

IL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE
ALL'INDOMANI DEL D.LGS. N. 23/2015 (*)

SOMMARIO: 1. Possibilità di prevedere in via collettiva o individuale un trattamento migliorativo rispetto a quello introdotto dal d.lgs. n. 23/2015. – 2. Continuità e discontinuità con la l. n. 92/2012. – 3. Esclusione del pubblico impiego privatizzato. – 4. Il licenziamento disciplinare a' sensi dell'art. 18, co. 4 e 5 St. lav.: due luoghi comuni da chiarire. – 5. La *querelle* dottrinale e giurisprudenziale sul primo presupposto della reintegra, l'insussistenza del fatto contestato: "fatto giuridico" *versus* "fatto materiale". – 6. La rete di sicurezza costituita dal secondo presupposto della reintegra, la riconducibilità del fatto contestato ad una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare collettivo o datoriale. – 7. La prima giurisprudenza della Corte di Cassazione: la sent. 6 novembre 2014, n. 23669. – 8. Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti: la reintegra come eccezione al limite dell'impraticabile. – 9. La riduzione e la predeterminazione dell'indennità risarcitoria. – 10. Che fare?

1. *Possibilità di prevedere in via collettiva o individuale un trattamento migliorativo rispetto a quello introdotto dal d.lgs. n. 23/2015.* – Il licenziamento disciplinare è una figura di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale entrata a pieno titolo nell'ordinamento con tale denominazione solo per via dell'art. 1, co. 7, lett. c della l.d. n. 183/2014, assieme al licenziamento economico. Non ne parlava l'art. 18 St. lav. né nella versione della l. n. 300/1970, né in quella della l. n. 92/2012, limitandosi quest'ultima a riferirsi, con l'art. 1, co. 41, al «licenziamento intimato all'esito del procedimento disciplinare» e, con l'art. 1, co. 42, al «licenziamento ... determinato da ragioni ... disciplinari».

Peraltro il referente è rimasto lo stesso, quale dato dalla c.d. tesi ontologica, la giusta causa *ex art. 2119 c.c.*, cioè «una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto» e il giustificato motivo soggettivo *ex art. 3 l. n. 604/1966*, cioè «un notevole inadempimento». Tant'è che lo stesso d.lgs. n. 23/2015 non riprende la denominazione di licenziamento disciplinare di cui alla legge delega, ma continua a parlare all'art. 3 di «licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa».

Visto che il "vecchio" regime è destinato a coesistere fianco a fianco del "nuovo", previsto dal d.lgs. n. 23/2015, è inevitabile considerare contestualmente quanto previsto dalle ll. n. 604/1966 e n. 300/1970 e, rispettivamente, dal decreto legislativo in tema di licenziamento disciplinare, con riguardo al contratto a tempo indeterminato per così dire *sans phrase* e al contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti. Non solo perché trattasi pur sempre di diritto positivo, se pur con un diverso ambito applicativo, ma perché il confronto è indispensabile per giungere ad un corretto risultato ermeneutico.

Quanto al diverso ambito applicativo, un primo indirizzo interpretativo confortato dalla stessa lettera dell'art. 1, co. 1 del decreto, lo ritiene nettamente distinto in base al limite temporale costituito dall'entrata in vigore del decreto medesimo: ai lavoratori già assunti a tempo indeterminato è mantenuto il "vecchio" regime ed ai lavoratori assunti *ex novo* deve essere applicato solo ed unicamente il "nuovo". Il che, a giudizio di chi scrive, appare eccessivo, perché escluderebbe in radice qualsiasi accordo collettivo o individuale, attuale o futuro, *in melius*.

(*) Questo scritto costituisce una rielaborazione della relazione tenuta alla Scuola Superiore della Magistratura a Scandicci (Firenze), il 13 aprile 2015 ed è destinato agli Scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo.

Dopotutto, è sopravvissuto l'art. 12 della l. n. 604/1966, per cui «Sono fatte salve le disposizioni di contratti collettivi e accordi sindacali che contengano, per la materia disciplinata dalla presente legge, condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro». È vero che si riferisce a “materia disciplinata dalla presente legge”, ma è pur vero che sarebbe difficile pensare che trattamenti migliorativi siano possibili con riguardo ai datori che non raggiungano i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, co. 8 e 9 dello Statuto e non invece con rispetto a quelli che li raggiungano.

In tal senso sembra giocare la stessa *ratio* che dalla legge delega si estende ai decreti legislativi, cioè di ridurre il lavoro precario, favorendo il contratto a tempo indeterminato. Al riguardo riesce significativo che all'art. 1, co. 7 della legge delega, si menzioni come principi e criteri direttivi: alla lett. b di «promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto agli tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti»; e solo dopo alla lett. c «la previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti».

