al fine del miglioramento della produzione, propedeutico all'accrescimento dell'occupazione. Pertanto la determinazione di voler concedere tale "spazio di manovra" implicherebbe ed assorbirebbe ogni censura circa la suddetta dissuasività della sanzione. Ciò in base all'assunto che non può il legislatore, per un verso incentivare a ridurre il personale²⁵⁹ e dall'altro dis-incentivare (ergo dissuadere) punendo esemplarmente nei casi in cui ciò avvenga. Quanto all'aspetto della compensatività della sanzione, posta la correttezza di quanto appena detto, occorre constatare che il bene giuridico protetto non sia più il singolo posto di lavoro (il diritto al posto di lavoro non ha mai avuto copertura costituzionale) ma semmai il sacrificio di "adattamento" alle nuove necessità imposto ai singoli. Tale tipologia d'indennità, quindi, avendo carattere "ideale", sfuggirebbe ad ogni parametrizzazione quantitativa, pertanto l'individuazione della stessa potrebbe ritenersi di esclusiva competenza del legislatore. Per altro verso, non si potrà non tener conto di quanto stabilito nella Convenzione ILO n. 158/1982 sui licenziamenti, che prevede che, qualora il licenziamento sia ingiustificato, se il giudice o gli organismi competenti a giudicare l'atto di recesso "non hanno il potere di annullare il licenziamento e/o di ordinare o di proporre il reintegro del lavoratore, o non ritengono che ciò sia possibile nella situazione data, dovranno essere abilitati ad ordinare il versamento di un indennizzo adeguato o ogni altra forma di riparazione considerata come appropriata.

²⁵⁹ La previsione di una decontribuzione previdenziale concessa per le nuove assunzioni risulta d'ausilio per rendere l'idea che stà alla base del "progetto" del legislatore. Allargando la visuale, si potrebbe realizzare che anche in altre situazioni trapelano talune incertezze nell'amministrazione della cosa pubblica, che si traducono in disposizioni ambigue. E' il caso p.e. della vendita del tabacco e dei giochi, laddove da un lato non vengono vietati (rappresentando una fonte di entrate per lo Stato), dall'altro vengono contrastati (con scritti ed immagini che dovrebbero dis-incentivare, oppure sovvenzionando centri per la cura della ludopatia)

III.9 I PRIMI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO SUL JOBS ACT

Licenziamento disciplinare e consumazione del potere disciplinare: natura ritorsiva del recesso e riconducibilità della condotta agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge. La sentenza del Tribunale di Roma²⁶⁰ è una delle prime sentenze in cui il giudice si trova ad applicare la nuova disciplina del Jobs Act. Nella vicenda, stante la coincidenza temporale tra l'asserita infrazione e l'irrogazione della sanzione il giudice riteneva l'esistenza di un licenziamento ritorsivo. Tale approdo era suffragato dal fatto che le precedenti sanzioni disciplinari comminate, erano tutte state impugnate dal lavoratore, al riguardo il giudice faceva inoltre notare che il potere disciplinare in ordine alle predette infrazioni era già stato a suo tempo esercitato. Quindi doveva ritenersi già consumato. Per quanto sopra, il licenziamento era nullo per motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1418 c.c. e dell'art. 1345 c.c. Pertanto facendo applicazione dell'art. 2 del D.lgs. 23/2015 la condotta del datore di lavoro veniva considerata "riconducibile agli altri casi di nullità previsti espressamente dalla legge" e disposta la reintegrazione del lavoratore nonché la condanna del datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria. Diversamente, buona parte della dottrina sostiene che secondo l'interpretazione letterale della norma le uniche ipotesi di reintegrazione siano quelle tipiche espressamente stabilite dalla legge. Alcune pronunce di cui occorre tenere conto, afferiscono alla riscontrata *genericità della contestazione e/o insussistenza del fatto contestato.*

In un caso un lavoratore si rivolge al giudice (il Tribunale di Monza²⁶¹), asserendo di essere stato illegittimamente licenziato. Nel ricorso espone di essere stato assunto dal 17.10.2015, con contratto a tempo indeterminato, e di aver ricevuto una comunicazione da parte datoriale con cui gli veniva sic et simpliciter contestata una "inadempienza al contratto nel rapporto con il titolare". Impugnava tempestivamente il licenziamento, evidenziando l'incapacità di poter comprendere le ragioni che ne erano alla base, attesa la genericità dell'addebito mossogli.

Ciò nonostante il datore procedeva comunque ad irrogare la sanzione del

²⁶⁰ Tribunale di Roma, 24/06/2016 est. dott.ssa Leone

²⁶¹ Tribunale di Monza n. 190/2017

licenziamento, senza preavviso. Nella vicenda risultava pacifico che il datore di lavoro avesse formulato una contestazione manifestamente generica, e nello stesso tempo che avesse dichiarato che si trattasse di un licenziamento disciplinare per giusta causa e senza preavviso. Il giudice dinanzi a tali fatti afferma che “...L’illegittimità del licenziamento è palese e non necessita per il suo accertamento nessuna attività istruttoria”. L’obbligo di cui all’art. 7 co. 2 della preventiva contestazione risultava quindi inadempito. Peraltro il convenuto essendo rimasto contumace, non ha potuto provare l’esistenza di una giusta causa di licenziamento (onere che era a suo carico). Vengono ravvisati dunque sia un vizio procedurale (ex art. 7 Stat. Lav.) che sostanziale, mancando la prova della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo. Non raggiungendosi i limiti dimensionali aziendali trova quindi applicazione il regime di tutela per il licenziamento illegittimo per le piccole imprese (art. 9 co. 1 Dlgs. 23/2015²⁶²). Un’ulteriore vicenda viene trattata dal Tribunale di Taranto²⁶³ che accoglie il ricorso di un lavoratore e lo reintegra nel posto di lavoro condannando controparte al versamento di un’indennità risarcitoria. La vicenda appare interessante in quanto è una delle prime sentenze che dispone la reintegra nell’ambito del regime del c.d. contratto a tutele crescenti. Altra particolarità della vicenda è che verte su un licenziamento supportato da una doppia giustificazione. Ad arricchire la fattispecie ricorre anche la circostanza che la determinazione datoriale non è stata preceduta dalla contestazione. Questi i fatti di causa: Un dipendente assunto l’8 luglio del 2015 viene licenziato sia per giusta causa (per non aver adempiuto a delle disposizioni impartite dal datore di lavoro), ma anche per giustificato motivo oggettivo (rappresentato dalla drastica riduzione delle commesse di lavoro). Il ricorrente, quanto alla giusta causa disciplinare, lamentava l’assenza di una preventiva contestazione, mentre con riferimento all’esistenza delle ragioni oggettive addotte dal datore, la loro pretestuosità. Chiedeva pertanto fosse riconosciuto l’illegittimo licenziamento posta l’insussistenza del fatto contestato.

