



I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 177/2013

© Roberto Rivero 2013
Tribunale di Ravenna
roberto.rivero@giustizia.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi^{α αα}

Roberto Rivero
Giudice lavoro Tribunale Ravenna

Premessa.....	2
2. Giudizio bifasico, ma non sempre necessario	4
3. L'area delle due tutele.....	5
4. La mancanza di razionalità normativa. Il fatto in senso giuridico	6
5.- Il criterio delle sanzioni conservative tipizzate. Necessità del suo rovesciamento.	13
Conclusione.....	18

^α Si tratta della rielaborazione di parte della relazione tenuta al corso di alta formazione organizzato dalla Università del Salento e dal Centro studi Domenico Napoletano, Lecce 25.5.2013

^{αα} Di prossima pubblicazione in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro

Nei licenziamenti disciplinari i criteri dettati dalla legge 92/2012 ai fini della scelta della tutela reale o indennitaria (mancanza del fatto contestato e tipizzazione della sanzione conservativa) non sembrano dotati di intrinseca razionalità, né di esaustivo valore regolativo.

Per superare l'irrazionalità che li contraddistingue si propongono due rimedi interpretativi. Anzitutto va preso atto che il criterio del "fatto contestato" di cui al 4° comma dell'art.18, non può essere declinato se non in senso giuridico. In tale versione non residua però alcuno spazio all'applicazione della tutela indennitaria in caso di insussistenza del fatto; talchè, nello stesso ambito, mancando un parametro di distinzione certo rispetto alle "altre ipotesi" previste nel comma successivo, il giudice dovrà sempre applicare la reintegra.

Per contro, il criterio della tipizzazione dell'illecito disciplinare, previsto nello stesso comma 4°, può servire ai fini della scelta della tutela solo se interpretato in modo rovesciato rispetto alla disciplina positiva che lega la tutela reale alla espressa tipizzazione di una sanzione conservativa; la formula normativa va perciò letta nel senso che la tutela indennitaria debba essere applicata solo in ipotesi di tipizzazione del fatto all'interno di una sanzione espulsiva (in astratto legittima). E non è differenza da poco; anche se permangono dubbi di legittimità costituzionale .

Premessa

A circa un anno dalla sua entrata in vigore i problemi principali che la legge 92/2012 continua a porre all'attenzione degli interpreti nella materia dei licenziamenti disciplinari¹ concernono soprattutto la nozione

¹ Le pubblicazioni in materia di licenziamenti disciplinari dopo la legge 92/2012, alle quali qui si rinvia per necessari approfondimenti, sono già numerose: M. DE LUCA *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, 3 e ss. A. L. TERZI, *La disciplina dei licenziamenti disciplinari*, in *La Legge 92 del 2012 (Riforma Fornero)* a cura di Fabrizio Amato e Rita Sanlorenzo, in *www. Magistratura Democratica.it*; A. PALLADINI, *La nuova disciplina dei licenziamenti*, in *RIDDL*, 2012, 653; P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, , 147 ss ; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 1, pag. 436 e segg; ; F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del*

di fatto all'interno del 4° comma dell'art. 18; in secondo luogo il rapporto tra il giudice, la contrattazione collettiva e le sue previsioni disciplinari (4 e 5° comma); in terzo luogo il ruolo da conservare al principio di proporzionalità ex art.2106 c.c.. Altre questioni riguardano l'estensione dei vizi di inefficacia dell'atto per violazione del procedimento e dell'obbligo di motivazione (6° comma); ed alcuni profili problematici legati all'onere della prova ed al concetto di immediatezza della giusta causa.

Com'è noto, la riforma non cancella la reintegra in caso di illegittimità del licenziamento disciplinare; ma l'accompagna alla tutela indennitaria. Se c'è diversità di tutele, deve ammettersi che ci debba pur essere nella legge un qualche criterio che conduca ad una loro graduale applicazione. E trattandosi di licenziamenti per mancanze del lavoratore è logico pensare che la reintegra debba essere riservata ai casi in cui risulti più evidente l'assenza della responsabilità disciplinare del dipendente; mentre la tutela indennitaria andrebbe riservata alle ipotesi in cui l'assenza della responsabilità del dipendente, per quanto già accertata dal giudice, risulti però meno eclatante.

In realtà proprio l'individuazione della linea distintiva tra una tutela e

mercato del lavoro, in *Lav. Giur.*, 2012, 6, pag. 529 e segg. e in <http://csdle.lex.unict.it/>, *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, nonché, F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. Prat. Lav.*, supplemento n. 33, del 15 settembre 2012 F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore*, (in occasione di *Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012*), e da ultimo F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in corso di pubblicazione; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. dir. Lav.* 2012, V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 552 e segg.; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime osservazioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, pag. 573 e segg.; A. VALLEBONA, in *La riforma del lavoro 2012*, G. Giappichelli Editore, 2012, pag. 57. M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, pag. 622; M.T. CARINCI *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi della tutela previste dall'art.18 St. Lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, in *RIDDL* 2012 1052 R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art.18; una chiave di lettura*, in *RIDDL* 2112, 1064; R.ROMEI, *La prima ordinanza sul nuovo art.18 della l.n.300/1970: tanto rumore per nulla?* *ivi*, 1072; R. PEZZUTO *L'insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare dopo la legge Fornero*, in *il Lavoro nella Giurisprudenza* 2013,454; A. MARCIANO *Fatti contestati e formule assolute. Le ambigue soluzioni legislative in materia di licenziamento e le previsioni correlate del codice di procedura penale*, *Il Lav. nella Giur.* 2013, 445 ss. R.RIVERSO *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, in *CSDLE, Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, 22.11.2012. P. SORDI , *Il nuovo art.18 della legge n.300 del 1970*, in *La riforma del lavoro*, a cura di L. Di Paola, Milano, Giuffrè, 2013

l'altra non risulta chiaramente determinata dalla stessa normativa, soprattutto quando il licenziamento venga invalidato per motivi legati alla mancanza della causale giustificativa; e ciò perché la legge mentre individua le ipotesi di tutela reale (legandole alla mancanza del fatto contestato o al fatto che rientri in una sanzione conservativa tipizzata), si serve di una espressione solo generica e residuale per individuare i casi di tutela indennitaria ("nelle altre ipotesi"), che per l'appunto non vengono minimamente identificati. Ed è nella ricerca di tale fondamentale linea distintiva che si dibattono ancora oggi le varie proposte interpretative; senza che però risulti identificata una chiara sistematizzazione dell'intera materia.