Ciò pare significare che il contratto a tempo indeterminato deve essere promosso per mezzo di incentivi finanziari, quali la defiscalizzazione e la decontribuzione: il che vale per ogni contratto a tempo indeterminato; tant'è che la defiscalizzazione Irap e la decontribuzione prevista per il triennio 2015-2018 dalla legge di stabilità sono stati usufruiti anche da datori che hanno assunto col contratto a tempo indeterminato prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015. Mentre può essere promosso anche, e soprattutto, con incentivi normativi, quale una disciplina del licenziamento che ne riduca e ne renda prevedibile il costo: il che vale per il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti.

Così a livello collettivo o individuale può ben essere previsto che il contratto a tempo indeterminato concluso dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo sia assistito dall'art. 18 St. lav., anche se ciò pone il problema del se sia possibile ottenere, in base ad un atto di autonomia privata, la reintegra (ma v. C. cost. 23 aprile 1998, n. 143). Ma più semplicemente si può intervenire sui presupposti, tempi, misure, modalità dell'indennità risarcitoria dovuta per un licenziamento ingiustificato, senza problema alcuno, trattandosi di condanne alla corresponsione di somme di denaro.

Volendo ci si potrebbe chiedere che succede quando l'assunzione avvenga con contratto a tempo indeterminato senza qualificarlo a tutele crescenti; e di primo acchito sembrerebbe di poter rispondere che tale contratto è quello assistito dall'art. 18 St. lav., ma proprio in quanto la *ratio* del decreto legislativo è promozionale, pare più convincente concludere per una presunzione semplice a favore del contratto a tutele crescenti. Comunque, così stando le cose, non è automatico il progressivo svuotamento del serbatoio dei lavoratori a contratto indeterminato a favore di quelli a contratto indeterminato a tutele crescenti, dato che, a prescindere dal risultato di un'eventuale eccezione di costituzionalità o referendum abrogativo, non poco dipende dal potere negoziale non solo dei sindacati, ma anche dei singoli individui dotati di particolari competenze.

Un problema a sé è quello dell'estensione del “nuovo” regime a lavoratori già assunti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, a' sensi del suo art. 1, co. 2 e 3: lavoratori già assunti a termine o come apprendisti dipendenti da datori che solo dopo convertano tali rapporti in rapporti a tempo indeterminato (ma gli apprendisti sono a tempo indeterminato fin dall'inizio, quindi per loro deve intendersi la fine del periodo di formazione senza licenziamenti); e, rispettivamente, lavoratori a tempo indeterminato dipendenti da datori che solo dopo oltrepassino la soglia dimensionale prevista dall'art. 18, co. 8 e 9 dello Statuto con altre assunzioni a tempo indeterminato. Questo è uno dei punti in cui il difetto di delega emerge più chiaramente, almeno con riguardo al caso di cui all'art. 1, co. 3.

2. *Continuità e discontinuità con la l. n. 92/2012.* – Si può dire che vi sia una continuità di *ratio* fra la legge Fornero e la legge delega, così come tradotta nel decreto legislativo

relativo al contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti e nello schema di decreto legislativo recante il testo organico delle tipologie contrattuali: una continuità data dalla stabilizzazione dei rapporti esistenti ancor prima che la produzione di nuovi rapporti. Ma sulla traccia della legge i decreti in atto o *in itinere* si spingono assai più in là, nel rendere appetibile il contratto a tempo indeterminato. Da un lato, riguardo alla flessibilità in uscita, con il d.lgs. n. 23/2015, il licenziamento ingiustificato si vede la reintegra ridimensionata a eccezione difficilmente praticabile e l'indennità risarcitoria ridotta sostanzialmente; dall'altro, rispetto alla flessibilità in entrata, con lo schema di decreto legislativo contenente il testo organico delle tipologie contrattuali, il lavoro a progetto e l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro sono "superati", mentre le collaborazioni organizzate dal datore di lavoro vengono assoggettate alla disciplina del lavoro subordinato.

A restare uguale è la tecnica utilizzata di dar per scontate le nozioni di giusta causa e giustificato motivo, se pur resta dubbio che esse non risentano teoricamente, ma soprattutto praticamente nella gestione giudiziale della diversificazioni delle sanzioni applicabili che, come visto, si presentano ben diversamente modulate nell'art. 18 St. lav. di cui alla legge Fornero e nell'art. 1, co. 7, lett. c della legge delega la quale esclude «per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato ...».

3. *Esclusione del pubblico impiego privatizzato.* – Una questione già proposta per la l. n. 92/2012 è stata riproposta per il d.lgs. n. 23/2015, cioè la sua applicabilità o meno al pubblico impiego privatizzato: se là c'era un comma 7 che ben poteva far propendere per il no; qui, invece, c'è un assoluto silenzio. Ma in senso negativo parla già la legge delega, costruita tutta a misura del settore privato; ma parla altresì lo stesso decreto legislativo, a cominciare da dove definisce il suo ambito con riguardo ai «lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri» (art. 1, co. 1): qui rileva sia il riferimento ai quadri, che non esistono nel settore pubblico privatizzato; sia il mancato riferimento ai dirigenti, che nel settore privato, a differenza che in quello pubblico privatizzato, non godono dell'art. 18 St. lav.