²⁶² che stabilisce che “ove il datore di lavoro non raggiunga i requisiti dimensionali di cui all’art. 18, ottavo e nono comma della L. 300/1970, non si applica l’art. 3, co. 2, e l’ammontare delle indennità e dell’importo previsti dall’art., comma 1, dall’art. 4, comma 1 e dall’art. 6 co. 1, è dimezzato e non può superare in ogni caso il limite di sei mensilità”

²⁶³ Tribunale di Taranto sent. del 21/04/2017 (sent. di cui si è già fatto cenno nel paragrafo dedicato alla nozione di “insussistenza del fatto materiale contestato”)

In via gradata chiedeva previo accertamento del mancato rispetto della procedura di cui all'art. 7 Stat. Lav., la corresponsione dell'indennità prevista dall'art. 4 del D.lgs. 23/2015. Il datore contro-deduceva che da un lato l'inadempimento si era consumato dato che il lavoratore aveva acquistato del materiale senza autorizzazione e che per altro verso si trovava in una situazione di oggettiva e grave crisi aziendale per aver perso molteplici appalti. Il giudice, richiama la nuova disciplina di cui al D.lgs 23/2015, che restringe i casi di reintegra facendola residuare solo innanzi a specifiche fattispecie (licenziamento nullo, discriminatorio o riconducibile agli altri casi di nullità stabiliti dalla legge ovvero orale), oppure nel caso in cui sia possibile dimostrare direttamente in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato. Sebbene la prospettiva delineata dal legislatore sia univoca, la particolarità del caso concreto sfuggiva ad una qualunque sussunzione nelle predette fattispecie. Per cui il giudice viene indotto a ripercorre gli opposti orientamenti riguardo la nozione di fatto materiale e fatto giuridico, citando in particolare la sentenza della Cass. 20540/2015, in cui viene osservato che "non è plausibile che il legislatore parlando di insussistenza del fatto contestato abbia voluto negarla nel caso di fatto insussistente ma privo del carattere di illiceità". Secondo tale orientamento "la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale ed ai sensi dell'art. 18 comma 4 dello Stat. Lav. da luogo alla reintegrazione". In sostanza viene enucleato che l'addebito di un fatto privo di antiggiuridicità, anche se visto sotto la lente del "fatto materiale" non può mai trasformare un fatto lecito in illecito. Ne desume che l'accertamento della condotta inadempiente descritta nel fatto contestato appare perciò imprescindibile. Per altro verso rileva che come da insegnamento della giurisprudenza²⁶⁴ potrebbe individuarsi un mero vizio di forma qualora la contestazione venga formulata in modo impreciso o utilizzando termini generici, sebbene del tutto diverso sia il caso in cui la contestazione non sia mai avvenuta (come nel caso di specie). In quest'ultima evenienza deve ravvisarsi un difetto radicale che attinge ad un essenziale elemento di garanzia del procedimento disciplinare²⁶⁵ "costituente espressione di un inderogabile principio di civiltà giuridica (C. Cost. 204/1982) che determina l'inesistenza della procedura o procedimento disciplinare".

²⁶⁴ Cass. 16896/2016

²⁶⁵ Cfr. Cass. 1026/2015, Cass. 2851/2006

Pertanto il giudice a mente dell'art. 3 Dlgs. 23/2015 (nella parte in cui prevede la reintegra nella sola ipotesi di diretta dimostrazione in giudizio dell'insussistenza del fatto materiale contestato), afferma che viene minata in radice la possibilità di poter accedere a tale chance, attesa la mancanza di una preventiva contestazione dell'addebito, che si ripercuote sulla procedura disciplinare in toto. Quanto alla motivazione addotta ai fini del licenziamento oggettivo il giudice ritiene che essendo la stessa generica e non indicando le ragioni effettive tra cui la scelta di quel dipendente piuttosto che altri colleghi, appare pretestuosa e quindi volta solo ad estromettere il lavoratore.

Il tribunale di Roma si occupa di un caso di *raggiungimento della prova dell'insussistenza del fatto di cui all'art. 3 co. 2 Dlgs. 23/2015*. Giunge alla conclusione che dinanzi a prove documentali prodotte in giudizio dal lavoratore, ove le stesse siano in grado di superare il valore indiziante degli elementi forniti dal datore di lavoro nella lettera di licenziamento, va dichiarata l'insussistenza del fatto. Specie laddove il datore di lavoro essendo rimasto contumace non possa fornire maggiori "ragguagli", essendo gravato dall'inevitabile onere probatorio. La vicenda²⁶⁶ prende le mosse da un licenziamento intimato ad una lavoratrice, per una serie di inadempimenti, in particolare si trattava di assenze ingiustificate, di comportamento inadeguato sul luogo di lavoro nei confronti di alcuni colleghi e della mancata osservanza dell'orario di lavoro. Nel ricorso la lavoratrice si duole della discriminatorietà o ritorsività²⁶⁷ del licenziamento che in ogni caso dovrebbe considerarsi nullo in quanto fondato su un motivo illecito determinante ex art. 1345 cc. Il giudice, vagliata la situazione e chiarito quali siano gli elementi integrativi delle fattispecie segnalate nonché il relativo regime probatorio che li contraddistingue, procedeva all'esame dei documenti prodotti dalla dipendente. Da tale materiale, tra cui le buste paga, apprendeva che una delle assenze non era del tutto veritiera, mentre le altre erano esenti da censure in virtù degli appositi

²⁶⁶ Tribunale di Roma, 04/10/2016

²⁶⁷ La Suprema Corte, 5555/2011, ha avuto occasione di affermare a proposito del licenziamento ritorsivo che produce gli stessi effetti di quello discriminatorio quando il datore di lavoro l'abbia intimato per un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1343 c.c. E' necessario quindi "che tale intento abbia avuto un'efficacia determinativa ed esclusiva del licenziamento anche rispetto agli altri eventuali fatti idonei a configurare un'ipotesi di legittima risoluzione del rapporto"

giustificativi (riposo, malattia bambino ecc..). Tali prove risultavano “in modo piano...e univoco dal tenore del foglio presenze ...“ e trovavano puntuale riscontro nella parte descrittiva della busta paga. Quanto all’asserita non osservanza dell’orario di lavoro, faceva notare che fosse stato lo stesso datore di lavoro nella lettera di licenziamento ad ammettere che per siffatta mancanza era già stata irrogata una multa di alcune ore. Pertanto in ossequio al principio del ne bis in idem tale condotta si era già consumata e non era perciò possibile riutilizzare la stessa nuovamente a fini punitivi. Tiene inoltre a precisare, che attesa la contumacia dell’attore e la mancanza nella lettera di licenziamento di elementi di idoneo convincimento, il fatto non risulta provato. Si ricorda che la prova della sussistenza del fatto resta sempre a carico del datore. Pertanto da un lato parte attrice non aveva fornito la prova circa la discriminatorietà del licenziamento, dall’altro verso, il datore non aveva fornito un’idonea prova del fatto. Innanzi ai succitati documenti prodotti, il giudice perviene alla decisione che la fattispecie trovi giusta corrispondenza nella disposizione di cui all’art. 3 co. 2 D.lgs. 23/2015, ovvero nel licenziamento “in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l’insussistenza del fatto materiale contestato”. All’uopo il giudicante dispone la reintegrazione nel posto di lavoro del dipendente e la condanna del datore al pagamento dell’indennità risarcitoria.

In tema di nullità del patto di prova e di licenziamento disciplinare si segnala una interessante pronuncia del giudice del lavoro adito da un lavoratore a seguito di un licenziamento intimato per ragioni disciplinari. Tale licenziamento peraltro interviene durante lo svolgimento del patto di prova. In particolare il lavoratore lamentava che l’espulsione dall’azienda fosse avvenuta per mascherare “l’errore della responsabile del personale” consistente nell’aver avviato il dipendente ad una tipologia di lavoro corrispondente ad una mansione diversa rispetto a quella stabilita nel patto di prova. Il giudicante, innanzi alle disposizioni del D.lgs. 23/2015, ha riscontrato la non applicabilità di alcune disposizioni posto che si tratta di ipotesi di mancato superamento del periodo di prova “che di per sè non integra nè presuppone necessariamente una condotta disciplinarmente rilevante”. Secondo questa impostazione è stata esclusa sia la ricorrenza del vizio formale di difetto di motivazione di cui all’art 4 del cit. decreto, che la tutela prevista per l’insussistenza del fatto materiale contestato ai sensi dell’art. 3 co. 2 del medesimo

decreto. Mentre si ritiene che nel caso di specie possa trovare giusta applicazione l'art. 1, D.lgs. 23/2015 che riguarda i casi di licenziamento non supportati da una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo (o oggettivo). Pertanto accertata la nullità del patto di prova ed escluso che possa trovare accoglimento la domanda di nullità per motivo illecito determinante, viene dichiarato estinto il rapporto di lavoro e condannato il datore di lavoro al pagamento di una somma di denaro.