2. Giudizio bifasico, ma non sempre necessario

L'unico punto su cui pare esistere maggiore convergenza tra gli studiosi è il piano metodologico che serve a guidare il giudice nell'individuazione della sanzione stabilita nei commi 4 e 5 dell'art.18.

Avendo tenuto ferme le vecchie causali come parametri esclusivi della legittimità del recesso – ed avendo soltanto diversificato le conseguenze in caso di violazione - la nuova normativa dell'art.18 sembra richiedere, in effetti, due generi di valutazioni: un primo giudizio sulla legittimità del licenziamento, da effettuare ai sensi dell'art. 2119 c.c. e dell'art. 3 della legge 604, in base alle nozioni classiche di giusta causa o giustificato motivo soggettivo elaborate della giurisprudenza. Ed un secondo giudizio che vale soltanto ai fini della scelta della sanzione (reintegratoria o indennitaria); e che, secondo il nuovo testo dell'art. 18, dovrà essere diretto a verificare soltanto se esista o meno *il fatto* o se esso sia riconducibile o meno ad una *sanzione conservativa* previsto dal codice disciplinare (unilaterale o pattizio) .

Non sempre e non necessariamente però questi due giudizi si devono presentare nella sequenza logica appena annunciata (e cioè prima quello sulla illegittimità dell'atto e dopo quella sulla sanzione); posto che se dovesse subito risultare nel giudizio che manchi il fatto o che esso sia già in astratto sussumibile in una previsione di sanzione conservativa, non sembrerebbe utile né rilevante per il giudice effettuare – tanto più a fronte di una congerie di contestazioni - alcun altro accertamento (ex artt. 2119 e 3 l. 604/66), dovendo egli subito annullare l'atto ed applicare la tutela reintegratoria . Ed è quanto ha già fatto ad es. il Tribunale di Roma (ordinanza 18.4.2013) il quale, dinanzi ad un complesso grappolo di accuse disciplinari, rilevato che il "*quadro dei fatti addebitati non costituisce, né con riguardo alle singole contestazioni, e neppure in una complessiva valutazione degli stessi, giusta causa*" "*quand'anche veritieri*"; e dopo aver evidenziato che "*nello stesso senso depone pure la*

esemplificazione delle sanzioni fatta dal CCNL", ha giustamente anticipato la comminazione della tutela reintegratoria, senza gravarsi di una approfondita, quanto inutile, disamina istruttoria.

D'altra parte ammettere questa scomposizione bifasica del giudizio ex art. 18 (diviso tra illegittimità dell'atto e scelta della sanzione) non porta a dover necessariamente riconoscere che i due criteri formulati dalla legge per la scelta della sanzione (insussistenza del fatto e tipizzazione di sanzione conservativa) siano veramente razionali ed in grado di operare per intero, in direzione di entrambe le tutele (reintegratoria ed indennitaria).

3. L'area delle due tutele

Quando il primo giudizio sotteso all'art. 18, conduca all'annullamento dell'atto per mancanza della causale, la legge prevede che la reintegra debba essere applicata in caso di insussistenza del fatto contestato oppure quando esso rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili; "nelle altre ipotesi", invece, il giudice deve accordare la tutela indennitaria.

La tecnica normativa è senz'altro innovativa e l'individuazione delle due aree relative all'estensione delle tutele appare problema di stretta interpretazione; interno cioè alla disciplina del nuovo art. 18 delineato dalla 92/2012; che dovrà dunque offrire all'interprete la risposta principale su come si identifichino i casi riconducibili all'una o all'altra tutela.

Non aiuta nella soluzione di questo problema richiamare presunte intenzioni del legislatore, né fare affidamento sulla norma manifesto contenuta nell'art.1 comma 1 della legge 92 circa il riequilibrio delle flessibilità in entrata con quelle in uscita, perché andrebbe pur sempre misurato in che termini l'intenzione del legislatore od una programmatica dichiarazione di scopo si siano poi inverte in effettiva traduzione normativa.

Per contro neppure constatare che la legge non abbia toccato la disciplina generale della causale, aiuta allo scopo: perché la causale non si confonde con la tutela; e venuta meno la legittimità del licenziamento, potrebbe darsi una tutela risarcitoria tenendosi fermo l'effetto estintivo, come riconosce la giurisprudenza della Corte Costituzionale (tra le altre, sentenza 7.2.2000 n. 46) , secondo la discrezionalità del legislatore (fermo restando il dovere di tutela effettiva ed adeguata del lavoro, anche in base ai precetti comunitari).

Di nessun ausilio risulta pure pronunciarsi pregiudizialmente a favore della tutela indennitaria come paradigma di tutela principale all'interno

del nuovo art. 18; formulando un giudizio che appare viziato sia sotto il profilo giuridico perché, in mancanza di esplicite indicazioni contenute nel testo della legge, risulta semmai quella in forma specifica la tutela di partenza accordata dal nostro ordinamento, in base all'art. 2058 c.c. (come confermato dalla giurisprudenza di legittimità, anche a Sez. Unite; v. Cass. SU 141/2006); sia sotto il profilo logico, perché l'anticipazione del giudizio a favore dell'una o dell'altra tutela appare frutto di un errore prospettico che antepone la soluzione alla verifica applicativa; unica a poter dire qualcosa di più probante in merito all'assegnazione di questo primato.

Va pure scartata qualsiasi suggestione di natura penalistica che faccia riferimento alle formule assolutorie previste nel corrispondente codice di rito (il fatto non sussiste, l'imputato non l'ha commesso, non costituisce reato, non è previsto dalla legge come reato), le quali traggono origine da principi schiettamente penalistici, anche a carattere costituzionale (legalità e personalità della responsabilità penale); oltre che da esigenze legate ai rapporti sostanziali tra illecito penale ed illeciti di diversa natura (con eventuale confluente degli accertamenti; e tradizionale, per quanto sempre più limitata, prevalenza assegnata all'accertamento di natura penalistica, ecc.). Questioni tutte estranee al giudizio sulla vicenda estintiva di un rapporto di lavoro.

