



**Università degli Studi di Milano Bicocca  
Scuola di dottorato in Scienze Giuridiche  
XXVIII CICLO**

**Tesi di dottorato in  
Diritto del lavoro**

**La giustificazione  
del licenziamento disciplinare**

*Roberto Lama*

*Anche quando le leggi son scritte,  
non dovrebbero mai rimanere immutate*

Aristotele  
*La politica*

*Non c'è legge che torni comoda a tutti*

Livio  
*Ab urbe condita, XXXIV, 3*

*Nei casi dubbi ci si decida per il giusto*

Karl Kraus  
*Detti e contraddetti*

# **LA GIUSTIFICAZIONE DEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE**

*Introduzione*

pag. 9

## **Capitolo I Struttura e funzione del potere disciplinare**

- I.1) La “anomalia” del potere disciplinare del datore di lavoro e il problema della sua natura. pag. 23
- I.2) Il fondamento contrattuale del potere disciplinare e la sua funzione: rapporti tra la responsabilità disciplinare e la responsabilità civile del lavoratore ex art. 1218 c.c. pag. 40
- I.3) I limiti posti dall’ordinamento all’esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro; il principio di proporzionalità tra sanzione e gravità dell’infrazione come limite alla discrezionalità dell’esercizio del potere disciplinare e come espressione dei più generali principi di correttezza e buona fede. pag. 59

## **Capitolo II**

### **Limiti sostanziali al potere di recesso: una ricostruzione diacronica**

- II.1) Il codice civile del 1865 ed il “faticoso” riconoscimento della possibilità di recedere unilateralmente dal rapporto di lavoro. pag. 92
- II.2) I giusti motivi di recesso: attinenza al preavviso o presupposto costitutivo del potere di recesso? pag. 105
- II.3) Il Regio Decreto n. 1825/1924 sull’impiego privato: la traduzione dei giusti motivi nella giusta causa che consente l’esonero dall’obbligo di preavviso. Teorie sul mutamento di funzione e di contenuto della giusta causa. pag. 114
- II.4) L’impostazione del codice civile del 1942 come riprova della fondatezza della tesi che collega la giusta causa al preavviso. pag. 125
- II.5) Gli accordi interconfederali del 1947, 1950 e 1965 e l’introduzione pattizia del principio della necessaria giustificazione causale del recesso. pag. 133

- II.6) L'impatto della Costituzione del 1948 sulle regole del licenziamento. pag. 140
- II.7) La legge n. 604 del 1966: la fine del recesso *ad nutum* e l'introduzione della nozione di giustificato motivo soggettivo. I parallelismi con l'inadempimento che giustifica la risoluzione nel diritto dei contratti. pag. 147
- II.7.1) L'introduzione della nozione di giustificato motivo soggettivo e la conseguente revisione concettuale della nozione di giusta causa. pag. 158

### **Capitolo III**

#### **Il regime sanzionatorio del licenziamento disciplinare illegittimo**

- III.1) L'art. 8 L. n. 604/1966: la tutela obbligatoria del posto di lavoro di lavoro. pag. 172
- III.2) L'art. 18 L. n. 300/1970. pag. 181
- III.2.1) L'ordine giudiziale di reintegrazione nel posto di lavoro. pag. 192

- III.3) La L. n. 108/1990 e la rimodulazione dell'ambito applicativo dei regimi differenziati di tutela. pag. 202
- III.4) La L. n. 92/2012 e la scomposizione del regime sanzionatorio previsto dall'art. 18 della L. n. 300/1970. pag. 211
- III.5) Le ipotesi di operatività della reintegrazione. pag. 223
- III.5.1) L'insussistenza del fatto contestato. Possibili accezioni della fattispecie, relative teorie e conseguenti criticità. pag. 231
- III.5.1.1) Le prime pronunce della giurisprudenza. pag. 253
- III.5.2) La seconda ipotesi di operatività della reintegrazione: la riconducibilità del fatto contestato alle condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi, ovvero dei codici disciplinari applicabili. Soluzioni interpretative. pag. 269
- III.5.2.1) Il punto di vista della giurisprudenza. pag. 279
- III.5.3) Una possibile lettura della disposizione di cui all'art. 18, co. 4 della L. n. 300/1970. pag. 288

III.6) Il D. Lgs. n. 23/2015 e la marginalizzazione dell'operatività della reintegrazione ai soli casi in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato.	pag. 340
III.6.1) Compatibilità costituzionale e comunitaria della nuova disciplina sanzionatoria in materia di licenziamento ingiustificato.	pag. 375
III.7) Alcune considerazioni conclusive.	pag. 407
<i>Bibliografia</i>	pag. 420





## Introduzione

Il rapporto di lavoro – pur non identificandosi con l'esistenza del soggetto che ne è parte – vive di una “dimensione” in qualche modo “parallela” a quella della vita personale del lavoratore: e può sembrare in qualche modo singolare la scelta di dedicare a questa particolare “dimensione” un'attenzione concentrata proprio sul momento in cui essa finisce, ed in cui una vicenda che si è protratta nel tempo e che si è sviluppata in una sequenza di “eventi” si racchiude in un singolo atto che pone fine alla sua esistenza.

Un simile approccio dello studioso, bisogna ammetterlo, assomiglia a quello del biografo che volesse illustrare le gesta di un grande personaggio storico prendendo lo spunto ... dalla descrizione e dalla narrazione del suo funerale.

E purtuttavia, l'approccio dell'interprete che decida di incentrare il proprio studio sull'istituto del licenziamento si può giustificare con la considerazione per cui – tenuto conto da un lato dell'intrinseca debolezza che, all'interno della relativa relazione giuridica, caratterizza la posizione del prestatore rispetto a quello del proprietario dei mezzi di produzione, dall'altro del fine di tutela del lavoro “in tutte le sue forme ed applicazioni” che la stessa Carta Costituzionale assegna alle competenze dello Stato – l'evento del licenziamento costituisce il momento in cui si disvela apertamente l'anzidetta situazione di debolezza del prestatore di lavoro, che si trova ad affrontare l'iniziativa disciplinare assunta dalla sua controparte in una situazione di totale inferiorità di poteri, che non a caso è stata qualificata in termini di autentica soggezione, a fronte del

corrispettivo diritto potestativo di cui risulta titolare il datore di lavoro.

Sotto altro profilo, la scelta di dedicare questo lavoro di approfondimento alla tematica della giustificazione del licenziamento disciplinare è dipesa da ragioni che in senso lato si potrebbero definire “di politica del diritto”: e ciò nel senso che la soluzione del problema della identificazione delle ragioni e dei profili che possono rendere giustificato – ovvero, per converso, far risultare ingiustificato – un licenziamento del prestatore di lavoro costituisce un’autentica “chiave di volta” del più ampio e variegato sistema di tutele di cui l’interessato può concretamente godere nella quotidiana gestione dei diritti che gli derivano dal rapporto. E ciò, ovviamente, nel senso che un sistema di tutele “debole” nei confronti del licenziamento ingiustificato costituirà per il lavoratore una remora ed un deterrente per l’esercizio, da parte sua, dei diversi diritti a vario titolo spettantigli in costanza di rapporto di lavoro (in ragione del timore che l’esercizio dei diritti di cui è titolare potrebbe provocare l’ingiusta perdita del posto di lavoro senza peraltro disporre di un valido strumento predisposto dall’ordinamento per sanzionare concretamente l’illegittimità del recesso datoriale); e che per converso un sistema di tutele “forti” contro l’illegittimità del licenziamento rappresenterà per il prestatore un valido baluardo sulla cui protezione contare per rendere concretamente agibili molti diritti essenziali spettantigli nel quotidiano svolgimento del rapporto di lavoro (nel senso che, a fronte di un’eventuale ingiustificata iniziativa disciplinare datoriale “di reazione” all’esercizio degli anzidetti diritti, l’interessato potrà contare su un’adeguata risposta sanzionatoria da parte dell’ordinamento che valga concretamente a proteggerlo, quanto meno in linea di

principio, dal “rischio” di perdita di quel posto di lavoro che costituisce la sua fonte di sostentamento).

In questo senso, non sembra esagerato affermare che il livello di tutela avverso il licenziamento illegittimo che nel tempo il legislatore ha saputo apprestare a favore del prestatore ha finito per costituire – nelle varie epoche e lungo il percorso di evoluzione del diritto del lavoro – la “pietra angolare” sulla cui base misurare il livello di cura e di attenzione tempo per tempo dedicato dall’ordinamento alla tematica della complessiva tutela dei diritti del lavoratore: il tutto secondo un percorso non sempre lineare, che ha conosciuto passi in avanti e, specie in questi ultimi tempi, retrocessioni, la cui ricostruzione storica – per quanto nelle forze di chi scrive – ha costituito l’obiettivo del presente lavoro.

\*\*\* \*\*

Con questo spirito, il primo capitolo è dedicato innanzitutto a sottolineare la sostanziale “anomalia” del potere disciplinare del datore di lavoro all’interno di una relazione giuridica tra privati, in quanto potere di supremazia personale che da un lato risulta difficilmente giustificabile alla stregua dei principi accolti dalla Costituzione repubblicana, dall’altro non appare riconducibile alla normale prospettiva del diritto privato in ragione della sua contrarietà alla inerente logica contrattuale che postula la parità delle parti.

Per quanto poi attiene al fondamento del potere disciplinare, vengono illustrate le motivazioni in ragione delle quali la dottrina ha alla fine ritenuto (a superamento degli iniziali assunti della c.d. “teoria organicista o istituzionalista” secondo cui il potere disciplinare si legittimerebbe in quanto espressione esclusiva

dell'ordinamento giuridico aziendale, vale a dire dell'impresa come "istituzione" e come ordinamento giuridico particolare, ai cui interessi ed alla cui "organizzazione" esso sarebbe funzionale) la natura contrattuale del potere disciplinare, in quanto calato dallo stesso legislatore all'interno della struttura del sinallagma come effetto naturale dello stesso.

Sulla scorta di tale fondamentale presupposto, sono stati inoltre approfonditi i "rapporti di coesistenza" tra la responsabilità disciplinare del prestatore e la responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c., ed è stato altresì sottolineato come, pur trovando fondamento nel singolo contratto, il potere disciplinare rivesta una specifica funzione di "intimidazione generale" che travalica lo stretto ambito del rapporto individuale di lavoro e che si legittima in ragione dell'interesse alla "conservazione della disciplina e dell'ordine nell'impresa".

Sono stati infine esaminati i limiti posti dall'ordinamento alla discrezionalità dell'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro, sia sotto il profilo della necessità che i sistemi di disciplina applicati in azienda siano adeguatamente portati a preventiva conoscenza dei lavoratori ed applichino quanto stabilito in materia dalla disciplina collettiva applicabile al rapporto di lavoro, sia sotto il profilo della necessaria correlazione tra comportamenti sanzionabili e pene agli stessi applicabili secondo criteri di correttezza e di buona fede: criteri cui risulta ispirato quel principio di proporzionalità che risulta sancito dall'art. 2106 c.c.

\*\*\* \*\*

Il secondo capitolo prende le mosse dalla considerazione di come il percorso storico della nozione positiva

dell'istituto del recesso non possa disconoscere il contributo fornito dalla giurisprudenza probivirale e dalla dottrina ai fini della iniziale prospettazione della possibilità di recedere unilateralmente dal contratto di lavoro di lavoro a tempo indeterminato (in contrasto con il principio dell'intangibilità del vincolo sinallagmatico sancito normativamente dall'art. 1123 del codice civile del 1865, ma, al contempo, in ossequio alla natura fiduciaria del vincolo, nonché al divieto di vincoli obbligatori perpetui enunciato dall'art. 1628 dello stesso codice), in presenza di circostanze che avessero reso non più conveniente o non più voluta la prosecuzione del rapporto.

Il tutto nel quadro di una teorizzazione che, peraltro, finì ben presto per porsi in contrasto con le prassi contrattuali in forza delle quali non era inusuale che le parti convenissero che il recesso del datore di lavoro potesse intervenire solo per gravi e giusti motivi, e che di conseguenza indusse più parti ad auspicare che il legislatore intervenisse ad elencare gli eventi in presenza dei quali il recesso datoriale avrebbe potuto ritenersi legittimamente esercitabile, senza per ciò stesso tradursi in un'iniziativa meramente arbitraria.

Sotto altro profilo, si è dato altresì conto dell'impostazione concettuale prevalente per effetto della quale detti "motivi" risultarono originariamente correlati unicamente al preavviso e non anche al potere di recesso (da ritenersi, di per sé, libero ed illimitato), nel senso che la loro ricorrenza sarebbe valsa solo a giustificare la mancata concessione di un congruo periodo di preavviso, ma non anche a fondare un potere di recesso che, anche in loro assenza, risultava comunque di per sé legittimo ed idoneo a produrre l'effetto risolutivo del rapporto.

Proprio tale impostazione trovò espressione nelle disposizioni del R.D. n. 1825/1924 sull'impiego privato

che, superando il divieto di cui all'art. 1628 del codice del 1865, non solo sancì che il contratto di lavoro avrebbe dovuto essere “normalmente” stipulato a tempo indeterminato, ma introdusse per la prima volta nell'ordinamento italiano l'istituto del recesso *ad nutum*, con preavviso, dal contratto stesso: recesso il cui esercizio risultava in ogni caso del tutto libero ed acausale, ma che poteva essere operato con effetto immediato dal recedente (nel solco dei principi già acquisiti dalla giurisprudenza probivirale) solo in presenza di una “giusta causa alla risoluzione immediata per una mancanza così grave da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto”.

Allo stesso tempo, la natura afflittiva delle conseguenze suscettibili di prodursi in capo al lavoratore licenziato che con il suo comportamento avesse integrato una giusta causa di risoluzione immediata del rapporto (quali la perdita dell'indennità di anzianità e dell'indennità di mancato preavviso) valse ben preso ad innescare – ma solo nel pensiero degli interpreti – una mutazione della concezione della funzione della giusta causa, da fattore esonerativo del preavviso a presupposto costitutivo del potere di recesso datoriale: il tutto in termini da consentire di configurare una fattispecie di recesso ulteriore e diversa dal recesso *ad nutum*, quale strumento di risoluzione del rapporto di lavoro che si fondava sulla natura fiduciaria del rapporto e che si poneva in termini di alternatività rispetto alla risoluzione giudiziale già prevista dal codice del 1865.

Tenuto conto di come tali intuizioni non fossero state tuttavia accolte nel codice civile del 1942 – il cui art. 2119 continuava a prevedere la possibilità di recedere “senza preavviso” dal contratto a tempo indeterminato qualora si fosse verificata una causa che non consentisse “la prosecuzione, anche provvisoria”, del rapporto – il

presente studio non manca di sottolineare l'importante contributo al progressivo superamento del principio del recesso acausale offerto dalle OO.SS., per il tramite di una pluralità di Accordi Interconfederali stipulati negli anni 1947, 1950 e 1965 che valsero ad introdurre vincoli causali all'esercizio del diritto di recesso da parte del datore di lavoro (con ciò anticipando le soluzioni che sarebbero state in seguito accolte dalla L. n. 604/1966), ed in particolare ad enucleare la nozione del giustificato motivo di licenziamento come elemento legittimante il recesso ordinario con preavviso, da ritenersi alternativo al recesso *ad nutum* che, all'epoca, continuava a costituire l'unica forma di recesso prevista dal legislatore.

Né sul punto può disconoscersi il contributo fornito nel medesimo senso dalla entrata in vigore della stessa Costituzione del 1948: pur non potendosi ravvisare nella Carta Fondamentale un esplicito riferimento in tema di tutela avverso i licenziamenti illegittimi, non sembra dubitabile che la valorizzazione del lavoro contenuta in numerosi suoi articoli indusse molte voci della dottrina a ritenere ormai superato il principio della possibilità di licenziamento *ad nutum* che risultava ancora espresso dall'art. 2118 cod. civ., ovvero addirittura l'implicita abrogazione di tale norma in quanto regola appartenente ad un sistema giuridico ormai superato e non più corrispondente al diritto vivente.

E nel contesto di un tale processo di evoluzione della sensibilità del legislatore viene sottolineata l'importanza dell'entrata in vigore della L. n. 604/1966, in forza della quale venne "ufficialmente" introdotto nel nostro ordinamento il principio della necessaria giustificazione causale del licenziamento, in termini da ridurre drasticamente l'ambito di operatività del licenziamento *ad nutum* e da realizzare altresì la separazione della disciplina

del licenziamento da quella delle dimissioni, istituiti fino a quel momento identicamente disciplinati in nome della supposta parità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro.

\*\*\* \*\*

Proseguendo nella disamina delle discipline di tutela avverso il licenziamento illegittimo succedutesi nel tempo, nel terzo capitolo vengono innanzitutto esaminate le critiche riservate dalla dottrina all'impianto normativo in forza del quale la L. n. 604/1966 prevedeva un regime di stabilità del posto di lavoro solamente obbligatorio: e ciò sia in ragione della ritenuta inadeguatezza di un tale regime sanzionatorio, sia in ragione della sua applicabilità ai rapporti di lavoro alle dipendenze di aziende che occupavano più di 35 dipendenti (con previsione cui veniva rimproverato di impedire – sulla base di una constatazione empirica legata alla ridotta dimensione della gran parte delle imprese italiane – il definitivo superamento del principio del recesso *ad nutum*), sia in ragione della operata configurazione del licenziamento ingiustificato come atto illecito ma al contempo efficace (che venne da più voci della dottrina considerata, oltre che logicamente contraddittoria, come una manifestazione dell'irrisolutezza manifestata dal legislatore che, pur avendo introdotto espressamente l'obbligo di giustificazione causale del recesso, aveva finito in realtà per lasciare intatto il recesso ordinario e per limitarsi – in ultima analisi – a stabilire “un prezzo” per il suo esercizio abusivo).

A questo riguardo, l'analisi sottolinea come proprio a fronte di tali diffuse critiche degli interpreti in ordine alle soluzioni adottate dalla L. n. 604/1966 in punto di



disciplina del licenziamento illegittimo il legislatore avesse successivamente inteso “porre rimedio” con l’introduzione di un regime di stabilità reale quale quello previsto dall’art. 18 della L. n. 300/1970: e ciò da un lato eliminando la possibilità, per il datore di lavoro che avesse proceduto ad un licenziamento ingiustificato, di scegliere tra riassunzione e pagamento di una sostanziale “penale”, dall’altro impedendo che il licenziamento non conforme ai paradigmi legali della giusta causa e del giustificato motivo potesse incidere negativamente sulla continuità del rapporto di lavoro, e per finire qualificando la sussistenza degli anzidetti paradigmi come autentica condizione di validità ed efficacia dell’atto di recesso.

Un ulteriore intervento sulla disciplina dei licenziamenti risultava successivamente apportato dal legislatore con la L. n. 108/1990, che estendeva l’ambito di applicazione del controllo giudiziale sui licenziamenti – ed il relativo regime sanzionatorio previsto dalla L. n. 604/1966 – a tutti gli imprenditori, prescindendo da una certa soglia di grandezza dimensionale dei medesimi, e per altro verso introduceva innovativamente la facoltà del prestatore di lavoro di optare, in alternativa alla reintegrazione, per un’indennità pari a 15 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto (con misura che venne criticata da numerosi autori, sotto l’accusa di aver stravolto la *ratio* dell’apparato sanzionatorio predisposto dallo Statuto dei Lavoratori – essendo quest’ultimo diretto ad attribuire rilevanza esclusivamente al ripristino effettivo del rapporto di lavoro, con conseguente subalternità dell’aspetto risarcitorio – e di valere come sostanziale e disillusa presa d’atto, da parte del legislatore, dell’impossibilità di assicurare l’effettività dell’ordine di reintegrazione, stante l’infungibilità del relativo obbligo).

Proseguendo nella disamina delle tutele tempo per tempo apprestate dall'ordinamento a favore del lavoratore illegittimamente licenziato, il presente studio prende quindi in esame le novelle apportate all'art. 18 della L. n. 300/1970 dalla L. n. 92/2012 (c.d. "riforma Fornero") che, pur non incidendo sui presupposti causali del licenziamento e lasciando del tutto invariati i concetti sottesi alle nozioni di giustificato motivo soggettivo e giusta causa, ha frammentato l'unitario e indistinto regime punitivo del licenziamento illegittimo previsto dal "precedente" art. 18 in quattro distinti regimi sanzionatori, l'applicazione di ciascuno dei quali risulta correlata alla natura e all'intensità della violazione delle regole che stabiliscono i presupposti di legittimità del licenziamento. Si è dato conto di come – con particolare riferimento al licenziamento determinato da ragioni soggettive – le modifiche introdotte dal legislatore del 2012 abbiano realizzato una autentica "scissione interna" alla disciplina sanzionatoria del licenziamento ingiustificato, attraverso la previsione di due ipotesi specifiche di "ingiustificatezza qualificata" del licenziamento – quali l'insussistenza del fatto contestato e la sua ricomprensione tra le condotte punibili, sulla base delle discipline collettive applicabili al rapporto, con una sanzione conservativa – che rimangono ancora inidonee ad estinguere il rapporto e che risultano sanzionate con la reintegrazione del prestatore in servizio, a differenza delle diverse ipotesi di "ingiustificatezza semplice" del licenziamento, che comunque valgono ad estinguere il rapporto di lavoro e che risultano sanzionate con la sola tutela indennitaria.

Quanto sopra con impostazione concettuale che di fatto ha sciolto l'indissolubile legame tra illegittimità ed inefficacia del licenziamento che fino al 2012 aveva tradizionalmente caratterizzato la disciplina sanzionatoria

del licenziamento illegittimo nell'ambito delle organizzazioni imprenditoriali di maggiori dimensioni, e che in particolare ha dato luogo a vivaci dispute – su cui il presente studio non ha mancato di assumere posizione e di esprimere il proprio avviso – sulle questioni inerenti alla corretta accezione ed ai coerenti margini di operatività da riconoscersi alle accennate fattispecie di “ingiustificatezza qualificata” che consentono la sanzione in chiave ripristinatoria dell'illegittimo recesso.

Il presente studio prende in considerazione, da ultimo, le disposizioni “in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti” introdotte con il D. Lgs. n. 23/2015 – quale applicabile solo ai lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato a far tempo dalla data (7 marzo 2015) di entrata in vigore del Decreto – con conseguente risultanza di una disciplina che, senza incidere neanche essa sulle causali di recesso, ha introdotto un meccanismo di tutela per effetto del quale da un lato il rimedio ripristinatorio del rapporto rappresentato dalla reintegrazione nel posto di lavoro risulta destinato a trovare ancor più marginale applicazione, dall'altro risulta completamente abolito il secondo canale di accesso al rimedio ripristinatorio che, nel sistema della L. n. 92/2012, resta assicurato dalla previsione della punibilità del fatto stesso con una sanzione conservativa da parte della disciplina collettiva applicabile al rapporto (che, sotto questo profilo, era stata elevata dal legislatore ad autentico arbitro della proporzionalità tra infrazione e disciplinare e relativa sanzione). Il tutto in termini da indurre alcuni autori a rilevare come, per effetto dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 23/2015, sia nella sostanza venuta meno quella “rete di sicurezza” rappresentata dalle previsioni dei contratti collettivi che con riferimento ai rapporti di lavoro sorti anteriormente al 7 marzo 2015 consente di

scongiurare risoluzioni del rapporto di lavoro attuate a mezzo di licenziamenti arbitrari ed ingiusti, e che in definitiva permette all'accertata violazione del principio di proporzionalità di produrre un effetto ripristinatorio del rapporto di lavoro.

\*\*\* \*\*

Nelle ultime pagine di questo studio, infine, vengono affrontate le questioni relative alla compatibilità con la Costituzione e con la legislazione comunitaria di un regime sanzionatorio dei licenziamenti disciplinari ingiustificati – quale quello delineato dal D. Lgs. n. 23/2015 – che in sostanza risulta fondato sulla previsione di una tutela meramente obbligatoria ed indennitaria.

Ciò non solo allo scopo di verificare se, invece, una tutela reale contro il licenziamento ingiustificato costituisca oggetto di un diritto fondamentale garantito da norme sovraordinate, ma anche per accertare se la disciplina prevista dal decreto in parola possa ritenersi compatibile con il divieto di irrogare licenziamenti arbitrari sancito da dette norme.

In questa prospettiva, attraverso una disamina delle pronunce espresse in materia dal Giudice delle leggi e non senza aver prima valutato le disposizioni del D. Lgs. n. 23/2015 alla luce dei principi sanciti dalla legislazione comunitaria (e in particolare dall'art. 30 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, c.d. Carta di Nizza, nonché dall'art. 24 della Carta Sociale Europea), il presente studio non manca di sottolineare, in un discorso più generale di politica del diritto, come l'intervento normativo del legislatore del 2015 appaia collocarsi all'interno di un contesto concettuale tendente a valorizzare la protezione del prestatore – secondo le

logiche della c.d. *flexicurity* – non più sulla base di strumenti di protezione “dello specifico posto di lavoro”, bensì per il tramite di strumenti che operano “nel” mercato del lavoro, sulla scorta del presupposto teorico secondo cui il livello e la tipologia di tutela del posto di lavoro risulterebbe in grado di influenzare i livelli di occupazione.

In questo senso, l’intera struttura concettuale della riforma attuata attraverso il D. Lgs. n. 23/2015 appare dominata da valutazioni strettamente economiche, nel senso che le tecniche utilizzate dal legislatore delegato per perseguire il dichiarato obiettivo di un incremento dell’occupazione si appalesano come espressione tipica d’un approccio di “analisi economica del diritto” (*law and economics*).

In questo senso, il presente studio segnala come l’approccio votato all’analisi economica del diritto che caratterizza l’intero impianto del D. Lgs. n. 23/2015 finisca per determinare uno spostamento del diritto del lavoro da una prospettiva fondata sull’equilibrio e sul contemperamento degli interessi contrapposti delle parti del rapporto ad una visione basata sul fondamentalismo del mercato, che finisce per comportare un progressivo assoggettamento del diritto del lavoro ad una nuova “signoria dei valori economici” e ad una sua funzionalizzazione a strumento di stimolo della domanda e di efficientamento del mercato.

Sulla scorta di queste considerazioni, il presente studio non manca di interrogarsi sulla questione se il sistema di tutela apprestato dal D. Lgs. n. 23/2015 valga ad integrare quel *minimum* indefettibile di tutela contro il licenziamento illegittimo che, secondo i principi ripetutamente espressi dalla Consulta e dal legislatore comunitario, risulta costituito dalla configurabilità di vincolo costituzionale per il legislatore ordinario di

prevedere una forma di tutela contro il recesso ingiustificato, e soprattutto di stabilire il principio della giustificazione causale del recesso nonché della sindacabilità giudiziale dei motivi ad esso sottostanti.

# CAPITOLO I

## STRUTTURA E FUNZIONE DEL POTERE DISCIPLINARE

*Sommario: I.1) La “anomalia” del potere disciplinare del datore di lavoro e il problema della sua natura. I.2) Il fondamento contrattuale del potere disciplinare e la sua funzione: rapporti tra la responsabilità disciplinare e la responsabilità civile del lavoratore ex art. 1218 c.c. I.3) I limiti posti dall’ordinamento all’esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro; il principio di proporzionalità tra sanzione e gravità dell’infrazione come limite alla discrezionalità dell’esercizio del potere disciplinare e come espressione dei più generali principi di correttezza e buona fede.*

### **I.1) La “anomalia” del potere disciplinare del datore di lavoro e il problema della sua natura.**

L’indagine dell’interprete che voglia approfondire le tematiche in ordine alla giustificazione del licenziamento

motivato da ragioni “disciplinari” – vale a dire da profili che risultino ascrivibili alla “colpa” del lavoratore – non può prescindere da una preliminare disamina di quel potere del datore di lavoro che trova proprio nella relativa iniziativa di recesso dal rapporto la sua più eclatante e netta espressione, e la cui imposizione in capo al prestatore di lavoro costituisce per altro verso (unitamente alla soggezione di quest’ultimo al potere direttivo ed al potere di controllo della prestazione lavorativa spettanti al “capo dell’impresa”, come definito dalla disposizione di cui all’art. 2086 c.c.) indice rivelatore della situazione di subordinazione in cui l’interessato versa all’interno del rapporto giuridico di cui è parte.

Si vuole con ciò fare riferimento, evidentemente, al potere disciplinare del datore di lavoro, che nell’attuale quadro normativo di riferimento ha trovato formale riconoscimento nella disposizione di cui all’art. 2106 c.c. con cui il legislatore – subito dopo aver sancito da un lato il dovere del prestatore di lavoro di “usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall’interesse dell’impresa e da quello superiore della produzione nazionale” (art. 2104, co. 1 c.c.) e di “osservare le disposizioni per l’esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dall’imprenditore” (art. 2104, co. 2 c.c.), dall’altro il divieto del prestatore medesimo “di trattare affari in concorrenza con l’imprenditore”, ovvero di “divulgare notizie attinenti all’organizzazione e ai metodi di produzione dell’impresa”, ovvero ancora di “farne uso in modo da poter arrecare ad essa pregiudizio” (art. 2105 c.c.) – ha sancito il principio che l’inosservanza dei precetti di cui alle norme appena citate “può dar luogo all’applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell’infrazione”.



Al riguardo vale la pena di ricordare preliminarmente come la dottrina prevalente abbia riconosciuto la sussistenza di un “collegamento funzionale” tra i poteri direttivo e disciplinare di cui è titolare il datore di lavoro, che tuttavia si distinguono in ragione del fatto che il primo è essenzialmente un “potere di conformazione” – vale a dire un potere di determinare volta per volta, ovvero di specificare, l’oggetto dell’obbligazione di prestazione dedotta nel contratto di lavoro (e cioè “di individuare quale tra le mansioni contrattualmente previste nel contratto individuale debba, tempo per tempo, essere eseguita, nonché di dettare disposizioni per l’esecuzione e la disciplina del lavoro”) – mentre il secondo si concreta nel potere di irrogare sanzioni che si sostanzierebbero in vere e proprie “pene private”<sup>1</sup>.

Fermo il comune carattere strumentale dei poteri direttivo, di controllo della prestazione lavorativa e disciplinare di competenza del datore di lavoro, ed in particolare il loro atteggiarsi come “forme tipizzate di esercizio della sua libertà di iniziativa economica”, si deve in questa sede considerare come la rilevanza normativa della disposizione di cui all’art. 2106 c.c. sia stata sottolineata in dottrina (senza voler con ciò anticipare concetti ed argomentazioni che saranno più diffusamente sviluppati nel prosieguo) sulla scorta della considerazione per cui essa è valsa da un lato a “ricollegare il dovere di obbedienza del lavoratore di cui all’art. 2104, co.2 c.c. ad un interesse organizzativo del datore di lavoro”, dall’altro a “trasferire siffatto interesse” di quest’ultimo “alla sua

---

<sup>1</sup> Così Persiani, *Preliminari al potere disciplinare*, in Trattato di diritto del lavoro diretto da M. Persiani e F. Carinci – Vol. quarto, *Contratto di lavoro e organizzazione* – Tomo primo, *Contratto e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, pag. 800 ss.

posizione contrattuale, quale parte del contratto individuale del lavoro”<sup>2</sup>.

Il tutto sulla scorta di un’opzione concettuale per effetto della quale la responsabilità del prestatore di opere per il mancato rispetto degli obblighi su di lui gravanti in forza del rapporto di lavoro “non si esaurisce nel profilo dell’inadempimento della prestazione lavorativa” (vale a dire dell’obbligazione principale che il contratto pone a carico dello stesso lavoratore e che risulta in particolare riguardata dalla disposizione di cui all’art. 2104, co. 1 c.c.), “ma interessa anche la violazione di regole a contenuto più generale, che riguardano in primo luogo l’organizzazione e la “disciplina” del lavoro” ed a cui fa in particolare riferimento la previsione di cui al comma 2 della disposizione stessa<sup>3</sup>.

Fermo quanto sopra, si deve peraltro sottolineare come il momento attributivo del potere disciplinare al datore di lavoro, quale realizzato ed espresso dalla disposizione di cui all’art. 2106 c.c., non rappresenti affatto, nel panorama dell’ordinamento giuridico di riferimento, l’unica ed isolata occasione di riconoscimento e di legittimazione del potere medesimo da parte del legislatore.

Ciò ove si considerino le disposizioni di cui all’art. 7 della L. 20 maggio 1970 n. 300, con cui il legislatore è intervenuto a definire i limiti operativi per il concreto esercizio del potere disciplinare, in termini idonei a “controbilanciare la posizione di debolezza contrattuale del prestatore, sia riconoscendogli diritti specifici, sia ponendo limiti (in particolare procedurali) all’esercizio di una

---

<sup>2</sup> Così Persiani, op. cit.

<sup>3</sup> In questi termini, Mainardi, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, UTET Giuridica, Torino, 2012, pag. 13.

prerogativa datoriale fino ad allora esercitabile in modo sostanzialmente libero”<sup>4</sup>.

Vengono in considerazione sotto questo punto di vista, quali elementi idonei a delimitare i confini del legittimo esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro, le specifiche disposizioni del predetto art. 7 che sanciscono che “le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata e alle procedure di contestazione delle stesse devono” non solo “essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti”, ma devono altresì “applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti ove esistano” (comma 1); ovvero che pongono a carico del datore di lavoro specifiche procedure di contestazione degli addebiti nonché l’obbligo di dar spazio alla difesa dell’incolpato (comma 2), ovvero ancora che definiscono limiti sostanziali alle tipologie delle sanzioni che possono essere irrogate al lavoratore (comma 3).

In questo senso, risulta in particolare evidente come, attraverso il rinvio alle previsioni dei codici disciplinari predisposti dai CCNL applicabili (e, più in particolare, attraverso il rinvio alle descrizioni delle condotte vietate operate da detti codici), le disposizioni di cui all’art. 7 della L. n. 300/1970 finiscano per rivestire una funzione integrativa delle previsioni di cui all’art. 2106 c.c., che già limitavano l’area delle condotte sanzionabili alle violazioni degli obblighi di diligenza (art. 2104, co. 1 c.c.), di obbedienza (art. 2104, co. 2 c.c.) e di fedeltà (art. 2105 c.c.): e ciò nella misura in cui l’anzidetto rinvio alle fonti contrattuali “vale ad attribuire alla normativa disciplinare dei contratti il valore di una predeterminazione “esclusiva”

---

<sup>4</sup> Così Mainardi, op. cit., pag. 14.

delle condotte illecite”, delineando – in un approccio di tipizzazione contrattuale delle condotte stesse – il “catalogo” dei comportamenti del prestatore che possono integrare in concreto, al di là della astratta “previsione di rinvio” espressa dal disposto dell’art. 2106 c.c., la violazione di quegli obblighi<sup>5</sup>.

Alla luce delle considerazioni che precedono, risulterebbe quindi ingeneroso l’atteggiamento mentale dell’interprete che intendesse rimproverare al legislatore di non aver posto limiti al riconoscimento ed alla legittimazione del potere disciplinare del datore di lavoro, sia in sede di attribuzione del potere medesimo (attraverso la previsione degli specifici obblighi contrattuali alla cui violazione il datore medesimo è autorizzato a reagire “in chiave disciplinare”, nonché attraverso l’enunciazione del principio che le relative sanzioni devono essere applicate secondo un principio di correlazione rispetto alla gravità dell’infrazione da sanzionare) che in sede di esercizio del relativo potere da parte dell’imprenditore (attraverso la previsione dei limiti a tale riguardo sanciti dalle disposizioni di cui all’art. 7 della L. n. 300/1970): e ciò, evidentemente, in un approccio di tutela del prestatore di

---

<sup>5</sup> In questo senso Mainardi, op. cit., pag. 15, ad avviso del quale “il rinvio più o meno ampio e vincolante alla contrattazione per la determinazione dei contenuti della materia disciplinare” autorizza l’interprete a concludere che “in sostanza, sul piano delle fonti, sia l’art. 2106 c.c. che l’art. 7 St. Lav. realizzano un modello normativo in base al quale – fermo restando il carattere primario (la legge) della fonte del potere – il possibile rilievo disciplinare di un determinato fatto o comportamento del lavoratore, così come la predisposizione di norme più favorevoli circa il procedimento disciplinare, è rimesso alla determinazione in tal senso da parte del contratto collettivo”.

lavoro in quanto parte più debole della relazione contrattuale.

E purtuttavia è stato autorevolmente osservato, al riguardo, come l'esame delle posizioni assunte in proposito dalla dottrina giuslavoristica del secondo dopoguerra consenta di riscontrare il sostanziale "diffidente sospetto" di quest'ultima "nei confronti del potere disciplinare, in quanto considerato un potere di supremazia personale (...) da un lato ritenuto difficilmente giustificabile alla stregua dei principi accolti dalla Costituzione repubblicana e, d'altro lato, ritenuto difficilmente riconducibile alla prospettiva del diritto privato perché contraddittorio rispetto alla logica contrattuale che necessariamente postulerebbe la parità delle parti"<sup>6</sup>.

Prima di procedere ad una disamina della fondatezza di tale posizione concettuale "di sospetto" espressa dalla dottrina nei confronti del potere disciplinare, vale la pena di sgomberare subito il campo da ogni possibile equivoco che potesse indurre l'interprete a dubitare della natura di "potere di supremazia" rivestita dal potere disciplinare di cui è titolare "in esclusiva" il datore di lavoro: e ciò sulla scorta del rilievo secondo cui difetterebbe comunque, in capo a quest'ultimo, il potere di determinare unilateralmente le regole di comportamento cui controparte dovrebbe conformarsi, che troverebbero invece la loro fonte solamente nella legge e nel contratto collettivo, di modo che all'imprenditore sarebbe riconosciuto in realtà solo il potere di "applicare" (secondo la lettera del disposto dell'art. 2106 c.c.) le sanzioni già previste da una fonte eteronoma di grado superiore al contratto individuale, quale in passato identificantesi nelle

---

<sup>6</sup> Così Persiani, op. cit., pag. 770.

norme corporative ed all'attualità dai contratti collettivi che risultassero applicabili al rapporto<sup>7</sup>.

A fronte di tali considerazioni è stato infatti condivisibilmente obiettato che “se la nozione di supremazia presuppone, nell'ambito di una relazione di debito-credito, il riconoscimento ad una parte di poteri e facoltà che sono denegati all'altra e ne peggiorano sensibilmente la posizione negoziale, (...) è difficile disconoscere al potere disciplinare – così com'è profilato, quanto all'esercizio, nella contrattazione collettiva – i connotati” che ne consentono la qualificazione come autentico potere di supremazia, inteso quale “subordinazione degli interessi di una parte a quelli, riconosciuti prevalenti, dell'altra”, con conseguente “affievolimento della posizione soggettiva corrispettiva” riferibile alla prima<sup>8</sup>.

Sotto questo profilo, tale qualificazione del potere disciplinare risulterebbe legittimata “dall'osservazione del modo e delle condizioni di esercizio del potere stesso, così come risultano dalla fonte collettiva cui rinvia l'art. 2106 includendola, esplicitamente, nell'area della disciplina regolatrice”: e ciò ove si consideri che “i divieti prefigurati nel sistema penalistico aziendale (..) lasciano scoperto e disponibile un ampio margine di precisione non misurabile con la “bilancia di precisione della giustizia statale”, nel senso che a differenza del legislatore penale – che all'art. 1 sancisce la necessità di una preventiva “disposizione espressa” affinché il reo possa essere riconosciuto criminalmente responsabile e sottoposto a pena – la

---

<sup>7</sup> In questo senso Assanti, *Relazione al Seminario*, in *Le sanzioni disciplinari nella contrattazione collettiva*, Milano, 1963, pag. 91 ss.

<sup>8</sup> Così Montuschi, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1973, pag. 45.

contrattazione collettiva “accoglie tale regola solo formalmente”, ma “nella sostanza, attraverso il rinvio alle clausole generali e l’uso contestuale di concetti elastici ed imprecisi (ad es.: “la morale”, “l’igiene”, “la sicurezza”) ne nega la pratica rilevanza”<sup>9</sup>.

Il tutto con approccio identificativo della regola destinata ad essere presidiata sotto il profilo disciplinare che – nella misura in cui non consente di individuare *a priori* una “obiettiva e stabile coordinazione fra la sanzione afflittiva ed il precetto che impone una regola di condotta” – permette di cogliere la “ampiezza, davvero cospicua, riservata alla posizione del datore di lavoro”. In questo modo non solo finisce per essere sanzionata “la violazione dei c.d. ordini di servizio direttamente emanati dall’imprenditore”, ma soprattutto finisce per essere attribuito a quest’ultimo il potere di creare il precetto di riferimento: “e, quel che è più grave, egli lo potrà fare *a posteriori*, valutando e censurando l’agire del prestatore in rapporto a quelle clausole in bianco che lo reintegrano nella sua posizione di supremazia e di signoria domestica”<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Così Montuschi, op.cit., pag. 47.

<sup>10</sup> Così Montuschi, op.cit., pag. 47-48. Sul punto vale sottolineare anche quanto affermato da quegli Autori che, avuto riguardo alla disposizione di cui all’art. 7, co. 1 della L. n. 300/1970 con cui viene sancito che il sistema disciplinare aziendale deve “applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano”, hanno osservato che “quest’ultimo inciso, inserito a tutta evidenza per rispettare le indicazioni della giurisprudenza costituzionale quanto agli effetti derivanti dalla inattuazione della seconda parte dell’art. 39 Cost., finisce implicitamente per riconoscere al datore un potere di determinazione in via unilaterale della fattispecie disciplinare, che appare come un’acquisizione successiva all’originaria sistematica del codice e a questa, a ben vedere, del tutto estranea.

Ed al riguardo è stato osservato che anche se in questa operazione di individuazione di un concreto dovere di comportamento desunto da una clausola generale ed astratta – al fine di giustificare la conseguente applicazione di una determinata sanzione – l'imprenditore dovrà comunque osservare un criterio di proporzionalità tra quest'ultima ed il comportamento stesso, ne risulterà nondimeno “ugualmente riaffermata, in fatto ed in diritto, la sua posizione autoritaria, la sua supremazia, il prestigio personale, tanto più se si pensa che il medesimo soggetto è abilitato a giudicare attorno alla violazione, a individuare la pena equa e proporzionale e ad eseguire la relativa sentenza senza che in tutta questa sequela di atti e comportamenti si inserisca l'intermediazione di un terzo”<sup>11</sup>.

Altri Autori, invece, hanno ritenuto di poter sottolineare il carattere autoritativo e la natura di potere di supremazia rivestito dal potere disciplinare in ragione della

---

Originariamente, infatti, l'art. 2106 c.c. trovava completamente nella carta del lavoro del 21 aprile 1927 (che pur non avendo uno *status* giuridico preciso si considerava comunque appartenente al novero delle fonti di diritto), la cui dichiarazione IX sanciva la nullità del contratto collettivo che non contenesse “norme precise sui rapporti disciplinari”. La legittimità della predisposizione unilaterale del codice non è dunque un prodotto originale, ma è conseguenza dell'astensionismo dello Stato repubblicano, paradossalmente confermata dal legislatore dello Statuto che, nella parte in cui impone al datore di applicare in materia “accordi collettivi ove esistano” (art. 7 st. lav.), sembra voler riconoscere *a contrariis* che l'assenza di pattuizioni collettive sul punto non è di ostacolo all'esercizio del potere disciplinare”: così Ferrante, in *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, a cura di Sandro Mainardi, Cap. I, *Fondamento e natura del potere disciplinare*, pag. 7.

<sup>11</sup> Così Montuschi, op.cit., pag. 49.



sua idoneità a “determinare unilateralmente una modifica temporanea del rapporto di lavoro, in relazione a un inadempimento del prestatore di lavoro”<sup>12</sup>, vale a dire in ragione della possibilità che in forza di esso viene consentita al datore di lavoro “di operare direttamente nella sfera giuridica del lavoratore subordinato” (e ciò facendo sorgere in capo a quest’ultimo obbligazioni economiche come nel caso di irrogazione della multa, ovvero determinando situazioni sfavorevoli sotto il profilo morale ovvero economico-professionali, come rispettivamente nel caso del rimprovero ovvero della sospensione dal servizio e/o dalla retribuzione, ovvero ancora comportando addirittura il venir meno del rapporto di lavoro come nel caso del licenziamento disciplinare).

Quanto sopra in termini idonei a consentire all’interprete di qualificare il potere disciplinare come una situazione soggettiva configurabile quale “diritto potestativo”, o se si preferisce come un “potere di tutela” riconosciuto dall’ordinamento al datore di lavoro e da questi esercitabile (come si vedrà più specificamente *infra*) “non solo per reagire all’inadempimento dell’obbligazione di lavorare, ma per reagire anche a qualsiasi lesione della sfera giuridica del datore di lavoro, comprensiva di tutti gli interessi di questo che l’ordinamento valuta come meritevoli di tutela”<sup>13</sup>.

A fronte della illustrata natura di “potere di supremazia” rivestita dal potere disciplinare esercitabile dall’imprenditore nel contesto del rapporto di lavoro, resta a questo punto da dirimere il diverso nodo del fondamento e del titolo costitutivo della relativa situazione soggettiva,

---

<sup>12</sup> Così Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli Editore, Milano, 1980, pag. 142.

<sup>13</sup> Così Persiani, *op. cit.*, pag. 801.

anche e soprattutto in ragione della necessità di conciliare la legittimazione del riconoscimento di una tale situazione di primato dell'imprenditore nei confronti del prestatore in un contesto, quale quello del diritto dei contratti, rigorosamente ispirato al principio della pari dignità e libertà di entrambe le parti del contratto.

Agli albori della rivoluzione industriale, e nello “spazio vuoto di diritto”<sup>14</sup> in cui questa ebbe a muovere i suoi primi passi, il potere disciplinare del datore di lavoro trovò il proprio titolo giustificativo nella logica della organizzazione dell'impresa, ponendosi come un effetto connaturato all'inserimento del lavoratore nell'organizzazione medesima, “nonché “proprietà essenziale” del rapporto di lavoro, e come uno strumento indispensabile di governo dell'organizzazione aziendale, per il quale non occorre la previsione di un complesso di regole nella legge o nei contratti collettivi o individuali di lavoro”<sup>15</sup>.

Sulla scorta di un tale approccio concettuale il potere disciplinare del datore di lavoro risultava giustificato in ragione del fatto che “il padrone assume la direzione, l'autorità e la disciplina e tutte le responsabilità che meritano bene di essere sanzionate con un diritto speciale”, stante la necessità che “il padrone, direttore e responsabile,

---

<sup>14</sup> L'espressione è di Galgano, in *Diritto Commerciale. Parte prima. L'imprenditore*, seconda ed., Zanichelli, Bologna, 1986, pag. 118.

<sup>15</sup> In questi termini Del Conte, *Il potere disciplinare*, in Trattato di diritto del lavoro diretto da M. Persiani e F. Carinci – Vol. quarto, *Contratto di lavoro e organizzazione* – Tomo primo, *Contratto e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, pag. 805.

sia sufficientemente armato, al fine di prevenire ogni turbamento, ogni disobbedienza, ogni leggerezza”<sup>16</sup>.

Quanto sopra in una prospettiva per cui il potere in parola, in quanto essenzialmente fondato sulla proprietà o sulla disponibilità dei mezzi di produzione, non poteva che tradursi in un potere di supremazia personale, vale a dire in un potere autoritario – come tale “speciale”, “anormale”<sup>17</sup> ed “anomalo”<sup>18</sup> – che, ponendosi al di fuori delle regole generali proprie del diritto dei contratti, avrebbe avuto la sola funzione di “riaffermare l’autorità del datore di lavoro” e di “garantire l’osservanza dei principi di ordine, di unità e di autorità” cui deve essere ispirata l’organizzazione dell’impresa<sup>19</sup>, ed a cui avrebbe fatto riscontro la soggezione del lavoratore<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Così Betocchi, in *Il contratto di lavoro nell’economia e nel diritto*, Napoli, 1897, pag. 521.

<sup>17</sup> In questi termini Montuschi, op. cit., pag. 7.

<sup>18</sup> Così Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2.a ed., II, Milano, 1917, pag. 830.

<sup>19</sup> In questo senso Greco, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, VII, 3, Torino, 1939, pag. 58.

<sup>20</sup> Al proposito è stato osservato che “l’anomalia riscontrata nei confronti del potere disciplinare del datore di lavoro, in quanto ritenuto potere di supremazia personale, è assai più vistosa di quella del potere direttivo. Quest’ultimo, infatti, ancorché possa assumere, quando si esprime nello *jus variandi* e nel potere di trasferimento, i connotati di un vero e proprio diritto potestativo, si pone soltanto come un mero potere di specificazione dell’oggetto di un’obbligazione che, però, deriva da un contratto già concluso” (in relazione al quale, ovviamente, il prestatore ha nel frattempo avuto modo di ponderare ed esprimere il suo consenso, avuto anche riguardo alle conseguenze che da quest’ultimo gli potranno derivare): così Persiani, op. cit., pag. 778.

In tale contesto storico, è stato autorevolmente osservato come la mancanza di una esplicita previsione normativa non ha finito per incidere negativamente “sul riconoscimento e la funzionalità” del potere disciplinare, nel senso che all’epoca la relativa “posizione di vantaggio non è stata, in realtà, messa in dubbio da nessuno” e la cultura della nascente industria italiana ha in sostanza espresso un “generale accordo sulla necessità del potere” stesso anche prima del suo riconoscimento normativo<sup>21</sup>.

Anche nel panorama della cultura giuslavoristica del periodo corporativo il potere disciplinare conserva la sua vocazione autoritaria: in particolare, il potere disciplinare costituirebbe, unitamente al potere direttivo cui risulta funzionalmente collegato, una “specificazione” del potere gerarchico di cui è titolare il capo dell’impresa, e l’elemento caratterizzante il rapporto giuridico di gerarchia di cui quest’ultimo è parte unitamente al prestatore di lavoro sarebbe costituito dalla circostanza

---

<sup>21</sup> Più particolarmente, è stato osservato che “la disponibilità dei mezzi di produzione, e quindi la responsabilità del processo produttivo in tutti i suoi momenti e in tutte le sue possibili articolazioni, giustifica una posizione di preminenza rispetto a chi non è partecipe di quella titolarità e non può che soggiacere alle manifestazioni del suo esercizio” quali il poteri direttivo e disciplinare: potere, quest’ultimo, che in particolare si afferma come “strumento di autotutela, di autoprotezione del momento organizzativo” posto a salvaguardia dei beni organizzati a beneficio di chi ne ha la disponibilità, e per altro verso come una posizione soggettiva che “trae il suo titolo giustificativo dalla realtà dei fatti (sicché si atteggia a complemento del diritto di combinare, secondo la formula più vantaggiosa, i fattori della produzione) piuttosto che dall’investitura della legge”; in questo senso ed in questi termini Montuschi, op. cit., pag. 11 ss.

dell'“inserimento del suo soggetto passivo nella sfera giuridica di autonomia del soggetto attivo”<sup>22</sup>.

Ma è soprattutto nel periodo del secondo dopoguerra – ed in particolare dopo l'introduzione, da parte del codice civile del 1942, di una “previsione positiva” del potere disciplinare quale quella espressa dalla disposizione di cui all'art. 2106 c.c. – che il problema del fondamento disciplinare è comprensibilmente destinato ad acquistare particolare rilevanza, allorché si impone la necessità di valutare la coerenza e la compatibilità della sua già illustrata natura di potere di supremazia con i principi di libertà e pari dignità delle parti di un contratto di lavoro che risultano consacrati dalla Costituzione repubblicana del 1948.

In questo senso, secondo un primo orientamento dottrinario (c.d. teoria organicista o istituzionalista) il potere disciplinare non potrebbe derivare dal contratto, proprio perché incompatibile con il principio della parità delle parti contrattuali, e si qualificerebbe piuttosto “come un elemento estraneo allo scambio, che ne turba anzi l'equilibrio, assoggettando la fase esecutiva del contratto ad una signoria che si manifesta in comportamenti estranei alla logica dell'attuazione di un programma condiviso”<sup>23</sup>. In quanto potere di autorità e supremazia, esso non potrebbe trovare la sua giustificazione “nell'illusoria e tranquillante immagine di

---

<sup>22</sup> Così Del Conte, op. cit., pag. 805, riferendo la posizione dottrinale di Greco, op. cit., pag. 321 ss.

<sup>23</sup> Così Ferrante, op. cit., pag. 5, che sottolinea come proprio in ragione della sua percezione come frutto di una posizione di supremazia il potere disciplinare, nella sua concezione istituzionalista, risulta assimilabile al potere dello Stato, con conseguente “necessità che sia sottoposto a vincoli, formalità e fasi procedurali, che ne governino ogni manifestazione”.

un potere che vive e si consuma nell'ambito di una relazione tra soggetti privati"<sup>24</sup>, ma si legittimerebbe in quanto espressione esclusiva dell'ordinamento giuridico aziendale, vale a dire dell'impresa come "istituzione" e come ordinamento giuridico particolare, ai cui interessi ed alla cui "organizzazione" il potere in parola sarebbe funzionale.