E ciò non solo perché viene meno l'argomento principe utilizzato a ragione o torto per affermare l'applicabilità dell'art. 18 St. lav. al pubblico impiego privatizzato, cioè il rinvio contenuto nell'art. 51, co. 2 d.lgs. n. 165/2001 alla «legge 20 maggio 1970 n. 300 e successive modificazioni ed integrazioni» inteso come "rinvio formale", quindi tale da riguardare anche il nuovo testo dell'art. 18 di cui all'art. 1, co. 42 l. n. 92/2012. Viene meno, perché il d.lgs. n. 23/2015 non sostituisce l'art. 18 St. lav., che quindi rimane tale e quale, così come da ultimo novellato, ma per così dire lo affianca con un diverso regime del tutto autonomo ed autosufficiente.

Se, poi, più correttamente, si chiama in causa l'art. 2, co. 1 dello stesso d.lgs. 165/2001, per cui i «rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa», si deve prendere atto che il regime di cui al d.lgs. n. 23/2015 è del tutto incompatibile con quello previsto dal testo unico per i licenziamenti economici e disciplinari. Infatti i licenziamenti economici vi sono disciplinati dall'art. 34 come gestione del personale in disponibilità ed i licenziamenti disciplinari dagli artt. 55 ss., in termini e modi non certo riducibili a quelli estremamente semplificati di cui al d.lgs. n. 23/2015.

Last but not least, non pare affatto facile conciliare con l'art. 97, co. 1 Cost. un regime che veda due impiegati godere di due trattamenti diversi in termini di stabilità dei loro posti di lavoro a seconda che siano stati assunti prima o dopo una certa data.

4. *Il licenziamento disciplinare a' sensi dell'art. 18, co. 4 e 5: due luoghi comuni da chiarire.* – Secondo quanto anticipato, è opportuno iniziare da un esame del testo dell'art. 18 St. lav. di cui alla legge Fornero, richiamando anzitutto quella che ne è stata la gestazione e quella che ne è la logica. Quanto alla gestazione, esso risulta assemblato pezzo a pezzo, secondo un progressivo ripiegamento rispetto all'intento iniziale di conservare la reintegra solo per il licenziamento discriminatorio e nullo: sì da assestarsi, prima, su una reintegra accordata per il licenziamento disciplinare in ragione dell'insussistenza o comunque della non riconducibilità del fatto contestato ad una sanzione conservativa prevista da un codice disciplinare collettivo o datoriale, poi, su una reintegra attribuita anche per il licenziamento economico in forza della manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento. Quanto alla logica, esso pare rispondere a quella altrove battezzata come "scusabilità dell'errore" commesso dal datore di lavoro, con il decrescendo della possibilità di dover concedere la reintegra in base alla tollerabilità dell'errore compiuto dal datore nel procedere ad un licenziamento illegittimo: nessuna, per il licenziamento discriminatorio, media per il licenziamento disciplinare, bassa per il licenziamento economico.

Il licenziamento disciplinare fa da autentico spartiacque, tant'è che il legislatore ha creduto di poterne ricalcare *in peius* la formula relativa alla concessione della reintegra per il licenziamento economico: così parla per il primo di "insussistenza del fatto contestato" e per il secondo di "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento". E questo senza darsi pensiero dell'indubbia forzatura operata col coniare l'espressione di "manifesta insussistenza" e coll'equiparare due nozioni profondamente diverse come "il fatto contestato" e "fatto posto a base del licenziamento".

Ed è proprio sul licenziamento disciplinare che si deve ritornare, cioè sull'art. 18 St. lav. *ex* legge Fornero, co. 4 e 5. Ci sono due punti di vista diventati comuni, che, però, meritano di essere riconsiderati. Stando ad un primo, la valutazione si svolgerebbe in due fasi: l'una, quella circa la presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo; poi, una volta accertata la mancanza di giustificatezza, l'altra, circa l'applicabilità della sanzione, reintegra o indennità risarcitoria. Il che può valere logicamente, ma non sempre praticamente, perché la presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo può ben essere esclusa proprio per l'insussistenza o la riconducibilità del fatto contestato ad una sanzione conservativa, con automatica applicazione della sanzione costituita dalla reintegra.

Stando ad un secondo punto di vista, la reintegra vi sarebbe prevista come eccezione. Qui occorre distinguere: logicamente la reintegra è la regola, perché l'art. 18, co. 4 individua i presupposti della sua attribuzione, mentre il successivo co. 5 confina le "altre ipotesi" nell'eccezione costituita dalla loro residualità; praticamente avrebbe potuto essere regola o eccezione a seconda della lettura offertane dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ma di fatto a tutt'oggi la casistica restituitaci proprio dalla giurisprudenza di merito è nel senso della reintegra come regola.