4. La mancanza di razionalità normativa. Il fatto in senso giuridico

Ciò detto, sembra a chi scrive del tutto infruttuosa la pretesa di distinguere l'applicazione di una tutela dall'altra partendo dal concetto di *fatto contestato* previsto nel IV comma dell'art.18. Nella seconda fase del giudizio, di cui soltanto dibattiamo (quella cioè della scelta della sanzione), il concetto non sembra possedere un significato utile allo scopo ed univocamente identificabile. Poiché se fosse interpretato in senso materiale (come mera condotta ed evento) si presterebbe ad ogni sorta di abuso, autorizzando in partenza la contestazione di fatti disciplinarmente irrilevanti, monchi, pretestuosi, sproporzionati, di infima gravità.

Se inteso, invece, in senso giuridico (come notevole inadempimento degli obblighi contrattuali) sarebbe destinato a replicare la stessa valutazione fatta nella prima fase ai fini della caducazione del licenziamento, e dunque a consentire soltanto l'applicazione della reintegra.

Il tentativo poi di distinguere questa seconda valutazione del fatto dalla prima, introducendo un qualche elemento discretivo sembra destinato al fallimento perché non c'è alcun parametro esterno

(normativo) che dica come si dovrebbe distinguere una nozione (più ristretta) di fatto rispetto alla più ampia nozione impiegata ai fini della valutazione dell'illegittimità del licenziamento.

Non solo manca il parametro esterno; ma non c'è neanche un parametro interno alla norma. Non si può dire infatti che si possano utilizzare a questo fine soltanto alcuni elementi (pur intesi nel più lato senso giuridico) semplicemente contestati dal datore. Perché anche questa opzione aprirebbe le porte all'abuso datoriale il quale potrebbe contestare più o meno elementi estrinseci al solo fine di consentire l'applicazione di una più lieve tutela.

E comunque lo stesso tentativo conduce sempre per riporre nel giudice un potere latamente discrezionale di identificare quali siano questi elementi che inciderebbero sul contesto o solo sulla gravità e non sul fatto o sul suo nucleo (più o meno essenziale).

Il concetto di fatto dettato dalla norma non si presta quindi allo scopo di delimitare le due tutele applicabili secondo il nuovo art.18; e pare condurre anzi ad una sorta di circolo vizioso sul piano logico, poiché una chiara distinzione concretamente tracciabile non si intravede.²

La sforzo compiuto da molti, diretto a separare alcuni elementi (essenziali) del fatto da altri elementi del fatto (non essenziali) non può essere accolto appunto perché non supportato da alcun parametro di valutazione oggettiva.

Graduare la gravità non pare possibile: la separazione tra fatto e gravità del fatto appare operazione valutativa legittima dove, come nel diritto penale, esista una fattispecie incriminatrice a conformazione tendenzialmente tassativa; ma non nel diritto disciplinare del lavoro dove esiste solo un parametro generale di giusta causa, inteso come

² In termini diversi si esprime invece il Tribunale di Taranto 3.6.2013 il quale ipotizza si possano distinguere ai fini della sanzione i " *profili soggettivi dell'azione/omissione, quali la consapevolezza, l'intenzionalità o il grado di dolo, che attengono alla considerazione della sussistenza del "fatto", dagli altri "elementi estrinseci e dalla intrinseca gravità, oggetto di un vero e proprio momento valutativo". Infatti, in sede di valutazione della giustificazione, si tratta di sussumere il fatto, collocato nel contesto del rapporto, in una clausola generale ex lege, giusta causa o giustificato motivo, che di diritto resta aperta ad una serie non determinata di comportamenti; successivamente, in sede di applicazione della sanzione, si tratta di riportare il fatto scorporato dal contesto del rapporto, in una elencazione di previsioni disciplinari, che di fatto risulta limitata ad una serie determinata di condotte. Ed a questo punto, occorrerà ponderare adeguatamente la colpa del lavoratore, graduandola con riguardo alla sanzione: così grave da integrare una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo, si da legittimare un licenziamento in tronco o con preavviso; ovvero non così grave, ma abbastanza grave da giustificare una sanzione superiore a quella massima conservativa, si da fondare un licenziamento con preavviso e con l'indennità risarcitoria.*

gravissimo inadempimento degli obblighi contrattuali che non consente neppure la prosecuzione provvisoria del rapporto; un parametro che assorbe all'interno della fattispecie risolutiva anche la valutazione di proporzionalità che permette di commisurare l'importanza dell'inadempimento.

Non pare quindi possibile separare l'esistenza del fatto dalla sua gravità, come si suggerisce; o almeno non è possibile senza guardare a come è costruita la fattispecie nella contestazione; ma fare della contestazione datoriale il parametro essenziale ai fini dell'applicazione graduale delle tutele non pare giusto, né razionale; perché significherebbe consegnare nelle mani del datore un potere per sua natura tendenzialmente arbitrario.

Separare fatto e gravità non pare possibile ove manchi un criterio oggettivo di identificazione del fatto. Si consideri d'altra parte che seguendo questo suggerimento bisognerebbe ammettere l'esistenza di 4 diversi stadi nel giudizio sulla gravità di un fatto (o della colpa) all'interno dell'ordinamento lavoristico; diversi quantitativamente e qualitativamente, perché dirette a giocare su due piani diversi.

La *gravità* "gravissima" dell'inadempimento costituente giusta causa, quella notevole (ma meno di gravissima) dell'inadempimento costituente giustificato motivo; e di seguito, quella che, in mancanza delle prime due, dovrebbe portare alla tutela indennitaria che non può che essere una gravità (non gravissima e neanche notevole, ma appunto) mediana; ed infine, vivadio, una gravità lieve del fatto che porti alla tutela reintegratoria.

La fiera delle gravità, dunque, dove ciascun può rivolgersi ed attingere alla bisogna, per trovarne una giusta dose in funzione dello scopo perseguito.