Più particolarmente, il potere direttivo ed il potere disciplinare sarebbero prerogativa essenziale dell'impresa-istituzione e preesisterebbero al contratto di lavoro; con la conseguenza che il lavoratore risulterebbe ad esso assoggettato non in forza di una previsione contrattuale e nei limiti della relativa pattuizione, bensì in forza della legge e per effetto del suo inserimento nell'ordinamento organizzativo e gerarchico dell'impresa, di cui il datore di lavoro costituisce il vertice.

Secondo questa prospettiva (che sottintende evidentemente la concezione dell'impresa come ordinamento suscettibile di vivere *jure proprio* e distinto da quello statale), infatti, per effetto dell'inserimento nell'organismo aziendale il lavoratore "viene a trovarsi in una particolare situazione giuridica di subordinazione (ex artt. 2085 e 2086 c.c.) nella quale trova espressione il potere punitivo dell'imprenditore, allo stesso attribuito dall'ordinamento per il perseguimento di finalità che trascendono la funzione tipica dei singoli contratti di lavoro"<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Così Montuschi, op. cit., pag. 150.

<sup>25</sup> Così Del Conte, op. cit., pag. 807, che – citando la posizione espressa da Mengoni in *Due anni di applicazione dello statuto dei lavoratori*, MGL, VI serie, Anno XLV, pag. 559 – osserva che l'art. 2106 c.c. "inserisce nella struttura normativa del contratto un elemento contraddittorio costituito da un potere di supremazia speciale, che propriamente appartiene

Secondo un diverso indirizzo dottrinario, invece, il potere disciplinare troverebbe il suo fondamento nel contratto (c.d. teoria contrattualistica), dal momento che a quest'ultimo dovrebbe essere riconosciuta non solo la individuazione della prestazione che forma il suo oggetto, ma anche la capacità di "organizzare" la prestazione medesima, sì da autorizzare a ritenere che "nella fattispecie legale di cui all'art. 2094 c.c. sarebbe stato introiettato l'interesse del datore al coordinamento della prestazione di lavoro dei propri dipendenti" e da riconoscere quindi "fondamento contrattuale ai poteri di direzione e controllo dell'imprenditore, nonché al potere di sanzionare le mancanze del prestatore"<sup>26</sup>.

In questa prospettiva il contratto di lavoro si pone come "lo strumento idoneo a realizzare l'organizzazione dell'attività lavorativa", sì da consentire "il perseguimento degli interessi dell'imprenditore sul piano della complessiva strutturazione del lavoro": ed in tale contesto, da un lato "l'obbligazione assunta dal lavoratore comprende in sé la subordinazione", dall'altro, il potere disciplinare "è strumento di tutela degli interessi contrattuali sottesi al rapporto di lavoro"<sup>27</sup> (che

---

all'imprenditore non quale parte contraente, ma in quanto capo dell'organizzazione in cui il lavoratore mediante il contratto viene incorporato".

<sup>26</sup> Così Ferrante, op. cit., pag. 5, che sottolinea come alla teoria contrattualista – che ha sicuramente il merito di superare il dualismo tra contratto ed istituzione che caratterizza la teoria istituzionalista – sia stato rimproverato "il prezzo pagato" per conseguire un tale risultato, in termini di "dilatazione della prestazione dovuta (o dell'elemento causale), che proietterebbe gli obblighi contrattuali di comportamento al di là dell'area propriamente attinente alla prestazione lavorativa".

<sup>27</sup> Così Del Conte, op. cit., pag. 807, che sottolinea come anche alla teoria contrattualista sia stata rimproverata, come alla teoria

evidentemente – secondo questa impostazione concettuale – non attengono solo alla erogazione della prestazione lavorativa, ma riguardano anche il rispetto della funzionalità e delle correlate esigenze dell'organizzazione aziendale).

## **I.2) Il fondamento contrattuale del potere disciplinare e la sua funzione: rapporti tra la responsabilità disciplinare e la responsabilità civile del lavoratore ex art. 1218 c.c.**

L'esame delle posizioni assunte sul punto dalla dottrina giuslavorista consente di rilevare come la stessa abbia sostanzialmente finito per ripudiare la nozione di impresa-istituzione, in ragione delle cui esigenze organizzative si giustificerebbe il potere disciplinare, e si sia per converso orientata “a collocare quel potere nell'ambito delle posizioni di vantaggio attribuite al datore di lavoro direttamente dal contratto individuale, in virtù

---

istituzionalista, la teorizzazione di una “concezione strumentale del contratto di lavoro nei confronti dell'organizzazione del lavoro”, con particolare riferimento all'osservazione di quegli Autori che hanno segnalato che “un conto è sostenere che il contratto di lavoro per la sua conformazione è particolarmente idoneo al funzionamento dell'impresa, e un altro è sostenere che la struttura del negozio è piegata a tale funzionamento” (così Spagnuolo Vigorita, *Il potere disciplinare dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, in *Il Diritto del Lavoro* diretto da A. Miglioranza, Vol. XLV, 1971, p. 266 ss.).



della sua causa essenzialmente connotata dalla costituzione del rapporto di subordinazione”<sup>28</sup>.

In questo senso, ed ancor più esplicitamente, è stato osservato che “se il contratto è la fonte, la fattispecie costitutiva dei diritti e degli obblighi delle parti, è difficile disconoscere al potere disciplinare il ruolo di posizione soggettiva di origine convenzionale, né si può rifiutarne, coerentemente, l'imputazione al complesso degli effetti tipici contrattuali”<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Così Del Conte, op. cit., pag. 807, che al riguardo sottolinea peraltro come “la giurisprudenza continui a ritenere elemento determinante per la qualificazione dell'opera prestata come lavoro subordinato l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale”, secondo la concezione espressa dalla teoria istituzionalista: e ciò nella misura in cui “il frequente richiamo all'inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa si rivela utile, sia per la sua forte portata connotativa della subordinazione sia, sul piano processuale, per la facilità della prova cui essa soggiace”.

<sup>29</sup> Così Montuschi, op. cit., pag. 17, che a proposito osserva (con approccio evidentemente critico rispetto alla teoria istituzionalista ed alla sua pretesa di giustificare il potere disciplinare in funzione delle esigenze di organizzazione dell'impresa-istituzione) che “i tentativi di collocare altrove” il fondamento del potere disciplinare, “sul presupposto della sua strumentalità al profilo organizzativo, non sembrano provvisti di sufficiente forza persuasiva, tenuto conto che si tratta di capovolgere una regola generale del diritto dei contratti” per cui tutte le posizioni soggettive, attive o passive, devono essere ricondotte alla fonte contrattuale. Non pare, infatti, utile, né necessario ricorrere ad altre fonti estrinseche, ma è sufficiente riflettere che “connotato tipico del contratto di lavoro è la subordinazione, che la prestazione dovrà adempersi, in prospettiva, “alle dipendenze” e sotto la direzione dell'imprenditore ex art. 2094 c.c. e, soprattutto, che il contratto è qualificato dalla sua inerenza o destinazione: esso è lo

In punto di giustificazione del potere disciplinare del datore è stato poi autorevolmente osservato che il problema del fondamento dello stesso e dell'estensione della correlata responsabilità del prestatore di lavoro avevano a ben vedere ragion d'essere quando quel potere conseguiva – in un contesto di “vuoto normativo”, vale a dire in assenza di una disciplina positiva di riferimento – alla situazione di proprietà o di disponibilità dei mezzi di produzione.

“Quei problemi, invece, non hanno senso dal momento che quel potere e quella responsabilità sono stati previsti dall'art. 2106 c.c. e, più recentemente, sono stati analiticamente regolati dall'art. 7 della legge n. 300 del 1970”: e ciò in termini da costringere l'interprete che voglia tener conto del dato positivo a “prendere atto che il potere disciplinare, essendo ormai previsto e regolato da esplicite ed analitiche disposizioni di legge” quali quelle sopra citate, “costituisce un effetto naturale del contratto di lavoro, onde è attribuito al datore di lavoro indipendentemente da un'esplicita previsione contrattuale”<sup>30</sup>.

---

strumento o mezzo convenzionale che conferisce il titolo giuridico per l'accesso del lavoratore nell'impresa. Solo a patto di ignorare i termini di questa relazione (cioè il collegamento funzionale – che pure emerge dal contesto positivo – fra il contratto e l'impresa), si può riconoscere come momento estraneo all'assunzione dell'impegno (e al suo oggetto o contenuto, che si rifletterà, poi, nell'articolazione del successivo rapporto) l'aspetto organizzativo e, quindi, il coacervo dei poteri che ne realizzano i presupposti o ne garantiscono la conservazione” (tra cui, ovviamente, il potere disciplinare del datore di lavoro).

<sup>30</sup> Così Persiani, op. cit., pag. 783, che da un lato sottolinea come la disposizione di cui all'art. 2106 c.c. configuri il potere disciplinare “come un effetto del contratto di lavoro inerente al

Né alla configurata giustificazione contrattuale del potere disciplinare potrebbe ostare, a ben vedere, la natura di potere di supremazia unilaterale dallo stesso rivestita, e quindi la sua intrinseca contrarietà al generale principio di pari dignità e libertà delle parti del contratto: ciò, ove si consideri che la fondamentale situazione di subordinazione che qualifica essenzialmente la causa del contratto di lavoro – in termini da implicare il coinvolgimento della stessa persona del prestatore in ragione dell’obbligazione di lavorare “alle dipendenze e sotto la direzione” altrui dallo stesso assunta – costituisce essa stessa una posizione che implica uno squilibrio del sinallagma a discapito del lavoratore, in termini da risultare anch’essa, in linea di

---

potere direttivo del datore di lavoro”, dall’altro come la norma di cui all’art. 7 dello Statuto dei lavoratori, pur confermando l’esigenza del datore di lavoro di disporre di un potere disciplinare, assoggetti lo stesso a “forme di esercizio e di controllo dirette a garantire la posizione contrattuale del lavoratore”, adeguando la struttura autoritaria dell’impresa ai principi della Costituzione e del diritto dei contratti (così, Mengoni, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei lavoratori*, in *L’applicazione dello Statuto dei lavoratori* a cura di G. Pera, Franco Angeli Editore, Milano, 1973). Quanto sopra con la conseguenza che, proprio per effetto di tale assoggettamento a precisi limiti sostanziali e procedurali, “il potere disciplinare è stato spogliato dei caratteri che ne contrassegnavano l’esercizio come emanazione tipica della supremazia gerarchica del capo dell’impresa”, sì da perdere l’“originaria funzione correttiva dei comportamenti difformi dalla disciplina dell’impresa” e da ridurre la sua finalità ad una “funzione sostitutiva del licenziamento nei casi in cui, nonostante la gravità dell’infrazione, il datore di lavoro preferisca non affrontare i rischi che l’applicazione della funzione risolutiva del contratto comporta” (così, Mengoni, in *I poteri dell’imprenditore*, in *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, pag. 403 ss.).

principio, inconciliabile con la logica contrattuale della parità delle parti.

Resta, in ogni caso, il dato di fatto per cui il potere disciplinare risulta compiutamente “giuridicizzato” dall’ordinamento statale, nel senso che è lo stesso legislatore a consentirne l’impiego per reprimere non solo le violazioni dell’obbligazione principale avente ad oggetto la prestazione di lavoro, ma anche le violazioni delle disposizioni per la disciplina di lavoro impartite dall’imprenditore *ex art. 2104, co. 2 c.c.*

Ciò che autorizza l’interprete a concludere che il potere disciplinare, per quanto “anomalo”, in quanto persistentemente connotato in termini di supremazia personale e di autorità confliggenti con il principio della parità delle parti, risulta configurabile come un potere “normale” in quanto calato dallo stesso legislatore all’interno della struttura del contratto, come effetto naturale dello stesso, “in funzione dell’organizzazione del lavoro umano”<sup>31</sup> (e non più quale riflesso della proprietà dei mezzi di produzione) e, deve necessariamente presumersi, in ragione della sua riconosciuta idoneità a consentire la realizzazione di interessi che il legislatore medesimo riconosce in ogni caso meritevoli di tutela, anche distinti ed ulteriori rispetto a quelli connessi al conseguimento della prestazione lavorativa che costituisce oggetto del contratto.

L’acquisizione del dato del fondamento contrattuale del potere disciplinare consente innanzitutto all’interprete di ritenere che, in punto di ripartizione dell’onere della prova in materia di sanzioni disciplinari, graverà sul datore di lavoro, secondo la regola generale di cui all’art. 1218 c.c., provare sia il fatto addebitato nella sua materialità, sia

---

<sup>31</sup> Così Persiani, *op. cit.*, pag. 790.

i profili di sua contrarietà ai doveri che si rimproverano al lavoratore di non aver rispettato; spetterà invece a quest'ultimo, al fine di poter ottenere il riconoscimento della illegittimità della sanzione nel frattempo irrogatagli, fornire la prova della non imputabilità a sua colpa dell'inadempimento rimproveratogli<sup>32</sup>.

Sempre in ragione ed alla luce della acclarata natura contrattuale del potere disciplinare attribuito al datore di lavoro, risulta a questo punto possibile affrontare la questione del rapporto tra la responsabilità per inadempimento di cui all'art. 1218 c.c. e la responsabilità disciplinare in cui può incorrere il lavoratore in conseguenza dell'inadempimento degli obblighi su di lui gravanti in forza del contratto.

Sulla scorta della considerazione che la disposizione di cui all'art. 2104 c.c. (quale richiamato dall'art. 2106 c.c. al fine di identificare gli obblighi la cui violazione, unitamente a quella dei doveri di cui all'art. 2105 c.c., può legittimare l'esercizio del potere sanzionatorio da parte del

---

<sup>32</sup> In questo senso, tra le altre, Cass. Civ. Sez. lav. 26 giugno 1998, n. 6352 per cui, una volta verificata la sussistenza dei fatti specifici addebitati al lavoratore, incombe a quest'ultimo “fornire la prova della non imputabilità dell'inadempimento della prestazione lavorativa e dell'inosservanza delle disposizioni impartite dal datore di lavoro per l'esecuzione della prestazione medesima”. Al riguardo, è stato puntualizzato in dottrina come spetti al datore di lavoro provare il fatto addebitato, “conformemente ai principi generali in materia di distribuzione dell'onere della prova (art. 2697 c.c.)”, e che per converso “sul lavoratore grava invece l'onere di provare l'eventuale riconducibilità del fatto ad una situazione di impossibilità non imputabile, secondo i principi generali in materia di responsabilità contrattuale (artt. 1176 e 1218 c.c.)”: così Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu – Diritto del lavoro, 2. Il rapporto di lavoro subordinato, UTET, 2003, pag. 271

datore di lavoro) risulta articolata nel senso che il suo primo comma riguarderebbe l'obbligazione di lavorare con diligenza, mentre il secondo comma riguarderebbe il dovere di obbedienza (*rectius*, il dovere di osservare "le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore"), è stato ritenuto che le due forme di responsabilità in parola sarebbero concettualmente distinguibili, nel senso che la violazione dell'obbligazione di lavorare darebbe spazio alla responsabilità civile del lavoratore, mentre la violazione del dovere di obbedienza darebbe luogo alla responsabilità disciplinare.

In sostanza, alla diversità dei doveri che risultassero violati dal lavoratore corrisponderebbero due diverse tipologie di responsabilità, nel senso che il lavoratore sarebbe civilmente responsabile ai sensi del disposto dell'art. 1218 c.c. solo in caso di inosservanza dell'obbligazione di lavorare, in termini la ledere un interesse riferibile al datore di lavoro quale parte contrattuale; nel caso in cui invece il comportamento del prestatore fosse di pregiudizio all'organizzazione dell'impresa (e solo indirettamente incidesse sul predetto interesse dell'imprenditore), la responsabilità civile lascerebbe il posto alla responsabilità disciplinare<sup>33</sup>.

Al riguardo, peraltro, è stato osservato che la disposizione di cui all'art. 2106 c.c., nel legittimare l'esercizio del potere disciplinare in ragione della intervenuta violazione degli obblighi sia di prestazione lavorativa che di obbedienza di cui all'art. 2104 c.c., non formula alcuna distinzione tra i primi ed i secondi, e che pertanto "anche l'inadempimento dell'obbligazione di lavorare (...) essendo ricompreso nella previsione dell'art.

---

<sup>33</sup> In questo senso Greco, op. cit., pag. 58.

2106 c.c., può dar luogo a sanzioni disciplinari”: conseguentemente, “anche la responsabilità disciplinare è conseguenza dell’inadempimento” degli obblighi del lavoratore posti a tutela di un interesse riferibile al datore di lavoro nella sua qualità di parte contrattuale<sup>34</sup>.

Al proposito va sin da subito segnalato come sia la dottrina che la giurisprudenza abbiano concordemente riconosciuto il principio per cui “la violazione da parte del lavoratore degli obblighi di fedeltà e diligenza comporta, oltre all'applicabilità di sanzioni disciplinari, anche l'insorgere del diritto al risarcimento del danno”<sup>35</sup>, e che pertanto di fronte alla mancanza del prestatore il datore di lavoro può, secondo una propria scelta discrezionale legata anche a valutazioni di opportunità di gestione del rapporto, limitarsi a far valere solo la responsabilità disciplinare del lavoratore, ovvero agire nei suoi confronti solamente per invocarne la responsabilità civile ex art. 1218 c.c. e senza necessità di procedere alla preventiva contestazione dell’addebito, ovvero ancora cumulare il rimedio disciplinare e quello risarcitorio.

E proprio la considerazione della circostanza che, come sopra sottolineato, anche con riferimento all’ipotesi di inosservanza dell’obbligazione principale di lavorare

---

<sup>34</sup> Così Persiani, op. cit., pag. 792-793.

<sup>35</sup> In questi termini, e nel senso del riconoscimento della cumulabilità del rimedio disciplinare con quello risarcitorio, *ex multis*, Cass. Civ., Sez. lav. 12.1.2009, n. 394; nello stesso senso Cass. Civ., Sez. lav. 26.6.2000, n. 8702; Cass. Civ., Sez. lav. 3.2.1999, n. 950; Cass. Civ., Sez. lav. 7.1.1995, n. 208. In dottrina, Lega, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Milano, 1956, pagg. 215-220; Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957, pagg. 23-26; Assanti, *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1963.

diligentemente che costituisce oggetto del contratto di lavoro possono essere irrogate nei confronti del lavoratore sanzioni disciplinari – in eventuale cumulo con la possibilità del datore di lavoro di far valere, secondo le regole del diritto civile, la sua responsabilità per l'inadempimento dell'obbligazione medesima – impone all'interprete di interrogarsi sulle motivazioni in funzione delle quali può giustificarsi la configurazione, da parte dell'ordinamento, di una responsabilità disciplinare del prestatore “distinta e parallela” rispetto a quella gravante a suo carico ai sensi e per gli effetti della disposizione di cui all'art. 1218 c.c.

Al riguardo va subito rilevato che la distinzione tra la responsabilità disciplinare e la responsabilità per inadempimento prevista dall'art. 1218 c.c. non appare adeguatamente individuabile sulla base dell'assunto secondo cui la prima rivestirebbe un carattere afflittivo e perseguirebbe una funzione essenzialmente intimidatoria e deterrente (nella misura in cui, richiamando il lavoratore all'osservanza dei suoi doveri, svolgerebbe una funzione di prevenzione della futura commissione di analoghe mancanze), mentre la seconda avrebbe uno scopo risarcitorio e di ricostituzione del patrimonio del danneggiato. Si consideri, al riguardo, da un lato che anche le sanzioni in cui trova espressione la responsabilità per inadempimento (risoluzione del contratto e risarcimento del danno) esprimono, sia pure indirettamente, un effetto intimidatorio<sup>36</sup>, dall'altro che le stesse sanzioni disciplinari – oltre ad essere finalizzate alla manutenzione del rapporto attraverso un richiamo del lavoratore ai suoi doveri – “al contempo attraggono in sé la funzione di risarcimento del danno quando questo si sia effettivamente verificato”;

---

<sup>36</sup> Così Persiani, op. cit., pag. 795.



risarcimento che tuttavia, “a differenza che nel campo del diritto civile generale, non si attua mediante la ricostituzione del depauperamento del patrimonio del danneggiato, ma in maniera impropria e verrebbe da dire simbolica, attraverso l’irrogazione di una misura disciplinare, propria del diritto del lavoro”<sup>37</sup>.

In ogni caso, l’obiezione secondo cui le sanzioni disciplinari non avrebbero carattere risarcitorio – dal momento che non avrebbero il fine di restaurare l’equilibrio degli interessi contrapposti realizzato dal contratto e turbato dall’inadempimento del lavoratore – finirebbe per non tenere nella giusta considerazione il particolare rilievo che l’ordinamento riconosce all’interesse del datore di lavoro ad un’efficiente organizzazione del lavoro altrui: il tutto in termini da autorizzare a ritenere che, a ben vedere, nel contesto del rapporto di lavoro l’anzidetto equilibrio degli interessi contrattuali contrapposti turbato dall’inadempimento del prestatore è restaurato “tanto mediante la responsabilità civile, quanto mediante quella disciplinare”, e che, proprio in ragione del rilievo attribuito dall’ordinamento all’interesse dell’imprenditore ad un’efficiente organizzazione del lavoro altrui, le sanzioni disciplinari possono essere irrogate anche a fronte di inadempimenti “minori” che, non raggiungendo la soglia della “non scarsa importanza” prevista dall’art. 1455 c.c. ai fini della risoluzione del contratto, sarebbero irrilevanti per il diritto comune.

In buona sostanza, è stato rilevato, l’attribuzione di un potere disciplinare al datore di lavoro da un lato “corrisponde ad una valutazione più rigorosa dell’inadempimento del lavoratore subordinato, che in tal

---

<sup>37</sup> Così Ferrante, op. cit., pag. 24.

modo assume soltanto un diverso rilievo quantitativo”, e d’altro lato “si giustifica in relazione alle caratteristiche dell’organizzazione di lavoro che richiedono rimedi più sensibili ed efficaci di quelli previsti dal diritto comune”<sup>38</sup>.

E’ stato altresì ritenuto che la configurabilità della responsabilità disciplinare “in parallelo” alla responsabilità per inadempimento apprestata dal codice civile si giustifichi in funzione della inidoneità delle sanzioni di diritto comune, come il risarcimento dei danni e la risoluzione del contratto, ad offrire un rimedio contro l’inadempimento del lavoratore che risponda alle esigenze organizzative dell’impresa, o perché eseguibili con difficoltà ed in tempi non brevi (come nel caso della condanna al risarcimento dei danni) o perché eccessive (come nel caso del licenziamento)<sup>39</sup>.

In questo senso, è stato rilevato, la natura particolare dell’obbligazione lavorativa nell’impresa comporta che a fronte del suo inadempimento il suo creditore – vale a dire il datore di lavoro – “abbia un peculiare interesse a reagire per prevenire il suo ripetersi in futuro, anche quando

---

<sup>38</sup> Così Persiani, op. cit. pag. 797-798.

<sup>39</sup> “La ragione delle sanzioni disciplinari è questa, che esse sono indispensabili per assicurare la continuità dell’attività dell’impresa, come le più consentanee alle esigenze di questa, per l’adeguatezza alle infrazioni, per la rapidità della loro irrogazione, per la prontezza e sicurezza della loro applicazione: i rimedi di diritto comune, applicabili soltanto alle infrazioni più gravi, tardivi, irreparabili nelle loro conseguenze, come la risoluzione, magari inesequibili, come la condanna del prestatore al risarcimento dei danni, da soli sarebbero affatto insufficienti”: così F. Santoro-Passarelli, in *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1972, pag. 184. Nello stesso senso Riva Sanseverino, in *Il lavoro nell’impresa*, in Trattato di diritto civile diretto da F. Vassalli, XI,1, Torino, 1960, pag. 287; Assanti, op. cit., pag. 109.

l'inadempimento attuale non abbia prodotto alcun danno". In sede di concreta gestione del rapporto, in altri termini, l'imprenditore può avere interesse a disporre di una sanzione che valga a punire anche l'inadempimento per così dire "minore" del suo dipendente, che pure all'attualità non abbia prodotto alcun pregiudizio ma nei cui confronti sia opportuno assumere sin da subito un'iniziativa deterrente che valga ad evitare la ripetizione di futuri analoghi inadempimenti potenzialmente dannosi. Tale iniziativa dell'imprenditore non può evidentemente consistere né nella risoluzione del contratto, né nel risarcimento (stanti da un lato la scarsa importanza dell'inadempimento, dall'altro la mancata derivazione dallo stesso di un danno giuridicamente apprezzabile): "per questo l'ordinamento pone a sua disposizione lo strumento disciplinare"<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Così Ichino, *Il contratto di lavoro*, Vol. III, Giuffrè 2003, Cap. XV, par. 476, ad avviso del quale "l'impraticabilità della sanzione risolutoria e di quella risarcitoria non costituisce, per lo più, un problema rilevante nel contratto la cui esecuzione non si protragga nel tempo, nel quale, in assenza di un danno apprezzabile, la parte lesa dall'inadempimento minore dell'altra non ha interesse a reagire: la sanzione più efficace si colloca infatti, in questo caso, al di fuori del rapporto contrattuale, consistendo essa nel rivolgersi altrove o rifiutare la stipulazione con la controparte scorretta alla prossima occasione. L'impraticabilità della soluzione risolutoria e di quella risarcitoria costituisce invece un problema nel contratto a esecuzione continuata – qual è il contratto di lavoro nell'impresa –, nel quale la parte lesa ha interesse ad impedire che l'inadempimento, pur di modesta entità, abbia a verificarsi e/o ripetersi: nell'ambito dello stesso rapporto, ma anche nell'ambito di quello analogo con altri collaboratori (il "collettivo" influisce qui direttamente sul contenuto del rapporto individuale); per questo al datore di lavoro è necessario poter comminare a

Di qui la conclusione che, nel quadro del rapporto di lavoro, la responsabilità disciplinare risponderebbe addirittura all'esigenza di "colmare un vuoto nell'apparato sanzionatorio predisposto del diritto comune dei contratti"<sup>41</sup>, ed in particolare all'esigenza del datore di lavoro di disporre di uno strumento idoneo per reagire a mancanze per le quali per un verso la sanzione "civilistica" costituita dalla risoluzione del risulterebbe sproporzionata e comunque non corrispondente agli interessi dello stesso datore di lavoro, e per altro aspetto la diversa sanzione "civilistica" costituita dal risarcimento del danno risulterebbe di difficile applicazione o addirittura inapplicabile, quando non risultasse configurabile nello specifico caso di specie il suo presupposto causale costituito dall'esistenza di un danno risarcibile<sup>42</sup>.

Ferma la perseguibilità dell'inosservanza dell'obbligazione di lavorare con diligenza di cui all'art. 2104, co. 1 c.c. in via cumulativa, vale a dire sia in chiave di responsabilità risarcitoria che in chiave di responsabilità disciplinare<sup>43</sup>, appare quindi in ogni caso esatta la

---

ciascuno dei propri dipendenti fin dall'inizio del rapporto, e poter applicare in corso di rapporto, una sanzione contro la mancanza di esigua entità, anche se non produttiva di un danno risarcibile".

<sup>41</sup> Così Ichino, op. cit., par. 476.

<sup>42</sup> Così Del Conte, op. cit., pag. 811.

<sup>43</sup> Al riguardo è stato osservato che "la ragion d'essere della sanzione disciplinare nell'economia del rapporto di lavoro, come rimedio ad un inadempimento rispetto al quale la sanzione risarcitoria può essere inutile o impraticabile, e comunque come risposta ad un'esigenza diversa da quella del ristoro del danno, non significa che l'attivazione del potere disciplinare da parte del datore di lavoro sia incompatibile con l'esercizio da parte sua dell'azione risarcitoria contro il lavoratore inadempiente: l'inadempimento del lavoratore può infatti talora dar luogo al

valutazione in forza della quale la seconda avrebbe una latitudine di operatività maggiore rispetto alla prima, nella misura in cui verrebbe a sanzionare la violazione di obblighi contrattuali gravanti sul lavoratore anche nei casi in cui a carico di quest'ultimo non fosse in concreto configurabile, in conseguenza dell'intervenuta inosservanza dell'obbligazione in parola, una responsabilità risarcitoria secondo le regole del codice civile.

In questo senso è stato sottolineato come la responsabilità disciplinare possa sanzionare la condotta del lavoratore indipendentemente dalla considerazione della circostanza che egli comunque abbia adempiuto alla prestazione lavorativa e che dalla sua condotta non siano derivati danni al datore di lavoro (com'è il caso del prestatore che, pur non attenendosi alle prescrizioni in materia di sicurezza del lavoro dettate dall'imprenditore, abbia comunque svolto la sua prestazione senza dar luogo ad interruzioni del ciclo produttivo). Questo è quindi il profilo che consente di affermare che “la responsabilità disciplinare può dirsi più ampia perché”, a differenza della

---

tempo stesso all'esigenza, per così dire, organizzativa cui risponde la sanzione disciplinare e all'esigenza di ristoro del danno, che la sanzione disciplinare non è destinata a soddisfare”: così Ichino, op. cit., par. 477, ad avviso del quale l'orientamento che riconosce la cumulabilità tra responsabilità civile e responsabilità disciplinare “trovava alle origini un facile fondamento logico nella concezione organicistica dell'impresa (con la conseguente natura non contrattuale della soggezione del lavoratore al potere disciplinare dell'imprenditore), ma che ben può spiegarsi agevolmente anche nell'ambito di una concezione compiutamente ed esclusivamente contrattualistica del rapporto: anche nel diritto comune dei contratti non vi è alcuna difficoltà logica che impedisca il coniugarsi delle “penale”, o della risoluzione per inadempimento, con il risarcimento del danno”.

responsabilità contrattuale, “si spinge al di là della verifica circa il risultato conseguito, estendendosi ad esempio anche alle modalità attraverso le quali questo è stato raggiunto”: in particolare ove si consideri che, accettando di lavorare sotto un vincolo della subordinazione, il lavoratore si obbliga ad osservare gli ordini per l’esecuzione del lavoro impartiti dall’imprenditore, e che “una volta che, grazie alla nozione di subordinazione, l’area del vincolo contrattuale si estende alle modalità di esecuzione della prestazione, non è illogico che il datore posseda un potere di controllo e di sanzione riguardo a tale fase, diretto a colpire ipotesi di responsabilità che tuttavia non sono di inadempimento nel senso proprio del diritto dei contratti, perché questo non conosce un controllo del tipo di quello dettato dalle norme disciplinari sull’attività del debitore”.

Al riguardo è stato correttamente affermato che “la responsabilità disciplinare prescinde dall’inadempimento” dell’obbligazione di lavorare e dalla considerazione dei danni che ne siano derivati al datore di lavoro, e si impernia piuttosto sulla colpa che deriva dalla violazione degli specifici doveri contrattuali di diligenza, obbedienza e fedeltà che gravano sul lavoratore: colpa che in ogni caso “appartiene ancora all’area del contratto”, in quanto costituente violazione di specifiche posizioni di interesse che per l’appunto nella prospettiva del contratto risultano riconosciute dall’ordinamento a favore dell’imprenditore<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> In questi termini Ferrante, op. cit., pag. 19-20, che al riguardo richiama “la ben nota teoria, formulata dalla dottrina civilistica, dei c.d. “obblighi di protezione”, in forza della quale l’obbligazione non è un rapporto a struttura lineare, giacché attorno alla zona del vincolo attinente alla prestazione principale si pongono, sulla base del disposto degli artt. 1175 e 1375 c.c., una serie di obblighi, quasi come una cornice (...) la cui

Più nel dettaglio, la differenza tra la responsabilità per inadempimento ex art. 1218 c.c. e la responsabilità disciplinare si evidenzerebbe sotto il profilo che la prima “è collegata alla manutenzione del sinallagma e intende preservare l’equilibrio fra i due patrimoni che entrano in contatto nel rapporto, garantendo che ad ogni prestazione corrisponda una prestazione contraria”, e pertanto – in particolare – che il datore di lavoro possa conseguire, attraverso l’adempimento da parte del prestatore, il risultato perseguito attraverso la formalizzazione del sinallagma; “la seconda, invece, attiene ad un elemento distinto dal risultato, proiettandosi sulla idoneità del comportamento del prestatore ad evitare il sopravvenire del caso che renda impossibile la prestazione” attesa dal datore di lavoro<sup>45</sup>.

Alla luce della considerazione appena espressa – nonché di quelle con cui si è in precedenza illustrato come la medesima condotta di inadempimento dell’obbligazione di lavorare possa dar luogo alla concorrente e cumulativa esposizione del prestatore sia a responsabilità risarcitoria di diritto comune che a responsabilità disciplinare – sembra a questo punto possibile formulare alcune considerazioni in punto di configurabilità di una sfera di

---

funzione è imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di proteggere l’altro soggetto dal rischio di eventi che determinino l’impossibilità sopravvenuta della prestazione promessa”: quanto sopra con la differenza che, rispetto al diritto generale dei contratti, nel contratto di lavoro subordinato la violazione di detti obblighi di protezione “è sanzionata in via autonoma”, mentre “in un diverso contratto sinallagmatico” tale violazione “non ha autonomo rilievo ove sopraggiunga l’adempimento (o l’inadempimento), risultando assorbita da questo”.

<sup>45</sup> Così Ferrante, op. cit., pag. 20.

autonomia logica e concettuale della responsabilità disciplinare, in ragione della specifica funzione o “causa” attribuita dall’ordinamento al potere disciplinare del datore di lavoro.

Al riguardo è stato autorevolmente osservato, infatti, che una riflessione sulla funzione che il potere disciplinare svolge nel contesto del rapporto di lavoro si impone all’interprete nella misura in cui “solo dalla tipicità dello scopo può derivare l’autonomia della responsabilità disciplinare rispetto a quella per inadempimento e ai rimedi di diritto comune”: a tal fine sottolineando come l’analisi dell’interprete debba prendere necessariamente le mosse dalla considerazione di come la sanzione disciplinare persegua contemporaneamente da un lato un fine “retributivo” (nel senso di “repressivo”) nei confronti del singolo colpevole, dall’altro un fine “preventivo o di intimidazione generale” che – superando le dimensioni della singola relazione contrattuale – si rivolga a tutti i prestatori di lavoro che operino all’interno del medesimo in quanto “potenziali violatori della regola di condotta”.

Per effetto di questa duplice finalità, la pena disciplinare non si limita a esercitare “una pura coazione diretta o indiretta all’adempimento”, né può essere considerata solamente nella sua dimensione afflittiva, dal momento che quest’ultima è in realtà solo “un riflesso – importante sì, ma non esaustivo – della sua causa tipica e caratterizzante: la conservazione di un bene più generale, il momento organizzativo, in una parola, la disciplina instaurata nell’impresa dal suo titolare”<sup>46</sup>. Il potere

---

<sup>46</sup> Così Montuschi, op. cit., pagg. 102-104. In generale, la più autorevole dottrina è orientata a ritenere che le sanzioni disciplinari predisposte dall’imprenditore al fine di preservare l’ordine in azienda – quale definito attraverso le disposizioni per l’esecuzione e per la disciplina del lavoro da lui impartite ai



disciplinare trova sì il suo fondamento nel singolo contratto, ma la sua funzione di “intimidazione generale” travalica lo stretto ambito del rapporto individuale di lavoro e si colloca sul piano del presidio del momento organizzativo, nella stessa misura in cui la sanzione disciplinare non si limita a perseguire uno scopo di sola afflizione del colpevole, ma persegue un fine più generale di prevenzione del ripetersi di analoghe mancanze.

In questo senso, l’interesse che l’ordinamento riconosce e legittima attraverso l’attribuzione del potere disciplinare non coincide con l’interesse che l’obbligazione di lavoro intende tutelare, ma si pone al di fuori del singolo rapporto di lavoro, e si identifica piuttosto con l’interesse alla “conservazione della disciplina e dell’ordine nell’impresa”: “scopo tipico” del potere disciplinare è quindi quello di far filtrare all’interno del singolo rapporto la doverosità dell’ordinamento creato per l’operatività dell’impresa, in termini tali da saldare il “momento generale” al “profilo individuale”, sì da recuperare all’interno del contratto individuale la sanzione prefigurata in astratto a livello di ordinamento generale e da realizzare le condizioni strumentali necessarie per l’adempimento dell’obbligazione di lavoro.

---

sensi dell’art. 2104, 1° co. c.c. – siano specificamente finalizzate ed idonee a colpire in modo appropriato i comportamenti del lavoratore che risultino contrastanti con le esigenze della concreta “organizzazione” del lavoro: in questo senso Mainardi, in *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Il codice civile – Commentario* fondato da P. Schlesinger, diretto da F. Busnelli, Milano, 2002, pag. 120 ss.; Spagnuolo Vigorita, op. cit., pag. 260; Persiani, op. cit., pag. 151 ss.; Santoro-Passarelli, op. cit., pag. 180; Pera, *Lezioni di diritto del lavoro*, Roma, 1970, pag. 309.

Questa è dunque la specifica “causa” o “funzione” che “caratterizza il potere disciplinare rispetto ai rimedi tipici, ai quali può ricorrere il creditore deluso nell’ipotesi di inadempimento (...) di qui l’autonomia della responsabilità disciplinare rispetto alla sfera del diritto comune e la constatazione (...) che il prestatore vede ampliati i limiti del suo *debitum* sino a rispondere al di sotto del livello medio prefigurato nell’art. 1455 c.c.”<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Così Montuschi, op. cit., pag. 110-111, ad avviso del quale “la sovrapposizione delle due sfere” di operatività della responsabilità generale per inadempimento e della responsabilità disciplinare “si risolve, nell’ordine delle cose, nella preminenza, in verità assorbente”, di quest’ultima: e ciò innanzitutto “perché quest’ultima si affida, sul piano reattivo, a strumenti reperibili nell’area di autotutela del titolare del potere, secondariamente perché alla funzione intimidatoria (o preventiva) si accompagna, nella ipotesi di applicazione, una innegabile funzione repressiva che soddisfa alla duplice esigenza di punire la singola violazione e di ricomporre le condizioni per lo sviluppo fisiologico (...) dell’adempimento delle prestazioni di lavoro”.

Anche quando la norma disciplinare sancisca doveri ed obblighi già previsti dal contratto, questi ultimi sono presi in considerazione non nel loro collegamento funzionale con l’obbligazione di lavoro, ma solo “nella misura in cui la loro “inosservanza” comporta un pregiudizio al complesso organizzato, scuote l’ordine, compromette le altrui prestazioni coordinate a quella inadempita”. In questo senso il ritardo, l’assenza ingiustificata, la sottrazione di documenti d’ufficio, tanto per citare alcune fattispecie individuate dai codici disciplinari aziendali che per altro verso identificano la violazione di quelli che per altro verso sono anche specifici obblighi contrattuali del prestatore, “non rilevano come inadempimenti ad obblighi nominati nel contratto, bensì come lesioni ad una scala di valori individuali a priori ed esistente al di fuori della cornice del rapporto individuale di lavoro”.

**I.3) I limiti posti dall'ordinamento all'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro; il principio di proporzionalità tra sanzione e gravità dell'infrazione come limite alla discrezionalità dell'esercizio del potere disciplinare e come espressione dei più generali principi di correttezza e buona fede.**

L'illustrata natura di potere di supremazia personale rivestita dal potere disciplinare all'interno del rapporto – tanto più “anormale” in quanto anche a prima vista confliggente con il principio della pari libertà e dignità delle parti contrattuali – e la sua giustificazione in funzione della sua funzione di presidio sia del momento organizzativo dell'impresa, sia della “disciplina” posta dal datore di lavoro a base dell'ordinato svolgimento delle inerenti attività, consentono di comprendere come il legislatore non abbia potuto ragionevolmente limitarsi a prevedere l'attribuzione del potere disciplinare in capo al titolare dell'impresa, ma si sia fatto necessariamente carico anche di regolare l'esercizio del potere medesimo.

In questo senso, una prima serie di limiti all'esercizio del potere disciplinare risultano posti dall'ordinamento con riferimento al momento immediatamente precedente a quello della irrogazione della sanzione attraverso le

disposizioni di cui all'art. 7 della L. n. 300/1970, ai sensi delle quali “le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti” e “devono applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano” (comma 1) e per altro verso, “fermo restando quanto disposto dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, non possono essere disposte sanzioni disciplinari che comportano mutamenti definitivi del rapporto di lavoro; inoltre la multa non può essere disposta per un importo superiore a quattro ore della retribuzione base e la sospensione dal servizio e dalla retribuzione per più di dieci giorni” (comma 3).

Al riguardo vale rilevare come – a differenza di quanto previsto dalla Carta del Lavoro del 1927, che identificava specificamente nella multa, nella sospensione e nel licenziamento in tronco i tre tipi di sanzioni disciplinari applicabili – con le anzidette disposizioni il legislatore non abbia previsto un elenco tassativo dei provvedimenti disciplinari in linea di principio irrogabili nei riguardi del lavoratore, ma abbia posto un generale divieto di sanzioni disciplinari idonee a comportare modificazioni definitive nel rapporto di lavoro tra le parti ed abbia in particolare previsto – oltre alla possibilità di rimproverare verbalmente il lavoratore (con implicito riconoscimento che detto rimprovero possa anche essere formulato per iscritto) – solo un limite massimo dell'entità della multa e dalla sospensione dal servizio e dalla retribuzione (nei termini sopra esposti).

Ciò che ha indotto ad osservare che “nulla vieta, dunque, che anche altre sanzioni vengano comminate ed applicate; a condizione, però, che esse non siano previste

al fine di aggirare i limiti posti dal quarto comma e che esse siano indicate espressamente nel regolamento disciplinare aziendale affisso a norma del primo comma, il quale dovrà conformarsi in proposito alla disciplina collettiva eventualmente applicabile”<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Così Ichino, op. cit., par. 480, che ha al riguardo osservato che “in relazione al divieto delle sanzioni che comportino mutamenti definitivi del rapporto si è posto il problema del trasferimento disciplinare”, anche con riguardo ai casi di provvedimenti “a carattere non definitivo, quali un mutamento temporaneo del luogo di lavoro o delle mansioni, adottati a scopo sostanzialmente punitivo, ma non previsti tra le sanzioni disciplinari dal contratto collettivo o dal regolamento aziendale affisso”: ed in relazione a tali casistiche è stato ricordato che “una parte della giurisprudenza è orientata nel senso di considerare il provvedimento di questo genere illegittimo per violazione dell’art. 7 St. lav., quando il datore di lavoro non possa dimostrare l’oggettiva necessità organizzativa e, per converso, possa ritenersi dimostrato o ragionevolmente prevedibile lo scopo punitivo”. Nel senso della illegittimità del c.d. “trasferimento disciplinare” si sono nettamente espresse altre voci della dottrina che – anche sulla scorta del difforme avviso secondo cui il “catalogo” dei provvedimenti disciplinari espresso dalle disposizioni di cui all’art. 7 della L. n. 300/1970 “esaurisce in pratica l’area delle sanzioni irrogabili anche nella tipizzazione dei contratti collettivi” – hanno affermato che “provvedimenti e/o istituti attinenti alla normale gestione del rapporto di lavoro, quali il trasferimento, il mutamento di mansioni, ecc., non sono utilizzabili come sanzioni con distorsione rispetto alla loro funzione naturale”: il tutto salvo per altro verso sottolineare che “ciò non implica tuttavia che sia precluso il ricorso a tali provvedimenti quando il fatto sanzionabile determini altresì l’insorgenza dei loro presupposti”, come riconosciuto da quella giurisprudenza che, ad esempio, ha ritenuto legittimo il trasferimento del lavoratore il cui comportamento sanzionabile abbia determinato una situazione di incompatibilità con l’ambiente di lavoro”: così Carinci, De Luca

---

Tamajo, Tosi, Treu, *op. cit.*, pag. 272. In questo senso i giudici di legittimità hanno infatti ritenuto che “è legittimo, anche se non preceduto da procedimento disciplinare, il trasferimento di sede volto a prevenire disfunzioni connesse alla permanenza del dipendente in quell'ambiente di lavoro, giacché esso non riveste natura disciplinare, ma si riconnette a ragioni, nella fattispecie obiettivamente riscontrate, correlate al regolare funzionamento dell'attività aziendale”, e che “il trasferimento del lavoratore ad una sede di lavoro diversa da quella dove prestava precedentemente servizio, ove non si ricollegi all'esercizio, atipico, della potestà disciplinare del datore di lavoro ma a ragioni tecniche ed organizzative, prescinde dalla colpa del dipendente e dall'osservanza delle garanzie proprie del procedimento disciplinare. Ne consegue che la legittimità del provvedimento datoriale va valutata alla luce dei limiti posti dall'art. 2103 c.c. e, dunque, della necessaria corrispondenza tra la misura e le finalità tipiche dell'impresa” (Cass. Civ., Sez. Lav. 6 luglio 2011, n. 14875); che “il trasferimento del lavoratore ad una sede di lavoro diversa da quella dove prestava precedentemente servizio, pur potendo essere previsto come sanzione disciplinare dalla contrattazione collettiva, la quale è abilitata a individuare sanzioni diverse da quelle tipiche previste dall'art. 7 della legge n. 300 del 1970, non assume tale natura ove il datore di lavoro si limiti ad esercitare lo "ius variandi" riconosciutogli dall'art. 2103 c.c., allegando la sussistenza di un giustificato motivo tecnico, organizzativo e produttivo per il mantenimento del luogo di lavoro (nella specie, la soppressione dell'attività presso il luogo di origine ed il suo accentramento nella nuova sede), e non è pertanto assoggettato alle garanzie previste dai commi terzo e quarto dell'art. 7 e dalla contrattazione collettiva” (Cass. Civ., Sez. Lav. 24 marzo 2010, n. 7045); che “il trasferimento del lavoratore ad altra sede o reparto ha natura ontologicamente disciplinare ove sia ricollegabile ad una mancanza del lavoratore e non sia conseguente all'esercizio del potere organizzatorio e gestionale del datore di lavoro” (nella specie, la S.C., aveva confermato la sentenza della Corte territoriale che, con accertamento adeguatamente motivato, aveva escluso la natura disciplinare del

Alla luce di quanto sopra esposto, risulta evidente come i sopra ricordati limiti posti dall'ordinamento all'esercizio del potere disciplinare si concretano – ancor prima che nella già illustrata previsione normativa di cui al primo comma dell'art. 7 della L. n. 300/1970 che impone al c.d. “codice disciplinare aziendale” di “applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano” – nella fondamentale e parallela disposizione (quale espressa nel contesto del medesimo comma) che richiede non solo che l'anzidetto codice disciplinare preesista rispetto al momento di “verificazione storica” degli addebiti oggetto di contestazione e venga portato a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti, ma soprattutto – ed in particolare – che l'individuazione e la classificazione delle infrazioni destinate ad aver rilievo disciplinare, nonché delle sanzioni alle stesse applicabili, siano preventivamente individuate all'interno del codice medesimo secondo un criterio di “tipicità” sostanzialmente ispirato ai principi penalistici del *nullum crimen sine lege* e del *nulla poena sine lege*.

Il problema della preventiva individuazione e classificazione delle infrazioni sanzionabili – imposta,

---

trasferimento ad altro reparto - con mansioni equivalenti - di un lavoratore addetto alla sorveglianza, il quale, pur accusato della sottrazione di due cartoni di detersivo ed alcuni timer per lavatrici, era rimasto, all'esito degli accertamenti, immune da ogni addebito, per l'impossibilità di ricostruire con chiarezza i fatti, ancorché risultasse certo che il medesimo fosse restato, per un certo periodo, da solo e avesse tentato di avvicinare i colleghi per concordare una versione dei fatti; tali circostanze avevano comunque minato il rapporto fiduciario e inciso negativamente sui rapporti tra colleghi di reparto, così da indurre il datore all'anzidetto trasferimento: Cass. Civ., Sez. Lav. 17 marzo 2009, n. 6462).

evidentemente, al fine di evitare il rischio che il datore di lavoro “crei la norma disciplinare” nel momento stesso in cui esercita il suo potere sanzionatorio – non risulta peraltro sempre indefettibilmente risolto dal contenuto del codice disciplinare, in termini che consentano al datore di lavoro di ricondurre immediatamente ed automaticamente la “fattispecie concreta di addebito” sottoposta al suo vaglio alla “fattispecie astratta di addebito” contemplata dal codice medesimo: e ciò ove si consideri che le discipline collettive cui nell’intenzione del legislatore la normativa aziendale in materia deve fare riferimento contengono sovente previsioni assai generiche in punto di individuazione delle mancanze sanzionabili – non di rado espresse attraverso “clausole generali” ovvero “in bianco”, ovvero attraverso norme di chiusura – così come la stessa correlazione tra infrazioni e sanzioni può risultare espressa in termini da lasciar comunque residuare un notevole margine di elasticità e di incertezza *a priori* (come, ad esempio, nel caso in cui ad una determinata mancanza risulti correlata una sanzione quantitativamente compresa tra una misura minima e massima).

A questo riguardo è stato osservato in giurisprudenza che “in tema di rapporto di lavoro subordinato, il cosiddetto codice disciplinare non deve necessariamente contenere una precisa e sistematica previsione delle singole infrazioni, delle loro varie graduazioni e delle corrispondenti sanzioni, essendo invece sufficiente una proporzionata correlazione tra le singole ipotesi di infrazione, sia pure di carattere schematico e non dettagliato, e le corrispondenti previsioni sanzionatorie, anche se suscettibili di attuazione discrezionale ed adattamento secondo le concrete ed effettive inadempienze del lavoratore, nel rispetto del principio per cui le sanzioni disciplinari devono avere un grado di specificità



sufficiente ad escludere che la collocazione della condotta del lavoratore nella fattispecie disciplinare sia interamente devoluta ad una valutazione unilaterale ed ampiamente discrezionale del datore di lavoro”<sup>49</sup>.

In questo senso – e nella contemporanea consapevolezza da un lato “che la funzione garantista della norma” non può certamente “essere svuotata attraverso clausole la cui indeterminatezza consenta nella sostanza la creazione del precetto da parte del datore di lavoro volta per volta, successivamente al fatto oggetto della contestazione”, dall’altro che “neppure si può dimenticare che un’analitica elencazione di tutti i comportamenti vietati è impensabile”, così come è impensabile una “correlazione tra infrazione e sanzione che non presenti ragionevoli margini di elasticità” – è stato quindi autorevolmente osservato in dottrina che i principi penalistici del *nullum crimen sine lege* e del *nulla poena sine lege* “devono essere prudentemente adattati alla materia disciplinare”, e che “il criterio generale di buona fede ben può offrire uno strumento orientativo per stabilire in concreto quando un determinato fatto possa

---

<sup>49</sup> Così, Cass. Civ., Sez. Lav. 9 agosto 1996, n. 7370; nello stesso senso Cass. Civ., Sez. Lav, 22 luglio 1991, n. 8191, per cui “l’art. 7, 1° comma, l. 20 maggio 1970, n. 300 non impone un’analitica e specifica predeterminazione delle infrazioni e, in relazione alla loro gravità, delle corrispondenti sanzioni, secondo il rigore formale proprio del sistema sanzionatorio penale *nullum crimen, nulla poena sine lege*, essendo invece sufficiente, per la validità del c.d. codice disciplinare, che esso sia redatto in forma che renda chiare le ipotesi di infrazione, sia pure mediante una nozione schematica e non dettagliata, ed indichi, contestualmente, le prescrizioni sanzionatorie, anche se in maniera ampia e suscettibile di adattamento alle effettive e concrete inadempienze”.

considerarsi, a stregua della comune sensibilità, riconducibile ad una declaratoria del codice disciplinare”<sup>50</sup>.

Analoghe considerazioni sono state sviluppate dalla dottrina per individuare – anche con riferimento alla “dimensione temporale coeva” al momento dell’irrogazione della sanzione – il fondamento degli specifici criteri individuati dal legislatore al fine di regolare l’esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro in funzione delle clausole generali di correttezza e buona fede, nonché della loro idoneità a costituire “fonti di obblighi comportamentali del datore strumentali rispetto all’esercizio del potere” in parola. Ciò che in materia disciplinare è per l’appunto avvenuto attraverso la disposizione di cui all’art. 2106 c.c., con cui “il legislatore è intervenuto a dettare in via generale, per chiare finalità di garanzia, un inequivoco principio direttivo intorno al quale ruotano buona fede e correttezza”<sup>51</sup>, ed a mente del quale la violazione dei doveri sanciti a carico del prestatore dalle disposizioni di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c. “può dar luogo all’applicazione di sanzioni disciplinari secondo la gravità dell’infrazione”: quanto a dire nel rispetto dei principi di proporzionalità e progressività della sanzione rispetto alla mancanza.

