

**Riassunto** – L'articolo, prendendo spunto dall'ordinanza del Tribunale di Bologna, analizza criticamente il tema, introdotto dalla novella all'art. 18 st. lav., della differenziazione delle sanzioni contro il licenziamento illegittimo in finzione della tipologia di illegittimità. Nell'aderire ai presupposti enunciati nell'ordinanza lo studio propone una propria lettura della novellazione avanzando la tesi della modificazione indiretta delle fattispecie giustificatrici.

1.- L'ordinanza del [Tribunale di Bologna del 15 ottobre 2012](#)<sup>1</sup> costituisce probabilmente la prima pronuncia sull'art. 18 novellato, in tema di applicazione della reintegrazione al licenziamento disciplinare illegittimo. L'ordinanza è già stata incisivamente commentata a caldo da F. Carinci e con il commento diffusa in anteprima tra la comunità dei giuslavoristi.<sup>2</sup> La novità e l'opzione ermeneutica adottata dal Tribunale hanno contribuito a dare al provvedimento, in verità più apodittico di quanto il nuovo rito speciale<sup>3</sup> non richiedesse, ampio spazio sul *web*<sup>4</sup> e sui media. E la vasta eco, per lo più plaudente, ha spinto la ministra Fornero a replicare prudentemente che come “una rondine

<sup>1</sup> In q. rivista Volume 4 n.1 anno 2012, sezione Giurisprudenza.

<sup>2</sup> Ordinanza e commento inviato dall'autore alla sua mailing list, ora anche in CSDLE, *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, [http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up\\_168653-912.pdf](http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_168653-912.pdf)

<sup>3</sup> Sugli aspetti di questo rito inutile, abborracciato si rinviare a Cammalleri, *Un nuovo rito per i licenziamenti: soluzioni errate sbagliate a giusti problemi*, in q. rivista Volume 4 n. 1 (2012).

<sup>4</sup> Ex aliis: ItaliaOggi, [http://www.italiaoggi.it/news/dettaglio\\_news.asp?id=201211070351001468&chkAgenzia=PREV](http://www.italiaoggi.it/news/dettaglio_news.asp?id=201211070351001468&chkAgenzia=PREV); Chiello, <http://www.ilsussidiario.net/News/Lavoro-in-toga/2012/10/31/ARTICOLO-18-Una-sentenza-smonta-la-riforma-Fornero/333676/>; De Stefanis, [http://www.supermercato.it/focus-legale/ua\\_Riformaart18.pd](http://www.supermercato.it/focus-legale/ua_Riformaart18.pd); Brienza <http://www.salvatorebrienza.it/diritto-del-lavoro/giurisprudenza/2962-tribunale-di-bolgnasentenza-n-2631-2012-del-15-ottobr-e-2010-prima-applicazione-del-la-riforma-del-lavoro-sulla-illegittimita-del-licenziamento-h-tml>; Ciriolo, <http://www.loccidentale.it/node/119243>.

## ***Μία χελιδὼν ἔαρ οὐ ποιεῖ?\****

***(a proposito della prima applicazione dell'art. 18 st. lav. modificato dalla l.92/12 al licenziamento disciplinare illegittimo)***

di

Calogero Massimo Cammalleri

\* *Una rondine non fa primavera?*

**Abstract** – The study, starting from case law Trib. Bologna October 15, 2012 CP v. A., critically addresses interpretation problems posed by the new law of individual dismissal.

non fa primavera”<sup>5</sup> una sentenza (recte: *ordinanza*) non fa giurisprudenza. Limitarsi a un tale commento e attendere altre pronunce, per vedere l'aria che tira, significherebbe far torto proprio ad Aristotele e alla sua Etica nicomachea dalla quale la massima è tratta. Egli, infatti, ci invita, si a spegnere facili entusiasmi o facili preoccupazioni, ma anche a esercitare, nella ricerca del bene, il discernimento razionale, per capire proprio se quella unica rondine abbia smarrito la strada o sia precorritrice dello stormo.