Non sembra possibile nemmeno accogliere il suggerimento di chi ritiene che per l'applicazione delle sanzioni (reale e indennitaria) si debba ripulire il fatto dal contesto; recuperare cioè una nozione "pura" del fatto; perché si tratta di operazione che non pare logicamente ammissibile dato che lo stesso datore deve pur sempre contestualizzare (per motivi sostanziali e per rispetto delle garanzie difensive) il fatto addebitato al lavoratore.

La formula legale ("insussistenza del fatto contestato") non pare in grado di operare sul terreno della scelta della sanzione, se non affidando al giudice di distinguere tra mancanza dell'inadempimento grave contestato che deve portare preliminarmente all'annullamento del licenziamento e nondimeno "*sussistenza del fatto contestato*" che attraverso un giudizio di valore decrescente possa portare fino alla tutela indennitaria; e ciò in virtù di una pretesa diversità di valutazione che

nessun giudice potrà però effettuare oggettivamente, non esistendo criterio che possa guidarlo ad individuare quali elementi del primo momento valutativo devono rimanere oppure mancare per condurre all'una o all'altra tutela.

Questo criterio di giudizio non esiste nell'ordinamento che al contrario conosce solo il criterio ampio ed inclusivo della giusta causa. Nè fino ad oggi qualcuno è riuscito ad individuarlo in maniera convincente, nemmeno in dottrina. A partire da coloro che accogliendo la concezione del fatto materiale muovono da una nozione ristretta di fatto che potrebbe condurre però a conseguenze logicamente abnormi, corrette poi attraverso criteri evanescenti o opinabili (come il fatto pretestuoso del datore; il torto marcio del datore; il fatto disciplinarmente rilevante del lavoratore).

Ma un criterio di valutazione oggettiva utile allo scopo non è stato individuato neppure da coloro che, pur sposando la teoria del fatto giuridico (unica teoria fino ad oggi seguita dai giudici³), si sono trovati poi nella necessità (essi più dei primi) di accordare funzionalità ad un giudizio sul fatto che, non volendo replicare la nozione della prima fase anche nella seconda, servisse a recuperare un ruolo autonomo al criterio della mancanza del fatto contestato.

Sforzi meritori, in quanto diretti a trovare spazi applicativi alle norme; ma inani, perché non paiono approdati a criteri oggettivi: nè la tesi del nucleo (o del disvalore) "essenziale" del fatto, nè la depurazione del contesto, nè la distinzione tra elementi più o meno essenziali, nè la separazione tra intrinseco ed estrinseco nel fatto; nè la gravità della colpa, nè la gravità intermedia, nè il giudizio tra inadempimento e gravità dell'inadempimento; paiono formule in grado di separare e distinguere univocamente nell'ambito di un giudizio dove il fatto contestato - della cui insussistenza si tratta - è, a seconda delle vicende, inevitabilmente ed inestricabilmente intrecciato (a volte più, a volte meno) con quel notevole inadempimento che conduce all'annullamento del licenziamento.

Separare e distinguere senza doversi rimettere al soggettivismo arbitrario del giudicante non è dunque possibile; e senza parametro di valutazione ex ante non ci può essere giudizio certo. A meno che non si ammetta che quello che voleva essere un'operazione diretta a ridurre, se non annullare, gli spazi di discrezionalità del giudicante si sia tradotta in una clamorosa clausola aperta ad ogni soggettivismo interpretativo, e dunque totalmente incontrollabile.

Una conferma in questo senso viene dall'ordinanza emessa dal giudice

³ Tra le tante Trib. Bologna 15 ottobre 2012; Trib. Ravenna 18.3.2013; Trib. di Palmi 24.4.2013; Trib. di Roma 4.4.2013

del lavoro del Tribunale di Taranto (3.6.2013) il quale aderisce alla teoria del fatto giuridico, ma sostiene nel contempo che *"in assenza di codice disciplinare ed in mancanza, nel contratto collettivo, di una graduazione di condotte inadempienti e di sanzioni, occorre non di meno ipotizzare una scala simile (ad opera del giudice, che dovrà distinguere tra condotte inadempienti che sarebbero astrattamente passibili di licenziamento disciplinare e condotte, pur inadempienti ma meno gravi, che sono astrattamente passibili solo di sanzioni conservative)"*.

Un'operazione di questo tipo sembra però aperta ad ogni genere di soggettivismo.⁴ Una volta esclusa la sussistenza del notevole inadempimento ai fini della legittimità dell'atto, non si intuisce attraverso quale ragionamento il giudice (partendo dal fatto insussistente) possa tornare ad individuare una astratta catalogazione di illeciti che possa essere più o meno grave ai fini della scelta della sanzione.

Ad es. se il lavoratore è licenziato per l'assenza ingiustificata di un giorno, in mancanza di codice disciplinare, a quale astratto criterio il giudice si ispirerà per scegliere la sanzione?

In realtà senza parametro non ci può essere valutazione, ed è per questo che bisogna concludere nel senso che il criterio del fatto appaia inutilizzabile ai fini dell'applicazione della tutela indennitaria. Una conclusione che conduce comunque ad un risultato di maggiore certezza per il diritto, sicuramente più di quanto ne possa scaturire dagli sforzi di chi ha tentato di rendere utilizzabile quel criterio formulando però criteri generici che affidano al giudice di ricercare un parametro che non c'è.

Deve ritenersi allora, con una conclusione sostenibilissima anche sul piano letterale, oltre che dal punto di vista logico, che dove contempla le *"altre ipotesi"* di tutela solo indennitaria la norma non si riferisca minimamente ad *ipotesi* che abbiano a vedere con *l'insussistenza del fatto contestato*. Pertanto tutte le volte in cui annulla il licenziamento per insussistenza del fatto inteso in senso giuridico il giudice non potrà far altro che applicare la reintegra, come avveniva prima della riforma dell'art.18; quale che sia lo scostamento rispetto al fatto contestato (che abbia beninteso già prodotto l'annullamento per mancanza della giusta causa).