5. *La querelle dottrinale e giurisprudenziale sul primo presupposto della reintegra, l'insussistenza del fatto contestato: "fatto giuridico" versus "fatto materiale".* – Non è qui la sede per ricostruire in dettaglio la *querelle* dottrinale e giurisprudenziale circa i due presupposti previsti dall'art. 18, co. 4 perché il lavoratore destinatario di un licenziamento disciplinare possa rivendicare con successo di essere reintegrato, cioè «l'insussistenza del fatto contestato» ovvero «perché il fatto contestato rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili». Ma se ne può offrire una breve sintesi, inevitabilmente viziata da più di una forzatura rispetto alla ricchezza dei contributi degli studiosi e dei provvedimenti dei giudici.

Quanto al primo presupposto si sono confrontate due tesi: quella del "fatto materiale", e quella del "fatto giuridico". La tesi del "fatto materiale" riecheggia la prima formula assolutoria contenuta nell'art. 530 c.p.p., cioè quella per cui «il fatto non sussiste», certo

orecchiata dallo stesso legislatore, con ciò volendosi riferire alla carenza degli elementi materiali o oggettivi che potrebbero far individuare il fatto come reato. Ma, anzitutto, gli elementi materiali o oggettivi, cioè la condotta, l'evento e il nesso causale sono essi stessi concetti giuridici; e, poi, oltre a quella prima, ci sono altre formule assolutorie nell'art. 530 c.p.p., con riguardo al fatto: «l'imputato non lo ha commesso», «il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato», «il reato è stato commesso da persona non imputabile o non punibile per un'altra ragione».

Ora, riecheggiare come “fatto materiale” la prima formula assolutoria significa ritenere sussistente il fatto contestato per la sola presenza degli elementi materiali o oggettivi, senza farsi carico dell'essere tale fatto riconducibile a quel lavoratore, posto in essere senza colpa o dolo, lecito, non imputabile. Il che ha dato respiro a tutto un orientamento critico che ha valorizzato come emblematico il paradosso costituito dal considerare sussistente un fatto compiuto da un altro lavoratore o da uno non imputabile, senza colpa o dolo, in modo del tutto lecito, come fumare in un luogo consentito.

Di contro, la tesi del “fatto giuridico” è stata sostenuta anche in base all'essere il fatto contestato produttivo di effetti giuridici. Ma tale argomento non è di per sé risolutivo, perché un fatto materiale resta tale se pur assunto dall'ordinamento per ricollegarvi certi effetti. È, invece, argomento rilevante quello relativo all'espressione “fatto contestato”, che come tale evoca un inadempimento; con a riscontro proprio il secondo presupposto della reintegra, perché solo un inadempimento può essere ricondotto sotto una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare, collettivo o datoriale. E quanto all'insussistenza è evidente che non si riferisce ad una inesistenza fisica, ma giuridica, perché è quella che emerge in sede processuale, quindi riferita alla mancata o insufficiente prova di tale esistenza che la lettera della legge colloca a carico del datore, coll'affermare che «Il giudice nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ...».

Si è obiettato che con tale tesi si correrebbe il rischio di far coincidere il giudizio circa la insussistenza del fatto contestato con quello circa la mancanza della giusta causa e del giustificato motivo. Se il fatto contestato viene identificato *in toto* con l'inadempimento richiesto per potersi parlare di giusta causa o giustificato motivo, una volta escluso che ci sia un tale inadempimento, ne seguirebbe che al tempo stesso il licenziamento è ingiustificato e il fatto contestato è insussistente, con un ritorno allo stato antecedente il nuovo art. 18 St. lav., cioè di una reintegra come sanzione unica.

Una obiezione confutabile in punto di logica. L'approccio fatto proprio dalla giurisprudenza circa l'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo è quello c.d. multifattoriale, consistente nel collocare il fatto nell'intero contesto, dal quale può derivare una serie di attenuanti quali costituite dalla assenza di precedenti disciplinari, dalla lunga anzianità di servizio, dalla disponibilità a scusarsi, dalla tenuità del danno e dall'offerta di risarcirlo, dalla complessità e irrazionalità dell'organizzazione del lavoro, dalla eventuale provocazione datoriale, ecc.

Ma questo contesto se è rilevante per valutare l'esistenza di una causa o motivo di giustificazione, non è più tale per verificare la sussistenza del fatto contestato, a quel punto scorporato dall'intero contesto e per così dire riassunto nudo e crudo, così come è stato individuato dal datore di lavoro. Sicché può ben succedere che sia esclusa l'esistenza della giusta causa e del giustificato motivo, ma accertata la sussistenza del fatto contestato.

6. *La rete di sicurezza costituita dal secondo presupposto della reintegra, la riconducibilità del fatto contestato ad una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare collettivo o datoriale.* – A questo punto diventa decisivo il secondo presupposto della reintegra, che si potrebbe considerare una sorta di rete di sicurezza, cioè la riconducibilità del fatto contestato ad una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare, perché qui i

fattori del “fatto materiale” e del “fatto giuridico” tornano a dividersi. Per i primi, occorre che il fatto contestato sia collocabile in una casella del codice disciplinare specifica, fatta su misura, né più larga né più stretta, senza alcun ricorso al criterio di proporzionalità; per i secondi, è sufficiente che il fatto contestato sia collocabile in una casella generale o generica o addirittura fatta alla bisogna, con ricorso al criterio di proporzionalità, stante che l’art. 2106 c.c. non è stato né abrogato né reso inutilizzabile, costituendo un elemento intrinseco all’esercizio del potere disciplinare.

