

## ***Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare\****

Roberto Rivero  
(giudice del lavoro Tribunale di Ravenna)

### ***1.- Le prime due ordinanze del Tribunale di Bologna***

Sono due, ad oggi, le ordinanze giudiziali già pubblicate che abbiano dovuto fare i conti con la disciplina sostanziale del nuovo art.18 giudicando licenziamenti intimati a partire dal 18 luglio 2012, data di entrata in vigore della c.d. riforma Fornero (legge 92/2012). La parte processuale della normativa è stata invece applicata in un maggior numero di occasioni, posto che (ai sensi dell'art. 1, c. 67) essa andava subito applicata anche ai licenziamenti intimati prima ed impugnati dopo quella medesima data<sup>1</sup>.

Entrambe le ordinanze di cui discorre, aventi ad oggetto licenziamenti disciplinari, sono state emesse dal tribunale di Bologna (ma da due giudici del lavoro differenti); esse costituiscono una prima significativa testimonianza delle straordinarie difficoltà di lettura e di applicazione in cui si dibatteranno i giudici (ma non solo essi) alle prese con la nuova disciplina delle tutele in materia di licenziamento disciplinare, sempre che sussista l'ambito di applicazione delle medesime, ancora delimitato dal superamento della soglia dei 15 dipendenti (o di 5 in caso di imprenditore agricolo).

### ***2. Le due diverse tutele per la mancanza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo***

La riforma, come è oramai noto, ha mantenuto ferme le vecchie causali di licenziamento delineate dalla legge 604/1966 (giusta causa e giustificato motivo soggettivo), ma ha diversificato le tutele in caso di illegittimità del licenziamento per il caso in cui “*non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore*”<sup>2</sup>; ed ha ammesso la reintegrazione nel posto di lavoro (associata ad una indennità massima di 12 mensilità di retribuzione) soltanto in due ipotesi: la prima, nel caso in cui “*il fatto contestato non sussiste*”; e la seconda, allorché “*il fatto rientra tra le condotte punibili solo con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti o dei codici disciplinari applicabili*”.

In tutte le “*altre ipotesi*”, secondo la nuova versione dell'art. 18, non opera più la reintegrazione nel posto di lavoro ed il giudice, dichiarando risolto il rapporto di

---

\* Il presente scritto è altresì in corso di pubblicazione in *Arg. Dir. Lav.*, in *Lav. giur.*, in *Dir. prat. lav.*

<sup>1</sup> Sulla discussa applicabilità del nuovo art. 18 St. lav. al pubblico impiego v. F. Carinci, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in corso di pubblicazione in *Lav. pubbl. amm.*, 2, 2012 e in <http://csdle.lex.unict.it/>, *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*.

<sup>2</sup> Una terza forma di tutela tutta indennitaria è stabilita ora dall'art.18, 6° comma novellato, in caso di violazioni procedurali o dell'obbligo di motivazione; ed essa può riguardare, ovviamente, anche il licenziamento disciplinare; peraltro con possibile commistione di vizi e di domande all'interno del medesimo processo, con complicazioni e variabili non facilmente gestibili.

lavoro, deve riconoscere soltanto un'indennità determinata tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale.

La norma presenta enormi problemi interpretativi; l'incertezza è tanta e tutta ancora da sciogliere<sup>3</sup>. Si tratta di capire, sotto un triplice ordine di piani, non solo quale sia il rapporto (quali-quantitativo) tra le due forme di tutela (reale ed obbligatoria) delineate dalla normativa; quanto, soprattutto, quali siano i casi che rientrino nell'una e nell'altra tutela; ed inoltre, quale ruolo mantenga il principio di proporzionalità (previsto dall'art.2106 c.c.) tra atto illecito e sanzione disciplinare, ai fini della scelta dell'una o dell'altra tutela.

### **3. L'ordinanza Tribunale di Bologna 25.9.2012 ( giud. Coco)**

La prima ordinanza, in ordine cronologico, ad occuparsi della questione è quella del 25.9.2012 (giudice Coco); ed è quindi ad essa che spetta la primazia tra i provvedimenti applicativi in materia di licenziamento intimato con applicazione della normativa sostanziale, oltre che processuale, dettata dalla legge Fornero. Si tratta di una ordinanza che presenta diversi profili di interesse, processuali e sostanziali, che potrebbero aiutare nella comprensione della controversa normativa.

Si segnala, sotto il profilo processuale, anzitutto che il giudice abbia ritenuto inammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c. con cui era stato avviato il giudizio ed abbia disposto il mutamento nel nuovo rito delineato dalla legge 92/2012. In proposito però, se si riflette sull'essenzialità e complementarietà della tutela cautelare rispetto alla tutela di tutte le situazioni giuridiche, non si può escludere a priori l'utilità del ricorso all'art.700 c.p.c., posto che "ogni situazione giuridica deve poter trovare un suo momento cautelare" (Corte Cost. 326/1997)<sup>4</sup>; fermo restando che, in tal caso, il *periculum* debba valutarsi con maggiore rigore in considerazione della rapidità che contraddistingue la stessa fase sommaria tipica, delineata dal nuovo rito.