---

<sup>50</sup> Così Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, op. cit., pag. 273.

<sup>51</sup> Così Perrino, *Il principio di proporzionalità della sanzione disciplinare e la recidiva*, in Mainardi – *Il potere disciplinare del datore di lavoro* – UTET Giuridica 2012, pag. 174. Anche Ichino, op. cit., par. 480, rileva come la regola della graduazione della sanzione in ragione della gravità dell’infrazione risulti “agevolmente desumibile anche dal principio di buona fede nell’attuazione del rapporto contrattuale” e fosse “già considerata applicabile, pur nel silenzio della legge e del contratto”, dalla giurisprudenza probivirale.

E' infatti di tutta evidenza, a questo riguardo, come la preliminare individuazione della tipologia di mancanza in linea di principio addebitabile al lavoratore non consenta, di per sé, di individuare immediatamente e per ciò stesso anche la sanzione allo stesso applicabile secondo un criterio di proporzionalità, dovendosi a questo proposito preliminarmente procedere ad una disamina dei profili di disvalore rilevabili nel comportamento contestato che valgano – tanto singolarmente quanto complessivamente considerati – a qualificarne la “gravità” ai fini della graduazione della sanzione medesima.

A questo riguardo è stato sottolineato in dottrina come la regola della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità della mancanza vada applicata sia “in relazione alla singola infrazione”, per cui essa “impone l’irrogazione di sanzioni adeguate alle circostanze oggettive degli accadimenti e soggettive degli agenti”, sia “con riguardo alle infrazioni considerate nel loro complesso”, per cui “essa comporta la comparazione delle infrazioni e delle sanzioni tra loro”, ragguagliando queste ultime “alla scala di valori cui la diversa gravità delle infrazioni corrisponde”<sup>52</sup>.

Fermo quanto appena esposto, resta comunque incontestabile che ai fini della valutazione della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell’infrazione – valutazione che attiene a quello che a tutti gli effetti costituisce “un limite alla discrezionalità del

---

<sup>52</sup> Così Perrino, op. cit., pag. 184, citando Miscione, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d. lg 29/1993 ai d.l. nn. 396/1997, 80/1988 e 387/1998. Commentario*, diretto da Carinci e D’Antona, II, Milano, 2000, pag. 1665.

datore di lavoro nella scelta della pena da infliggere”<sup>53</sup> – si pone preliminarmente il problema di delibare per l'appunto il “grado di disvalore” di cui risulti oggettivamente accreditabile la mancanza oggetto di contestazione, in termini che valgano a consentire di successivamente adeguare ad esso la misura della sanzione disciplinare da applicarsi.

Ed al riguardo è orientamento consolidato sia in dottrina che in giurisprudenza che la gravità dell'infrazione contestata non possa commisurarsi “in astratto” ed attraverso un formale e meccanico confronto con la fattispecie tipizzata all'interno del codice disciplinare cui essa risulti assimilabile, ma possa essere valutata solo “in concreto” attraverso una puntuale analisi delle oggettive modalità della condotta del lavoratore destinatario della contestazione, nonché degli elementi soggettivi che abbiano qualificato la condotta medesima, nella misura in cui sia le une che gli altri valgono a determinare la gravità della trasgressione e, conseguentemente, a costituire il primo termine di riferimento su cui innestare la valutazione della giustificazione – e, in particolare, della graduazione e della proporzionalità – della sanzione da irrogarsi.

Sul punto i giudici di legittimità hanno affermato – con riferimento a fattispecie di irrogazione della massima sanzione disciplinare quale il licenziamento (ma le relative

---

<sup>53</sup> Così Del Conte, op. cit., pag. 837, dal momento che “nella valutazione della legittimità dei provvedimenti disciplinari si sintetizzano gli effetti di sfere giuridiche che operano su piani diversi, ma non incompatibili, e che sono da un lato la discrezionalità del datore di lavoro nella determinazione della sanzione e nella sua concreta applicazione, dall'altro il principio di graduazione e proporzionalità delle sanzioni applicate, secondo la gravità dell'infrazione”.

enunciazioni di principio, ovviamente, si attagliano anche ai casi di applicazione delle c.d. sanzioni conservative) – che “la valutazione della proporzionalità tra il comportamento illecito del lavoratore e il licenziamento disciplinare irrogato costituisce apprezzamento di fatto che deve essere condotto non in astratto ma con specifico riferimento a tutte le circostanze del caso concreto, inquadrando l'addebito nelle specifiche modalità del rapporto e tenendo conto non solo della natura del fatto contestato e del suo contenuto obiettivo ed intenzionale, ma anche di tutti gli altri elementi idonei a consentire l'adeguamento della disposizione normativa dell'art. 2119 c.c. alla fattispecie concreta; tale valutazione è riservata al giudice di merito e, se sorretta da adeguata e logica motivazione, non è censurabile in sede di legittimità”<sup>54</sup>.

In questo senso, l'esame del panorama giurisprudenziale consente di rilevare come, nella delibazione della gravità della mancanza addebitata al lavoratore, sia stato frequentemente attribuito rilievo determinante all'elemento psicologico del soggetto, con approccio che ha indotto ad osservare che sotto questo profilo “la responsabilità disciplinare si distingue tuttora nettamente dalla responsabilità contrattuale di diritto comune e in particolare da quella risarcitoria, la quale prescinde invece, di regola, dall'eventuale buona fede del soggetto inadempiente”<sup>55</sup>. Minor rilievo risulta invece assumere, nelle pronunce dei giudici, l'entità del danno economico (o addirittura la circostanza della sua sussistenza o meno) sofferto dal datore di lavoro in

---

<sup>54</sup> Così Cass. Civ., Sez. lav. 21 maggio 2002, n. 7462; negli stessi termini Cass. Civ., Sez. lav. 30 marzo 2006, n. 7543; Cass. Civ., Sez. lav. 14 maggio 1998, n. 4881.

<sup>55</sup> Così Ichino, op. cit., par. 480,

conseguenza della mancanza addebitata: e ciò, a ben vedere, in linea di coerenza con l'assunto per cui la responsabilità disciplinare è diretta a reprimere l'inadempimento dell'obbligazione lavorativa in sé e per sé considerata – a prescindere dalla circostanza che la stessa non abbia all'attualità prodotto un pregiudizio economico – anche in ragione della sua vocazione deterrente e della sua finalizzazione a prevenire analoghe mancanze nell'ambiente di lavoro<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> A questo proposito è stato osservato che “l'ampliamento del novero degli obblighi gravanti sul lavoratore ha comportato la progressiva riduzione dell'importanza del danno ai fini del giudizio di proporzionalità (...) La valorizzazione della natura fiduciaria del rapporto di lavoro ed il conseguente ampliamento dei confini dell'obbligo di fedeltà fissato dall'art. 2105 c.c. hanno indotto la giurisprudenza a reputare che la fiducia del datore postuli non soltanto l'onestà del dipendente, ma anche, genericamente, la sua affidabilità” (in questo senso Cass. Civ., Sez. lav. 20 luglio 2004, n. 13482). “Si è considerato sufficiente, anche ai fini dell'irrogazione della sanzione del licenziamento, la mera “prospettiva di danno”, destinata ad assumere rilevanza accessoria e secondaria nella valutazione complessiva delle circostanze” (in questo senso, Cass. Civ., Sez. lav. 16 settembre 2002, n. 13536), “ovvero la mera preordinazione di un comportamento contrario agli interessi del datore di lavoro , anche se solo potenzialmente lesivo” (in questo senso, Cass. Civ., Sez. lav. 9 maggio 1996, n. 4328): così Perrino, op. cit., pag. 187. Nello stesso senso Cass. Civ., Sez. lav. 23 giugno 2000, n. 8553, secondo cui “in tema di licenziamento per giusta causa, è irrilevante che i comportamenti addebitati al lavoratore abbiano o meno comportato un danno per il datore di lavoro, essendo invece rilevante solo l'idoneità dei suddetti comportamenti ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario, indipendentemente dal concreto verificarsi di un danno e dall'entità di esso”.

Sotto altro profilo, in altre pronunce la valutazione della gravità dell'infrazione disciplinare è risultata influenzata dal particolare vincolo fiduciario che può caratterizzare la specifica relazione tra datore di lavoro e lavoratore, dal momento che tale vincolo “si amplia in relazione alle specifiche mansioni svolte dal lavoratore e, conseguentemente, più elevato è l'affidamento e maggiormente severa è la valutazione di un illecito comportamento del dipendente”<sup>57</sup>: quanto sopra secondo il criterio che è risultato ripetutamente applicato dalla giurisprudenza, ad esempio, nella valutazione di mancanze commesse nello svolgimento di rapporti di lavoro all'interno del settore del credito, nel contesto di pronunce con cui è stato affermato che – fermo restando che “spetta unicamente al giudice del merito (e non può essere sindacata in sede di legittimità se sorretta da motivazione congrua ed immune da vizi) la valutazione della

---

<sup>57</sup> Così App. Bari, 17 giugno 2002; nello stesso senso, Cass. Civ, Sez. lav. 10 giugno 2005, n. 12263 che – nel quadro di una enunciazione più complessiva dei criteri che devono presiedere alla valutazione della gravità della mancanza disciplinare e della conseguente irrogazione di una sanzione alla stessa “proporzionata” (quale, nel caso di specie, il licenziamento disciplinare del prestatore) – ha affermato che “nel giudicare se la violazione disciplinare addebitata al lavoratore sia idonea a compromettere la fiducia necessaria ai fini della permanenza del rapporto di lavoro, e quindi costituisca una giusta causa di licenziamento, occorre tenere presente che è differenziata l'intensità della fiducia richiesta, a seconda della natura e della qualità del singolo rapporto, della posizione delle parti, dell'oggetto delle mansioni e del grado di affidamento che queste richiedono, e che il fatto concreto va valutato nella sua portata oggettiva e soggettiva, attribuendo rilievo determinante, ai fini in esame, alla potenzialità del medesimo di porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento”.

proporzionalità tra fatti accertati e sanzione espulsiva inflitta – “nell'ipotesi del dipendente di un istituto di credito, l'idoneità del comportamento contestato a ledere il rapporto fiduciario deve essere valutata con particolare rigore ed a prescindere dalla sussistenza di un danno effettivo per il datore di lavoro”<sup>58</sup>.

Sulla gravità della mancanza ascritta alla responsabilità del prestatore sottoposto a procedimento disciplinare influisce, ovviamente, anche la sua recidività nella mancanza medesima, nella misura in cui la stessa vale evidentemente a dimostrare la ripetuta noncuranza del soggetto nei confronti di precetti disciplinari già fatti valere nei suoi confronti. A questo riguardo è stato affermato in giurisprudenza – ferma restando la regola per cui “la preventiva contestazione dell'addebito al lavoratore incolpato deve riguardare, a pena di nullità del licenziamento stesso, anche la recidiva (o comunque i precedenti disciplinari che la integrano), ove questa rappresenti elemento costitutivo della mancanza addebitata”<sup>59</sup> – che “mentre la reiterazione di una condotta richiede soltanto che il soggetto tenga quello stesso comportamento una seconda volta (o una ennesima volta), la recidiva presuppone anche che il soggetto abbia tenuto quel certo comportamento ancora una volta dopo che era già stato contestato come non lecito”, e che “ai fini disciplinari la recidiva, per sua stessa natura, presuppone non solo che un fatto illecito sia stato posto in essere una seconda volta, ma che lo sia stato dopo che la precedente infrazione sia stata (quanto meno) contestata formalmente al medesimo lavoratore”.

---

<sup>58</sup> Così, Cass. Civ. Sez. lav. 26 maggio 2001, n. 7193.

<sup>59</sup> Così, Cass. Civ. Sez. lav. 25 novembre 2010, n. 23924.



La mera reiterazione della condotta vietata, peraltro, vale già di per sé a comportare – ai fini della valutazione della proporzionalità della sanzione rispetto all’infrazione – la maggior gravità della mancanza contestata al lavoratore, anche quando non risulti propriamente ravvisabile a carico di quest’ultimo, in ragione della mancata formale contestazione delle precedenti analoghe mancanze, una specifica recidiva: quanto sopra come affermato da quella pronunce con cui i giudici di legittimità hanno precisato che anche ove “la contestazione per la precedente infrazione sia mancata, e non sia pertanto configurabile la recidiva, la reiterazione del comportamento, che si ha per effetto della mera ripetizione della condotta in sé considerata”, non è comunque irrilevante, “incidendo comunque sulla gravità del comportamento posto in essere dal lavoratore, che, essendo ripetuto nel tempo, realizza una più intensa violazione degli obblighi” su di lui gravanti “e può, pertanto, essere comunque sanzionato in modo più grave”<sup>60</sup>.

Il giudizio di gravità della mancanza propedeutico all’individuazione della sanzione disciplinare alla stessa adeguatamente applicabile, in termini di graduazione e proporzionalità, è risultato in altre pronunce della giurisprudenza basato, infine, anche sulla considerazione delle stesse condotte del prestatore estranee alla sua dimensione lavorativa e non strettamente attinenti con l’esecuzione della prestazione di servizio, sulla scorta dell’assunto per cui anche la condotta relativa alla vita privata del lavoratore può rivestire rilevanza disciplinare qualora il comportamento interferisca il rapporto fiduciario sottostante al rapporto medesimo.

---

<sup>60</sup> Così, Cass. Civ. Sez. lav. 20 ottobre 2009, n. 22162.

In questo senso gli stessi giudici di legittimità hanno affermato che “alcuni comportamenti privati del lavoratore, pur estranei alla prestazione lavorativa, possono riflettersi sul rapporto di lavoro in quanto incidono sui doveri accessori, complementari e strumentali al compimento della prestazione principale; tra questi, soprattutto quelli nascenti dall'obbligo di diligenza e fedeltà. L'obbligo di fedeltà va inteso in senso ampio, e si estende a comportamenti che per la loro natura e le loro conseguenze appaiano in contrasto con i doveri connessi all'inserimento del lavoratore nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa o creino situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi della stessa. Nel caso in cui il datore di lavoro si ritenga legittimato a sindacare comportamenti privati del lavoratore, perché rilevanti e tali da comportare la risoluzione del rapporto, tale valutazione implica che essi incidano su obblighi accessori del rapporto e sul vincolo fiduciario e che dunque abbiano rilevanza disciplinare, con conseguente onere di preventiva contestazione ai sensi dell'articolo 7 della legge n. 300 del 1970”<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Così, Cass. Civ. Sez. lavoro, 21 luglio 2004, n. 13526. Al riguardo è stato osservato che “l'implicazione della persona del lavoratore nel rapporto di lavoro ha talora indotto la giurisprudenza a dilatare i confini ed il novero degli obblighi incombenti sul prestatore, giungendo a coinvolgere anche aspetti della persona estranei o comunque non direttamente implicati nell'esecuzione della prestazione di lavoro. Talora i principi di buona fede e di correttezza sono stati adoperati come grimaldelli per far avanzare gli argini degli obblighi di diligenza e fedeltà del lavoratore ed in conseguenza per ampliare i confini del rapporto fiduciario, innestando una congerie di obblighi accessori del lavoratore ed arricchendo di contenuti quelli legislativamente stabiliti”. Sulla scorta di tali impostazioni concettuali è stato ad esempio ritenuto legittimo il licenziamento

Le considerazioni appena esposte in relazione ai criteri sulla cui scorta risulta valutabile la gravità dell'infrazione – ai fini dell'applicazione alla stessa di una sanzione che risulti ragionevolmente adeguata e commisurata ai profili di disvalore della mancanza – non devono peraltro indurre a ritenere che il canone di proporzionalità si imponga al solo datore di lavoro in sede di commisurazione della “reazione in ambiente aziendale” all'addebito che sia stato ritualmente contestato al lavoratore e che, ad esito del procedimento disciplinare delineato dalle disposizioni di cui all'art. 7 della L. n. 300/1970, sia risultato allo stesso giuridicamente imputabile: in questo senso, gli stessi giudici di legittimità hanno affermato che “in tema di sanzioni disciplinari il fondamentale principio di proporzionalità della sanzione

---

del lavoratore che si sia sottratto alla visita di controllo dello stato di malattia nonostante la reale sussistenza di quest'ultimo, ovvero che abbia svolto attività di lavoro durante l'assenza a tale titolo giustificata, simulando lo stato di malattia e compromettendo la propria guarigione. Il tutto in termini da qualificare l'obbligo di fedeltà sancito dall'art. 2105 c.c. in ragione dell'anima fiduciaria del rapporto di lavoro, “ritenendo che si possa configurare la giusta causa di licenziamento al cospetto delle violazioni dell'obbligo di leale comportamento del lavoratore, sul quale graverebbero non soltanto gli obblighi di astensione specifici fissati dall'art. 2105 c.c., ma tutti gli obblighi che appaiano in contrasto con le finalità e gli interessi dell'impresa e pertanto idonei a ledere irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto”, così, Perrino, op. cit., pagg. 186-187. In questi termini la natura fiduciaria del rapporto finisce per essere fonte essa stessa di obblighi, e l'accezione di fedeltà così intesa finisce per vincolare il lavoratore “ben oltre i limiti segnati dalla correttezza e dalla buona fede, bensì gli interessi finali dell'impresa”, così, Tullini, *Su una nozione “allargata” di fedeltà*, RIDL, 1988, II, pag. 992.

rispetto alla gravità della infrazione deve essere rispettato sia in sede di irrogazione della sanzione da parte del datore di lavoro nell'esercizio del suo potere disciplinare, sia in sede di controllo che, della legittimità e della congruità della sanzione applicata, il giudice sia chiamato a fare”, e che “a tal riguardo, ha carattere indispensabile la valutazione, ad opera del giudice del merito, investito del giudizio circa la legittimità di tali provvedimenti, della sussistenza o meno del rapporto di proporzionalità tra l'infrazione del lavoratore e la sanzione irrogatagli”.

In questo senso, la devoluzione al magistrato della verifica della sussistenza dei presupposti di legittimità della sanzione disciplinare irrogata al dipendente, ed in particolare della sua commisurazione alla accertata gravità della mancanza che sia risultata allo stesso imputabile, costituisce, a ben vedere, un ulteriore limite all'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro che risulta posto dall'ordinamento, con specifico riferimento alla “dimensione temporale successiva” al momento dell'irrogazione della sanzione, in aggiunta ed a completamento dei criteri di calmierazione della relativa potestà datoriale già previsti, come in precedenza esposto, con specifico riguardo alle dimensioni temporali precedente e coeva rispetto al predetto momento.

Né in questa operazione di delibazione della proporzionalità della sanzione irrogata rispetto all'infrazione il giudice può risultare condizionato dalle astratte tipizzazioni e dai relativi abbinamenti che risultino rinvenibile nel c.d. “codice disciplinare”, ovvero nella disciplina collettiva ai cui precetti lo stesso deve tendenzialmente far riferimento nella sua portata normativa: al riguardo, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che il giudice possa – ed anzi debba – valutare in concreto la sussistenza del requisito della proporzionalità,

anche a superamento di specifiche ipotesi di infrazioni e delle relative sanzioni da parte delle fonti collettive, dal momento che la tipicità di entrambe “non richiede meccanica applicazione giudiziale: le clausole della contrattazione collettiva che stabiliscono regole e rimedi non esimono il giudice dall’obbligo di accertare in concreto la reale entità e gravità delle mancanze addebitate al dipendente, nonché, appunto, il rapporto di proporzionalità tra sanzione ed infrazione, tenendo conto delle circostanze del caso concreto e della portata soggettiva della condotta”<sup>62</sup>.

In questo senso, l’autonomia della valutazione del giudice rispetto alle diverse previsioni espresse in punto di gravità della mancanza e di proporzionalità della sanzione è risultata riconosciuta dalla giurisprudenza in quelle pronunce con cui è stato affermato che “la previsione da parte della contrattazione collettiva della recidiva, in relazione a precedenti mancanze, come ipotesi di licenziamento non esclude il potere-dovere del giudice di valutare la gravità dell’addebito ai fini della proporzionalità della sanzione espulsiva, ai sensi degli artt. 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, 2119 c.c. e 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300”<sup>63</sup>.

Quanto sopra sulla scorta di un principio che è risultato confermato, in linea più generale, allorché è stato ritenuto che “in tema di sanzioni disciplinari, anche quando la contrattazione collettiva preveda l’irrogazione di una sanzione – nella specie, licenziamento – a fronte di un inadempimento del lavoratore, il giudice deve sempre valutare la gravità del comportamento tenuto dal

---

<sup>62</sup> Così Perrino, op. cit., pag. 175.

<sup>63</sup> Così, Cass. Civ. Sez. lavoro, 26 dicembre 2014, n. 26741; nello stesso senso Cass. Civ. Sez. lavoro, 27 settembre 2002, n. 14041.

lavoratore in concreto e la proporzionalità della sanzione rispetto all'addebito”<sup>64</sup>, e che “in materia di sanzioni disciplinari irrogate dal datore di lavoro l'accertamento sul rapporto di proporzionalità tra l'infrazione compiuta dal dipendente e la gravità della sanzione comminata spetta comunque al giudice di merito, pur in presenza di una specifica previsione contenuta nella contrattazione collettiva”<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Così, App. Bologna, 26 settembre 2004.

<sup>65</sup> Così, App. Bari, 10 marzo 2003. Per converso, è stato ritenuto che in determinate ipotesi la valutazione del giudice possa incontrare un limite invalicabile nelle previsioni formulate dalle normative collettive: e ciò nel senso che “se un determinato comportamento del lavoratore subordinato sia contemplato dal contratto collettivo come integrante una specifica infrazione disciplinare, a cui corrisponde una specifica sanzione di tipo conservativo, non può tale comportamento essere oggetto da parte del giudice di autonoma e più grave valutazione implicante l'adozione di una sanzione di carattere espulsivo che sia prevista per una più ampia e generale figura di infrazione disciplinare, nel quale quel comportamento possa essere ricompreso, dovendosi ritenere che l'autonomia collettiva, nella specificazione e graduazione delle mancanze disciplinari, abbia compiuto la valutazione di quel comportamento come illecito disciplinare di grado inferiore e meritevole, pertanto, di una più lieve sanzione, escludendolo dall'ambito della più grave conseguenza sanzionatoria rappresentata dal licenziamento”. Cass. Civ. Sez. lav. 9 novembre 2000, n. 14555 e Cass. 15 dicembre 1989, n. 5645. Nello stesso senso Cass. Civ. Sez. lavoro, 17 giugno 2011, n. 13353, per cui “in materia di licenziamenti disciplinari deve escludersi che, ove un determinato comportamento del lavoratore, invocato dal datore di lavoro come giusta causa di licenziamento, sia contemplato dal contratto collettivo come integrante una specifica infrazione disciplinare cui corrisponda una sanzione conservativa, essa possa formare oggetto di una autonoma e più grave valutazione da parte del giudice, a meno che non accerti che le parti avevano

La devoluzione al magistrato del vaglio della gradualità e proporzionalità della sanzione irrogata rispetto alla gravità della mancanza pone, per altro verso, la questione di verificare quali conseguenze possano derivare quando la relativa valutazione abbia esito negativo, ed in particolare di verificare se sia in concreto praticabile la soluzione di un'eventuale "conversione giudiziale" di una sanzione disciplinare che, a seguito della sua impugnativa da parte dell'interessato, sia stata valutata come non proporzionata rispetto alla gravità dell'infrazione che sia risultata giuridicamente imputabile al lavoratore, con conseguente riconoscimento del potere del magistrato di sostituire la sanzione adottata dal datore di lavoro con una sanzione adeguata.

In dottrina la praticabilità dell'anzidetta conversione è stata affermata invocando l'applicazione analogica del potere di riduzione ad equità previsto a favore del giudice dal disposto dell'art. 1384 c.c.<sup>66</sup>: ma tale posizione è stata contrastata sulla scorte del rilievo secondo cui le norme che consentono al giudice di sostituirsi alle parti nella determinazione dei loro assetti negoziali hanno carattere eccezionale – in quanto interferiscono con la sfera di azione dell'autonomia privata – ed in quanto tali non sono suscettibili di interpretazione analogica ovvero anche solo estensiva.

Altri Autori, invece, hanno ritenuto di poter giustificare la conversione giudiziale della sanzione

---

inteso escludere, per i casi di maggiore gravità, la possibilità della sanzione espulsiva"; negli stessi termini Cass. Civ. Sez. lav., 15 febbraio 1996, n. 1173, e Cass. civ. Sez. lav., 15 dicembre 1989, n. 5645.

<sup>66</sup> In questo senso Assanti, op.cit., pag. 131, nonché D'Avossa, *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro*, Milano, 1989, pag. 204.

disciplinare sproporzionata richiamando il principio della conversione del negozio nullo che risulta prevista dalla disposizione di cui all'art. 1424 c.c.<sup>67</sup> (e che, pur essendo formalmente enunciato con riferimento al contratto, risulta applicabile anche ai negozi giuridici unilaterali – quali quelli in cui si sostanzia l'esercizio del potere disciplinare – in forza della regola di cui all'art. 1324 c.c.): in questo senso, quindi, è stato affermato che “siccome il difetto di proporzionalità integra la carenza di un presupposto del provvedimento sanzionatorio e comporta conseguentemente la nullità della sanzione, sembra lecito ritenere che un siffatto potere sostitutivo possa riconoscersi al giudice, esclusivamente su domanda puntuale di parte”<sup>68</sup>, in applicazione dello stesso principio codicistico per cui “il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità”.

Ma al riguardo è stato obiettato che “non ricorre il presupposto di applicazione” della disposizione citata, “in quanto la sanzione sproporzionata non può essere qualificata nulla”, dal momento che “l'art. 2106 c.c., che fissa il principio di proporzionalità, sembra norma cogente, ma non imperativa, in quanto non presidia valori assoluti”; in mancanza di espressa previsione, quindi, non sembra possibile ritenere che la sua violazione “possa generare nullità”, così come non sembra poter operare “il meccanismo di inserzione automatica di clausole previsto dall'art. 1339 c.c., non essendovi alcuna clausola

---

<sup>67</sup> In questo senso Bruni, *Sulla conversione del licenziamento, Profili civilistici*, Cedam, Padova, 1988, pag. 126.

<sup>68</sup> Così Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, op.cit., pag. 271.



inderogabile da inserire”: quanto sopra senza considerare che oltretutto, a ben vedere, “non sussistono, poi, le condizioni di operatività della conversione, giacché essa è rimessa alla volontà delle parti e non al potere integrativo del giudice”<sup>69</sup>.

In giurisprudenza, il potere del giudice di convertire la sanzione disciplinare da lui ritenuta sproporzionata rispetto alla gravità dell’infrazione è stato disconosciuto dalla Suprema Corte, sulla scorta del rilievo che “la potestà di infliggere sanzioni disciplinari è riservata alla discrezionalità dell'imprenditore ex art. 2106 c.c., in quanto contenuta nel più ampio potere di direzione dell'impresa attribuitogli dall'art. 2086 c.c., a sua volta compreso nella libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.; ne consegue che il giudice, adito dal lavoratore per l'annullamento di una sanzione, non può, senza esserne richiesto dall'attore, che ammetta la propria responsabilità ma invochi conseguenze più tenui, e senza alcuna eccezione da parte dell'imprenditore, titolare del potere ora detto, convertirla in altra meno grave, a ciò ostando il divieto di "ultra" ed "extrapetizione" posto dall'art. 112 c.p.c. Il suddetto divieto deve pertanto ritenersi violato quando, in presenza di rituali richieste di parte - una di annullamento del licenziamento per giusta causa e l'altra, formulata dalla controparte, di sua conversione in licenziamento per giustificato motivo - il giudice di merito applichi d'ufficio una sanzione conservativa, atteso che siffatta pronuncia giudiziale priverebbe l'imprenditore del potere di graduazione derivante dalla varietà delle sanzioni

---

<sup>69</sup> Così Perrino, op. cit., pag. 181-182.

eventualmente, e per lo più, previste dal codice disciplinare”<sup>70</sup>.

Gli stessi giudici di legittimità hanno invece riconosciuto, con orientamento ormai consolidato, la possibilità per il giudice di procedere, anche d’ufficio, alla conversione del licenziamento per giusta causa in quello per giustificato motivo soggettivo, “purché non vengano mutati i motivi posti a base della iniziale contestazione e non si renda necessario l'accertamento di fatti nuovi e

---

<sup>70</sup> Così Cass. Civ, Sez. lav. 25 maggio 1995, n. 5753; nello stesso senso, e sulla scorta delle medesime argomentazioni, Cass. Civ. 13 aprile 2007, n. 8910, per cui “il potere di infliggere sanzioni disciplinari e di proporzionare la gravità dell’illecito accertato rientra nel potere di organizzazione dell’impresa quale esercizio della libertà di iniziativa economica di cui all’art. 41 Cost., onde è riservato esclusivamente al titolare di esso, ragion per cui non può essere esercitato dal giudice in conseguenza dell’opposizione del lavoratore, neppure con riferimento alla riduzione della gravità della sanzione, salvo il solo caso in cui l’imprenditore abbia superato il massimo edittale e la riduzione consista, perciò, soltanto in una riconduzione a tale limite. Tuttavia, nell’ipotesi in cui sia lo stesso datore di lavoro, convenuto in giudizio per l’annullamento della sanzione, a chiedere, nel suo atto di costituzione (senza che sia necessaria, in merito, la proposizione di una domanda riconvenzionale in senso proprio), la riduzione della sanzione per l’ipotesi in cui il giudice, in accoglimento della domanda del lavoratore, ritenga eccessiva (come nella specie) la sanzione già inflitta, l’applicazione all’esito del giudizio di una sanzione minore è da ritenersi legittima poiché la stessa non implica la sottrazione della sua autonomia all’imprenditore e realizza l’economia di un nuovo ed eventuale giudizio valutativo, avente ad oggetto la sanzione medesima”.

diversi da quelli adottati inizialmente dal datore di lavoro a sostegno del proprio recesso”<sup>71</sup>.

Alla luce di quanto complessivamente esposto, appare condivisibile l’opinione di quella dottrina che ha ritenuto che “la mancanza di prescrizioni di legge che suppliscano alla difettosa espressione dell’autonomia privata e la mancanza di previsioni che espressamente conferiscano poteri integrativi al giudice determinano una situazione di vuoto, che può essere riempito soltanto da una nuova manifestazione di volontà negoziale” (vale a dire dalla irrogazione di una nuova sanzione – se del caso preceduta da una nuova contestazione di addebiti disciplinari – che risulti effettivamente graduata e proporzionata rispetto alla gravità della mancanza), “qualora questa a sua volta non contrasti col principio di immediatezza”<sup>72</sup>.

Ferme le considerazioni appena esposte in merito agli esiti del controllo della proporzionalità della sanzione da parte del Giudice, appare particolarmente meritevole di approfondimento ed attenzione una disamina del “ruolo” che il magistrato viene a svolgere nell’esplicazione della relativa valutazione, al fine di “ricostruire un modello affidabile di inquadramento operativo della clausole generali di correttezza e buona fede nell’ambito del controllo giudiziale dei poteri del datore di lavoro”, quale sintetizzabile “nel riconoscimento operativo di un principio di “razionalità/proporzionalità” applicato agli atti unilaterali di esercizio del potere, il cui fondamento costituzionale viene veicolato, nell’ambito del rapporto di

---

<sup>71</sup> Così Cass. Civ, Sez. lav. 20.6.2002, n. 9006; nello stesso senso, Cass. Civ, Sez. lav. 26.5.2001, n. 7185; Cass. Civ, Sez. lav. 6.6.2000, n. 7617; Cass. Civ, Sez. lav. 27.2.1998, n. 2204.

<sup>72</sup> Così Perrino, op. cit., pag. 182.

lavoro, dall'operare delle clausole generali di correttezza e buona fede *in executivis*".

Sotto questo riguardo, è stato autorevolmente osservato che il principio di proporzionalità – che nel nostro ordinamento “permea l’art. 2106 c.c., che testualmente impone il rispetto di un canone di razionalità/proporzionalità nell’esercizio delle prerogative imprenditoriali, secondo una logica della giusta misura e dell’adeguatezza delle sanzioni al caso concreto” – “costituisce ... un criterio giuridico di ponderazione degli interessi e di riequilibrio di posizioni soggettive di entrambe le parti contrattuali e presenta un’ambivalenza intrinseca, in quanto costituisce, al tempo stesso, limite e legittimazione del potere datoriale”: e ciò nella misura in cui introduce “un controllo di proporzionalità sulla legittimità dell’esercizio delle prerogative datoriali, laddove esse comportino una riduzione dello spazio di libertà individuale, alla luce di tre elementi di giustizia” quali “l’adeguatezza dell’atto, la necessità dell’atto e la proporzionalità del sacrificio imposto dall’atto per la realizzazione del fine tutelato”<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Così Perulli, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, RIDL, 2015, I, pag. 83 ss., e nel dettaglio, pag. 101-102. Secondo l'Autore, in particolare, “il controllo di adeguatezza (o di idoneità) mira a verificare la sussistenza del nesso di causalità tra le scelte datoriali ed il fine cui esse sono preordinate; si tratta di un controllo di legittimità sulla coerenza tecnico-organizzativa degli atti in cui si esplica il potere datoriale, consistente nel verificare se la scelta del datore di lavoro (ad esempio il licenziamento per ragione economica del lavoratore, piuttosto che il suo trasferimento), sia effettivamente coerente, dal punto di vista del nesso di causalità, con il fine che il datore di lavoro si è prefissato (ad esempio la riduzione dei costi). Il controllo di necessità fa invece riferimento alle reali esigenze che

Nello svolgimento di tale controllo il giudice deve effettuare un bilanciamento tra il sacrificio che l'atto datoriale determina per il lavoratore ed il beneficio che lo stesso comporta, sotto il profilo organizzativo, "alla luce del sistema aperto di valori costituzionali e del diritto positivo": ed "in tale prospettiva, fortemente ancorata alla tutela dei valori sociali ed al ruolo dei diritti fondamentali nell'interpretazione assiologicamente orientata, il ruolo del giudice risulta essenziale al fine di garantire il rispetto dei principi costituzionali, quale figura essenziale di "estremo terminale della giustizia (del singolo caso) ed insostituibile mediatore sociale e culturale"<sup>74</sup>.

Quanto sopra nell'esplicazione di una funzione di "riferimento applicativo" dei principi costituzionali che è

---

giustificano l'atto datoriale, che deve presentare i caratteri della indispensabilità ed infungibilità rispetto al fine perseguito" (come nel caso il cui il giudice richiede che il licenziamento per motivo economico sia fondato su una seria ragione di utile gestione dell'impresa, o su un'effettiva necessità di riduzione dei costi). "Il controllo di proporzionalità in senso stretto, infine, richiede la ponderazione di beni, valori ed interessi in gioco e consiste nel verificare se il medesimo risultato pratico cui è finalizzato l'esercizio del potere possa conseguirsi sacrificando in misura minore gli interessi soggettivi contrapposti, richiedendo al datore di lavoro di utilizzare il mezzo più mite per raggiungere lo scopo prefissato. La giurisprudenza che censura il comportamento del datore di lavoro che avrebbe potuto, nel rispetto dell'assetto organizzativo più conveniente per l'impresa, adibire il lavoratore ad una diversa attività, compatibile con la residua capacità lavorativa, effettua un giudizio di proporzionalità, posto che la misura del licenziamento in questo caso è illegittima in quanto lede in misura sproporzionata un bene comunque dotato di protezione giuridica".

<sup>74</sup> Così Perulli, op. cit., pag. 104, citando, a sua volta, Mazzotta, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico*, RIDL, 2013, pag. 239 ss.

stata riconosciuta dalla stessa giurisprudenza di legittimità allorché ha affermato da un lato che la nozione di “proporzionalità della sanzione disciplinare” è configurata dalla legge, “allo scopo di adeguare le norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo, (...) con disposizioni, ascrivibili alla tipologia delle cosiddette clausole generali, di limitato contenuto e delineanti un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa, mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama”; dall’altro, che “l’operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell’applicare le clausole generali, come quella di cui all’art. 2106 c.c., che dettano tipiche “norme elastiche”, non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità, sotto il profilo della correttezza del metodo seguito nell’applicazione della clausola generale, poiché l’operatività in concreto di norme di tale tipo deve rispettare criteri e principi desumibili dall’ordinamento generale, a cominciare dai principi costituzionali e dalla disciplina particolare (anche collettiva) in cui la fattispecie si colloca”<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> Così Cass. Civ., Sez. lav. 13 dicembre 2010, n. 25144; nello stesso senso Cass. Civ., Sez. lav. 4 dicembre 2002, n. 17208, nonché Cass. Civ., Sez. lav. 22 aprile 2000, n. 5299, per cui “l’operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell’applicare clausole generali come quella dell’art. 2119, c.c. che, in tema di licenziamento, reca una “norma elastica”, non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità, sotto il profilo della correttezza del metodo seguito nell’applicazione della clausola generale, che esige il rispetto di criteri e principi ricavabili dall’ordinamento generale, a cominciare dai principi costituzionali sino alla disciplina particolare (anche stabilita dai contratti collettivi), in cui si colloca la fattispecie. In particolare, l’operazione valutativa non è censurabile, se il giudice di merito

Ed è su questo ruolo di controllo dell'esercizio dei poteri datoriali da parte del magistrato che – è stato rilevato – sembrerebbe da ultimo essere voluto intervenire il legislatore, al fine di ricondurre entro stretti margini di legittimità il controllo medesimo: con ciò volendosi far riferimento, nello specifico, alla disposizione di cui all'art. 30, co. 1 della L. n. 183/2010 (c.d. "Collegato Lavoro") per effetto della quale, come noto, "in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge" in materia di impiego pubblico e privato "contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente".

A questo proposito è stato osservato, innanzitutto, come con l'anzidetta disposizione il legislatore sembri aver utilizzato il termine "clausole generali" (quali sono ad

---

abbia applicato i principi costituzionali che impongono un bilanciamento dell'interesse del lavoratore, tutelato dall'art. 4 Cost., con l'interesse del datore di lavoro, tutelato dall'art. 41 Cost., bilanciamento che, in materia di licenziamento disciplinare, si riassume nel criterio, dettato dall'art. 2106 c.c., della proporzionalità della sanzione disciplinare rispetto all'infrazione contestata, conformandosi altresì agli ulteriori standards valutativi rinvenibili nella disciplina collettiva e nella coscienza sociale, valutando la condotta del lavoratore in riferimento agli obblighi di diligenza e fedeltà, anche alla luce del "disvalore ambientale" che la stessa assume quando, in virtù della posizione professionale rivestita, può assurgere per gli altri dipendenti dell'impresa a modello diseducativo e disincentivante dal rispetto di detti obblighi".

esempio la correttezza e la buona fede nell'esecuzione del contratto, e che contengono enunciazioni di criteri di valutazione "del comportamento delle parti" che vanno integrate in sede di interpretazione valutativa) per far in realtà riferimento alle "norme o clausole elastiche" (quali la giusta causa ed il giustificato motivo di risoluzione del contratto, ovvero la proporzionalità della sanzione), che sono propriamente, invece, "norme complete (...) che contengono formulazioni idonee ad identificare non una precisa fattispecie ma una ipotesi-tipo, un modulo generico da applicare alla singola fattispecie concreta in via interpretativa": il tutto in termini da autorizzare l'interprete a ritenere che attraverso il ricorso alla tecnica legislativa delle clausole elastiche "il legislatore manifesta quindi un'intenzionale indeterminatezza e la volontà di delegare la soluzione all'autorità giudiziaria"<sup>76</sup>.

Ma soprattutto è stato sottolineato come appaia irrealistico pretendere che il giudice possa scindere la valutazione della legittimità dell'atto di esercizio del potere datoriale dalla disamina del merito dello stesso: e ciò perché, al fine di accertare che detto atto sia legittimo e conforme alla fattispecie legale, il magistrato deve verificare non solo la sussistenza materiale del presupposto che legittima il suo esercizio ed il suo collegamento funzionale con l'atto medesimo, ma anche la riconducibilità della fattispecie concreta alla fattispecie legale così come definita anche in forza della clausola elastica. Ed a questo proposito il giudice dovrà sempre apprezzare "nel merito" i fatti sottoposti al suo giudizio, dal momento che le clausole elastiche contenute in un enunciato legislativo "implicano sempre un'attività di interpretazione e non un'applicazione meramente

---

<sup>76</sup> Così Perulli, op. cit., pag. 110.



meccanica, bensì richiedente – in misura maggiore o minore – un apporto valutativo, in senso generico, da parte dell’interprete”.

In particolare, nel formulare il giudizio di valore introdotto da una clausola elastica il giudice del merito compie un’attività di integrazione giuridica della norma stessa, a tale riguardo conformandosi sia ai principi dell’ordinamento sia ad una serie di *standards* valutativi esistenti nella realtà sociale che unitamente a detti principi costituiscono “il diritto vivente” ovvero, nella materia *de qua*, la “c.d. civiltà del lavoro”: ma quel che soprattutto preme sottolineare è che, nella valutazione che induce il magistrato a ritenere la sussistenza della causale legittimante l’atto di esercizio del potere datoriale, la valutazione del parametro legale si estrinseca in una sua valutazione nel merito, sì che legittimità e merito finiscono per confondersi.

Alla luce di tali considerazioni, appare assolutamente convincente l’affermazione secondo cui risulta contrastante con i principi costituzionali la pretesa che le prerogative del giudice si limitino, in punto di controllo degli atti di esercizio dei poteri datoriali, ad una mera verifica di legittimità: “privare il giudice del potere di compiere una valutazione di merito significa privarlo del potere di compiere il controllo di proporzionalità”, così come “parlare di controllo di legittimità escludendo il merito è un controsenso, giacché valutare la rispondenza dell’atto alla norma implica la conoscenza del merito”, nella misura in cui “solo tale vaglio consente al giudice di effettuare un controllo circa la complessiva adeguatezza dell’atto compiuto dall’imprenditore”<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Così Perulli, op. cit., pag. 115.



# CAPITOLO II

## LIMITI SOSTANZIALI AL POTERE DI RECESSO: UNA RICOSTRUZIONE DIACRONICA

*Sommario: II.1) Il codice civile del 1865 ed il “faticoso” riconoscimento della possibilità di recedere unilateralmente dal rapporto di lavoro. II.2) I giusti motivi di recesso: attinenza al preavviso o presupposto costitutivo del potere di recesso? II.3) Il Regio Decreto n. 1825/1924 sull’impiego privato: la traduzione dei giusti motivi nella giusta causa che consente l’esonero dall’obbligo di preavviso. Teorie sul mutamento di funzione e di contenuto della giusta causa. II.4) L’impostazione del codice civile del 1942 come riprova della fondatezza della tesi che collega la giusta causa al preavviso. II.5) Gli accordi interconfederali del 1947, 1950 e 1965 e l’introduzione pattizia del principio della necessaria giustificazione causale del recesso. II.6) L’impatto della Costituzione del 1948 sulle regole del licenziamento. II.7) La legge n. 604 del 1966: la fine del recesso ad nutum e l’introduzione della nozione di giustificato motivo soggettivo. I parallelismi con l’inadempimento che giustifica la risoluzione nel diritto dei contratti. II.7.1) L’introduzione della nozione di giustificato motivo soggettivo e la conseguente revisione concettuale della nozione di giusta causa.*

## **II.1) Il codice civile del 1865 e il “faticoso” riconoscimento della possibilità di recedere unilateralmente dal rapporto di lavoro.**

E' affermazione diffusa quella secondo la quale il diritto del lavoro nasce e si sviluppa dal – e nell'ambito del – diritto civile dei contratti, tanto da esser costantemente definito in termini di costola, o branca, del diritto civile.

Così non è – o meglio, non è stato – per l'istituto del licenziamento, sorto e sviluppatasi sin dall'origine, nella prassi dei rapporti economico-industriali, come risposta concreta a nuove esigenze delle parti del rapporto, la cui ammissibilità venne progressivamente ad affermarsi anche grazie all'incessante opera di ammodernamento della disciplina positiva posta in essere dagli interventi dei probiviri<sup>78</sup>.

In effetti, il riconoscimento del potere unilaterale di determinare la cessazione del rapporto di lavoro – originariamente ricondotto allo schema della locazione di opere – è avvenuto grazie ad un processo che ha visto protagonisti dottrina e giurisprudenza, e che si è sviluppato progressivamente in un contesto normativo piuttosto

---

<sup>78</sup> Scrive Redenti in *Massimario delle giurisprudenze dei Probiviri*, a cura del Ministero d'Agricoltura, Industria e Commercio, Roma, 1906, “E' certo che questa esigenza fu sempre riconosciuta nella pratica e nella dottrina e giurisprudenza anche più antica e trova una vigorosa affermazione nella giurisprudenza dei probiviri”. In proposito, si vedano le pronunce richiamate dall'Autore alle pagine 120-143.

scarno, data l'assenza di alcuna previsione normativa specifica che riconoscesse ad una delle parti tale potere. Del resto, che non fosse espressamente previsto il potere di recedere unilateralmente dal rapporto di lavoro non deve sorprendere più di tanto, se si considera che, per il timore che la compressione della libertà contrattuale degli individui potesse tradursi in una compromissione della libertà fisica degli stessi, l'art. 1628 dell'abrogato codice civile del 1865 prevedeva che "nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo, o per una determinata impresa". Mancava quindi una ragione di fondo che giustificasse la previsione normativa del diritto di recesso, nel senso che, dovendo essere il lavoro a termine, o comunque dovendo lo stesso essere prestato per una determinata opera, non era avvertita l'esigenza di uno strumento giuridico che consentisse di sciogliere unilateralmente il rapporto di lavoro durante il suo svolgimento.

Per avere contezza delle varie tappe del processo che condusse all'affermazione del diritto di recesso, tuttavia, si deve tener presente che già agli inizi del secolo scorso le esigenze del tessuto produttivo italiano – che si andava progressivamente organizzando su base industriale – erano tali da richiedere una stabile presenza dei lavoratori all'interno dell'azienda. E fu proprio sulla scorta di tali esigenze che, in spregio al divieto di cui all'art. 1628 c.c. appena citato, cominciarono a diffondersi nella prassi collaborazioni stipulate senza l'apposizione di un termine finale di durata, finalizzate a consentire tanto agli imprenditori quanto ai prestatori di lavoro – in ragione di tale loro caratteristica – una programmazione a lungo termine rispettivamente dell'attività di impresa e della vita personale, ed al contempo tese a consentire un fisiologico

incremento della fedeltà e del riferimento dei lavoratori alle sorti dell'azienda.

In questo contesto, l'affermazione del diritto di recedere unilateralmente dal rapporto si sviluppò in senso opposto rispetto alla disciplina positiva del diritto comune dei contratti che, in applicazione del radicato principio del mutuo consenso quale unico strumento per determinare lo scioglimento del contratto a prestazioni corrispettive, era ferma nel riconoscere l'intangibilità del vincolo nascente dal sinallagma pattizio<sup>79</sup>.

Il rinnovamento delle regole codicistiche, la regolamentazione giuridica del rapporto di lavoro sulla base della convinzione che esso, al pari del diritto di proprietà, andasse disciplinato positivamente, la necessità di assicurare nuovi strumenti giuridici che consentissero il rispetto della libertà delle parti del rapporto obbligatorio, furono esigenze avvertite fin dall'inizio del secolo scorso dalla maggior parte della dottrina<sup>80</sup> che indussero alla progressiva affermazione del diritto (di entrambe le parti del rapporto) di recedere unilateralmente dal rapporto di lavoro in condizioni di assoluta parità.

Fu in ogni caso anche grazie alla già ricordata preziosa opera dei probiviri<sup>81</sup> che progressivamente andò

---

<sup>79</sup> Zangari, *Licenziamento*, voce *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1974.

<sup>80</sup> Tra questi, e prima degli altri, Tartufari, nota a Cass. Firenze, 29 dicembre 1872, in *FI*, 1893, c. 1171 ss.

<sup>81</sup> Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 1° ed., Milano, 1901, il quale definisce "sano" l'influsso giurisprudenziale dei probiviri in quanto attenti "ai bisogni della vita quotidiana". Si veda, a tal fine, Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei Probiviri*, op. cit., ed ancor prima, dello stesso autore, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, RDComm., 1905, I, pag. 356 ss. Più in generale, sul

affermandosi la possibilità di recedere dal rapporto; ed al proposito talmente incisivo ed innovativo fu l'apporto delle prime, relative pronunce giurisprudenziali da indurre la dottrina a valutarlo come un "esito vittorioso di un conflitto, ormai ineludibile, tra il diritto della codificazione e la realtà dei rapporti economico-sociali"<sup>82</sup>.

Sulla scorta di un tale processo di nuova sensibilità verso la funzione economico-sociale del contratto di lavoro, il licenziamento, e più in generale il recesso unilaterale del rapporto, venne pertanto ad affermarsi come un nuovo strumento risolutivo utilizzato per soddisfare un'esigenza delle parti ritenuta dall'ordinamento meritevole di tutela giuridica, quale quella di potersi liberare dalle reciproche obbligazioni contrattuali nella ipotesi in cui si fossero verificate condizioni (di natura oggettiva o soggettiva) tali da rendere non conveniente, o comunque non voluta, la prosecuzione del rapporto di lavoro<sup>83</sup>. In questo senso, non appare azzardato ritenere

---

frequente ricorso da parte dei probiviri di criteri di equità, si veda Caprioli, *Redenti, giurista empirico, Introduzione al Massimario della giurisprudenza dei Probiviri*, ristampa, Giappichelli, Torino, 1992; Cappelletto, *Per una storia del diritto del lavoro: il contratto collettivo e i probiviri*, RTDPC, 1977, pag. 1189 ss.

<sup>82</sup> Tullini, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, Milano, 1994, citando, a sua volta, Zangari, *Licenziamento*, voce *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1974, pag. 639.

<sup>83</sup> Parla di esigenza "che l'industriale imprenditore possa con una certa libertà d'azione organizzare la propria azienda e scegliersi i operatori più adatti; che l'operaio possa cercarsi e procurarsi l'impiego più remunerativo o più conveniente che gli sia possibile", Redenti, in *Massimario della Giurisprudenza dei Probiviri*, op. cit. Quanto alla libertà contrattuale la cui tutela consentiva l'affermazione del diritto di recesso, la stessa veniva

che l'affermazione del diritto di ciascuna delle parti di recedere unilateralmente dal contratto di lavoro costituisse uno strumento di tutela di quella medesima libertà delle stesse parti che era risultata precedentemente compressa da quella prassi di stipulare contratti di lavoro senza previsione di un termine di durata che, come sopra esposto, si era venuta progressivamente affermando.

Ciò premesso, l'innovatività dell'operato della giurisprudenza del tempo può essere pienamente apprezzata solo ove si tenga bene a mente l'assetto normativo all'epoca vigente in materia che, all'art. 1123 del codice civile del 1865, stabiliva che “i contratti non possono essere rivocati che per mutuo consenso o per cause autorizzate dalla legge”, tra le quali – ai sensi dell'art. 1165 del medesimo codice – si annoverava la risoluzione giudiziale del contratto<sup>84</sup>. Il tutto in termini da costituire uno strumento di tutela suscettibile di attivazione in caso di inadempimento della controparte – sì da poter essere considerato l'antesignano dell'attuale istituto della risoluzione per inadempimento regolato dall'art. 1453 c.c. – la cui operatività veniva tradizionalmente ammessa con riferimento al contratto di lavoro nella misura in cui, più in

---

definita come “potere del datore di lavoro di eliminare la manodopera di cui non volesse più servirsi, e per il prestatore come potere di riprendere la propria libertà quando ciò gli paresse più opportuno”, Ballestrero, *I licenziamenti*, Franco Angeli Editore, Milano, 1975, pag. 21.

<sup>84</sup> L'Art. 1165 cod. civ. abrogato prevedeva che “Il contratto non è sciolto di diritto; la parte, verso cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta di costringere l'altro all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambedue i casi. La risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente, e può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circostanze” .



generale, se ne ammetteva l'utilizzabilità con riferimento a tutti i contratti bilaterali ogni qual volta una delle due parti non avesse adempiuto alla propria obbligazione.

Alla luce del rigoroso rispetto del principio dell'intangibilità del vincolo contrattuale sinallagmatico – in nome del quale le norme sopra richiamate ammettevano come uniche cause di scioglimento del contratto il mutuo consenso e la risoluzione giudiziale – risultano facilmente comprensibili le resistenze con cui l'enunciazione del principio della possibilità di recedere unilateralmente dal contratto dovette sin da subito confrontarsi, sia in ragione della sua derivazione concettuale dalla prassi e dagli usi industriali, sia in ragione della ritenuta inidoneità di questi ultimi ad innovare il sistema giuridico allora vigente<sup>85</sup>.