A riprova del fatto che il giudice debba far ricorso al criterio di proporzionalità nell’esame del codice disciplinare collettivo, c’è da dire che questo è costruito e articolato secondo quel criterio, sia nella graduazione, che nella redazione delle infrazioni cui corrispondono sanzioni conservative ed espulsive, senza alcuna precisa e dettagliata esposizione tipica di un codice penale. Sicché pretendere un millimetrico incasellamento del fatto contestato in una casella del codice disciplinare che preveda una sanzione conservativa, per poter ottenere la reintegra, significherebbe scaricare sul lavoratore il costo del come a tutt’oggi è costruito un codice disciplinare collettivo.

D’altronde c’è da chiedersi che dovrebbe fare il giudice in difetto di un codice disciplinare se non cercare di recuperarne e riadattarne qualcuno comparabile, sempre facendo ricorso al criterio di proporzionalità.

7. La prima giurisprudenza della Corte di Cassazione: la sent. 6 novembre 2014, n. 23669. – In linea di massima, la giurisprudenza di merito ha accolto la tesi del “fatto giuridico”, se pure con un approccio variegato, che, però, ha fatto largo uso del criterio di proporzionalità.

Ora abbiamo la prima decisione della Corte di Cassazione, Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, che ha avuto una grande risonanza per un *obiter dictum* improvvisato ed approssimato tenuto conto del dibattito dottrinale e giurisprudenziale ancora in pieno svolgimento, che non solo pare dar ragione ai sostenitori del “fatto materiale”, ma è stato riecheggiato da un legislatore a corto di idee nel d.lgs. n. 23/2015. Di per sé la fattispecie era semplice, relativa al licenziamento di un Direttore di filiale, cui era stato contestato di essersi servito del personale a lui sottoposto per proprio utile; e vertendo sulla qualificazione di tale comportamento se abituale od occasionale, la conclusione era scontata: una volta accertato che il comportamento non era abituale come contestatogli, ma solo occasionale, ne risultava che il fatto contestato era insussistente.

Non era necessario dire di più, tanto meno entrare a gamba tesa in un confronto estremamente serrato; ed invece ecco in motivazione un mini breviario sul nuovo art. 18 St. lav., che vale la pena di riportare alla lettera: «Il nuovo art. 18 ha tenuto distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre operare una distinzione tra l’esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione. La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell’accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato».

Passando ora ad un esame puntuale del passo, niente da dire sul primo periodo, che se inteso correttamente vuol dire semplicemente che il fatto materiale deve essere tenuto distinto dalla sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, dove però non è chiaro il perché debba essere definito come “materiale”. Il che pare essere chiarito dal secondo periodo per cui sarebbe “materiale” nel senso corrente del termine, in quanto sussisterebbe o meno

come fatto storico, a prescindere da qualsiasi giudizio discrezionale del giudice, che quindi dovrebbe limitarsi ad affermarlo o a negarlo.

Qui c'è il solito equivoco di prendere il fatto contestato, dando per scontato che come tale trattasi di un inadempimento, per poi trattarne come di un fatto storico cui il giudice non aggiunge né toglie niente. Il che per di più è contraddetto proprio dallo stesso *decisum* della Corte, perché tutto ruota intorno ad un quesito, se cioè il fatto contestato di un comportamento scorretto del direttore filiale lo sia a titolo abituale od occasionale; un quesito tale da richiedere un giudizio discrezionale da parte dello stesso giudice, come in effetti è stato.

Ma il punto centrale è dato dall'inciso finale del secondo periodo, dove si precisa che proprio perché il giudice deve prescindere da qualsiasi giudizio discrezionale, non può utilizzare il criterio di proporzionalità, cioè, per leggere contro luce la frase usata, non gli è concesso escludere la sussistenza del fatto contestato solo perché la sanzione del licenziamento risulterebbe eccessiva rispetto alla gravità dello stesso fatto.

Solo che, una volta accertata l'insussistenza del fatto contestato, in quanto comportamento non abituale ma occasionale, la Corte non ha avuto motivo di procedere oltre, perché ciò le bastava ed avanzava per concedere la reintegra. Ma sarebbe stato interessante vedere se, accertata la sussistenza del fatto contestato, avesse proceduto a verificarne la riconducibilità ad una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare e, non trovandola a misura, fosse o meno ricorsa al criterio di proporzionalità.