In un'altra vicenda²⁶⁸ processuale, sempre in tema di patto di prova, il Tribunale di Milano ritiene di dover ricondurre alla fattispecie di licenziamento disciplinare l'ipotesi di mancato superamento del periodo di prova di un lavoratore, atteso che il patto non recava l'indicazione delle relative mansioni²⁶⁹. Secondo il giudice adito infatti la "specifica indicazione, in forma scritta, delle mansioni che ne costituiscono l'oggetto" è condizione di validità del patto di prova, la cui mancanza è pertanto suscettibile di declaratoria di nullità. In particolare l'inquadramento risultante dal patto era privo di contenuto specifico "in assenza di qualsivoglia indicazione sull'area di operatività della lavoratrice". Trattandosi di assunzione post Jobs Act, ed in applicazione dell'art 3 comma 2 del D.lgs. 23/2015, il giudice disponeva la reintegra del lavoratore nel posto di lavoro nonché la condanna del datore di lavoro a corrispondere un indennizzo di natura risarcitoria pari a 12 mensilità dell'ultima retribuzione utile ai fini del TFR. A tal proposito, vale la pena notare che il giudice piuttosto che applicare l'art. 2 del citato decreto che contempla le ipotesi di nullità di licenziamento in quanto "riconducibili agli altri casi di nullità espressamente previste dalla legge", ha ritenuto di dover applicare l'art. 3 del medesimo decreto. "L'opzione" prescelta non incide sulla reintegra (che è prevista in entrambi i casi) ma solo sul quantum risarcitorio, appare comunque utile ricordare che il patto di prova deve essere formalizzato per iscritto. L'assenza della forma scritta²⁷⁰ determina la nullità del

²⁶⁸ Tribunale di Milano sentenza n. 730/2017 (fonte: <http://www.dottrinalavoro.it/giurisprudenza-c/tribunali-di-merito-c/tribunale-milano-effetti-del-patto-prova-nullo-reintegra-nel-posto-lavoro>)

²⁶⁹ Ai sensi dell'art. 2096 c.c., comma 1 "...l'assunzione del lavoratore per un periodo di prova deve risultare da patto scritto"

²⁷⁰ I difetti di forma che comportano la nullità assoluta, una volta accertati dovrebbero essere equiparabili quanto agli effetti alle altre ipotesi di nullità espressamente previste dalla legge

patto di prova ai sensi dell'art. 2096 c.c.. La Suprema Corte²⁷¹ ha avuto occasione di osservare che “la forma scritta...per il patto di assunzione in prova è richiesta ad substantiam, e tale essenziale requisito di forma, la cui mancanza comporta la nullità assoluta del patto di prova, deve sussistere fin dall'inizio del rapporto...”. Lo stesso orientamento del giudice di Milano²⁷², è riscontrabile in una sentenza emanata dal tribunale di Torino. La fattispecie fattuale è analoga alla precedente versandosi sempre in una espulsione per mancato superamento del patto di prova, anch'esso non supportato dalla forma scritta. In questo caso, però, l'iter logico seguito dal giudice per giungere alla medesima determinazione è differente. Infatti il giudice parte dalla constatazione della non ricorrenza di un recesso ad nutum a causa dell'assenza della forma scritta e rileva l'impossibilità di poter verificare le ragioni effettive che erano alla base dell'espulsione, stante l'assenza della sua motivazione. Da tali presupposti ne deduce la riconducibilità del licenziamento alla previsione di cui all'art. 3 comma 2 del D.lgs. 23/2015, ossia all'insussistenza del fatto contestato.

Come i giudici hanno spesso avuto modo di appurare il licenziamento disciplinare potrebbe, alcune volte, essere mascherato da ragioni oggettive. Il Tribunale di Milano infatti ha di recente²⁷³ disposto la reintegrazione di un dipendente assunto nell'ottobre del 2015 da una cooperativa con meno di 15 dipendenti, ricorrendo la suddetta fattispecie giuridica. In particolare, il dipendente veniva licenziato per motivo oggettivo a breve distanza di tempo da talune contestazioni disciplinari. La prima interveniva nel giugno del 2016, la seconda nel luglio del 2016 e la terza ad agosto del 2016 a cui faceva seguito, solo pochi giorni dopo, una lettera di licenziamento. La motivazione che veniva adottata nella medesima dava conto dell'insorta necessità di ridurre i costi di gestione dell'azienda. All'uopo la difesa del lavoratore metteva invece in luce la natura ritorsiva del licenziamento, posto che il medesimo era determinato da una reazione illegittima ad infrazioni disciplinari peraltro risultanti prive di fondamento. Nell'occasione il giudice afferma che il datore di lavoro ha la possibilità di poter scegliere il motivo di

²⁷¹ Cass. 21758/2010, in Mass. Giust. Civ. 2012, 10, 1361

²⁷² Tribunale di Torino sentenza del 5 ottobre 2016 (fonte: <http://www.dottrinalavoro.it/giurisprudenza-c/tribunali-di-merito-c/tribunale-torino-reintegra-in-presenza-di-tutele-crescenti>)

²⁷³ Tribunale di Milano sentenza del 13 giugno 2017

licenziamento ed è quindi in grado di orientare l'esito del processo, infatti "... ove il datore di lavoro voglia porre fine al rapporto di lavoro senza correre il rischio di dover integrare il lavoratore, potrebbe prediligere un motivo di licenziamento, pur artefatto, ma in difetto del quale la reintegra resterebbe comunque preclusa...ciò potrebbe indurre il datore di lavoro a prospettare falsamente la sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento al fine di liberarsi del lavoratore senza correre il rischio di doverlo reintegrare.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Dopo aver ricordato i principi e le regole fondamentali a governo del corretto funzionamento del sistema disciplinare ed accostato gli stessi alle disposizioni di carattere sanzionatorio intervenute nel tempo a partire dall'art. 18 Stat. Lav. fino al D.lgs 23/2015, vorrei ora rassegnare le conclusioni partendo da una visuale macroscopica per poi tentare di conferire maggior concretezza ad alcune presunte criticità di cui finora ho fatto solo astrattamente cenno. Ebbene potrebbe osservarsi che la materia del diritto del lavoro sia stata sempre caratterizzata dalla compresenza di un forte coinvolgimento pubblico²⁷⁴, detto coinvolgimento fino a poco tempo fa pur influenzando in qualche misura i rapporti lavorativi lasciava comunque intatto il nucleo di quei diritti (ergo la reintegrazione) oramai considerato come inattaccabile anche a mente di anni di lotte sindacali (sebbene non avesse mai ricevuto alcuna copertura costituzionale). A partire dalla Legge Fornero, inizia invece un processo di radicale e repentino cambiamento in cui l'influenza d'interessi superiori (che quindi prescindono dalla volontà delle singole parti contrattuali) diviene sempre più pressante, fino ad approdare nel c.d. Jobs Act. Dal punto di vista giuridico ciò si traduce in un sostanziale cambiamento dell'assetto normativo giuslavoristico, atteso che norme dichiarate *expressis verbis* come portatrici d'interessi pubblici (protese quindi al raggiungimento di prefissati obiettivi, quali la ripresa del mercato del lavoro e dell'occupazione) pur provenendo dall'alto, entrano comunque nel sinallagma contrattuale. Non può negarsi infatti che nella sostanza, prima con la Legge Fornero e poi con il Jobs Act, benché il contratto di lavoro sia rimasto formalmente invariato nei propri elementi strutturali si sia registrata un'instabilità nel bilanciamento dell'assetto degli interessi dei contraenti proprio in virtù della presenza d'interessi che trascendono quelli delle parti²⁷⁵. In tale ottica ci si

²⁷⁴ Cfr. F. Carinci, *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.it* - 54/2007, nella premessa afferma che la storica contrapposizione tra diritto pubblico e privato è divenuta nel tempo sempre più evanescente.