Non si deve peraltro credere che il dibattito circa l'ammissibilità di un potere di recedere unilateralmente dal rapporto di lavoro avesse interessato, all'epoca, solo e unicamente la giurisprudenza; invero, un ruolo fondamentale nell'elaborazione degli schemi concettuali in materia fu infatti rivestito, in dottrina, dal contributo di

---

<sup>85</sup> Non si deve infatti dimenticare che i primi anni del Novecento fanno parte a pieno titolo di un'epoca in cui domina incontrastato il formalismo giuridico, e che “il progressivo concentrarsi e l'addensarsi dei problemi inerenti alla disdetta unilaterale erano suscettibili di travolgere l'ordine interno del sapere classico e il disegno razionale delle scelte compiute dal legislatore”: così Tullini, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, op. cit., pag. 80. In termini espliciti, Barassi scriveva che “la questione grave e di grande importanza pratica è se il contratto di lavoro possa essere revocato per la pura e semplice volontà di una delle parti; e se, in altre parole, possa essere ammesso il recesso unilaterale” ne *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2°ed. Milano, 1917.

illustri Autori quali Ludovico Barassi e Francesco Carnelutti.

Barassi, in particolare, fu il primo che in Italia ebbe modo di approfondire la tematica del recesso unilaterale, ed al contempo di mettere in evidenza il diverso livello “stragiudiziale” su cui esso operava rispetto al rimedio “giudiziale” costituito dalla risoluzione di cui all’art. 1165 del codice civile del 1865<sup>86</sup>.

In particolare, egli arrivò a riconoscere la “necessità”, ancor prima che l’ammissibilità, del recesso unilaterale nel rapporto di lavoro, in ragione della natura fiduciaria del rapporto, nonché sulla scorta del principio – quale secondo l’Autore desumibile in chiave analogica dai principi generali dell’ordinamento – della configurabilità del recesso anche nel quadro del contratto di lavoro, al pari di quanto ammesso con riguardo ai contratti di durata stipulati su base fiduciaria<sup>87</sup>. La diversa natura dei presupposti in presenza dei quali i rimedi risolutori del rapporto di lavoro erano destinati ad operare fu ritenuta dall’Autore, in particolare, come la principale ragione giustificativa della possibilità di operare una distinzione tra la natura giudiziale della risoluzione *ex art. 1165 c.c.* dell’epoca e la natura stragiudiziale della disdetta intimata

---

<sup>86</sup> Per un’interessante descrizione del pensiero di Barassi si veda Mengoni, *L’evoluzione del pensiero di Ludovico Barassi dalla prima alla seconda edizione del contratto di lavoro*, RIDL, 2001, I, pag. 209 ss.

<sup>87</sup> Individuano il fondamento del recesso dal rapporto di lavoro nella intrinseca natura fiduciaria di esso anche Ardaù, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954, pag. 300, nonché Riva Sanseverino, *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro V del lavoro (artt. 2060-2134), Bologna-Roma, 1958, pag. 318.

da una delle due parti del rapporto di lavoro<sup>88</sup>: e ciò tenuto conto che da un lato l'elemento oggettivo della alterazione dello scambio iniziale che legittimava il ricorso al rimedio della risoluzione giudiziale postulava necessariamente il suo accertamento da parte del magistrato, e che dall'altro il turbamento affatto soggettivo dell'elemento fiduciario che fondava e giustificava il recesso dal contratto di lavoro risultava essere apprezzabile, del tutto diversamente, solo ed unicamente dalle parti direttamente coinvolte nella inerente relazione giuridica. Nella ricostruzione dell'Autore, in altri termini, era la fiducia che una parte deve poter costantemente riporre nell'altra a costituire l'elemento la cui sopravvenuta lesione giustificava l'esercizio del recesso e il conseguente scioglimento unilaterale del rapporto di lavoro<sup>89</sup>. Per altro verso, non ci

---

<sup>88</sup> Scrive infatti Barassi che "l'art. 1165 si riferisce ad una ipotesi di squilibrio tra le parti, cioè di rottura di quell'equilibrio che le parti avevano determinato nel contratto (...) non è così quando anziché di uno squilibrio provocato da fatti esteriori ed economici, si tratti di fatti o circostanze presi in considerazione in quanto atti a turbare l'elemento fiduciario. Questo è eminentemente soggettivo; di regola solo il contraente è atto a fornire un apprezzamento in proposito, quindi si capisce che qui si arrivi a sottrarre al giudice di decidere circa l'attitudine di un fatto, che uno dei contraenti ha ritenuto lesivo della fiducia, a spezzare, se così vuole questo contraente, il rapporto contrattuale": così ne *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, seconda ed., Milano 1917, pag. 797.

<sup>89</sup> In ogni caso, Barassi si mostra consapevole dell'esistenza di conseguenze pregiudizievoli che l'esercizio del recesso produce sulla parte che lo subisce allorquando scrive che il recesso "è nel caso nostro fatto doloroso sempre: per il lavoratore e per chi si trova a dover cercare chi surroga il lavoratore che se ne va", così, ne *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, seconda ed., Milano 1917, pag. 796.

si può esimere dal rilevare che, attraverso l'ammissione che ai fini della possibilità di recedere dal rapporto fosse sufficiente l'allegazione della lesione della fiducia, l'Autore ampliava notevolmente le circostanze in presenza delle quali lo scioglimento del rapporto si sarebbe potuto determinare, non essendo necessaria ed indispensabile, ai fini della produzione del relativo effetto, la sussistenza di un inadempimento delle obbligazioni.

Del tutto diversamente Carnelutti<sup>90</sup>, al fine di ammettere il recesso unilaterale dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato, preferì valorizzare la regola dettata dall'art. 1609 c.c. del 1865 per la locazione di cose, per effetto della quale “se la locazione è stata fatta senza determinazione di tempo, non può alcuna delle parti contraenti dare la licenza all'altra, senza osservare i termini stabiliti dalla consuetudine dei luoghi”.

Alla base dell'elaborazione concettuale di Carnelutti vi era quindi l'intuizione di considerare l'anzidetta regola in termini di principio “ordinario” applicabile, in quanto tale, a tutti i rapporti ad esecuzione continuata stipulati senza apposizione di termine, tra i quali si poteva ricondurre, in ragione delle sue caratteristiche intrinseche, il rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Solo ammettendo l'utilizzabilità della regola della disdetta con preavviso dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato si sarebbe rispettato, infatti, il fondamentale principio di libertà contrattuale che, altrimenti, avrebbe potuto esser

---

<sup>90</sup> Carnelutti, *Del licenziamento della locazione d'opera a tempo determinato*, RDComm., 1911, I, pag. 377 ss. In realtà, ancor prima di lui ebbero l'intuizione di ritenere utilizzabile la regola di cui all'art. 1609 c.c. abrogato per ammettere il licenziamento nel contratto d'opera a tempo indeterminato il Tartufari in *Foro it.*, 1893, col.1171, ma anche Barassi ne *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 1° ed., Milano 1901.

leso attraverso la stipulazione del contratto senza l'apposizione del termine. L'unico limite che le parti avrebbero potuto incontrare nell'esercizio del diritto di sciogliere unilateralmente il rapporto di lavoro sarebbe stato costituito quindi, nella concezione dell'Autore, dalla necessità di rispettare un periodo di preavviso in sede di comunicazione di tale loro volontà alle proprie controparti.

Ad ogni modo, non tutta la dottrina che prese parte al dibattito in parola concluse per l'ammissibilità del recesso unilaterale: la consapevolezza circa le difficoltà concrete che avrebbero incontrato i dipendenti licenziati nella utile riallocazione della propria opera, e quindi la considerazione della rigidità del mercato del lavoro del tempo, indusse infatti alcuni Autori<sup>91</sup>, nello specifico, a negare la possibilità di ravvisare modalità di estinzione del rapporto di lavoro "ulteriori" ed aggiuntive rispetto a quelle costituite dal mutuo consenso e dalla risoluzione giudiziale.

In questo senso, meritano di esser menzionate – per l'intrinseca attualità delle concezioni che ne costituivano il fondamento (tanto da poter esser ritenute pienamente valide anche nell'attuale fase storica che, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, si caratterizza, se pure indirettamente, per una rilevante attenuazione del vincolo di giustificazione causale del recesso) – le interessanti considerazioni compiute in proposito dal Laurent, il quale, al fine di negare l'applicabilità in via d'analogia della disposizione di cui all'art. 1609 c.c. del 1865 alla locazione di opere, affermava che "la ragione dell'analogia è dubbia perché la condizione delle parti contraenti non è del tutto identica. Nella locazione delle

---

<sup>91</sup> In particolare, tra questi, Laurent in *Principi di diritto civile*, Società editrice libraria, Milano, 1900.

cose il congedo basta anche all'inquilino per provvedersi di un'altra cosa (...) le difficoltà sono ben maggiori pei commessi. Il loro numero va aumentando a misura che l'istruzione si diffonde, e se sono licenziati dal loro padrone, riesce loro tanto più difficile il collocarsi”.

Sotto questo profilo, la modernità del pensiero dell'Autore – e la sua capacità di intuire appieno le conseguenze pregiudizievoli che, stante la sopra descritta condizione del mercato del lavoro, si sarebbero potute produrre nella sfera giuridica del lavoratore come diretta conseguenza del riconoscimento alla controparte datoriale del potere unilaterale di recesso – è dimostrata dalle stesse considerazioni con cui egli si chiedeva “Basterà dunque il congedo? Di tal guisa i commessi verrebbero posti in una condizione molto imbarazzante. Essi si troverebbero, verso il padrone, in uno stato di dipendenza uguale a quello del domestico, anzi più oneroso, come abbiamo già detto. Può ammettersi che tale sia l'intenzione delle parti contraenti? L'uguaglianza di ambo le parti è legge generale delle convenzioni. Ora, se il congedo basta per mettere fine al contratto, la condizione della parti sarà assai diseguale”.

Ad ogni modo, nonostante il parziale riconoscimento della fondatezza di tali rilievi<sup>92</sup>, l'utilizzazione del principio di cui all'art. 1609 c.c. abrogato allo scopo di ammettere la recedibilità nell'ambito del rapporto di lavoro non solo venne presentata dal Carnelutti come

---

<sup>92</sup> Barassi, in particolare, ne riconosce la veridicità ma ritiene che tali conseguenze pregiudizievoli possano dirsi temperate dal riconoscimento di una maggiore estensione del periodo di preavviso di cui beneficia il lavoratore nell'ipotesi di recesso esercitato dal datore; Carnelutti, invece, nega che il rilievo attribuito alla condizione di fatto in cui si viene a trovare il lavoratore receduto possa essere tale da escludere l'operatività della regola di cui all'art. 1609 cod. civ.

possibile ma, addirittura, come necessaria per evitare che il contratto di lavoro stipulato senza l'apposizione del termine potesse esser ritenuto nullo per violazione del divieto – ritenuto espressione di un principio di ordine pubblico – di cui all'art. 1628 dello stesso codice civile<sup>93</sup>. Sulla scorta di un tale approccio concettuale, ed a fronte della prassi relativa alla stipulazione di contratti a tempo indeterminato, l'affermata applicabilità della regola di cui all'art. 1609 c.c. si appalesava quindi come una riconferma, in termini aggiornati, del principio della libertà contrattuale di cui il divieto di vincoli obbligatori perpetui sancito dall'art. 1628 c.c. era espressione<sup>94</sup>.

In quest'ordine di idee Barassi – pur condividendo in linea di principio l'impostazione carneluttiana che elevava il disposto dell'art. 1609 c.c. del 1865 a regola generale valevole per tutti i rapporti di durata ad esecuzione continuativa – se ne discostava laddove Carnelutti configurava l'ammissibilità del recesso in termini di unico e solo strumento giuridico in grado di escludere la nullità del contratto di lavoro per violazione del divieto di

---

<sup>93</sup> A tal proposito Carnelutti scrive che “è presto detto che se lo scioglimento del rapporto a tempo indeterminato non si potesse conseguire se non mediante il mutuo dissenso o la pronuncia del giudice legittimata dall'inadempienza di una parte, sarebbe sempre dato al contraente diligente di perpetuare il rapporto stesso in onta al divieto del legislatore. Dunque, una via d'uscita ci deve essere, e il buon senso pratico la infila dritta riconoscendo alle parti, quando il rapporto non ha durata fissa, il diritto di sciogliersene quando loro piaccia mediante la dichiarazione unilaterale della loro volontà; e la dottrina corre dietro al buon senso, senza troppo arrovellarsi a chiedere il perché e senza troppa cura di fermarsi a tempo”. Così in *Del licenziamento della locazione d'opera a tempo determinato*, op. cit., RDComm., 1911, I, pag. 377.

<sup>94</sup> In questi termini, Ballestrero, *I licenziamenti*, op. cit., pag. 21.

collaborazioni perpetue: e ciò sulla scorta della consapevolezza sia della circostanza per cui la regola della necessaria temporaneità del rapporto di lavoro – utilizzata dal Carnelutti come fondamento dogmatico per ammettere il diritto di recesso – poteva dirsi rispettata anche nel caso in cui il potere di recedere unilateralmente fosse stato riconosciuto al solo lavoratore, sia della circostanza per cui il richiamo alla disposizione di cui alla norma citata non avrebbe potuto in alcun modo giustificare l’esercizio del recesso con riguardo ai rapporti di lavoro che fossero stati stipulati con la previsione di un termine finale di durata.

Da qui, come già illustrato, la valorizzazione della natura fiduciaria del rapporto di lavoro, che trovava una giustificazione sia nella necessità di superare quelle appena citate criticità logiche che l’art. 1609 c.c. del 1865 non consentiva di superare agevolmente, sia nella volontà dell’Autore di opporsi a quella tendenza che iniziava ad essere espressa da una corrente minoritaria dei probiviri che subordinava la legittimità del recesso alla comunicazione di giusti motivi<sup>95</sup>.

Analizzando l’opera del Barassi si può allora scorgere un progressivo mutamento del ruolo espletato

---

<sup>95</sup> Metallurgiche Torino 22 aprile 1903 “Anche se il regolamento di fabbrica dispensa dal dichiarare il motivo di licenziamento, lo spirito del contratto di lavoro non permette che il licenziamento avvenga senza legittimo motivo”; Metallurgiche Verona 9 ottobre 1903; Tessili Prato 5 maggio 1904; Poligrafiche Milano 27 settembre 1905. In ambito dottrinale, sostiene la necessità che il recesso sia motivato il Chironi allorquando scrive che “il modo di costituire la locazione (a tempo indeterminato) consentiva al locatore di supporre ragionevolmente che non mutandosi la quantità e le condizioni del lavoro, il padrone non gli darebbe congedo senza giusti motivi”, in *Colpa contrattuale*, 2.a ed., Torino, 1887, pag. 654-655.



dell'elemento "fiducia": se in una fase in cui è controversa l'ammissibilità di un recesso unilaterale dal rapporto di lavoro essa funge da elemento fondante del relativo potere, nella fase successiva – in cui l'esercizio del recesso, tanto in ambito giurisprudenziale quanto in quello dottrinale, è tendenzialmente ammesso – la fiducia diviene elemento la cui lesione è di per sé sufficiente a giustificare il recesso *ad nutum*, vale a dire il recesso il cui legittimo esercizio risulta svincolato dalla necessità della ricorrenza di adeguati presupposti giustificativi e rimane affidato, per converso, alla sola discrezionalità di controparte<sup>96</sup>.

## **II.2) I giusti motivi di recesso: attinenza al preavviso o presupposto costitutivo del potere di recesso?**

La teorizzazione della sussistenza di una facoltà di recesso dal rapporto di lavoro liberamente esercitabile – in termini non vincolati dalla configurabilità di qualsivoglia presupposto causale – pose ben presto la questione della validità e della vincolatività di quegli impegni contrattuali con i quali si conveniva che il recesso del datore di lavoro potesse intervenire solo con il ricorso di gravi e giusti motivi<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Scrive a questo proposito Barassi che "la fiducia può esser ritenuta come un eccellente motivo che induce ad ammettere il licenziamento senza addurre le ragioni", *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, op. cit., pag. 830.

<sup>97</sup> La prassi di stipulare siffatte convenzioni è descritta da Carnelutti, *Sulla stabilità del rapporto di impiego*, RDCComm., 1909, II, pag. 15. Per altro verso, la diffusione di tali impegni contrattuali consentì di superare quell'impostazione che

A tal proposito, la reazione della dottrina – soprattutto di quella più conservatrice – fu quella di sminuire l'importanza di tale prassi, negando che essa potesse seriamente inficiare il principio legale della libertà di recesso, in quanto espressione di un principio generale posto a tutela della libertà contrattuale<sup>98</sup>.

Ad ogni modo la diffusione di tali impegni contrattuali, per quanto la loro incidenza e vincolatività venisse sminuita dalle voci della dottrina più “tradizionalista”, palesava l'avvertita necessità di arginare la discrezionalità di cui beneficiava il datore di lavoro nell'esercizio del diritto di recesso; emergeva, in particolare, la volontà di evitare quanto più possibile che il recesso acausale potesse tradursi in un atto datoriale del tutto arbitrario.

Fu proprio tale sensibilità a far sì che da più parti si auspicasse un intervento del legislatore che fosse diretto ad

---

configurava il recesso *ad nutum* come un negozio astratto con la diretta conseguenza dell'impossibilità di sindacarne i motivi. In questo senso, si veda Callegari, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Giappichelli, Torino, 1939, 328 ss.; Ardu, *Sulla natura astratta o causale del licenziamento*, Giuffrè, Milano, 1954, pag. 20 ss.; Novara, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Milano, 1961, pag. 104 ss. E' interessante notare che fin da subito emerge che la proporzionalità debba esser considerata come un tratto caratterizzante dell'esercizio del potere di recesso; ciò, nel senso che il motivo posto a base del recesso, per esser definito propriamente tale, ovvero per potere avere efficacia estintiva del rapporto, deve essere dotato di una qual certa rilevanza. In questo senso, Cavagnari, in *Studi preliminari, commissione per lo studio dei contratti agrari e del contratto di lavoro*, Stamperia Reale, Roma, 1901, scrive che “per esser veramente giusti devono essere gravi”.

<sup>98</sup> Tullini, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, op.cit., pag. 97, citando, a sua volta, Barassi.

elencare tassativamente i motivi in presenza dei quali il recesso datoriale si sarebbe potuto ritenere come legittimamente esercitabile<sup>99</sup>; il tutto, nell'ottica di scongiurare il pericolo che, attraverso il riconoscimento della possibilità di licenziare *ad nutum*, si giungesse a dar spazio e legittimazione pure ad arbitrarie iniziative del datore di lavoro.

In questo senso, già a partire dai primi anni del XX secolo non mancarono provvedimenti legislativi<sup>100</sup> – che qualche Autore ha voluto valutare come “precedenti normativi” della legge n. 604/1966<sup>101</sup> – che da un lato elencando tassativamente i motivi in presenza dei quali il recesso datoriale si sarebbe potuto ritenere ammissibile, dall'altro prevedendo la possibilità per il giudice di corrispondere al lavoratore un indennizzo nelle ipotesi in cui tali motivi fossero risultati infondati o insussistenti, riuscirono a tradurre in chiave normativa – se pur in ambiti piuttosto limitati, in quanto provvedimenti destinati ad

---

<sup>99</sup> In questo contesto si spiega il progetto di legge Cocco-Ortu che elencava distintamente i motivi di recesso per il datore e quelli per il lavoratore. Per un'analisi di tale progetto di legge, vedasi Cavagnari, *Studi sul contratto di lavoro*, Società editrice libraria, Roma, 1902.

<sup>100</sup> In proposito, si possono menzionare: l'art. 23 della L. n. 337/1907 sul lavoro nelle risaie; l'art. 45 t.u. del 1908 sugli impiegati civili dello stato; l'art. 16 della legge sanitaria. Una attenta rassegna avente ad oggetto le suddette legge speciali è compiuta da Cavagnari, *Studi preliminari, commissione per lo studio dei contratti agrari e del contratto di lavoro*, op. cit., pag. 386 ss.

<sup>101</sup> Mazzoni, *Dalla legge 604 del 1966 alla legge n. 300 del 1970*, in *I licenziamenti individuali e la reintegrazione nel posto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1972.

avere valenza settoriale – quei nuovi valori e sensibilità su cui parte della dottrina aveva già posto l’attenzione<sup>102</sup>.

Un’ulteriore riprova di quanto fosse avvertita la necessità di impedire che il riconoscimento di un potere di recesso *ad nutum* potesse consentire atti arbitrari del datore di lavoro risultava fornita, sotto altro profilo, da quelle pronunce dei probiviri che condizionavano la legittimità del recesso alla sussistenza di valide ragioni, sì da favorire l’iniziale affermazione del principio secondo cui “è assolutamente da riprovarsi il sistema di licenziare gli operai senza dichiarare i motivi, come non consentono i più elementari principi di equità e giustizia, in quanto si viene a lasciare ampio e libero campo a tutte le più svariate e malevoli congetture e insinuazioni, ed a proiettare così una luce sinistra sul licenziato, senza che questo abbia modo di difendersi”<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Oltre al già menzionato Chironi (si veda la nota n. 95), sostengono la necessità che il recesso sia giustificato da giusti motivi Abello, *Della locazione di opere*, in *Della locazione*, II, Napoli-Torino, 1908, pag. 651 ss.; Perrone, *Il sistema del licenziamento nella preposizione*, in *La scienza del diritto privato*, II, 1894; D’Amelio, *Per un progetto di legge sul contratto di lavoro*, RDCComm., 1907, I pag. 243. Va inoltre evidenziato che l’Abello utilizzò la nozione di fiducia in senso diametralmente opposto a quello del Barassi: per l’Autore, la natura fiduciaria del rapporto di lavoro accentuava la stabilità del vincolo obbligatorio esistente tra le parti del rapporto, privando il datore della possibilità di recedere arbitrariamente da esso.

<sup>103</sup> Così, Tessili Prato, 22 aprile 1904; Meccaniche Milano, 7 marzo 1900; Metallurgiche Verona 9 ottobre 1903; Alimentari Milano, 7 novembre 1904; si veda anche la nota n. 95.

Si è avuto modo di osservare, in dottrina<sup>104</sup>, che la riflessione sulla tematica dei giusti motivi condotta ad inizio del Novecento – benché non abbia consentito la successiva elaborazione di una legge generalmente applicabile al lavoro subordinato che condizionasse l’esercizio del recesso alla sussistenza di giusti motivi<sup>105</sup> – ebbe comunque il merito di consentire la progressiva qualificazione del recesso in termini di pena o sanzione disciplinare. La circostanza per cui, in presenza di gravi motivi imputabili al lavoratore che avessero causato il recesso immediato, il datore di lavoro recedente non sarebbe stato tenuto ad alcun risarcimento – che invece era dovuto quando il recesso in tronco, ovvero senza il rispetto del periodo preavviso, fosse stato intimato in assenza di motivi idonei a giustificare l’immediatezza dell’effetto risolutivo del rapporto – consentiva infatti di attribuire al licenziamento per “giusti motivi” una funzione “punitiva”, o quantomeno “disciplinare”, nei confronti della condotta imputata al lavoratore<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> Tullini, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, op. cit., pag. 108.

<sup>105</sup> Tullini, in *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, op. cit., pag. 114, scrive che “Il corollario e la diretta conseguenza di tale impostazione sarà il rifiuto di considerare i giusti motivi nella prospettiva della limitazione e del controllo sull’arbitrio dell’industriale; sarà il superamento o l’abbandono dei tentativi dottrinali e giurisprudenziali, pur autorevoli, diretti ad impedire l’esercizio assolutamente discrezionale, irragionevole e abusivo del recesso; sarà il rigetto della tesi che eleva il principio della giustificazione del potere a presupposto sostanziale e (strutturale) dell’atto risolutivo”.

<sup>106</sup> Scrive Barassi, riferendosi al prestatore di lavoro, che “è necessario che egli abbia a meritare questo favore: il preavviso o il risarcimento del danno”, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, op. cit., pag. 888.

Ad ogni modo, nonostante le suggestioni dottrinali che spingevano affinché i giusti motivi assumessero la funzione di presupposto causale del recesso, gli interpreti più autorevoli ebbero modo di rimarcare che i giusti motivi – il più delle volte attinenti a violazioni della disciplina interna la cui tipizzazione incominciava ad esser possibile grazie ad una certa uniformità dei regolamenti di fabbrica dell'epoca<sup>107</sup> – non potevano esser ritenuti oggetto di valutazione da parte del giudice al fine di decidere in ordine alla legittimità del recesso, se non a costo di ammettere “una forma d'inquisizione” suscettibile di “degenerare sino a diventar tirannica”, e di risultare incompatibile “con la necessaria autonomia, di cui i capi d'azienda sono gelosissimi”<sup>108</sup>. Quanto sopra con impostazione concettuale per effetto della quale i giusti motivi dovevano ritenersi correlati unicamente al preavviso e non anche al potere di recesso, non necessitando il recesso in tronco dal rapporto di lavoro di alcuna giustificazione fondante, dovendosi esso ritenere illimitato e libero: l'allegazione di giusti motivi nel contesto di una fattispecie di recesso in tronco risultava quindi finalizzata unicamente a legittimare la mancata concessione di un congruo periodo preavviso<sup>109</sup>, ma non anche a fondare il potere di recesso.

---

<sup>107</sup> Nell'ambito dei quali frequentemente è dato riscontrare fattispecie quali la molesta ubriachezza, l'insolenza, l'alterco seguito dalle vie di fatto ecc.

<sup>108</sup> Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, op. cit., pag. 836.

<sup>109</sup> “L'opzione non poteva essere più chiara ed esplicita: s'intendeva così reagire alle intuizioni della dottrina e della giurisprudenza, inclini a temperare l'arbitrio e ad estendere l'area del controllo del giudice, esigendo il concorso dei gravi motivi per la legittimità del recesso”, così Tullini, *Contributo*

In questo senso Barassi, pur nella consapevolezza che “la coscienza dell’iniquità di un recesso improvviso e senz’uopo di giustificazioni è viva, la necessità di impedir ciò è profondamente risentita”<sup>110</sup>, individuava nel preavviso l’unico elemento condizionante la legittimità – non anche l’efficacia – dell’atto di esercizio del potere di recesso, a tal scopo valorizzando la capacità del preavviso di attenuare le conseguenze negative suscettibili di prodursi in capo a colui nei cui confronti fosse stato esercitato il recesso medesimo<sup>111</sup>.

In sostanza, nella ricostruzione dell’Autore la regola del preavviso e quella dei giusti motivi si ponevano in un rapporto d’alternatività, nel senso che la ricorrenza dei giusti motivi valeva solo ad escludere la necessità di rispettare un periodo di preavviso in sede di esercizio del recesso dal rapporto di lavoro, e per altro verso l’intervenuto rispetto di un tale periodo rendeva di per sé stesso del tutto inutile ogni indagine circa la sussistenza di giusti motivi del recesso.

---

*alla teoria del licenziamento per giusta causa*, op. cit., pag. 115.

<sup>110</sup> Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, op. cit., pag. 831.

<sup>111</sup> “Si dice dal Laurent che l’analogia è casomai ammissibile solo per i domestici: poiché il locatore della cosa trova subito chi la prende in affitto, e il domestico chi lo piglia con sé, stante il numero esiguo dei domestici; invece, i commessi aumentano ogni giorno, e il licenziamento senza la ragione voluta dall’art. 1165 e per mezzo di dichiarazione giudiziale può per essi riuscire singolarmente dannoso. Non neghiamo che in ciò vi sia del vero, ma occorre anche notare che oggi, in pratica, a quella disparità di situazione si rimedia con una differenza nella lunghezza del periodo di preavviso, che per i commessi è assai maggiore che non pei domestici”: così Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, op. cit., pag. 873.

Seguendo questa impostazione, in altre parole, l'unico limite al potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto era costituito dal preavviso, ed il lavoratore maturava il diritto ad un risarcimento solo nel caso in cui esso non fosse stato concesso o non fossero risultati ravvisabili motivi idonei a legittimare la sua mancata concessione. Il tutto con impostazione concettuale per cui – come giustamente osservato in dottrina<sup>112</sup> – da un lato il recesso risultava comunque idoneo a provocare la risoluzione del rapporto di lavoro, dall'altro il preavviso – anche se esercitato in assenza di giusti motivi che giustificassero la sua mancata concessione – non rappresentava un limite costitutivo e fondante del potere di recesso, ma semplicemente un modo di esercizio dello stesso, la cui violazione non determinava la nullità e l'inefficacia dell'atto estintivo ma solo l'insorgenza dell'obbligo di risarcimento.

Del resto, che questa impostazione fosse coerente con l'assetto normativo di riferimento dell'epoca risulta confermato anche da quella giurisprudenza che, a fronte di un recesso che fosse stato intimato in tronco e con riferimento al quale non fossero risultati ravvisabili giusti motivi di esonero dal preavviso, non concludeva per la nullità e per l'inefficacia del recesso e il conseguente ripristino del rapporto, ma ammetteva invece la sostituzione della disdetta in tronco senza giusta causa con una disdetta ordinaria, pienamente valida, a cui conseguiva solo l'obbligo di corrispondere l'indennità di mancato preavviso<sup>113</sup>. In altri termini, la circostanza che la

---

<sup>112</sup> Tullini, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, op. cit., pag. 117.

<sup>113</sup> Criticando tale orientamento giurisprudenziale, da ritenersi tuttavia prevalente, Montessori, *L'indennità per il licenziamento intempestivo nel rapporto di lavoro a tempo*



conversione del recesso in tronco privo di giusta causa fosse ammessa, e che per di più da essa discendesse unicamente il diritto del lavoratore alla corresponsione di una somma di denaro, dimostrava che secondo questa impostazione concettuale i giusti motivi erano da ritenersi clausole di esonero del preavviso e non anche come presupposti costitutivi del potere di recesso.

In verità, è stato osservato in dottrina che la suddetta prassi giurisprudenziale di ammettere la conversione della disdetta in tronco intimata senza giusti motivi in una disdetta ordinaria, di cui avesse tutti i requisiti di forma e di sostanza, non avrebbe dovuto essere interpretata come conforme all'anzidetto orientamento prevalente che ancorava i giusti motivi al preavviso: quanto sopra alla luce della considerazione che il principio dell'incoercibilità delle prestazioni di fare (quale sarebbe quella del datore di lavoro costretto a riammettere in servizio il lavoratore il licenziamento sia stato dichiarato nullo) ha costituito spesso il presupposto logico di quel principio dell'insindacabilità del potere unilaterale di recesso del datore di lavoro che, come tale, non ha consentito di individuare pienamente quelle logiche conseguenze che avrebbero dovuto far seguito alla accertata arbitrarietà del recesso<sup>114</sup>.

---

*indeterminato*, RDComm., 1912, II, pag. 979 ss., scriveva che “ove facciano difetto questi requisiti o presupposti la disdetta senza termine non è fondata in diritto e perciò non può sortire l'effetto di risolvere in tronco il rapporto, Malgrado la cessazione di fatto (...) il rapporto giuridicamente continua a sussistere”.

<sup>114</sup> Tullini, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, op. cit., pag. 120 richiamando, a tal proposito, Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, II, Cedam,

## **II.3) Il Regio Decreto n. 1825/1924 sull'impiego privato: la traduzione dei giusti motivi nella giusta causa che consente l'esonero dall'obbligo di preavviso. Teorie sul mutamento di funzione e di contenuto della giusta causa.**

Con il Regio Decreto n. 1825/1924 sull'impiego privato veniva introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano l'istituto del recesso *ad nutum*, con preavviso, dal contratto a tempo indeterminato<sup>115</sup>.

---

Padova, 1971, pag. 633 ss.). Per altro verso, al fine di mettere in discussione la sostenuta attinenza dei giusti motivi al solo preavviso e non anche al recesso, l'Autore non esclude che la regola dell'incoercibilità degli obblighi di fare possa aver indotto la giurisprudenza ad applicare la regola della sostituzione della denuncia in tronco nulla (perché priva di giusta causa) con quella ordinaria (*ad nutum*); se tale ipotesi fosse fondata, è evidente che verrebbe meno uno degli argomenti tradizionalmente utilizzati per dimostrare l'attinenza dei giusti motivi al preavviso e viceversa, acquisterebbe maggior consistenza la tesi che identifica nei giusti motivi il fondamento del potere di recesso.

<sup>115</sup> L'art. 9 del R.D. 1825/1924 disponeva che "Il contratto d'impiego privato a tempo indeterminato non può essere risolto da nessuna delle due parti senza previa disdetta e senza indennità nei termini e nella misura rispettivamente stabiliti nell'articolo seguente". Se nel periodo liberale il recesso *ad nutum* era strettamente correlato alla necessità di salvaguardare la temporaneità del vincolo contrattuale e la libertà delle parti

Superando definitivamente il divieto di cui all'art. 1628 c.c. abrogato – nel concreto ampiamente contraddetto dalla prassi diffusa di stipulare contratti di lavoro a tempo indeterminato, ritenuti funzionali alle esigenze delle aziende in crescita di poter disporre di manodopera con sufficiente costanza – l'art. 1 del Regio Decreto prevedeva inoltre che, pur potendo esser stipulato con l'apposizione di un termine finale di durata, il contratto di lavoro di impiego privato avrebbe dovuto esser “normalmente” stipulato a tempo indeterminato.

In questo contesto, continuava ad essere avvertita – tanto più in considerazione dell'avvenuto riconoscimento normativo della durata normalmente indeterminata del rapporto di lavoro – l'esigenza di prevedere la possibilità per le parti di liberarsi agevolmente dal vincolo contrattuale; da qui, la volontà politico-legislativa di non subordinare la legittimità del recesso alla sussistenza di presupposti causali, ammettendone invece un esercizio libero e del tutto acausale, nonché la conseguente affermazione della regola della attinenza dei giusti motivi – ora giusta causa – all'obbligo di preavviso<sup>116</sup>.

---

contraenti, nel periodo corporativo tale istituto si poteva giustificare semplicemente facendo riferimento all'ordine giuridico fascista e alle superiori esigenze della produzione nazionale che, come noto, esplicavano un ruolo chiave nella costruzione del sistema politico corporativo. In questo senso, Tullini, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, op. cit.

<sup>116</sup> Il comma terzo dell'art. 9 R.D. n. 1825/1924 prevedeva che “Non è dovuta disdetta, né indennità nel caso che una delle due parti dia giusta causa alla risoluzione immediata per una mancanza così grave da non consentire la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto”.

A riprova della circostanza per cui il Regio Decreto sull'impiego privato si sostanzialmente in una traduzione normativa delle acquisizioni giurisprudenziali raggiunte negli anni che avevano preceduto la sua emanazione, è stato autorevolmente sostenuto che “la soluzione adottata dalla legge sull'impiego privato per fissare i rapporti tra recesso e giusta causa” costituiva “lo sbocco legislativo di un processo” che aveva visto “come protagonisti dottrina e giurisprudenza probivirale, nel ventennio precedente, consacrandone gli indirizzi di fondo”<sup>117</sup>.

Ciò che effettivamente mutava, per effetto dell'emanazione del Regio Decreto, era la tecnica legislativa adoperata per ammettere l'esclusione del preavviso: se infatti nel periodo immediatamente precedente l'introduzione positiva del recesso *ad nutum* si adoperava a tal fine una tecnica di tipo casistico – in applicazione della quale il giudice doveva accertare la sussistenza dei “giusti motivi” in assenza di una previsione di legge e sulla base delle conclusioni già raggiunte in proposito dalla giurisprudenza probivirale – la disciplina sull'impiego privato del 1924 richiedeva invece che fosse una delle due parti a dare “giusta causa alla risoluzione immediata per una mancanza così grave da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto”<sup>118</sup>; era

---

<sup>117</sup> Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli Editore, Milano, 1980, pag. 76, parla di “passaggio di regole imposte sul terreno giurisprudenziale a una previsione legislativa”.

<sup>118</sup> Veniva così respinta l'impostazione accolta nel progetto di legge Cocco-Ortu che, analogamente a quanto faceva la coeva legge belga, suggeriva di elencare tassativamente le circostanze di fatto in presenza delle quali sarebbe stato legittimo l'esonero dal preavviso. Sulla formula adottata dal legislatore del 1924 interessanti sono le osservazioni di Petraccone, *Contratto*

quindi la legge a fissare i presupposti (mancanza di gravità tale da non consentire la prosecuzione del rapporto) in presenza dei quali l'interruzione immediata del rapporto poteva ritenersi legittima.

Al riguardo bisogna sottolineare come, nel definire il contenuto della clausola in presenza della quale risultava legittimo il recesso in tronco, il legislatore del 1924 non avesse fatto altro che recepire quelle pronunce dei probiviri<sup>119</sup> che già avevano individuato il concetto sotteso alla clausola dei “giusti motivi”. Ciò, in particolare, appare evidente se si considera che gli stessi probiviri erano giunti a riconoscere che: “la giurisprudenza probivirale è ormai concorde e assai rigorosa nell'esigere che tali motivi siano veramente gravi così da rendere insostenibile e incompatibile qualunque continuazione nei rapporti tra imprenditore e operai”<sup>120</sup>. In questo contesto, ed a fronte della diffusa e consolidata concezione della natura

---

*d'impiego privato e di lavoro. Appunti di dottrina e note di giurisprudenza*, Editore Marsano, Genova, 1932, nonché quelle di Pergolesi, *Il contratto d'impiego privato nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Toscana, 1928.

<sup>119</sup> Parla di “uso di una tecnica di redazione normativa solo formalmente diversa” che “impedisce di ravvisare una soluzione di continuità con la tradizione interpretativa e il precedente dibattito dottrinale” Tullini, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, op. cit., pag. 126.

<sup>120</sup> Carrara, *Cave di Marmo* 31 ottobre 1907. Nello stesso senso “Il licenziamento immediato non è ammissibile che allorquando vi siano state delle gravi mancanze da parte dell'operaio licenziato”, Milano, *Industrie meccaniche* 17 ottobre 1900. La profonda influenza che la giurisprudenza probivirale ha esercitato sulla formulazione della legge è testimoniata da Montessori, *Il progetto di legge sul contratto d'impiego privato*, RDComm., 1916, I, ma anche da Petraccone, *Contratto d'impiego privato e di lavoro*, op. cit.

fiduciaria del rapporto di lavoro – dalla quale, si affermava, non poteva derivare una limitazione al potere del datore di determinare unilateralmente, ed a piacimento, la risoluzione del rapporto di lavoro –, risultava sostanzialmente coerente l'impostazione adottata dal legislatore in base alla quale la nozione di giusta causa risultava connessa unicamente con l'esercizio del preavviso.

Una ulteriore novità degna di nota introdotta dal Regio Decreto del 1924 fu la previsione dell'obbligo di corrispondere, “in ogni caso” di licenziamento, un'indennità proporzionata agli anni di servizio prestati; era questa la c.d. indennità di licenziamento o indennità di anzianità, la cui previsione normativa, in funzione di tutela del contraente che avesse subito il recesso di controparte, venne introdotta come forma di risarcimento tesa a ristorare il danno subito dal lavoratore anziano licenziato, esplicando al contempo una funzione di correttivo economico alla libertà illimitata del datore di licenziare<sup>121</sup>. La corresponsione della predetta indennità non era peraltro del tutto incondizionata: si prevedeva infatti all'art. 9 che non era “dovuta disdetta, né indennità nel caso che una delle due parti dia giusta causa alla risoluzione immediata” del rapporto.

Occorre al riguardo evidenziare come la natura afflittiva delle conseguenze suscettibili di prodursi in capo

---

<sup>121</sup> In questo senso, Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, op. cit., pagg. 705 e 706. Osserva Barassi che la previsione della corresponsione dell'indennità di licenziamento correlata all'anzianità di servizio del prestatore “non si può giustificare che come un contrappeso all'assoluta insindacabilità, riguardo ai motivi, del diritto di denuncia”, così nel *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Giuffrè, Milano, 1949, pag. 394.

al lavoratore licenziato, che con il suo comportamento avesse dato luogo ad “una giusta causa” di risoluzione immediata, apparisse idonea a confermare la natura disciplinare del recesso in tronco per giusta causa: natura in verità già messa in luce dalla dottrina allorquando aveva espresso l’avviso che la sussistenza dei “giusti motivi” avrebbe consentito l’interruzione immediata del rapporto ovvero l’eliminazione del preavviso, vale a dire dell’unica forma di tutela prevista per il contraente che subiva il recesso.

Fondamentale corollario di questo rilievo è che, già nel periodo corporativo, si sarebbe avviato un progressivo quanto inconsapevole mutamento della funzione della giusta causa che, attraverso una valorizzazione della natura punitiva delle conseguenze che essa produceva sul soggetto destinatario del recesso, iniziò ad esser considerata come presupposto di una fattispecie di recesso ulteriore e diversa rispetto al recesso *ad nutum*, vale a dire come uno strumento di risoluzione del rapporto di lavoro che si poneva in posizione di alternatività rispetto alla risoluzione giudiziale di cui all’art. 1165 c.c. del 1865 e che, al pari di quest’ultima, si sarebbe potuto utilizzare nell’ambito del rapporto di lavoro per far valere la colpa risolutiva del contraente che avesse subito il recesso<sup>122</sup>.

In particolare, questo processo di mutamento di funzione della giusta causa – che da causa esoneratrice del preavviso diviene progressivamente presupposto costitutivo del potere di recesso – spiegherebbe anche l’interpretazione sempre più ampia che della relativa nozione incominciò ad esser fornita dalla giurisprudenza

---

<sup>122</sup> Petraccone, *Contratto di impiego privato e di lavoro. Appunti di dottrina e note di giurisprudenza*, op. cit., pag. 198; App. Milano 27 dicembre 1928 in Giur. It.

della Suprema Corte di Cassazione: fin dal periodo corporativo, infatti, iniziò a diffondersi la nota massima, giunta ad oggi sostanzialmente invariata, in forza della quale la giusta causa si poteva identificare in “*qualunque fatto idoneo a ledere la fiducia*”<sup>123</sup>.

Si può quindi affermare che l’evoluzione interpretativa del contenuto della clausola – inizialmente dei giusti motivi, in seguito della giusta causa – è strettamente correlata, oltre che al già ricordato diffuso convincimento circa la natura fiduciaria del rapporto di lavoro, alla funzione che essa era chiamata ad esplicare all’interno del sistema del recesso. Allorquando i giusti motivi erano pacificamente considerati il presupposto la cui ricorrenza consentiva l’eliminazione del preavviso, vale a dire dell’unica forma di tutela prevista per attenuare le conseguenze pregiudizievoli del recesso, l’interpretazione giurisprudenziale piuttosto rigorosa che ne ammetteva eccezionalmente la sussistenza si spiegava in considerazione della volontà di non privare i lavoratori dell’unica protezione per essi prevista; viceversa, nel momento in cui in dottrina si iniziò a ritenere che la giusta causa assolvesse ad una funzione di presupposto costitutivo del potere di recesso – dalla cui ricorrenza discendeva quindi la configurabilità, nel caso specifico, del potere stesso – la diffusione di un’interpretazione più estensiva, tesa a riconoscere la sussistenza con maggiore facilità e frequenza, si spiegava in ragione della volontà di non privare del tutto i datori di lavoro della possibilità di recedere dal rapporto. In altri termini, se per escludere la cautela temporale prevista a favore del soggetto che avesse subito il recesso i probiviri di inizio secolo interpretavano

---

<sup>123</sup> Così Cass. 17 luglio 1936, MGL 1936, pag. 504; Cass. 20 febbraio 1939.



restrittivamente i giusti motivi, intendendoli unicamente in termini di “grave inadempienza contrattuale”, la successiva interpretazione in chiave fiduciaria del rapporto di lavoro e del concetto di giusta causa emersa durante il periodo corporativo così come operata dalla Cassazione – in forza del quale essa poteva identificarsi con un “qualunque fatto idoneo a ledere la fiducia” – poteva ritenersi il portato della diffusione dell’idea “che la giusta causa attribuisse al datore un ulteriore strumento risolutivo, accanto a quello previsto per rendere temporaneo il vincolo contrattuale: uno strumento che permette appunto la rilevanza della fiducia”<sup>124</sup>. Ed a questo riguardo è appena il caso di sottolineare come il sindacato sulla sussistenza dei giusti motivi – quale operato con la consapevolezza che dall’esito di tale accertamento dipenderà per il lavoratore licenziato il diritto a beneficiare del periodo di preavviso o della relativa indennità sostitutiva – comporti una valutazione ben diversa da quella che invece attenga alla sussistenza di una giusta causa e dal cui esito dipenda il riconoscimento del potere datoriale di recedere dal rapporto di lavoro.

Si vuole in altri termini evidenziare come la nozione concettuale della giusta causa come presupposto di un potere di recesso cui fare ricorso per far valere

---

<sup>124</sup> Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 82. L’Autore osserva che per realizzare questo progressivo allentamento delle maglie dell’obbligo di preavviso si utilizza il concetto di fiducia, ovvero sia lo stesso strumento concettuale che originariamente era stato utilizzato da Barassi proprio per ammettere la recedibilità *ad nutum*. Per una critica dell’attuale utilizzo giurisprudenziale del paradigma della fiducia ai fini giustificativi del recesso si veda Pisani, *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, Milano, 2004.

l'inadempimento della controparte – con ciò attribuendo alla stessa una funzione profondamente diversa rispetto a quella, attribuitale dalla legge, di clausola che consentiva l'esclusione del preavviso – abbia inevitabilmente indotto gli operatori ad interpretarne il contenuto in termini alquanto estensivi, sì da poterla ritenere sussistente con maggiore frequenza; ciò che in particolare è avvenuto tramite quel processo ermeneutico che riteneva integrata la giusta causa ogni qualvolta il recedente avesse assunto la lesione della propria fiducia nella proficua continuazione del rapporto di lavoro, con allegazione difficilmente contestabile – attesa la natura intrinsecamente soggettiva e personale dell'elemento “fiducia” – sia da parte di chi avesse subito il recesso sia da parte di chi, come il giudice, fosse stato investito del sindacato sulla legittimità di tale atto.

Ad ogni modo, sarebbe sbagliato pensare che la ricostruzione teorica brevemente descritta – che sicuramente aveva tra i propri meriti quello di aver messo in luce come l'evoluzione interpretativa della clausola della giusta causa fosse stata profondamente influenzata dalla diffusione dell'idea che il recesso per giusta causa fosse uno strumento rimediale altro e diverso rispetto al recesso *ad nutum* – sia risultata esente da critiche. In questo senso, rimanevano difficilmente superabili quei rilievi che, in particolare, erano incentrati sul dato ineludibile della immodificazione del contesto normativo nell'ambito del quale tale tendenza interpretativa si era manifestata, e nel quale il legislatore continuava a collegare inequivocabilmente la giusta causa solo e unicamente al preavviso. Peraltro, l'illogicità del contestato processo ermeneutico emergeva dal pacifico

riconoscimento, da parte della giurisprudenza<sup>125</sup>, del principio secondo cui il licenziamento in tronco che non fosse risultato supportato da una giusta causa era comunque idoneo a produrre l'effetto estintivo del rapporto, comportando per il recedente il solo obbligo di corrispondere un'indennità risarcitoria il cui ammontare era commisurato al periodo di preavviso ingiustamente non concesso. In altri termini, la circostanza che l'assenza di giusta causa non comportasse l'invalidità del recesso era un elemento insuperabile che svelava la "fragilità della costruzione" sottesa alla tesi che individuava nella giusta causa, interpretata in chiave fiduciaria, un presupposto costitutivo del potere di recesso<sup>126</sup>.

Analogamente, è stato evidenziato<sup>127</sup> come non potesse risultare immune da critiche, stante la sua

---

<sup>125</sup> Peretti Griva, *Nuovo digesto italiano*, voce Impiego Privato, n.9 lett. d) ed e).

<sup>126</sup> Le parole riportate tra le virgolette sono di Napoli. In questo senso, egli scrive che "... così facendo la giurisprudenza si trova in una contraddizione insuperabile, solo più tardi messa in luce dalla dottrina: la giusta causa attiene al recesso, ma la sua mancanza attiene unicamente al preavviso. Infatti, o essa è fattispecie esoneratrice del preavviso, e allora non è causa determinativa dell'atto; oppure è causa determinativa dell'atto, e allora la sua mancanza dovrebbe comportare l'inidoneità a estinguere il rapporto, senza possibilità di conversione". Così, Napoli in *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, op. cit., pagg. 85 e 86.

<sup>127</sup> Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 86, il quale, facendo riferimento a Greco, gli riconosce il merito di aver avuto l'intuizione di innovare il tradizionale approccio al problema della risoluzione del rapporto di lavoro: ciò, attraverso l'individuazione – nel recesso unilaterale *ad nutum*, nella risoluzione per colpa e nella risoluzione per forza maggiore – delle tre cause di estinzione del rapporto di lavoro, l'ammissibilità di ciascuna delle quali era strettamente correlata

intrinseca contraddittorietà, la tesi di quell'Autore che, ritenendo la giusta causa uno strumento in grado di far valere la colpa risolutiva del lavoratore, successivamente affermava che “le conseguenze di una risoluzione determinata da colpa si polarizzano essenzialmente su quelle stesse indennità che sono in gioco nel caso del semplice recesso arbitrario, del recesso cioè non giustificato da colpa dell'altra parte: la indennità di licenziamento e quella sostitutiva del preavviso”<sup>128</sup>. Non si era mancato di notare, allora, come non apparisse del tutto coerente qualificare la giusta causa come un presupposto del potere di recesso e al contempo ritenere che l'immediata risoluzione del rapporto non sorretta da un fatto integrante una giusta causa comportasse, per il recedente, solo l'obbligo di corrispondere quelle indennità che avrebbero dovuto esser corrisposte in caso di recesso *ad nutum*, ferma restando in ogni caso l'efficacia estintiva dell'atto; diversamente, la riconosciuta natura di presupposto costitutivo dell'atto di licenziamento rivestita dalla clausola avrebbe infatti dovuto esser tale da disconoscere efficacia risolutiva al licenziamento che ne fosse stato privo, oppure, ferma restando l'efficacia risolutiva dell'atto di recesso, la mancanza di giusta causa avrebbe dovuto comportare la corresponsione di indennità altre ed ulteriori rispetto a quelle facenti carico al

---

ad una delle diverse peculiarità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ovvero, rispettivamente, la durata potenzialmente perpetua del rapporto di lavoro, la fiduciarità e la sinallagmaticità del rapporto. In tal modo, sostiene Napoli, “la giusta causa diventa cioè colpa risolutiva, fattispecie di autonomo strumento risolutivo contrapposto al recesso (*ad nutum*)”.

<sup>128</sup> Così, Greco, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da L. Vassalli, Torino, 1939, pag. 412.

recedente che non avesse rispettato l'obbligo del preavviso.

## **II.4) L'impostazione del codice civile del 1942 come riprova della fondatezza della tesi che collega la giusta causa al preavviso.**

Con il codice civile del 1942 la previsione della possibilità di recedere acausalmente dal rapporto di lavoro, originariamente circoscritta al solo rapporto impiegatizio, venne generalizzata a tutti i rapporti di lavoro subordinato.

Ciononostante, l'assetto del quadro normativo diretto a disciplinare il recesso dal rapporto di lavoro restò sostanzialmente invariato.

Con riferimento al recesso *ad nutum*, infatti, l'art. 2118 c.c. si limita a prevedere che le parti possano recedere dal contratto a tempo indeterminato con l'obbligo di dare il preavviso nel termine e nei modi stabiliti dalla legge, mentre l'art. 2119 c.c. prevede che “ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto”<sup>129</sup>.

---

<sup>129</sup> Si è osservato in dottrina che “la novità più significativa sta nella nuova <<definizione>> di giusta causa dettata sia per la perdita del preavviso che per il recesso ante tempus (...). La continuità di fondo con l'esperienza del cinquantennio precedente si ha sui punti principali, cioè la recedibilità ad nutum con preavviso e la recedibilità senza preavviso per giusta

E così, nonostante quest'ultima disposizione (così come anteriormente l'art. 9 del R.D. n. 1825/1924) sancisse esplicitamente una stretta correlazione tra giusta causa e preavviso perlomeno nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato (ammettendo al contempo che la giusta causa potesse fungere da presupposto costitutivo del potere di recesso nel rapporto a tempo determinato), più di un interprete ritenne di poter attribuire alla giusta causa un'unica funzione di presupposto di una fattispecie di recesso alternativa a quella acausale, per il tramite della quale si faceva valere la colpa risolutiva del contraente che avesse subito il recesso, senza troppo distinguere tra la diversità dei rapporti di lavoro – *sine die* o a termine – nell'ambito dei quali essa era risultata.

