

**Il rimedio della reintegra come regola o come eccezione?
La Cassazione sui licenziamenti disciplinari nel cono d'ombra delle
decisioni della Corte Costituzionale***

Bruno Caruso

1. Prologo.	85
2. La regolazione vigente. Il risarcimento come regola, la reintegra come eccezione. La ratio.	86
3. I percorsi giurisprudenziali, in particolare della Corte di Cassazione. La posizione restrittiva Boghetich/Di Cerbo.	88
4. Il cambio di rotta e la posizione estensiva: l'ordinanza filtro Ponterio/Raimondi, la sentenza Garri/Raimondi e oltre.	89
5. Lo stato dell'arte e il dibattito in corso. La reintegra come "valore" (relativo).	93
6. Il lavoro ortopedico della Corte costituzionale sull'assetto regolativo esistente.	96
6.1. e l'apporto ermeneutico della recente giurisprudenza della Corte di Cassazione (l'orientamento elastico).	97
7. Riconduzione a sistema dell'orientamento estensivo: per una regolazione sociale "matura" della proporzionalità sociale.	99

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 461/2022

1. Prologo.

Nell'articolo che segue si tratterà dello stato dell'arte della disciplina rimediabile prevista per il licenziamento di natura disciplinare illegittimo dopo le riforme del cd. "ciclo liberista"²⁶³. In particolare, si analizzerà l'assestamento modificativo, non di poco momento, seguito agli interventi dei diversi attori implicati nella vicenda politico-istituzionale e nella conseguente dinamica regolatoria: lo stesso legislatore²⁶⁴, ma anche, e soprattutto, le Alte Corti, la Corte costituzionale²⁶⁵ e la Corte di cassazione; meno invasivo il ruolo, nella vicenda, della Corte di giustizia europea²⁶⁶. A conferma, una volta di più, che il diritto vigente (la norma), negli ordinamenti democratici pluralisti, può andare oltre quello voluto dalle contingenti maggioranze politiche legislative (la disposizione, l'enunciato, il diritto *posito*)²⁶⁷, per planare su quello realmente applicato (il diritto *vivente*)²⁶⁸ perché plasmato da operazioni ermeneutiche adattive, se non manipolative, della giurisprudenza pratica²⁶⁹; interpretazioni orientate anche da diverse valutazioni degli interessi in

²⁶³ Il giudizio sul ciclo di riforme attuate in Italia nel secondo decennio del secolo come "neoliberiste" è di A. PERULLI - V. SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, il Mulino, 2022. Per una diversa valutazione, si rinvia a B. CARUSO - R. DEL PUNTA - T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, 2020, *csdle.lex.unict.it*. Giudizi articolati sul ciclo di riforme da parte di alcuni protagonisti, in qualità di esperti, di quelle riforme, si v. S. SACCHI, *Caro Letta, il Jobs Act non c'entra nulla con Blair*, *Il Foglio* del 8/9/2022. Si v. pure P. ICHINO, *Letta confuso sul Jobs Act, Italia oggi* del 7.09.2022; D. PINELLI - R. TORRE - L. PACE - L. CASSIO - A. ARPAIA, *The recent reform of the labour market in Italy: A review*, *European Economy Discussion Paper*, December, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017. T. NANNICINI - S. SACCHI - F. TADDEI, *The trajectory of the Jobs Act and the politics of structural reforms between counter-reforms and ambiguity*, *Contemporary Italian Politics*, 2019, XXX, ove un'analisi ragionata dei motivi per cui, malgrado l'avvicinarsi al governo di coalizioni ostili alla riforma, la stessa non sia stata messa sostanzialmente in discussione. Gli autori parlano a questo proposito di una capacità di resilienza del Jobs Act (318 ss.).

²⁶⁴ Si fa riferimento all'art. 3 del d.l. 87/2018 (cd. decreto dignità), convertito con modificazioni in l. 96/2018, che è intervenuto rimodulando, verso l'alto, i limiti minimi e massimi delle indennità risarcitorie previste dal Jobs Act.

²⁶⁵ Com'è noto la Corte costituzionale è intervenuta cinque volte sulle riforme dei rimedi contro i licenziamenti illegittimi attuate con la legge Fornero e con il Job Acts: quattro volte accogliendo la questione di costituzionalità sollevata dal giudice remittente (rispettivamente, sulla legge Fornero, con C. cost. 59/2021 e C. cost. 125/2022; sul Jobs Act, con C. cost. 194/2018 e C. cost. 150/2020), e una volta dichiarando inammissibili le questioni di incostituzionalità proposte dal giudice rimettente ma formulando, al contempo, un incisivo e autorevole monito al legislatore nel senso di una necessaria, e non più rinviabile, rimodulazione delle poste risarcitorie per i licenziamenti illegittimi rientranti nel campo di applicazione della c.d. tutela obbligatoria (con C. cost. 183/2022).

²⁶⁶ La Corte di giustizia dell'Unione europea ha sinora evitato di farsi coinvolgere nella *querelle* sulla compatibilità delle riforme italiane con i principi di derivazione euro unitaria, in particolare con riferimento alla disciplina dei licenziamenti collettivi illegittimi, rinviando sempre al mittente (ai giudici di merito italiani) le questioni di pregiudizialità sollevate. Cfr. C. giust. 4 giugno 2020, C-32/2020, *TJ c. Balga Srl*, ord. — con la quale i giudici del Lussemburgo si sono dichiarati manifestamente incompetenti sulla pregiudiziale comunitaria sollevata dal Tribunale di Napoli — e C. giust. 17 marzo 2021, C-652/19, *KO c. Consulmarketing SpA* — con cui la Corte Ue ha ritenuto esorbitanti dal raggio di azione del diritto dell'UE le questioni sollevate dai giudici rimettenti milanesi, in relazione all'applicazione concorrente in una stessa procedura di licenziamento collettivo di due diversi regimi di tutela (quelli della legge Fornero e quelli del Jobs act) in ragione del mero criterio temporale, legato alle diverse date di assunzione. Su questi temi: B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità*, *DLM*, 2019, 2, 381 ss. Sul rapporto cooperativo tra alte corti nazionali ed europee anche per il profilo dell'uso del linguaggio e dei concetti giuridici, si v. S. SCIARRA, *First and Last Word: Can Constitutional Courts and the Court of Justice of the EU Speak Common Words?*, *CSDLE, Int.*, n.159/2022.

²⁶⁷ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, *Enc dir*, 1964, XIII, 196.

²⁶⁸ V. G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986, Giuffrè, 1988, 114.

²⁶⁹ Quando si affrontano problemi di interpretazione è sempre fruttuoso ritornare alla impostazione di E. BETTI: lo fa bene F. POLITI, *Considerazioni preliminari per uno studio sul problema della interpretazione giuridica in Emilio Betti nel quadro delle dottrine giuridiche del XX secolo*, *Critical Hermeneutics*, 2021, 5, 1, 39 ss.

Sul pensiero di E. BETTI, nella prospettiva della evoluzione della teoria dell'interpretazione il saggio di F. CERRONE, *In margine ad un frammento di storia e teoria delle fonti: le norme sulle fonti in tema di interpretazione*, in *Rivista AIC*, 2019, 2, 590 ss. Nel saggio di POLITI, ampie citazioni di pietre miliari del pensiero di Paolo GROSSI (da *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2005; *Id. Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, 2006), certamente utili per inquadrare culturalmente il tema trattato.

gioco rispetto a quelle ponderate e volute dalle maggioranze parlamentari²⁷⁰. In ciò misurandosi la differenza tra le democrazie, i sistemi di post democrazia, e le democrazie liberali ove si confrontano dialetticamente, fuori da ogni dittatura della maggioranza, poteri diversi nella dinamica — e negli equilibri che ne sortiscono — tra pesi e contrappesi²⁷¹.

Ci si occuperà, ancor più in particolare, del regime della legge Fornero e non del Jobs Act, proprio perché si analizzerà la seconda fattispecie di rimedio reintegratorio debole; quel che può definirsi — in sintesi — della violazione della *proporzionalità sociale*, per come fissata da e nei contratti collettivi e nei codici disciplinari unilaterali; fattispecie giustapposta alla proporzionalità *legale*, che è il principio generale codificato nell'art. 2106 c.c.

2. La regolazione vigente. Il risarcimento come regola, la reintegra come eccezione. La ratio.

Come è noto, il legislatore del 2012 ha distinto: nel caso in cui la valutazione di proporzionalità sia direttamente operata dalla contrattazione collettiva, al licenziamento dichiarato illegittimo in ragione dell'applicabilità della sanzione conservativa, conseguirà il rimedio della reintegra debole ex art. 18 comma 4. Nel caso in cui sia il giudice ad applicare direttamente la regola della proporzionalità legale (art. 2106 c.c.), ritenendo, in ipotesi, il licenziamento sanzione eccessiva rispetto all'infrazione imputata, il rimedio sarà quello risarcitorio, forte, previsto dall'art. 18 comma 5. In tale ipotesi il licenziamento, pur valutato come illegittimo, sarà comunque valido.

Talché il rimedio della reintegra, secondo l'orientamento della dottrina che ha accompagnato il processo di riforma dell'art. 18 St. lav.²⁷², si giustificerebbe pur sempre come *deroga* o *eccezione* al rimedio riparatorio, secondo la chiara *voluntas legis* impressa nelle parole del legislatore. Si

²⁷⁰ È noto che questa posizione è criticata dai giuristi neopositivisti (il cognitivismo giuridico) che considerano presente nella teoria ermeneutica non controllata i rischi della sostituzione a un processo nomopoietico democratico un processo aristocratico: diffusamente, M. LUCIANI (voce *Interpretazione conforme*, *Enc dir*, Annali, 2016, 392 ss. *passim*) che si autodefinisce un cognitivista moderato (p. 432). Si v. pure ID. *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma*, QG, 2019, 2, www.questionegiustizia.it. L'insigne giuscostituzionalista si dichiara però perfettamente consapevole della polisemia dei termini del linguaggio naturale; dell'impossibilità che il testo, fuori da un concreto contesto materiale, manifesti tutte le sue potenzialità significanti; della complessità del fenomeno giuridico, nel quale tra il precetto legislativo e la sua applicazione intercorre un giuoco continuo di rimandi.