2.- Occorre perciò interrogarsi quanto pervia sia l'ipotesi che nella materia disciplinare dell'area di tutela forte nulla sia cambiato con la novella. Questo è in sintesi il giudizio che si trae, come il Tribunale di Bologna, valorizzando la ricerca di senso nella locuzione «*insussistenza del fatto contestato*» e trascurando di darle uno all'altra «*in tutti gli altri i casi dichiara la risoluzione del rapporto e condanna al pagamento di un'indennità*».

Per altro, lo studio critico del riordino dell'apparato sanzionatorio del licenziamento viziato<sup>6</sup> ha come punto di partenza, largamente condiviso dai primi commentatori<sup>7</sup>, che la legge n. 92 del 2012 non abbia ap-

<sup>5</sup> Aristotele, Etica nicomachea, I, 7, 1098b8 [19].

<sup>6</sup> Espressione che si preferisce a illegittimo per via del fatto che la novella ha inciso anche l'area del licenziamento nullo, inefficace e della tutela obbligatoria.

<sup>7</sup> Carinci F., *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore* in occasione di Tribunale di Bologna del 15 ottobre 2012 in ADL, 2012, n. 4 – 5. e in <http://csdle.lex.u->

portato modifiche alle fattispecie giustificatrici, limitando invece il proprio intervento di flessibilizzazione dei licenziamenti al solo apparato sanzionatorio.

Correlativamente a tale impostazione è stato sostenuto che «le disposizioni dei commi 4 e ss. del nuovo testo dell'art. 18 stat. lav. stabiliscono che anche nelle organizzazioni e unità produttive di maggiori dimensioni la tutela contro il licenziamento ingiustificato è meramente indennitaria, salvo tre ipotesi tassative tipizzate dal legislatore, che possono perciò definirsi di ingiustificatezza qualificata, per le quali è ancora prevista la tutela reale».<sup>8</sup>

3.- Due le questioni si base: una, la netta separazione di piano tra fattispecie giustificatrici (non incise) e fattispecie sanzionatorie (invece pesantemente attinte dalla novella); separazione che secondo una dottrina<sup>9</sup> dovrebbe portare il giudice a separare i due momenti di giudizio, il primo sulla legittimità, il secondo sulla sanzione applicabile. Questo metodo sembra è ciò che l'incedere della motivazione del Tribunale di Bologna si propone di fare; operazione che tuttavia non può riuscire come evidenziato da un'altra dottrina.<sup>10</sup>

L'altra questione concerne la relazione di genere a specie che si tenta di instaurare tra tutela obbligatoria e tutela reale (pur attenuata). Esse non convincono ed è verosimile che siano alla base della *querelle* apertasi sul significato e l'estensione del sintagma “insussistenza del fatto” del quale appunto dipende l'applicazione dell'una o dell'altra. Si cercherà di spiegarne subito le ragioni.

3a.- Quanto alla prima questione è vera solo in apparenza, nel senso che non vengono modificati il testo scritto dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966 e l'art. 2119 c.c., così come d'altronde è formalmente vero l'art. 1 della legge di riforma si limita a modificare, per quanto rilevi in questa sede, l'art. 18 della legge n. 300

[nict.it/archive/uploads/up\\_168653912.pdf](http://nict.it/archive/uploads/up_168653912.pdf); Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, [http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up\\_675700881.pdf](http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_675700881.pdf), Maresca, Studi Pedrazzoli, Vallebona, La riforma del lavoro, Giappichelli 2012)

<sup>8</sup> Vallebona, *La riforma* cit., *id.*, Colloqui giuridici sul lavoro, Premessa ai quesiti, MGL, 2012, in corso di stampa.

<sup>9</sup> Maresca, cit., ma cfr. anche Tremolada, in Carinci F. Miscione M. (a cura di), *Commentario della riforma Fornero*, p. 49ss. Vallebona cit.