In secondo luogo va rilevato che il giudice ha dichiarato la decadenza della parte convenuta che si era costituita in ritardo. Mentre non pare che la fase sommaria del c.d. rito Fornero conosca decadenze o preclusioni; come conferma, per il ricorrente, il fatto che il ricorso debba essere redatto rispettando soltanto i requisiti previsti dall'art.158 c.p.c. (il quale non prevede l'assolvimento di oneri istruttori); e per il convenuto il principio di parità delle armi; ancorchè la stessa norma preveda, con carattere di novità rispetto al giudizio cautelare uniforme, che il convenuto si debba costituire entro cinque giorni prima dell'udienza.

<sup>3</sup> Una prima valutazione critica già a partire dal disegno di legge, in F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2012, 6, pag. 529 e segg. e in <http://csd.le.lex.unict.it/>, *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, nonché, da ultimo, F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. Prat. Lav.*, supplemento n. 33, del 15 settembre 2012. Un approfondito esame della tematica in A. L. Terzi, *La disciplina dei licenziamenti disciplinari*, in corso di pubblicazione a cura di Magistratura Democratica;

<sup>4</sup> Come osservava Satta "l'idea della cautela è un'idea non giuridica e quindi ispiratrice di un'infinità di norme, se non di tutte poiché non c'è norma che non sia dettata da ragioni di cautela".

Pertanto sia l'una che l'altra parte, qualora si costituisca in ritardo, non potrà incorrere in alcuna preclusione né decadenza di natura processuale.

#### ***4. L'identificazione del fatto nel licenziamento disciplinare***

Sotto il profilo sostanziale il provvedimento pone in evidenza, oltre al problema degli effetti del licenziamento nel corso della malattia - da esaminare oggi in base al nuovo art.7 della legge 604/1966 sostituito dall'art. 1, comma 40 legge 92- la questione centrale che attraversa tutta la materia e che attiene alla identificazione e qualificazione del fatto ai fini del giudizio sulla legittimità del licenziamento disciplinare e della tutela applicabile.<sup>5</sup>

La vicenda concreta riguardava la "mancata custodia" di una arma da fuoco da parte di una guardia giurata che non portava con sé quella in dotazione, comportamento ritenuto fattispecie di giusta causa dalla datrice di lavoro che gli ha intimato il licenziamento alla luce dell'art. 2119 c.c., del CCNL e della disciplina amministrativa ritenuta applicabile.

Il giudice pur accertando che il fatto storico *contestato* sussistesse (" *il fatto materiale addebitato si ha per accertato nei termini risultanti dal verbale del C.d.A.*"), posto che la guardia non portava con sé l'arma, rimasta custodita in un cassetto chiuso a chiave, ha nondimeno applicato la sanzione della reintegra.

Ora, in base ad un primo orientamento interpretativo del criptico disposto normativo, sembrerebbe che detta decisione non potesse essere presa dal giudice con fondamento. Si sostiene, in base alla lettera della legge, che la norma vada intesa nel senso che la reintegra sia possibile solo quando il "fatto contestato" non sussista; talché il giudice bolognese una volta accertato il fatto come sussistente non potesse disporla, a meno che il CCNL non contemplasse espressamente una sanzione conservativa.

La sanzione più forte ed incisiva (della reintegrazione) sarebbe quindi prevista solo se il fatto materiale " *che ha determinato il licenziamento non sussiste (il fatto c'è o non c'è); mentre la sanzione è "ridotta" (l'indennità risarcitoria) allorché il giudice dovrà valutare se quel fatto, pur esistente, sia tale da integrare o meno la causa legittimante il licenziamento*".<sup>6</sup> Nella stessa ottica si sostiene che nel nuovo percorso decisorio sotteso alla disciplina legale, il giudice dovrebbe operare una duplice valutazione del fatto, in questa sequenza: ai fini della valutazione dell'esistenza della giusta causa ed ai fini della scelta della sanzione.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Sul tema le puntuali osservazioni di F. Carinci, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore* (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012, in Arg. Dir. Lav., 2012, 4-5, pag. 773 e segg. e in <http://csdle.lex.unict.it/>, Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro.

<sup>6</sup> In questi termini A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, 1, pag. 436 e segg.

<sup>7</sup> A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit. "Nel primo caso il giudice dovrà stabilire se il fatto (il comportamento del dipendente o la ragione aziendale) integra o meno la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo. In tale direzione procederà con le modalità fin qui praticate dalla giurisprudenza, anche perché le causali che legittimano il licenziamento non hanno subito alcuna variazione, quindi al riguardo non si registrano novità di rilievo. Una volta accertata l'illegittimità del licenziamento, il giudice dovrà, poi, individuare la sanzione da applicare nel caso concreto utilizzando i criteri selettivi stabili nel nuovo art. 18. Quindi non si tratta di scegliere la sanzione in base ad una discrezionale valutazione affidata al giudice (come avviene nell'ordinamento tedesco), ma, appunto, di verificare la

Come prima operazione logica sembrerebbe più proficuo per il giudice accertare comunque se il fatto ipotizzato dal datore sussista o non sussista; perché in caso di insussistenza egli dovrebbe applicare senz'altro la reintegra senza necessità di effettuare operazione successiva.<sup>8</sup> Solo in caso di sussistenza del fatto gli toccherebbe operare una valutazione giuridica, valutare cioè se esso integri o meno la giusta causa (o il giustificato motivo soggettivo), per applicare sempre, nella seconda evenienza, una tutela soltanto risarcitoria, per mancanza di giusta causa.