²⁷¹ Della post democrazia come fenomeno di crisi delle strutture democratiche formali per l'invadenza, più o meno occulta, dei grandi gruppi finanziari, ne ha parlato a suo tempo C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, 2005; si v. ora W. STREECK, *Come finirà il capitalismo*, Meltemi, 2021. Sul tema attuale, riferibile all'ossimoro della democrazia illiberale, il dibattito tra i politologi è amplissimo; se si volesse scegliere una utile lettura, si v. Y. MOUNK, *Popolo vs. Democrazia*, Feltrinelli, ed. digitale, 2018 anche se ormai non recentissimo e superato dagli eventi (la mancata rielezione di D. TRUMP). Sulla crisi della democrazia, nel narcisismo dei social, L. DE GREGORIO, *Demopatia*, Rubbettino, 2019. Classici da riprendere sempre in mano, sul rapporto inestricabile tra democrazia e liberalismo, N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Simonelli, 2006; G. GALASSO, *Liberalismo e democrazia*, Salerno editore, 2015.

²⁷² È la posizione di R. DEL PUNTA (*Ancora sul regime di licenziamento disciplinare ingiustificato: le nuove messe a punto della Cassazione*, *q. Riv.*, 2019, II, 507 ss.) a commento della sentenza n. 12365/2019 della Cassazione. Si v. pure A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare: contrattazione collettiva e sistema dei rimedi nell'art. 18 comma 4: i chiarimenti della Cassazione*, *ADL*, 2019, 6, 1287 ss. Entrambi gli autori sostengono la tesi giusta la quale nell'applicazione dell'art. 18, c. 4, il giudice deve limitarsi ad interpretare il significato della disposizione legale e che il riferimento al contratto collettivo ivi contenuto (la reintegra nel caso di previsione di sanzione conservativa) deve limitarsi ad un'operazione di mera sussunzione del fatto contestato nella fattispecie contrattuale e non trasmodare nell'interpretazione della norma del contratto collettivo mediante l'uso delle tecniche legali di interpretazione del contratto; che è quel che invece fa la sentenza Boghetich (su cui cfr. §3). Tale lettura dell'art. 18 c. 4, secondo gli autori, più diffusamente MARESCA, avrebbe dovuto costituire un argine contro operazioni di iper valorizzazione delle disposizioni dei codici disciplinari (*rectius*: delle loro lacune e/o dei significati inespressi) per operazioni di eccessiva dilatazione del ruolo del giudice nell'applicazione del rimedio della reintegra, che è quel che invece, si legittima, per come si dirà, con l'orientamento estensivo: *infra* §4.

darebbe luogo alla reintegra, oltre che nella fattispecie di acclarata insussistenza del fatto²⁷³, nell'ipotesi, considerata anch'essa eccezionale, e dunque residuale, in cui il datore di lavoro "esageri" nell'uso del licenziamento e usi tale potere "senza riflettere", di impulso: non solo quando ne abusi inconsapevolmente, ma allorché decida di infrangere consapevolmente e apertamente la legalità aziendale, violando la norma contrattuale o il codice disciplinare che gli imporrebbe, per quel tipo di infrazione, di comminare una sanzione conservativa (una multa, una sospensione anche di lunga durata, ecc.); una norma (quella dell'art. 18 comma 4), per questo profilo, mirata a limitare la *hybris* datoriale, a contenerne la prepotenza e, in tal senso, dunque, eccezionale e derogatoria della regola del risarcimento senza reintegra²⁷⁴. Tutto ciò anche con una giustificazione "alta" in termini di principi generali, perché si tratterebbe di estendere, in virtù della legge, il principio di legalità dall'ordinamento statale all'ordinamento intersindacale²⁷⁵; in tal modo la norma contrattuale diviene, infatti, fonte primaria produttiva di effetti anche nell'ordinamento statale in virtù del richiamo-rinvio della legge, al punto di vincolare il giudice non tanto al contenuto da dare all'espressione giusta causa o giustificato motivo di licenziamento, ma a dichiarare, una volta accertata la ricorrenza della fattispecie conservativa, direttamente illegittimo il licenziamento scegliendo, come rimedio obbligato, la reintegra²⁷⁶.

Sul piano generale una simile lettura fondata sul binomio regola/eccezione, considerata da attenti commentatori rispettosa della *voluntas legis*, sia secondo i canoni dell'interpretazione oggettiva, sia considerando l'intenzione del legislatore, è stata coerentemente ricondotta, in termini di *policy*, alla scelta di limitare, anche in via interpretativa, il perimetro applicativo dell'ordine di reintegra: si sarebbe trattato di un *device* tecnico per non negare del tutto il rimedio reintegratorio, oltre i casi acclarati di patente nullità dell'atto (art. 18, c. 1); e riconoscerlo anche nei casi più gravi di invalidità che produce illegittimità/annullamento dello stesso, considerandolo tuttavia una *deroga*, o una *eccezione*, rispetto alla *regola* del rimedio meramente monetario²⁷⁷.

²⁷³ Sulla interpretazione del fatto contestato insussistente la letteratura giuslavoristica è imponente, le citazioni sono superflue.

²⁷⁴ Ciò trova conferma in Cass. 9 maggio 2019, n. 12365, al pt. 8 dove si chiarisce che, in ragione della *ratio* del nuovo regime, «la tutela reintegratoria presuppone l'abuso consapevole del potere disciplinare, che implica una sicura e chiaramente intellegibile conoscenza preventiva, da parte del datore di lavoro, della illegittimità del provvedimento espulsivo derivante o dalla insussistenza del fatto contestato oppure dalla chiara riconducibilità del comportamento contestato nell'ambito della previsione della norma collettiva fra le fattispecie ritenute dalle parti sociali inidonee a giustificare l'espulsione del lavoratore».

²⁷⁵ Si è inteso valorizzare la previsione del rimedio della reintegra in tale ipotesi di licenziamento disciplinare in ragione del fatto che mediante essa il legislatore ha certamente aperto spazi alla regolamentazione negoziale in un'area di competenza tipica del potere datoriale unilaterale, si rinvia a B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità*, cit.; per una lettura sensibilmente diversa A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare: contrattazione collettiva e sistema dei rimedi nell'art. 18 comma 4: i chiarimenti della Cassazione*, ADL, 2019, 6, 1287 ss.

²⁷⁶ Tale fattispecie, in qualche modo, attenua lo schema bifasico (ora trifasico con la determinazione in concreto del *quantum* di indennità) individuato da dottrina e giurisprudenza a partire dalla riforma Fornero, per cui il giudice prima decide sulla illegittimità/legittimità del licenziamento e poi, nel caso in cui si convinca per il primo corno dell'alternativa, sceglie il rimedio in ragione del tipo di illegittimità accertata. Nella ipotesi in cui, infatti, il giudice dovesse accertare che il fatto contestato, effettivamente avvenuto, dovesse integrare in astratto o nella sua soggettiva percezione una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento e tuttavia il caso fosse sussumibile in una disposizione del contratto collettivo, o del codice disciplinare, che per il tipo di infrazione commessa si limita a prevedere soltanto una sanzione conservativa, egli dovrebbe dichiarare, senza la ordinaria scomposizione logica bifasica, illegittimo il licenziamento e ordinare la reintegra. Tale effetto è giustificato dalla recente giurisprudenza c.d. estensiva, di cui si dirà, anche con riguardo al principio del *favor* impresso nell'art. 12 della l. 604/1966, *infra* § 4.

²⁷⁷ Non è un caso che il legislatore del Jobs Act, più draconianamente, abbia pensato di sciogliere il nodo interpretativo con il classico colpo di sciabola della modifica abrogativa.

3. I percorsi giurisprudenziali, in particolare della Corte di Cassazione. La posizione restrittiva Boghetich/Di Cerbo.

La menzionata opzione ermeneutica — ma anche l'orientamento di *policy* che vi sta a monte — è stata condivisa, per una fase abbastanza lunga, dalla Corte di Cassazione che non solo l'ha fatta propria, ma l'ha affinata e razionalizzata con un uso sapiente della logica retorico-argomentativa e della tecnica ermeneutica. La Corte, in una importante sentenza del 2019²⁷⁸, ha stabilizzato l'orientamento mediante una sorta di sentenza/manifesto, il cui nucleo argomentativo basilare è il seguente: esclusa l'analogia per ragioni di osservanza delle regole sull'interpretazione²⁷⁹, è più corretto, e rispettoso della *voluntas legis*²⁸⁰, interpretare restrittivamente la norma legale di rinvio (l'art. 18 c. 4) alla norma contrattuale che descrive la fattispecie a cui applicare la sanzione conservativa e di conseguenza, per proprietà traslativa, la stessa norma del codice disciplinare sulla infrazione; ne consegue che il giudice, nell'applicare il rimedio della reintegra, è vincolato, per le ragioni di *policy* sopra indicate, alla fattispecie di infrazione "nuda e cruda", per come descritta dalla norma contrattuale; anche per una questione di certezza e prevedibilità dei comportamenti: più la norma è strutturalmente aperta più si allarga lo spazio della valutazione giudiziale e più viene meno la certezza dei comportamenti perseguibili e delle sanzioni comminabili. Dunque, soltanto nel caso in cui la circostanza che dà luogo alla sanzione conservativa sia analiticamente descritta e dettagliata nella norma pattizia, diventa corretta l'operazione di sussunzione del fatto nel disposto contrattuale e il giudice può infliggere la sanzione della reintegra al datore (sprovveduto o tracotante), posto che gli erano ben note le conseguenze a cui sarebbe andato incontro licenziando in quel caso; ciò anche in ossequio ad altri dati dell'ordinamento giuridico che impongono nella materia, in generale, *self-restraint* giudiziale e il rispetto dei prodotti dell'autonomia collettiva²⁸¹. Allorquando invece (e sono i casi più frequenti) il contratto collettivo indugi in aperture regolative, non descrivendo precisamente le fattispecie, richiamando la proporzionalità senza specificare, con formule vaghe («nei casi più gravi...»), o limitandosi a elencare il decalogo delle sanzioni secondo un ordine che implica e rinvia ad accertamenti di altri, ma non descriva la diversa gravità dei comportamenti, "delegando" al giudice, in tal modo, la valutazione mirata alla concretizzazione della proporzionalità sociale, a quest'ultimo non rimane che applicare la sanzione risarcitoria forte ex art. 18 comma 5.