<sup>10</sup> Cfr. al riguardo le critiche alla tesi di Maresca, di Carinci cit.

del 1970 e l'art. 2 comma 3 della legge n. 604 del 1966 (con riferimento all'inefficacia).

In concreto, invece, proprio laddove la novella introduce ben quattro livelli sanzionatori del licenziamento viziato e modella per essi altrettante fattispecie di vizio (o atteggiamento di esso) a cui corrispondono diverse fattispecie giustificatrici piuttosto che solo diversi livelli di gravità.<sup>11</sup>

3b.- La seconda premessa non si ritiene vera perché le ipotesi in cui è prevista la reintegrazione (con tutela risarcitoria limitata) non costituiscono specifiche fattispecie derogatorie, ma ampie categorie in grado di intercettare il maggior numero di licenziamenti viziati.<sup>12</sup> Ampiezza che contrasta con la tesi della tassatività delle ipotesi reintegratorie conseguentemente sostenuta.

Le ipotesi in cui la tutela reale non opera costituiscono una eccezione alla regola di giustificazione necessaria, regola che, è appena il caso di ricordare, è comune anche all'area della tutela debole; per la regola richiamata solo il licenziamento giustificato può avere efficacia risolutiva del rapporto.<sup>13</sup>

Ora, rispetto alla regola che si assume non modificata, la tecnica normativa della formulazione generale dei casi di tutela indennitaria maggiore e la formulazione per fattispecie della tutela reintegratoria è un fatto stilistico irrilevante. Ciò che invece nella sostanza rileva per determinare il rapporto tra la regola ed eccezione è l'ampiezza della fattispecie. Perciò quando “tutte le altre ipotesi”, diverse dalle nominate, a causa dell'ampiezza di queste, integrano un'ipotesi residuale, cioè una clausola di chiusura, è essa a costituire l'eccezione. Per altro, il collegamento tra mancanza di giustificazione e risoluzione fa *pendant* con inadempimento (illegittimità) e restituzioni (reintegrazione). Corrispondenza che è alla base della condivisibile<sup>14</sup>

<sup>11</sup> *Contra*: Maresca, cit., Marazza, cit. nel senso che il giudice dovrebbe effettuare due distinti giudizi, uno sulla legittimità e una sulla sanzione applicabile.

<sup>12</sup> *Contra*: Marazza cit., Maresca, cit. Vallebona, cit.

<sup>13</sup> Per la confutazione dell'assunto che nell'area della tutela obbligatoria la risoluzione consegua la licenziamento illegittimo, Cammalleri, *L'inefficacia del licenziamento - tutela obbligatoria e diritto comune*- Palermo 2005, specie p. 147ss., 181 ss.

<sup>14</sup> *Contra*: Vallebona, in op. loc. ult. cit.

giurisprudenza sull'onere della prova del requisito dimensionale.<sup>15</sup>

4.- Le ipotesi di licenziamento illegittimo a cui applicare la tutela reintegratoria minore inverano diverse ipotesi di illegittimità. Una prima concerne la insussistenza del fatto su cui si fonda il licenziamento. Il Tribunale, pur implicitamente, rifiuta la possibilità ermeneutica che la “inesistenza” definisca ed esaurisca l'ipotesi tipica della “insussistenza del fatto” e perciò che essa sia a sua volta distinta dalla “insufficiente gravità”. Quest'ultima, a sua volta, sarebbe rilevante, ferma la illegittimità del recesso, al fine di applicare la reintegrazione, non solo allorquando tipizzata nelle fattispecie punite con sanzione conservativa dai codici disciplinari aziendali o collettivi,<sup>16</sup> ma anche in quanto escludente il fatto in senso giuridico.

Per quanto conciso il ragionamento appare convincente e suscettibile di essere ampliato.