²⁷⁵ O. Mazzotta, *Diritto del lavoro e diritto civile: i temi di un dialogo*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 20, in cui definisce tali interessi come superindividuali. Cfr. O. Mazzotta,

potrebbe chiedere quindi se un siffatto cambiamento abbia avuto riflessi sulla fisionomia giuridica del contratto de quo, posto che gli interessi “in gioco” - in maniera palesemente espressa (specie con il Jobs Act) - non sono più soltanto quelli del singolo datore di lavoro e del singolo prestatore di lavoro. Tale condizione assume contorni ancor più definiti e manifesti dinanzi all’ipotesi di licenziamento disciplinare, allorquando lo stesso, seppur ritenuto illegittimo per difetto della proporzionalità, conduca comunque all’estinzione del rapporto di lavoro. Certo, analogo trattamento era previsto anche sotto la vigenza della tutela obbligatoria (ai sensi dell’art. 8 della L. 604/1966) ed in maggior misura sotto la Legge Fornero (che modifica l’art. 18 co. 5 Stat. Lav.), ma invero nell’architettura delle citate leggi l’estinzione del rapporto di lavoro rappresentava solo una delle possibili eventualità all’interno di un ventaglio più ampio di soluzioni e rispetto alle quali, in ogni caso, il giudice era sempre in grado di poter apportare i “correttivi” di cui il caso concreto necessitasse. Con il Jobs Act detta eventualità divenendo regola prevalente e rigida, pare invece possa aver schiuso la strada ad una situazione paradossale. L’assunto sul quale poggia la tesi che si vuol proporre si staglia sul fatto che l’estinzione del rapporto di lavoro non può non essere intesa o percepita quale risposta sanzionatoria alla commissione di un’infrazione disciplinare, specie nei casi laddove la stessa non raggiunga la soglia del notevole inadempimento. La natura punitiva risulta evidente dallo stretto nesso di causalità esistente tra l’infrazione commessa e l’estinzione del rapporto lavorativo. Peraltro sul punto non pare esservi una spiegazione alternativa che sia giuridicamente sostenibile. D’altro canto poi appare di palmare evidenza che con il D.lgs. 23/2015 l’indefettibile effetto psicologico intimidatorio che dovrebbe produrre - a scopo preventivo - la comminazione della massima sanzione disciplinare (cioè la perdita del lavoro), venga completamente alterato, essendo nella sostanza ravvisabile (o percepibile) un’equivalenza riguardo agli effetti, tra il licenziamento disciplinare legittimo (rientrante quindi nelle nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo) e quello illegittimo²⁷⁶ che resta fuori dalle

Diritto del lavoro e categorie civilistiche, in *RIDL*, 1991.

²⁷⁶ oltretutto, secondo i chiarimenti del Ministero del lavoro e dell’INPS (circolare 142/2015), anche i lavoratori licenziati illegittimamente per motivi disciplinari possono fruire del sussidio di disoccupazione NASPI, in quanto si versa comunque, non in disoccupazione volontaria, ma conseguente ad una decisione discrezionale da parte del datore di lavoro; cfr. L. Fiorillo - A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e*

predette nozioni proprio a causa del riscontrato difetto di proporzionalità della sanzione. Al riguardo basti ricordare l'istituto della recidiva, che implica che la sanzione disciplinare del licenziamento debba rivestire all'interno "dell'economia generale" del sistema disciplinare l'insostituibile ruolo da fungere da deterrente nella commissione delle infrazioni disciplinari minori²⁷⁷.

Attenta dottrina²⁷⁸ a suo tempo ha avuto occasione di spiegare la recidiva in maniera esaustiva e sintetica affermando metaforicamente che ad essa "può applicarsi la logica della goccia che fa traboccare il vaso". Ebbene, utilizzando lo stesso modello esemplificativo, dopo l'introduzione del regime sanzionatorio di cui al D.lgs. 23/2015, dovrebbe ritenersi che se ogni "goccia" fosse (anche solo potenzialmente) in grado di far "traboccare il vaso" prescindendo dal livello di saturazione raggiunto da quest'ultimo, l'ordine logico-sistematico da cui muove l'istituto verrebbe irrimediabilmente "viziato".

Per ragioni di obiettività ed onestà intellettuale, non potrebbe neppure sottacersi che la previsione normativa di un'automatica estinzione in senso "orizzontale"²⁷⁹ del rapporto di lavoro, che prescinde dall'effettivo "peso" delle varie infrazioni disciplinari, comporti inevitabilmente il sostanziale appiattimento delle stesse²⁸⁰ su un medesimo ed unico livello²⁸¹.

Inoltre, sotto un ulteriore profilo il Jobs Act eleva a regola un "doppio regime sanzionatorio", che punisce (lo si voglia ammettere o meno) anche il lavoratore, ma non in modo proporzionale all'infrazione commessa, ma bensì mediante la previsione di un unico meccanismo (per giunta automatico) che penalizza indistintamente ed allo stesso modo qualunque infrazione sotto la soglia del notevole inadempimento.

Naspi, Giappichelli, Torino, 2015.

²⁷⁷ chiamarle ancora conservative risulterebbe improprio

²⁷⁸ I. Piccinini, *I licenziamenti per giusta causa*, in G. Pellacani (a cura di), *Il licenziamento individuale e collettivo*, Torino, 2013, p. 109

²⁷⁹ nelle precedenti normative che la prevedevano era di tipo verticale (art. 8 L. 604/1966 e art. 18 co. 5 Stat. Lav.)

²⁸⁰ così per esempio, la sanzione più lieve della sospensione dal lavoro di 1 giorno viene trattata allo stesso modo di quella maggiormente afflittiva della sospensione per 15 giorni

²⁸¹ ciò a scapito del principio della proporzionalità delle sanzioni (che come risaputo a differenza del diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro viene protetta dalla Corte di giustizia EU)

Il sistema disciplinare ed il connesso potere direttivo²⁸² subiscono perciò ad onta delle nuove disposizioni una radicale e profonda modificazione strutturale. La funzione correttiva a cui era preordinato l'intero sistema disciplinare viene messa nel dimenticatoio. Lo stesso procedimento disciplinare che dovrebbe garantire il lavoratore salvaguardandolo dall'esercizio arbitrario del potere datoriale, viene all'uopo depotenziato, venendone compromesse le sue funzionalità essenziali costituite dalla trasparenza e dalla correttezza, malgrado siano necessarie alla tutela del diritto di difesa.

Il licenziamento benché illegittimo viene perciò giuridicamente legittimato, posto che qualunque tipo di infrazione (se ritenuta sussistente) determina ipso iure l'estinzione del rapporto di lavoro. Mentre, secondo la consolidata regola, costituisce naturale corollario del principio di proporzionalità, l'obbligo della congiunta esistenza, vuoi di una molteplicità delle infrazioni (dalla minore a quella maggiormente afflittiva) vuoi quello di una differente graduazione nella risposta sanzionatoria, atteso che le une debbono essere direttamente proporzionali alle altre. Da ciò si evince che l'errore²⁸³ datoriale sulla proporzionalità della sanzione - ergo il difetto della proporzionalità - non sia suscettibile di poter essere oggetto di sanatoria od essere surrogato mediante la previsione d'indennizzi, di qualunque entità essi siano.

Ad avviso di chi scrive, l'argomento, di per sé già estremamente complesso, appare essere stato complicato ulteriormente dalla confusione concettuale che potrebbe essere stata ingenerata da quel tipo di disposizioni protese ad elevare a regola la mancata coincidenza soggettiva tra colui che erra e colui che è chiamato a rispondere dell'errore.