Circa l'uso a tutto campo del criterio di proporzionalità nell'esame del codice disciplinare collettivo, si può menzionare Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692, che pur pare avere ad oggetto un licenziamento effettuato sotto il regime del vecchio art. 18 St., citandone il passo significativo: «Considerato che il contratto collettivo parifica all'insubordinazione grave, giustificativa del licenziamento, gravi reati accertati in sede penale, quali il furto e il danneggiamento, deve ritenersi rispettosa del principio di proporzionalità la decisione della Corte di merito, che non ha riportato il comportamento in questione, certamente illecito, alla più grave delle sanzioni disciplinari, tale da privare dei mezzi di sostentamento il lavoratore e la sua famiglia (art. 36, primo comma, Cost.)».

Prima di procedere oltre vale la pena di sottolineare un lascito significativo di Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, quale dato dal considerare il fatto sussistente solo se oggetto di contestazione, sì da risultare in difetto insussistente. E, pare ritrovarsi una conferma nell'aver previsto contestualmente che il requisito della immediatezza della contestazione rientri fra le regole procedurali, dando implicitamente per scontato che non vi rientri invece quello della stessa contestazione, quindi così sottratto alla sola indennità risarcitoria dimezzata.

A fronte del paradosso che il fatto contestato risulta sussistente pur nel caso in cui sia poco rilevante, come per un ritardo di pochi minuti o di un furto di modico valore, una volta che non siano in grado di trovargli una sanzione conservativa puntuale, i fautori del fatto "materiale" ricorrono alla frode alla legge; mentre i fautori del "fatto giuridico" fanno uso del criterio di proporzionalità per ricondurlo comunque ad una sanzione conservativa: perché lo stesso fatto solo se più grave è punito con una sanzione espulsiva o perché un altro fatto più grave è punito con una sanzione conservativa.

8. *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti: la reintegra come eccezione al limite dell'impraticabile.* – Di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti parlava già l'art. 1 l. n. 78/2014, pur utilizzando quasi a scusarsi della introduzione di una disciplina che col rendere a-causale il contratto a tempo determinato andava contro-corrente rispetto alla linea ufficiale di stabilizzare il lavoro precario: «Considerata la perdurante crisi occupazionale e l'incertezza dell'attuale quadro economico nelle quali le imprese devono operare, nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente». Ma

la cosa era ancora abbastanza vaga, perché ne parlava come qualcosa da introdurre in via sperimentale, con la dizione di contratto a tempo indeterminato a protezione crescente.

Bisogna attendere la l.d. n. 183/2014, perché la cosa assuma la sua forma definitiva, laddove l'art. 1, co. 7, lett. c fissa come principio direttivo la «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato...». Col che viene individuato un contratto a tempo indeterminato che non integra un tipo od un sottotipo in ragione del suo elemento causale, ma risulta differente solo con riguardo allo speciale regime del licenziamento, battezzato come a tutele crescenti in quanto, in caso di licenziamento ingiustificato, queste maturano sotto forma di una indennità risarcitoria commisurata all'anzianità, con la reintegra riservata ad alcune ipotesi di licenziamento disciplinare, oltre che al licenziamento nullo o discriminatorio.

La soluzione di continuità è netta, come conferma il d.lgs. n. 23/2015, che si spinge se possibile anche oltre. Se si legge l'art. 3, co. 1, per cui «Salvo quanto disposto dal comma 2 del presente articolo, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento», ci si accorge che la reintegra è divenuta anche logicamente una eccezione in caso di licenziamento ingiustificato, ristretta a quanto previsto dal comma 2. Comma in cui, invece delle «specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato», come visto preannunciate dalla l.d. n. 183/2014, art. 1, co. 7, lett. c, ci si trova di fronte ad una formulazione che definire contorta è poco, «Esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, il giudice annulla il licenziamento...».

È evidente che a seguire alla lettera la legge delega si sarebbe dovuto fare una elencazione in funzione della rilevanza del fatto contestato rivelatosi insussistente, col rischio, tanto più se tassativa, di lasciar fuori questa o quella ipotesi, sicché il legislatore se la cava riecheggando la vista formula di Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, con l'ottima scusante che ... "l'ha detto la stessa Corte di Cassazione". Ma la riecheggia esplicitando quel significato che là andava letto contro luce, cioè che al giudice non è concesso di escludere la sussistenza del fatto contestato solo perché la sanzione del licenziamento risulterebbe eccessiva rispetto alla gravità dello stesso fatto.

C'è da sottolineare, però, come qui ci sia qualcosa in meno e qualcosa in più, tali da modificarne il senso. Di meno c'è quel che si è battezzata come una rete di sicurezza, cioè il secondo presupposto della reintegra, quale costituito dalla riconducibilità del fatto contestato, se ed in quanto sussistente, sotto una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare. Di più c'è un onere della prova al limite del possibile scaricato tutto sulle spalle del lavoratore.