Sembrerebbe in fondo un'operazione piuttosto agevole, salvo che qui – proprio ai fini della operatività del nuovo meccanismo sanzionatorio - si pone la preliminare questione dell'identificazione della nozione di fatto. Di quale fatto si sta parlando? Si tratta del fatto storico o del fatto giuridico; del fatto addotto dal datore o di quello commesso dal lavoratore? del fatto costituente illecito disciplinare, inteso solo sul piano materiale o anche connotato alla luce dell'elemento soggettivo?<sup>9</sup>

Secondo la prima opzione interpretativa sopra ricordata la norma avrebbe assunto due nozioni del fatto: ai fini dell'esistenza della giusta causa del licenziamento conterebbe tutto il fatto in ogni sua concreta caratterizzazione (come avveniva prima della riforma per consolidata interpretazione giurisprudenziale ai sensi dell'art.1 legge 604/1966); mentre ai fini dell'applicazione della reintegra la norma darebbe rilievo soltanto al fatto materiale<sup>10</sup>.

In realtà la stessa formula utilizzata dalla legge – si parla di mancanza degli “*estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, perché il fatto contestato non sussiste*” – autorizza anche una diversa e più plausibile lettura, che guardi alla sussistenza del fatto alla luce della fattispecie valevole come giusta causa nel caso considerato. Non si tratta quindi solamente del fatto contestato dal datore, ma del fatto addotto e valutato giuridicamente alla luce della nozione di giusta causa. Il nudo fatto di per sé non avrebbe alcun valore; ed il fatto che il giudice deve considerare non può essere che il fatto addotto considerato alla stregua del parametro di valutazione costituito dalla giusta causa (secondo la legge ed il CCNL): il “fatto giuridicamente rilevante”.

Si tratta di un'opzione che va preferita non solo per ragioni letterali; e nemmeno solo per la difficoltà di separare mentalmente una prima valutazione completa del fatto (effettuata ai fini della legittimità del licenziamento) da una seconda valutazione

sussistenza dei presupposti legali che rendono applicabile, in luogo dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva, la reintegrazione”

<sup>8</sup> Come sostiene anche A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit., pag. 440.

<sup>9</sup> Vedi ad es. le ampie e condivisibili considerazioni effettuate sul tema da A. Perulli, a partire dalla questione del fatto nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in Arg. dir. Lav. 2012, 4-5, pag. 796-797: “La verità è, dunque, che fatto e valutazione giuridica del fatto, alla luce delle ragioni indicate dalla norma definitoria di cui all'art. 3 l. n. 604/66 sono inscindibili nella dimensione normativa, e la loro separazione nella disciplina degli effetti del licenziamento illegittimo comporta incertezze applicative e ambiguità concettuali insostenibili.” Ed inoltre F. Carinci, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore*, (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012), cit.

<sup>10</sup> A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit, pag. 435-436.

parziale (effettuata ai fini della adozione della tutela).<sup>11</sup> Questa seconda soluzione si impone in realtà soprattutto per motivi logici e sistematici.

Anzitutto perché non ha senso logico separare il peso e l'accertamento dell'elemento soggettivo da quello dell'elemento materiale<sup>12</sup>; se "il fatto contestato" dal datore alla base del licenziamento richiede per la sua integrazione come giusta causa la presenza di una caratterizzazione soggettiva della condotta (es. offese con via di fatto, danneggiamento volontario; furto di beni aziendali; insubordinazione) non si vede come si possa prescindere, e come possano dirsi sussistenti gli " *estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro*" se l'elemento soggettivo contestato non sussista.

In secondo luogo perché è del pari evidente che, prescindendo dalla valutazione del comportamento alla luce della sua qualificazione giuridica, si autorizzerebbe ogni sorta di contestazione; ovvero la contestazione di qualsiasi sorta di fatto, anche "di pezzi di fatto" giuridico, o di fatti con scarso o nessuno rilievo giuridico e disciplinare.

Dunque alla luce di tali premesse, la nozione di fatto valevole ai fini della scelta della sanzione non può che comprendere tutto il fatto nella pienezza dei suoi elementi costitutivi (sia l'elemento oggettivo sia l'elemento soggettivo) alla luce della nozione di giusta causa valevole nella fattispecie considerata. E per fatto occorre intendere quello costituente illecito disciplinare (integrante giusta causa) alla luce della fattispecie concreta (che si giudica in base alla contestazione); la quale può includere oppure escludere (come ad es. per l'assenza protratta oltre un tot di giorni) una specifica connotazione dolosa dell'elemento soggettivo; salva sempre l'imputabilità della condotta (che richiede la capacità naturale e con esclusione dei casi di forza maggiore o caso fortuito).