Il giudice deve seguire tale strategia decisionale non solo per una ragione di rispetto formale della norma legale, della sua lettera (argomento rivelatosi debole in sé perché ribaltato con argomenti uguali e contrari dall'orientamento opposto²⁸², *infra* § 4), ma soprattutto per rispettare

²⁷⁸ La già citata sentenza Cass. 12365/2019.

²⁷⁹ Cfr. Cass. n. 7519 del 1983; Cass. n. 5726 del 1985; Cass. n. 6524 del 1988 e, più di recente, Cass. n. 30420 del 2017.

²⁸⁰ Che configura la tutela reintegratoria come sussidiaria rispetto a quella indennitaria, motivo per cui la Corte afferma che la verifica di sussumibilità della condotta nella fattispecie che contempla una sanzione conservativa «deve essere eseguita (...) con particolare severità in un contesto, come quello in esame, nel quale trova applicazione il principio generale secondo cui una norma che preveda una eccezione rispetto alla regola generale deve essere interpretata restrittivamente».

²⁸¹ Si v. quanto disposto dall'art. 30, c. 3, del d.lgs n. 183/2010.

²⁸² Vedasi l'ultima, in ordine di tempo, sentenza della Corte di cassazione che aderisce all'orientamento cd. "elastico" (Cass. 28 giugno 2022, n. 20780, *il Giuslavorista*, 2022, nt. DI PAOLA); orientamento avviatosi con l'ordinanza Cass. 27 maggio 2021, n. 14777, e poi sviluppatosi con la sentenza Cass. 11 aprile 2022, n. 11665, *q. Riv.*, 2022, II, 212 ss., nt. FERNICOLA.

(argomento certamente più solido) la sequenza regola/eccezione voluta dal legislatore con riguardo alla diversa tipologia di rimedi.

Tale posizione viene supportata con ulteriori argomenti di tecnica ermeneutica (la disciplina legale sull'interpretazione dei contratti): quando si tratta di contratti, soprattutto se l'interprete si trova di fronte a una disposizione aperta, se non addirittura volutamente generica e pilatesca, egli non può attingere, in virtù di regole generali e sistematiche dell'interpretazione dei contratti, ai canoni dell'interpretazione analogica ma neppure dell'interpretazione estensiva delle fattispecie contrattuali, posto che tale tecnica è richiamabile solo quando risulti una «inadeguatezza per difetto dell'espressione letterale adottata dalle parti...tradottasi in un contenuto carente rispetto all'intenzione». Sin qui la sentenza BOGHETICH/DI CERBO e, conformemente, altre sentenze del S.C.²⁸³

4. Il cambio di rotta e la posizione estensiva: l'ordinanza filtro Ponterio/Raimondi, la sentenza Garri/Raimondi e oltre.

Tutto ciò sino alla primavera del 2022. È avvenuto, infatti, che, in ossequio al principio di libertà di opinione e di apertura ermeneutica, di pluralismo giuridico e, potrebbe quasi dirsi, in virtù dell'approccio popperiano che evidentemente alligna profondamente nei componenti della Suprema Corte, la sapienza delle argomentazioni dell'orientamento dominante non ha resistito alle confutazioni e alle controdeduzioni di un orientamento uguale e contrario, annunciato con altrettanta dovizia di argomentazioni in una ordinanza di remissione della sezione filtro (PONTERIO/RAIMONDI)²⁸⁴, poi accolto dal collegio giudicante²⁸⁵ (GARRI/RAIMONDI), divenendo, quasi subito, una sorta di fiume in piena (sentenze AMENDOLA/RAIMONDI, MAROTTA/MANNA e altre probabilmente che seguiranno)²⁸⁶. I giudici ovviamente non sono dei “liberi pensatori” e il cambio di opinione, anche della S.C., deve essere incanalato entro il canone, e supportato nei limiti, del principio di divisione dei poteri e dell'osservanza della legge (art. 101, c. 2, Cost.); il rispetto di tali limiti e di tale canone, in un ordinamento democratico pluralista, è affidato anche all'ermeneutica giudiziaria e all'argomentazione giuridica (la logica retorica), tecniche che devono in ogni caso estrinsecarsi sotto l'ombrello del principio di legalità²⁸⁷.

²⁸³ *Supra* nt. 17, l'argomento della BOGHETICH presentato a p. 4; in senso conforme Cass. 13 aprile 2017, n. 9560; Cass. 11 luglio 2017, n. 30420.

²⁸⁴ Si è scelto di indicare le sentenze di cui si discute non solo, come nella tradizione italiana, con il riferimento asettico al numero e alla data, ma anche al cognome del/la relatore/trice e del Presidente della sezione decidente, per rimarcare il fatto che anche i giudici della Suprema Corte, nell'esercizio della nomofilachia, si lasciano attraversare da personali valori e convinzioni, filtrati e oggettivati, ovviamente, attraverso l'argomentazione tecnico-giuridica (nel caso, di alta qualità), giusto quanto teorizzato dalla migliore teoria ermeneutica e dall'approccio del metodo realista al diritto. Onde, nell'occasione, è sembrato più in sintonia con la vivacità del confronto tra le diverse sezioni della Corte di Cassazione superare la tralatizia convenzione della spersonalizzazione delle sentenze e delle motivazioni, per dare ingresso al confronto tra i diversi giudici “in carne e ossa”.

²⁸⁵ Cass. 27 maggio 2021, n. 14777, cui è seguita la Cass. 11 aprile 2022, n. 11665.

²⁸⁶ Cass. nn. 13063, 13064, 13065 del 26 aprile 2022; Cass. 2 maggio 2022, n. 13774; Cass. 28 giugno 2022, 20780. Il nuovo orientamento è ovviamente salutato con grande favore dalla dottrina che aveva già abbracciato questa interpretazione e che considera le riforme dell'art. 18 dello statuto del ciclo 2012/2015 ispirate dall'ideologia neoliberalista; per tutti il commento di V. SPECIALE alla sentenza GARRI/RAIMONDI, *La tutela reale nel caso di licenziamento ingiustificato per comportamenti per i quali il contratto collettivo sanziona conservative*, di prossima pubblicazione in RGL.

²⁸⁷ È la nota posizione di un ermeneuta moderato come Emilio BETTI, espressa in luminose pagine che si danno per conosciute. Per una recente ricostruzione del suo pensiero si rinvia al saggio di POLITI, *Considerazioni preliminari*, cit.

Il radicale cambiamento di orientamento della Cassazione, è avvenuto, in effetti, nella formula, intrisa di un velo di accettabile ipocrisia (comune al *modus* di argomentare di tutte le Alte Corti), della “chiarificazione”²⁸⁸, trattandosi in tutta evidenza, invece, di un consapevole ribaltamento di indirizzo.

Il ribaltamento, oltre tutto, più che sotto l’ombrello di legittimazione della legge positiva, legittimamente reinterpreta (il fondamento giuridico), è avvenuto all’ombra della giurisprudenza della Corte costituzionale²⁸⁹. Il giudice delle leggi, come ormai noto, a partire dalla sentenza *leader* (la n. 194/2018) ha assunto chiare e nette posizioni di segno sostanzialmente critico nei confronti delle riforme della disciplina del licenziamento del cd. ciclo neo liberista. Non a caso, sia da parte dei commentatori favorevoli alla svolta²⁹⁰, sia da parte dei redattori delle sentenze di ribaltamento, le citazioni e l’omaggio ai passaggi “di principio” delle sentenze del Giudice delle leggi critici della riforma, sono ripetuti, variegati, numerosi; soprattutto nella sequenza motivazionale, tali citazioni non appaiono mai di rito o inserite a mo’ di *obiter dictum*; esse costituiscono, invece, quasi sempre elementi strutturali, a volta di chiusura, dell’intero costruito motivazionale e argomentativo²⁹¹.

Il nuovo orientamento della S.C., più sensibile alle ragioni di *policy* che stanno dietro alla reintegra come rimedio effettivamente restitutorio e dunque da privilegiare, non potendo superare il blocco — per altro ribadito dalla stessa Corte costituzionale²⁹² — della mancata rilevanza costituzionale del rimedio della reintegra, ha inteso, più pragmaticamente, ma legittimamente, allargare il perimetro applicativo dell’art. 18 comma 4, seconda ipotesi di reintegrazione. È una operazione che si può collocare in parallelo con quella già effettuata dalla stessa Corte — ma in quel caso con consensi quasi unanimi in dottrina²⁹³ — con riguardo alla prima ipotesi di reintegra, connessa alla insussistenza del fatto contestato, da non intendere restrittivamente (e irragionevolmente) come mero fatto materiale; bensì come fatto comunque dotato di una oggettiva rilevanza disciplinare

²⁸⁸ Cfr. il punto 18 della sentenza in parola.

²⁸⁹ In tal caso, anche per la sequenza temporale delle diverse posizioni della Cassazione, sviluppatasi in parallelo al quasi coevo percorso della C. cost., si è assistito alla realizzazione, *in vitro*, di uno dei postulati del metodo ermeneutico, vale a dire l’adeguarsi della interpretazione al variare del tempo storico: si rinvia a F. CERRONE, *In margine a un frammento di storia*, cit. 619.

²⁹⁰ V. SPEZIALE, *La tutela reale nel caso di licenziamento ingiustificato*, cit.

²⁹¹ Sia in Cass. 11 aprile 2022, n. 11665, sia, da ultimo, in Cass. n. 20780, 28 giugno 2022, si cita letteralmente il passaggio contenuto in C. cost. n. 150/2020, in cui si afferma che «in un prudente bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente rilevanti, l’esigenza di uniformità di trattamento e di prevedibilità dei costi di un atto [...] non può sacrificare in maniera sproporzionata l’apprezzamento delle particolarità del caso concreto».

²⁹² Il punto 9.2. della sent. n. 194/2018 della Consulta viene ripreso e citato al punto 10.9 di Cass. 28 giugno 2022, n. 20780 e al punto 18.11 di Cass. 11 aprile 2022, n. 11665. La dottrina che esprime giudizi meno critici nei confronti del Jobs Act sottolinea, condivisibilmente, il fatto che la stagione delle “riforme della riforma”, che ha certamente riequilibrato il quadro, non ha intaccato il nucleo fondamentale del cambiamento, vale a dire l’opzione per la pluralità e l’articolazione dei rimedi contro il licenziamento illegittimo. R. DEL PUNTA, *Genesi e destini della riforma*, *LDE*, 2, 2022, p. 5 ss. P. ICHINO, *La sentenza della consulta non scalfisce l’impianto del Jobs Act*, www.pietroichino.it

²⁹³ R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare clausole elastiche “fatto” contestato*, *ADL*, 2, 2015, 269 ss.; in senso più restrittivo nella ricostruzione della nozione di fatto contestato A. MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e rimedi: spazi e limiti alla discrezionalità dell’interprete*, *DLRI*, 1, 103 ss. Si v. ora C. COLOSIMO, *L’insussistenza del fatto contestato, quando la forma diviene sostanza*, *q. Riv.* In corso di pubblicazione.

minima e imputabile soggettivamente all'autore dell'illecito (lettura in tal senso estendibile, ed estesa infatti, anche al Jobs Act)²⁹⁴.