Vorrei fare un esempio a tal fine, il datore di lavoro intima un licenziamento ritenendo per errore che (detta sanzione) sia proporzionale all'infrazione commessa, quindi il giudice accerta l'esistenza di tale "difetto", per cui facendo mera applicazione dell'art. 3 del D.lgs. 23/2015 il prestatore di lavoro subisce ipso

²⁸² ne deriva che il lavoratore sia sottoposto ad un'abnorme pressione psicologica ben potendo subire l'estinzione del rapporto di lavoro per una qualunque infrazione sotto la soglia della non notevolezza

²⁸³ definirlo "difetto" pare essere riduttivo e fuorviante. In realtà, considerate le conseguenze previste dal D.lgs 23/2015, sarebbe preferibile utilizzare l'inciso "grave errore"

iure l'estinzione del rapporto di lavoro (salvo indennizzo). Da qui nasce la situazione che ritengo paradossale, ebbene, se il datore di lavoro non avesse errato nel contestare il tipo di sanzione da irrogare, cosa sarebbe accaduto?

semplice, indubbiamente il lavoratore sarebbe stato passibile solamente di una sanzione più lieve – ed in particolare quella esattamente corrispondente all'entità dell'infrazione commessa – la quale giammai avrebbe potuto tradursi in un'estinzione del rapporto di lavoro. Dunque confrontando le due situazioni, nel primo caso si può apprezzare un datore di lavoro “inadempiente” dall'altro un datore di lavoro “adempiente”, ma in realtà ciò che in tutto questo sfugge è cosa c'entri il prestatore di lavoro. In effetti, ex latere praestatoris, il discrimine tra le due (macro)situazioni appena considerate parrebbe appuntarsi soltanto sull'elemento metagiuridico della fortuna. Al riguardo occorre ricordare che diversi giuristi abbiano rilevato che con l'introduzione di un indennizzo crescente (in base all'anzianità di servizio maturata), si sia voluto rendere omogeneo il trattamento risarcitorio nei confronti dei prestatori di lavoro licenziati illegittimamente, atteso che la discrezionalità dei giudici portava a pronunce recanti una differente quantificazione risarcitoria (pur innanzi ad analoghe fattispecie). Con il Jobs Act, si passa dunque da una “imperfetta” ma - almeno - ponderata discrezionalità del giudice, all'applicazione di un regime sanzionatorio, certamente rigido ed uniformante, ma in realtà fondato su un presupposto che rivela appieno la sua natura aleatoria.

Da ciò si potrebbe dedurre che la mancata applicazione delle regole generali in tema di responsabilità civile renderebbe - almeno ad avviso di chi scrive - l'impianto sanzionatorio per il licenziamento illegittimo carente di un essenziale anello giuridico di congiunzione tra le regole speciali del diritto del lavoro e le norme di diritto generale. In tal senso si ritiene che il carattere della specialità di cui godono le norme sul diritto lavoro pur conferendo allo stesso una propria e specifica “fisionomia regolamentare” (rispetto alle norme generali del diritto), trovi il suo limite insuperabile nel rispetto delle regole fondamentali a questo immanenti.

Quindi per evitare inutili confusioni (seppur possa sembrare un'ovvietà) si reputa opportuno ricordare che il regime sanzionatorio per il licenziamento illegittimo dovrebbe essere diretto unicamente verso il colpevole dello stesso, cioè verso il datore di lavoro. In tale prospettiva occorrerebbe quindi tenere ben distinte le

sanzioni afflittive disciplinari (che promanano dall'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro) dalle sanzioni non prettamente disciplinari²⁸⁴ (che sortiscono invece dall'esercizio del potere giurisdizionale del giudice). Tale distinzione permette di far trasparire che il principio di proporzionalità della sanzione si riferisce esclusivamente all'autonomo esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro che inizia con la contestazione disciplinare e si esaurisce con l'irrogazione della sanzione. Il sindacato del giudice intervenendo solo in un momento successivo (ed in maniera eventuale) dovrebbe quindi essere teso ad accertare che il datore di lavoro abbia correttamente esercitato il potere disciplinare e che nel farlo abbia irrogato una sanzione proporzionale rispetto alla gravità della condotta (come prescritto dell'art. 2106 c.c.). Non appare perciò condivisibile la tesi secondo cui il principio di proporzionalità della sanzione sarebbe stato comunque rispettato stante la previsione nel comma 1, dell'art. 3, D.lgs. 23/2015 di un indennizzo modulato in maniera proporzionale all'anzianità di servizio maturata. Così facendo si confonde sia il soggetto destinatario²⁸⁵ della norma di cui all'art. 2106 c.c. che il momento in cui tale precetto debba trovare piena attuazione. Sebbene possa apparire superfluo si rammenta poi che il giudice resta estraneo all'attuazione del precetto normativo, partecipandovi solo ex post ai fini del giudizio.

Pertanto la costruzione giuridica che pretenderebbe di far assurgere a regola inflessibile il discostamento dall'immanente principio di diritto dell'imputazione della colpa²⁸⁶ parrebbe essere al di fuori dalle basilari regole di governo della giustizia (oltre ad ingenerare inutili e pericolose confusioni).

In effetti, tale regola essendo reputata essenziale alla sopravvivenza del sistema giuridico stesso, trova puntuale riscontro in ogni ramo del diritto, dal civile al penale all'amministrativo, fatte salve le pochissime eccezioni. Il principio

²⁸⁴ si ricorda che dominus del potere disciplinare è soltanto il datore di lavoro in quanto "...unico titolare del potere disciplinare" essendo lo stesso diretta derivazione del potere di organizzazione, costituente espressione della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost. (Trib. di Firenze 740/2017)

²⁸⁵ si ricorda che dominus del potere disciplinare è soltanto il datore di lavoro in quanto "...unico titolare del potere disciplinare" essendo lo stesso diretta derivazione del potere di organizzazione, costituente espressione della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost. (Trib. di Firenze 740/2017)

²⁸⁶ ciò lasciando in disparte le singolari eccezioni espressamente previste dal diritto civile o penale in tema di responsabilità

dell'imputabilità della colpa rappresenta dunque una regola cardine che non ammette deroghe, dato che in caso contrario si metterebbe in forse tutto il sistema giuridico. Mentre il principio generale della proporzionalità della sanzione disciplinare appare coerente sia con la giurisprudenza della Corte Costituzionale (sempre improntata ai principi di ragionevolezza e proporzionalità) nonché con il diritto dell'UE (trovando riscontro in diverse sentenze della Corte di Giustizia²⁸⁷). Sotto altra angolazione, il difetto di proporzionalità della sanzione, comportando comunque ex lege l'estinzione del rapporto di lavoro (ai sensi del co. 1, art. 3 D.lgs 23/2015) si traduce di fatto in un "mero automatismo"²⁸⁸. A tal proposito giova ricordare quel risalente orientamento della Corte Costituzionale, che ritiene necessario porre argine o quantomeno limitare taluni automatismi previsti dalla legge. Si rammenti per esempio il caso dell'automatica destituzione dal servizio del pubblico impiegato (in relazione a specifiche funzioni pubbliche) avvenuta a seguito della condanna penale per alcuni tipi di reato, dichiarata incostituzionale per il fatto che in tal modo non veniva consentita sia la ponderazione caso per caso, che quella relativa all'interesse pubblico²⁸⁹. Oppure in riferimento all'irrogazione automatica di sanzioni amministrative e disciplinari, allorché le stesse impediscano di poter infliggere una sanzione per l'addebito adeguata e proporzionale alla sua gravità²⁹⁰. In definitiva secondo il rievocato orientamento della Corte Costituzionale sia il difetto di proporzionalità della sanzione che l'estinzione automatica del rapporto di lavoro paiono poco compatibili con i principi fondamentali della Costituzione: *"l'automatismo della sanzione disciplinare è irragionevole, contrastando con il principio di proporzione, che è alla base della razionalità che informa il principio di uguaglianza"*²⁹¹. Tale

²⁸⁷ M. V. Ballestrero – G. De Simone, in *Diritto del lavoro*, 2015, p. 549; Cfr. Cass. 2962/2015; Contra Cass. 23669/2014, in RIDL, 2015, p. 25, secondo cui "...esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato..." (tale sentenza trova concreta realizzazione nell'art. 3, co. 2 del D.lgs. 23/2015)

²⁸⁸ Deve escludersi la configurabilità in astratto di qualsivoglia automatismo nell'irrogazione di sanzioni disciplinari, specie laddove queste consistano nella massima sanzione, permanendo il sindacato giurisdizionale sulla proporzionalità della sanzione rispetto al fatto addebitato (Cass. 17259/2016, 17335/2016, 11639/2016, 10842/ 2016, 1315/2016, 24796/2010, 26329/2008; Cort. Cost. 971/1988, 239/1996, 286/1999).