Ne derivò che, pur non richiamando apertamente la categoria dogmatica del recesso straordinario<sup>130</sup>, si finì

---

causa”. Così Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 90, nota n. 73. Sicuramente, rispetto alla formulazione del R.D. n. 1825/1924 in base al quale la giusta causa si identificava in “una mancanza così grave...” e, quindi, era strettamente correlata ad un inadempimento contrattuale, l'utilizzo da parte del Codice del 1942 del termine “causa” permette di ritenere ampliata la clausola in presenza della quale l'esonero dal preavviso nel contratto a tempo indeterminato doveva ritenersi ammesso. Altra novità significativa degna di nota è l'esplicita ammissione della recedibilità *ante tempus* dal contratto a tempo determinato, questione per nulla pacifica prima dell'emanazione dell'art. 2119 c.c.

<sup>130</sup> La distinzione fra recesso ordinario e straordinario è stata illustrata, come noto, da Mancini in *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Giuffrè, Milano, 1962. In particolare, alle pagine 208 e 209, l'Autore scrive che il recesso ordinario, esercitabile con il solo preavviso “può aversi solo nel rapporto *sine die* perché solo rispetto a quest'ultimo l'attribuzione di un

nondimeno per assegnare – di fatto – alla giusta causa proprio il ruolo che questa esplica con riferimento al recesso straordinario, ovvero il ruolo di presupposto costitutivo del relativo potere, da ritenersi integrato in presenza di circostanze straordinarie ed eccezionali espressive di un elemento patologico del rapporto.

Sotto questo profilo la struttura del nuovo codice – che disciplinava in due articoli separati il recesso *ad nutum* ed il recesso in tronco – sembrò fornire la riprova dell'esattezza della tesi che riteneva che dal punto di vista sistematico la giusta causa, contrapponendosi al recesso *ad nutum*, potesse valere come fattispecie di recesso idonea a far valere la colpa risolutiva del contraente nei cui confronti fosse stato esercitato il recesso.

La varietà delle soluzioni proposte al riguardo dagli interpreti risultò ricca e articolata: procedendo ad una

---

potere di cessazione unilaterale risponde ad un'esigenza non specifica dell'uno o dell'altro contratto o di un gruppo di contratti simili, ma generale e considerata di ordine pubblico da ogni moderno legislatore: quella di evitare la perpetuità dei vincoli obbligatori”; viceversa “presupposto tipico del recesso straordinario è, invece, il rapporto munito di termine: qui, infatti, ad evitare la perpetuità del vincolo hanno già provveduto il legislatore o le parti e la cessazione <<ordinaria>> può solo aver luogo per decorso del tempo determinato (lo *Zeitablauf* del Gierke) o, secondo una tesi che ha avuto fortuna in Italia, per adempimento protratto fino al punto finale di tale tempo”. Ne deriverebbe che nel recesso ordinario la mera dichiarazione di sciogliere il rapporto di lavoro sarebbe insindacabile in quanto la finalità che con esso si persegue è già tutelata dall'ordinamento che è contrario ai vincoli contrattuali perpetui, nel recesso straordinario, invece, la sussistenza delle anomalie funzionali sopravvenute che costituiscono il presupposto per il suo esercizio sarebbe sindacabile al fine di stabilirne la legittimità.

necessaria semplificazione, si deve innanzitutto far menzione di quegli Autori che ritenevano che la giusta causa – esplicando la funzione di presupposto costitutivo del potere di recesso in tronco, a prescindere dalla tipologia, a termine o a tempo indeterminato, del rapporto nel cui ambito essa avesse avuto modo di manifestarsi – avesse sempre il medesimo contenuto di “qualunque fatto idoneo a provocare una lesione della fiducia”<sup>131</sup>.

Ad essi si contrapponevano parzialmente quelle voci della dottrina che ritenevano che la giusta causa, pur assolvendo la medesima funzione di presupposto costitutivo del potere di recesso causato da colpa, presentasse tuttavia una duplicità di contenuto a seconda della tipologia di rapporto di lavoro cui essa ineriva<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> Così è, ad esempio, secondo Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Vol. II, *Il recesso straordinario. Il negozio di recesso*, Giuffrè, Milano, 1965, che individua nel recesso *ad nutum* – stante la contrarietà dell’ordinamento ai vincoli contrattuali perpetui – il mezzo necessario per rendere temporaneo il rapporto di lavoro a tempo indeterminato e nel recesso per giusta causa – stante la fiduciarità che caratterizza il rapporto di lavoro, con o senza apposizione di termine – l’unico strumento utilizzabile per far valere l’inadempimento della controparte, escludendo, a tal proposito, che l’inadempimento contrattuale possa esser fatto valere anche con la risoluzione per inadempimento di diritto comune di cui all’art. 1453 c.c. L’Autore, quindi, pur riconoscendo che il recesso straordinario (dovuto quindi ad anomalie funzionali sopravvenute) trovi il proprio naturale terreno d’elezione nel rapporto di lavoro a termine, non esclude che anche nel contratto a tempo indeterminato il recesso fondato su di una giusta causa sia ammissibile.

<sup>132</sup> Tra questi, su tutti, Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1946, pag. 215 ss., che riteneva che nel rapporto a tempo indeterminato la giusta causa avesse il contenuto di “fatto che non consente la prosecuzione neppure



Ad avviso di altri Autori<sup>133</sup>, invece, l'attribuzione alla giusta causa della medesima funzione di presupposto costitutivo del potere di recesso (nel rapporto a termine elemento fondante il potere di recesso, ed in quello *sine die* quale strumento che consentiva di far valere l'inadempimento del soggetto che avesse subito il recesso in luogo della normale risoluzione di diritto comune) contravveniva a quanto espressamente previsto dall'art. 2119 c.c., che inequivocabilmente assegnava alla giusta causa due distinte funzioni: quella di fattispecie di esonero del preavviso nel rapporto *sine die*, e quella di presupposto costitutivo del potere di recesso nel rapporto a tempo determinato.

Il rilievo da cui questi Autori muovevano per giungere a siffatta conclusione era quello secondo il quale, come noto, il recesso straordinario – che trae il proprio fondamento da eventi eccezionali espressivi di una patologia del rapporto – trovava il proprio naturale ambito applicativo solo e unicamente nel contratto a tempo determinato, ovvero laddove l'apposizione del termine ingenera un affidamento nei contraenti circa la stabilità del rapporto fino alla scadenza del termine. La necessaria

---

provvisoria del rapporto” conformemente all'art. 2119 c.c., mentre, nel rapporto a tempo determinato, di “inadempimento di non scarsa importanza”, conformemente alla formula di cui all'art. 1455 c.c.

<sup>133</sup> Saracini, *Appunti sul recesso per giusta causa*, RGL, 1952, pag. 184.; Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2° ed., Milano, 1957; Mengoni, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, AA.VV. *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri Ceca*, Servizio Pubblicazioni delle Comunità europee, Lussemburgo, 1958; più tardi, Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, op. cit.; Tremolada, *Il licenziamento disciplinare*, Cedam, Padova, 1993.

tutela da apprestarsi a protezione di tale legittimo affidamento comportava che il rapporto potesse legittimamente interrompersi prima della scadenza pattuita solo in presenza di circostanze del tutto eccezionali ed impreviste al momento della conclusione del contratto, che fossero appunto tali da integrare una giusta causa di recesso; nel rapporto a termine, pertanto, sarebbe ammissibile solo e unicamente il recesso straordinario, stante per converso la inconfigurabilità di esso nel quadro del rapporto a tempo indeterminato dal momento che, con riferimento a quest'ultima tipologia di rapporto, il legislatore aveva previsto il recesso acausale a presidio del divieto di ordine pubblico di vincoli contrattuali perpetui. Quanto sopra con la diretta conseguenza che nel rapporto a tempo indeterminato si poteva recedere, avendo cura di rispettare il periodo di preavviso, semplicemente allegando la propria volontà di recedere, e quindi a prescindere dalla sussistenza di circostanze eccezionali integranti giusta causa, la cui sopravvenienza autorizzava invece la risoluzione immediata del rapporto, eliminando la necessità della previa concessione del preavviso.

Stando così le cose, nel rapporto a tempo indeterminato la giusta causa avrebbe potuto attere unicamente al preavviso, esonerando il recedente dall'obbligo di concederlo, con la diretta conseguenza dell'impossibilità di configurare il recesso straordinario in tale tipologia di rapporto; ne derivava che il recesso dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato non avrebbe potuto essere che "il recesso *ad nutum*, e che l'art. 2119 si limitava a individuare una fattispecie di <<recesso ordinario in tronco per giusta causa>>".<sup>134</sup>

---

<sup>134</sup> Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 99.; Saracini, *Appunti sul recesso per giusta causa*, op. cit.,

In ogni caso, tra coloro che ritenevano che la giusta causa assolvesse due distinte funzioni – vale a dire di

---

pag. 179 ss. scrive che “non esiste un diritto di recesso in tronco dal contratto a tempo indeterminato distinto dal diritto di recesso ad nutum: gli artt. 2118 e 2119 stanno tra loro in contrapposizione, sul punto che c’interessa, non perché ciascuno di essi preveda un diritto di recesso diverso da quello che risulta dall’altro, ma perché all’esercizio del medesimo diritto si accompagna e non si accompagna, rispettivamente, il dovere di osservanza del preavviso”. Occorre peraltro verso notare che la validità della tesi che vuole che la giusta causa espliciti unicamente la funzione di causa esoneratrice del preavviso non è in alcun modo inficiata dall’introduzione dell’obbligo di giustificazione causale del recesso ad opera della L. n. 604/1966. Anche dopo il 1966, infatti, si può correttamente ritenere che la giusta causa sia solamente una causa di esonero dal preavviso: il giustificato motivo, invece, assolverebbe la funzione di presupposto di validità dell’intimato recesso, di modo che l’indagine del giudice, una volta accertata la sussistenza del notevole inadempimento degli obblighi contrattuali, dovrebbe proseguire per stabilire se i medesimi fatti valutati ai fini del fondamento giustificativo del recesso integrino o meno una giusta causa di recesso, al fine ultimo di stabilire il momento a partire dal quale il rapporto di lavoro deve ritenersi cessato, o, che è lo stesso, se al lavoratore spetti o meno l’indennità sostitutiva del preavviso. Così che se la giusta causa dovesse ritenersi esistente il rapporto di lavoro cesserebbe al momento della dichiarazione della volontà risolutiva, diversamente, il rapporto cesserebbe al momento del decorso del preavviso. In questo senso, è stato affermato che “il primo elemento da accertare è se il recesso appaia giustificato; se non lo è, inutile proseguire l’indagine: il giudice ordina la reintegra nel posto di lavoro. Al contrario, qualora sia accertata la validità dell’atto, l’indagine può proseguire per stabilire se debba essere o meno concessa l’indennità sostitutiva del preavviso”. Così, Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 106.

fattispecie esoneratrice del preavviso nel rapporto a tempo indeterminato e di fattispecie costitutiva del potere di recesso nel rapporto a termine – vi era sia chi riteneva che ad una tale duplicità di funzioni dovesse necessariamente corrispondere una duplicità di contenuto<sup>135</sup>, sia chi viceversa riteneva che la stessa, risultando disciplinata unitariamente nell’ambito della medesima disposizione di legge, avesse sempre e comunque il medesimo contenuto<sup>136</sup>.

A prescindere dalle singoli soluzioni proposte, qui solo accennate, è lecito trarre fin d’ora una parziale conclusione: i tentativi dottrinali che – pur nella vigenza di un assetto legislativo che continuava a riconoscere la facoltà di recedere liberamente dal contratto di lavoro – attribuivano alla giusta causa la funzione di presupposto del potere di recesso per colpa (perseguendo l’intento di vincolare l’esercizio del potere di recesso ad un presupposto causale la cui sussistenza era sottoposta a sindacato dal giudice, con conseguente ed inevitabile contenimento della discrezionalità di cui poteva godere il datore di lavoro nel determinare la risoluzione del rapporto) meritavano sicuramente d’essere considerati come espressione di una sempre più diffusa sensibilità verso la condizione socio-economica del lavoratore, vale a

---

<sup>135</sup> Tra questi, Mengoni, *La stabilità dell’impiego nel diritto italiano*, in AA.VV. *La stabilità dell’impiego nel diritto dei Paesi membri Ceca*, op. cit., pag. 243.

<sup>136</sup> Napoli è tra coloro che ritengono che la giusta causa assolve, nei due distinti rapporti di lavoro, una duplice funzione pur avendo il medesimo contenuto. Egli, infatti, afferma che “dalla storia e dalla struttura dell’art. 2119, si nota, infatti, che ad una duplicità di funzione (prima del termine – senza preavviso) corrisponde un’unicità di contenuto”, così, *La stabilità del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 99, nota 89.

dire di colui che, “vivendo” del proprio lavoro, si viene a trovare, per effetto del licenziamento, privo dell’unico mezzo di sostentamento destinato a soddisfare le esigenze sue e quelle della propria famiglia.

## **II.5) Gli accordi interconfederali del 1947, 1950 e 1965 e l’introduzione pattizia del principio della necessaria giustificazione causale del recesso.**

E’ opinione diffusa quella secondo la quale un importante contributo al progressivo superamento del principio del recesso acausale sia pervenuto dalle organizzazioni sindacali, le quali – per il tramite di una pluralità di accordi interconfederali stipulati nell’immediato dopoguerra – seppero introdurre vincoli causali all’esercizio del diritto di recesso, anticipando le soluzioni che sarebbero state in seguito accolte dal legislatore del 1966 con la legge n. 604<sup>137</sup>.

---

<sup>137</sup> Tra i molti, Giugni, *Iniziativa legislativa ed esperienza sindacale in materia di licenziamenti*, RGL, marzo-aprile, 1966, pag. 123 ss. Gli accordi interconfederali relativi ai licenziamenti dei membri della commissione interna nonché gli accordi relativi ai licenziamenti collettivi non saranno oggetto di analisi nel presente lavoro, in ragione della non piena attinenza con esso delle tematiche ad essi sottostanti, individuabili, più che nella tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto, rispettivamente, nella tutela dell’attività sindacale e nella tutela della libertà del datore di lavoro di determinare le dimensioni della propria organizzazione produttiva.

Si fa in particolare riferimento agli accordi interconfederali sui licenziamenti individuali nell'industria del 7 agosto 1947, del 18 ottobre 1950 e del 29 aprile 1965<sup>138</sup>, cui va riconosciuto il merito di aver introdotto – pur senza definirne in termini specifici i contenuti, ma rimettendo al collegio arbitrale il compito di individuarne la sussistenza secondo equità – la nozione del giustificato motivo di licenziamento come elemento legittimante il recesso ordinario con preavviso, da ritenersi alternativo al recesso *ad nutum* che, all'epoca, continuava a costituire l'unica forma di recesso prevista dal legislatore. Restava ferma, in questo contesto, la considerazione del recesso per giusta causa come forma di recesso disciplinare mediante la quale si faceva valere l'inadempimento colpevole del contraente receduto, sempre sulla base del rilievo che, in caso di ricorrenza della relativa fattispecie, il diritto al preavviso, o alla relativa indennità sostitutiva, sarebbe

---

<sup>138</sup> Il cui contenuto specifico si dà qui per conosciuto. Vasta è la letteratura in materia e, tra questa, non si può fare a meno di citare Natoli, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, RGL, 1951 pag. 108 ss.; Giugni, *Verso il tramonto del recesso ad nutum dell'imprenditore. La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, RDL, 1953; Riva Sanseverino, *La nuova disciplina sindacale dei licenziamenti nell'industria*, Quad. Sc. Soc., 1965; Giugni-Grandi, *La procedura per i licenziamenti individuali negli accordi interconfederali e l'arbitrato nelle controversie sui licenziamenti*, in *Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali*, Atti del seminario dell'Istituto di diritto del lavoro dell'Università di Firenze, Milano 1967; Giugni, *Problemi di applicazione della disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, MGL, 1958; Ballestrero, *I licenziamenti*, op. cit.; Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, op. cit.

venuto meno così come sarebbe venuto meno il diritto all'indennità di anzianità<sup>139</sup>.

Ad ogni modo, uno dei primi problemi che si pose con riferimento ai limiti convenzionali al licenziamento introdotti dalla contrattazione interconfederale fu costituito dall'esigenza di delimitare la loro efficacia, e cioè la loro capacità di comprimere un principio tradizionalmente considerato di ordine pubblico quale quello della libertà di recesso.

Si è al riguardo osservato che il problema dell'efficacia dei limiti convenzionali all'esercizio del recesso è in verità strettamente correlato alla questione relativa alla possibilità di ritenere disponibile, da parte del relativo titolare, il diritto di licenziamento *ad nutum*; ed è questa una problematica che, a ben vedere, investirebbe gli stessi limiti dell'autonomia privata delle parti, dovendosi in particolare stabilire se i privati possano prevedere limiti programmatici di efficacia alle proprie successive manifestazioni di volontà, senza con ciò incorrere in sanzioni di invalidità di tali pattuizioni perché in contrasto con superiori principi dell'ordinamento.

E così, se in via generale non si può escludere che le parti – per così come è concepita nel nostro ordinamento l'autonomia privata – possano ben prevedere dei

---

<sup>139</sup> In proposito, si deve sempre alla contrattazione collettiva l'invenzione della figura del licenziamento c.d. in tronchetto, una forma di recesso cui si ricorreva per valere un inadempimento colpevole la cui gravità, tuttavia, fosse minore di quella espressa dall'inadempimento integrante una giusta causa di recesso e la cui configurabilità consentiva l'erogazione in favore del contraente receduto della sola indennità di anzianità (a differenza del licenziamento per giusta causa dove non era dovuta né l'indennità di anzianità né quella di preavviso).

presupposti di validità ed efficacia di propri atti negoziali futuri, nello specifico è la considerazione degli interessi concreti che esse intendono tutelare con la previsione dei suddetti presupposti del licenziamento che consentirà di stabilire se tali limiti siano o meno in grado di esplicare gli effetti voluti.

Orbene, nel caso dei limiti convenzionalmente previsti dalla contrattazione collettiva alla libertà di recesso è stata la speciale considerazione che l'ordinamento riserva all'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro<sup>140</sup> – evidentemente sotteso alla loro previsione – che ha consentito di affermarne diffusamente la piena validità ed efficacia<sup>141</sup>. Al più, la natura di principio di ordine pubblico tradizionalmente riconosciuta al principio della libertà di recesso consente di escludere che tali limiti possano essere in grado di esplicare efficacia reale, dovendosi di conseguenza negare la loro capacità di porre nel nulla l'atto risolutivo che non li avesse rispettati. Al netto di una tale puntualizzazione, tuttavia, non è seriamente dubitabile che la maggior parte degli autori ritenesse ammissibili le previsioni pattizie che subordinavano l'esercizio del diritto di recesso alla sussistenza di un giustificato motivo.

Una volta risolta positivamente la questione dell'ammissibilità dei suddetti limiti convenzionali, si impone – sotto altro aspetto – l'esigenza di analizzare brevemente il contenuto degli accordi interconfederali limitativi del licenziamento i quali, pur presentando

---

<sup>140</sup> Si pensi, limitando il riferimento alle sole norme in vigore al tempo degli accordi interconfederali qui analizzati, a quanto previsto dagli artt. 4 e 35 Cost. o all'art. 2110 c.c.

<sup>141</sup> Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, op. cit., pag. 619.



contenuti piuttosto simili, differivano tra loro per la diversità di alcune previsioni.

L'accordo interconfederale del 7 agosto 1947<sup>142</sup>, ad esempio, prevedeva l'obbligo per il datore che intendesse procedere ad un licenziamento di comunicare preventivamente la propria intenzione alla commissione interna; nel caso in cui tale organo non avesse ritenuto opportuno il provvedimento espulsivo, la decisione veniva devoluta ad un collegio di arbitri che, in caso di piena prova della "assoluta ingiustificatezza" del progettato licenziamento, aveva il potere di ordinare la continuazione del rapporto di lavoro. Nel caso in cui invece i fatti posti a base del progettato recesso fossero stati sufficientemente provati, il collegio arbitrale autorizzava il licenziamento e attribuiva al lavoratore un'indennità ulteriore rispetto a quelle di anzianità e di preavviso.

In forza della previsione del successivo accordo interconfederale del 18 ottobre 1950 venne meno il carattere preventivo dell'intervento della commissione interna, prevedendosi che successivamente all'intimazione dell'atto di recesso il collegio arbitrale esperisse il tentativo di conciliazione e, nel caso in cui questo avesse avuto esito infruttuoso, giudicasse secondo equità le ragioni poste a base del recesso medesimo; quanto sopra con conseguente invito al datore di lavoro a ripristinare il rapporto o, in alternativa, a corrispondere al lavoratore una penale aggiuntiva al normale trattamento correlato al

---

<sup>142</sup> Stipulato appena dopo la scadenza del cd. "blocco dei licenziamenti", una forma di stabilità temporanea e generalizzata con la quale venne legislativamente (D.Lgs. n. 50 del 1946) previsto il divieto per le industrie situate al nord Italia di procedere a licenziamenti dei lavoratori che non fossero giustificati da colpa.

licenziamento nella ipotesi in cui tali ragioni fossero state ritenute insussistenti.

Se quindi l'accordo del 1947 poneva – attraverso la previsione della possibilità del collegio arbitrale di ordinare la prosecuzione del rapporto – un limite di natura reale al divieto di intimare licenziamenti assolutamente ingiustificati, del tutto diversamente l'accordo del 1950 non solo eliminava il carattere preventivo dell'intervento di tutela del collegio, ma introduceva altresì un limite soltanto obbligatorio, essendo l'inosservanza dell'invito al ripristino del rapporto sanzionata solo dal punto di vista economico.

L'accordo del 1965, pur caratterizzandosi per l'introduzione di significative novità, lasciò invariata gran parte della struttura e dei contenuti dell'accordo del 1950, quantomeno con riferimento al meccanismo sanzionatorio del licenziamento ingiustificato. Più nel dettaglio, con detto accordo venne introdotto esplicitamente l'obbligo di procedere al licenziamento solo in presenza di una giusta causa di recesso o di un giustificato motivo, ed al contempo venne confermata la previsione in forza della quale in caso di violazione del predetto obbligo il datore avrebbe potuto alternativamente scegliere tra il ripristino del rapporto e la corresponsione di una penale risarcitoria, la cui misura massima veniva elevata da otto a dodici mensilità; il tutto con impostazione che confermava quindi un regime di stabilità soltanto obbligatorio, dal momento che il collegio arbitrale, cui era devoluto il compito di decidere circa la sussistenza della causale di recesso, non aveva il potere di costringere il datore di lavoro a proseguire il rapporto di lavoro illegittimamente risolto.

Quanto alla ricostruzione della nozione di giustificato motivo, gli accordi interconfederali in analisi non risultarono in grado, in verità, di apportare alcun

contributo significativo sul punto: limitandosi infatti ad escludere che i licenziamenti potessero avvenire per finalità religiose, per ragioni di credo politico o per l'iscrizione del lavoratore ad un'organizzazione sindacale, nonché prevedendo che lo scarso rendimento del dipendente, dopo una pluralità di richiami, potesse costituire giustificato motivo di recesso, le parti sindacali rimettevano sostanzialmente ai collegi arbitrali il compito di individuare la sussistenza del giustificato motivo sulla base dell'equità, che come noto costituisce un criterio di giudizio e di valutazione fondato su regole diverse rispetto a quelle accolte dall'ordinamento statale<sup>143</sup>.

La breve descrizione degli accordi interconfederali *de quibus* consente di formulare un bilancio, sia pure parziale, dell'esperienza sindacale del dopoguerra in materia di licenziamenti individuali<sup>144</sup>: ed al riguardo, pur avendo detti accordi introdotto un sistema di stabilità soltanto obbligatoria a presidio del divieto di licenziamenti ingiustificati<sup>145</sup>, non sembra possibile disconoscere alle organizzazioni sindacali il merito di aver avviato e sviluppato quel processo di progressivo superamento dell'assoluta libertà di licenziamento che, come noto, si

---

<sup>143</sup> Calvo, *L'equità nel diritto privato: individualità valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Giuffrè, Milano, 2010.

<sup>144</sup> Tarello, *In margine ad una ricerca empirica*, in RTDPC, 1968, pag. 1095 ss.; Pera, *La formazione extra-legislativa del diritto del lavoro e la disciplina dei licenziamenti nell'esperienza contrattuale dell'industria italiana (1950-1964)*, RTDPC, 1968, pag. 1081 ss.

<sup>145</sup> Giugni, *Verso il tramonto del recesso ad nutum dell'imprenditore. La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, op. cit., individua nella debolezza del sindacato dei lavoratori non capace di imporsi alla controparte datoriale la causa della previsione di una tutela soltanto obbligatoria in caso di recessi ingiustificati.

concluderà definitivamente con l'introduzione legislativa, nel successivo 1966, dell'obbligo di non procedere al licenziamento se non per giusta causa o giustificato motivo. Ma v'è di più: la rarità dei casi di reintegrazione nel posto di lavoro nonché la prevalenza del numero delle conciliazioni sul numero dei lodi arbitrali permisero che si formasse, perlomeno nella dottrina più sensibile al tema, la consapevolezza "che un regime convenzionale di stabilità obbligatoria, nella misura in cui non incide sul potere di licenziamento, non è in grado di garantire (...) la reale alternatività della soluzione del ripristino del rapporto rispetto alla c.d. soluzione economica"<sup>146</sup>: con ciò anticipando, in un certo qual modo, le principali critiche di scarsa efficacia che sarebbero state in seguito mosse alla L. n. 604/1966 e che avrebbero portato, come noto, alla previsione del regime della stabilità reale di cui al successivo Statuto dei Lavoratori del 1970.

## **II.6) L'impatto della Costituzione del 1948 sulle regole del licenziamento.**

Se dunque gli accordi interconfederali del dopoguerra contribuirono al progressivo superamento della regola del licenziamento acausale – quale come noto prevista in ossequio alla volontà legislativa di rispettare l'uguaglianza formale delle parti nei confronti dell'atto di recesso dal rapporto di lavoro – si deve per altro verso sottolineare come tale regola finisse per trascurare la rilevante diversità delle conseguenze che in concreto il

---

<sup>146</sup> Ballestrero, *I licenziamenti*, op. cit., pag. 56.

recesso di una parte produceva sull'altra delle parti del rapporto di lavoro: e ciò in considerazione del fatto che se le dimissioni del lavoratore pongono al datore la mera esigenza di sostituire il lavoratore dimissionario – per far fronte alla quale egli può, peraltro, attingere da un bacino piuttosto ampio di lavoratori che offrono la loro prestazione – il licenziamento rappresenta invece un vero e proprio evento traumatico per il lavoratore, che per effetto di esso si trova nell'urgenza di dover reperire una nuova fonte di sostentamento per sé e per la sua famiglia<sup>147</sup>.

Se vi è quindi un istituto giuslavoristico al quale si può fondatamente riferire il pensiero di Santoro Passarelli, che con riferimento al contratto di lavoro osservava che lo stesso “riguarda ancora per l'imprenditore l'avere, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere, il bene che è condizione dell'avere e di qualsiasi altro bene”<sup>148</sup>, quello è sicuramente l'atto di recesso delle parti dal rapporto di

---

<sup>147</sup> “I contraenti – datore di lavoro e lavoratore – sono, quindi, posti in una posizione di parità che, apparentemente dovrebbe essere considerata un *optimum*. Ma non ci vuol molto a dimostrare che così non è; che – per lo meno nella enorme maggioranza dei casi – la disposizione non fa che sanzionare e rafforzare legalizzandola la posizione di sostanziale prevalenza di uno dei <<contraenti>>, cioè del datore di lavoro. Il quale, avendo la possibilità di recedere in ogni momento e a suo arbitrio, ha la possibilità, con la minaccia di togliergli il posto di lavoro e la fonte prima di sostentamento per sé e per la sua famiglia, di creare per il lavoratore uno status *subiectionis* non certo conforme a quei postulati di libertà, di dignità umana e di sicurezza che dovrebbero essere alla base anche – e particolarmente – dei rapporti di lavoro”: così Natoli, *L'art. 2118 cod. civ. e il problema della <<giusta causa>> di licenziamento*, RGL, marzo-aprile, 1966, pag. 100.

<sup>148</sup> Santoro Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro, Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, pag. 1071.

lavoro. E fu quindi proprio la considerazione di tale diversità di conseguenze di fatto che il recesso produce sulle parti del rapporto che consentì l'avvio del processo di progressivo superamento del dogma dell'identità di regolazione giuridica dei due istituti delle dimissioni e del licenziamento, sulla scorta di un processo concettuale al cui interno si colloca – quale momento autenticamente fondamentale e qualificante del processo medesimo – l'introduzione dell'obbligo di giustificazione causale del licenziamento operata dalla L. n. 604/1966.

Quanto sopra, in ogni caso, senza trascurare l'importanza del contributo al progressivo superamento della regola del licenziamento acausale apportato sia dalla stessa carta Costituzionale del 1948 attraverso il riconoscimento, a livello di ordinamento giuridico generale, dei valori protesi alla protezione del lavoro e dei lavoratori, sia dalla conseguente accresciuta sensibilità mostrata dal tessuto sociale verso l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, quale comprovata anche dalle numerose questioni di legittimità sottoposte al vaglio della Corte Costituzionale negli anni immediatamente precedenti la svolta legislativa del 1966.

Ed in effetti non può essere trascurato l'innegabile impatto che la Costituzione del 1948 fu in grado di realizzare sull'evoluzione del diritto del lavoro in generale e, nello specifico, sulle regole del licenziamento<sup>149</sup>. Al proposito, pur non potendosi ravvisare nella Carta

---

<sup>149</sup> Crisafulli, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, RGL, 1951, I, pag. 169 ss., nonché, dello stesso Autore, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano 1952; Smuraglia, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli, Milano 1958; Scognamiglio, *Il lavoro nella costituzione italiana*, in AA. VV., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 1978.

Costituzionale un riferimento esplicito per la tutela avverso i licenziamenti illegittimi (e senza la necessità di fare menzione di tutte quelle sue norme in cui il lavoro dell'individuo è consacrato come valore supremo dell'ordinamento), è appena il caso di sottolineare come l'art. 1 affermi esplicitamente che la Repubblica è fondata sul lavoro, come l'art. 4 sancisca il principio per cui "la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto" e come l'art. 41, co. 2 preveda che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà o alla dignità umana.

Orbene, fu proprio in ragione di una valorizzazione dei principi affermati dalla Costituzione, e di riferimento agli stessi, che una parte della dottrina ritenne di poter superare la regola di cui all'art. 2118 c.c.<sup>150</sup>. In questo senso, pur non coincidendo del tutto tra loro, le diverse proposte dottrinali elaborate in proposito risultarono accomunate dalla affermata necessità di fondo di espungere dall'ordinamento il principio del licenziamento *ad nutum* (o, quantomeno, di ridimensionarne profondamente il ruolo nell'ambito delle regole che governavano il recesso dei contraenti dal rapporto), in ragione della sua ritenuta natura di regola di un sistema giuridico oramai superato e non più corrispondente al

---

<sup>150</sup> Era questa la tesi c.d. costituzionalista che tra i suoi sostenitori annoverava Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952; Mortati, *Intervento, in Atti del convegno sulla tutela della libertà nei rapporti di lavoro*, Torino, 20-21 novembre 1954, Giuffrè, Milano, 1955; Natoli, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955.

“diritto vivente”<sup>151</sup>. Ed al proposito sia sufficiente qui ricordare, in particolare, che alcuni Autori ritennero che la regola del licenziamento *ad nutum* potesse considerarsi implicitamente abrogata per contrasto, ora con quanto sancito dall’art. 4 della Costituzione, ora con i limiti che il comma secondo dell’art. 41 Cost. pone all’iniziativa economica privata<sup>152</sup>; altri Autori, invece, ritennero più

---

<sup>151</sup> Natoli, *L’art. 2118 cod. civ. e il problema della <<giusta causa>> del licenziamento*, op. cit., scrive in maniera piuttosto esplicita “per quanto mi riguarda, non esito a considerare questa disposizione, nella sua formulazione letterale, come uno dei tanti relitti di un sistema, che dovrebbe – e non da ora – esser stato definitivamente superato”. Più moderato Giugni allorquando scrive che “Non sono dell’avviso che l’art. 2118 Cod. civ. meriti la qualificazione di norma ad ispirazione fascista: piuttosto, essa è una norma che si riporta alla tradizione liberale, per l’affermazione dell’uguaglianza formale tra le parti e l’attribuzione alle stesse di identici poteri giuridici anche a disparità di condizioni contrattuali. Neppure sono dell’opinione che essa debba considerarsi, come è stato affermato, viziata da illegittimità costituzionale. (...) Tuttavia l’art. 2118, anche se non di ispirazione fascista e non viziato da illegittimità costituzionale, appartiene al novero delle norme sorpassate, per essere fondato su quella presunzione di parità tra le parti, che ormai si è riconosciuta non rispondente ad una situazione di effettiva parità di potere sostanziale tra le stesse”, così, Giugni, *Iniziativa legislativa ed esperienza sindacale in materia di licenziamenti*, op. cit.

<sup>152</sup> Natoli, in particolare, afferma la necessità che “alla base dell’eventuale licenziamento, non dovuto ad un inadempimento di tal gravità da non consentire la prosecuzione neanche provvisoria del rapporto (c.d. <<giusta causa>> in senso tecnico, prevista come noto dall’art. 2119 Cod. civ.), stia un motivo giustificato, cioè una ragione plausibile oggettivamente valutabile, che valga ad escludere il capriccio ed ogni eventuale finalità *contra legem* comunque lesiva dei diritti e degli interessi fondamentali del lavoratore” e ciò in quanto “la



opportuno configurare il licenziamento intimato in assenza di presupposti giustificativi causali in termini di abuso del diritto<sup>153</sup>: e ciò nel quadro di un processo di revisione concettuale per cui da tutti gli interpreti, in ogni caso, si auspicava un intervento normativo che ponesse fine alle inevitabili incertezze che il “vuoto legislativo” creava, tanto più gravi in considerazione dei risvolti sociali che la regolazione giuridica del recesso era destinata a produrre.

A coloro i quali sostenevano, più o meno esplicitamente, l'avvenuto superamento del principio del recesso *ad nutum* come conseguenza naturale del riconoscimento costituzionale dei principi di protezione del lavoro si contrapponeva un altro orientamento dottrinale che, riconoscendo una portata solo programmatica e non anche precettiva alle norme costituzionali sopra menzionate, negava che tali principi potessero fondatamente consentire di porre nel nulla la regola che consentiva alle parti di recedere liberamente dal rapporto. In quest'ottica, si riteneva che l'unico soggetto cui le norme costituzionali erano rivolte fosse il legislatore, che conseguentemente veniva ad annoverare tra i propri compiti istituzionali quello di realizzare, a livello politico, tutte le condizioni socio-economiche

---

Costituzione non riconosce e garantisce senza limiti la libertà di iniziativa privata, ma pone ad essa dei limiti precisi”. Così, Natoli, *L'art. 2118 cod. civ. e il problema della <<giusta causa>> del licenziamento*, op. cit., pag. 104.

<sup>153</sup> Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, Dir. Lav. 1954, I, pag. 148 ss.; Grassetti, *Intervento*, Atti del convegno su “*La tutela della libertà dei rapporti di lavoro*” (Atti del convegno di Torino, 20-21 novembre 1954), Giuffrè, Milano, 1955; Vincenzi, *E' costituzionalmente legittimo l'art. 2118 Cod. Civ.?*, Rass. Giur. Lav., 1964, II, pag. 26; Rescigno, *L'abuso del diritto*, RDC., 1965, I, pag. 205 ss.

attuabili affinché gli obiettivi tendenziali della piena occupazione e della protezione del lavoratore nel rapporto potessero essere realizzati<sup>154</sup>. Diretta conseguenza di questo assetto è che l'art. 2118 c.c. doveva ritenersi pienamente vigente nell'ordinamento, perlomeno fino a quando il legislatore ordinario non fosse intervenuto per abrogarlo espressamente<sup>155</sup>.

Ed in effetti la Corte Costituzionale, pur respingendo le diverse questioni di illegittimità costituzionale dell'art. 2118 cod. civ a causa della riconosciuta natura meramente programmatica delle norme-parametro indicate dai giudici remittenti, riconobbe tuttavia che “con ciò non si vuol dire

---

<sup>154</sup> “Perché possa ammettersi, come si è visto fare dagli scrittori citati, che il concetto di <<diritto al lavoro>> contiene quello di diritto a conservare il posto è, infatti, palesemente necessario presupporre che esso si concreti in primo luogo sub specie di diritto ad ottenere il posto; che, cioè il costituente abbia attribuito ad ogni cittadino una particolare situazione soggettiva (né conta molto che si tratti di un diritto soggettivo in senso tecnico o di un mero interesse legittimo) avente per oggetto il conseguimento di un'occupazione retribuita. La verità è – tuttavia – e qui sta la chiave del problema –, che nessuna situazione del genere è prevista dall'art. 4, il quale si limita ad impegnare lo Stato e gli altri enti pubblici a formulare e a portare a compimento, nel quadro di un'ampia discrezionalità, piani che integrino una politica di pieno impiego”. Così Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*. Vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, op. cit., pag. 360; si veda anche Corrado, *Limiti al licenziamento ed al potere di esercitarlo*, Dir. Econ., 1955, n. 7; Sermonetti, *Sul licenziamento ad nutum e sui suoi limiti*, Dir. Lav., 1955, I.

<sup>155</sup> In questo senso, tra gli altri, Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, op. cit., pag. 366; Pera, *Assunzioni obbligatorie e contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965, pag. 86 ss. e pag. 146 ss.

che la disciplina dei licenziamenti si muova su un piano del tutto diverso da quello proprio dell'art. 4 della Costituzione. Se, infatti, è vero che l'indirizzo politico di progressiva garanzia al lavoro di diritto al lavoro, dettato nell'interesse di tutti i cittadini, non comporta la immediata e già operante stabilità di quelli di essi che siano già occupati, ciò non esclude, ma al contrario esige che il legislatore nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro”<sup>156</sup>.

## **II.7) La legge n. 604 del 1966: la fine del recesso *ad nutum* e l'introduzione della nozione di giustificato motivo soggettivo. I parallelismi con l'inadempimento che giustifica la risoluzione nel diritto dei contratti.**

Non appare quindi azzardato ritenere come fosse proprio in ragione del relativo monito esplicitamente rivolto dalla Corte Costituzionale al legislatore che venne emanata la L. n. 604/1966 con la quale, tra l'altro, si introdusse il principio di necessaria giustificazione causale del licenziamento, riducendo drasticamente l'ambito di operatività del licenziamento *ad nutum* e realizzando altresì il distacco della disciplina del licenziamento da quella delle dimissioni, istituiti fino ad allora regolati

---

<sup>156</sup> Corte Cost. n. 45/1965.

identicamente sulla base di una supposta, ma inveritiera, parità sostanziale delle parti del rapporto.

Va subito sottolineato, al riguardo, come tutto l'impianto della nuova legge riproducesse sostanzialmente le soluzioni già sperimentate dalle organizzazioni sindacali negli accordi interconfederali successivi al dopoguerra: e ciò a tal punto che da più parti non si mancò di criticare lo scarso coraggio del legislatore nel proporre soluzioni innovative che, in quanto tali, potessero far fronte alle varie problematiche che l'applicazione della regolazione sindacale aveva già consentito di far emergere<sup>157</sup>. La sostanziale omogeneità di contenuto precettivo riscontrabile tra le disposizioni della L. n. 604/1966 e gli accordi interconfederali di cui sopra emerge con tutta evidenza sotto diversi profili, ed in particolare per quanto attiene alla previsione della nullità per i licenziamenti adottati per motivi di credo politico, fede religiosa o appartenenza ad un sindacato, all'esplicita affermazione della subordinazione della legittimità del licenziamento alla sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, alla configurazione di un solo limite esterno ed indiretto al potere di licenziamento (quale desumibile dalla

---

<sup>157</sup> Parla di "sostanziale affinità" tra legge e contrattazione collettiva Ballestrero, *I licenziamenti*, op. cit., pag. 58; di accordi collettivi che hanno funzionato da "modello" del progetto di legge parla invece Natoli, *L'art. 2118 cod. civ. e il problema della <<giusta causa>> del licenziamento*, op. cit., pag. 109; di legge che ha un "precedente determinante" negli accordi collettivi parla Giugni, *Iniziativa legislativa ed esperienza sindacale in materia di licenziamenti*, op. cit., pag. 124. Sempre Ballestrero, peraltro, osserva che la sostanziale omogeneità di disciplina tra accordi confederali e legge n. 604/1966 è un dato oggettivo che ha indotto più di un autore a privilegiare una "continuità interpretativa" tra i contenuti delle due regolamentazioni.

previsione della possibilità, per il datore che abbia licenziato ingiustificatamente, di scegliere tra la riassunzione del lavoratore e la corresponsione a suo favore di un'indennità risarcitoria), alla conseguente introduzione di un regime di stabilità solamente obbligatorio, alla preferenza per le soluzioni arbitrali delle eventuali controversie, alla delimitazione del campo di operatività della legge alle sole imprese di una certa dimensione e, per finire, all'esclusione della applicabilità della disciplina di cui alla legge in parola ai licenziamenti per riduzioni di personale.

Sul contenuto e sulle funzioni delle causali di licenziamento, specie di quelle di natura soggettiva, ci sarà modo di soffermarsi *infra*; per il momento, sia sufficiente rilevare che le causali di licenziamento introdotte con la L. n. 604/1966 risultarono, quanto ai contenuti, direttamente influenzate da quelle direttive di giudizio che i Collegi arbitrali previsti dagli Accordi Interconfederali avrebbero dovuto seguire nella valutazione del singolo caso concreto di licenziamento sottoposto al loro esame, e che peraltro risultarono più dettagliatamente specificate proprio in forza delle disposizioni della legge in parola. Negli Accordi Interconfederali, infatti, risultava frequente l'enunciazione di finalità quali la tutela dell'interesse dei lavoratori contro licenziamenti ingiustificati, la necessità di assicurare il buon andamento delle aziende, l'esigenza di evitare abusi e prevalenze e, in questo senso, la necessità di evitare licenziamenti determinati da motivi religiosi, di credo politico o sindacale. Con la regolamentazione di legge, invece, si raggiunse un livello maggiore di specificazione nella esplicitazione dei relativi criteri e concetti, da un lato introducendo una distinzione tra le nozioni di giustificato motivo e di giusta causa, dall'altro precisando che nella fattispecie del giustificato

motivo doveva ricomprendersi sia il notevole inadempimento degli obblighi contrattuali che le ragioni inerenti l'impresa, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa: quanto sopra ferma la precisazione per cui il licenziamento motivato da ragioni inerenti il credo politico, religioso o dall'iscrizione del singolo al sindacato o dalla sua partecipazione alla relativa attività esulava dal novero dei licenziamenti ammessi e risultava sanzionato con la previsione della radicale nullità del recesso.

Pur alla luce delle appena esposte considerazioni, va detto che l'esperienza applicativa degli accordi interconfederali sui licenziamenti individuali non fu di grande aiuto ai fini della concreta definizione contenutistica delle causali di recesso come sopra individuate dalla legge. L'esiguità del numero dei lodi sulle conciliazioni e la difficoltà di diffusione e circolazione dei medesimi furono infatti, sotto quest'aspetto, fattori per effetto dei quali – come è stato osservato in dottrina – la disciplina collettiva finì per non adempiere “sul terreno applicativo alle funzioni che le erano state attribuite”, essendo risultata una sua utilizzazione “più in funzione dell'erogazione economica che della determinazione dei giusti motivi”<sup>158</sup>.

Per ragioni di economia del presente lavoro non ci si può soffermare sulle numerose ed interessanti questioni interpretative e pratiche che la L. n. 604/1966 pose fin da subito agli interpreti. Si può sin d'ora rilevare, tuttavia, che uno dei temi che maggiormente suscitò interesse consistette nella previsione di un regime di stabilità del posto di lavoro solamente obbligatorio (così come

---

<sup>158</sup> Così, Giugni, *Iniziativa legislativa ed esperienza sindacale in materia di licenziamenti*, op. cit., pag. 126.

desumibile dalla circostanza che il licenziamento ingiustificato era in grado di risolvere il rapporto di lavoro, facendo sorgere in capo al recedente l'obbligazione alternativa della riassunzione del lavoratore o della corresponsione in suo favore di un'indennità risarcitoria), con riferimento al quale, in apertura del capitolo dedicato al regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, si avrà modo di dare conto della non indifferente diversità di giudizi di valore espressi in proposito da parte dei primi interpreti.

Ciò che in questa sede più rileva, peraltro, è che con la L. n. 604/1966 il legislatore non solo ha introdotto l'obbligo di giustificazione causale del recesso ma – attraverso la specificazione della nozione di giustificato motivo – si è premurato altresì di fissare i motivi in presenza dei quali la risoluzione del rapporto di lavoro doveva ritenersi ammessa e legittima.

Fin da subito, pertanto, gli interpreti tentarono di stabilire l'esatto contenuto della nozione di giustificato motivo (per quel che qui interessa, nella sua accezione soggettiva), proprio in considerazione del fatto che dalla possibilità di ravvisarne o meno la sussistenza nel caso specifico dipendeva la legittimità dell'atto di recesso datoriale.

Al riguardo va preliminarmente sottolineato come, con il passaggio da un regime di libero recesso ad uno di giustificazione causale del recesso, l'inadempimento del lavoratore avesse assunto un ruolo del tutto diverso rispetto a quello svolto in passato: se infatti prima della L. n. 604 il rapporto di lavoro poteva essere risolto a prescindere dall'inosservanza, da parte del prestatore, di obblighi su di lui gravanti in forza del rapporto di lavoro (la cui eventuale configurabilità poteva al più rilevare ai fini della concessione del preavviso o dell'erogazione di

sanzioni disciplinari), in seguito all’emanazione della Legge n. 604 l’inadempimento da parte del lavoratore degli obblighi nascenti dal contratto – al pari di quanto previsto in generale dall’art. 1453 c.c. per la risoluzione dei contratti sinallagmatici – risultava idoneo a giustificare la risoluzione del rapporto di lavoro.

Sul punto appare sin da subito possibile trarre una prima conclusione: i due distinti rimedi – pur nella loro diversa struttura, e pur tenuto conto della natura stragiudiziale rivestita dal licenziamento rispetto a quella giudiziale attribuibile alla risoluzione *ex art.* 1453 c.c. – assolvono alla medesima funzione di individuare, nei rispettivi ambiti di operatività, le circostanze in presenza delle quali il rapporto giuridico può legittimamente interrompersi ad iniziativa di una delle parti<sup>159</sup>. Proprio in ragione di questa identità di funzione, il dibattito è risultato spesso incentrato sull’individuazione delle affinità e delle differenze fra il rimedio speciale e quello generale: ed è stato al riguardo opportunamente negato che il rimedio di

---

<sup>159</sup> In proposito, parla di equivalenza “sotto il profilo funzionale e sotto quello degli effetti”, Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 222. Così non è, invece, secondo Persiani, il quale arriva a negare che ai due istituti possa esser riconosciuta medesima funzione sulla base della considerazione di elementi specifici delle due nozioni di legge quali, ad esempio, la circostanza che il rimedio generale presuppone una perfetta parità delle parti contraenti e che, viceversa, la L. n. 604/1966 “assegna specifica rilevanza all’interesse di una delle parti e, cioè, all’interesse del lavoratore alla conservazione del posto nei confronti dell’interesse dell’altra parte”, nonché alla circostanza che nell’ambito del rimedio di natura generale oltre alla risoluzione del contratto si possa richiedere l’esecuzione della prestazione rimasta inadempita. Così, Persiani, *La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, op. cit., pag. 683.



carattere generale fosse esperibile nell'ambito del rapporto di lavoro, sia perché l'interesse alla risoluzione per inadempimento è lo stesso che già il licenziamento per giustificato motivo soggettivo consente di soddisfare, sia perché – essendo la gravità dell'inadempimento richiesta dal rimedio generale più lieve di quella che nel quadro del rapporto di lavoro caratterizza il giustificato motivo soggettivo – da una teorica ammissibilità dell'anzidetto “primo rimedio” deriverebbe una tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro molto più tenue di quella che, invece, la L. n. 604/1966 ha inteso apprestare<sup>160</sup>.

Ciò premesso, l'analisi letterale delle formule di legge che giustificano la risoluzione del rapporto di lavoro e lo scioglimento dei contratti sinallagmatici permette di cogliere rilevanti diversità tra i due rimedi: l'art. 3 L. n. 604/1966 postula un “notevole inadempimento degli obblighi contrattuali”, mentre l'art. 1455 c.c. individua il presupposto della risoluzione in un “inadempimento di non scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse” della parte fedele al contratto, senza specificare se gli obblighi il cui inadempimento giustifichi l'operatività del rimedio siano

---

<sup>160</sup> In questo senso, Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 223, il quale è critico nei confronti di coloro che ammettono l'esperibilità della risoluzione ex art. 1453 Cod. civ. con riferimento al rapporto di lavoro sulla base dell'erroneo presupposto per cui questa consentirebbe di tutelare interessi diversi che il licenziamento per giustificato motivo soggettivo non tutelerebbe. Nega, sia pure implicitamente, l'esperibilità della risoluzione per inadempimento nell'ambito del rapporto di lavoro Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, op. cit. L'esperibilità del rimedio generale è altresì negata da Ardaù, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1954, pag. 251.

unicamente quelli derivanti dal contratto, in termini da autorizzare l'interprete a ritenere che la risoluzione possa derivare anche dall'inadempimento di quegli obblighi integrativi che trovano nella legge, e nella clausola di buona fede in particolare, la propria fonte. In base alla lettera dell'art. 3 L. n. 604/1966, invece, sembrerebbe inequivoco che il lavoratore possa incorrere in responsabilità unicamente per la violazione di vincoli nascenti dal contratto di lavoro, non potendo per converso egli esser ritenuto responsabile per l'inadempimento di obblighi che con la prestazione lavorativa nulla hanno a che fare e che magari attengono alla sua sfera o vita privata.

Si è in questo senso osservato come, con la delimitazione della rilevanza dell'inadempimento ai soli obblighi contrattuali, il legislatore del 1966 si fosse mostrato consapevole che “senza un adeguato intervento, i rapporti all'interno dell'impresa si svolgono in termini d'autorità e soggezione”, introducendo a tal fine “una precisa indicazione legislativa che impedisce l'utilizzo del potere disciplinare e di recesso per sanzionare comportamenti non dovuti in virtù del vincolo contrattuale”<sup>161</sup>.

Proseguendo nell'esame delle formule di legge che individuano i criteri per la risoluzione del contratto di lavoro e dei contratti sinallagmatici in generale, si può preliminarmente osservare che, richiedendo per la prima la notevolzza dell'inadempimento e per la seconda la non

---

<sup>161</sup> Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, op. cit., pagg. 163 e 165, il quale ancor più esplicitamente, a pag. 160, afferma che “nei confronti del datore il lavoratore è responsabile unicamente per la violazione di vincoli che nascono dal contratto, non esistendo altro vincolo che quello contrattuale del quale il lavoratore debba essere responsabile”.

scarsa importanza dello stesso, il legislatore impone alle parti di qualsiasi rapporto giuridico di sopportare gli inadempimenti di tenue gravità, evidentemente ritenendo che in tali casi non sia legittimo produrre un effetto così traumatico come lo scioglimento del vincolo contrattuale.

Alla luce di quanto sopra, si impone evidentemente la fondamentale necessità di distinguere tra “inadempimento notevole” e “inadempimento di non scarsa importanza avuto riguardo all’interesse della parte” fedele al contratto. Vi è chi ha sostenuto che le due formule sostanzialmente coincidano, non potendosi cogliere una diversa intensità di valore nelle differenti locuzioni cui il legislatore ha fatto ricorso, senza che sia possibile ravvisare un effettivo fondamento sistematico della sussistenza di due distinti criteri per la risoluzione dei contratti<sup>162</sup>.

Viceversa, vi è chi ha sostenuto che i due criteri non possano esser ritenuti coincidenti; in particolare, sia ragioni di tipo semantico che sistematico imporrebbero di ritenere che il criterio accolto nella legge speciale richieda una maggiore gravità o intensità dell’inadempimento<sup>163</sup>.

E così, è stato primariamente messo in luce che nell’ambito del rapporto di lavoro la valutazione circa

---

<sup>162</sup> Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Vol. II, *Il recesso straordinario. Il negozio di recesso*, op. cit.; Pera, *La legislazione italiana sul licenziamento <<individuale>>*, Riv. Dir. int. Comp. Lav., 1967, pag. 154 ss.; Trioni, *Contributo all’esegesi della legge 15 luglio 1966 n. 604*, RGL, 1967, I, pag. 115 ss. Più recentemente, Tullini, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, op. cit.