La norma “aperta” del contratto collettivo, ancorché volutamente generica, o colpevolmente asfittica nel non tipizzare gli illeciti disciplinari — è questa la sintesi dell'argomentazione uguale e contraria dell'ordinanza filtro, poi accolta dalla IV sezione e ribadita nelle pronunce successive — può essere elasticizzata dal giudice di merito, utilizzando accortamente le risorse dell'ermeneutica contrattuale e di conseguenza della logica retorica (l'argomentazione a supporto). Non insistono, infatti, i limiti sistematici all'interpretazione estensiva o analogica segnalati dall'orientamento contrario²⁹⁵. Né l'interpretazione della legge deve necessariamente essere quella che costringe l'interprete, per applicare l'art. 18 comma 4, a selezionare soltanto le rade e casuali disposizioni contrattuali in cui la fattispecie di fatto è, per così dire, “esplosa”, vale a dire, descritta analiticamente e in dettaglio. A parte l'assunto che la norma non impone una simile selezione all'interprete, almeno apertamente, l'enunciato iper selettivo (e restrittivo della reintegra) che se ne trarrebbe, teorizzato nella sentenza BOGHETICH/DI CERBO, non farebbe i conti con i dati della realtà sociale, fatta di negoziatori non sempre tecnicamente preparati per simili affinamenti dei cataloghi delle fattispecie; e non si confronterebbe, comunque, con una realtà — il mondo complesso, magmatico, disarmonico, minuzioso, psicologicamente instabile della patologia dei comportamenti di infrazione — che difficilmente si presta a razionalizzazioni accorpate, coerenti e omogenee da riversare in formule adeguate e discrete, che sarebbero invece necessarie per evitare difformità settoriali che metterebbero in fibrillazione il principio di uguaglianza. Onde, la reintegrazione o il risarcimento, rimedi a peso specifico e a contenuto valoriale diversi, finirebbero per essere affidati alla scelta *random* di una contrattazione collettiva non sempre di qualità²⁹⁶.

Alle insufficienze della contrattazione collettiva deve porre rimedio il giudice, evidentemente ispirato dai valori di tutela del lavoro che promanano dall'ordinamento costituzionale e che devono indurlo a privilegiare la reintegrazione sul risarcimento nei casi aperti, se non dubbi.

Quanto più il contratto collettivo o il codice disciplinare si attestino su un livello descrittivo basso, sotto un minimo accettabile di chiarezza e pregnanza morfologica; quanto più la norma si presenta generica e non definita nel delineare i contorni della fattispecie di infrazione; ovvero allorché essa si limiti a prevedere un principio di proporzionalità aperto, o, addirittura, quando non prende partito alcuno sulla fattispecie materiale limitandosi a una mera elencazione delle sanzioni²⁹⁷, tanto più essa deve essere attraversata, surrogatoriamente, dalla interpretazione

²⁹⁴ Si danno per conosciuti i passaggi più significativi dell'evoluzione del percorso giurisprudenziale di legittimità sul “fatto contestato”.

²⁹⁵ La tipizzazione degli illeciti, e la conseguente scelta tra fattispecie meritevoli di sanzione conservativa ovvero espulsiva, da parte della contrattazione collettiva «non può escludere la possibilità di interpretazione ed applicazione giudiziale delle clausole generali o elastiche finendo per comprimere lo spazio di una interpretazione estensiva al di là della volontà dello stesso legislatore del 2012 che [...] non ha privato il giudice di tutti gli strumenti che la legge gli accorda per procedere alla sussunzione del fatto in concreto accertato nella fattispecie astratta prevista dalla norma collettiva» (Cass. n. 11665, 11 aprile 2022, pt. 18. 14, nonché Cass. 28 giugno 2022, n. 20780, pt. 10. 12).

²⁹⁶ Come affermato, con toni piuttosto netti, nell'ord. interlocutoria n. 14777, 27 maggio 2021 (pt. 63 ss.). La posizione viene confermata, seppur con registro linguistico più mite, dalla successiva sentenza Cass. 11 aprile 2022, n. 11665 (v. pt. 18.7.); nonché, da ultimo, dalla sent. Cass. 28 giugno 2022, n. 20780.

²⁹⁷ È il caso trattato in Cass. 28 giugno 2022, n. 20780, cit.

costituzionalmente orientata o conforme del giudice. La formula tralatizia utilizzata, in effetti, non è quella dell'interpretazione costituzionalmente orientata²⁹⁸, che si poteva attendere soprattutto nella ordinanza stralcio: ma è sostanzialmente e funzionalmente equivalente. Si presenta più articolata e più debitrice, brettianamente o alla Paolo Grossi, delle «concezioni dominanti nella coscienza sociale» e dei valori che si intendono presupposti dalla Costituzione: «rientra nel compito del giudice riempire il contenuto della clausola utilizzando standard conformi ai valori dell'ordinamento ed esistenti nella realtà sociale»²⁹⁹.

Si aggiunge che il giudice deve compiere tale operazione di «estrazione di significati da significanti»³⁰⁰ — assumendo il ruolo di interprete autentico del “voluto non espresso” delle parti, eppur impresso nella struttura invisibile ma deducibile della norma contrattuale — come direttiva derivante dall'art. 30, c. 3, della l.183/2010; con una lettura pertanto antitetica, ma non per questo sorprendente, della medesima disposizione a quella che invece si dava nella sentenza Boghetchi; a conferma della effimera e volatile pregnanza prescrittiva di tale disposto.

La razionalizzazione argomentativa del nuovo indirizzo si completa rispolverando, come si accennava, il principio del *favor (arg. ex art. 12 l. n. 604/1966)*: se il combinato disposto tra norma contrattuale generica ed estrapolazione di significati da parte del giudice è più favorevole per il lavoratore ingiustamente licenziato, il riferimento al disposto legislativo costituisce un ulteriore elemento di legittimazione del circolo ermeneutico apprestato nell'occasione.

L'operazione ermeneutica, ovviamente, viene sostenuta, e non poteva essere altrimenti, con un richiamo forte ai valori. Il giudice deve, infatti, compiere l'operazione di estrapolazione di significati oltre la superficie arida della disposizione contrattuale generica (o aperta), traendone la ricchezza profonda dei significati della norma protettiva; glielo impongono, assiologicamente, ragioni di giustizia sostanziale e il principio di uguaglianza: «si realizzerebbe altrimenti una irrazionale disparità di trattamento tra i comportamenti non gravi tipizzati e comportamenti di pari o minore rilievo disciplinare non espressamente previsti dal contratto collettivo»³⁰¹.

Ma con attenzione a porre l'operazione valoriale sotto l'usbergo dell'argomentazione tecnica, quasi a prevenire accuse di eccesso di protagonismo giudiziario e tracimazione nell'ambito riservato al legislatore e a dare comunque continuità alla chiara posizione della stessa Corte di Cassazione, che ritiene il licenziamento illegittimo perché sproporzionato meritevole solo di rimedio risarcitorio. La conclusione/refrain, e riprodotta in tutte le sentenze del nuovo indirizzo, è infatti che l'operazione compiuta «non trasmoda nel giudizio di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato, ma si arresta alla interpretazione ed applicazione della norma contrattuale, rimanendo nei limiti di attuazione del principio di proporzionalità come già eseguito dalle parti sociali attraverso la previsione del contratto collettivo»³⁰². Ove appare evidente l'approccio

²⁹⁸ Formula certamente di non lieve complessità e non utilizzabile corrivamente: si rinvia a M. LUCIANI, voce, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., sez. II, 440 ss.; si veda pure C. CARUSO, *Il “posto” dell'interpretazione conforme alla Cedu*, GC, 2018, specie p. 1985 e ss. e ivi ulteriori rinvii.

²⁹⁹ Cass. 28 giugno 2022, n. 20780, pt. 10.2, nonché Cass. 11 aprile 2022, n. 11665, pt. 18.4.

³⁰⁰ M. LUCIANI voce, *Interpretazione* cit. 443.

³⁰¹ Cass. 27 maggio 2021, n. 14777, pt. 77; Cass. 11 aprile 2022, n. 11665, pt. 18.16; Cass. 28 luglio, 2022, n. 20780, pt. 10.14.

³⁰² V., tra le varie pronunce che contengono tale affermazione, Cass. 27 maggio 2021, n. 14777; Cass. 11 aprile 2022, n. 11665; Cass. 28 aprile 2022, nn. 13063 e 13064; Cass. 28 luglio 2022, n. 20780.

vagamente paternalista di un indirizzo giurisprudenziale che mentre, da un lato, stigmatizza la fonte contrattuale perché non sa (o non può: non è chiaro) fare bene il suo mestiere di descrittore di fattispecie discrete, dall'altro ne esalta le scelte autonome soltanto se e come supportate dal tutoraggio giudiziale (attribuendosi tale indirizzo la funzione di «*caregiver* dell'autonomia sociale» sprovveduta)³⁰³.

Questa la posizione dichiarata nell'ordinanza PONTARIO/RAIMONDI che ha dato l'abbrivio all'indirizzo "chiarificatore" e che veicola una "metaposizione" non esplicitata ma che si colloca sullo sfondo, scritta quasi con l'inchiostro simpatico: la considerazione che il vero rimedio, inibitorio e anche effettivamente riparatorio, di comportamenti datoriali arbitrari, è la sanzione della reintegra³⁰⁴, intesa quale *restitutio in integrum*: se si deve accettarne una riduzione del complessivo perimetro applicativo³⁰⁵, il giudice deve darsi da fare per rimpolpare, quanto più possibile, le scheletriche disposizioni residuali sulla reintegra e lo deve fare, sul piano dei valori, per ri-bilanciare il pendolo neoliberalista riportando — pur nell'accettazione del nuovo ordine costituito della pluralità dei rimedi — l'eccezione a dignità di regola, e viceversa. Talché la giurisprudenza si sarebbe fatta carico di rimettere a posto le lancette della storia.