Dunque perché esista il fatto contestato come giusta causa (e la cui insussistenza determina per converso la mancanza della giusta causa) devono parimenti esistere tutti gli elementi costitutivi della fattispecie della giusta causa – volta per volta - presi in considerazione; e devono essere pure assenti gli elementi negativi del fatto (le scriminanti, di matrice penalistica, dalla cui presenza non residua alcuna antiggiuridicità).

Ai fini della scelta della tutela nel licenziamento disciplinare il giudice non può guardare perciò soltanto al mero fatto ipotizzato e contestato dal datore; ma deve guardare allo stesso fatto in relazione alla giusta causa; ed in ipotesi di sussistenza di un fatto che non abbia rilevanza come giusta causa egli non potrà che concedere la reintegra, al pari del caso in cui il fatto materiale non sussiste.

---

<sup>11</sup> V. F. Carinci, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedibile innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, cit., il quale mette in rilievo lo scontato pericolo di trascinarsi dal piano della legittimità del licenziamento a quello della scelta della sanzione.

<sup>12</sup> Per una ricostruzione del fatto in senso "inclusivo" degli aspetti connessi al comportamento del lavoratore sotto il profilo dell'elemento soggettivo cfr. V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., pag. 552 e segg.

### **5. La soluzione operata dal giudice: reintegra in mancanza del fatto giuridico**

Facendo applicazione di tale più plausibile opzione interpretativa al caso che si commenta, in cui il lavoratore era stato accusato di omessa custodia perché non portava con sé l'arma in dotazione, risulta come il giudice non potesse limitarsi a riscontrare se il fatto contestato dal datore sussistesse o non sussistesse; ma lo dovesse prima di tutto valutare giuridicamente, alla stregua dei parametri normativi posti alla base del licenziamento. Ed è in effetti questo è il tipo di valutazione operata dal giudice il quale pur riscontrando positivamente l'accusa ha osservato nondimeno che *“è escluso che la normativa evocata preveda che la guardia giurata porti sempre indosso l'arma.....disponendo bensì che la custodia delle armi deve essere assicurata con ogni diligenza”*. Dopo di che applicando la nuova disciplina dell'art.18 il giudice ha disposto la reintegra nel posto di lavoro, si ripete, pur avendo constatato che il fatto materiale sussistesse.

Il caso dimostra come l'ordinamento non sembra offrire altra scelta, salvo che si intenda autorizzare ogni sorta di risoluzione, anche arbitraria, del rapporto di lavoro (con contestazioni di fantasia, monche, non rapportate alla causale risolutiva): se il lavoratore è accusato di non portare addosso per un breve tempo l'arma (rimasta comunque custodita in un cassetto), oppure in casi più estremi, di essere arrivato al lavoro con pochi minuti di ritardo oppure di essere appropriato di una mela, il giudice non potrà che reintegrarlo, pur dopo aver accertato il fatto; ma non perché si tratti di motivi illeciti (perché non è di per sé illecito muovere simili accuse), né di atti in frode alla legge (non si vede dove stia la frode dinanzi ad accuse così scoperte); quanto perché si tratta di fatti che, pur sussistenti, non possono costituire giusta causa alla stregua della disciplina applicabile.<sup>13</sup>

### **6. Il secondo provvedimento: l'ordinanza del Trib. di Bologna del 15 ottobre 2012 (giud. Marchesini)**

Nel secondo caso che si commenta (ordinanza del 15 ottobre 2012), noto alle cronache come il primo provvedimento di applicazione della legge Fornero, il giudice del lavoro di Bologna (dott. Marchesini) dinanzi ad un'accusa disciplinare concepita come fattispecie di insubordinazione e di offesa, ha affermato, esplicitamente, che parlando di fatto la norma faccia necessario riferimento *“al c.d. Fatto Giuridico, inteso come globalmente accertato nell'unicum della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo”*; quindi non solo al fatto materiale, ma anche all'elemento psicologico. Ed ha pure osservato che *“la qualificazione e la valutazione di tale fatto, come di qualunque fatto storico, richiede*

<sup>13</sup> V. A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi, cit., pag. 785 e segg.* Secondo l'Autore la tesi contraria, *“non affronta minimamente il problema, dello sdoppiamento, che si assume legislativamente avvenuto, tra fatto e sua valutazione, nel senso che tutto ciò che, in termini di giustificazione del recesso, riguarda la valutazione di un fatto realmente esistente, ma non integrante gli estremi della fattispecie legale tipica, automaticamente sfugge all'area della reintegrazione. Se la giurisprudenza accoglierà la tesi della scomposizione tra fatto e sua valutazione, la prospettiva in esame risulterà confermata. Ma è possibile che il diritto vivente smentisca questa ricostruzione, rendendo ben più incerta e problematica l'asserita prevalenza della tutela indennitaria rispetto a quella reintegratoria”*.