<sup>163</sup> Tra gli altri, Persiani, *La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, op. cit., pag. 682 ss.; Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 221 ss.; Tosi-Lunardon, *Lavoro (contratto di)* Dig. disc. priv. sez. comm. VIII, Giappichelli, Torino, 1992, pag. 161.

l'idoneità dell'inadempimento a giustificare la risoluzione del contratto prescinde totalmente dalla considerazione dell'interesse della parte adempiente: e ciò tenuto conto di come la legge speciale persegua il precipuo scopo di tutelare una delle due parti del rapporto – ed in particolare quella parte che nel rapporto è riconosciuta come più debole e che è titolare dell'interesse alla conservazione del posto di lavoro – diversamente dall'art. 1453 c.c. che, invece, muove dal presupposto fondamentale del diritto dei contratti della perfetta parità delle parti del rapporto pattizio.

Dal punto di vista semantico si è inoltre affermato che l'aggettivo “notevole” è espressivo di una maggiore intensità dell'inadempimento rispetto alla qualificazione “di non scarsa importanza” ad esso riservata dal codice civile: maggiore gravità che si spiegherebbe, ancora una volta, “anche sulla base della considerazione che ad esso corrisponde la perdita di quel posto di lavoro, così importante per il lavoratore, e del quale si è voluto proprio con questa legge garantire la conservazione”<sup>164</sup>.

Del resto, la ragionevolezza di tale differenziazione in merito al livello di gravità richiesto per legittimare la risoluzione del rapporto emergerebbe anche da considerazioni di tipo sistematico: si consideri che il licenziamento è un rimedio stragiudiziale, in cui la sentenza del giudice, oltre ad essere eventuale, interviene per rimuovere gli effetti estintivi del licenziamento in un momento in cui questi, perlomeno in via fattuale, si sono già prodotti; la risoluzione del contratto invece, in quanto rimedio giudiziale, produce i suoi effetti estintivi del rapporto solo dopo che il giudice abbia accertato la

---

<sup>164</sup> Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, op. cit., pag. 684.

ricorrenza dei presupposti richiesti dalla legge. In tale contesto logico, può apparire allora condivisibile la scelta del legislatore del 1966 di subordinare la liceità del licenziamento ad un criterio più rigoroso, il cui utilizzo presuppone conseguentemente una maggior prudenza in chi ad esso ricorra.

Si consideri inoltre che tutti quegli inadempimenti che, benché rilevanti, non raggiungono tuttavia la soglia della notevolezza non rimarrebbero privi di un adeguata sanzione attivabile da parte di chi li subisce; attraverso l'uso del potere disciplinare – un potere, quest'ultimo, che non ha eguali nel diritto dei contratti – detti inadempimenti potrebbero infatti essere comunque oggetto di sanzioni disciplinari che, pur avendo carattere conservativo, rivestirebbero nondimeno un carattere in ogni caso afflittivo. Ed al riguardo è stato osservato che un'interpretazione non rigorosa del criterio richiesto dalla legge speciale per il sacrificio del posto di lavoro – come potrebbe esser quella che ritenesse l'equivalenza della notevolezza e della non scarsa importanza dell'inadempimento – finirebbe per consentire un ricorso al licenziamento anche in presenza di inadempimenti non gravi, con il conseguente diretto effetto di alterare il corretto esercizio del potere disciplinare in forza di un'inevitabile violazione del principio di proporzionalità che esso deve rispettare<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> In questi termini, Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 221 ss.

## **II.7.1) L'introduzione della nozione di giustificato motivo soggettivo e la conseguente revisione concettuale della nozione di giusta causa.**

Si deve peraltro sottolineare come la trattazione relativa all'individuazione degli esatti contorni della fattispecie del giustificato motivo soggettivo non possa ritenersi esaustiva se condotta solo con riferimento – e per differenza – alla fattispecie di cui all'art. 1453 c.c.; sotto questo profilo, altra fattispecie legale che esige un raffronto con quella individuata dall'art. 3 L. n. 604/1966 è infatti quella di giusta causa di cui all'art. 2119 c.c.

Quanto al concetto di giusta causa e alle implicazioni su di esso prodotte dall'introduzione del giustificato motivo soggettivo, si deve ricordare che già prima della L. n. 604/1966 era piuttosto consolidata la c.d. teoria oggettiva della giusta causa che affondava le proprie radici nel convincimento – la cui paternità va ascritta al Barassi – della natura fiduciaria del rapporto di lavoro. Sulla base di tale presupposto, si riteneva che “l'*intuitus personae*, potenziando nel rapporto di lavoro la funzione integratrice che correttezza e buona fede in fase di adempimento (art. 1175 e 1375 c.c.) svolgono di per sé rispetto ad ogni contratto, allarga il numero e accentua l'intensità degli obblighi strumentali autonomi e dei doveri di protezione che fanno capo alle parti”<sup>166</sup>; ne derivava che la giusta

---

<sup>166</sup> Ghezzi, *Il concetto di giusta causa nell'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza, Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali, Atti del seminario*

causa di recesso si sarebbe dovuta ritenere integrata anche in presenza di comportamenti, pur estranei all'inadempimento contrattuale, che tuttavia incidevano sulla fiducia riposta nella persona del prestatore di lavoro<sup>167</sup>.

Ciò doverosamente premesso, la circostanza che l'art. 3 L. n. 604/1966, ai fini della giustificazione del licenziamento, accostasse la giusta causa al giustificato motivo pose fin da subito la questione se il concetto di giusta causa avesse dovuto o meno ritenersi mutato per effetto dell'intervento legislativo del 1966.

Alla più semplicistica posizione di chi sosteneva che l'art. 3 della L. n. 604/1966, essendosi limitato a richiamare l'art. 2119 c.c.<sup>168</sup>, non avesse minimamente intaccato né il concetto di giusta causa né il fondamento fiduciario che caratterizzava il rapporto di lavoro<sup>169</sup> – con

---

*dell'Istituto di diritto del lavoro dell'Università di Firenze, Giuffrè, Milano, 1967, pag. 45.*

<sup>167</sup> Santoro Passarelli, voce *Giusta causa*, NNDI, VII, 1961. Si vedano anche Gragnoli, *Considerazioni sul licenziamento disposto per eventi estranei al rapporto di lavoro*, RIDL, 1993, II, pag. 364 ss.; Palla, *Lesione del vincolo fiduciario e risoluzione del rapporto di lavoro per fatti extra-lavorativi*, RIDL, 1997, II, pag. 697 ss.; Angelini, *Ancora in materia di giusta causa di licenziamento per fatti e comportamenti estranei al rapporto di lavoro*, RIDL, 1994, II, pag. 536 ss.

<sup>168</sup> Posizione sostenuta da Fantetti, *La stabilità relativa del posto di lavoro (Il giustificato motivo nella disciplina sindacale e legislativa dei licenziamenti individuali)*, RDL 1968 pag. 509; Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori alla stregua della nuova disciplina legislativa (legge 15 luglio 1966 n. 604)*, UTET, Torino, 1966, pag. 35.

<sup>169</sup> Fondamento fiduciario del rapporto che invece è negato da Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, pag. 149 ss.; Persiani, *La tutela*

conseguente possibilità di ritenere integrata la giusta causa in presenza di tutti quei fatti che avessero leso la fiducia nell'esattezza e nella probabilità dei futuri inadempimenti<sup>170</sup> – si contrapponevano quegli Autori che ritenevano invece che la rigorosa precisazione delle possibili ipotesi di recesso in termini di inadempimento contrattuale operata dalla L. n. 604/1966 avrebbe comportato inevitabilmente una minore ampiezza del

---

*dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, op. cit., pag. 681.

<sup>170</sup> Analogamente a quanto previsto dall'art. 1564 c.c. per i contratti di durata. Questa tesi è stata sostenuta da Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Vol. II, *Il recesso straordinario. Il negozio di recesso*, pag. 61 ss. Tale tesi è condivisa da Mazziotti di Celso, che tuttavia, a differenza di quanto sostenuto da Mancini, ritiene che la fiducia possa essere lesa unicamente da un inadempimento (colpevole o meno) degli obblighi contrattuali. In questo senso, Mazziotti di Celso, *Sul concetto e sulla natura del giustificato motivo e della giusta causa di licenziamento*, Dir. Lav., 1966, I. Ne deriva che se il Mancini accoglie una concezione piuttosto ampia di giusta causa, potendo essere legittimamente ricondotti in essa tanto gli inadempimenti incolpevoli (sopravvenuta inidoneità professionale, incapacità incolpevole di apprendere nuove procedure) quanto fatti e circostanze esterne al rapporto e magari inerenti la vita privata del lavoratore, che tuttavia, per i connotati dei medesimi, siano suscettibili di menomare la fiducia del datore nell'esattezza dei futuri adempimenti (di scuola è l'esempio dell'addetto del supermercato sorpreso, al di fuori dell'orario di lavoro, a sottrarre merce dagli scaffali di un supermercato diverso da quello presso cui è impiegato), per il Mazziotti Di Celso, invece, solo gli inadempimenti contrattuali, anche se incolpevoli, possono dar luogo ad un legittimo recesso per giusta causa. Sul concetto di giusta causa, più in generale, si veda anche Ghezzi, *Il concetto di giusta causa nell'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza*, op. cit.



concetto di giusta causa, nel senso che essa non poteva più ritenersi, come in passato, comprensiva di tutte quelle ipotesi di recesso correlate alla menomazione della fiducia<sup>171</sup> o relative a fatti riconducibili alla persona del lavoratore ma comunque non ascrivibili ad una sua colpa. Doveva pertanto escludersi, secondo una tale impostazione logica, che la mera allegazione della lesione della fiducia potesse comportare la risoluzione del rapporto di lavoro; negare tale verità – si sosteneva – avrebbe infatti significato comprimere oltre modo l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto che invece il legislatore aveva inteso tutelare riconoscendo efficacia risolutiva solo agli inadempimenti nascenti dal contratto. Ne derivava che tra giusta causa e giustificato motivo poteva ravvisarsi solo e unicamente una differenza di tipo quantitativo, per effetto della quale i fatti suscettibili di integrare una giusta causa dovevano necessariamente partecipare della natura di quelli che integravano giustificato motivo soggettivo, distinguendosi da essi, tuttavia, per una maggiore gravità intrinseca che giustificava l'effetto ulteriore dell'interruzione immediata del rapporto. Tra l'altro, si rilevava, l'operatività della

---

<sup>171</sup> “Dall'area della giusta causa, e naturalmente nelle imprese con più di 35 dipendenti, erano pertanto da espungere tutti quei fatti (conegni irregolari fuori dall'impresa, sospetto di reati, denuncia penale da parte del lavoratore, comportamenti illeciti da parte dei familiari di questo ecc.) che dal '24 in avanti dottrina e giurisprudenza, sopravvalutando i profili personali del rapporto, avevano considerato idonei a legittimare l'uso del recesso”. Così Romagnoli, Commento all'art. 18 in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori, Commentario al Codice civile. Titoli I e II. (Artt. 14-18)*. A cura di Scialoja-Branca, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1981, pag. 91.

conversione giudiziale del licenziamento per giusta causa in un licenziamento per giustificato motivo soggettivo poteva risultare logicamente ammissibile solo ove si fosse dato per presupposto che le due causali di licenziamento in parola fossero accomunate dalla medesima natura contrattuale dei fatti disciplinarmente rilevanti idonei ad integrarle pur nella loro diversa gravità<sup>172</sup>.

Era questa la c.d. tesi contrattuale (o soggettiva) della giusta causa<sup>173</sup>: e tra le argomentazioni di cui i suoi sostenitori si avvalevano va annoverato il rilievo per cui,

---

<sup>172</sup> Su cui, in generale, si veda Bruni, *Sulla conversione del licenziamento, Profili civilistici*, Cedam, Padova, 1988.

<sup>173</sup> Sostenuta, tra gli altri ed in ordine sparso, da: Pera, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del licenziamento individuale*, Quad. Sc. Soc., 1966, n. 6; Trioni, *Contributo all'esegesi della legge 15 luglio 1966 n. 604*, op. cit.; Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, op. cit.; Napoli, *La tutela reale del rapporto di lavoro*, op. cit.; Ballestrero, *I licenziamenti*, op. cit.; Smuraglia, *Gli aspetti giuridici della giusta causa nei licenziamenti*, RGL, 1966, I, pag. 135 ss.; Mancini, *Prime osservazioni sul recesso straordinario*, RTDPC, 1969, pag. 79 ss.; Romagnoli, Commento all'art. 18 in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, op. cit., pag. 91. Più recentemente, tale tesi è stata ribadita nuovamente da Persiani, *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo: limiti al potere del datore di lavoro e articolazione delle tutele*, in *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti. Seminario in onore di Michele De Luca*, 2014, collana *I quaderni di Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 12, pag. 11 ss., il quale ha ritenuto di poter leggere nelle modifiche apportate dalla L. n. 92/2012 una conferma della tesi secondo cui “essendo il giustificato motivo soggettivo limitato all'inadempimento degli obblighi contrattuali, anche la giusta causa, per coerenza, sarebbe oramai costituita esclusivamente da un inadempimento agli obblighi contrattuali”.

essendo stata fino a quel momento la nozione di giusta causa elaborata in termini di fattispecie costitutiva del recesso straordinario<sup>174</sup>, il venir meno della possibilità di distinguere forma ordinaria e straordinaria del recesso – per effetto dell'introduzione dell'obbligo di giustificazione causale del recesso<sup>175</sup> – doveva comportare necessariamente il superamento dell'elaborazione concettuale della giusta causa fino ad allora sviluppata<sup>176</sup>.

Del resto, ad ulteriore riprova di un tale assunto, vi sarebbe stata poi la circostanza che il mancato riferimento dell'art. 3 L. n. 604/1966 all'interesse della parte fedele al contratto, ai fini dell'individuazione dell'inadempimento

---

<sup>174</sup> In proposito si veda la nota n. 129.

<sup>175</sup> E' opinione diffusa che la tipizzazione dei motivi di recesso compiuta dalla L. n. 604/1966 abbia comportato uno sconvolgimento del sistema legale del recesso: in particolare, l'ambito di operatività della recedibilità collegata al recesso ordinario subisce un ridimensionamento considerevole cui corrisponde un conseguente allargamento dell'ambito di operatività del recesso straordinario.

<sup>176</sup> Tale rilievo va ascritto in particolare al Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, op. cit., pag. 680, che mostra di condividere l'opinione del Mazziotti di Celso sul venir meno del recesso ordinario per effetto della L. n. 604/1966. In verità, che l'introduzione dell'obbligo di giustificazione causale del recesso avesse determinato il venir meno del recesso ordinario era una questione niente affatto pacifica in dottrina; in questo senso, sia Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 19, sia Romagnoli, Commento all'art. 18 in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, op. cit., pag. 85 sono concordi nel ritenere che l'aver riconosciuto che il licenziamento illegittimo espliciti ciononostante efficacia estintiva del rapporto significa aver lasciato intatto il recesso ordinario, "limitandosi in ultima analisi a stabilire un prezzo per il suo esercizio abusivo".

risolutivo, avrebbe dovuto essere inteso nel senso dell'impossibilità di tenere conto della fiducia e/o delle valutazioni personali del creditore sull'esattezza e sulla probabilità dei futuri adempimenti di controparte, con conseguente impossibilità di assumere tali valutazioni a fondamento dell'operato recesso.

Ad ogni modo, tutti quegli interpreti che hanno ritenuto che tra la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo potessero ravvisarsi unicamente differenze di tipo quantitativo per quanto attiene all'inadempimento sono poi stati costretti ad affrontare il non semplice problema relativo alla esatta riconducibilità alla nozione di giusta causa di quelle circostanze di fatto inerenti la persona del prestatore e destinate ad operare sul piano oggettivo che, pur comportando l'impossibilità della prestazione lavorativa, non siano tuttavia qualificabili in termini di inadempimenti colposi (si pensi alla sopravvenuta inidoneità professionale o all'incapacità incolpevole di apprendere nuove procedure), o di tutte quelle circostanze di fatto che esulano propriamente dal rapporto contrattuale e che attengono invece alla vita privata del singolo (si pensi al caso delle ingiurie del lavoratore profferite al datore di lavoro al di fuori dell'orario di lavoro, ad esempio nell'ambito di un diverbio nato fra i medesimi in qualità di normali utenti della strada)<sup>177</sup>.

Ed allora – nel tentativo di porsi in scia con quegli Autori che avevano ritenuto che la tipizzazione delle uniche fattispecie idonee a determinare la risoluzione del rapporto di lavoro operata dall'art. 3 della L. n. 604/1966 avesse comportato un considerevole ridimensionamento concettuale della giusta causa – è stato sostenuto in

---

<sup>177</sup> Sul caso si veda, ad esempio, Cass. n. 7091/2001.

dottrina che l'intervento normativo in parola avesse nello specifico comportato una sostanziale erosione della variante oggettiva della nozione di giusta causa: e ciò nel senso dell'impossibilità di continuare a ritenere ricompresa in essa, come in passato, tutte quelle circostanze riconducibili sì alla persona del prestatore ma non imputabili al medesimo a titolo di colpa. Tali circostanze, essendo comunque in grado di esplicare efficacia risolutiva del rapporto di lavoro, avrebbero infatti dovuto esser ricondotte alla nozione di giustificato motivo: e ciò sulla base di una concezione oggettiva della responsabilità contrattuale, ovvero sulla base del mero dato del mancato soddisfacimento dell'interesse del creditore della prestazione, e quindi prescindendo dall'imputabilità di tale mancato soddisfacimento a negligenza, imprudenza o imperizia del prestatore<sup>178</sup>.

Al riguardo, si deve segnalare come tale tesi sia stata tuttavia criticata da chi ha sottolineato come nell'ambito del rapporto di lavoro l'adozione del criterio della responsabilità oggettiva – che prescinde dalla colpa del debitore e si arresta al dato della mancata attuazione del rapporto obbligatorio – sarebbe eccessivamente rigorosa, tanto più alla luce di un provvedimento come quello del 1966 che, valorizzando l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, impedisce una utilizzazione acritica ed incondizionata del criterio in parola. Conseguentemente, una revisione del concetto di giusta causa avrebbe senso solo ove si ammettesse che con la L. n. 604 il legislatore abbia voluto tipizzare, circoscrivendole, le ragioni che possono determinare la

---

<sup>178</sup> E' questa la tesi sostenuta da Zangari, *Giusta causa e giustificato motivo nella nuova disciplina del licenziamento individuale*, in RDL, 1967, I.

risoluzione del rapporto del lavoro, con la conseguenza che “nel contesto della l. 604, appare quindi più corretta una lettura degli art. 1 e 3 in termini di limitazione assoluta delle ipotesi rilevanti, piuttosto che di spostamento interno delle stesse ipotesi da un tipo di licenziamento ad un altro”<sup>179</sup>.

In proposito, non ci si può esimere dal rilevare che la giurisprudenza ha costantemente<sup>180</sup> adottato, a tutt’oggi<sup>181</sup>, un atteggiamento sostanzialmente conservatore, dando prova di rimanere ancora troppo ancorata ad una superabile (ma non superata) concezione fiduciaria del rapporto, senza tenere adeguatamente conto di tutti quei rilievi di cui si è più sopra detto e secondo i quali, in sostanza, l’attribuzione di una rilevanza solutoria alla lesione della fiducia si risolve in un aggravamento della

---

<sup>179</sup> Ballestrero, *I licenziamenti*, op. cit., pag. 325 ss.

<sup>180</sup> E’ questo un rilievo ascrivibile nel tempo a diversi Autori: Ballestrero, *I licenziamenti*, op. cit., pag. 326; Napoli, *La tutela reale del rapporto di lavoro*, op. cit. pag 78; Mazzotta, *I licenziamenti, Commentario*, Giuffrè, Milano, 1992; Tullini, *Il licenziamento in tronco, la fiducia e i c.d. fatti extra-lavorativi*, RIDL, 1999, II, pag. 147 ss., scrive in proposito “che dire allora della cautela (se così si vuol definirla) del diritto giurisprudenziale, che dovrebbe invece registrare più agevolmente il dinamismo della fattispecie concreta rispetto al suo modello teorico? Proprio lo *ius vivens* sembra accumulare un ritardo incolmabile quando riafferma quelle massime statiche e tralatizie, che quasi alludono ad una regressione al proto-diritto del lavoro: ché l’idea del fondamento fiduciario del rapporto, nella sua formulazione più lucida ed eloquente, risale, com’è noto, al Barassi”.

<sup>181</sup> Fin troppo nota è la massima che individua la giusta causa in una lesione dell’elemento fiduciario. Si veda in proposito la nota n. 123 e, solo per menzionare le più recenti, si veda altresì: Cass. n. 14324/2015; Cass. n. 11067/2015; Cass. n. 11056/2015; Cass. n. 11053/2015; Cass. n. 9802/2015.

posizione obbligatoria del prestatore di lavoro, che finisce per altro verso per trascurare le finalità dell'intervento con cui il legislatore del 1966 ha inteso circoscrivere agli inadempimenti contrattuali le uniche tipologie di causali che possono dar luogo a recesso.

Ad avviso di chi scrive devono ritenersi maggiormente condivisibili, quindi, le conclusioni cui giunge quella che potremmo definire una variante "attenuata" della teoria contrattuale, cui sicuramente va riconosciuto il pregio di perseguire una soluzione di compromesso che consente di evitare gli eccessi cui conducono l'una e l'altra tesi relativa alla nozione di giusta causa. In base ad essa, in particolare, non ci si deve limitare a riconoscere efficacia risolutiva ai soli inadempimenti di obblighi contrattuali rigidamente considerati, né possono ritenersi ricompresi nel concetto di giusta causa quei fatti "esterni" al rapporto di lavoro (e magari attinenti alla vita privata del prestatore) che in base alle personalissime valutazioni del datore siano dal medesimo ritenuti lesivi della fiducia. In questo senso, è stato sostenuto, "non si intende negare che l'elemento fiduciario possa essere rilevante in tema di licenziamento senza preavviso, ma semplicemente escludere le implicazioni extra contrattuali di tale elemento, nel senso che i comportamenti idonei a porre in crisi la fiducia devono comunque risultare compatibili con la posizione obbligatoria dell'uno o dell'altro contraente nei confronti della controparte"<sup>182</sup>. Nel senso di ritenere che fatti e comportamenti esterni al rapporto di lavoro siano astrattamente in grado di esplicare efficacia risolutiva solo allorquando si possa individuare un nesso tra le

---

<sup>182</sup> Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1982, pag. 449.

connotazioni che colorano tali fatti e le caratteristiche intrinseche del rapporto, è stato sostenuto che “poiché la <<dipendenza>> del lavoratore non comporta un vincolo che investe l’intera persona del prestatore, questi non può essere sanzionato per circostanze estranee all’adempimento contrattuale e magari attinenti alla sfera personale o alla vita privata (visto anche il generale divieto di cui all’art. 8 St. lav.), salvo che tali circostanze non si ripercuotano sull’aspettativa di adempimento e salvo che, per la natura della prestazione (si pensi ad es. a coloro che identificano e promuovono l’immagine dell’impresa) entrino nella causa o nell’oggetto del contratto attitudini anche soggettive e personali del lavoratore ovvero un certo grado di compatibilità personale”<sup>183</sup>.

---

<sup>183</sup> Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro subordinato*, VIII ed., UTET, Torino, 2012, pag. 385. E’ stato osservato che “l’ipotesi che riscuote maggiore consensi è quella che assegna alla fiducia un significato esclusivamente contrattuale: pur nell’invarianza della terminologia utilizzata, dev’essere chiaro che il concetto ha tutt’altro contenuto. E’ la fiducia nei successivi adempimenti, di matrice codicistica (art. 1564 c.c.) che viene meno al verificarsi della giusta causa, e il datore di lavoro può interrompere in tronco la prestazione, se non il rapporto, quando non può fare affidamento sull’esattezza degli adempimenti futuri; tanto che la continuazione della prestazione potrebbe costituire un pericolo per l’incolumità delle persone, gli impianti o per il regolare svolgimento dell’attività lavorativa”: in questi termini si esprime Tullini, *Il licenziamento in tronco, la fiducia e i c.d. fatti extra-lavorativi*, op. cit. pag. 150. Ancora più recentemente, sull’interessante tema della rilevanza della fiducia nella puntuale esecuzione futura della prestazione lavorativa, si veda Zoppoli, *La fiducia nei rapporti di lavoro*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro, I nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, I, Cedam, Padova, 2005, pag. 837 ss; Pisani, *Licenziamento e sanzioni per fatti*



Sotto questo profilo, dimostra invero allora di apprezzare quei risultati di compromesso che la suddetta variante attenuata della teoria oggettiva della giusta causa consente di raggiungere quella parte della giurisprudenza che ritiene, in particolare, che la legittimità dell'intimato recesso debba esser stabilita non in astratto – vale a dire sulla base della percezione tutta soggettiva di chi afferma lesa la propria fiducia nell'altro contraente – ma in concreto, e quindi tenendo conto di una molteplicità di elementi concreti, quali ad esempio la natura e la qualità del rapporto, l'intensità dell'elemento intenzionale o colposo, le circostanze di tempo e di luogo in cui il fatto è stato commesso, il grado di affidabilità richiesto dalle specifiche mansioni svolte<sup>184</sup>.

---

*privati dei dipendenti: profili procedurali e sostanziali*, ADL, 2005, fasc. 1, pag. 277 ss.

<sup>184</sup> Tra le tante, Cass. n. 16283/2011; Cass. n. 20385/2011; Cass. n. 35/2011; Cass. n. 19270/2006; Cass. n. 9299/2004; Cass. n. 13883/2004; Cass. n. 13188/2003; Cass. n. 8631/2000; Cass. n. 1667/1996.



# CAPITOLO III

## IL REGIME SANZIONATORIO DEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE ILLEGITTIMO

*Sommario:* III.1) L'art. 8 L. n. 604/1966: la tutela obbligatoria del posto di lavoro di lavoro. III.2) L'art. 18 L. n. 300/1970. III.2.1) L'ordine giudiziale di reintegrazione nel posto di lavoro. III.3) La L. n. 108/1990 e la rimodulazione dell'ambito applicativo dei regimi differenziati di tutela. III.4) La L. n. 92/2012 e la scomposizione del regime sanzionatorio previsto dall'art. 18 della L. n. 300/1970. III.5) Le ipotesi di operatività della reintegrazione. III.5.1) L'insussistenza del fatto contestato. Possibili accezioni della fattispecie, relative teorie e conseguenti criticità. III.5.1.1) Le prime pronunce della giurisprudenza. III.5.2) La seconda ipotesi di operatività della reintegrazione: la riconducibilità del fatto contestato alle condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi, ovvero dei codici disciplinari applicabili. Soluzioni interpretative. III.5.2.1) Il punto di vista della giurisprudenza. III.5.3) Una possibile lettura della disposizione di cui all'art. 18, co. 4 della L. n. 300/1970. III.6) Il D. Lgs. n. 23/2015 e la marginalizzazione dell'operatività della reintegrazione ai soli casi in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato. III.6.1) Compatibilità costituzionale e comunitaria della nuova disciplina sanzionatoria in materia di licenziamento ingiustificato. III.7) Alcune considerazioni conclusive.

### **III.1) L'art. 8 L. n. 604/1966: la tutela obbligatoria del posto di lavoro di lavoro.**

Risulta chiaramente evidente – e non ha bisogno, quindi, d'essere sottolineato più di tanto all'attenzione dell'interprete – che la tematica del regime sanzionatorio applicabile al licenziamento illegittimo sia destinata ad acquisire rilevanza solo nel momento in cui il legislatore ne abbia previsto e disciplinato i relativi presupposti causali. Conseguentemente, poichè durante la vigenza dell'assetto normativo dettato dal Codice Civile del 1942 il licenziamento poteva essere irrogato *ad nutum* – e quindi prescindendo dalla sussistenza di un giustificato motivo o di una giusta causa di recesso – la trattazione della tematica oggetto del presente capitolo deve necessariamente prendere spunto ed avvio proprio dall'introduzione dell'obbligo della giustificazione causale del recesso innovativamente previsto dalla L. n. 604/1966, la cui violazione “in concreto” determina l'applicazione di uno specifico regime sanzionatorio previsto dal legislatore.

Ciò premesso, va ricordato che uno degli elementi maggiormente caratterizzanti il suddetto provvedimento normativo fu costituito dalla previsione di un regime di stabilità del posto di lavoro solamente obbligatorio (così come desumibile dalla circostanza che il licenziamento ingiustificato era in grado di risolvere il rapporto di lavoro, facendo sorgere in capo al recedente l'obbligazione alternativa della riassunzione del lavoratore o della corresponsione in suo favore di un'indennità

risarcitoria)<sup>185</sup>. Occorre, allora, fare menzione di una non indifferente diversità di giudizi di valore espressi in proposito da parte dei primi interpreti.

In questo contesto vi fu chi, come Giugni, pur riconoscendo che la sanzione dell'inefficacia dell'atto di licenziamento ingiustificato – e quindi la previsione di un regime di tutela reale – avrebbe rappresentato il miglior strumento di rimedio a fronte di un licenziamento illegittimo, non escluse che anche una tutela soltanto obbligatoria del rapporto – magari assistita da un'indennità risarcitoria di ingente ammontare – potesse comunque realizzare, di fatto, un'efficace tutela del posto di lavoro<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> Che il regime di stabilità previsto dalla L. n. 604/1966 fosse di natura obbligatoria, nonostante qualche opinione discorde, era rilievo diffuso. In questo senso, tra i molti: Trioni, *Contributo all'esegesi della legge 15 luglio 1966 n. 604*, op. cit.; Grasseti, *Lo statuto dei lavoratori e i limiti al potere di recesso da parte del datore di lavoro*, Dir. Lav., 1967, I, pag. 3 ss.; Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori alla stregua della nuova disciplina legislativa*, UTET, Torino, 1966; Ghezzi, *Sul rapporto tra <<riassunzione>> e prestazione patrimoniale nella disciplina legislativa dei licenziamenti individuali (A proposito del rifiuto opposto dal lavoratore alla proposta di <<riassunzione>>)*, RDL, 1968, I, pag. 262 ss.

<sup>186</sup> L'Autore infatti, dopo aver elencato una serie di problematiche che la previsione di un regime di tutela reale avrebbe inevitabilmente comportato (quali, ad esempio, l'ingiustizia insita nella correlazione dell'ammontare dell'indennità risarcitoria *medio tempore* dovuta a “dati incerti ed imponderabili quali la durata del giudizio”, oppure l'incongrua natura sanzionatoria e non risarcitoria che tale indennità verrebbe ad avere se non si fosse ammesso – come al tempo effettivamente si riteneva – la deducibilità dell'*aliunde perceptum*), mostra apertamente di preferire la soluzione prescelta dal legislatore del 1966 di un regime di stabilità solamente obbligatoria, ritenuta “più adeguata e più semplice”

Secondo una parte minoritaria della dottrina, invece, il regime di stabilità introdotto dalla L. n. 604/1966 si sarebbe dovuto propriamente ritenere di natura reale: e ciò sulla base della considerazione dell'incompatibilità tra la previsione della possibilità di procedere al licenziamento solo per giusta causa o giustificato motivo sancita dall'art. 1 della legge rispetto alla contemporanea enunciazione del principio della efficacia del licenziamento ingiustificato. In verità, e più precisamente, di fronte al dato normativo della possibilità per il datore di lavoro che avesse licenziato ingiustificatamente di optare tra riassunzione del lavoratore e pagamento dell'indennità – e della conseguente incontestabile efficacia estintiva del rapporto rivestita da tale recesso ingiustificato – venne ritenuto in dottrina che il regime di tutela apprestato dalla legge fosse

---

in quanto “consente di superare le notevoli conseguenze che abbiamo visto discendere dalla sanzione della nullità; e soprattutto favorisce una rapida soluzione della controversia perché la determinazione di un'indennità forfettaria, affidata alla discrezione del giudice, non pone particolare problemi probatori. Si potrà discutere sulla misura delle indennità: il disegno di legge non ha ritenuto discostarsi dai valori determinati dalla disciplina contrattuale”. Ma proprio in relazione a quest'ultimo aspetto, lo stesso Autore, pur avendo riconosciuto che la previsione della nullità ed inefficacia del licenziamento ingiustificato avrebbe consentito la determinazione di un elevato ammontare dell'indennità risarcitoria che, in quanto tale, avrebbe potuto fungere da più efficace deterrente avverso licenziamenti arbitrari, esprimeva tutto il suo scetticismo verso soluzioni indennitarie eccessivamente rigorose, perlomeno fino a quando non si fosse formata una consolidata casistica mediante la quale individuare limiti certi al potere di recesso. I richiami letterali del testo sono rinvenibili in Giugni, *Iniziativa legislativa ed esperienza sindacale in materia di licenziamenti*, op. cit., pag. 129 ss.

da intendersi di natura reale, ma in ogni caso in termini relativi, non potendo evidentemente dubitarsi della possibilità per il datore di lavoro di rendere comunque efficace il licenziamento ingiustificato attraverso il pagamento dell'indennità in parola<sup>187</sup>.

Non mancarono inoltre Autori che – pur condividendo l'esattezza dell'impostazione maggioritaria secondo cui il limite al potere di recesso previsto dalla L. n. 604/1966, risultando esterno ed indiretto rispetto a detto potere, non impediva al licenziamento ingiustificato di produrre i suoi effetti risolutivi del rapporto – evidenziarono come un approccio interpretativo meno dominato dalla tradizione avrebbe consentito di valorizzare opportunamente alcuni elementi della nuova regolamentazione, e conseguentemente, di qualificare in termini reali il regime di stabilità introdotto dalla legge in parola. Sotto quest'aspetto, in particolare, venne osservato che la sanzione dell'inefficacia del licenziamento, quale prevista dall'art. 2 in caso di mancata specificazione dei relativi motivi, avrebbe potuto consentire – per il tramite di

---

<sup>187</sup> Mazziotti di Celso, *Sulla natura dei limiti obiettivi al licenziamento*, Dir. Lav. 1967, I, il quale riteneva che fino a che il datore non avesse corrisposto l'indennità il licenziamento non avrebbe potuto ritenersi efficace, dovendosi ritenere il rapporto di lavoro temporaneamente sospeso. Pera, <<Riassunzione>> e penale nella legge sui licenziamenti individuali, 1968, ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, vol. I, Diritto del lavoro, pag. 225 ss., Giuffrè, Milano, 2007, pur ritenendo che il licenziamento ingiustificato fosse in grado di estinguere il rapporto, sosteneva che nella ipotesi in cui il datore di lavoro avesse proceduto alla riassunzione allora l'anzianità di servizio del prestatore di lavoro licenziato ingiustificatamente avrebbe dovuto considerarsi non interrotta. Si veda anche Alleva, *Sui principi di immediatezza ed immutabilità nei licenziamenti per giusta causa e giustificato motivo*, RTDPC, 1970, pag. 673 ss.

un'opportuna valorizzazione della motivazione del licenziamento tale da ritenerla "condizione di efficacia del licenziamento" – di applicare i principi già elaborati dalla giurisprudenza con riferimento alla giusta causa, ed al contempo di qualificare i motivi di licenziamento in termini di "limite interno" al potere di recesso, sì da far conseguire alla loro violazione, in caso di licenziamento ingiustificato, proprio e solo l'inefficacia del recesso medesimo<sup>188</sup>.

Ed ancora vi furono Autori, come Natoli, che – rinunciando ad elaborare soluzioni interpretative che, forzando il dato normativo, privassero di effetti estintivi del rapporto il licenziamento ingiustificato – non mancarono di rimproverare severamente al legislatore del 1966 di non essersi effettivamente discostato da quelle soluzioni che in precedenza erano già state elaborate dalla contrattazione collettiva e che non erano risultate idonee ad apprestare una tutela "veramente compensativa della perdita del posto nonché delle altre conseguenze che da queste nel frattempo abbiano potuto derivare"<sup>189</sup>. Secondo l'Autore, invece, l'unica conseguenza che a rigor di logica si sarebbe potuta desumere dall'ingiustificatezza del licenziamento era la sua inefficacia: si sarebbe potuto disquisire se fosse più opportuno che ne derivasse una nullità assoluta o relativa (e quindi un annullamento), ma indipendentemente dalla soluzione prescelta la conseguenza pratica non avrebbe potuto essere che quella della continuazione del rapporto di lavoro con tutte le poste risarcitorie annesse. Sulla scorta di tale considerazione venne quindi valutata come assolutamente

---

<sup>188</sup> Ballestrero, *I licenziamenti*, op. cit., pag. 60.

<sup>189</sup> Natoli, *L'art. 2118 cod. civ. e il problema della <<giusta causa>> di licenziamento*, op. cit., pag. 108.



insoddisfacente la soluzione di un regime di stabilità soltanto obbligatoria del rapporto che – pur fondandosi sulla incoercibilità dell’obbligo di riammettere in servizio il lavoratore – ometteva di considerare che “ammettere il lavoratore a lavorare è nell’interesse del datore di lavoro, se vuol ottenere la relativa prestazione. Altrimenti, egli non può che imputare a sé stesso, ma non pretendere di scaricare le conseguenze del proprio fatto sul lavoratore”<sup>190</sup>.

Tra coloro che espressero un giudizio negativo delle soluzioni accolte dal legislatore del 1966 va annoverato il Mancini, il quale mosse diverse critiche alla regolamentazione predisposta con la Legge n. 604, ed in particolare all’inadeguatezza del regime obbligatorio con essa introdotto, giudicato dall’Autore come inaccettabile in quanto frutto di un’eccessiva timidezza del legislatore. Ad avviso del Mancini, l’attribuzione al datore di lavoro della possibilità di scegliere in alternativa tra la riassunzione e l’indennità finiva in verità per introdurre una soluzione meramente ibrida, la cui inefficacia era stata oltretutto nel frattempo dimostrata dall’esperienza degli accordi interconfederali: e ciò nel senso che detta soluzione – nella misura in cui, nella pratica, il datore di lavoro avesse finito per optare per la soluzione economica – non aveva in buona sostanza espunto dall’ordinamento il principio per cui nei fatti, anche in nome del motivo più odioso e meno plausibile, il datore poteva licenziare arbitrariamente. In altre parole, l’introduzione di un limite meramente esterno ed indiretto al potere di licenziamento faceva sì che il lavoratore non fosse nella sostanza efficacemente tutelato, continuando egli a risultare esposto ai possibili arbitrii del

---

<sup>190</sup> Natoli, *L’art. 2118 cod. civ. e il problema della <<giusta causa>> di licenziamento*, op. cit., pag. 109.

datore di lavoro, per altro verso punibili con una sanzione meramente economica che non gli avrebbe impedito di realizzare, anche se immeritevolmente, il proprio proposito di estinguere il rapporto<sup>191</sup>.

Sotto altro profilo, la previsione dell'applicabilità delle relative disposizioni di legge solo a quei datori di lavoro che occupassero più di 35 dipendenti venne ritenuta – sulla base di una constatazione empirica legata alla ridotta dimensione tendenziale delle imprese italiane – come un grave ostacolo al definitivo superamento del principio del recesso ad nutum<sup>192</sup>; ed analogo conclusione venne tratta con riferimento alla previsione dell'esclusione dell'applicabilità ai licenziamenti per riduzione di personale, stante la rilevata maggior frequenza di questi ultimi rispetto ai licenziamenti individuali<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> In questo senso, Mancini, *Il progetto di legge sulla <<giusta causa>> e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato*, RGL, marzo-aprile, 1966, pag. 111 ss.

<sup>192</sup> Oltre che una grave violazione del principio di uguaglianza tra lavoratori. In proposito si veda Riva Sanseverino, *Il campo di applicazione della legge 15 luglio 1966 n. 604 sui licenziamenti individuali*, Quad. Sc. Soc., 1967, pag. 37; Offeddu, *La legge sui licenziamenti individuali e il suo campo di applicazione*, RDL, 1968, I, pag. 419 ss. Tali dubbi di legittimità costituzionale sono stati peraltro superati grazie alla pronuncia con cui la Corte Costituzionale ha ritenuto che la delimitazione dell'ambito di operatività della L. n. 604/1966 non determinava alcuna violazione del principio di uguaglianza. Si veda, in proposito, la nota n. 425.

<sup>193</sup> “In particolare, molto gravi erano queste due esclusioni: talmente gravi da suscitare più di un sospetto sulla sincerità riformistica del legislatore. Come tutti sanno, meno di trentacinque dipendenti occupa la grande maggioranza delle aziende nei settori dell'agricoltura, del commercio, dei trasporti, dell'industria manifatturiera, specie nel Mezzogiorno; e i licenziamenti sono in buona parte per riduzione di

Si criticò inoltre l'atteggiamento "eccessivamente prudente"<sup>194</sup> con cui il legislatore del 1966 si era limitato a sancire l'inefficacia dei licenziamenti privi di motivazione e la nullità dei licenziamenti per motivi religiosi, politici o sindacali, senza tuttavia specificare le conseguenze patrimoniali di tale inefficacia e nullità. Vero è che tali conseguenze si sarebbero potute dedurre dall'applicazione delle regole civilistiche: tuttavia, una loro specificazione avrebbe evitato l'insorgenza di tutta una serie di questioni interpretative tra le quali, ad esempio (e solo per menzionarne una tra le meno complesse), quella che poneva il problema se in caso di licenziamento nullo o inefficace il lavoratore avesse diritto – stante la permanenza in vita del rapporto – alla corresponsione integrale delle retribuzioni, ovvero al risarcimento del danno equivalente al lucro cessante integrale<sup>195</sup>, oppure al risarcimento del danno equivalente al lucro cessante effettivo<sup>196</sup>.

Ancora, e soprattutto, la configurazione del licenziamento ingiustificato come atto illecito ma al contempo efficace venne dai più considerata, oltre che

---

personale, o quel che è peggio, quando non lo sono, possono esser fatti passare come tali", così, Mancini, Commento all'art. 18 in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, op. cit., pag. 86.

<sup>194</sup> Parla di "voluta ambiguità nelle enunciazioni di maggiore impegno" Ballestrero, *I licenziamenti*, op. cit., pag. 78-79.

<sup>195</sup> Di tale avviso è Grandi, *La risoluzione delle controversie in materia di licenziamenti individuali*, RDL, 1967, I, pag. 419, ma anche Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965, pag. 163.

<sup>196</sup> Da cui detrarre quindi quanto guadagnato altrove per effetto dello svolgimento di altre prestazioni lavorative. Cessari, *Annotazioni sulla nullità del licenziamento*, Dir. Lav., 1967, I, pag. 204.

logicamente contraddittoria, come una manifestazione di mancata risolutezza da parte del legislatore il quale, pur avendo introdotto espressamente l'obbligo di giustificazione causale del recesso, con la previsione di una sanzione anodina quale quella di cui all'art. 8 della L. n. 604/1966 finiva in verità per lasciare intatto il recesso ordinario, "limitandosi in ultima analisi a stabilire un prezzo per il suo esercizio abusivo"<sup>197</sup>.

Alla luce delle considerazioni che precedono, risulta quindi ben comprensibile il diffuso senso di insoddisfazione che la nuova legge ingenerò tra gli interpreti, la maggior parte dei quali ritenne in definitiva che il regime di stabilità obbligatoria previsto dalla legge finisse per restituire di fatto "all'arbitrio del datore di lavoro" – anche in ragione della mancata determinazione di un ammontare dell'indennità così adeguato e rilevante che potesse fungere da efficace deterrente di licenziamenti ingiustificati<sup>198</sup> – "una buona dose di quella sovranità che voleva toglierli"<sup>199</sup> in linea di principio.

---

<sup>197</sup> Mancini, Commento all'art. 18 in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, op. cit., pag. 85; nello stesso senso, Ghera, *Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento*, LD, 1992, pag. 464 ss.

<sup>198</sup> Decisamente eloquente è Mancini in, *sub art.* 18, Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, op. cit., pag. 90, il quale afferma che "un ordinamento che non rifiuta di collegare al negozio di recesso gli effetti voluti dal suo autore anche se esso non è compiuto *iure* è, a dir poco, un ordinamento in cui l'interesse all'estinzione viene riconosciuto e protetto con larghezza".

<sup>199</sup> Così, Natoli, *L'art. 2118 cod. civ. e il problema della <<giusta causa>> di licenziamento*, op. cit., pag. 109; Si veda anche Pedrazzoli, *Struttura dei rimedi al licenziamento illegittimo*, LD, 1988, pag. 79 ss.

### III.2) L'art. 18 L. n. 300/1970.

Fu a queste diffuse critiche degli interpreti in ordine alle soluzioni adottate dalla L. n. 604/1966 in punto di disciplina del licenziamento illegittimo che il legislatore intese ovviare con l'introduzione di un regime di stabilità reale quale quello previsto e disciplinato dall'art. 18 della L. n. 300/1970<sup>200</sup>. Le questioni interpretative che tale

---

<sup>200</sup> La relativa disposizione risultava rubricata sotto la dicitura "Reintegrazione nel posto di lavoro", ed i suoi primi due commi, rilevanti ai fini della nostra analisi, recitavano così "Ferma restando l'esperibilità delle procedure previste dall'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, il giudice, con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento ai sensi dell'art. 2 della legge predetta o annulla il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo ovvero ne dichiara la nullità a norma della legge stessa, ordina al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro. Il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno subito per il licenziamento di cui sia stata accertata la inefficacia o l'invalidità a norma del comma precedente. In ogni caso, la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione, determinata secondo i criteri di cui all'art. 2121 del codice civile. Il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza di cui al comma precedente è tenuto inoltre a corrispondere al lavoratore le retribuzioni dovutegli in virtù del rapporto di lavoro dalla data della sentenza stessa fino a quella della reintegrazione. Se il lavoratore entro trenta giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non abbia ripreso servizio, il rapporto si intende risolto". E' doveroso inoltre rammentare che nel disegno di legge originario dello Statuto la reintegrazione nel posto di lavoro era un rimedio previsto nei soli casi di licenziamento nullo *ex art.* 4 L. n. 604/1966, cui veniva aggiunta, come ulteriore ipotesi di nullità, quella del licenziamento dei dirigenti sindacali. L'intento dei proponenti era quindi quello di specificare quali fossero le conseguenze

articolo pose sono molteplici e complesse, ed oltretutto (anche a prescindere dall'inadeguatezza di chi scrive ad affrontarle esaurientemente) la maggior parte di esse esula dai fini della presente ricerca; ci si concentrerà in questa sede, quindi, unicamente sull'esame del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo e sulle tematiche ad esso strettamente connesse.

Come noto, la L. n. 300/1970 non ha inciso sul paradigma legale dei licenziamenti ma unicamente sull'apparato sanzionatorio, quale destinato a trovare applicazione solo in caso di irrogazione di un licenziamento illegittimo nell'ambito di unità produttive cui siano addetti più di 15 dipendenti<sup>201</sup>. Ed una delle

---

pratiche del licenziamento nullo, completando così la previsione dell'art. 4 L. n. 604/1966 che da questo punto di vista era parsa fin da subito lacunosa. Solo successivamente "passò" il testo proposto dalla X Commissione di estendere la reintegrazione a tutte le forme di licenziamento invalido. Si veda in proposito *Lo statuto dei lavoratori. Progetti di legge e discussioni parlamentari*, a cura del Senato della Repubblica, Roma, 1974. Si veda anche, Grandi, *Licenziamento e reintegrazione, riflessioni storico-critiche*, RIDL, 2003, I, pag. 3 ss.; Garofalo, *Commento all'art. 18*, in G. Giugni (diretto da), *Lo statuto dei lavoratori. Commentario*. Giuffrè, Milano, 1979, pag. 250 ss.; Borghesi, *Licenziamenti individuali e ordinanza di reintegra ex art. 18, comma 4, dello Statuto dei Lavoratori*, RGL, 1972, I, pag. 437 ss.; Mancini, *Il nuovo regime del licenziamento*, in AA.VV., *L'applicazione dello statuto dei lavoratori. Tendenze ed orientamenti*, Atti del Convegno di Milano 19-21 ottobre 1972, Giuffrè, Milano, 1973.

<sup>201</sup> Numerosi sono stati i problemi di coordinamento che la norma ha suscitato con riferimento al contemporaneo ambito di operatività della L. n. 604/1966. Per una puntuale descrizione degli stessi si veda Mazzotta, *I licenziamenti, Commentario*, op. cit., pag. 671 ss. Qui sia sufficiente rilevare che, successivamente all'emanazione dello Statuto dei Lavoratori, si

novità più rilevanti della relativa disciplina risultava individuabile nell'eliminazione della possibilità, per il datore che avesse proceduto ad un licenziamento ingiustificato, di scegliere tra riassunzione e pagamento della penale, in termini tali da non consentire al licenziamento che risultasse non conforme al paradigma legale (che restava normativamente fissato da altre disposizioni) di incidere negativamente sulla continuità del rapporto di lavoro.

---

potevano rinvenire tre distinte aree di tutela del lavoratore avverso i licenziamenti: una prima area costituita dalle unità produttive con meno di 16 dipendenti all'interno di imprese con meno di 36 dipendenti, in cui il licenziamento continuava ad esser regolato dalla scarna disciplina codicistica di cui agli artt. 2118 e 2119 c.c.; una seconda area costituita dalle imprese con più di 35 dipendenti organizzata in unità produttive con meno di 16 dipendenti, cui si applicava la L. n. 604/1966; infine, una terza area costituita da quelle imprese aventi unità produttive con più di 15 dipendenti, cui si applicava anche la tutela reale prevista dallo Statuto dei lavoratori. In particolare, rilevanti problemi derivavano dalla circostanza che l'art. 35 dello Statuto faceva riferimento, ai fini della sua applicabilità, alla consistenza occupazionale dell'unità produttiva e non anche a quella dell'intera azienda (come invece faceva l'art. 11 della L. n. 604/1966); si poteva così venire a determinare l'irragionevole situazione di imprese che, pur essendo di notevoli dimensioni complessive, erano sottratte dall'applicazione del più gravoso regime sanzionatorio previsto dallo Statuto perché aventi una struttura organizzativa articolata su unità produttive di piccole dimensioni e, viceversa, imprese di dimensioni complessive piuttosto ridotte che tuttavia, per esser strutturate in un'unica unità produttiva superiore alle 15 unità si vedevano applicata la regola della reintegrazione. Su tale assetto, definito delle "tutele parallele", ha poi inciso in maniera considerevole la L. n. 108/1990.

Occorre preliminarmente precisare che per stabilità reale si intende “una disciplina nella quale la sussistenza di requisiti sostanziali predeterminati – sindacabile in giudizio – si ponga come condizione della validità ed efficacia dell’atto di recesso, derivandone che in assenza di quei requisiti non v’è il potere datoriale di risolvere il rapporto”<sup>202</sup>. Ne conseguì che, con la prevista inefficacia del licenziamento ingiustificato, giusta causa e giustificato motivo finirono per assumere il ruolo di “fattispecie del potere di licenziamento”, non potendo più esser considerate, come in passato, “condizioni per il suo lecito esercizio”<sup>203</sup>.

Si è allora osservato, in proposito, che “nel regime conseguente la legge del 1970 è di gran lunga prevalente l’area nella quale il licenziamento-recesso straordinario ha carattere esclusivo, ammettendosi il ricorso al recesso ordinario solo in determinate situazioni soggettive del lavoratore, o al di sotto di dimensioni tali da considerare quasi marginale l’area residua di concorrenza fra recesso libero (ordinario) e recesso straordinario”<sup>204</sup>.

Con l’art. 18 venne previsto un unico trattamento sanzionatorio per tutte le varie ipotesi di illegittimità del

---

<sup>202</sup> Grandi-Pera, *Commentario breve allo Statuto dei Lavoratori*, Cedam, Padova, 1985, pag. 70.

<sup>203</sup> Mancini, Commento all’art. 18 in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, op. cit., pag. 90.

<sup>204</sup> Così, Sandulli, *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da Ubaldo Prosperetti, Tomo primo, articoli 1-18, Giuffrè, Milano, 1975, pag. 560. A dir la verità, l’alterazione del rapporto recesso ordinario-recesso straordinario appare a chi scrive influenzato non tanto dalla natura della sanzione che assiste il licenziamento ingiustificato, divenuta reale con la L. n. 300/1970, quanto piuttosto con la generalizzazione dell’obbligo di giustificazione causale ad opera della L. n. 604/1966.



recesso, si da consentire all'interprete di identificare, in termini più generali, un'unica figura di licenziamento illegittimo<sup>205</sup>. Ciononostante, il legislatore del 1970 scelse di ricorrere a diverse forme di invalidità per qualificare le varie tipologie di licenziamento illegittimo (in cui l'illegittimità identificava la sua difformità dal paradigma legale): e così, il licenziamento illegittimo per vizi di forma continuò ad esser definito come inefficace, il licenziamento adottato per "motivi discriminatori" rimase qualificato in termini di nullità, ed il licenziamento ingiustificato venne espressamente definito come annullabile.