Ovviamente, questo è un argomentare per assiomi e valori dati, che si erge come una scogliera verso cui si infrangono contro argomentazioni di stampo pragmatico che pur la dottrina riformista ha avanzato: quella per esempio giusta la quale, certamente dopo la riforma del decreto dignità — che riguarda, invero, solo il Jobs Act — il rimedio risarcitorio sino a 36 mensilità è potenzialmente più ampio di quello che si potrebbe ottenere in caso di reintegra rifiutata³⁰⁶, onde al giudice sarebbe data la possibilità, certamente molto più esposta alla "fatica del decidere", ma più attenta alle ragioni della "giustizia di prossimità", di adeguare la sanzione alla effettiva gravità dell'inadempimento datoriale (avendo a disposizione un arco molto ampio con riguardo al *quantum* di risarcimento).

5. Lo stato dell'arte e il dibattito in corso. La reintegra come "valore" (relativo).

Già all'indomani dell'ordinanza filtro e a maggior ragione dopo l'assestamento del nuovo indirizzo, non sono mancate, in dottrina, posizioni critiche nei suoi confronti, così come invero non erano mancate critiche alla "dottrina Boghetich"³⁰⁷: il luogo comune più frequentato è che il

³⁰³ Sul punto appare, ancora una volta, particolarmente critica l'ordinanza interlocutoria n. 14777 del 27 maggio 2021, in cui si afferma che la collocazione «del discrimine tra tutela reintegratoria e indennitaria nella tipizzazione degli illeciti ad opera dei contratti collettivi o dei codici disciplinari» finirebbe per affidare la possibilità di applicare la tutela reintegratoria «a criteri casuali, non idonei a costituire valido filtro della proporzionalità della sanzione rispetto all'addebito contestato e quindi a realizzare un adeguato contemperamento degli interessi delle parti contrapposte».

³⁰⁴ Posizione ancora ampiamente condivisa dalla dottrina giuslavorista "ortodossa". Anche in alcuni passaggi della Corte costituzionale trapela in effetti la convinzione che la reintegra sia, in assoluto, un rimedio più efficace (cfr., in particolare, C. cost. 59/2021, punto 10.1).

³⁰⁵ Perché in ogni caso il giudice è sottoposto alla legge e la Corte costituzionale non ha inteso cogliere l'assist, che pure molti giudici di merito le hanno fatto, per sovvertire radicalmente la *ratio* (la pluralità dei rimedi in ragione di diverse fattispecie) delle riforme del ciclo 2012-2015, *supra* nt. 33.

³⁰⁶ E che, nel "regime Fornero" ammonta a quindici mensilità (indennità surrogatoria della reintegra) più dodici (massimo di risarcimento comminabile) = ventisette; il tutto ai parametri più alti e a lordo della valutazione giudiziale caso per caso.

³⁰⁷ Si v. il commento di A. PICCININI, *Licenziamenti collettivi e contrattazione collettiva tra realtà e immaginazione*, www.questionegiustizia.it

nuovo indirizzo di fatto abroga tacitamente la riforma Fornero per questa parte³⁰⁸, amputando vistosamente l'art. 18 del suo comma 5; in tal modo si squilibrerebbe l'assetto voluto dal legislatore così riportando le lancette della regolazione se non al rimedio unico (reintegratorio), a un suo surrogato funzionale (per via giudiziale): la reintegra come regola e il risarcimento come eccezione. Tale valutazione critica va contestualizzata e considerata diacronicamente.

Malgrado sull'art. 18 si giochi ancora una partita aperta, di cui il contrasto giurisprudenziale in oggetto è un segno evidente, occorre, innanzitutto, ricordare che l'art. 18 è una norma, attualmente, a termine, *melius*, a "consunzione progressiva". Non si può parlare tecnicamente di abrogazione a termine, e tuttavia essa è destinata a sparire dall'ordinamento positivo in ragione di un dato di fatto preventivato dalla norma stessa che ha internalizzato il meccanismo sostitutorio (una sorta di ghigliottina lenta, o di *software* di autocancellazione): l'apparato rimediale previsto dal Jobs Act la sostituirà progressivamente in toto. Il che implica che alle generazioni di occupati, dopo il 7 marzo 2015, che prenderanno progressivamente il posto dei lavoratori occupati a tempo indeterminato prima di quella data, non si applicherà più l'art. 18, neppure nella versione Fornero.

Data per assodata la volatilità del quadro politico istituzionale italiano, e malgrado qualche ritorno di fiamma, più o meno polemico, non sembra oltretutto che, politicamente e quindi legislativamente, sussistano realistici spazi per un ritorno al passato del sistema a rimedio unico dello Statuto dei lavoratori. In larga misura il dibattito sulla reintegra si è de-ideologizzato anche nel nostro paese; certamente molto più rispetto al secolo scorso, ai tempi in cui imperversava l'ideologia dell'"ultimo tabù"³⁰⁹, anche se, come mostra l'indirizzo in commento, tra larghi settori della giurisprudenza pratica, probabilmente presso la Corte costituzionale, a leggere con attenzione le sue motivazioni pur sempre rispettose della volontà del legislatore, e in alcuni settori delle istituzioni europee³¹⁰, è ancora radicata la convinzione che la reintegra sia un rimedio qualitativamente ineguagliabile da qualunque compensazione monetaria, pur nell'incontrovertibile dato di fatto che percentualmente i casi di reintegrazione effettiva, ovunque, si limitano a pochissimi punti percentuali (e ciò avveniva anche nel pieno vigore dell'art. 18 statutario)³¹¹. Il tutto senza nulla voler togliere al valore simbolico della reintegra, intesa quale affermazione massima della riparazione (ad alta efficacia dissuasiva) della lesione del lavoratore arbitrariamente licenziato³¹², e quale, simbolico e pratico, assoggettamento del potere di impresa al contropotere di giustizia, neutrale e terzo, del giudice: la reintegra, ci dicono i sostenitori — un campo ancora largo in Italia — è una

³⁰⁸ È la tesi di P. TOSI e E. PUCCETTI, *L'interpretazione analogica della tipizzazione collettiva, l'abrogazione tacita di una riforma*, ADL, 2021, 5, 1238 ss. e ivi ulteriori riferimenti alla dottrina schierata sulle due posizioni.

³⁰⁹ Si riveda il celeberrimo, al tempo, pamphlet di A. ACCORNERO, *L'ultimo Tabù*, Laterza, 1999.

³¹⁰ Basti pensare alla decisione del Comitato europeo dei diritti sociali — pubblicata in data 11 febbraio 2020 e pronunciata il 11 settembre 2019, sul ricorso della Confederazione Generale Italiana del Lavoro (Cgil) contro Italia (n. 158/2017) — con la quale il CEDS ha ritenuto che il Jobs Act violasse il diritto dei lavoratori a una congrua riparazione per il caso di licenziamento illegittimo. Già in precedenza, peraltro, il Comitato (in *Finnish Society of Social Rights v. Finland* — Complaints n. 106/2014) si era pronunciato sulla congruità degli indennizzi per i licenziamenti illegittimi, con alcune importanti affermazioni sulla necessaria dissuasività dei meccanismi risarcitori, autorevolmente richiamate dalla stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 194/2018 (al punto 14).

³¹¹ M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, 2014.

³¹² È questa notoriamente l'impostazione classica sull'ordine di reintegra assunta, ma di certo non fideisticamente, da Massimo D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, 1979, ora in B. CARUSO - S. SCIARRA (a cura di), *Opere*, Vol. III, tomo I, Giuffrè, 2000. Si rinvia a B. CARUSO, *Rileggendo gli scritti di Massimo D'Antona sull'art. 18*, NewsletterCGS, 2002,1.

dimensione che attiene ai valori e il valore notoriamente non si pesa né si discute, ma lo si afferma³¹³.

D'altra parte occorre considerare, senza particolare bisogno di citare i dati³¹⁴, che dopo circa 10 anni dall'entrata in vigore della legge Fornero (e a più di 7 anni dal Jobs Act), non sembra che la riforma "neo liberista" abbia prodotto alcun ammainabandiera garantista: nessuna ondata di licenziamenti arbitrari si è abbattuta in Italia, neppure dopo la fine del blocco pandemico; nessun imprenditore si sogna di utilizzare il licenziamento corrvamente o come fisiologico strumento di gestione delle risorse umane. Oggi, ci dice l'INPS³¹⁵, anche in Italia sono i lavoratori che, dopo la pandemia, si dimettono a migliaia da occupazioni stabili e decidono di mettersi in pausa per riflettere e scegliersi possibilmente il lavoro e il datore più *in tune*³¹⁶ con le proprie aspettative di vita e di lavoro soddisfacente: un modo per affermare proattivamente le proprie *capability* e quindi la propria libertà anche nel mercato, oltre che nel rapporto di lavoro. I problemi che affrontano quotidianamente le imprese e le p.a., leggendo i quotidiani economici, ma seguendo pure le *survey* degli istituti specializzati, sono ben altri: non di licenziare ma di assumere e di reclutare adeguatamente; posto che le politiche attive sono ancora allo stadio aurorale, *malgrado non a causa* del Jobs Act gli *shortage skill* e il *mismatch* rimangono i fenomeni che costituiscono il vero problema per le imprese.

Oltretutto, come già illustrato nei paragrafi precedenti, la riforma "neo liberista" (intesa come la sommatoria di Fornero più Jobs Act) con riguardo al licenziamento, è stata ampiamente ritoccata da vari decisori (il legislatore, la Corte costituzionale, la Corte di Cassazione) e ha, pure, trovato un suo assestamento dinamico; ciò a conferma, come si accennava, del pluralismo giuridico come dato culturale certamente dominante nell'ordinamento italiano caratterizzato da una articolazione diffusa di poteri e contropoteri. Anche in ragione di ciò, essa incomincia a essere metabolizzata dagli operatori, al punto che se qualche ritocco tecnico probabilmente occorrerebbe³¹⁷, assale il dubbio se valga la pena mettere mano all'edificio proprio nel momento in cui un qualche, seppur instabile, equilibrio l'ha comunque raggiunto³¹⁸. Malgrado le sue persistenti incongruenze e irrazionalità indicate dagli osservatori più avvertiti, è, comunque, improbabile che nella prossima legislatura se ne opererà un radicale stravolgimento normativo (la riforma della riforma).