Nè ha senso formulare contro questo ragionamento l'obiezione

⁴ E la stessa considerazione suggerisce il criterio indicato dal Tribunale di Palmi 24.4.2013 secondo cui ai fini della scelta della tutela (reintegra o tutela indennitaria), in ipotesi di discrasia parziale tra il fatto contestato e quello accertato in sede giudiziale (come solitamente avviene), il giudice deve stabilire "se la non coincidenza incida su quello che può considerarsi *"il disvalore essenziale"* caratterizzante il tipo di inadempimento contestato."

secondo cui, così dicendo, dovrebbe ammettersi che qualsiasi scostamento dal fatto, anche minimo, porti inevitabilmente alla reintegra.

Per capire l'inconsistenza dell'obiezione basta riflettere su che cosa si stia ragionando: al punto in cui siamo, si ragiona soltanto della scelta della sanzione. Ciò significa che lo scostamento del fatto (la sua mancanza) deve aver già prodotto un primo fondamentale risultato ovvero la caducazione del licenziamento per mancanza della giusta causa. Il licenziamento deve essere stato già dichiarato illegittimo; se lo scostamento non fosse rilevante, se caduto un pezzo, o anche interi fatti, ne rimanessero altri pezzi o altri interi fatti, idonei a sorreggere la legittimità del licenziamento, non saremmo a quel punto; nulla quaestio; il licenziamento sarebbe legittimo e non si porrebbe il problema di scegliere alcuna tutela (v. ad es. Tribunale di Palermo 3.6.2013 che riconosciuta l'esistenza del fatto e la proporzionalità degli addebiti, respinge il ricorso).

Ma se quello che manca per intero o in parte (del fatto o dei fatti) conduce all'illegittimità, allora al giudicante non può darsi altra soluzione che applicare la reintegra (salvo quanto si dirà a proposito del confronto con la disciplina collettiva).

Se il fatto (giuridico) non c'è come giusta causa perché è lieve; il giudice non può, dopo aver annullato il licenziamento, recuperare una presunta gradualità della sua gravità (o della sua lievità) ai fini della scelta della sanzione sostenendo invece che il fatto c'è o che ci sia "un qualcosa" dello stesso fatto: ovvero che esista un suo nucleo più o meno caratterizzante; oppure che lo stesso fatto appartenga in astratto ad un tipologia di fatti gravi; o che manchino solo, più o meno, elementi di contesto; oppure che manchi, di più o di meno, soltanto "la gravità" dell'inadempimento e che si possa quindi comunque applicare la tutela indennitaria.

Se si annulli il licenziamento perché manca l'elemento della gravità (che incide sul fatto giuridico) il giudice non può certamente dire poi che ci sia il fatto materiale, perché non c'è un criterio univoco che consenta di separare il fatto materiale dalla sua gravità ai fini della scelta della sanzione.

Si consideri di nuovo: se il lavoratore si assenti ingiustificatamente per due giorni e venga licenziato ed il giudice annulla dicendo che il fatto è *lieve*; non potrà dire che comunque *un fatto* esista e che sia un po' meno lieve oppure un po' più grave (rispetto a cosa?); e concedere soltanto la tutela indennitaria; se egli non disponga di parametri che possano condurlo alla applicazione di questa tutela. Nemmeno può dire che comunque "in astratto" il fatto potrebbe anche configurare una fattispecie tale da poter condurre al licenziamento (perché con lo stesso

criterio dovrebbe scegliere la medesima tutela anche se il licenziamento fosse stato intimato soltanto per un'ora di assenza).

D'altra parte prescindendo dai fatti concreti sarebbe sempre possibile costruire tipologie astratte di fatti gravi che possano condurre al licenziamento; con risvolti negativi evidentissimi per i lavoratori che si vedono comminare licenziamenti per fatti in concreto assai lievi (ad es. anche l'impossessamento di uno spillo può in astratto portare alla tipologia del furto che conduca al licenziamento) e però ritenuti in astratto un po' gravi dai giudici ed in quanto tali meritevoli di una tutela soltanto pecuniaria.

Come si è già detto, sarebbe assai aleatorio e frutto di giudizio incontrollabile se, una volta accertata l'illegittimità del licenziamento per mancanza di una parte del fatto (anche soltanto attinente alla sua gravità), si desse ai giudici la possibilità di dire nondimeno che resti comunque fermo un nucleo più o meno inafferrabile di gravità (intermedia o astratta), tale da portare alla tutela monetaria.

Né meno generica e problematica risulta la tesi di chi ritiene⁵ che al fine in discorso si debba distinguere tra fatto storico e sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo; ovvero appunto tra inadempimento e sua qualificazione come notevole (o tale da impedire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto); si tratterebbe cioè ancora una volta di distinguere tra inadempimento e gravità dell'inadempimento. Il fatto sarebbe insussistente quando non appartenga neppure in astratto alla categoria della giusta causa o del giustificato talchè non sarebbe imputabile al lavoratore alcun inadempimento. Sarebbe invece sussistente se un inadempimento esista, sia imputabile al lavoratore ma non sia grave ex artt. 3 l. 604/66 o ex art. 23119 c.c. talchè si dovrebbe applicare al lavoratore soltanto la tutela indennitaria.

Il giudizio di proporzionalità dell'inadempimento non avrebbe alcuna rilevanza; e le circostanze afferenti alla "gravità in concreto" del fatto (es. intensità del dolo o colpa, esistenza ed entità del danno azzeccato al dolore, esistenza di precedenti, tipologia delle mansioni, ecc.) non rileverebbero ai fini della reintegra.

Ancora una volta però si suppone che il giudice dopo aver giudicato dell' illegittimità di uno specifico caso di licenziamento debba dividere il fatto astratto dalle circostanze concrete, facendo pur sempre della contestazione datoriale il parametro esclusivo di ogni interruzione del rapporto per qualsivoglia genere di inadempimenti, anche di infima gravità (se non per "fatti" del tutto irrilevanti sul piano disciplinare).

⁵ P. SORDI , Il nuovo art.18 della legge n.300 del 1970, in La riforma del lavoro, a cura di L. Di Paola, Milano, Giuffrè, 2013, pag. 280 ss.