²⁸⁹ Corte Cost. sent. n. 240/1997 e sent. 329/2007

²⁹⁰ Corte Cost. sent. nn. 297/1993, 220/1995

²⁹¹ Corte Cost. 2/1999

impostazione concettuale postulerebbe quindi che il principio della proporzionalità della sanzione disciplinare debba trovare applicazione a monte ed a prescindere da qualunque previsione legislativa. Lo stesso varrebbe per il principio di gradualità della sanzione disciplinare che ne costituisce il necessario antecedente logico-giuridico.

Su tutt'altra opinione pare invece essere orientata buona parte della dottrina, che resta ferma nel ritenere che la questione vertente sulla necessaria proporzionalità della sanzione abbia perso d'importanza, a seguito di quell'indirizzo giurisprudenziale inaugurato con la sentenza della Cass. n. 23669/2014, sostanzialmente poi assimilata nel D.lgs. 23/2015 (sub art. 3). Difatti la lettera della legge prevede che il giudizio sulla sussistenza/insussistenza del fatto contestato debba essere modulato solo sull'esistenza materiale dello stesso *“rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento”*, tale impostazione trova puntuale riscontro in alcune pronunce della Cassazione, ed in particolare: *“...esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato...”* (Cass. 23669/2014). Rimanendo nell'ambito delle nuove disposizioni normative non dovrebbero esserci dubbi che la reintegrazione trovi ingresso solo in caso di diretta dimostrazione in giudizio dell'insussistenza del fatto materiale contestato e che la proporzionalità della sanzione non possa più rilevare ai fini della reintegrazione nel posto di lavoro. Ebbene, nonostante ciò, parte della giurisprudenza di legittimità²⁹² sembrerebbe tuttavia orientata a sostenere la diversa interpretazione ermeneutica che enfatizza il disvalore proporzionale del fatto.

In sintesi l'unica cosa di cui si può avere certezza è che la fattispecie normativa de qua essendo molto complessa, susciti dubbi di diverso genere, finanche di diritto sostanziale. Ciò nonostante, a prescindere da un'eventuale pronuncia della Corte Costituzionale, si ritiene che (nelle more), la legge dovrebbe trovare comunque integrale e giusta applicazione. Specie poi dinanzi ad un inciso normativo che abbia (sotto il profilo letterale) senso compiuto, e che mostri un chiaro ed univoco intendimento da parte del legislatore (giusto od errato che sia).

²⁹² p. e. Cass. n. 2692/2015, Sul punto cfr. Fedele I., *Contratto indeterminato a tutele crescenti e art. 18, cosa cambia*, in *Il Giuslavorista*, 26 giugno 2015.

Cercando di ordinare giuridicamente la fattispecie normativa in parola potrebbe riscontrarsi che il licenziamento che difetti della proporzionalità, essendo reputato sempre illegittimo, comporti da un lato la condanna del datore ad un indennizzo a favore del lavoratore (a fronte dell'errore datoriale), ma dall'altro alla trasformazione/conversione (ipso-iure) del licenziamento (contra ius) in una (legittima) estinzione del rapporto di lavoro. Ovvero, com'è stato diversamente osservato, non si verserebbe in una risoluzione giudiziale, con effetto costitutivo, ma nella presa d'atto dell'essere venuto meno il rapporto, "*cui consegue, in ragione dell'illegittimità del licenziamento la condanna all'indennità*"²⁹³. In altri termini il giudice non farebbe altro che "registrare" la volontà estintiva del datore di lavoro dichiarandola²⁹⁴. Quest'ultima impostazione concettuale presterebbe però il fianco all'idea che il discrimine tra licenziamento disciplinare e quello ad nutum si appunterebbe solo sulla previsione di un indennizzo risarcitorio²⁹⁵.

Inoltre presuppone che sia sempre esistente un intento espulsivo da parte del datore, il che potrebbe solo parzialmente rispondere al vero. Spesso infatti accade esattamente il contrario. Ciò, con riferimento ai casi laddove il datore intimi il licenziamento errando sulla valutazione della gravità del fatto illecito commesso dal prestatore, ed a seguito dell'accertamento giudiziale del fatto, acquisisca contezza del proprio errore ed intenda (per questo) ridurre l'entità della sanzione al fine di conservare il rapporto lavorativo.

Ebbene con riguardo alle disposizioni del D.lgs. 23/2015, tale (naturale) sviluppo processuale e/o sostanziale sembrerebbe essere stato definitivamente precluso.

Comunque, a prescindere dalla strada che si intenderà percorrere parrebbe pacifico il fatto che sebbene il diritto del lavoro si ponga in rapporto di specialità rispetto alle norme generali del diritto, non possa mai articolarsi in maniera avulsa dallo stesso né tantomeno dalle regole ed i principi giuridici che ne costituiscono l'ossatura.

Passando ad altro argomento, vorrei sottoporre a ratifica anche un altro pensiero

²⁹³ Cfr. M De Cristofaro – G. Gioia, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge 92/2012*, 2013, p. 416

²⁹⁴ C. Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP C.E.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it*, 273/2015, p. 44.

²⁹⁵ Mentre, come risaputo, le ipotesi in cui il licenziamento "ad nutum" viene accordato dalla legge sono solo quelle previste espressamente dalla stessa, in virtù del particolare rapporto di lavoro (su base strettamente fiduciaria) che intercorre tra le parti.

che riguarda l'ampiezza degli obblighi contrattuali a cui il prestatore di lavoro è tenuto. Come reiteratamente confermato dalla Suprema Corte gli obblighi de quo sono inclusivi anche di una serie di obblighi definiti accessori (in quanto esterni al contratto ma comunque sempre allo stesso riconducibili), i quali impongono di tenere un comportamento extra-lavorativo che sia tale da non ledere né gli interessi morali né patrimoniali del datore di lavoro (Cass. 8132/2017). Ebbene avendo a mente l'obbligo generale di buona fede e quello della correttezza nell'esecuzione del contratto²⁹⁶, si potrebbe avanzare l'ipotesi che il lavoratore sia gravato anche da un ulteriore obbligo avente natura accessoria, ovverosia quello di informare il datore (contestualmente alla stipula del contratto di lavoro) dell'esistenza di qualunque possibile causa che possa, anche solo potenzialmente, ledere la fiducia che lega le parti. Ciò in virtù degli obblighi generali di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto. L'ampiezza del predetto obbligo risente perciò sia della mansione che il lavoratore assume che del prestigio di cui gode l'azienda. Pertanto l'omessa informazione circa una condotta o una circostanza seppur temporalmente riferibile ad epoca anteriore alla stipulazione del contratto potrebbe nondimeno di una condotta attiva, costituire il presupposto giuridico per una giusta causa di recesso qualora la condotta de qua – venuta successivamente alla luce - costituisca grave nocimento (patrimoniale o morale) per l'azienda al punto da ledere il vincolo fiduciario che lega le parti. Quindi mediante il riconoscimento giuridico del giusto peso ad un atto avente natura squisitamente pre-contrattuale quale l'obbligo informativo (derivante dal rispetto dei canoni di buona fede e correttezza), si potrebbero prevenire ovvero contestare e risolvere talune situazioni che sebbene anteriori alla stipula del contratto di lavoro, producano in qualche modo nocimento per l'azienda, posto che se fossero state previamente conosciute dal datore di lavoro avrebbero indotto lo stesso a non stipulare ovvero a farlo a condizioni diverse (affidando mansioni diverse). A titolo d'esempio è l'ipotesi che potrebbe ricorrere allorquando un banchiere, prima di

²⁹⁶ Cfr. P. Campanella, *Clauseole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in A.a.V.v., *Clauseole generali e diritto del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Aidlass, roma 29-30 maggio 2014, Milano, 2015, p. 213 e ss.; A. Perulli, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in Riv. It. Dir. Lav., 2015, I, p. 90 e ss.; Cfr. L. Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (studio critico)*, in riv. Dir. Comm., 1954, I, p. 369, dove osserva che si tratta di obblighi accessori nascenti dal contratto, che concorrono con l'obbligo principale, anche se tramite l'applicazione degli artt. 1175 e 1375 c.c.

essere assunto aveva precedenti penali per furto, oppure del dirigente apicale di un'azienda di notevole prestigio che prima faceva l'attore in film pornografici...