³¹³ La prospettiva teorica di A. PERULLI, V. SPEZIALE, *Dieci tesi*, cit.

³¹⁴ Secondo P. ICHINO l'effetto statistico più evidente della riforma dei licenziamenti e in genere del Jobs act è la riduzione delle cause di lavoro, *Cosa significa la riduzione delle cause di lavoro*, *Lavoce.info*, 5 luglio 2022, la tesi era stata già avanzata sul Corriere della Sera del 18 febbraio 2017, *Licenziamenti: il crollo del contenzioso giudiziale*.

³¹⁵ Si vedano i dati pubblicati dall'INPS, *Osservatorio sul precariato*, gennaio-giugno 2022, secondo cui dall'inizio del 2022 le dimissioni sarebbero cresciute in Italia del 22%. Notizia ripresa e rilanciata da tutti i grandi quotidiani nazionali. Sulle cause di tale ondata, verificatasi soprattutto negli USA dopo la pandemia, il dibattito in Italia è aperto. Alcuni osservatori escludono che la causa sia strutturale (la decisione di cambiar vita per accedere a una nuova dimensione di conciliazione vita lavoro), ma sia più congiunturale: l'effetto post blocco dei licenziamenti durante la pandemia; si v. *Questa non è la Great Resignation*, Linkiesta, Forzalavoro, 19 settembre 2022. Altri ritengono il fenomeno più strutturale, A. ROSINA, *Oggi i giovani non si accontentano più se non sono soddisfatti lasciano il lavoro*, *la Stampa* del 16.09.2022. Si v. pure R. PRODI, *Se la vita privata viene prima della carriera*, *Il Messaggero* del 11.09.2022

³¹⁶ È la tesi di ICHINO sulla tendenza dei lavoratori a scegliersi il datore di lavoro espressa compiutamente in P. ICHINO, *L'intelligenza del lavoro*, Rizzoli, 2020; *Id.*, *The great resignation: quando sono i lavoratori a scegliersi l'imprenditore*, www.pietroichino.it, febbraio 2022.

³¹⁷ R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare*, cit., 283.

³¹⁸ R. DEL PUNTA, *Genesi e destini* cit., 5 ss. Il giudizio espresso pure in B. CARUSO - R. DEL PUNTA - T. TREU, *Manifesto* cit.

Non è del tutto errato allora prevedere che il nocciolo duro del ciclo di riforme realizzato, la pluralità dei rimedi a fronte delle diverse fattispecie di licenziamento, vedrà un progressivo consolidamento negli anni a venire. Il ritorno alla pratica e all'ideologia dell'unità del rimedio reintegratorio non sembra ragionevolmente percorribile come prospettiva *de iure condendo*.

6. Il lavoro ortopedico della Corte costituzionale sull'assetto regolativo esistente.

Tale ripristino è improbabile anche in ragione del fatto che, laddove non è arrivato il legislatore, anche il più incline al ripristino della reintegra³¹⁹, ma psicologicamente orientato al “vorrei ma non posso”, molta strada si è fatta nella direzione dell'assestamento normativo. Il contributo maggiore in tal senso, come si diceva, lo ha dato la Corte costituzionale che notoriamente ha operato ampiamente sulla riforma, se non con l'ascia, certamente con il cacciavite, anche perché vincolata ai suoi stessi precedenti sulla non rilevanza costituzionale del diritto alla reintegra.

Con i suoi cinque interventi ortopedici e sequenziali (quattro di accoglimento, uno di rigetto ma con un importante invito al legislatore ad intervenire)³²⁰, tra loro in larga misura coerenti³²¹, la Corte ha in qualche modo riscritto le regole della riforma non incrinandone, tuttavia, il nocciolo duro (la pluralità dei rimedi con riguardo alla diversità delle fattispecie di licenziamento). E tuttavia ha finito per rimodellare regolativamente il quadro, ribilanciando gli interessi a favore delle ragioni dei lavoratori licenziati, in ciò contribuendo a normalizzare la riforma e renderla più accettabile anche dai suoi critici.

Ha operato, almeno con la prima sentenza — la n. 194/2018, che ha disciolto l'embrione di approccio *firing cost* del Jobs Act³²² — un taglio delle ali estreme dei due opposti schieramenti (i contrari e i sostenitori), contribuendo a un più adeguato macro-bilanciamento degli interessi convogliati dalla riforma. Ciò nella misura in cui, mentre ha riconosciuto la legittimità dell'intervento del legislatore che ha eliminato il sistema del rimedio reintegratorio unico, anche per l'obiettivo di *policy* di incrementare l'occupazione stabile, ne ha stigmatizzato gli eccessi di riduzione monetaria della riparazione, soprattutto nelle piccole imprese³²³, ma pure l'automatismo decisionale al quale veniva costretto il giudice nel predisporre il rimedio risarcitorio; e lo ha fatto ripristinando

³¹⁹ Si richiamano le modifiche alle (sole) indennità risarcitorie apportate dal governo a maggioranza giallo-verde con il Decreto dignità (d.l. 87/2018, convertito con modificazioni in l. 96/2018), già citate *supra*, nt. 2.

³²⁰ Con la sentenza n. 183 del 22 luglio 2022, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le censure sulle poste indennitarie previste dal Jobs Act per i licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese, pur rilevando che «un'indennità costretta entro l'esiguo divario tra un minimo di tre e un massimo di sei mensilità» non è idonea a garantire «un congruo ristoro» e «un'efficace deterrenza», ritenendo, per questo motivo, non più tollerabile un ulteriore protrarsi dell'inerzia legislativa in materia.

³²¹ Qualche dubbio sui margini di discrezionalità giudiziale reputati legittimi — e anzi, in certa misura, auspicabili — residua, invero, confrontando alcuni passaggi delle argomentazioni rese, rispettivamente, in C. cost. 194/2018 e C. cost. 59/2021.

³²² Approccio ribadito dalla sentenza n. 150 del 2020, che ha applicato lo stesso principio all'art. 4 della l. n. 23/2015 — con riguardo al licenziamento viziato sotto il profilo formale o procedurale.

³²³ V. C. cost. 183/2022, in cui la Corte revoca in dubbio anche la persistente idoneità del criterio di identificazione delle piccole imprese sulla base del solo numero dei dipendenti.

la “buona discrezionalità giudiziale”, anche nell’ipotesi di licenziamento illegittimo per vizi di forma o procedurali³²⁴.

Ha poi inciso sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo, non mettendo in discussione l’impianto del Jobs act a favore dell’esclusività del rimedio meramente economico — non essendo invero ancora stata chiamata a decidere sul punto — ma imponendo la reintegra (eliminando così la “cattiva discrezionalità del giudice”, chiamato irragionevolmente a scegliere tra rimedio per equivalente e in forma specifica) nella regolamentazione Fornero relativa all’ipotesi di manifesta insussistenza della causa economica e/o organizzativa³²⁵; contestando e poi abrogando, perché indeterminata e irragionevole (priva di “criterio direttivo e di alcun fondamento empirico”), la qualificazione come “manifesta” della insussistenza della stessa³²⁶.

Nel complesso l’attività ortopedica della Corte sulle cd. “riforme liberiste” del licenziamento lascia tuttavia la chiara impressione che il giudice delle leggi abbia finito per assumere, in piena sintonia con alcuni giudici remittenti, un ruolo regolativo e riformando, sebbene a pezzi e bocconi, la riforma e annunciando futuri interventi in caso di inerzia perdurante del legislatore³²⁷.

In tutto ciò non ha certamente favorito (non è ovviamente suo compito) una piena razionalizzazione tecnica del quadro normativo che rimane per molti aspetti farraginoso e complesso, anzi vi ha inserito un *quid pluris* di complessificazione; in ciò forse palesando, sul versante politico istituzionale generale, almeno secondo una critica proveniente da autorevole dottrina gius-costituzionalista³²⁸, una qualche tendenza al protagonismo politico, che tuttavia appare probabilmente ineluttabile nella materia. Vista nel complesso, in ogni caso, l’operazione di “cacciavite” o di “taglia e cuci” della Corte costituzionale, appare ragionevole ed equilibrata³²⁹.

6.1. e l’apporto ermeneutico della recente giurisprudenza della Corte di Cassazione (l’orientamento elastico).

Come già rilevato, all’asestamento del quadro interpretativo e, indirettamente, regolativo sul regime rimediabile del licenziamento illegittimo, ha contribuito forse ancor più la giurisprudenza di Cassazione. Si sono registrati interventi a ondate successive e in un arco temporale relativamente breve in ragione della rapidità del rito Fornero; il che ha consentito alla Corte di pronunciarsi in anticipo rispetto ai tempi ordinari, e in più riprese, su questioni interpretative e nomofilattiche cruciali. Con riguardo al tema oggetto del presente saggio, l’orientamento volto ad elasticizzare la fattispecie legale della reintegra attraverso letture ampie e inclusive degli enunciati dei contratti collettivi e dei codici potrebbe considerarsi, in fin dei conti, di maggiore efficacia o attitudine nomopoietica rispetto agli interventi della Corte costituzionale, certamente più in grado di

³²⁴ A *contrario*, per C. cost. 59/2021, non è “buona discrezionalità” giudiziale quella attribuita nell’ipotesi della scelta — originariamente rimessa dall’art. 18, comma 7, post-Fornero, alla discrezionalità “in bianco” del giudice — tra reintegra e risarcimento del danno nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

³²⁵ C. cost. 59/2021.

³²⁶ C. cost. 125/2022 (punti 9 ss.).

³²⁷ Così nella già citata C. cost. 183/2022.

³²⁸ Si v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte Costituzionale*, QC, 2019, 2, 251 ss.

³²⁹ Si veda, invece, il giudizio estremamente critico, per molti versi discutibile nei toni utilizzati, di C. PISANI, a tratti oltre i limiti del dovuto rispetto istituzionale, nel richiamo all’«apprendista stregone» e alla «follia del metodo» della Corte, *Le tecniche di tutela nell’età della giurisdizione*, dattiloscritto, 2022, 78 ss.

modificare (se non proprio capovolgere) il rapporto, e l'equilibrio, regola eccezione (tra risarcimento e reintegra) voluto dal legislatore delle riforme.