*la contestualizzazione del fatto medesimo e la sua collocazione nel tempo, nello spazio, nella situazione psicologica dei soggetti operanti, nonché nella sequenza degli avvenimenti e nelle condotte degli altri soggetti che hanno avuto un ruolo nel fatto storico in esame”.*

Anche in questo provvedimento il giudice ha, prima di tutto, affermato come certa l’esistenza del fatto storico contestato al lavoratore (“*documentale ed incontestato tra le parti*”); ma alla luce di una valutazione di tutte le circostanze che hanno caratterizzato il caso concreto, è pervenuto alla conclusione che “*sotto il profilo della valutazione della gravità del comportamento addebitato*” lo stesso fatto non fosse idoneo ad integrare il concetto di giusta causa; ed ha accordato la reintegrazione del lavoratore.

Qui, quindi, il giudice in realtà è andato oltre la valutazione degli elementi (materiale e psicologico) costitutivi del fatto, ed ha assegnato pari importanza ai fini della scelta della tutela reintegratoria alla valutazione del contesto e delle circostanze estrinseche rispetto agli elementi del fatto.

Si tratta dunque di due modelli decisori abbastanza diversi e solo apparentemente simili ; in uno, il giudice è pervenuto alla reintegra valutando l’insussistenza del fatto secondo il paradigma giuridico costituito dalla fattispecie disciplinare speciale : il fatto sussisteva ma non era quello tipico, secondo la disciplina sostanziale dell’omessa custodia dell’arma.

Nell’altro caso, il giudice ha trasposto la valutazione sulla gravità del fatto, richiesto dal paradigma generale della giusta causa ex art.2119 c.c., anche all’interno del giudizio sul fatto valevole secondo l’art.18 per la scelta della sanzione (il fatto esisteva ma non era grave).

### **7. Quale spazio per “le altre ipotesi” di tutela obbligatoria**

I due modelli decisori sul “fatto”, adottati dai giudizi bolognesi sembrerebbero esaurire ogni residua ipotesi di legittimità del licenziamento per mancanza di giusta causa (la quale, salve le violazioni procedurali, può in effetti derivare o dall’insussistenza degli elementi del fatto valutati alla stregua della nozione legale o per la sua lieve gravità).

Resterebbe allora da capire quali siano le “altre ipotesi” cui l’art.18 riserva una tutela meramente indennitaria, che secondo alcune interpretazioni integrerebbero le ipotesi principali e generali di tutela delineate dalla riforma, a fronte dei due specifici casi riservati per la tutela reale del lavoratore<sup>14</sup>.

Orbene, se può essere agevole ammettere che la reintegra sia ancora operante tutte le volte in cui manchi il fatto contestato valutato alla stregua del parametro normativo (completo di ogni suo elemento oggettivo e soggettivo); più difficile parrebbe che il giudice possa applicare la reintegra in presenza di circostanze (giustificative o attenuanti, come ad es. l’intensità dell’elemento soggettivo, l’entità del danno, il grado di rottura dell’elemento fiduciario, ecc.) esterne ed ulteriori rispetto agli

<sup>14</sup> Sul tema del rapporto tra le diverse tutele v. anche C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime osservazioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, pag. 573 e segg

elementi del fatto giuridico contestato come giusta causa (accertati come sussistenti); perché in tal caso non sarebbe appunto il fatto a mancare ma la sua gravità alla luce del contesto.

In realtà si potrebbe obiettare che anche in questo caso a venir meno sia pur sempre uno dei requisiti giuridici della fattispecie legale, sia pure di parte generale, costituita dalla giusta causa; la quale postula, ex art.2119 c.c., pur sempre la gravità del fatto. E quando è contestata al lavoratore la commissione di un fatto grave (costituente giusta causa perché grave alla luce delle circostanze del contesto) la mancanza di tale connotato di gravità inciderebbe pur sempre sulla esistenza della fattispecie legale tipica in base al fatto contestato.

Si potrebbe allora distinguere tra elementi circostanziali addotti nella contestazione (nel fatto giuridico contestato) ed elementi esterni allo stesso fatto (giuridico) contestato; nel primo caso l'assenza degli stessi elementi potrà condurre alla reintegra; nel secondo caso la presenza di elementi solo giustificativi tratti dal contestato ed estranei al fatto giuridico contestato potrà condurre solo alla tutela obbligatoria; dando così uno spazio ed un senso alla complessa disciplina legale.

### **8. La tipizzazione della sanzione per fatto lieve**

In verità, sotto questo stesso profilo, a complicare ulteriormente qualsiasi ordinato sforzo ricostruttivo della disciplina in oggetto, interviene la seconda ipotesi in presenza della quale il giudice, secondo il nuovo art.18, 4° comma deve applicare la reintegra. Si tratta dell'ipotesi di tipizzazione del fatto come fatto punibile con sanzione conservativa (*“perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”*).