Michele Diana

BIBLIOGRAFIA

ACCORNERO A., *L'ultimo tabù. Lavorare con meno vincoli e più responsabilità*, Laterza, Roma-Bari 1999.

ALBI P., *Stabilità del rapporto di lavoro, licenziamento disciplinare e valutazione della proporzionalità*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, fascicolo n. 3/2016, pp. 521-536.

AMOROSO - DI CERBO - MARESCA, *Diritto del lavoro, Vol. 2 - Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè, Milano 2014

ATIAS C., *Teoria contro arbitrio. Elementi per una teoria delle teorie*, Giuffrè, 1990

BALLESTRERO M. V., *Giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Jovene, Napoli, 1991

BALLESTRERO M. V. – DE SIMONE G., *Diritto del lavoro*, G. Giappichelli, Torino, 2015.

BALLESTRERO M. V., *I licenziamenti*, F. Angeli, Milano, 1974

BARBIERI M., *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. 9 e ss.

BELLAVISTA A., *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995, 183 e ss.

BESSONE M. – D'ANGELO A., voce Buona fede, in *Enc. Giur. Treccani*, V, 2 e 7.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952.

BIANCA M. *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, I, 209 e ss.

BORTONE R., *Lo statuto dei lavoratori*, in *Commentario*, diretto da G. Giugni, Giuffrè, Milano 1979, sub art. t, 59 ss.

CARNELUTTI F., *Del recesso unilaterale nel mandato di commercio*, in *Studi di diritto commerciale*, Roma, 1917

CAMPANELLA P., *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in A.a.V.v., *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Aidlass*, Roma 29-30 maggio 2014, Milano, 2015, p. 213 e ss.

CANNATA C. A., *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, Rescigno, IX, Torino, 1999, 43,

CARINCI M. T., *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e da giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli del sistema*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro (RIDL)*, 2012, II.

CARINCI F., *Il tramonto dello Statuto dei lavoratori (dalla L. n.300/70 al Jobs Act)*, collana ADAPT Lobuor studies e-book series, n. 41, 2015.

CARINCI F., *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book Series, n. 37, 2015.

CARINCI F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Argomenti di diritto del lavoro (ADL)*, 2012, n. 6, p.1103 e ss., e in *Lavoro nella giurisprudenza (LG)*, 2013, n. 1, p. 5 e ss.)

CARNELUTTI F., *Del recesso unilaterale nel mandato di commercio*, in *Studi di diritto commerciale*, Roma, 1917.

CASTELVELTRI L., *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali*, *Dir. Rel. Ind.*, 2001, p. 242

CESTER C., *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in Carlo Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova 2013, p. 59 e ss.

CESTER C., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Argomenti di diritto del lavoro (ADL)*, 2012, I, p. 547 e ss.

CESTER C., in A. Vallebona (a cura di), *L'ingiustificatezza qualificata del*

licenziamento, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2012, n. 1, p. 23-25.

CESTER C., in Persiani M. – Carinci F., *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. V – *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, a cura di E. Gragnoli, Cedam, 2017.

CESTER C., *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in F. Carnici - M. Miscione (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, Suppl. a *Diritto e pratica del lavoro (DPL)*, 2012, n. 33, p. 30 e ss.

COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992

CORRADO R., *Studi sul licenziamento*, Giappichelli, Torino, 1950

D'ALOIA A., in *Rassegna della giurisprudenza*, 1984, I. p. 292 e ss.

DE CRISTOFARO – G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge 92/2012*, 2013

DE LUCA TAMAJO R., *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2012, n. 4, Giuffrè, parte II, p. 1064 e ss.

DI CERBO V., *Tipologia delle sanzioni disciplinari nella legge e nei contratti collettivi*, in *Lav. e Prev. Oggi*, 1982.

DIAMANTE R., *Il giustificato motivo soggettivo*, in O. Mazzotta (a cura di), *I licenziamenti, Commentario*, Giuffrè, Milano 1999.

DOLMETTA A. A., *La fideiussione bancaria attiva nell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale*, in banca, borsa, titoli di credito, 1992, I, 26

FABOZZI R., *Rilevanza dei comportamenti extralavorativi e risoluzione del rapporto di lavoro*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro (MGL)*, 2015, p. 492 e ss.

FEDELE I., *Contratto indeterminato a tutele crescenti e art. 18, cosa cambia*, Il Giuslavorista, 26 giugno 2015.

FERRARO G., *Ordinamento, ruolo del sindacato e dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova 1981.

FIORI R., *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica*, I, p. 174

FIORILLO L. – PERULLI A., *Le relazioni industriali*, vol. III, Giappichelli, 2014.

FIORILLO L., *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in L. Fiorillo A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino 2015, p. 103 – 131.

FRENI A. – GIUGNI G., *Lo statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano 1971.

GALANTINO L., *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012 n. 92*, Giuffrè, Milano 2012.

GALLO F. M., *Quando l'obbligo di fedeltà si estende ai comportamenti extralavorativi*, in *Lavoro nella giurisprudenza (LG)*, 2015, p. 599 e ss.

GENTILI BALLESTRERO M. V., *I licenziamenti*, F. Angeli, Milano, 1974.

GHEIDO M.R., CASOTTI A., *Licenziamento: contratto a tutele crescenti*, in *Diritto e pratica del lavoro (DPL)*, 2015, p. 1609 e ss.

GHERA E., in A. Vallebona (a cura di), *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2012, n. 1, p. 41-42

GIORGIANNI M., *Obbligazione (diritto privato)* in *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Utet, Torino, 1965.

GIUGNI G., *Stato sindacale, pansindacalismo, supplenza sindacale*, in *Pol. dir.*, 1970, I.

GRASSETTI C., *Lo statuto dei lavoratori e i limiti al potere di recesso da parte del datore di lavoro*, in *Diritto del lavoro (DL)*, 1967, I, 3.

IARUSSI D., *Vizi di genericità nella contestazione disciplinare e loro conseguenze*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro (MGL)*, anno 89: n. 1/2 (2016 gen-feb), pp. 25-32.

INZITARI B., *La regola della correttezza o della buona fede in senso oggettivo*, in *Istituzioni di diritto privato*, M. BESSONE (a cura di), Torino, 2003.

LAMBERTUCCI P., *I poteri del datore di lavoro nello statuto dei lavoratori dopo l'attuazione del cd. Jobs Act del 2015: primi spunti di riflessione*, in *Argomenti di diritto del lavoro (ADL)*, 3/2016, pp. 513-536.

LAI M., *Contratto a tutele crescenti: prime interpretazioni*, in *Diritto e pratica del lavoro (DPL)*, 2015, p.1417 e ss.

LISO F., in A. Vallebona (a cura di), *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2012, n. 1, p. 46-47.

LUNARDON F. – SANTINI F., *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, Vol III - *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di M. Miscione, Giappichelli, Torino 2007.

MANCINI F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro, II. Il recesso straordinario*, Giuffrè, Milano, 1965

MARAZZA M., *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Argomenti di diritto del lavoro (ADL)*, 2012, III, p. 613 e ss.

MARAZZA M., *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Argomenti di diritto del lavoro (ADR)*, 2015, n. 2, p. 310 e ss.

MARCIANÒ A., *Fatti contestati e formule assolutorie. Le ambigue soluzioni legislative in materia di licenziamento e le previsioni correlate del codice di procedura penale*, in *Lavoro nella giurisprudenza (LG)*, 2013, p. 445 e ss.

MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro (RIDL)*, 2012

MARESCA A., *Il tempo indeterminato finalmente competitivo*, in *Ilsole24ore*, 25/02/2015, e in bollettinoadapt.it

MASSI E., *Contratto a tutele crescenti e risoluzione del rapporto di lavoro*, in *Diritto e pratica del lavoro (DPL)*, 2015, n. 13, inserto, XV.

MAZZONI G., *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano 1977.