La formula utilizzata per la ripartizione dell'onere della prova con riguardo all'insussistenza del fatto contestato è ben diversa da quella sopra vista di cui all'art. 18, co. 4 St. lav. Dire in chiave, apparentemente impersonale, che deve essere «dimostrata direttamente in giudizio l'insussistenza del fatto materiale» significa dare per scontato che sia il datore a dover provare la sussistenza del fatto, ma qualora fallisca resta esposto solo al pagamento dell'indennità risarcitoria, a meno che il lavoratore non sia in grado di provare a sua volta l'insussistenza di tale fatto "direttamente", cioè, a ben intendere, senza poter far valere un fatto positivo contrario o delle presunzioni. Dopo di che la reintegra finisce per essere un'eccezione ... impraticabile.

Che la lettera non tradisca l'intenzione del legislatore almeno con riguardo alla distribuzione dell'onere della prova, lo conferma la Relazione illustrativa del decreto n. 23/2015, che a proposito dell'art. 3, co. 2 recita «Fermo restando l'onere della prova a carico del datore di lavoro rispetto alla legittimità del motivo addotto per il licenziamento, l'onere della prova rispetto all'insussistenza del fatto materiale contestato (unica fattispecie di licenziamento per motivo soggettivo o giusta causa per cui può scattare la tutela reintegratoria) è in capo al lavoratore».

9. *La riduzione e la predeterminazione dell'indennità risarcitoria.* – L'attenzione si è concentrata quasi tutta sulla conversione in tutela obbligatoria della tutela reale, ma di rilevanza forse addirittura maggiore è la nuova disciplina della indennità risarcitoria.

La conversione in tutela obbligatoria della tutela reale, già di per sé, finisce per addossare sulle spalle del lavoratore ingiustamente licenziato tutto il costo del tempo richiesto dal processo, qui allungato almeno sulla carta dalla previsione di cui all'art. 11 del decreto legislativo per cui ai licenziamenti ivi previsti non si applica il rito speciale di cui ai co. 48-68 dell'art. 1 l. n. 92/2012, introdotto proprio per accelerare il procedimento relativo all'art. 18 St. lav. Ma tale tutela obbligatoria risulta non solo ridotta ma anche predeterminata, così sottraendola a qualsiasi determinazione a misura della concreta fattispecie ad opera del giudice.

Secondo il co. 5 dell'art. 18 St. lav. nel caso di licenziamento disciplinare ingiustificato che non dia luogo alla reintegra, il giudice può condannare il datore di lavoro «al pagamento di una indennità risarcitoria determinata tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo». Stando, invece, all'art. 3, co. 1 del decreto legislativo, il giudice condanna il datore di lavoro «al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità».

Come si vede l'indennità risarcitoria passa da dodici/ventiquattro mensilità graduabili in base a vari criteri rimessi al potere discrezionale del giudice, sempreché sia in grado di motivarli, a quattro/ventiquattro, in ragione di incrementi annuali di due mensilità: sì che il minimo di dodici previsto dall'art. 18, co. 5 verrebbe raggiunto in sei anni, ed il massimo di ventiquattro mensilità in dodici anni.

Coerentemente l'indennità risarcitoria prevista per i vizi formali e procedurali, quali dati dalla violazione del requisito della motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300/1970, viene ridotta da sei/dodici mensilità decise dal giudice «in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro» come recita l'art. 18, co. 6 St. lav., a due/dodici, determinate in una mensilità per ogni anno di servizio. E l'indennità risarcitoria contemplata per i datori che non raggiungano i requisiti dimensionali previsti dall'art. 18, co. 8 e 9 St. lav., di cui all'art. 8 della l. n. 604/1966, viene ridotta da due e mezzo/sei mensilità decisa dal giudice in relazione «al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti», come recita lo stesso art. 8, a due/sei nel caso di licenziamento ingiustificato e a una/sei nel caso di licenziamento affetto da un vizio formale o procedurale, calcolate in una mensilità nel primo caso, ed in mezza mensilità per ogni anno di servizio nel secondo caso.

Si è voluto render certo il costo del licenziamento che risultasse ingiustificato, o viziato, sottraendolo a qualsiasi giudizio discrezionale; ed al tempo stesso si è inteso ridurlo drasticamente: insomma né più né meno che una *severance pay* forfettizzata in base all'anzianità di servizio, che risente da vicino dell'influsso del pensiero della scuola di *labor*

economics. Ne risente, ma niente più, perché qui non c'è a fare da sottofondo il passaggio dalla logica della *property* a quella della *liability*, dato che commisurare l'indennità risarcitoria all'indennità di servizio significa muoversi ancora nella logica della *property*, nel senso che tale indennità cresce col crescere del tempo in cui si è posseduto quel posto.

In senso dissuasivo rispetto al ricorso al giudice da parte del lavoratore, gioca il nuovo istituto dell'"offerta di conciliazione" di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 23/2015, secondo cui il datore può evitare o "stoppare" tale ricorso, offrendo una indennità risarcitoria di ammontare pari ad una mensilità per ogni anno di servizio, comunque non inferiore alle due e non superiore alle diciotto, fra le due e le dodici mensilità, la cui attrattiva dipende dall'essere non imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non assoggettata a contribuzione previdenziale. Peraltro il successo di un tale istituto dipende da quanto lo Stato sia disposto a spendere per far fronte alle perdite fiscali e contributive, perché se tale successo fosse eccessivo si potrebbe esaurire rapidamente le risorse messe a disposizione dalla legge di stabilità.