Infatti, alla insussistenza del fatto, il disposto del nuovo comma 4 dell'art. 18 abbina la ipotesi in cui il fatto rientri «tra le condotte punibili con una sanzione conservativa» e iscrive entrambe le locuzioni nel novero delle ipotesi in cui non ricorrano «gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa». Sia nell'ipotesi della insussistenza del fatto sia nell'ipotesi della sua sussumibilità in una fattispecie punita con una sanzione conservativa, viene in rilievo sempre la “gravità della condotta” del lavoratore. Essa è la fattispecie assunta a presupposto per legittimare il licenziamento o specularmente per integrare la condotta punita meno gravemente o non punita del tutto.

La “gravità della condotta” in funzione selettiva della sanzione, si manifesta esplicitamente nell'ipotesi in cui la condotta rientri «tra le condotte punibili con una sanzione conservativa», ma non può dirsi esclusa, in tutte la ipotesi di “insussistenza del fatto” non previste da mancanza punita con sanzione conservativa più di quanto non possa assumersi presente implicitamente per esigenza di razionalità intrinseca del sistema.

5.- Nelle due fattispecie assurte a presupposto per l'applicazione della sanzione, per integrare la condotta punita con il licenziamento ovvero con altra meno grave sanzione occorre sempre la tipicità della condotta,

cioè che essa integri l'inadempimento previsto dalla legge per la produzione dell'effetto legale da esso derivante. Val subito la pena richiamare le regole generali – inderogabili - riguardanti la risoluzione per inadempimento del contratti a prestazione corrispettive di cui agli artt. 1453 ss. cod. civ, per avvedersi che, del diritto comune dei contratti, non ogni inadempimento può determinare la risoluzione del rapporto contrattuale, ma solo quello che, *ex art. 1455 cod. civ.* sia “non scarsamente importante”; sia cioè un inadempimento risolutore.

6.- La giustificazione posta dal datore di lavoro a fondamento del licenziamento disciplinate possono concretare differenti scenari:

- a) il fatto materiale è inesistente;
- b) il fatto materiale è esistente ma non lo ha commesso il lavoratore;
- c) il fatto materiale è esistente, il lavoratore lo ha commesso ma sussiste una scriminante;
- d) il fatto materiale è esistente, il lavoratore lo ha commesso senza dolo o senza colpa;
- e) il fatto materiale è esistente, il lavoratore lo ha commesso ma esso è privo di rilevanza disciplinare;
- f) il fatto materiale è esistente, il lavoratore lo ha commesso, ma esso non è grave ai sensi dell'art. 2106 c.c..

Se, dunque, si identificasse la “insussistenza del fatto” meramente con la “inesistenza del fatto”, escludendo perciò anche le ipotesi di condotta non grave o di inadempimento non notevole, resterebbero assoggettate alla tutela obbligatoria tutte le ipotesi prima considerate, tranne quella di cui alla lettera a).

6a.- Accantonando provvisoriamente l'esame dalla questione sottesa alla qualificazione *sub* lett. f), che è quella esaminata dal Tribunale di Bologna, sembra del tutto irrazionale escludere dalla reintegrazione l'ipotesi *sub* b), cioè di quanto nel linguaggio del codice di procedura penale va sotto la locuzione “l'imputato non ha commesso il fatto”, e ammetterla – di necessità - nell'ipotesi in cui il fatto sia stato commesso ma sia punibile con una sanzione minore (*id est* conservativa) del licenziamento. È vero che nel processo penale la formula assoluta di che trattasi è distinta dal quella perché il fatto non sussiste; tuttavia, in assenza di una distinzione esplicita, non può certo escludersi che nell'ipotesi di mancata commissione del fatto nella sua

<sup>15</sup> Cass. S.U. 10 gennaio 2006 n. 141 in MGL, 2006, 49.

<sup>16</sup> In tal senso Vallebona, cit. Marazza, cit. Maresca, cit.

interezza si possa subire un effetto maggiormente pregiudizievole di quello derivante da una commissione di un fatto diverso se riprovevole (cioè punto con sanzione conservativa).

Sicché, procedendo per gradi, nella “insussistenza del fatto” deve essere compresa - quantomeno - l'imputabilità del fatto all'agente.

6b.- Già questa estensione nega in radice la fondatezza della tesi ermeneutica intesa ad identificare la materiale inesistenza del fatto e con l'insussistenza di esso.