Va ricordato in proposito che attraverso modifiche introdotte nel corso dell'iter parlamentare si sia eliminato il riferimento alla “legge” presente nel testo governativo; intendendosi così escludere la possibilità della reintegra per l'ipotesi in cui il licenziamento (irrogato come sanzione disciplinare prevista dalla contrattazione collettiva o dal codice disciplinare predisposto dal datore) non risponda però alla legge ed al principio di proporzionalità stabilito nell'art.2106 che continua però a prevedere nel codice civile che *“le sanzioni devono essere applicate in base alla gravità dell'infrazione”*.

Perciò in base, ad una prima interpretazione della norma condotta sul filo dell'intenzione del legislatore, si sostiene<sup>15</sup> che nell'ipotesi in cui un licenziamento astrattamente previsto come tale dal codice disciplinare o dal contratto collettivo non sia proporzionato in concreto alla gravità del fatto (ad esempio nel caso in cui il danneggiamento pur volontario come da contratto collettivo abbia prodotto solo

---

<sup>15</sup> V. ad es. A. Vallebona, in *La riforma del lavoro 2012*, G. Giappichelli Editore, 2012, pag.57 il quale osserva che il fatto insussistente si distingue dal fatto insufficiente sotto il profilo della gravità a fondare la sanzione esclusiva. A. Maresca, , *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit. in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 1, pag. 436 e segg



danni lievissimi ed infimi) il giudice dovrebbe sì dichiarare illegittimo il licenziamento per mancanza della giusta causa e violazione dell'art.2106 c.c.; ma in questo caso non potrà ordinare mai la reintegra di cui al 4° comma (prevista dalla legge solo nel caso in cui il fatto non sia tipizzato dal codice disciplinare o dal CCNL); bensì applicare soltanto la tutela obbligatoria di cui al comma 5° (da 12 a 24 mensilità).

Se passasse questa interpretazione, il fatto lieve (ma non previsto dal contratto collettivo o dal codice disciplinare come tale, oppure previsto in generale come fatto grave punito con il licenziamento) non potrà portare alla reintegra attraverso l'applicazione del principio di proporzionalità. Ciò realizzerebbe una nuova ipotesi di subordinazione della legge al contratto ed al potere datoriale (potenzialmente idoneo alla predisposizione unilaterale del regolamento disciplinare); con sospetta violazione dei principi di ragionevolezza e di eguaglianza, non potendosi ammettere che un contratto collettivo o un atto unilaterale possa violare l'esigenza insopprimibile di proporzione, di giustizia e di adeguatezza delle sanzioni alla entità dei fatti concreti, che promana da quei principi. Oltre che di parità di trattamento: esigenza pure questa messa in forse dalla possibile diversità delle previsioni collettive a parità di condotte e della loro differente sfera soggettiva di efficacia, anche all'interno della medesima impresa.

Va inoltre considerato che spesso nel regolamento disciplinare o nei contratti collettivi manca una previsione puntuale del fatto (non previsto nè come grave né come lieve); che inoltre molte volte le stesse tipizzazioni collettive sono formulate in modo generico ed ambiguo e quindi non possono essere risolutive della questione; e che il più delle volte demandano esse stesse al giudice di valutare la gravità del fatto (ad es. il fatto che provochi "grave nocumento morale o materiale", "violazione grave dell'obbligo non concorrenza") ai fini dell'individuazione della giusta sanzione tra le varie astrattamente applicabili. Senza trascurare che lo stesso datore potrebbe prevedere nel codice disciplinare regole particolarmente severe (come il licenziamento per una parolaccia o per un brevissimo ritardo). Che dovrà fare dunque il giudice in tutti questi casi? Dovrà limitarsi a dichiarare la illegittimità della licenziamento ed applicare la tutela monetaria a differenza di quanto dovrebbe fare se il fatto fosse stato tipizzato come lieve dal codice disciplinare?

### ***9. Il ruolo del principio di proporzionalità***

La questione sembra in realtà più articolata di quanto possa essere sembrato in sede legislativa al momento della redazione dell'emendamento espulsivo sull'art.2106 c.c.<sup>16</sup>; anche perché niente può diventare più ingiusto di quando si espropria il giudice

---

<sup>16</sup> Per la tesi secondo cui l'eliminazione del riferimento alla legge non ha consentito di superare il ruolo del giudizio di proporzionalità, cfr. V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in Riv.It. Dir. 2012., pag. 552 e segg.; e prima ancora F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, cit. M. MARAZZA, L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori, in Arg. Dir. Lav., 2012, 3, pag. 622. A. L. Terzi, *La disciplina dei licenziamenti disciplinari*, in corso di pubblicazione a cura di Magistratura Democratica.

della facoltà di esercitare la propria funzione tipica, che è nella sua essenza quella di adeguare le previsioni astratte alla reale entità dei fatti concreti.

Ed allora in primo luogo va considerato come la stessa previsione di legge in oggetto, prescrivendo che dinanzi ad un fatto tipico punito lievemente (previsto da contratti collettivi ovvero da codici disciplinari) il giudice debba applicare la reintegra, renda evidente come il giudizio di proporzionalità abbia ancora mantenuto il suo valore essenziale nella scelta della stessa tutela.