10. *Che fare?* – Certo è che il "nuovo" regime del licenziamento disciplinare ingiustificato appare mosso dal preciso intento di azzerare il potere discrezionale del giudice con riguardo ad un sistema sanzionatorio che, solo con qual certo sfoggio di ironia, può essere battezzato come a tutele crescenti, se considerato non in sé ma in rapporto a quello preesistente: la reintegra viene ridotta ad eccezione impraticabile; l'indennità risarcitoria viene fortemente ridimensionata e rigidamente predeterminata, sicché a fronte di inadempimenti contestati che considerati nel contesto non siano tali da integrare gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, ma pur di diversa rilevanza, il giudice non può modulare la sanzione a misura delle fattispecie concrete.

Ora, è ben noto ad ogni addetto ai lavori come il grado di tutela contro il licenziamento ingiustificato influenzi l'intero rapporto di lavoro, rendendolo più o meno "malleabile" *vis-à-vis* del datore di lavoro. Sicché può aversi il sospetto che, a prescindere dal molto conclamato e reclamizzato obbiettivo di favorire il superamento del *gap* fra *insiders* ed *outsiders*, in ragione della stabilizzazione dei c.d. precari, abbia giocato proprio l'intento di rendere più "docile" il personale, favorendo di fatto quella flessibilità funzionale, prevista in diritto dall'art. 1, co. 7, lett. e e f della l.d. n. 183/2014, con riguardo allo *ius variandi* di cui all'art. 2103 c.c. ed al controllo a distanza di cui all'art. 4 l. n. 300/1970, se pur scontando il blocco della prescrizione fino al termine del rapporto.

Comunque il licenziamento pone al giudice il problema di togliere ad un lavoratore il suo posto di lavoro, con questo *status* e reddito personale e familiare, come d'altronde ben testimonia lo stesso richiamo dell'art. 36, co. 1 Cost. effettuato proprio al termine della motivazione di Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692. Sicché è ben prevedibile che la giurisprudenza cerchi di incrinare l'ingessatura legislativa della sua area di manovra discrezionale, ricorrendo a tutta la strumentazione ermeneutica disponibile, a cominciare dalla interpretazione *secundum constitutionem*; e che, a fronte dell'inevitabile lievitazione dei ricorsi per licenziamenti discriminatori o nulli, che oggi risultano assai più appetibili che in passato, dato il *gap* enormemente cresciuto fra reintegra e indennità risarcitoria, sia più disponibile a prenderli in considerazione, con una maggiore apertura al diritto comunitario anti-discriminatorio.

Tutto bene, ma *dura lex, sed lex*. Una interpretazione fedele alla *ratio* e alla lettera dell'art. 3, co. 2 d.lgs. n. 23/2015, avrebbe come contropartita una lettura più aperta dell'art. 18, co. 4 St. lav., cosa non da poco visto che per molto tempo a venire saranno i licenziamenti secondo il "vecchio" regime a tener banco. Può essere che il legislatore abbia creduto di fornire con quell'art. 3, co. 2 una interpretazione autentica dell'art. 18, co. 4 e 5; ma certo quella da lui fornita non può considerarsi tale, data la secca soluzione di continuità fra i due testi. Sicché, tutto al contrario, la modifica sostanziale apportata nel passaggio da un testo all'altro, deve

piuttosto essere vista come una sorta di blindatura rispetto ai “buchi” esistenti nel testo precedente.

L’eliminazione della rete di sicurezza costituita dalla riconducibilità del fatto contestato ad una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare di cui all’art. 18, co. 4 dello Statuto operata dall’art. 3, co. 2 del decreto legislativo è certo dovuta all’uso fattone dalla giurisprudenza con ricorso aperto al principio di proporzionalità, inevitabile data la genericità e l’approssimazione dei contratti collettivi in materia. Se così è, proprio da quella eliminazione uscirebbe rafforzata la legittimità di un tale uso per i licenziamenti di lavoratori assunti a tempo indeterminato prima dell’entrata in vigore del decreto legislativo in parola.

Se al termine di questo lungo e faticoso divagare, mi posso permettere di suggerire una linea di politica del diritto, direi di rispettare al massimo la *ratio* e la lettera del decreto, senza cedere troppo alla tentazione di sentenze manipolative più o meno travestite da decisioni secondo Costituzione. Non credo si possa dare al legislatore l’alibi di una dottrina e di una giurisprudenza perennemente “disubbidienti”; ma credo si possa trasformare la fedeltà alla *ratio* e alla lettera del decreto legge in una occasione per rivelarne i difetti di delega ed i contrasti col diritto costituzionale e comunitario, sollevando le relative eccezioni.