Or dunque, considerare rilevante l'imputabilità del fatto all'agente implica di valutare, oltre ovviamente alla *suitas* della condotta, anche se esso gli sia imputabile a titolo di dolo o a titolo di colpa.

Laddove la condotta sia stata contestata a uno dei due titoli di imputazione soggettiva dell'illecito, l'insussistenza dell'uno o dell'altro titolo escludono il fatto disciplinare. Ciò che il lessico del codice di procedura penale nomina come “il fatto non costituisce reato”. Procedo che è corretto anche questa volta l'argomento del Tribunale, benché non pertinente al caso deciso, di considerare compreso nel fatto anche l'elemento soggettivo della condotta e perciò che anche il difetto di esso deve essere ricompreso nell'insussistenza del fatto che conduce alla sanzione reintegratoria.

Escludere la reintegrazione in questo caso condurrebbe ancora una volta il sistema verso l'irrazionalità. Infatti, per un fatto imputabile, doloso o colposo, punibile con una sanzione conservativa, cioè per una condotta comunque riprovevole, conseguirebbe la reintegrazione, mentre, se si escludesse dal novero degli elementi della “insussistenza del fatto” l'elemento soggettivo, essa non conseguirebbe per un fatto del tutto non riprovevole; cioè per un fatto lecito.

Se ne può concludere che l'ipotesi *sub d)* deve essere passibile di reintegrazione e che perciò essa è compresa nell'insussistenza del fatto.

6c.- L'inclusione di tale formula assolutoria tra le ipotesi di reintegrazione comporta per estensione logica la inclusione della ipotesi formulata *sub c)*, giusto che la sussistenza di scriminanti (legittima difesa, stato di necessità, esercizio di un diritto, adempimento di un dovere, etc.) conducono al proscioglimento con la medesima formula esaminata *sub d)*.

6d.- Conseguentemente, l'esigenza di ricondurre a razionalità intrinseca la formula adotta dal legislatore consente di trarre una prima parziale conclusione: la insussistenza del fatto, nel lessico dell'art. 18 novellato, è espressione ellittica, poiché essa comprende, almeno, anche le formule assolutorie de “il fatto non costituisce reato” e “l'imputato non lo ha commesso”.

Corollario di questa conclusione è che la “insussistenza del fatto” di cui al nuovo art. 18 non può essere costretta nella gabbia della inesistenza materiale.

6e.- Per vero, a solo considerarne la lettera, nella locuzione “insussistenza del fatto”, devono comprendersi sia il fatto storico contestato dal datore di lavoro sia la non sussumibilità di esso nella fattispecie di sanzione disciplinare dal punto di vista degli elementi oggettivi, cioè: condotta, evento, nesso di causalità.

Da ciò si può ulteriormente inferire che pure l'ipotesi *sub e)* rientra nelle ipotesi di vizio del licenziamento che lo conduce all'annullamento con conseguente ordine di reintegrazione.

6f.- La ipotesi considerata da Tribunale di Bologna, cioè quella che nella casistica considerata cade *sub e)*, deve perciò essere esaminata alla luce della ricostruzione di insussistenza del fatto fin ora raggiunta.

Ora, gli è che le nozioni di giustificato motivo soggettivo e di giusta causa sono nozioni legali inderogabili: l'una prevede che l'inadempimento risolutorio debba essere notevole, l'altra prevede che la condotta risolutoria debba essere sì grave da non consentire la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto. Entrambe le nozioni sono una specificazione – aggravata sia quantitativamente sia qualitativamente - della regola generale di cui al citato art. 1455 c.c.. Sarebbe singolare che nel diritto del lavoro si prevedesse una regola risolutoria generale più lassa di quella prevista dal diritto comune, senza che valga, in contrario, obiettare che il licenziamento è cosa diversa dalla risoluzione per inadempimento, perché ai nostri fini, una volta che la legge ha reso causale e qualificato il recesso per inadempimento, la limitazione allo scioglimento del vincolo deve valere *a fortiori*.