In questa lettura del cambio di orientamento del Supremo collegio, c'è del vero ma non oltre un certo limite. Innanzitutto per le ragioni di diritto temporale prima rilevate: il passaggio del tempo, a quadro normativo invariato, è destinato a ripristinare il rapporto regola eccezione per come "voluto" dal legislatore delle riforme.

Osservato con dovuto distacco dalla *querelle* in corso, il nuovo orientamento (*supra* § 4) rileva per due elementi di fondo: innanzitutto con riguardo alla *policy* giudiziaria e poi per la tecnica ermeneutica utilizzata. Non c'è dubbio che, per il primo profilo, il nuovo orientamento, sul piano sistematico, produca almeno tre risultati di grande interesse che si possono sintetizzare nel seguente modo:

a) Si rivaluta, in primo luogo, formalmente e dichiaratamente, ruolo e funzione della contrattazione collettiva nel licenziamento disciplinare³³⁰; l'orientamento estensivo (ci sono precisi passaggi al riguardo) di fatto costituisce una forte iniezione di fiducia su questa fonte, ancorché dal vago sentore paternalistico (*supra* § 4): la norma collettiva, che diventa magnetica dell'operazione ermeneutica, viene anteposta alla norma legale: ne condiziona l'operazione sussuntiva. E infatti la norma pattizia è proficuamente utilizzabile a scopi protettivi solo se congruamente sostenuta e completata dall'interpretazione adeguatrice e integrativa del giudice, soprattutto quando non è auto esplicativa: solo a tale condizione diventa, a pieno titolo, parametro sociale di riferimento della valutazione giudiziale di proporzionalità; onde il giudice non pone in essere direttamente la valutazione di proporzionalità ma la "estrae" dal significante costituito dalla disposizione pattizia. *Mutatis mutandi*, è la medesima operazione che la giurisprudenza ha compiuto allorquando ha considerato la norma del contratto collettivo sul minimo retributivo quale parametro sociale esterno di riferimento della norma/principio sulla retribuzione sufficiente. In questo caso la norma contrattuale sulle fattispecie disciplinari, ancorché ampia, non specificata, e riempita di significati dal giudice (e non è differenza da poco), diventa parametro di riferimento per la misurazione del grado di rispetto della proporzionalità sociale da parte del datore di lavoro. La verifica, di pertinenza del giudice, diventa allora in grado di veicolare l'ordine di reintegra nel caso in cui egli si convinca della violazione della norma pattizia che, per come interpretata, avrebbe dovuto suggerire al datore di lavoro, per quel comportamento, la sanzione conservativa, con conseguente applicazione della fattispecie legale dell'art. 18 comma 4, anziché del comma 5.

b) In secondo luogo, l'operazione ha come consapevole risultato di rivalutare la (buona) discrezionalità del giudice. E ciò non solo e non tanto nella operazione di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie, che è quel che, invece, anche non a torto, si afferma nelle motivazioni del nuovo indirizzo. Lo si afferma proprio per accantonare il sospetto di aver voluto reintrodurre, *contra legem*, e contro i propri stessi precedenti, un'autonoma valutazione di proporzionalità allo scopo della scelta del rimedio. Grazie infatti, all'allargamento, e all'inevitabile elasticizzazione del perimetro dell'operazione sussuntiva, la discrezionalità consente, di fatto, una più ampia possibilità di scegliere tra i due rimedi pur nel rispetto formale della norma di legge. In tal senso l'orientamento, come si diceva, trova ampia copertura teoretica e di principio nelle sentenze e nelle

³³⁰ Così si legge sia nella sent. n. 11665/2022, sia, da ultimo, nella sent. n. 20780/2022.

motivazioni del Giudice delle leggi che valorizzano l'accertamento di prossimità da parte del giudice, motivazioni pur formulate ad altro scopo nella sentenza leader: la n. 194/2018.

c) In terzo luogo, la stigmatizzazione, da parte del nuovo orientamento, dell'irrazionale rischio di disparità di trattamento, come effetto del precedente orientamento restrittivo (la dottrina Boghetich), che non avrebbe consentito operazioni di attrazione nella norma conservativa delle fattispecie non espressamente contemplate e articolatamente descritte, ma con identico o minore disvalore disciplinare di quelle espressamente richiamate, appare argomento di chiusura del ragionamento sul piano della ragionevolezza.

7. Riconduzione a sistema dell'orientamento estensivo: per una regolazione sociale "matura" della proporzionalità sociale.

Questo richiamo/invito forte alla discrezionalità del giudice di merito nel trovare i significati anche riposti, indiretti, similari nella norma collettiva conservativa per applicare il rimedio della reintegra, non significa, tuttavia, che il giudice debba necessariamente operare in tal senso o debba forzare, oltre certi limiti, l'interpretazione delle norme contrattuali; soprattutto se esse possiedono un certo grado di salienza descrittiva della infrazione, con riferimento alla ipotesi espulsiva. Se è vero che il filone restrittivo probabilmente eccede nel richiedere ciò che la contrattazione non avrebbe mai potuto fornire, vale a dire un catalogo chiuso e puntale con descrizione netta dei contorni delle fattispecie a cui collegare le diverse tipologie di sanzioni, è pur vero che la realtà dei codici disciplinari e dei contratti collettivi non è generalmente di così cattiva fattura come si tende a credere per luogo comune, o come argomenta anche l'orientamento elastico per portare fino alla cascina dei propri argomenti mirati a espandere il ruolo del giudice.

Se si analizzano con attenzione i contratti collettivi³³¹, ci si avvede come accanto ad alcuni settori in cui la tradizione, non modificata dopo la legge Fornero (industria, credito)³³², è di utilizzare formule di proporzionalità molto elastiche («nei casi più gravi...») o di limitarsi alla mera elencazione sinottica delle sanzioni, ce ne sono altri (per esempio tutto il settore delle aziende privatizzate, FFSS, Poste)³³³ in cui si ricorre a fattispecie molto più discrete, sino ad arrivare a veri e propri «campioni di analiticità» (per es. le aziende del TPL)³³⁴.

³³¹ Sarebbero opportune adeguate analisi empiriche in tal senso anche per ricostruire la diversa genesi storica dei codici disciplinari inseriti nei contratti collettivi, spesso tralasciati e riportati immutati da tempo immemorabile. Ciò a dimostrazione di una certa reticenza delle Organizzazioni sindacali a intervenire regolativamente su temi tecnicamente complessi ma incidenti sui diritti individuali, privilegiando invece temi politicamente subito spendibili.

³³² Si pensi all'art. 69 del CCNL per i Lavoratori dipendenti dalle aziende esercenti l'industria alimentare (stesura del 25 gennaio 2021) ove, disponendosi che «normalmente l'ammonizione verbale o quella scritta saranno adottate nei casi di prima mancanza», si aggiunge che laddove «le mancanze rivestano carattere di maggiore gravità, anche in relazione alle mansioni esplicate, potranno adottarsi la multa o la sospensione anche in caso di prima mancanza».

³³³ V. art. 54 del CCNL per il personale non dirigente di Poste Italiane (23 giugno 2021).

³³⁴ Ad esempio, nel CCNL per il personale del settore della Mobilità/Area contrattuale Attività Ferroviarie (valido fino al 31 dicembre 2017), l'art. 57 è dedicato alle sanzioni disciplinari in generale, chiarendosi che nella irrogazione della sanzione si tiene conto delle «circostanze oggettive del fatto nonché del comportamento complessivo tenuto dal lavoratore medesimo»; l'art. 58 alle mancanze punibili con il rimprovero verbale o scritto (seppur tali mancanze siano genericamente definite come «lievi irregolarità nell'adempimento della prestazione lavorativa» ovvero violazioni «di minor rilievo del dovere di corretto comportamento»); l'art. 59 elenca dettagliatamente le infrazioni punibili con la multa; i successivi artt. dal 60 al 64 individuano analiticamente le condotte punibili con la sospensione dal servizio e dalla retribuzione (la cui durata varia a seconda dell'addebito) e con licenziamento (con preavviso, all'art. 63, e senza preavviso, all'art. 64). Estremamente analitico è il codice disciplinare previsto dal R.D. del 1931 n. 148 sugli autoferrovantieri, ove all'art. 37 si elencano le diverse fattispecie di infrazione a cui vengono collegate con precisione le relative sanzioni: art. 41, 42, 43, 44, 45.

Se questo è vero, si giustifica allora che il nuovo campo largo della discrezionalità del giudice possa esercitarsi soltanto nei casi, e fin quando, la contrattazione collettiva, per la genericità dei disposti, lasci spazio all'operazione sussuntiva giudiziale attraverso l'integrazione dei disposti elastici, giusto il nuovo orientamento. Ma se più è ampia la disposizione tanto più si allarga lo spazio dell'integrazione giudiziale, con argomento *a contrario* è vero l'opposto: più la descrizione diventa puntuale, più si riduce lo spazio del giudice, più l'eventuale giudizio di non proporzionalità al di fuori della sussunzione nella norma pattizia conservativa dovrebbe avere come eventuale esito l'applicazione dell'art. 18 comma 5. Almeno questo ci dice il canone della interpretazione logico-deduttiva.

Il che implica che l'orientamento elastico non impedisce, anzi giustifica, che il giudice di merito debba dimostrarsi rispettoso della volontà degli attori sociali cristallizzata nelle norme negoziali allorché la fattispecie sia adeguatamente descritta e l'operazione sussuntiva sia obbligata (per esempio il fatto in tutta evidenza non rientra nella fattispecie conservativa ancorché interpretata generosamente) e al giudice non rimane altro che, eventualmente, ricorrere al parametro della proporzionalità legale, con quel che ne segue in termini di applicazione del comma 5 dell'art. 18, qualora si convincesse, comunque, dell'illegittimità del licenziamento.

Che tale equilibrata scelta ermeneutica possa non avvenire nella pratica casistica e che il nuovo orientamento possa dar luogo, invece, a forme estreme di soggettivismo e a fenomeni di nomo-poesi giudiziale, non è certamente da escludere: è un possibile effetto di risulta del nuovo orientamento, ma un simile *modus decidendi* non sarebbe certamente da questo legittimato, posto, per altro, che tracimazioni del genere si sono verificate pur sotto l'egida dell'orientamento restrittivo. È avvenuto infatti che alcuni giudici di merito si siano comunque "lanciati" in veri e propri esercizi di creazionismo giudiziario nell'applicazione della seconda fattispecie di reintegra che avrebbe certamente suscitato sgomento nei grandi maestri, cultori del metodo ermeneutico controllato e vigilato dal principio di legalità³³⁵. Ma ovviamente tutto questo rientra nella fisiologia del gioco ermeneutico affidato al giudice di prossimità, soprattutto nella misura in cui è lo stesso legislatore che, per tecnica legislativa, e quindi per sua volontà, si affida a precetti normativi compositi (nella cui tessitura morfologica è inserita, a pieno titolo, la *fabric* della ponderazione giudiziale).