In secondo luogo deve rilevarsi come la individuazione della più corretta soluzione interpretativa va misurata sulla varietà dei contenuti spesso carenti, generici o equitativi delle previsioni disciplinari collettive.<sup>17</sup>

Occorre verificare, perciò, se lo stesso criterio legale vada applicato in tutti i casi in cui il fatto esiste ma non sia grave, pur in assenza di una tipizzazione come ipotesi di illecito nei contratti collettivi o nel codice disciplinare.

La risposta positiva parrebbe obbligata, perché anche in mancanza di una tipizzazione, il giudice non può che applicare lo stesso metro di giudizio del codice disciplinare che in questa ipotesi per essere legittimo (già a livello della configurazione della giusta causa) avrebbe dovuto prevedere necessariamente una sanzione conservativa: il giudice, allora, dovrà conseguentemente accordare la reintegra in tutte le ipotesi in cui il fatto è lieve e manchi una qualsiasi sua precisa tipizzazione nel contratto collettivo.

La norma secondo cui in caso di previsione collettiva di una sanzione conservativa per il fatto contestato il giudice applica la reintegra assumerebbe quindi, per identità di ratio, una portata solo esemplificativa<sup>18</sup>: in quanto espressione di un'esigenza di proporzionalità connaturata ad ogni genere di trattamento sanzionatorio, così come pure esplicitato nell'art. 2106 c.c.; essa porterebbe a rendere applicabile la medesima sanzione in ogni caso di fatto lieve pur in mancanza di espressa e specifica previsione nel codice disciplinare. Non si potrebbe giustificare dinanzi a un fatto lieve un trattamento differente: non si capirebbe perché se il fatto lieve è previsto nel contratto collettivo si debba applicare la reintegra; mentre se un fatto lieve è accertato come tale dal giudice (in carenza di una puntuale tipizzazione) si debba applicare soltanto la tutela obbligatoria.

---

<sup>17</sup> Sul rapporto tra previsioni collettive, principio di proporzionalità e nuove articolazioni delle tutele v. ampiamente le giuste considerazioni di A.L.Terzi, *La disciplina dei licenziamenti disciplinari*, in corso di pubblicazione (a cura di Magistratura Democratica), la quale nota che *“il riferimento ai contratti collettivi, come fonte di immediata integrazione per l'applicazione della norma quanto a fattispecie concrete oggetto di contestazione, sembra pensata da qualcuno che non ha mai letto le disposizioni in materia di sanzioni disciplinari degli accordi sindacali. Le casistiche dei contratti collettivi, infatti, non hanno affatto formule di descrizione analitica delle condotte punibili o elencazioni tassative, sul tipo delle fattispecie penali, ma hanno formule estremamente ampie e prevedono contestualmente per molteplici ipotesi di illeciti disciplinari, se non per la totalità degli stessi, sanzioni progressive secondo la gravità (ad es., in tema di insubordinazione). È palese che previsioni di questo genere non consentono alcun automatismo nel passaggio dalla disposizione di legge alla scelta del regime sanzionatorio per il licenziamento, non essendo nemmeno desumibile dalla clausola contrattuale quali sia la nozione di riferimento, prima ancora che misurarne l'importanza e le conseguenze sul vincolo fiduciario.”*

<sup>18</sup> Contra A.Vallebona, in *La riforma del lavoro 2012*, G. Giappichelli Editore, 2012, pag 57 secondo cui non sono ammissibili interpretazioni estensiva né analogiche.

Dire che la normativa abbia avuto di mira soprattutto l'esigenza di certezza al datore, che nel primo caso può sapere ex ante quale sia la sanzione applicabile, non pare congruo criterio distintivo; perché nell'illecito disciplinare la sanzione va correlata prima di tutto al fatto commesso dal lavoratore e non in base all'esigenza di orientamento del datore che la deve irrogare (il quale peraltro ha pur sempre come criterio di indirizzo lo stesso principio di proporzionalità stabilito nella legge per orientare tutti).

In base alla stessa disciplina di legge, sembra dunque rimanere, come unica ipotesi in cui il giudice potrebbe applicare la tutela obbligatoria dinanzi ad un fatto non grave, quella in cui il fatto esista e sia previsto puntualmente dal contratto collettivo come ipotesi di licenziamento; in tal caso secondo la legge, pur dinanzi ad un non grave, il giudice dovrebbe prendere atto di una valutazione di maggior gravità effettuata dalle parti collettive e per il solo fatto che il contratto collettivo preveda una sanzione espulsiva.

Rimarrebbe però da spiegare come questo risultato sia possibile alla luce del principio di proporzionalità che continua ad avere vigore nell'ordinamento, in quanto previsto nell'art.2106 c.c. pur essendo stato eliminato qualsiasi riferimento dal corpo della disposizione.