MAZZONI G., *Sanzioni disciplinari e licenziamenti disciplinari*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1973.

MAZZIOTTI F., *Il licenziamento illegittimo*, Liguori, Napoli 1982.

MAZZOTTA O., *Il recesso. La giustificazione del licenziamento. La tutela reale*. Vol. 1, Milano, 2005

MENGONI L., *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (studio critico)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, p. 369 e ss.

MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca Borsa*, 1997, 9

MERONI F., MOTTA A., LABRIA G., *La risoluzione del rapporto di lavoro*, Milano, 1991

MOCELLA M., *Art. 2119*, in G. Perlingeri (a cura di), *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Esi, Napoli, 2012, V

MONTUSCHI L., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. Scialoja - G. Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna – Roma 1979.

MORTATI C., *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in *AA.VV., Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano 1972.

NAPOLETANO D., *Il licenziamento dei lavoratori alla stregua della nuova disciplina legislativa*, Utet, Torino 1996.

NAPOLETANO G., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Liguori, Napoli 1990.

NAPOLI M., *La stabilità reale nel posto di lavoro*, Angeli, Milano 1980.

NAPOLI M., *L'elogio della stabilità*, in *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle relazioni industriali*, 26 (1), Torino 2002, pp. 9-18.

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatori*, Vol. II - *Il comportamento del debitore*, Giuffrè, Milano 1984.

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1974, I, 35

PAPALEONI M., *La fine del libero licenziamento*, Milano 1991.

PAPALEONI M., *Il potere disciplinare nella giurisprudenza*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1979, p. 486 e ss.

PAPALEONI M., *Licenziamento per giusta causa e motivo*, Padova; 1998

PELLICANI G. (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino 2013.

PERA G., *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova 1980.

PERA G., *Licenziamenti individuali di lavoro*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990.

PERSIANI M. – CARINCI F., *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. V – *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, a cura di E. Gragnoli, Cedam,

2017.

PERSIANI M., *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Argomenti di diritto del lavoro (ADL)*, 2013, p. 1 e ss.

PERSIANI M., *Il licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo: limiti al potere del datore di lavoro e articolazione delle tutele*, in S. Brusati, E. Gragnoli (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti - Seminario in onore di Michele De Luca*, in *Quaderni di ADL*, 2014, n. 12.

PERSIANI M., *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in R. Sanseverino - G. Mazzoni (a cura di), *Nuovo trattato del diritto del lavoro*, Vol. II - *Il rapporto di lavoro*, CEDAM, Padova 1971.

PERULLI A., *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in riv. It. Dir. Lav., 2015, I, p. 90 e ss.;

PERULLI A., *La buona fede nel diritto del lavoro*, in Riv. Giur. Lav. 2002, 3

PICCININI I., *Il licenziamento per giusta causa*, in G. Pellacani (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 109

PILEGGI A., *Il licenziamento disciplinare*, in G. Pellicani (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino 2013.

PISANI C., *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, Milano 2004.

PISANI C., *“Il bancario pistolero”*: il licenziamento per fatti extralavorativi di rilevanza penale, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro (MGL)*, 2014, p. 424 e ss.

PISANI C., *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in C. Pisani, R.

PERLINGIERI G. (a cura di), *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Esi, Napoli,

PESSI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, parte II, Giappichelli, 2015.

PISANI C., PESSI R., PROIA G., VALLEBONA A., *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015.

PROIA G., *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in C. Pisani, R. Pessi, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*, parte III, Giappichelli, 2015.

RAUSEI P., *Le sanzioni per i licenziati a tutele crescenti*, in *Diritto e pratica del lavoro (DPL)*, 2015, p. 815 e ss.

RODOTA' S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 152

RODOTA' S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, 190

ROMAGNOLI U., *Controcorrente*, in *Lavoro e diritto (LD)*, 2015, p. 3 e ss.

ROMEI R., in R. De Luca Tamajo - M. D'Antona (a cura di), *La legge 11 maggio 1990 n. 108 Disciplina dei licenziamenti individuali*, (in *Le nuove leggi civili commentate*, 1991).

SAFFIOTI M. T. *Le clausole generali di buona fede e la posizione del lavoratore*, Torino, 1999, 212;

SANTORO PASSARELLI F., voce *Giusta causa*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, Torino, 1961

SANTORO PASSARELLI F., *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Cedam; Padova, 1977

SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli 1980.

SANTORO PASSARELLI G., *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Argomenti di diritto del lavoro (ADL)*, fasc. 2, 2013.

SANTORO PASSARELLI G., *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 288/2016*.

SANTORO PASSARELLI G., *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 290/2016*.

SANTORO PASSARELLI G., *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino 2015.

SANTORO PASSARELLI G., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo:*

dalla ragione economica alla ragione organizzativa, in *Quaderni del CSDN Roma*, n. 1, 2017 (e successivamente in *Lavoro e Previdenza oggi*, n. 3/4, 2017).

SCALFI, *Risoluzione del contratto*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII

SCARPELLI F., *“Esternalizzazioni” e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Diritto delle relazioni industriali. Rivista trimestrale della Associazione Lavoro e Ricerche*, anno 9, numero 3, 1999, p. 351 e ss.

SORDI P., *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in L Di Paola (a cura di), *La Riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013,

SPAGNUOLO VIGORITA L. - FERRARO G., *Commentario dello statuto dei lavoratori*, diretto da U. Prosperetti, Milano 1975.

SPALLAROSSA, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Alpa e Bessone, I contratti in generale*, IV, t. 2, Torino, 1991, 835

TATARELLI M., *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padova 2012.

TIRABOSCHI M., *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, collana *Adapt Labuor e-book studies*, n. 45, 2015.

TIRABOSCHI M., *Il contratto a tutele crescenti: spazi di applicabilità in caso di*

apprendistato e somministrazione di lavoro, in F. Carinci - M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, collana ADAPT Labuor studies, e-book series, n. 37, 2015, p. 107 e ss.

TIRABOSCHI M. - GAMBERINI G. (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo il Jobs Act*, in *Guida al Lavoro. Il Punto*, n. 18, 1 maggio 2015 (Ilsole24ore).

TREMOLADA M., *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18. Stat. lav.*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro dopo "la riforma Fornero" (legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012)*, in *Lavoro nella giurisprudenza (LG)*, 2012.

TREMOLADA M., *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. 107 e ss.

TULLINI P., *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, 1990

TULLINI P., *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro (RIDL)*, 2013, I, fasc. 1, pp. 147- 170.

TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Milano, 1994,

TULLINI P., *il licenziamento in tronco, fiducia e i c.d. fatti extra-lavorativi*, RIDL, 1999, II, 146; P.

TULLINI P., su una nozione “allargata” di fedeltà, RIDL, 1988; II, 978

TURCO, *Imputabilità e importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa*, Catania, 1992, 137

VALENTE L., *Accertamento della malattia e tutela della riservatezza: sui limiti del potere datoriale di utilizzare investigatori privati per contrastare il fenomeno dell'assenteismo abusivo*, nota a Cass. 17128/2002, in Riv. Giur. Lav. 2002, II, 55

VALLEBONA A., *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino 2012.

VALLEBONA A., *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto (nota a Cass. n. 23669/2014)*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro (MGL)*, 2014, 2, p. 875.

VENTURA A., *Lo scarso rendimento quale giustificato motivo soggettivo*, in *Il lavoro nella giurisprudenza. Mensile di giurisprudenza e dottrina*, 2017, n. 4.

ZANGARI G., *Potere disciplinare e licenziamento*, in Riv. Dir. lav. an., 23 (1971), fasc. 3, pp. 193-318.

ZANGARI G., *Potere disciplinare e licenziamento*, Giuffrè, Milano 1971.

ZAMBELLI A., *Jobs Act: le novità del decreto attuativo del contratto a tutele crescenti*, in *Guida al lavoro*, 2015, n. 2

ZOLI C., *La tutela delle posizioni “strumentali” del lavoratore. Dagli interessi legittimi all’uso delle clausole generali*, Milano, 1988.