Il correttivo proposto, di ricorrere in questi casi⁶ di inadempimenti di lieve entità, alla nullità per frode alla legge (come onere della prova a carico del lavoratore), condurrebbe poi all'assurdo riconoscimento di una tutela più forte, come la reintegra piena prevista nel primo comma dell'art. 18, per i casi in cui una parvenza di inadempimento comunque esiste; laddove in base al 5° comma occorrerebbe riconoscere la reintegra debole nei casi in cui un inadempimento manchi del tutto.

5.- Il criterio delle sanzioni conservative tipizzate. Necessità del suo rovesciamento.

L'altro criterio che dovrebbe condurre il giudice all'individuazione della tutela secondo il IV comma dell'art.18 è la tipizzazione del comportamento nel codice disciplinare o nei contratti collettivi applicabili: a) se il fatto sussista (ma non costituisca giusta causa) e rientri in una sanzione conservativa, il giudice applicherà la reintegra; b) per converso, se il fatto sussista - non costituisca giusta causa e nondimeno - rientri in una sanzione espulsiva il giudice applicherà la tutela indennitaria.

Anche questa disciplina pone diversi problemi a cominciare da quello generale del ruolo da attribuire al principio di proporzionalità ex art. 2106 c.c. nella scelta della sanzione, per finire a quello della lacuna e dalla mancata tipizzazione puntuale del comportamento nel codice disciplinare.

Fa sorridere l'ingenuità, non si sa se apparente o reale, di chi – tanto più dopo l'emendamento espulsivo che ha portato ad eliminare il riferimento all'art.2106 c.c. dal testo della riforma - sostiene che i rinvii alla contrattazione collettiva possano rappresentare dati inequivoci e dunque certi, o comunque il meno possibile incerti, idonei ad individuare automaticamente i casi in cui bisogna applicare la reintegra e i casi in cui bisogna applicare la tutela indennitaria.

Al contrario si tratta di dati equivoci ed elastici che suggeriscono essi stessi risultati estensivi sul piano interpretativo; e che non consentono di separare quasi mai con certezza (tanto meno nella tecnica di redazione che li ha contraddistinti fino ad oggi) il discrimine da individuare in materia di sanzione; né quindi di estromettere l'apprezzamento del giudice ex 2106 c.c. per rimediare a lacune, ambiguità ed indeterminatezza delle fonti disciplinari.

Ad ogni modo nessuna questione può porre la disciplina positiva quando il codice disciplinare preveda la sanzione conservativa; poiché in questo caso il giudice, se non deve risolvere altre questioni di fatto, potrebbe addirittura anticipare ogni valutazione e non farsi carico di altro: applicando immediatamente la reintegra (come ha fatto il giudice di

⁶ P. SORDI , Il nuovo art.18 della legge n.300 del 1970, in La riforma del lavoro, cit., 289.

Roma).

I veri problemi che la norma pone sono diversi: ed anzitutto il problema della lacuna. Quando manchi una previsione disciplinare applicabile, o manchi addirittura un codice disciplinare o un CCNL applicabile: cosa deve fare il giudice dinanzi a fatto sussistente ma inidoneo a configurare giusta causa? Qui si innesta il tema della gravità dell'illecito disciplinare e della proporzionalità della sanzione.

In mancanza di previsioni tipizzate il giudice per identità di *ratio* e di disciplina dovrà senz'altro applicare la reintegra in tutti i casi in cui il comportamento esista e non sia grave: anche se non sia previsto come tale dal codice disciplinare o dal CCNL.

Non si può porre a carico dell'incolpevole lavoratore la mancata tipizzazione della sanzione conservativa: a meno che non si assuma l'ottica rovesciata di una tutela ex art.18 modulata non sulla mancanza del lavoratore ma sul comportamento del datore da orientare al momento nell'intimazione del licenziamento e dunque sulla gravità della sua colpa nella scelta della sanzione. Ma, oltre alla legge 604/1996 che riporta il licenziamento disciplinare esclusivamente all'inadempimento del lavoratore (contrariamente alla disciplina dell'art.1455 c.c.) , la stessa nuova formula di legge parla al comma 4 dell'art.18 di insussistenza del fatto *contestato al lavoratore* e di condotte *del lavoratore* punibili con sanzioni conservative; e ciò dimostra che il *focus* del giudizio in punto di scelta della tutela resta ancora l'illecito del lavoratore: che se manca va tutelato con la reintegra; e se non è grave va ancora tutelato con la reintegra (a meno, come si dirà, il CCNL non preveda espressamente una legittima sanzione espulsiva).

La scelta della reintegra il giudice dovrà adottarla anche quando manchi una esplicita tipizzazione del comportamento disciplinare e sia però previsto un catalogo generico di comportamenti costituenti infrazioni disciplinari accompagnati da una clausola di graduazione (*"nei casi più gravi"*). Ed inoltre in tutti i casi in cui il codice disciplinare nel comminare un licenziamento si limiti a rinviare a sua volta all'art.2119 c.c.; ossia dinanzi a casi in cui le violazioni disciplinari non siano tipizzate neppure in astratto e vengano richiamate solo attraverso il rinvio alla giusta causa (*"per l'ipotesi in cui configuri giusta causa"*). In questi casi non c'è alcuna espressa previsione disciplinare e la scelta della sanzione reintegratoria ripete da quella stessa mancanza della giusta causa che porta all'annullamento dell'atto.

Se manca la previsione espressa di licenziamento nel codice disciplinare e c'è un rinvio al giudice ai fini della identificazione della sanzione espulsiva; non viene limitata in alcun modo – neppure ai fini della sanzione - la discrezionalità del giudice secondo la *ratio legis* che si

assume sottesa nella nuova normativa; il giudice non potrà far altro che applicare la reintegra come nel caso in cui applichi la reintegra quanto non vi sia alcuna identificazione del fatto e nessuna comminazione della sanzione in corrispondenza del codice disciplinare.

In tutti questi casi, dunque, se il comportamento esista e sia lieve il giudice dovrà applicare la reintegra.