Ad ogni modo, se così dovesse essere, è inevitabile che ritornino seri dubbi di legittimità costituzionale per una normativa che mentre consente l'applicazione della reintegra in caso di violazione delle previsioni disciplinari tipiche; ammetterebbe soltanto una tutela risarcitoria se i medesimi contratti collettivi (o il codice disciplinare) violi il principio di proporzionalità stabilito dalla legge oppure preveda il licenziamento in astratto, mentre il fatto concreto sia poco grave. Una normativa che dinanzi ad un identico illecito disciplinare consentirebbe l'applicazione di conseguenze distinte (reintegra o indennità) solo in base alle previsioni del contratto collettivo: se questo contempla una condotta o non la contempla. Il che è di per sé aleatorio, anche in ragione del carattere esemplificativo delle condotte elencate nei contratti; delle diversità di soluzioni che possono essere assunte nei vari contratti collettivi a parità di condotte; e delle diverse sfere di efficacia del contratto collettivo a seconda dell'appartenenza sindacale del lavoratore.

### ***10. I correttivi prospettati***

Si tratta, comunque la si valuti, di una disciplina che non brilla per coerenza; e che non sembra possa essere meglio sistematizzata ammettendo l'esistenza di una nuova categoria, a "*gravità intermedia*"<sup>19</sup>, che porti alla tutela indennitaria per ipotesi nelle quali il giudice deve prendere atto della sussistenza del fatto e della mancanza di una sanzione diversa dal licenziamento in base al contratto collettivo; e dunque di una valutazione di maggior gravità effettuata dalle parti collettive rispetto a quella da lui effettuata. In tal caso le "altre ipotesi" previste dal comma 5 dell'art.18 assumerebbero i contorni di una categoria residuale che serve a sottrarre al giudice un

<sup>19</sup> Così, V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale*, cit. in Riv.It.Dir.Lav ,2012., pag. 556 e segg

marginale di apprezzamento nei casi in cui la gravità dell'illecito disciplinare sarebbe fatta propria dalle parti sociali.

Si tratterebbe però di una categoria tutta da decifrare, essendo difficile stabilire, a questo punto, quando il giudizio di proporzionalità conduca alla reintegra e quando alla tutela economica.

Come già osservato, nemmeno si possono superare le difficoltà interpretative presenti nella nuova disciplina, assumendo come guida l'ottica rovesciata che modula la tutela non a misura del comportamento del lavoratore, ma a grandezza della "colpa del datore"<sup>20</sup>; e che pertanto assicuri la reintegra solo in caso di un grande abbaglio, di un "torto marcio"<sup>21</sup> o di un fatto pretestuoso del datore<sup>22</sup>, piuttosto che in caso di lieve illecito del lavoratore. A parte l'evanescenza dei criteri di giudizio proposti, una disciplina che vorrebbe dare certezze al datore, piuttosto che sanzionare in modo giusto il lavoratore, si scontrerebbe sempre con la constatazione secondo cui in ogni settore del diritto "una sanzione" deve anzitutto commisurarsi alla portata dell'illecito commesso dall'autore.

Neppure è possibile ipotizzare che il punto di contemperamento delle diverse esigenze coinvolte nella questione potrà essere equamente realizzato un giorno, rimettendo alle pattuizioni collettive la previsione di specifici casi di licenziamento ed attendendo le nuove regolamentazioni disciplinari.<sup>23</sup> E ciò non solo perché si potrebbero pur sempre riproporre previsioni disciplinari di licenziamento per fattispecie non connotate dalla necessaria gravità; quanto soprattutto perché la lievità e la gravità di un fatto dipende da una miriade di variabili, e non può che essere misurata sempre sul terreno del caso concreto.

L'unica interpretazione che appare allo stato in grado di restituire un ordine alla normativa di legge è quella che, anche ai fini della scelta della sanzione, da una parte ammette la valutazione del fatto inteso in senso giuridico (superando l'assurda tesi del fatto semplicemente materiale); e dall'altra restituisca uno spazio – anche ai fini della reintegra – al principio di proporzionalità ex art. 2106 c.c. (attraverso il confronto con le previsioni collettive e con gli elementi circostanziali adottati dallo stesso datore nel fatto contestato).

Roberto Rivero

<sup>20</sup> V. C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime osservazioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, pag. 573 e segg.

<sup>21</sup> Usa questa categoria A. Vallebona, in *La riforma del lavoro 2012*, G. Giappichelli Editore, 2012, pag. 57.

<sup>22</sup> Di "assoluta pretestuosità" come tratto unificante che accomuna le ipotesi di reintegra, parla A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit. in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 1, pag. 437.

<sup>23</sup> Anche in proposito sul ruolo della codificazione disciplinare v. A. L. Terzi, *La disciplina dei licenziamenti disciplinari*, cit. in corso di pubblicazione (a cura di Magistratura Democratica) la quale mette bene in luce come il richiamo al "contratto collettivo non può funzionare come ponte di integrazione della norma legislativa, con una sorta di automatismo che escluda una valutazione di gravità da parte del giudice, se il contratto collettivo richiamato pone sullo stesso piano condotte fra loro eterogenee per quanto riguarda la loro gravità"; dubitando che tale ruolo potrà essere svolto dal contratto collettivo "nemmeno nel futuro, trattandosi sempre di testi contrattuali di natura normativa generale, con formulazioni necessariamente astratte o generiche, sanzionate in modo graduato secondo la gravità".