In difetto del requisito della gravità, la condotta, cioè il fatto, si pone al di fuori della tipicità legale della norma, cioè, in altri termini, del suo contenuto oggettivo.

Ma poiché la mancanza dell'elemento oggettivo della condotta conduce alla più ampia formula liberatoria di assoluzione per insussistenza del fatto (al limite alla formula piena perché il fatto non costituisce reato), anche la mancanza della gravità tipica del giustificato motivo oggettivo (di cui all'art. 3 della legge n. 604 del 1966) e della giusta causa (di cui all'art. 2119 cod. civ.) deve condurre alla declaratoria di insussistenza del fatto tipico.

Conclusivamente è proprio quando la condotta contestata difetti della gravità che si è in presenza della ipotesi reintegratoria letteralmente contemplata dalla prima ipotesi della norma novellata, cioè la insussistenza del fatto.<sup>17</sup>

7.- Giunti a questa conclusione, a meno di non revocare la pacifica natura ontologicamente disciplinare dei licenziamenti per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa, la superiore affermazione deve essere messa a confronto con la espressa previsione della tutela reintegratoria per l'essere il fatto punito con una sanzione conservativa. Fattispecie che, come si ritiene, rientra per sé stessa nella insussistenza del fatto in senso giuridico, cioè del fatto disciplinare risolutivo.

Le due locuzioni della legge si profilano perciò ridondanti, posto che la seconda sarebbe così già compresa nella prima. Tale costrutto, che veste a pennello l'ordinanza bolognese, si espone però alla facile obiezione per la quale un'esegesi che privi di significato il dettato del legislatore non è una buona esegesi, dovendosi sempre privilegiare tra due opposte tesi quella che dia un significato alla norma piuttosto che quella che non gliene dia alcuno.

7a.- La ridondanza delle due locuzioni, che sembra conseguire alla ricostruzione proposta, cioè la inutilità della seconda formula, è però solo apparente.

Infatti, essa sarebbe sussistente se non vi fosse la disposizione del nuovo comma 5 che, con formula di chiusura, prevede la dichiarazione di risoluzione del rapporto e la condanna al pagamento dell'indennità maggiore «nelle altre ipotesi in cui (il giudice) accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro». Cioè le ipotesi che non rientrano in nessuna delle tipologie prima considerate sopra al punto 6 [da a) ad f)].

<sup>17</sup> *Contra*: Tremolada cit.

La duplicità delle formule del quarto comma, anche nella ricostruzione proposta, non è affatto ridondante: la seconda è perfetta esplicitazione del disposto l'art. 2106 c.c.; la prima, sempre in coerenza con l'art. 2106 c.c. è intesa a evitare gli abusi che la mancanza di un codice disciplinare o un codice disciplinare assai lacconico possono determinare.

Dire che il lavoratore colpevole di una mancanza deve essere reintegrato quando la mancanza è punibile con una sanzione conservativa, significa dire che la reintegrazione consegue quando il fatto contestato, pur esistente, non è dotato della gravità tipica prevista dall'art. 3 della legge n. 604 del 1966 o dall'art. 2119 cod. civ.; significa anche affermare che il giudizio sulla gravità della mancanza, operato dal codice disciplinare, esclude, in ogni caso, che la specifica tipicità risolutoria della mancanza, che è appunto la gravità, da esso codice prevista, possa essere – in termini astratti – diversamente apprezzata.

Quando la mancanza non è prevista dal codice disciplinare né come punibile con sanzione conservativa né con il licenziamento, occorrerà che il giudizio sulla gravità lo faccia il giudice e nell'evenienza in cui essa manchi dovrà dichiarare la insussistenza del fatto disciplinare e ordinare la reintegrazione.