Diverso problema è cosa accada quanto il comportamento esista, sia lieve ed il CCNL preveda il licenziamento e non la sanzione conservativa. Preveda cioè il licenziamento, senza alcuna gradualità e senza rinviare all'art.2119 c.c.. Ovviamente se fossero previste entrambe le sanzioni disciplinari (espulsiva e conservativa), rimettendosi al giudice la scelta di quella più adeguata, il problema non si porrebbe; poiché al momento della scelta della sanzione il giudice che abbia già annullato l'atto dovrà applicare la reintegra.

Se invece il codice disciplinare preveda soltanto il licenziamento ed il fatto sia lieve in concreto il giudice si troverà in una po' strana situazione. Come avrebbe fatto una volta ai fini del giudizio sulla legittimità del licenziamento (cui seguiva de plano la reintegra dell'art, 18), egli deve anzitutto disapplicare motivatamente la previsione collettiva in sede di giudizio sulla legittimità del licenziamento per violazione dell'art. 2106 c.c.; facendosi così carico di rispettare anche "il collegato lavoro" (l'art. 30 della legge 183/2010) che gli prescrive di tener "solo" conto delle tipizzazioni collettive in materia di giusta causa. Come prima dovrà continuare a fare ancora oggi, dunque, ai fini della preliminare valutazione di legittimità del licenziamento.

Ma oltre a ciò, oggi il giudice deve fare i conti con la norma del comma 4° dell'art. 18 che non consente di applicare la reintegra qualora il CCNL non preveda in astratto una sanzione conservativa o meglio, secondo quanto si è detto prima, preveda in astratto che un fatto conduca al licenziamento: perché proprio questo è il senso da riservare alla previsione secondo cui il giudice applica la reintegra se sia prevista sanzione conservativa; dalla quale deriva, per converso, che se sia prevista sanzione espulsiva il giudice la reintegra non la possa mai applicare.

Questa fattispecie però si può declinare in due diverse configurazioni. Nella prima potrebbe accadere che il fatto tipizzato sia lieve già in astratto (ad es. per una assenza momentanea si commini il licenziamento). Nella seconda, la fattispecie astratta appaia invece grave (es. furto) , tale da poter giustificare il licenziamento, è però il fatto sia lieve solo in concreto (es. il furto di modico valore).

Nel primo caso (fattispecie astratta priva di proporzionalità, di per sé inidonea a configurare la giusta causa) si tratta di una norma contrattuale

illegittima per violazione dell'art.2119 c.c. che il giudice disapplica a qualsiasi fine; anche al fine della scelta della sanzione; non può una clausola contrattuale siffatta prevalere sull'art.2016 c.c. e vincolare il giudice se la previsione è illegittima in astratto. Diversamente i dubbi di costituzionalità della norma parrebbero consistenti per irrazionalità della disciplina e violazione del principio di effettività della tutela del lavoro; in quanto si consentirebbe di rimettere ad una mera classificazione disciplinare collettiva o addirittura unilaterale, priva di qualsiasi proporzionalità, la continuazione de facto del rapporto. Fino al punto ad es. di prevedere che il licenziamento segua a fatti di rilievo disciplinare molto lievi e comunque meno gravi di quelli che lo stesso codice disciplinare punisca con sanzione conservativa, già a livello della astratta rilevanza della condotta. Si tratta in definitiva di una violazione del principio di civiltà che promana dalla direttiva di proporzionalità in materia di licenziamento disciplinare che è codificata nell'art. 2106 c.c. ma costituzionalizzata negli artt. 3 e 4 della Costituzione; e senza controllo del giudice sulla legittimità astratta della previsione disciplinare potrebbe prodursi ogni sorta di irrazionalità ed ingiustizia.

Residua la trattazione dell'altro caso in cui il fatto esista, sia lieve in concreto (furto di modico valore) e tuttavia il codice disciplinare preveda questa volta una previsione disciplinare astrattamente legittima (il licenziamento in caso di furto senza aggettivi, di per sé, è previsione disciplinare legittima).

Qui se c'è l'inadempimento (il fatto completo dei suoi requisiti oggettivi e soggettivi e l'imputabilità, e mancano scriminanti); e se il codice disciplinare non prevede, come non prevede, una sanzione conservativa; che cosa deve fare il giudice sul piano della tutela? Dopo aver escluso che si tratti di licenziamento illecito (perché non ci sono profili che riconducano a ritorsione), o discriminatorio (perché non emergono indizi neppure labili ma solo una illegittima e rigoristica valutazione del datore) e dopo aver escluso la frode alla legge (perché il fatto c'è e non è pretestuoso), il giudice - dopo un serrato confronto con il testo contrattuale onde escludere una possibile previsione circa la graduazione in generale della sanzione - pare si debba arrendere alla valutazione del codice disciplinare che non contempla alcuna graduazione, neppure in generale (nè ad es. alcuna considerazione del danno arrecato dal datore o del valore in sé del bene asportato) e dovrà quindi applicare la tutela indennitaria.

Vero è che anche una generica previsione disciplinare richiede sempre di essere integrata e graduata dalla valutazione del giudice condotta alla stregua del principio di proporzionalità ex art. 2106 c.. e della stessa nozione legale di giusta causa; ed è strano immaginare che mentre il

giudice debba prescindere ai fini della valutazione principale condotta sulla legittimità del licenziamento, rimanga poi vincolato alla stessa tipizzazione ai fini della scelta della tutela.

Il profilo di concreta ingiustizia che l'applicazione della norma potrebbe comunque produrre, potrebbe sembrare qui attenuato, ma non certo eliso, dal fatto che la legge abbia voluto trovare uno spazio applicativo alla tutela indennitaria rimettendo ad una legittima previsione ex ante delle parti collettive di individuare in generale fatti che individuati in astratto siano suscettibili di giustificare legittimamente il licenziamento sotto il profilo della gravità; ma che solo in concreto appaiono meno gravi. I fatti esistono sul piano fattuale e normativo (esistono gli elementi costitutivi essenziali) ma nondimeno esistono circostanze estrinseche rispetto agli elementi essenziali che li rendono meno gravi. E va pure evidenziato che rispetto ad una fattispecie tipizzata e codificata di comportamento disciplinare punito col licenziamento anche la distinzione tra elementi essenziali ed elementi circostanziali del fatto – di cui si è prima esclusa la praticabilità - sembra invece possibile, ed è anzi normalmente presente e frequente nella valutazione della responsabilità disciplinare. Questo soltanto parrebbe essere il punto di caduta della vecchia disciplina dell'art.18 rispetto alla nuova in materia di invalidità sostanziale del licenziamento disciplinare: se il fatto esiste, se è previsto come fattispecie legittima di licenziamento dal CCNL, ma è lieve solo in concreto allora il giudice dovrà dichiarare illegittimo il licenziamento; perché ai fini della valutazione della legittimità del licenziamento deve impiegare tutta la nozione di giusta causa che conosciamo (come inadempimento più che notevole); dopo di che dirà però che il codice disciplinare non preveda la sanzione conservativa e preveda bensì la sanzione espulsiva ed in questo caso non potrà applicare alcuna delle due ipotesi in cui è legale la reintegra nel nuovo art. 18 (mancanza dell'inadempimento, riconducibilità a sanzione conservativa).