Non si deve tuttavia pensare che l'art. 18 coprisse interamente l'ambito dei possibili licenziamenti nulli: l'applicabilità degli artt. 1345 c.c. (in tema di nullità del contratto per motivo illecito comune e determinante del consenso) e 1418 c.c. (in tema di cause di nullità del contratto), infatti, fu da subito ammessa in relazione ai licenziamenti irrogati per quei motivi illeciti che tuttavia non erano stati specificati né dalla norma di cui all'art. 4 della L. n. 604/1966 né dalla sostanziale integrazione che di tale disposizione fu realizzata con l'art. 15 L. n. 300/1970; le elencazioni contenute nella formulazione della norma dell'art. 4, pertanto, avrebbero potuto essere ritenute non tassative<sup>206</sup>, ma semplicemente indicative solo

---

<sup>205</sup> Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980, pag. 198; Ballestrero, *I licenziamenti*, op. cit., pag. 84; Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 21.

<sup>206</sup> Pera, *La legislazione italiana sul licenziamento <<individuale>>*, op. cit., pag. 154; Cessari, *Annotazioni sulla nullità del licenziamento*, op. cit., pag. 201; Grandi-Pera *Commentario breve allo Statuto dei Lavoratori*, op. cit., pag. 70.

di alcuni dei profili di illegittimità più frequentemente ricorrenti nella prassi.

Ad ogni modo, la scelta operata dal legislatore in merito all'annullabilità del licenziamento ingiustificato non risultava priva di implicazioni<sup>207</sup>: quanto sopra come del resto ben comprensibile ove solo si consideri che tra nullità e annullabilità sono rinvenibili rilevanti differenze in ordine alla legittimazione ad agire, alla prescrivibilità o imprescrivibilità dell'azione, alla possibilità di convalida (ammessa, come noto, per il solo negozio annullabile); senza contare poi la ravvisabilità di un'ulteriore differenza tra l'atto annullabile e quello nullo nella circostanza che il primo, a differenza del secondo, è idoneo a produrre i suoi normali effetti, perlomeno fintantoché il giudice, con sentenza costitutiva, ponga nel nulla con effetto retroattivo gli effetti interinalmente prodotti. Ne derivò che diversi interpreti ritennero che anche sotto la vigenza della L. n. 300/1970 il licenziamento ingiustificato avesse l'effetto di estinguere il rapporto, perlomeno nell'immediato, restando in ogni caso salva la possibilità del lavoratore di agire in giudizio per ottenere una sentenza che, travolgendo con efficacia *ex tunc* gli effetti estintivi nel frattempo prodottisi, valesse a ricostituire il rapporto come se lo stesso non si fosse mai interrotto<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> “Si tratta di una questione non esclusivamente di valore teorico o classificatorio perché dalla sua soluzione derivano conseguenze notevoli di ordine applicativo”, così Prosperetti, *Profili dell'invalidità del licenziamento*, MGL, 1972, pag. 208; Pera, *Interrogativi sullo statuto dei lavoratori*, LD, 1970, I, pag. 188 ss. e ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, vol. II, Diritto sindacale, pag. 1315 ss., Giuffrè, Milano, 2007.

<sup>208</sup> Ballestrero, *I licenziamenti*, op. cit., pag. 99 ss.; Prosperetti, *Profili dell'invalidità del licenziamento*, op. cit., pag. 208 ss.; Scognamiglio R., *La disciplina del risarcimento del danno nel*

L'apparato sanzionatorio previsto dall'art. 18 St. Lav., inoltre, distingueva il periodo intercorrente tra il licenziamento e la sentenza che ne accertava l'illegittimità da quello ricompreso tra quest'ultima e la effettiva reintegrazione nel posto di lavoro. Per il primo periodo la norma prevedeva infatti il diritto del lavoratore al risarcimento dei danni in misura comunque non inferiore a cinque mensilità di retribuzione, mentre per il periodo

---

*disposto dell'art.18 della legge n. 300/70 (a proposito di due recenti pronunzie della Cassazione a Sezioni Unite), MGL, 1985, pag. 341; Aranguren, Autonomia e legge nella disciplina dei licenziamenti, Giuffrè, Milano, 1971, pag. 395; Ianniruberto, I licenziamenti individuali dopo la legge 20 maggio 1970 n. 300, RGL 1970, I, pag. 410 ss.; Sandulli, Commentario dello Statuto dei lavoratori, op. cit., pag. 555; Fanfani, Il risarcimento del danno per i licenziamenti invalidi, RDL, 1971, I, pag. 362; Napoli, La stabilità reale del rapporto di lavoro, op. cit., pag.19 ss., ritiene che la prevista annullabilità del licenziamento ingiustificato faccia sì che il "giustificato motivo non" sia "fattispecie del potere in quanto il licenziamento è produttivo di effetti (...) Se il legislatore avesse voluto condizionare dall'interno il potere di recesso, avrebbe sancito la nullità dell'atto nel caso di mancanza di presupposti fissati dalla legge. La legge, al contrario, pur abrogando la regola della recedibilità *ad nutum*, conserva al datore di lavoro il potere di estinguere il rapporto di lavoro, ma attribuisce al lavoratore, in presenza di una fattispecie negoziale invalida, il potere di far annullare il licenziamento (...) Viceversa, se il lavoratore lascia trascorrere il termine previsto, il potere di impugnativa si estingue e il licenziamento, anche se invalido (non conforme all'ordinamento), produrrà l'effetto estintivo del rapporto di lavoro definitivamente, nel senso che non potrà più essere rimosso".*

successivo alla sentenza veniva previsto il diritto alla corresponsione delle normali retribuzioni<sup>209</sup>.

Tale differenziazione sollevò diversi spunti di critica; in particolare, la previsione del solo diritto al risarcimento dei danni per il periodo in cui il rapporto di lavoro aveva continuato ad esistere (o perché il licenziamento, essendo nullo o inefficace, non aveva mai prodotto i suoi effetti estintivi, o perché, essendo annullabile, tali effetti *medio tempore* prodottisi erano stati poi travolti retroattivamente dalla pronuncia di annullamento) venne ritenuta del tutto irragionevole: e ciò sulla scorta della considerazione che la conseguenza “normale” dell’ accertata continuità giuridica del rapporto di lavoro avrebbe dovuto più propriamente essere costituita dalla corresponsione delle retribuzioni che il lavoratore non aveva percepito senza sua colpa<sup>210</sup>.

Al riguardo va detto che il dibattito dottrinale teso ad appianare tale incongruenza, ed incentrato sulla natura

---

<sup>209</sup> Si veda, in proposito, Dell’Olio, *Licenziamento, reintegrazione, retribuzione, risarcimento*, MGL, 1979, pag. 504 ss.

<sup>210</sup> “... eppure, in una precedente occasione il legislatore aveva dato prova di saperci fare disponendo che l’invalidità del licenziamento intimato per causa di matrimonio <<importa la corresponsione della retribuzione globale di fatto sino alla riammissione in servizio>> (art. 2 I° comma della legge 9 gennaio 1963 n. 7)” così, Romagnoli *sub* art. 18, Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, op. cit., pag. 121. Si è tuttavia osservato che la qualificazione delle somme spettanti al lavoratore in termini risarcitori consentirebbe al medesimo di dimostrare l’eventuale maggior danno (rispetto a quello relativo alla mancata percezione delle retribuzioni), mentre al datore di dimostrare l’*aliunde perceptum e percipiendum*. Così, Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 202; Mengoni, *Due anni di applicazione dello Statuto dei lavoratori*, MGL, 1972, pag. 562.

delle somme dovute al lavoratore in conseguenza della sentenza che accertava l'illegittimità del licenziamento, fu variamente articolato e denso di implicazioni teoriche<sup>211</sup>; e poiché una sua ricostruzione analitica, oltre a non risultare esaustiva<sup>212</sup>, non appare sostanzialmente utile ai fini dell'economia complessiva del discorso, si ritiene opportuno dedicare alle relative tematiche solo alcuni brevissimi accenni.

Sul punto vi fu chi ritenne che il datore di lavoro che avesse licenziato illegittimamente si venisse a trovare in una situazione di mora dalla quale – determinandosi l'impossibilità definitiva delle singole prestazioni di lavoro – sarebbe derivato il diritto del lavoratore al risarcimento del lucro cessante integrale (comprensivo delle retribuzioni mancate e degli eventuali maggiori danni). Diversamente, vi fu chi ritenne che l'illegittimo licenziamento determinasse una situazione di protrato inadempimento datoriale a fronte della quale il lavoratore – che attraverso l'impugnazione del licenziamento aveva messo a disposizione le proprie energie lavorative – avrebbe dovuto per converso ritenersi adempiente, con la conseguenza della spettanza a suo favore del diritto alla controprestazione retributiva.

Con riferimento poi alla previsione dell'obbligo di corrispondere la retribuzione per il periodo successivo alla sentenza che avesse accertato l'illegittimità dell'intimato recesso, le soluzioni interpretative elaborate dagli

---

<sup>211</sup> Si vedano, su tutti, Ballestrero, *I licenziamenti*, op. cit., pag. 104 ss., nonché Mazzotta, *I licenziamenti, Commentario* op. cit., pag. 750 ss.

<sup>212</sup> Scrive a proposito del regime giuridico tra licenziamento e sentenza che “non è possibile sperare in una soluzione ricostruttiva completamente appagante” Miani-Canevari, RGL 1978, II, pag. 881.

interpreti risentivano profondamente delle concezioni dai medesimi già accolte con riferimento alla natura delle somme dovute per il periodo anteriore alla sentenza<sup>213</sup>. Sicuramente tale previsione venne generalmente considerata come la riprova che il rapporto di lavoro originario – che fosse stato interrotto o meno dal licenziamento invalido – doveva ritenersi pienamente in vita a far tempo dall'accertamento giudiziale dell'illegittimità del recesso, senza la necessità di alcuna attività negoziale del datore di lavoro in tal senso ed a prescindere dalla sua effettiva ottemperanza all'ordine di reintegrazione: e ciò fino al punto di indurre alcuni Autori a ritenere che la previsione normativa in questione fosse sostanzialmente inutile, nella misura in cui l'obbligo di corrispondere le retribuzioni costituisce un normale effetto della accertata sussistenza del rapporto di lavoro<sup>214</sup>.

Ad ogni modo – ove anche con riferimento a tale questione si volesse procedere ad una semplificazione – vi è da dire al riguardo come vi fosse chi, attraverso l'istituto della mora e contro la lettera del disposto normativo, attribuiva a tali somme natura risarcitoria<sup>215</sup>, e chi invece – forte della lettera della legge, ma tuttavia prescindendo

---

<sup>213</sup> Si veda, su tutti, la ricostruzione di Grandi-Pera, *Commentario breve allo Statuto dei Lavoratori*, op. cit., pag. 82. Sul tema si veda altresì Balbi, *Reintegrazione nel posto di lavoro e decorrenza della retribuzione*, MGL, 1980, pag. 234 ss.

<sup>214</sup> Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 42; Assanti-Pera, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1972, pag. 206.

<sup>215</sup> Mancini, *sub art. 18*, Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori, Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1972, prima edizione, pag. 275; Sandulli, *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 560; Zangari, *Licenziamento*, voce *Enciclopedia del Diritto*, op. cit., pag. 684.

dalla menomazione del nesso di corrispettività tra prestazione lavorativa e controprestazione (e, quindi, dalla considerazione dell'inattuazione pratica del rapporto dovuta a scelta del datore) – riteneva che le somme dovute dal datore di lavoro dopo la sentenza avessero natura retributiva<sup>216</sup>. A prescindere dalla maggiore o minore correttezza tecnica delle due contrapposte tesi, vi è da dire che la qualificazione in termini di risarcimento delle somme dovute post-sentenza finiva per essere per il lavoratore notevolmente pregiudizievole, nella misura in cui avrebbe comportato sia l'assorbibilità del danno previdenziale da lui sofferto per effetto del licenziamento illegittimo, sia la detraibilità dalle medesime di quanto egli avesse nel frattempo percepito per effetto dello svolgimento di un'altra prestazione lavorativa<sup>217</sup>.

---

<sup>216</sup> Qualificano in termini retributivi le somme dovute dal datore di lavoro, ciascuno con argomentazioni e correlative implicazioni teoriche diverse, Liso, *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, RTDPC, 1972, pag. 1068 ss.; Alleva, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali dalla legge 15 luglio 1966 n. 604 allo statuto dei lavoratori*, RDL, 1971, I, pag. 91 ss., Ghezzi, *I licenziamenti dalla penale alla reintegra dei lavoratori*, Pol. Diritto, 1971, pag. 297; Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 42.

<sup>217</sup> Sandulli, *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 561. Più recentemente, si veda, Avondola, *Il danno per il licenziamento illegittimo tra disciplina comune e disciplina speciale*, ADL, 2003, pag. 306 ss.

### III.2.1) L'ordine giudiziale di reintegrazione nel posto di lavoro.

Proseguendo nell'analisi del disposto dell'art. 18 della L. n. 300/1970, v'è da segnalare che un vero e proprio elemento di novità rispetto al precedente assetto normativo risultò costituito dalla introduzione della previsione dell'emissione da parte del giudice – ad esito dell'accertamento dell'illegittimità del licenziamento sottoposto alla sua valutazione – di un ordine di reintegra del prestatore nel posto di lavoro<sup>218</sup>.

Se per alcuni Autori l'introduzione espressa di tale ordine costituiva un indice rivelatore della volontà del legislatore del 1970 di superare esplicitamente le note difficoltà connesse all'incoercibilità degli obblighi di fare infungibili<sup>219</sup>, per altre voci della dottrina la previsione

---

<sup>218</sup> Osserva in tal senso Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 46, che “non mancavano in passato figure di licenziamento invalido, ma mai in passato espressamente il legislatore aveva previsto la possibilità di un ordine del giudice tendente ad adeguare la situazione di fatto a quella prevista nella sentenza di accertamento”.

<sup>219</sup> Mancini, *sub art. 18*, Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, prima edizione, op. cit., pag. 273, definisce la previsione dell'ordine di reintegra “come risposta polemica alle deboli situazioni del passato”. Ancor più eloquente è il medesimo Autore quando afferma che con l'art. 18 e l'ordine di reintegra ivi previsto sono “stati per la prima volta squarciati quel velo di sacralità, quell'atmosfera totemica tra la venerazione e il tremore, che l'ambiente giuridico italiano aveva tessuto attorno al principio dell'incoercibilità degli obblighi di fare”, così, Mancini, *sub art. 18*, Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*,



dell'ordine di reintegra era invece da ritenersi superflua, in quanto tale obbligo avrebbe dovuto ritenersi un normale effetto dell'accertata persistenza giuridica del rapporto di lavoro, il quale, non essendo stato interrotto dal licenziamento illegittimo, implicava l'obbligo per il datore di lavoro di utilizzare le prestazioni lavorative dei propri dipendenti, da ritenersi sussistente a prescindere dal fatto che questi fossero stati, o meno, licenziati in precedenza<sup>220</sup>. Al riguardo appare del tutto condivisibile l'avviso di chi ha sostenuto che se l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento tutela l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro (in quanto viene riconosciuta la continuità giuridica del rapporto, ora per effetto di una sentenza dichiarativa della nullità, ora sulla base di una sentenza costitutiva dell'annullamento), l'ordine di reintegra, almeno nelle intenzioni del legislatore, tutela il diverso interesse del singolo alla prestazione effettiva dell'attività di lavoro<sup>221</sup>.

---

*Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1972, prima edizione, op. cit., pag. 300. Altri sostengono invece che con tale previsione il legislatore volle riconoscere un vero e proprio diritto del lavoratore allo svolgimento effettivo della prestazione lavorativa, a prescindere dalla natura del rapporto lavorativo in questione; tra questi, Chiarloni, *Statuto dei lavoratori e tecniche di attuazione dei diritti*, QDLRI, 1989, VI, pag. 60 ss.; Ballestrero, *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, Franco Angeli Editore, Milano, 1985, pag. 397.

<sup>220</sup> In questi termini, Alleva, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali dalla legge 15 luglio 1966 n. 604 allo statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 104; Natoli, *Luci ed ombre nel disegno di legge n. 738 sui diritti dei lavoratori*, 1969, RGL, I, pag. 317 ss.

<sup>221</sup> Mazzotta, *I licenziamenti. Commentario*, op. cit., pag. 830.

Ciò premesso, il problema principale che si è posto con riferimento all'obbligo datoriale di reintegra è quello della sua coercibilità o esecuzione in forma specifica<sup>222</sup>. Ovviamente tale problema non si pone per chi ritenga che il datore di lavoro, in qualità di creditore della prestazione lavorativa e conformemente al diritto delle obbligazioni e dei contratti, sia semplicemente onerato a cooperare per consentire l'adempimento del debitore, essendo insita nel concetto di onere la facoltà per l'onerato di scegliere se adottare o meno il comportamento che gli consente di ottenere un certo risultato a lui favorevole<sup>223</sup>. Viceversa, il problema della coercibilità in forma specifica dell'obbligo di reintegra si pone per chi muova dal dato dell'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo del lavoratore ad espletare effettivamente la prestazione lavorativa<sup>224</sup>: ed al

---

<sup>222</sup> Si veda, tra gli altri, Mandrioli, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, RDP, 1975, pag. 9 ss.; Taruffo, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro*, RTDPC, 1976, pag. 789 ss.; Renna, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione*, Cacucci, Bari, 1984; Proto Pisani, *Osservazioni sull'attuazione della condanna del datore di lavoro a reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato*, Foro It., 1978, I, 1486; più recentemente, Miscione, *Eseguibilità in forma coattiva della reintegrazione e competenza del giudice cautelare*, LG, 2006, pag. 993 ss.

<sup>223</sup> Ardaù, *Equivoci sulla causa del contratto di lavoro e sulla reintegrazione nel posto di lavoro*, OGL, 1974, pag. 1147; Ghera, *La tutela del provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro*, Atti della tavola rotonda di Sassari, 13 giugno 1981, Giuffrè, Milano, 1983, pag. 19; Napoli, *Evoluzione e involuzione del diritto del lavoro*, RGL, 1967, I, pag. 207 ss.; Cattaneo, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Giuffrè, Milano, 1964.

<sup>224</sup> Chiarloni, *Statuto dei lavoratori e tecniche di attuazione dei diritti*, op. cit., pag. 60; Ballestrero, *Cassa integrazione e*

riguardo risulta di tutta evidenza come, ai fini della risoluzione del problema in parola, si imponga all'interprete la necessità di individuare preliminarmente gli strumenti processuali che l'ordinamento mette a disposizione per rendere effettivo il diritto alla reintegra, anche contro la volontà dell'obbligato<sup>225</sup>. In proposito si è sostenuto che il principio della tipicità delle forme di

---

*contratto di lavoro*, op. cit., pag. 397; Balletti, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Cedam, Padova, 1990. Gli Autori giungono ad una tale conclusione sulla base del fondamentale rilievo in base al quale nell'espletamento della prestazione lavorativa è coinvolto non solo lo scambio lavoro-retribuzione ma anche la personalità del lavoratore, la quale, attraverso l'espletamento della prestazione lavorativa, si esprime, si consolida e si arricchisce. Articoli di rango costituzionale – quali, ad esempio, la previsione dell'art. 41 co. 2 secondo cui l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla libertà, alla dignità e alla sicurezza dei lavoratori, o l'art. 2, secondo cui la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia all'interno delle formazioni in cui si esplica la sua personalità, tra cui sicuramente annoverare l'ambiente di lavoro – renderebbero del resto evidente la correttezza giuridica della soluzione prospettata da tali Autori. Si veda altresì Belviso, *Il concetto di <<iniziativa economica privata>> nella Costituzione*, RDCComm., 1961, I, pag. 153; Pera, *Sul diritto del lavoratore a lavorare*, RIDL, 1991, II, pag. 388 ss.

<sup>225</sup> Si veda, fra gli altri, Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Jovene, Napoli, 1978; Arieta, *Sull'eseguibilità in forma specifica dell'obbligo di reintegra del lavoratore nel posto di lavoro*, Temi Romana, 1975, pag. 279 ss; Mandrioli, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, RTDPC, 1976, pag. 1342 ss.; Frediani, *Note sull'effettività della reintegra nel posto di lavoro*, RGL, 1978, I, pag. 73 ss.; Borrè, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1966, pag. 129 ss.

esecuzione forzata degli obblighi di fare impedirebbe l'esecuzione forzata dell'obbligo di reintegra: più in particolare, gli artt. 612 e ss. c.p.c. consentirebbero l'esecuzione forzata, in luogo dell'adempimento spontaneo da parte dell'obbligato principale, del solo obbligo di fare consistente nell'esecuzione di un'opera (la cui realizzazione peraltro non richieda un contenuto creativo), oppure la distruzione dell'opera realizzata in violazione di un preesistente obbligo di non fare<sup>226</sup>. Sulla scorta di una tale impostazione concettuale, è evidente che la complessità dell'obbligo di reintegra – non assimilabile minimamente all'obbligo di realizzazione o distruzione di un'opera ed anzi scomponibile in più sottoprestazioni, alcune delle quali del tutto infungibili – ne impedirebbe l'esecuzione forzata proprio in considerazione dell'impossibilità dell'organo giudiziario e dei suoi ausiliari di prescindere dal concorso di volontà dell'obbligato.

In verità, per poter stabilire se esistano o meno gli strumenti processuali adatti a consentire l'esecuzione forzata dell'obbligo di reintegra è necessario procedere

---

<sup>226</sup> Pera, *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari e di licenziamento secondo lo statuto dei lavoratori*, RTDPC, 1971, pag. 1288 ss. Più in generale, è noto che si è soliti circoscrivere l'eseguibilità in forma specifica ai soli obblighi di fare fungibili, là dove la fungibilità è una caratteristica propria di quegli obblighi il cui adempimento tende ad un risultato per la realizzazione del quale non è necessaria la collaborazione personale dell'obbligato principale: deve quindi trattarsi di prestazioni di fare che non implicano un contenuto creativo o innovativo per il quale è imprescindibile la prestazione dell'obbligato principale. Si veda in proposito Mandrioli, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Novissimo Dig. It.*, VI, Torino, 1960, pag. 764 ss.

preliminarmente all'individuazione del suo esatto contenuto.

Due sono le concezioni che, al riguardo, sono state espresse dagli interpreti. Per alcuni Autori l'obbligo di reintegra si esaurirebbe nella rimozione degli effetti materiali dell'estromissione dal contesto produttivo del lavoratore licenziato, consentendogli quindi l'ingresso in azienda, consegnandogli gli strumenti di lavoro, iscrivendolo forzosamente nel documento rappresentativo dell'organigramma, attribuendogli le mansioni, indicandogli i compiti da svolgere; ne risulterebbe l'eseguibilità in forma specifica dell'obbligo in parola, essendo i predetti comportamenti pienamente fungibili e potendo pertanto gli organi giudiziari sostituirsi al datore che si rifiuti di porli in essere spontaneamente. Ulteriore conseguenza di tale impostazione sarebbe quella per cui l'eventuale comportamento successivo del datore che – nonostante l'immissione forzata del lavoratore in azienda ad opera dell'autorità giudiziaria – si rifiutasse di esercitare i normali poteri gestori propri del rapporto di lavoro costituirebbe non una violazione dell'obbligo di reintegra, ma una violazione degli obblighi originari nascenti dal contratto di lavoro<sup>227</sup>.

---

<sup>227</sup> In questo senso, in particolare, Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna*, RTDPC, 1978, pag. 1104; del medesimo Autore, *Aspetti processuali della reintegrazione nel posto di lavoro*, Foro it., 1982, V, pag.117, ss. Ammettono l'eseguibilità in forma specifica dell'obbligo di reintegrazione, tra i tanti, Ballestrero, *I licenziamenti*, op. cit., pag. 144 ss; Garofalo, *Contributo all'esegezi dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, RTDPC, 1975, pag. 628 ss.; De Angelis, *Considerazioni sul diritto al lavoro e sulla sua tutela*, RGL, 1973, I, pag. 242 ss.; Treu, *Statuto dei lavoratori: primo bilancio, Prospettiva sindacale*, 1972, pag. 13; Frediani, *Note sull'effettività della*

Quegli autori che invece muovono dal rilievo in base al quale il rapporto di lavoro è un rapporto di durata a prestazioni continuative, che si caratterizza per l'esercizio ripetuto e costante del potere unilaterale di conformazione delle prestazioni lavorative del dipendente, sono portati a ritenere che l'obbligo di reintegra nel posto di lavoro sia in verità composito, non potendosi conseguentemente intendere circoscritto ai soli obblighi strumentali al reingresso del lavoratore illegittimamente estromesso<sup>228</sup>. Si

---

*reintegra nel posto di lavoro*, RGL, 1978, I, pag. 73 ss.; Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Biblioteca di diritto privato diretta da P. Rescigno, Napoli, 1978, pag. 168 ss. Peculiare in proposito è la posizione di D'Antona, il quale scinde il contenuto dell'ordine di reintegrazione in due parti distinte, attribuendo ad esso natura di obbligo di fare (eseguibile in forma specifica) per quanto attiene tutti gli obblighi prodromici al reingresso del lavoratore in azienda e natura di obbligo di non fare – attribuendo quindi ad esso il carattere di inibitoria – per tutti quegli obblighi successivi al momento del reinserimento del lavoratore e attinenti alla gestione leale e continuativa del rapporto di lavoro. Così, diffusamente, D'antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro, art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, Cedam, Padova, 1979.

<sup>228</sup> “Parlando (...) di <<reintegrazione nel posto di lavoro>> il legislatore dell'art. 18 ha inteso fin troppo chiaramente alludere ad un risultato fluido e temporalmente disteso: la reintegrazione del lavoratore *nella dinamica* del rapporto di lavoro. E' questo il vero nodo, non solo pratico ma teorico e costruttivo del nostro tema: contrariamente a ciò che normalmente si ritiene (...) non è tanto il <<primo giorno>> che conta nella vicenda della reintegrazione. Non il cancello chiuso, né la mancanza del cartellino, né gli strumenti di lavoro che non sono predisposti e neppure – nelle maggior parte delle qualifiche – l'ostinato silenzio del datore di lavoro su ciò che il lavoratore dovrebbe fare, in conformità con le sue precedenti mansioni. A tutto questo si può porre rimedio in sede esecutiva, poiché nulla

vuole cioè dire che se suscettibili di esecuzione forzata sono, per dirla con D'Antona, “quei comportamenti del primo giorno” con cui il datore permette e tollera il rientro in azienda del lavoratore, non altrettanto può dirsi per tutti quegli obblighi che caratterizzano in maniera molto più pregnante la fase di successivo svolgimento del rapporto di lavoro, vale a dire gli obblighi di gestione leale e continuativa della relativa relazione giuridica cui il datore adempie, ad esempio, attraverso la specificazione di direttive che consentono di amalgamare la prestazione lavorativa del dipendente con quella dei colleghi, in vista del raggiungimento di un determinato risultato produttivo<sup>229</sup>. Proprio l'infungibilità di tali ultimi obblighi

---

impedisce la surrogazione specifica di questi contegni. Ma il fatto è che tutto questo non è *la reintegrazione nel posto di lavoro*”. Così D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro, art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, op. cit., pag. 193.

<sup>229</sup> Tra coloro che negano l'eseguibilità in forma specifica dell'obbligo di reintegra si veda Mengoni, *Due anni di applicazione dello Statuto dei lavoratori*, MGL 1972, pag. 560 ss.; Aranguren, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, RDL, 1971, I, pag. 493 ss.; Martellino, *Coercibilità dell'obbligo di reintegrazione nel posto di lavoro*, GM, 1988, I, pag. 271 ss.; Pedrazzoli, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, RTDPC, 1972, pag. 1063 ss.; Bianchi D'Urso, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, MGL, 1991, pag. 346; Mannacio, *La coercibilità dell'ordine di reintegrazione: principi giuridici ed istanze etiche in due sentenze della Cassazione*, MGL, 1988, pag. 93 ss.; Papaleoni, *Esperibilità, contenuto e limiti dell'inibitoria avverso la sentenza di cui all'art. 18, legge 20 maggio 1970 n. 300*, MGL, 1971, pag. 205. Scrive in proposito Scognamiglio R., *Licenziamento illegittimo e risarcimento del danno*, MGL, 1990, pag. 120, che “l'asserita realtà della reintegrazione deve fare i conti con l'essenza e la disciplina giuridica del rapporto di lavoro subordinato, in virtù della quale

impedirebbe l'eseguibilità in forma specifica dell'obbligo di reintegrazione.

Per superare l'invalidabile barriera dell'infungibilità dell'obbligo di reintegrazione (inteso come obbligo di gestione leale e continuativa del rapporto di lavoro), e per ammetterne quindi l'eseguibilità in forma specifica, si è anche ventilata l'ipotesi della nomina di un commissario *ad acta* destinato a sostituirsi al datore inottemperante nella gestione dell'impresa, analogamente a quanto accade nell'ambito delle procedure concorsuali<sup>230</sup>. Tuttavia, la considerazione del fatto che il commissario *ad acta* così nominato verrebbe a sostituirsi al datore di lavoro nell'intera conduzione aziendale – privandolo, quindi,

---

non si può dubitare che al di là delle formule immaginifiche e suggestive, il rapporto di lavoro si costituisce e permane soltanto in forza della volontà e della cooperazione delle parti, così assumendo a tutti gli effetti la natura di un vincolo obbligatorio". Nello stesso senso, è stato scritto che "il carattere peculiare della prestazione di lavoro subordinato, postulando sempre e comunque il consenso della volontà dell'imprenditore (che si sostanzia nel potere direttivo riconosciutogli dagli artt. 2086 e 2094 c.c.), impedisce che persino nei rapporti non collegati alla fiducia e alla qualità personali del dipendente l'ordine di ripresa dell'attività lavorativa di cui all'art. 18 dello statuto possa essere eseguito senza la cooperazione dell'obbligato; ne consegue che il semplice rientro forzoso (tramite l'ufficiale giudiziario) del lavoratore in azienda, non seguito dalla concreta assegnazione (da parte dell'imprenditore) delle mansioni da espletare, non configura un'ipotesi di esecuzione coattiva dell'obbligo di reintegrazione in servizio", così Bongiorno, *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da Ubaldo Prosperetti, Tomo primo, articoli 1-18, op. cit., pag. 598.

<sup>230</sup> In dottrina, in proposito, si veda Andrioli, *Esecuzione forzata*, RTDPC, 1986, pag. 674 ss; in giurisprudenza, Pretore Roma 25 agosto 1979, FI, 1979, I, 2132.



della titolarità della gestione di tutti i rapporti di lavoro dei quali egli è parte e non solo di quello relativo al dipendente reintegrato – nonché del fatto che tale privazione potrebbe protrarsi in linea teorica anche a tempo indeterminato (avendo essa ragione di esser realizzata fintanto che perdurasse la volontà del datore di non ottemperare all'ordine di reintegra) ha indotto la migliore dottrina a negare la concreta praticabilità di una tale situazione, stante l'abnormità degli effetti che deriverebbero da una sua adozione nei fatti<sup>231</sup>.

In questo contesto, vi è stato in dottrina chi ha ritenuto che “il problema dell'infungibilità degli atti rivolti alla reintegra il legislatore se lo è posto e lo ha giudicato insolubile esclusivamente al livello delle imprese di minuscole dimensioni, perché il fenomeno del distacco tra proprietà e controllo-direzione dell'impresa non vi è penetrato e pertanto il personale intervento dell'imprenditore assume una ineliminabile rilevanza nell'andamento del processo produttivo”<sup>232</sup>. In tale ordine di idee, la consapevolezza che l'integrale riammissione nel processo produttivo del dipendente licenziato richiede un *facere* comunque infungibile del datore di lavoro ha tuttavia indotto a concludere per l'ammissibilità di una coercibilità solo parziale dell'obbligo di reintegra che in quanto tale – pur permettendo “altresì al lavoratore di soddisfare interessi non patrimoniali ricollegabili alla continuità giuridica del rapporto di lavoro e perciò esercitabili nell'unità produttiva indipendentemente dalla

---

<sup>231</sup> Mazzotta, *I licenziamenti. Commentario*, op. cit., pag. 845.

<sup>232</sup> Romagnoli, *sub* art. 18, Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Commentario al Codice civile. Titoli I e II. (Artt. 14-18)*, op. cit., pag. 104 ss, cui vanno ascritti i richiami letterali che seguono, nel testo, la presente nota.

sua forzata inoperosità” – non è in grado di impedire prassi datoriali arbitrarie di non utilizzo del lavoratore dirette a danneggiarne la professionalità.

Ed è proprio la consapevolezza del non completo appagamento che la tesi sopra prospettata comporta che consente di individuare quello che, in verità, è il principale problema ed ostacolo con cui si scontrano, soccombendo, la maggior parte delle soluzioni elaborate dagli interpreti più sopra sinteticamente riportate: l'impossibilità di ravvisare nell'ordinamento strumenti normativi *ad hoc* che consentano di eseguire coattivamente l'obbligo di reintegra non rispettato dal datore di lavoro, surrogandosi efficacemente ad esso<sup>233</sup>.

### **III.3) La L. n. 108/1990 e la rimodulazione dell'ambito applicativo dei regimi differenziati di tutela.**

Trascorsi vent'anni esatti dall'emanazione dello Statuto dei lavoratori, sotto la pressante urgenza di un referendum popolare i cui esiti avrebbero potuto rivelarsi “rivoluzionari” e proprio al fine di scongiurarne i relativi

---

<sup>233</sup> Al riguardo, Romagnoli, *sub* art. 18, Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Commentario al Codice civile. Titoli I e II. (Artt. 14-18, op. cit., pag. 110*, afferma che “se l'ipotesi di soluzione da noi caldeggiata zoppica, nessuna operazione di ortopedia giuridica riuscirà a farla camminare più speditamente, almeno finché permane l'insufficienza del materiale normativo a cui aderisce”.

effetti sistematici, il legislatore intervenne nuovamente sulla disciplina dei licenziamenti per il tramite della L. n. 108/1990<sup>234</sup>.

Se quindi la sua emanazione risultava motivata, sotto il profilo politico, dalla volontà di fugare il timore ingenerato nei datori di lavoro dalla prospettiva del possibile accoglimento delle radicali proposte abrogative avanzate da alcuni partiti della sinistra parlamentare, dal punto di vista giuridico essa costituì invece l'occasione per recepire le soluzioni elaborate dalla giurisprudenza in merito alle problematiche emerse dall'applicazione pratica dello Statuto dei Lavoratori<sup>235</sup>.

---

<sup>234</sup> I quesiti per cui il partito politico Democrazia Proletaria avviò la raccolta di firme necessaria alla loro successiva sottoposizione alla consultazione referendaria abrogativa *ex art. 75 Cost.* furono tre: con il primo si chiedeva l'abrogazione dell'art. 35 St. Lav. nella parte in cui limitava l'applicazione dell'art. 18 alle sole imprese che avessero unità produttive con più di 15 dipendenti, con il secondo l'abrogazione dell'art. 11 L. n. 604/1966 nella parte in cui limitava l'applicazione della medesima legge alle sole imprese che occupassero più di 35 dipendenti, con il terzo l'abrogazione dell'art. 8 L. n. 604/1966. Di questi tre quesiti, solo con riferimento al secondo vennero raccolte il numero di firme richiesto affinché il relativo quesito potesse esser sottoposto alla consultazione referendaria abrogativa.

<sup>235</sup> D'Antona, *Legge 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali*, a cura di De Luca Tamajo e D'Antona, Commentario in *Le nuove leggi civili commentate*, 1991, pag. 380 ss. Per un approfondimento sulla portata e sul contenuto del provvedimento normativo in analisi si vedano, fra i tanti, Ghezzi, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: analisi e prospettiva di soluzione*, PD, 1991, pag. 206 ss.; Mazziotti, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, UTET, Torino, 1991; Grandi, *Il campo di applicazione della nuova disciplina del licenziamento*, LD, 1991, pag. 15 ss.;

Ciò detto, va ricordato come la L. n. 108/1990 estendesse l'ambito di applicazione del controllo giudiziale sui licenziamenti – ed il relativo regime sanzionatorio previsto dalla L. n. 604/1966 – a tutti gli imprenditori, prescindendo da una certa soglia di grandezza dimensionale dei medesimi: quanto sopra con conseguente elevazione del livello della c.d. tutela obbligatoria da detta legge prevista a regime di tutela tendenziale, applicabile ogni qual volta non fosse risultata applicabile la più incisiva tutela reale dell'art. 18, fatte salve in ogni caso specifiche eccezioni di natura soggettiva (relative ai lavoratori domestici, ai lavoratori ultrasessantenni che non avessero optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro per l'ottenimento del massimo livello di pensione ed ai dirigenti) per le quali continuava ad applicarsi il regime giuridico della libera recedibilità di cui all'art. 2118 c.c.

---

Roccella, *Il tramonto del recesso ad nutum e la nuova disciplina del licenziamento individuale*, QDLRI, 1990, pag. 26; Romagnoli, *Piccole imprese e grandi traumi*, LD, 1990, pag. 517; Sandulli - Vallebona - Pisani, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Cedam, Padova, 1990, pag. 39 ss.; Dell'Olio, *La nuova disciplina e il risarcimento del danno da licenziamento illegittimo: considerazioni generali*, DL, 1991, I, pag. 203 ss.; Garofalo, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, RGL, 1990, 169; Papaleoni, *La più recente fase di evoluzione della normativa dei licenziamenti: la legge 11 marzo 1990 n. 108*, DL, 1990, pag. 267 ss.; Carinci, *Statuto dei lavoratori e piccola impresa*, DLRI, 1990, pag. 485 ss.; Alleva, *L'ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Vol. I, Jovene, Napoli, 1991, pag. 23 ss.; Cerreta, *La riforma della stabilità reale*, DL, 1991, I, pag. 56 ss.; De Luca, *Nuova disciplina in tema di licenziamenti individuali: note minime in tema di tutela forte*, DL, 1993, I, 529.

In tale quadro la L. n. 108/1990 – pur non riuscendo pienamente a perseguire l’obiettivo di eliminare almeno uno dei livelli di tutela di cui si componeva (e si compone) l’apparato composito di protezioni giuridiche di cui un lavoratore poteva esser destinatario in caso di licenziamento (il c.d. parallelismo delle tutele<sup>236</sup>) – ebbe sicuramente il merito di ridurre “al lumicino” i margini di applicabilità del licenziamento arbitrario. Un risultato, questo, sicuramente apprezzabile, in ragione della massima di comune esperienza che consente a tutti di sapere “cosa voglia dire la tutela contro il licenziamento arbitrario, sia in sé, sia, soprattutto, sul piano dei rapporti complessivi tra le parti. Laddove infatti il lavoratore non abbia alcuna

---

<sup>236</sup> Si vedano, in proposito, le note n. 201 e 425. Quanto alla razionalità di tale assetto normativo – in base al quale l’applicazione di una determinata disciplina protezionistica avverso il licenziamento illegittimo dipende sia da requisiti oggettivi correlati alla dimensione dell’azienda sia da requisiti di tipo soggettivo relativi alla “categoria” del lavoratore – la Corte Costituzionale ne ha riconosciuto più volte la legittimità, affermando che “la tipizzazione di diverse fattispecie, ai fini di una disciplina non uniforme dei licenziamenti individuali, sfugge, per se stessa, a censure sotto il profilo della razionalità, ponendo in luce valutazioni discrezionali di politica legislativa, aventi riguardo ad equilibri economico-sociali che ne hanno consigliato l’adozione nell’interesse generale”, così, in particolare, Corte Cost., 6 marzo 1974, n. 55, FI, 1974, I, c. 959. Si vedano, tra le tante, Corte Cost., 19 giugno 1975, n. 152, GC, 1975, pag. 1389 ss.; Cass. SS..U.U. 15 ottobre 1985, n. 5050, FI, 1985, I, c. 2876; Corte Cost. 14 gennaio 1986, n. 2. In dottrina, Focareta, *L’art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra tendenze espansive e problemi irrisolti*, QDLRI, 1989, pag. 14 ss.; Ballestrero, *Ambito di applicazione della disciplina dei licenziamenti: ragionevolezza delle esclusioni*, LD, 1990, pag. 263 ss.

protezione, è facilmente indotto a tollerare il misconoscimento di tutti gli altri suoi diritti”<sup>237</sup>.

Altra previsione che comportò un ampliamento dell’ambito di applicabilità delle tutele contro il licenziamento illegittimo fu quella in base alla quale l’art. 18 avrebbe dovuto trovare applicazione non più solamente agli operatori imprenditori (come originariamente previsto dalla disposizione della norma in parola), ma anche a quelli non imprenditori che occupassero più di 15 dipendenti (5 se imprenditori agricoli) nell’unità produttiva o in ambito comunale o più di 60 nel complesso produttivo nazionale. Rimaneva tuttavia escluso che la reintegra potesse trovare applicazione nei riguardi di “quei datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto”: per la prima volta, in questo senso, venivano disciplinate per legge le c.d. “imprese di tendenza”, la cui esclusione dall’ambito applicativo della reintegra si spiegava in ragione della necessità di scongiurare il rischio di un reinserimento nel tessuto organizzativo aziendale di un prestatore di lavoro che non fosse allineato agli orientamenti ideologici di cui il datore di lavoro, con la sua stessa esistenza, era espressione.

Fu inoltre stabilito, all’art. 3, che il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie comportasse l’applicazione dell’art. 18 della L. n. 300/1970 “quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro”, prevedendo altresì che la disposizione trovasse applicazione anche con riferimento alla categoria dei dirigenti.

---

<sup>237</sup> Pera, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, RIDL, 1990, I, pag. 262.

La legge in parola intervenne a prevedere, inoltre, la corresponsione di un'indennità risarcitoria commisurata alla retribuzione globale di fatto e destinata a coprire l'intero periodo di estromissione fattuale del lavoratore licenziato dal contesto produttivo, fermo restando il limite minimo delle cinque mensilità destinato a svolgere una funzione repressiva dell'uso scorretto del potere di recesso: e ciò nel tentativo di risolvere le complesse problematiche teoriche ed applicative ingenerate dalla distinzione tra risarcimento del danno (dovuto prima della sentenza) e retribuzioni (dovute successivamente al provvedimento giudiziale) – così come prevista dalla L. n. 300/1970 – attraverso il riconoscimento ad entrambe le attribuzioni patrimoniali (fino ad allora distinte quanto alla loro espressa qualificazione giuridica) della medesima natura di risarcimento del danno<sup>238</sup>.

Nel quadro della conseguente valutazione se, nel perseguire tale meritevole intento, la L. n. 108 avesse ridotto o meno le tutele garantiste di cui erano destinatari i lavoratori, l'opinione della dottrina maggioritaria ritenne, facendosi forte dell'argomento letterale, che la qualificazione in termini di risarcimento del danno delle attribuzioni patrimoniali dovute al lavoratore licenziato avrebbe determinato – nella misura in cui dava spazio alla correlativa applicazione dei criteri civilistici per la quantificazione del pregiudizio in termini economici – un depauperamento della tutela reale, in ragione della conseguente detraibilità da tali attribuzioni dell'*aliunde perceptum e percipiendum*<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> Piccinini, *Sulla misura dell'indennità ex art. 1, l. 108/1990: aliunde perceptum e percipiendum, danni ulteriori, ingiustificato arricchimento*, DL, 1991, pag. 280 ss.

<sup>239</sup> Carinci F., *Licenziamenti e Statuto, vent'anni per cambiare*, DPL, 1990, pag. 1594; Cester, *Relazione alla Tavola rotonda*

Diversamente, altri Autori ritennero di poter trascurare la nuova formulazione dell'art. 18 St. Lav., sostenendo che la natura delle attribuzioni patrimoniali spettanti al lavoratore avrebbe dovuto desumersi non tanto dalle esplicite qualificazioni ad esse assegnate dal legislatore, quanto piuttosto dalla differenza genetica e funzionale che tali attribuzioni svolgevano con riferimento ai periodi antecedente e successivo alla sentenza accertativa dell'illegittimità del licenziamento<sup>240</sup>. Se infatti tali attribuzioni patrimoniali, per il periodo intermedio tra il licenziamento e la sentenza, erano destinate necessariamente ad espletare una funzione risarcitoria (essendo esse destinate a riparare, conformemente ai principi civilistici, unicamente la misura effettiva del

---

*sul tema: il sistema delle piccole imprese e la nuova legge sui licenziamenti*, tenutasi a Padova l'11 giugno 1990, in Padova economica, 1990, fasc. II, pag. 11; Proto Pisani, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, FI, 1990, V, c. 364 ss. E' di questa opinione anche Romagnoli, *La tutela contro i licenziamenti, un passo avanti e due indietro?*, RTDPC, 1990, pag. 1217 ss., il quale peraltro osserva criticamente che con tale previsione il legislatore mostra di non "avere una concezione sacrale dell'ininterrotta continuità giuridica del rapporto di lavoro. Per questo non esita a maltrattare la logica in base alla quale, se c'è rapporto di lavoro, non può non esserci retribuzione e, se c'è retribuzione essa è dovuta senza alcuna possibilità di detrazione".

<sup>240</sup> In questo senso, soprattutto, D'Antona, *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, FI, 1990, V, c. 356 ss.; dello stesso Autore, *Legge 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali*; a cura di De Luca Tamajo e D'Antona, *Le nuove leggi civili commentate*, op. cit., pag. 133 ss.; Garofalo, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, op. cit., pag. 190 ss.; Sandulli - Vallebona - Pisani, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, op. cit., pag. 41 ss.



danno già prodottosi irreversibilmente nella sfera patrimoniale del lavoratore), per il periodo successivo alla sentenza esse dovevano invece essere valutate come strumenti diretti a coartare la volontà del datore nel senso della reintegrazione, tali da non ammettere – a meno di non voler vedere vanificati i loro obiettivi – riduzioni di sorta per effetto della considerazione dell'*aliunde perceptum*, che si sarebbero risolte in un incentivo per il datore a perseverare nel proprio comportamento non ottemperante all'ordine di reintegrazione.

Vera e propria novità del provvedimento in esame fu, infine, l'introduzione della facoltà del prestatore di lavoro di optare, in alternativa alla reintegrazione, per un'indennità pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto<sup>241</sup>.

Come sovente è accaduto in materia di disciplina dei licenziamenti, tale innovazione finì inevitabilmente per incontrare valutazioni contrastanti degli interpreti.

In questo senso venne criticamente osservato da più parti che in forza di essa il legislatore del 1990 avrebbe profondamente stravolto la *ratio* dell'apparato sanzionatorio predisposto dallo Statuto dei Lavoratori, essendo quest'ultimo diretto ad attribuire rilevanza esclusivamente al ripristino effettivo del rapporto di lavoro, con conseguente subalternità dell'aspetto

---

<sup>241</sup> Cester, *Osservazioni sull'indennità sostitutiva della reintegrazione*, in De Cristofaro (a cura di), *I licenziamenti individuali e la legge 11 maggio 1990, n. 108*, Cedam, Padova, 1991, pag. 85 ss.; Foglia, *L'«opzione» economica del lavoratore reintegrato*, DL, 1991, I, pag. 14 ss.; Cinelli, *Reintegrazione o indennità: una scelta del lavoratore*, DPL, 1991, pag. 8 ss.; Tosi, *L'indennità "in sostituzione della reintegrazione" tra diritto speciale e diritto comune delle obbligazioni*, ADL, 2006, pag. 421 ss.

risarcitorio<sup>242</sup>. In altri termini, sotto questo profilo venne paventato che l'introduzione di tale facoltà – se per certi versi risultava in grado di svolgere una funzione deflattiva del contenzioso (perlomeno in tutte quelle controversie in cui il prestatore avesse maturato sin da subito, vale a dire fin dall'impugnazione del licenziamento, la volontà di non “mettere più piede” in azienda) – fosse per altro verso in grado di produrre l'effetto collaterale di ridurre il già basso grado di coercitività dell'ordine di reintegra<sup>243</sup>, disincentivando “le temerarie guerriglie giudiziarie che in passato i lavoratori più grintosi talora ingaggiavano per costringere alla reintegra gli imprenditori inottemperanti”<sup>244</sup>, sì da rappresentare la definitiva presa d'atto da parte del legislatore dell'impossibilità di assicurare l'effettività dell'ordine di reintegra, stante l'infungibilità del relativo obbligo<sup>245</sup>.

In conclusione, si può dire che il giudizio tendenziale degli interpreti sulla L. n. 108/1990 risultò solo

---

<sup>242</sup> Roccella, *Il tramonto del recesso ad nutum e la nuova disciplina del licenziamento individuale* op. cit., pag. 20 ss.; De Angelis, *La giurisprudenza sulla reintegrazione del lavoratore al primo impatto con la L. n.108/1990*, FI, 1990, c 2272 ss. Secondo Romagnoli il legislatore con tale previsione “è indifferente all'annebbiarsi dei contorni teorici della tutela reale ed al suo declassamento in una super-tutela di carattere risarcitorio, sia pure per insindacabile scelta del lavoratore”, così, *La tutela contro i licenziamenti, un passo avanti e due indietro?*, op. cit., pag. 1222.

<sup>243</sup> Cinelli, *Reintegrazione o indennità una scelta del lavoratore*, DPL, 1991, pag. 8 ss.

<sup>244</sup> Romagnoli, *La tutela contro i licenziamenti, un passo avanti e due indietro?*, op. cit., pag. 1222.

<sup>245</sup> D'Antona, *Legge 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali*; a cura di De Luca Tamajo e D'Antona, *Le nuove leggi civili commentate*, op. cit., pag. 375.

“moderatamente positivo”<sup>246</sup> in ragione – probabilmente – dell’ambivalente natura delle finalità da essa perseguite: se infatti sicuramente positiva fu la generalizzazione della tutela obbligatoria, non altrettanto potè dirsi per la previsione dell’applicabilità delle regole civilistiche di detraibilità dell’*aliunde perceptum* alle attribuzioni patrimoniali spettanti al lavoratore illegittimamente licenziato, nella misura in cui essa si sarebbe potuta risolvere in un incentivo per il datore a perpetrare il proprio comportamento inottemperante all’ordine giudiziale di reintegrazione.

### **III.4) La L. n. 92/2012 e la scomposizione del regime sanzionatorio previsto dall’art. 18 della L. n. 300/1970.**

Il dibattito sulla necessità di una modifica della disciplina dei licenziamenti è, in verità, risalente nel tempo: ed in considerazione di tale circostanza non risulta propriamente esatto ritenere che le modifiche all’art. 18 apportate dalla L. n. 92/2012 – anche nota come “Riforma Fornero” – siano state imposte “dall’alto”, ovvero dall’Unione Europea, per il tramite della famosa lettera che il 5 agosto 2011 il Presidente della Banca Centrale

---

<sup>246</sup> Pera, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, op. cit., pag. 262, il quale ammette anche di non condividere “il diffuso allarmismo. Tutto, in definitiva, è demandato alla prudenza dei giudici; anche se debbo ammettere che, da diverso tempo, questa merce talora scarseggia nel mercato. Resta sempre l’estrema risorsa dell’appello alla ragionevolezza”.

Europea inviò al Presidente del Consiglio italiano<sup>247</sup>. Vero è che in quella lettera si chiedeva espressamente al Governo l'adozione di “una accurata revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento dei dipendenti”<sup>248</sup>, ovvero l'adozione di misure che, insieme ad altre, avrebbero dovuto esser orientate a migliorare la “competitività delle imprese e l'efficienza del mercato del lavoro”; tuttavia, l'opportunità di una modifica sostanziale della disciplina dei licenziamenti era stata avvertita ben prima del 2011, come dimostrato non solo da quei numerosi tentativi legislativi – poi rimasti inattuati – diretti ad incidere in vario modo sull'art. 18<sup>249</sup>, ma anche dal

---

<sup>247</sup> In questo senso, Caruso, *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, WP, CSDLE “Massimo D'Antona”. It – 140/2012, il quale rileva che “è arrivato il momento che di licenziamento occorra discutere senza tabù, al di là di ogni conservatorismo e vischiosità culturale (...) Ciò non soltanto perché ce lo chiede l'Europa – e un segnale positivo in tal senso occorre pur darlo – ma anche perché c'è un'oggettiva esigenza di porre mano, con una manutenzione straordinaria, al sistema di tutela contro il licenziamento illegittimo”.