8.- Coloro che, in contrario avviso a quanto qui sostenuto, individuano la «*ratio* della disposizione che contempla la tutela reale solamente se l'insufficiente gravità del fatto è conoscibile con certezza *ex ante*, appunto mediante specifica tipizzazione»<sup>18</sup> ed escludendola per un fatto lieve, ma atipico, consci della irrazionalità delle conseguenze ricostruttive della propria opzione, si chiedono o se sia ammissibile una «interpretazione estensiva o addirittura analogica» del quarto comma o se siano ipotizzabili le fattispecie della frode alla legge (sulla reintegrazione) o dell'abuso del diritto (di licenziamento).<sup>19</sup>

Ben vero, si dubita che la *ratio* della norma sia quella di proteggere il datore di lavoro, «sprovveduto», che intimi un licenziamento sulla base di un fatto che una sua personale iper-sensibilità (o iper-suscettibilità) gli impedisce di apprezzare non grave. Perciò non occorre affatto ricorrere né all'interpretazione estensiva o analogica, né alle categorie della frode alla legge e

<sup>18</sup> In tale senso Vallebona Colloqui cit.; Marazza, cit. Maresca, cit.

<sup>19</sup> Vallebona, Colloqui giuridici sul lavoro, Premessa ai quesiti, MGL, 2012, in corso di stampa.

dell'abuso del diritto, la cui prova, per altro difficile, graverebbe sul lavoratore frodato o che subisce l'abuso, per sanzionare con la reintegrazione la mancanza di gravità non tipizzata.

8a.- Al contrario, ricomprendere nella formula ellittica della “insussistenza del fatto” anche la condotta non preveduta dal codice disciplinare e non grave (o addirittura non riprovevole, cioè non disciplinarmente rilevante) serve proprio a risolvere l'antinomia che conseguirebbe nell'applicare due sanzioni diverse a fatti della stessa gravità, cioè a fatti che non hanno efficacia risolutiva *ex art. 3 l. n. 604 del 1966* o *ex art. 2119 cod. civ.*, nonché ad escludere la superfluità della seconda fattispecie di illegittimità soggetta a reintegrazione.

Lo scopo della seconda fattispecie è quello di riconoscere all'autonomia collettiva la possibilità di determinare quali inadempimenti siano dotati di efficacia risolutiva e quali no, sottraendo al sindacato del giudice il controllo di gravità, al pari di come, nel diritto comune, l'autonomia individuale gli lo sottrae con le clausole *ex art. 1456 c.c.*, non certo quello di consentire la risoluzione del rapporto per inadempimenti lievi oggettivamente, ma diversamente apprezzati dal datore di lavoro. Ciò non esclude la tutela dell'affidamento, ma la fa mediare dalla contrattazione collettiva.

Se la *ratio* della seconda parte del comma 4 fosse quella della tutela dell'affidamento del datore di lavoro, il significato da dare alla clausola di chiusura del comma 5, dovrebbe essere quella di far conseguire la risoluzione del rapporto da essa espressamente prevista, a una mancanza lieve, forse così lieve da non essere passibile neppure di una minima sanzione conservativa.

Questo effetto – assolutamente abnorme – non può essere sacrificato sull'altare dell'affidamento che il datore di lavoro ha riposto, nel valutare la gravità della condotta, sul suo personale apprezzamento.

8b.- La gravità della condotta è elemento legale della fattispecie risolutiva, sicché l'errore del datore di lavoro su di essa si risolve in un errore di diritto, rilevante - semmai - per l'annullamento del licenziamento ad istanza dello stesso datore di lavoro. Errore di diritto a cui però può porre rimedio con la nuova disciplina della revoca del licenziamento. Revoca che, di fatto, produce gli stessi effetti della reintegrazione.

9.- La ricostruzione proposta, anche se riconduce a coerenza interna il disposto del comma 4 e supera l'obiezione di ridondanza, non offre una soddisfacente risposta di contenuto alle «altre ipotesi» di non ricorrenza degli «estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro» che il comma 5 considera causa di risoluzione indennizzata.

Al riguardo sono ipotizzabili due possibili percorsi ricostruttivi.