Su questo punto la nuova legge avrebbe quindi vincolato il giudice alla previsione collettiva nella scelta della sanzione; andando oltre il mero obbligo di valutazione previsto nel collegato lavoro (art. 30 della legge 183/2010).

Tale discorso reca ovviamente la possibilità che potranno essere implementate, e di molto, le previsioni casistiche di licenziamento nei codici disciplinari. Perché solo in tal modo sembra possibile limitare la reintegra nel contesto normativo vigente; attraverso appunto l'opera mediatrice delle parti collettive. Questo però non significa rimettere al codice disciplinare una delega in bianco; perché i fatti tipizzati devono essere tali da rientrare almeno astrattamente nel concetto di giusta causa (altrimenti si applicherà sempre la reintegra); e nessuna autorizzazione

viene data, tanto meno in via unilaterale al datore, di punire col licenziamento fatti di infima gravità.

Quanto alla legittimità costituzionale della norma tutto sta, anzitutto, nel capire se la discrezionalità attribuita dalla Costituzione al legislatore in materia di delineazione delle tutele possa esercitarsi anche attraverso la mediazione delle parti collettive, e se sia stata esercitata in questo caso in modo ponderato e congruo. Se il legislatore può rimettere alla tutela collettiva di individuare (in modo astrattamente legittimo) sanzioni diverse dalla reintegra per i casi di illegittimità del licenziamento il criterio è conforme alla Costituzione, altrimenti no. Ma se la Costituzione, come si sa, non impone la reintegra in caso di illegittimità di licenziamento, la scelta di una tutela indennitaria mediata dalla previsione collettiva non sembra illegittima, tanto più all'interno di un composito sistema che non emargina la reintegra (tutt'altro) .

Rimane però insuperabile il profilo della violazione del principio di eguaglianza per disparità di trattamento che può essere prodotta in concreto da una norma che rimette alla presenza eventuale di una contrattazione di diritto comune - non vincolante per tutti i lavoratori, e con possibili discipline differenti a seconda dei settori - di incidere in modo così profondo sulle tutele da riservare a casi di *licenziamenti* illegittimi che potranno essere quindi trattati in modo molto diverso pur essendo tra di essi del tutto simili.

Conclusione

Risulta in conclusione che anche l'interpretazione letterale della seconda parte del comma IV si presenti come irrazionale; soprattutto se diretta a legare la applicazione della reintegra soltanto alla previsione tassativa di una sanzione conservativa contenuta nel codice disciplinare

Una lettura restrittiva del disposto normativo sarebbe diretta a far pesare sul dipendente la mancata espressa tipizzazione della sanzione conservativa. Si impone perciò, come si è già detto, una interpretazione rovesciata della norma che consenta di superare tutte le problematiche questioni suscitate dalle lacune contenute nei codici disciplinari, dalla mancanza di codici disciplinari, dalla genericità delle stesse previsioni disciplinari, dai rinvii ivi contenuti; nel senso che l'applicazione della tutela indennitaria venga legata non alla mancanza della sanzione conservativa, ma alla previsione di una puntuale previsione espulsiva (di licenziamento) sempre che sia astrattamente legittima.

Si tratta di una valutazione che è già ammessa dalla giurisprudenza sulle previsioni astratte, allo scopo di giudicare sulla legittimità del licenziamento; è che qui opera invece anche ai fini della individuazione della tutela. Voler speculare a danno del lavoratore dall'omissioni dei

codici disciplinari contraddice qualsiasi razionalità, nega l'art. 2106 c.c. e significherebbe affermare che la tutela vada rapportata al comportamento del datore piuttosto che a quello del lavoratore.

Tutto ciò indica che la tutela reintegratoria andrà disposta in ogni caso in cui pur sussistendo il fatto esso sia però previsto all'interno di una tipizzazione di sanzione conservativa; ma quand'anche non previsto sia comunque riconducibile ad un'ipotesi di sanzione conservativa (dalla sospensione, al rimprovero passando per la multa).

La formula legislativa deve essere intesa in modo rovesciato. Si tratta di un criterio di maggiore certezza per gli interpreti; e di maggiore orientamento per il datore che, come pare anche giusto, dovrà essere più oculato quando intima un licenziamento in mancanza di una corrispondente previsione disciplinare tipizzata, assumendo su di sé il rischio che possa essere sanzionato in modo più forte in caso di scostamento anche normativo.

Si tratta di una lettura della norma che potrebbe avvicinare anche molti commentatori della riforma; sia coloro che puntano al mantenimento del ruolo dell'art. 2106 c.c. anche sul terreno della scelta della sanzione quante volte si riscontrino lacune oppure illegittime tipizzazioni già in astratto; sia coloro che invocano una maggiore certezza per il datore in materia di giusta causa di licenziamento.

Il legislatore avrebbe affidato quindi alla codificazione disciplinare la previsione dei casi in cui in ipotesi di illegittimità potrà applicarsi soltanto la tutela indennitaria; il datore di lavoro sa che la mancata tipizzazione del fatto come punibile col licenziamento condurrà in caso di illegittimità alla reintegra; nè in tal caso potrà mai lamentare giustificatamente un possibile disorientamento da parte del codice disciplinare che (appunto mancando) in nessun caso avrà potuto condizionarlo.