E tuttavia occorre rimarcare che l'investimento fiduciario che il nuovo indirizzo nomofilattico ha inteso porre sulla fonte pattizia non deve lasciare indifferente la giurisprudenza teorica. La palla va colta e rilanciata proprio perché il nuovo indirizzo va certamente nel senso di valorizzare la scelta sistemica del legislatore di aprire spazi, nella norma imperativa sui licenziamenti illegittimi, alla prassi viva e in divenire della regolamentazione sociale.

Ma a questo punto non può sottacersi che il rinvio implica un'assunzione di responsabilità da parte degli attori sociali, proprio per evitare non tanto l'effetto *dono dei Danai*, quanto perché la

³³⁵ Soggettivismo giudiziario comunque sempre in agguato: un esempio recente viene dal Tribunale di Marsala ord. n. 1384/2021; sent. n. 3523/2021, inedite a quanto consta, in una doppia pronuncia, merito e giudizio di opposizione secondo il rito Fornero, che, a fronte di una norma del CCNL dei metalmeccanici che punisce con il licenziamento il comportamento di un lavoratore scoperto a fumare in un locale dove si svolge una lavorazione oggettivamente pericolosa di saldatura e fresatura — divieto di fumo "qualificato", perché classificato a rischio specifico nel Documento di valutazione dei rischi — ha operato la sussunzione del comportamento nella fattispecie conservativa del divieto di fumo "semplice" (non in locali a rischio) perché ha ritenuto comunque non soggettivamente pericolosa la modalità di uso della sigaretta (non sarebbe stata data la prova da parte dell'azienda del pericolo concreto e reale per persone e impianti, ancorché in un'area qualificata a rischio dal DVR).

vicenda mette in gioco anche altri valori ordinamentali, oltre a quelli della tutela del lavoratore contro il licenziamento disciplinare illegittimo. Vale a dire il valore della certezza delle regole giuridiche con riguardo ai rimedi (la possibilità di programmare razionalmente gli effetti degli atti di gestione nell'applicazione dei codici di disciplina aziendale) e della conseguente calcolabilità anche dei costi di tali scelte. In ballo c'è la possibilità di evitare decisioni imprevedibili giustificate dalla scarsa chiarezza dei codici disciplinari e di introdurre dosi di maggiore certezza a favore delle imprese.

Il che implicherebbe certamente una maggiore cura e dedizione tecnica nella riscrittura dei codici e dei contratti collettivi da parte delle imprese e dei negoziatori istituzionali, rispetto a quella che c'è stata sinora e che ci si poteva ragionevolmente attendere dopo la riforma del 2012. Se, infatti, è vero che sia con riguardo ai licenziamenti disciplinari, ma anche al diverso tema della individuazione del criterio di equivalenza delle mansioni per via negoziale, i critici delle riforme liberiste tendono a glissare sul fatto che certamente, su questi snodi fondamentali, esse si ispirano alle migliori e più affinate esperienze di devoluzione regolativa alla contrattazione collettiva (il che è l'opposto di un approccio neoliberale), è pur vero che la contrattazione collettiva non sembra, a oggi, aver colto tale opportunità co-regolativa ma che una tale scelta non può essere addebitata a una machiavellica intenzione de-regolativa del legislatore³³⁶.

E tuttavia che qualcosa sia in movimento si incomincia a intravedere, anche se ricerche empiriche più analitiche sarebbero necessarie. Da un campione non particolarmente selettivo risulta che, dopo la legge Fornero, qualche contratto³³⁷ ha subito un *re-styling* in linea con una descrizione più analitica delle fattispecie disciplinari, con il superamento dell'approccio per clausola di proporzionalità elastica o generica, tipo: «nei casi più gravi della fattispecie x si procede al licenziamento per giusta causa o giustificato motivo». Tale operazione di maggiore puntualizzazione dovrebbe essere certamente più diffusa e costituire la sintesi di un approccio induttivo, attento a raccogliere i dati esperienziali diffusi da trasfondere in disposti negoziali discreti, certamente non seriali ma adattati alle peculiarità dei settori e dei luoghi di lavoro (un conto è la violazione del divieto di fumo di un operatore di una pompa di benzina, un'altra di una guardia giurata; il cui allontanamento non autorizzato dal luogo di lavoro è certamente più grave di quello dell'operatore della pompa di benzina).

In conclusione, se si mettessero in co-evoluzione virtuosa i due orientamenti eguali e contrari, tentandone una sistematica mediazione dottrinale, sarebbe probabilmente possibile approdare a un punto mediano che faccia salva l'intenzione del legislatore di ridurre il perimetro del rimedio

³³⁶ Diversa la impostazione di A. MARESCA il quale, anche in ragione della sua lettura della disposizione legale, l'art. 18 comma 4 (*supra*, nt. 10), riconduce la tecnica del richiamo del contratto collettivo al principio di sussidiarietà: A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare*, *op. cit.*, 1288. Tale concezione riduttiva del rinvio alla contrattazione collettiva è funzionale, nel pensiero dell'autore, a una interpretazione circoscritta del ruolo della regolazione sociale e conseguentemente degli spazi di interpretazione del giudice (proprio per il fatto che l'autore intende evitare che nella materia il contratto collettivo diventi leva di ARCHIMEDE del soggettivismo giudiziario); posizione che la Cassazione non ha inteso seguire già con il filone restrittivo (BOGHETICH - DI CERBO) come lo stesso autore criticamente riconosce (p. 1295), ma, *a fortiori*, non prospettabile con la tesi estensiva dell'ordinanza PONTARIO/RAIMONDI, che ha dato il via alla svolta interpretativa. La tesi sostenuta in questo contributo è, invece, che la valorizzazione della contrattazione collettiva nella *subiecta materia*, con piena e consapevole assunzione da parte degli attori negoziali del ruolo regolativo assegnato loro dalla legge, costituisce invece il possibile argine contro il rischio, certamente sussistente nel DNA della disposizione legale, di derive soggettivistiche da parte della giurisprudenza.

³³⁷ Da una ricerca su un campione limitato risulta che soltanto pochi contratti (giornali quotidiani, telecomunicazioni), hanno operato un vero e proprio *restyling* in termini di maggiore analiticità delle fattispecie disciplinari.

reintegratorio nelle ipotesi di licenziamento disciplinare, non ribaltando il rapporto regola eccezione, ma che, allo stesso tempo, eviti le fibrillazioni sul principio di eguaglianza e le irragionevolezza evidenziate nel precedente orientamento restrittivo, secondo i dettami del nuovo. Se è vero, infatti, che un malaccorto utilizzo giurisprudenziale del nuovo orientamento rischierebbe di rendere non operativo il rimedio risarcitorio dell'art. 18 comma 5, è pur vero che il rigore della dottrina BOGHETICH (piena coincidenza tra i lembi del caso e della fattispecie di infrazione per come descritta dalla norma pattizia per azionare il rimedio della reintegra) rischiava di centellinare i casi di applicazione della seconda ipotesi dell'art. 18 comma 4. Precisione analitica infatti non significa necessariamente sommatoria irrazionale e non ordinata di dettagli casistici: sostenere il contrario significherebbe, per fare un accostamento forse eccessivo, negare logicamente la possibilità di descrivere le fattispecie di reati penali speciali, negare cioè la possibilità stessa di un diritto penale descrittivo di fattispecie criminose minute, oltre il diritto penale generale.

Tra i due orientamenti allora *tertium datur*: si può arrivare a una mediazione corretta sol che l'autonomia collettiva faccia bene il suo mestiere e intraprenda un serio percorso di razionale regolazione dei comportamenti nei luoghi di lavoro. Vale a dire, si assuma il compito di precisare, con un lavoro tecnico adeguato, le diverse fattispecie espulsive e conservative. Affidarsi a un adeguato lavoro di dettaglio e di adeguamento di prossimità dei codici disciplinari, probabilmente sdrammatizzerebbe anche l'approccio binario e aprioristico di regola ed eccezione del rimedio nel licenziamento disciplinare. Un serio adeguamento dei codici curverebbe il sistema verso una maggiore razionalità, prevedibilità: un sistema in cui effettivamente ogni fattispecie possa avere la sua giusta sanzione e con un grado, pur sempre relativo, mai assoluto, di certezza.

In tale prospettiva il grado di certezza complessiva del sistema disciplinare con riguardo al licenziamento, e la fonte di legittimazione della sanzione effettivamente irrogabile, non dipenderebbero in prima battuta dalla discrezionalità del giudice e dalle sue personali convinzioni, ma da una operazione a monte di decantazione e regolazione dinamica, flessibile e di prossimità che solo la contrattazione collettiva è in grado di dare. In tal caso si sarebbe di fronte a un bilanciamento socialmente proporzionato tra uso corretto del potere disciplinare e rimedio adeguato perché tale ritenuto dalle parti sociali.

Allora anche in prospettiva *de iure condendo* si potrebbero formulare una serie di ipotetiche del seguente tenore: se la contrattazione collettiva mostrasse reali capacità innovative nella riscrittura dei codici disciplinari; se la giurisprudenza pratica tenesse effettivamente e razionalmente conto delle tipizzazioni contrattuali sul licenziamento disciplinare e dei criteri e dei parametri ivi previsti; se la giurisprudenza teorica, anche a partire da adeguate ricerche sul campo, si facesse *medium* tra i dati esperienziali, la casistica giurisprudenziale e il controllo della fattura tecnica delle norme sociali, allo scopo di contribuire a migliorare la sistematicità e la prevedibilità complessiva del sistema; se tutto questo avvenisse, e non è certamente detto che avvenga, il parametro della proporzionalità sociale, inteso quale regolatore equilibrato del sistema rimediale nel licenziamento disciplinare, potrebbe essere un orizzonte verso cui tendere, in prospettiva *de iure condendo*, anche con riguardo alla regolamentazione del Jobs Act.