Uno potrebbe essere quello di affidare alla casistica giudiziaria l'enucleazione, su base empirica, di una categoria di condotte che non rientrino nelle due ipotesi previste dal comma 4.<sup>20</sup> Ma essa non è del tutto convincente dal punto di vista del sistema sanzionatorio.

Un altro potrebbe quello di incanalarvi solo quelle condotte che, ad un tempo, siano materialmente previste come punibili dal codice disciplinare con una sanzione conservativa fino a un grado di gravità minore di quello invece accertato nella condotta del lavoratore. Di una condotta i cui effetti siano, cioè, più gravi di quelli richiesti per la applicazione della più alta sanzione conservativa che contempla il fatto materiale della condotta, ma non siano abbastanza gravi da giustificare la legittimità della sanzione espulsiva. La fattispecie si situerebbe al di fuori dell'ipotesi punita con la sanzione conservativa e al di fuori dell'ipotesi della stretta insussistenza del fatto.

9a.- Per questa via resterebbero fuori, ovviamente, tutte le condotte non gravi e non previste dal codice disciplinare, che invece integrerebbero sempre la piena “insussistenza del fatto”. Se così non fosse in assenza di un codice disciplinare nessun licenziamento illegittimo potrebbe portare alla reintegrazione, con la conseguenza di uniformare sotto un'unica sanzione mancanze di diversa gravità, in palese contrasto sia con la norma inderogabile dell'*art. 2106 c.c.*<sup>21</sup>, sia con lettera dell'*art. 2119 c.c.* e dell'*art. 3 della l. 604/1966*.

<sup>20</sup> Sebbene con riferimento al giustificato motivo oggettivo, inclina a questa soluzione Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in [http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20121114-084830\\_albi\\_160-2012itpdf.pdf](http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20121114-084830_albi_160-2012itpdf.pdf)

<sup>21</sup> *Contra*: Marazza cit. il quale ritiene che la violazione dei detta norma non incida sul regime sanzionatorio.

9b.- In tal senso la combinazione dei commi 4 e 5 finisce per modificare la fattispecie della giustificazione, giacché di fatto introduce l'ipotesi del giustificato motivo per inadempimento importante ma meno che notevole e la giusta causa per condotta grave ma non gravissima (nel senso di maggiore che notevole). Una fattispecie, nuova, di gravità disciplinare intermedia di licenziamento;<sup>22</sup> l'ipotesi, per dir così, del licenziamento quasi legittimo. Una sorta di via di fuga per il datore di lavoro "onesto" (nel licenziare) ma "sfortunato" (nel provare o nel prevedere tutta la gravità del fatto atipico).

21.- Così come «una rondine non fa primavera, né un sol giorno: così un sol giorno o poco tempo non fanno nessuno beato o felice. Il bene, dunque, resti delineato in questo modo: è certo infatti che bisogna prima buttar giù un abbozzo e poi, in seguito, svilupparlo».<sup>23</sup> Un'ordinanza, sì, non farà giurisprudenza ma può gettarne un abbozzo, specie quando coglie nel segno.

**Reviewd November 15, 2012, on line November 17, 2012**  
**Words 4309 - Characters 30102**

<sup>22</sup>Cfr. in tale senso Carinci F., *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente* in CSDLE, *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, [http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up\\_443536570.pdf](http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_443536570.pdf)

<sup>23</sup> Aristotele, *Etica nicomachea*, I, 7, 1098b8, [19-21], Trad. di C. Mazzarelli, Rusconi, Milano, 1993. Testo originale: μία γὰρ χελιδὼν ἕαρ οὐ ποιεῖ, οὐδὲ μία ἡμέρα· οὕτω δὲ οὐδὲ μακάριον καὶ εὐδαίμονα. μία ἡμέρα οὐδ' ὀλίγος χρόνος. Περιγεγράφθω μὲν οὖν τάγαθὸν ταύτη· δεῖ γὰρ ἴσως ὑποτυπῶσαι πρῶτον, εἴθ' ὕστερον ἀναγράψαι.