<sup>248</sup> Il testo integrale della lettera è consultabile al sito <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2011-09-29/testo-lettera-governo-italiano-091227.shtml?uuid=Aad8ZT8D&p=2>

<sup>249</sup> Ci si riferisce, in particolare, ai disegni di legge, variamente articolati e presentati nel corso del tempo, da De Benedetti (1997), da Giugni (1998), da Accornero e Larizza (1999), dai “riformisti dell'Ulivo” (2000), da Alleanza Nazionale (2000), nonché al d.d.l. 848/2001 presentato dal Governo Berlusconi durante la XIV legislatura. Più specificamente, con questo disegno di legge il Governo voleva avviare una sperimentazione quadriennale per effetto della quale sostituire l'erogazione di un'indennità risarcitoria alla sanzione della reintegrazione. Ferma restando l'applicazione della reintegrazione per il licenziamento discriminatorio o per gli

---

altri casi di nullità del licenziamento, la disapplicazione dell'art. 18 avrebbe dovuto riguardare tutte le altre tipologie di licenziamento irrogate da quelle imprese che emergevano dal lavoro irregolare, i lavoratori il cui rapporto veniva trasformato da tempo determinato a tempo indeterminato, le imprese che nei primi due anni dall'entrata in vigore del provvedimento normativo introduttivo della sperimentazione procedevano ad assunzioni a tempo indeterminato superando in tal modo la soglia per l'applicazione dell'art. 18 L. n. 300/1970. Tale progetto di legge non si tradusse mai in un atto normativo, anche a causa delle forti resistenze incontrate presso l'opinione pubblica nonché presso le organizzazioni sindacali, resistenze poi culminate nella famosa manifestazione organizzata dalla CGIL presso il Circo Massimo di Roma in data 23 marzo 2002. L'esigenza di una modifica dell'apparato sanzionatorio del licenziamento illegittimo era stata avvertita anche dal C.N.E.L., il quale (*"Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro"* n. 206/154, presentate all'Assemblea Parlamentare il 4 giugno 1985 e pubblicate su RIDL, 1985, I, pag. 478 e 479), rilevò che "l'esperienza applicativa dell'istituto della reintegrazione nel posto di lavoro non è stata, sotto vari aspetti, positiva, (...) il CNEL ritiene che tale istituto debba essere limitato ai casi di licenziamento radicalmente nullo per vizi di forma o per motivo illecito (licenziamento discriminatorio, licenziamento per ritorsione, licenziamento per causa di matrimonio). (...) Negli altri casi l'accertamento giudiziale della mancanza di giustificato motivo o di giusta causa non dovrebbe comportare l'ordine incondizionato di reintegrazione nel posto di lavoro, ma soltanto una condanna alternativa che lasci al datore la scelta tra la riassunzione del lavoratore entro un termine molto breve o il pagamento di una penale a titolo di risarcimento forfettario dei danni, fissata dal giudice entro un minimo e un massimo, che dovranno essere sensibilmente superiori a quelli previsti dall'art. 8 della legge n. 604/1966 (orientativamente da 24 a 36 mesi di preavviso), lasciando al prudente apprezzamento del giudice di tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto, fra le quali anche l'anzianità del lavoratore licenziato".

rilievo, ritenuto fondato da più di un Autore<sup>250</sup>, secondo cui gran parte dei frutti della legislazione lavoristica successiva al 1990, ed in particolar modo la diffusione delle tipologie contrattuali atipiche, avrebbero potuto esser ragionevolmente ritenuti come fenomeni normativi diretti ad eludere ed aggirare, in vario modo, gli stretti vincoli posti dalla legge in materia di licenziamento.

Le criticità che hanno indotto alcuni Autori a ritenere necessario un intervento modificativo della disciplina dei licenziamenti si possono sinteticamente individuare nella “incertezza obiettivamente esistente, in alcune aree di confine, circa le situazioni che legittimano il licenziamento (le formule, come è noto, sono molto generiche e rendono spesso cruciale l’apprezzamento nel giudice)”<sup>251</sup>, nella

---

<sup>250</sup> In tal senso, si veda, Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei lavoratori*, RIDL, 2012, I, pag. 415 ss., nonché Liso, *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti*, op. cit., pag. 171, secondo cui “sembra difficile negare che la reintegrazione disincentivi gli imprenditori dall’offrire il lavoro nella forma della subordinazione e soprattutto nella sua forma classica, quella del lavoro a tempo indeterminato. Da questa situazione scaturiscono non poche ipocrisie: si può negare che lo sviluppo enorme dell’utilizzo del contratto di lavoro a termine – peraltro favorito dalla stessa contrattazione collettiva – e, per certi aspetti, lo sviluppo dello stesso lavoro temporaneo tramite agenzia, siano figli di un sistema che non vuole fare i conti con il problema della flessibilità in uscita?”

<sup>251</sup> Liso, *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti*, op. cit., pag. 175 e ss., ma tale rilievo è condiviso, tra gli altri, anche da Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., il quale scrive che “il problema più acuto in materia di licenziamento è quello, già segnalato, dell’incertezza delle condizioni che legittimano il licenziamento sia disciplinare sia per g.m.o.”.

notevole durata dei processi del lavoro (tale da determinare – quantomeno con riferimento alla reintegrazione – un pregiudizio irreparabile per il lavoratore e una sanzione economica particolarmente afflittiva per il datore<sup>252</sup>), nonché nell’uniformità di regime sanzionatorio che, in quanto tale, non è in grado di parametrare le conseguenze afflittive della sanzione alla diversa gravità di cui sono espressione i molteplici vizi di legittimità che possono affliggere un licenziamento. Più in generale, i detrattori della norma statutaria attribuiscono alla stessa una diretta responsabilità in merito al sottodimensionamento che caratterizza la maggior parte delle imprese italiane – le quali, al fine di non superare la temuta soglia dimensionale dei quindici dipendenti, avrebbero evitato in passato, ed eviterebbero tutt’ora, di assumere una dimensione organica più rilevante<sup>253</sup> – e le imputano di rappresentare, in ultima

---

<sup>252</sup> “Nell’economia di un meccanismo di tutela incentrato su un rimedio inibitorio, assume rilievo centrale il fattore-tempo. Il provvedimento che dispone la reintegra nel diritto deve far presto: quanto è più lungo il periodo di privazione, tanto più grave è il rischio di un pregiudizio irreparabile; tanto più difficile la piena restaurazione della situazione preesistente”: così D’Antona, , *La reintegrazione nel posto di lavoro, art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, Cedam, Padova, 1979; Carinci F., *Il dibattito sulla riforma costituzionale e la modifica dell’art. 18: considerazioni conclusive*, DRI, 2002, pag. 409, scrive “se il discorso riguarda solo l’art. 18, cioè il licenziamento individuale, beh allora sarebbe il caso di riconoscere che il disagio deriva non tanto dal tipo di tutela offerta, quanto piuttosto dalle lungaggini ed incertezze della sua applicazione”. Quello della lunghezza dei processi è, per altro, un rilievo condiviso, tra gli altri, anche da Liso e Maresca nei loro rispettivi saggi citati nella nota precedente.

<sup>253</sup> Si veda, in proposito, Accornero, *Relazione presentata al seminario sull’art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, Iter Legis,

analisi, un vero e proprio “punto debole dell’economia” suscettibile di disincentivare in maniera sensibile gli investimenti esteri.

Ciò premesso, la disciplina dei licenziamenti è stata incisivamente modificata dal legislatore del 2012 con la legge 28 giugno 2012, n. 92. In apertura, il suddetto provvedimento normativo enuncia le finalità perseguite dal legislatore emanante, individuandole nella volontà di costruire un “mercato del lavoro inclusivo e dinamico, capace di assicurare, insieme alla crescita economica e sociale, la creazione quantitativa e qualitativa dell’occupazione e quindi la riduzione permanente del tasso di disoccupazione”. Si è al riguardo osservato che la prassi legislativa – inaugurata con il D.Lgs. n. 165/2001 e proseguita con la L. n. 30/2003 nonché con la L. n. 183/2010 – di far precedere gli enunciati normativi da un’elencazione più o meno solenne ed ambiziosa delle finalità perseguite ha una finalità eminentemente politica, nella misura in cui attraverso di essa si persegue lo “scopo di esplicitare la volontà riformatrice del legislatore e quindi di legittimare il prodotto normativo, soddisfacendo una esigenza che trae origine probabilmente dalle pratiche di concertazione o dialogo sociale”<sup>254</sup>.

---

2002, fasc. 1, pag. 82 ss., il quale nega che vi siano dati empirici sufficientemente probanti in merito ad una diretta imputabilità all’art. 18 delle ridotte dimensioni tendenziali delle imprese italiane.

<sup>254</sup> Ghera, *Le finalità della riforma del mercato del lavoro Monti-Fornero*, Pasquale Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92, 2012, Cacucci Editore, Bari, pag. 21. Analogamente, nel senso di ritenere che l’enunciazione delle finalità perseguite abbia una valenza meramente descrittiva, si è affermato che “le norme (e si tratta di una considerazione generale che non vale solo per



Ad ogni modo, venendo all'esame delle modifiche che la Riforma Fornero ha apportato alla disciplina dei licenziamenti, e più nel dettaglio alle modifiche inerenti il licenziamento per motivi soggettivi, preliminarmente va rilevato che la Riforma non ha inciso sui presupposti causali del licenziamento, rimanendo del tutto invariati i concetti sottesi alle nozioni di giustificato motivo soggettivo e giusta causa<sup>255</sup>. La L. n. 92/2012 ha tuttavia

---

l'art. 18) ben poco possono fare per la crescita dell'occupazione, cioè per favorire l'incremento dei posti di lavoro. Come tutti sappiamo sono le politiche industriali mirate a sostenere lo sviluppo che si palesano idonee (beninteso, quando lo sono effettivamente) a promuovere tale incremento", così, Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 415. Si veda anche Mariucci, *E' proprio un very bad text? Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, LD, 2012, pag. 427 ss.

<sup>255</sup> E' questo un rilievo comune alla quasi totalità degli interpreti; tra questi, solo per citarne alcuni, Carinci M. T., *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e da giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli del sistema*, RIDL, 2012, II, pag. 1053 ss.; Pacchiana Parravicini, *Il nuovo art. 18 St. Lav.: problemi sostanziali e processuali*, MGL, 2012, pag. 748 ss.; Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli Editore, Torino, 2012; Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012 n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012. Di contrario avviso, sostenendo che la riforma Fornero abbia introdotto modifiche di natura sostanziale è Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, RIDL, 2013, I, pag. 149-150, secondo cui "la l. 92/2012 non si limita ad affrontare il profilo rigorosamente strumentale dei rimedi, ma riscrive buona parte

frammentato l'unitario e indistinto regime sanzionatorio previsto dall'art. 18 in quattro distinti regimi sanzionatori, l'applicazione di ciascuno dei quali è correlata alla natura e all'intensità della violazione delle regole che stabiliscono i presupposti di legittimità del licenziamento<sup>256</sup>.

Nulla cambia con riferimento al campo d'applicazione dell'art. 18 L. 300/1970, restando immutati sia i presupposti oggettivo-dimensionali, sia le esclusioni di tipo soggettivo, sia le disposizioni relative ai criteri di computo dei dipendenti.

Viene espressamente previsto che in caso di inefficacia del licenziamento perché intimato in forma orale, nella ipotesi di nullità del licenziamento perché discriminatorio, negli altri casi di nullità del licenziamento previsti dalla legge, nonché in caso di nullità del licenziamento per motivo illecito determinante, debba trovare applicazione la reintegrazione nel posto di lavoro unitamente alla condanna al pagamento in favore del prestatore di un'indennità parametrata all'ultima retribuzione globale di fatto, maturata tra la data del licenziamento e quello della effettiva reintegrazione; viene altresì prevista la detraibilità delle somme percepite dal

---

della disciplina sostanziale del potere di recesso (...) resta il fatto che l'intervento legislativo supera ampiamente il versante sanzionatorio e incorpora una rilevante modifica delle condizioni e delle regole di esercizio del potere datoriale". In senso analogo, ritiene che possa dirsi realizzata una certa rimodulazione delle causali di recesso Tosi, *L'improbabile equilibrio tra la flessibilità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, ADL, 2012, pag. 803 ss.

<sup>256</sup> Cester, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria, I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Carlo Cester (a cura di), Cedam, Padova, 2013.

lavoratore nel periodo di estromissione dall'organizzazione produttiva per effetto dello svolgimento di un'altra attività lavorativa. Resta ferma la misura minima dell'indennità risarcitoria pari 5 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, nonché la facoltà per il prestatore di optare, in alternativa alla reintegrazione, per un'indennità di ammontare pari a 15 mensilità. Tale regime sanzionatorio, inoltre, trova applicazione a prescindere dal numero dei dipendenti occupati presso l'organizzazione produttiva che procede al licenziamento, nonché nei confronti dei dirigenti<sup>257</sup>.

Il secondo regime sanzionatorio – previsto dal co. 4 dell'art. 18 – è quello della c.d. reintegrazione “depotenziata” o “attenuata”: quanto sopra con qualificazione che si giustifica in ragione della previsione di un tetto massimo pari a 12 mensilità per l'indennità risarcitoria che accompagna la reintegrazione e che è destinata a coprire il periodo di estromissione dal posto di lavoro; è inoltre esclusa l'applicazione del limite minimo delle 5 mensilità. Per quanto in particolare attiene alla quantificazione della predetta indennità, la norma prevede che da essa debbano essere detratte sia le somme che il lavoratore ha percepito durante il periodo di estromissione per effetto dello svolgimento di un'altra attività lavorativa, sia le somme che avrebbe potuto percepire se si fosse

---

<sup>257</sup> “Diventa ormai incontrovertibile che l'indennità vada determinata secondo i criteri generali in tema di risarcimento del danno, primo fra tutti quello della effettiva sussistenza del danno medesimo e della sua imputabilità al datore di lavoro, salvo il limite delle cinque mensilità, che peraltro continua ad assicurare il carattere polifunzionale del risarcimento (da intendersi in questo caso come sanzione giustificata dal rischio di impresa)”: così Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime osservazioni*, ADL, 2012, pag. 555.

dedicato diligentemente alla ricerca di una nuova occupazione<sup>258</sup>. Il sopra descritto regime sanzionatorio trova applicazione, in caso di licenziamento per motivi soggettivi, nelle ipotesi di non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo oggettivo o della giusta causa, quali adottati dal datore di lavoro a fondamento del suo recesso dal rapporto di lavoro, per insussistenza del fatto contestato o in caso di sua punibilità con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili; in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il giudice “può” invece applicare la predetta disciplina nell’ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento medesimo (art. 18, co. 7).

Diversamente, nelle “altre ipotesi” di non ricorrenza degli estremi delle causali del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa – quali addotte dal datore di lavoro a fondamento del recesso – il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore alla corresponsione di un’indennità risarcitoria onnicomprensiva, il cui importo non può essere inferiore a 12 mensilità, né superiore a 24 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto. Questo appena descritto è il terzo regime sanzionatorio previsto dall’art. 18, co. 5, anche noto come “tutela indennitaria

---

<sup>258</sup> La previsione in base alla quale, nei casi di applicazione della “reintegrazione attenuata”, debba esser detratto anche l’*aliunde percipiendum* “non può essere casuale, né, a ben guardare, appare del tutto ingiustificata: in tutte le ipotesi di licenziamento “odioso”, al lavoratore deve essere comunque data la garanzia del risarcimento pieno, senza l’imposizione di comportamenti attivi volti a contenere il danno”: così Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime osservazioni*, op. cit., pag. 556 ss.

piena”, dove la pienezza non è un attributo adoperato per caratterizzare la capacità tutelante del suddetto regime sanzionatorio (sicuramente più esigua rispetto alla reintegrazione prevista dall’art. 18 nel testo previgente alla L. n. 92/2012), ma unicamente a fini definitivi, e quindi per distinguerlo dal quarto regime sanzionatorio, definito anche della “tutela indennitaria attenuata”. Quest’ultima trova applicazione (ai sensi dell’art. 18, co. 6), nelle ipotesi di licenziamento dichiarato inefficace per violazione del requisito della motivazione di cui all’art. 2, co. 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, ovvero in caso di violazione della procedura di cui all’art. 7 della L. n. 300/1970: ed anche detto quarto regime sanzionatorio si risolve in una tutela meramente economica, nella misura il cui l’ammontare dell’indennità risarcitoria che si accompagna alla declaratoria di risoluzione del rapporto di lavoro varia da un minimo di 6 ad un massimo 12 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto ed è stabilito dal giudice “in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa” dal datore di lavoro.

Le criticità sollevate dalla nuova formulazione dell’art. 18 della L. n. 300/1970 sono numerose e particolarmente complesse; peraltro esse riguardano, indistintamente, tanto il licenziamento irrogato per motivi soggettivi quanto quello intimato per motivi oggettivi, sia nella sua forma individuale che collettiva. Pertanto, in questa sede, ci si limiterà volutamente ad analizzare le problematiche strettamente attinenti al tema del licenziamento per motivi soggettivi, con particolare riguardo all’area del licenziamento ingiustificato, e quindi annullabile, “dal momento che è in questo ambito che si consuma la grande alternativa fra una tutela reintegratoria, se pure attenuata, ed una esclusivamente economica. Ed è

ovvio che quanto più si ritiene di poter restringere l'area coperta dalla prima tanto più si allarga quella coperta dalla seconda"<sup>259</sup>.

Tale proposito, tuttavia, non impedisce di rilevare, in via del tutto preliminare, che il vero e proprio punto di rottura rispetto al passato si può individuare nella previsione di un regime sanzionatorio "quadripartito" e, soprattutto, nella previsione di due sotto-regimi sanzionatori che "puniscono" l'illegittimità del licenziamento con una sanzione meramente economica che, in quanto tale, non impedisce al licenziamento illegittimo di produrre comunque un effetto estintivo del rapporto. In tal modo viene sciolto l'indissolubile binomio illegittimità-inefficacia del licenziamento che – indipendentemente dalla forma di invalidità ricorrente nel singolo caso specifico – fino al 2012 aveva tradizionalmente caratterizzato la disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo nell'ambito delle organizzazioni produttive di maggiori dimensioni, a tal punto da farne il tratto distintivo per eccellenza rispetto alla diversa disciplina sanzionatoria destinata a trovare applicazione nelle imprese di minori dimensioni<sup>260</sup>.

---

<sup>259</sup> Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP, CSDLE "Massimo D'Antona". It – 159/2012, pag. 14; analogamente, Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime osservazioni*, op. cit., pag. 569 scrive che "il punto centrale sta nell'individuazione di quale sia la fattispecie di licenziamento ingiustificato che, per gravità e spessore, porta all'applicazione di una tutela ancora reale e quali le <<altre ipotesi>> alle quali, ai sensi del comma 5, è ora riservata la sola tutela indennitaria".

<sup>260</sup> Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, RIDL, 2012, II, pag. 1074, scrive che "la riforma ha spezzato questa corrispondenza, e si è così creata una sfasatura tra la norma sostanziale e quella

### **III.5) Le ipotesi di operatività della reintegrazione.**

Se prima del 2012, indipendentemente dalla natura del vizio riscontrato, l'accertamento della illegittimità del licenziamento comportava l'applicazione dell'unico ed indistinto regime di tutela reale previsto dall'art. 18 della L. n. 300/1970 all'epoca vigente, con l'entrata in vigore della L. n. 92/2012, e per effetto dell'introduzione di quattro distinti rimedi sanzionatori, la concreta individuazione del regime applicabile in caso di licenziamento illegittimo dipende da una pluralità di fattori: ed in particolare, dalla natura – oggettiva o soggettiva – delle ragioni sottese al licenziamento irrogato, dalla tipologia di vizio di illegittimità da cui l'atto di recesso risulta affetto, nonché dal diverso grado di disvalore che viene attribuito dall'ordinamento a tale vizio.

Limitando qui il discorso al solo licenziamento determinato da ragioni soggettive<sup>261</sup>, le modifiche

---

sanzionatoria (...) Non si tratta di una innovazione da poco: innanzitutto dal punto vista teorico, perché costringerà a ripensare il significato e soprattutto i reciproci nessi funzionali che intercorrono tra tutti gli elementi che debbono sussistere al fine della legittimità di un licenziamento, aspetto questo che nel vigore della precedente disciplina era rimasto in ombra, oscurato dalla onnicomprensività della tutela reintegratoria”.

<sup>261</sup> Si è già ricordato che il regime sanzionatorio di cui all'art. 18 co. 4 trova applicazione nelle ipotesi in cui il giudice “accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”. Diversamente, “il giudice, nelle altre

introdotte dal legislatore del 2012 hanno realizzato una “scissione interna” al licenziamento ingiustificato, essendo state previste, in particolare, due ipotesi specifiche di “ingiustificatezza qualificata”, sanzionate con la reintegra, che differiscono da altre e diverse ipotesi di “ingiustificatezza semplice”<sup>262</sup>, sanzionate con la sola tutela indennitaria. In proposito, alcuni commentatori hanno sostenuto che la sanzione della reintegrazione venga ora a trovare applicazione a quei casi in cui sia immediatamente percettibile l’errore di valutazione commesso dal datore di lavoro circa la ricorrenza della causale addotta<sup>263</sup>: e ciò, sul presupposto che la verifica

---

ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un’indennità risarcitoria onnicomprensiva 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 della condizione delle parti”.

<sup>262</sup> Queste locuzioni sono utilizzate con finalità descrittive sia da Vallebona, *L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, DRI, 2012, pag. 621 ss., che da Pisani, *L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, MGL, 2012, pag. 741 ss.

<sup>263</sup> Parla di “scusabilità dell’errore” del datore di lavoro Carinci F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, ADL, 2012, pag. 1106 ss.; di “assoluta pretestuosità del licenziamento” parla Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit. pag. 437; di “torto marcio del datore, che abbia resistito in giudizio con mala fede o colpa grave appunto nella



delle condizioni che consentono l'operatività del rimedio reintegratorio, in quanto relativa a presupposti individuati dal legislatore, possa esser agevolmente compiuta dallo stesso datore di lavoro che recede dal rapporto di lavoro<sup>264</sup>.

---

consapevolezza del proprio torto”, Vallebona, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, op. cit., pag. 621-622; di “ipotesi in cui l'abuso datoriale è più evidente per la totale assenza del fatto, laddove la sanzione minore consegue ad un errore di valutazione di profili giuridici che possono presentare margini di incertezza”, De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, op. cit., pag. 1068; di applicabilità della reintegrazione “quando la procedura disciplinare risulti imbastita sul nulla, o su grossi equivoci, più o meno imputabili al datore di lavoro ma in ogni caso non troppo difficilmente accertabili, Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime osservazioni*, op. cit. pag. 570; di applicazione della reintegrazione “nei soli casi in cui la illegittimità del licenziamento si impone con evidenza, dimodoché non possa albergare dubbio in ordine alla sua infondatezza” parla Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, op. cit. pag. 1081; Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, op. cit., pag. 154, afferma che “secondo l'impostazione attuale i difetti di legittimità non sono tutti caratterizzati dal medesimo disvalore sul piano giuridico, ma ammettono una diversa reazione da parte dell'ordinamento in base ad una ponderazione comparativa degli interessi in gioco, tenuto conto del comportamento del datore di lavoro e del bene offeso”.

<sup>264</sup> Tra le diverse critiche mosse al nuovo assetto regolativo, di particolare interesse è quella secondo la quale la scelta di far dipendere il regime sanzionatorio applicabile al licenziamento disciplinare illegittimo dal grado di colpa del datore di lavoro recedente e non da quello del lavoratore colpito dal licenziamento determina un forzato rovesciamento di prospettiva. Tale ultima tecnica sanzionatoria è, infatti, tipica

Ad ogni modo, la previsione di ipotesi di licenziamento illegittimo sanzionate con la sola indennità di cui al co. 5 dell'art. 18 – idonee, quindi, nonostante tale loro illegittimità, ad estinguere il rapporto di lavoro – può ragionevolmente esser ritenuta una dirompente innovazione realizzata dalla riforma del 2012, soprattutto se si considera il già ricordato, conseguente effetto di frantumazione che essa produce sul tradizionale binomio illegittimità-inefficacia che per oltre quarant'anni ha caratterizzato il licenziamento irrogato nell'ambito delle imprese di maggiori dimensioni. Conseguenza necessaria di tale “nuovo” assetto regolativo è che l'interprete si trova a dover differenziare le ipotesi di illegittimità del licenziamento tutt'ora inefficaci<sup>265</sup> – in quanto sanzionate

---

del solo licenziamento per motivo oggettivo, mentre è del tutto inusuale con riferimento al licenziamento per motivi soggettivi. In questo senso, si veda Carinci F., *Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP, CSDLE “Massimo D'Antona”. It – 172/2013, pag. 26, secondo cui “il punto di vista da cui mettersi *vis-à-vis* di un licenziamento ingiustificato è intrinsecamente diverso: quello del lavoratore nel licenziamento disciplinare, dove tiene banco il suo inadempimento; quello del datore nel licenziamento economico, dove rimane al centro la sua scelta organizzativa. Ora, ridurre il tutto al punto di vista del datore, quale costituito dalla scusabilità del licenziamento illegittimo da lui intimato, disciplinare od economico, appare estremamente forzante e discutibile”. Nello stesso senso, Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, Cacucci, Bari, 2013, pag. 11 ss.

<sup>265</sup> Anche se, ad onor del vero, si tratta di un'inefficacia *sui generis*, stante la fissazione del tetto massimo delle 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto al risarcimento del danno spettante al lavoratore. E' noto invece che dall'inefficacia del licenziamento, oltre al diritto alla conservazione del posto di lavoro, dovrebbe derivare il diritto

con la reintegrazione – da quelle che, in quanto sanzionate con la mera tutela indennitaria, sono sì illegittime, ma comunque idonee a produrre un effetto estintivo del rapporto di lavoro.

L'esposizione di cui ai precedenti paragrafi persegue per l'appunto l'obiettivo di delineare un quadro delle diverse letture elaborate dai vari commentatori.

Riservandosi di soffermarsi più avanti sulla inevitabile portata sistemica di tale innovazione, si può osservare fin da ora che l'aver fatto dipendere la scelta del regime sanzionatorio concretamente applicabile dall'esito di una valutazione della ingiustificatezza qualificata o meno del recesso impone al giudice, necessariamente, di operare un duplice accertamento. Preliminarmente accertato che il fatto contestato al lavoratore non sia tale da integrare almeno una delle due causali di legge che in base all'art. 3 della L. n. 604/1966 devono giustificare il recesso, il magistrato avrà infatti l'onere ulteriore di verificare, più specificamente, la ricorrenza di quei presupposti – quali l'insussistenza del fatto contestato, o la sua riconducibilità ad una condotta per la quale il contratto

---

del lavoratore alla percezione di un'indennità risarcitoria pari a tutte le retribuzioni maturate tra la data del licenziamento e la data dell'effettiva reintegrazione. Di vera e propria inefficacia, quindi, è corretto parlare solo con riferimento alle ipotesi di licenziamento di cui all'art. 18 commi 1-2. Si veda in proposito Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 5, il quale parla di una "tutela pur sempre reintegratoria, ma con una ricostruzione solo parziale della continuità del rapporto", nonché Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, op. cit., pag. 20, secondo cui "il secondo regime sanzionatorio è quello della cosiddetta tutela reintegratoria attenuata, la quale *non* è affatto una tutela reintegratoria".

collettivo o il codice disciplinare prevedono una sanzione conservativa – che determinano l’operatività della reintegrazione di cui al co. 4 dello stesso art. 18. In altre parole, ed in breve, ad un accertamento teso a verificare la ricorrenza di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo se ne aggiungerà un altro, più specifico, diretto a verificare se la mancata ricorrenza delle anzidette causali di legge “derivi” dalla sussistenza delle specifiche ipotesi previste dal legislatore (insussistenza del fatto contestato, ovvero sua punibilità con una sanzione conservativa) che consentono di applicare il rimedio della reintegrazione attenuata<sup>266</sup>.

Pertanto, in quanto diretta ad accertare l’esistenza di presupposti “obiettivamente riscontrabili”, si potrebbe ritenere – come in effetti è stato ritenuto – che la fase della scelta del regime sanzionatorio sia condotta dal giudice senza alcun margine di discrezionalità ed incertezza,

---

<sup>266</sup> Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit. pag. 438 ss.; Marazza, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, ADL, 2012, pag. 621; De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, RIDL 2012, II, pag. 1064 ss. il quale rileva che “nella prima operazione viene in gioco una discrezionalità tecnico-valutativa volta alla qualificazione in termini di legittimità/illegittimità del provvedimento di recesso datoriale. Nella seconda, da svolgere solo in presenza di un licenziamento ritenuto illegittimo, la disamina si volge a verificare l’esistenza o meno del <<fatto contestato>>, allo scopo di determinare quale sia la conseguenza sanzionatoria: il mero risarcimento del danno o la reintegrazione”. Secondo Marazza, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 621, “si tratta di accertamenti potenzialmente, ma non necessariamente, sovrapponibili che devono rimanere distinti da un punto di vista logico e giuridico”.

diversamente dalla precedente e distinta fase in cui il giudice, ai fini della legittimità del licenziamento, stabilisce con piena discrezionalità se l'inadempimento del prestatore sia tale da poter esser ricondotto alle causali di legge<sup>267</sup>.

Si deve peraltro rilevare che, in considerazione della portata "rivoluzionaria" della riforma dell'art. 18 St. Lav. 300/1970 apportata dalla L. n. 92/2012<sup>268</sup>, e soprattutto

---

<sup>267</sup> Discrezionalità che è una diretta conseguenza della natura di clausole elastiche (o norme elastiche) che tradizionalmente si riconosce alle locuzioni con cui il legislatore individua i concetti di giusta causa e di giustificato motivo di licenziamento. Si veda, tra la vastissima bibliografia in materia, l'interessante saggio di Ballestrero, *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, LD, 2014, pag. 389 ss.; Carinci M.T, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30 l. 183/2010*, WP, CSDLE "Massimo D'Antona". It – 114/2011, nonché, Campanella, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, Relazione alle Giornate di studio Aidlass 2014, pag. 22 ss.; Bellomo, *Autonomia collettiva e clausole generali*, Relazione alle Giornate di studio Aidlass 2014, pag. 10 ss.

<sup>268</sup> "Si tratta, quindi, di prendere atto della distinzione concettuale che nel nuovo art. 18 separa il profilo relativo all'illegittimità del licenziamento da quello concernente l'individuazione della sanzione applicabile. Una prospettiva inusuale poiché fino ad oggi si registra una perfetta coincidenza dei criteri in base ai quali si verifica l'illegittimità del licenziamento e si individua la sanzione, in quanto quest'ultima opera automaticamente, cioè senza la necessità di alcuna specifica ed ulteriore indagine, essendo identiche le condizioni che legittimano il licenziamento e quelle che rendono applicabile la sanzione della reintegrazione", così, Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pagg. 435-436; analogamente, Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18*

delle notevoli incertezze che la formula legislativa reca con sè<sup>269</sup>, la dottrina e la giurisprudenza si sono da subito profondamente divise, tanto sull'esatta accezione con cui intendere la locuzione "fatto contestato", quanto sulla maggiore o minore ampiezza dei margini di riconducibilità di un dato fatto contestato alle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari che contemplano sanzioni conservative: il tutto con il risultato – opposto a quello auspicato dal legislatore del 2012 – di far aumentare, "anziché diminuire, il grado di incertezza applicativa della disciplina dei licenziamenti"<sup>270</sup>.

---

*della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, op. cit., pag. 1081, scrive che "è evidente che il legislatore del 2012 ha operato un bilanciamento degli interessi in campo assai diverso dal suo omologo di oltre quarant'anni fa; così come è evidente che questa scelta impone una ginnastica intellettuale diversa da quella consolidatasi in quest'arco di tempo, perché costringe l'interprete ad accettare che solo alcuni dei fattori che compongono il giudizio sul licenziamento abbiano valore ai fini dell'applicazione della reintegrazione".

<sup>269</sup> Si tratterebbe di una "formula rivelatasi priva di qualsiasi certezza" per Carinci F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, op. cit.; secondo Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime osservazioni*, op. cit., pag. 568, l'applicazione di un regime sanzionatorio in luogo di un altro dipende da "una variabile di definizione assai incerta, legata allo spessore dell'ingiustificatezza".

<sup>270</sup> Così Albi, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediabile ed effetti sulle garanzie dei diritti*, Pasquale Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92, 2012, op. cit., pagg. 385-386, il quale rileva che "il legislatore non abbandona dunque la tecnica per clausole generali: al contrario finisce per radicalizzarne l'utilizzazione con il probabile effetto di una esasperata polarizzazione del contenzioso, delegando al giudice del

### **III.5.1) L'insussistenza del fatto contestato. Possibili accezioni della fattispecie, relative teorie e conseguenti criticità.**

Procedendo all'analisi della prima ipotesi di operatività della reintegrazione, in via del tutto preliminare deve esser condiviso quel rilievo dottrinale che ritiene di poter individuare un'analogia di fondo – *rectius*, di *ratio* – tra l'espressione “insussistenza del fatto contestato” di cui all'art. 18 co. 4 e le formule assolutorie di cui all'art. 530 c.p.p. Infatti, dal momento che – ai fini dell'assoluzione

---

lavoro, accanto alla ordinaria funzione qualificatoria della fattispecie, quella ulteriore e conseguente della determinazione del regime sanzionatorio applicabile, in una spirale nella quale la discrezionalità appare incontenibile, non arginabile proprio perché è il legislatore stesso a darne piena legittimazione”. Che le modifiche legislative in commento abbiano incrementato il tasso incertezza che già interessava la materia è un rilievo comune a più interpreti; in questo senso, tra gli altri, si veda Gragnoli, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 42, il quale in maniera piuttosto netta rileva che “se il tentativo del legislatore storico era di determinare secondo criteri precisi e vincolanti i confini delle differenti fattispecie sanzionatorie, tale auspicio non è stato realizzato, per l'oggettivo carattere vago delle locuzioni utilizzate nella delimitazione di ciascuna ipotesi”. Palladini, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, RIDL, 2012, I, pag. 655, afferma che il giudice “trova ora, dinanzi a sé, vere e proprie autostrade interpretative”. Fortemente critici sono anche Consolo-Rizzardo, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, CG, 2012, pag. 729 ss.

dell'imputato – la disciplina penale summenzionata equipara il caso dell'insussistenza del fatto al caso in cui l'imputato non lo abbia commesso, o al caso in cui il fatto non costituisca reato, o ancora, al caso in cui tale fatto non sia previsto dalla legge come reato, ovvero al caso in cui il reato sia stato commesso da persona non imputabile o non punibile per un'altra ragione, sarebbe del tutto irragionevole – e quindi palesemente incostituzionale – che ad esser sanzionata con la reintegrazione di cui al 18 co. 4 fosse la sola “insussistenza del fatto contestato”, lasciando che fossero diversamente sanzionate con la meno protettiva tutela indennitaria di cui al 18 co. 5 le distinte – ma tuttavia egualmente meritevoli di tutela – ipotesi in cui il lavoratore non lo abbia commesso, o lo abbia commesso in uno stato di incapacità di intendere e di volere, ovvero il caso in cui il fatto contestato non costituisca un inadempimento disciplinare<sup>271</sup>.

Ciò doverosamente premesso, fin dall'elaborazione del disegno di legge n. 3249/2012 da cui poi è “nata” la L. n. 92/2012 la dottrina si è orientata in maniera difforme sulla questione relativa all'esatto significato da attribuire alla locuzione “fatto contestato”. Le posizioni degli Autori che hanno preso parte alla “battaglia interpretativa” che ne è scaturita si sono fortemente radicalizzate, alcuni ritenendo che la reintegrazione sia destinata a trovare un'applicazione del tutto eccezionale, ed altri, al contrario,

---

<sup>271</sup> Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, Cacucci, Bari, 2013, pag. 33; nello stesso senso, De Luca, *La disciplina dei licenziamenti tra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a Costituzione*, op. cit. Si veda, inoltre, Marcianò, *Fatti contestati e formule assolutorie. Le ambigue soluzioni legislative in materia di licenziamento e le previsioni correlate del codice di procedura penale*, LG, 2013, pag. 445 ss.



ritenendo che essa debba continuare ad avere una applicazione generalizzata, con conseguente marginalizzazione dei casi di applicazione della sanzione indennitaria di cui al co. 5 del novellato art. 18<sup>272</sup>.

In base ad un primo orientamento affacciatosi in dottrina, il “fatto contestato” menzionato dalla norma andrebbe inteso in senso puramente materialistico-fenomenico, di modo che l’esistenza in *rerum natura* del fatto imputato al lavoratore sarebbe di per sé sufficiente ad escludere l’operatività del rimedio di cui all’art. 18 co. 4<sup>273</sup>. In altri termini, una volta accertata l’illegittimità del

---

<sup>272</sup> Magnani, *Il giudice e la legge*, RIDL, 2013, I, pag. 779 ss.

<sup>273</sup> Ricorrendo ad un’elencazione un po’ forzata che racchiude al suo interno tesi non perfettamente identiche, presentando ciascuna di esse peculiarità teoriche proprie, si può sostenere che propendono per la tesi del “fatto materiale”, Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit.; Tremolada, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo e giusta causa*, in Carlo Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, pag. 107 ss.; Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, ADL, 2013, pag. 1 ss.; De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, op. cit.; Pisani, *L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, op. cit.; Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli Editore, Torino, 2012; Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, op. cit.; Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, Franco Angeli Editore, Milano, 2014, pag. 13 ss.; Marazza, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, ADL, 2012, pag. 621 ss.; Vidiri, *La riforma Fornero: la incertezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, RIDL, 2012, I, pag. 620 ss.; Ichino,

licenziamento per la ricorrenza di uno dei molteplici vizi in grado di determinarla, nella successiva fase propedeutica alla scelta del regime sanzionatorio “il fatto contestato” dovrebbe esser concepito con un’accezione puramente materiale ed oggettiva, sì da escludere il rilievo di tutte quelle circostanze non strettamente attinenti alla mera esistenza fenomenica del fatto imputabile al lavoratore. Pertanto, mutuando un ragionamento di tipo penalistico, gli elementi che il giudice sarebbe chiamato ad accertare, ai fini del giudizio in merito alla sussistenza del fatto contestato, sarebbero unicamente la condotta materiale, la causazione di un evento e la ricorrenza di un nesso causale che lega la condotta all’evento.

Tuttavia è fin troppo evidente che la considerazione del “fatto contestato” in termini puramente ed esclusivamente materiali, e quindi l’accertamento della sola esistenza fenomenica dei suoi “elementi oggettivi”, potrebbe facilitare la perpetrazione di abusi datoriali macroscopici, quali ad esempio quelli di licenziamenti irrogati per fatti oggettivamente esistenti ma privi di qualsiasi disvalore disciplinare (di scuola è l’esempio del

---

*La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Convegno del centro nazionale Studi di diritto del lavoro <<Domenico Napoletano>>, Pescara 11 maggio 2012, <http://Icsdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-diritto-del-lavoro>; Bolego, *Il licenziamento disciplinare nel prima della disciplina introdotta dalla L. N. 92/2012*, RIDL, 2013, II, pag. 561 ss.; Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. It – 155/2012; Sordi, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in *La riforma del lavoro*, a cura di L. Di Paola, Giuffrè, Milano, 2013; Palladini, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, RIDL, 2012, I, pag. 653 ss; Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padova, 2012.

lavoratore licenziato per non aver salutato il proprio datore di lavoro), o quelli di licenziamenti irrogati per fatti commessi dal prestatore di lavoro in uno stato di incapacità di intendere e di volere. Tali licenziamenti, in quanto non integranti le nozioni di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, sarebbero certamente ritenuti illegittimi; e purtuttavia, data la sussistenza fenomenica/oggettiva del fatto contestato, comporterebbero unicamente la corresponsione dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 18 co. 5 determinando, in ogni caso, la risoluzione del rapporto di lavoro.

Senonché, proprio in ragione della necessità di scongiurare tali effetti – tanto paradossali quanto iniqui – cui condurrebbe l'adozione della versione più radicale della “tesi del fatto materiale”<sup>274</sup>, i fautori della stessa sono

---

<sup>274</sup> Tale versione sembrerebbe essere adottata tanto da Vallebona, *Fatto e qualificazione del fatto: una distinzione elementare indigesta*, MGL, 2012, pag. 950 ss., quanto da Tremolada, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo e giusta causa*, in Carlo Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., nonché da Maresca *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 440, laddove quest'ultimo afferma che “l'indagine sull'esistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento viene condotta senza margini per valutazioni discrezionali, ma in base all'elementare distinzione tra l'essere e il non essere”. Tuttavia, un esame appena più approfondito della lettura proposta dall'Autore suggerisce di ritenere che anch'egli, sia pure senza aver espressamente preso posizione in merito, abbia ritenuto imprescindibile la soggettiva imputabilità e la rilevanza disciplinare del fatto contestato; ciò, in particolare, è evidente laddove afferma che le ipotesi di operatività della reintegra, “prescindendo in questo momento dalle questioni interpretative

costretti a riconoscere che, nell'attività diretta alla verifica fenomenica del fatto, non si possa prescindere dall'accertare una soggettiva imputabilità del fatto stesso al prestatore licenziato<sup>275</sup>, nonché una sua "minima" rilevanza disciplinare tale da consentirne una qualificazione in termini di inadempimento<sup>276</sup>. In altre

---

in ordine alla ricorrenza dei presupposti che ne consentono il licenziamento (e che ne determinano la perimetrazione e, quindi, il contenimento dei rischi di dilatazione dell'ambito di applicazione), si caratterizzano per un tratto unificante individuabile nell'assoluta pretestuosità del licenziamento".

<sup>275</sup> "Semmai può ritenersi che solo i profili soggettivi dell'azione/omissione, quali la consapevolezza, l'intenzionalità o il grado di dolo, attengono alla considerazione della sussistenza del <<fatto>>", così De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, op. cit. pag. 1068; Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, op. cit., pag. 450. Sostengono l'imprescindibilità dell'imputabilità soggettiva del fatto anche Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 432. Sembrerebbero invece ritenere che si possa prescindere dall'accertamento dell'elemento soggettivo Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, op. cit., pag. 11, nonché Tremolada, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo e giusta causa*, in Carlo Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 120.

<sup>276</sup> "Naturalmente – anche allo scopo di evitare di cadere nell'opposto errore interpretativo di comprimere a dismisura lo spazio per la sanzione reintegratoria – il <<fatto>> della cui sussistenza di parla deve essere provvisto in sé, già nella sua essenza materiale, di una sia pur minima rilevanza disciplinare, deve integrare una condotta disciplinarmente rilevante (quale che ne sia la gravità o l'entità): in mancanza di tale minimale connotazione non ne rilevarebbe in alcun modo la <<sussistenza>>", così De Luca Tamajo, *Il licenziamento*

parole, ammesso che si debba verificare la materiale esistenza fenomenica degli “elementi oggettivi” del fatto contestato, tale ultima locuzione dovrebbe essere sempre interpretata nel senso di “inadempimento disciplinare soggettivamente imputabile”, essendo essenziale che

---

*disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, op. cit. pag. 1070; secondo Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, op. cit., pag. 3, “il “fatto contestato”, in quanto riferibile al giustificato motivo soggettivo, si deve intendere come quell'accadimento della realtà che potrebbe costituire il presupposto di un inadempimento, se non costituisce addirittura lo stesso inadempimento”. Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, op. cit., pag. 37, scrive che “ne segue che la ragione per cui tale fatto deve essere inteso come potenzialmente inclusivo anche di elementi non materiali, deriva, più semplicemente, dalla circostanza che nella norma l'insussistenza è predicata del <<fatto contestato>> come potenziale infrazione disciplinare, per cui è doveroso prendere in considerazione, ai fini, anche gli altri elementi idonei a qualificare, nella prospettazione versata nella procedura dal datore di lavoro, l'antigiuridicità del fatto oggetto di contestazione”; Sordi, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in *La riforma del lavoro*, op. cit.. In giurisprudenza, su tutte, brilla per chiarezza l'ordinanza Tribunale di Roma, 17 febbraio 2014, secondo cui “per quanto riguarda il licenziamento disciplinare la norma, nel far riferimento al fatto contestato, richiama il fatto storico che costituisce inadempimento contrattuale da parte del lavoratore: pertanto, qualora tale fatto non sussiste si dà luogo alla tutela reintegratoria di cui al quarto comma mentre se il fatto, pur sussistendo, non possa esser qualificato come notevole inadempimento ovvero nel complesso non è tale da impedire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto, il licenziamento, pur se illegittimo, andrà unicamente incontro alla tutela indennitaria”.

venga accertata l'idoneità del fatto contestato "a ledere in concreto l'interesse del datore alla prestazione diligente e fedele"<sup>277</sup>. Opinare diversamente, infatti, equivarrebbe ad ammettere un uso del potere di licenziamento del tutto contrastante con l'obbligo di buona fede e correttezza gravante sulle parti nell'esecuzione del contratto<sup>278</sup>, ovvero un uso non diretto a realizzare l'interesse ad un'organizzazione produttiva ordinata ed efficiente che, come noto, è l'interesse cui l'ordinamento presuppone sia diretto ogni atto di esercizio del potere disciplinare<sup>279</sup>.

Del resto, più che da argomentazioni di tipo giuridico, tale conclusione è imposta da un'elementare logica empirica: nel senso che se si ritenesse possibile prescindere, ad esempio, dalla valenza disciplinare del fatto contestato, dovrebbe necessariamente concludersi per l'iperbolica (ed in quanto tale, inaccettabile) possibilità di

---

<sup>277</sup> Ghera, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 41 ss. Analogamente, Tursi, *Il nuovo articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori: una riforma da metabolizzare culturalmente, prima che da interpretare*, in R. Zucaro e M. Ferraresi (a cura di), *I licenziamenti a un anno dalla Riforma Fornero*, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013.; Colosimo, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, *DRI*, 2012, pag. 1024 ss.

<sup>278</sup> Liso, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 46 ss.

<sup>279</sup> In questo senso, in giurisprudenza, App. Bologna, 14 ottobre 2014; Trib. Roma, 17 dicembre 2013; Trib. Milano, 23 aprile 2013; Trib. Genova, 11 aprile 2013; Trib. Voghera, 16 marzo 2013; Trib. Genova, 14 maggio 2013; Trib. Milano 28 dicembre 2012; Trib. Milano 18 aprile 2013; Trib. Milano 23 aprile 2013.

licenziamenti irrogati – addirittura – per fatti del tutto leciti, i quali tuttavia, essendo oggettivamente esistenti sul piano fenomenico e soggettivamente imputabili al lavoratore, se posti a fondamento del recesso comporterebbero in ogni caso la risoluzione del rapporto di lavoro con attribuzione al lavoratore licenziato della sola sanzione indennitaria di cui all’art. 18 co. 5<sup>280</sup>.

Ad ogni modo, in disaccordo tanto con le premesse da cui muovono quanto con le conclusioni cui pervengono i sostenitori della “tesi del fatto materiale”, gli interpreti che aderiscono alla diversa la tesi del “fatto giuridico”<sup>281</sup>

---

<sup>280</sup> Si veda, in proposito, De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese. Riflessioni su un compromesso necessario*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. It – 164/2012, nonché, dello stesso Autore, *La disciplina dei licenziamenti tra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. It – 175/2013. Analogamente, Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, RIDL, 2012, I, pag. 521 ss.

<sup>281</sup> Ricorrendo anche in questo caso ad un’elencazione un po’ forzata, aderiscono alla “tesi del fatto giuridico” Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 St. Lav.: ratio ed aporie dei concetti normativi*, ADL, 2012, pag. 791 ss.; Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, RIDL, 2012, I, pag. 521 ss.; Carinci, *Ripensando il nuovo art. 18*, op. cit.; Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, op.cit.; Magrini, *Quer pasticciaccio brutto (dell’art. 18)*, ADL, 2012, pag. 537 ss.; Aiello, *Alcune questioni in tema di licenziamento per motivi disciplinari*, DLRI, 2014, pag. 381 ss.; Carinci M. T., *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e da giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall’art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli del sistema*, op. cit., pag. 1053 ss.; Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili*

non concordano – innanzi tutto – sull’assunto secondo cui le modifiche apportate al regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo avrebbero determinato la necessità di due distinti accertamenti giudiziali, non potendosi distinguere tra un momento valutativo dell’illegittimità del recesso da un diverso momento conoscitivo avente ad oggetto i presupposti di fatto la cui sussistenza orienterebbe il giudice nella scelta del regime sanzionatorio.

In verità – argomentano i fautori della “tesi del fatto giuridico” – il fatto la cui sussistenza deve essere accertata non potrebbe logicamente esser concepito in termini puramente materiali; ciò in quanto i fatti intesi come meri accadimenti storici, e quindi come fatti materiali, cessano di esser tali – e devono esser invece concepiti come “fatti giuridici” – nel momento stesso in cui l’ordinamento ne prende in considerazione la verifica, ricollegando ad essa la produzione di determinati effetti giuridici<sup>282</sup>. Per

---

*sostanziali e questioni controverse*, op. cit. pag. 11 ss.; Rivero, *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, RIDL, 2013, I, pag. 961 ss.; Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo e l’ambito della tutela risarcitoria*, ADL, fasc. 2, pag. 232 ss.; Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. It – 160/2012; Pennuto, *L’insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare dopo la Legge Fornero*, LG, 2013, pag. 454 ss.

<sup>282</sup> “nel suo significato giuridico il fatto non è l’evento naturale ma quell’evento che viene isolato ed individuato dal diritto secondo criteri suoi propri. In sostanza dobbiamo intendere come <<fatto giuridico>> ogni accadimento, naturale o umano, al verificarsi del quale l’ordinamento giuridico ricollega un qualsiasi effetto giuridico, costitutivo, modificativo o estintivo di rapporti giuridici”, Aiello, *Alcune questioni in tema di licenziamento per motivi disciplinari*, op. cit., pag. 381 ss.



altro verso, si argomenta, il fatto in sé e per sé, nella sua nuda materialità, sarebbe per definizione irrilevante per il diritto, con la diretta conseguenza di non poter essere assunto come parametro per la scelta di un regime sanzionatorio in luogo di un altro.

Un'insanabile aporia della legge in commento potrebbe pertanto essere individuata nella sua pretesa di poter distinguere tra fatto e sua qualificazione giuridica<sup>283</sup>, dovendosi invece ritenere uno ed unico l'accertamento che il giudice è ancor oggi chiamato a compiere, diretto in particolare a verificare esclusivamente se il livello di gravità dell'inadempimento contestato al lavoratore raggiunga quantomeno la soglia della notevolezza di cui all'art. 3 L. n. 604/1966. Immediata conseguenza di tale impostazione, che discende dall'adozione della lettura qui in analisi, è che la reintegrazione (art. 18 co. 4) nel posto di lavoro dovrebbe esser disposta tutte quelle volte in cui il licenziamento impugnato sia dal giudice ritenuto sproporzionato per non esser risultate sufficientemente integrate le casuali di legge di cui all'art. 3 della L. n. 604/1966; e ciò in quanto, nella materia del licenziamento disciplinare, il livello di gravità che deve presentare il fatto contestato ai fini estintivi del rapporto è fissato

---

<sup>283</sup> Scrive Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav.: ratio ed aporie dei concetti normativi*, op. cit., pag. 794 "il "fatto", nella sua essenza fenomenologica, non è giuridicamente apprezzabile se non attraverso la sua valutazione alla luce di parametri normativi, ossia nella sua riconduzione al concetto normativo espresso dalla formulazione di cui all'art. 3 l. n. 604 del 1966, che, non a caso, indica le *ragioni* su cui il licenziamento deve trovare fondamento".

esclusivamente nel concetto di giustificato motivo soggettivo e di giusta causa<sup>284</sup>.

Ciò rammentato, si può sgombrare il campo da un equivoco di fondo in cui sembrerebbero essere incorsi la maggior parte dei commentatori: infatti, il vero e proprio fulcro della contrapposizione fra le due opposte teorie – a tal punto da poter ritenere fuorvianti le relative

---

<sup>284</sup> In giurisprudenza, tra le tante, Trib. Bologna, 15 ottobre 2012, Trib. Bologna 7 ottobre 2013; Trib. Roma, 4 aprile 2013; Trib. Bari, 19 novembre 2013; Trib. Palmi, 24 aprile 2013; Trib. Trento, 29 gennaio 2013; Trib. Messina, 25 marzo 2013; Trib. Milano, 18 dicembre 2012; Trib. Ancona, 26 novembre 2012; Trib. Napoli, 26 febbraio 2013; Trib. Milano 30 gennaio 2013; Trib. Milano 17 maggio 2013; Trib. Roma 14 gennaio 2013; App. Bologna 21 maggio 2013. Merita in particolar di esser menzionata Trib. Ravenna, 18 marzo 2013, secondo cui “in primo luogo va considerato come la stessa previsione di legge, prescrivendo che dinanzi ad un fatto tipico punito lievemente (da contratti collettivi ovvero da codici disciplinari) il giudice debba applicare la reintegra, renda evidente come il giudizio di proporzionalità abbia ancora mantenuto il suo valore essenziale nella scelta della stessa tutela. Per disposizione della legge quindi il giudice applica la reintegra quando il fatto tipico è punito lievemente (da contratti collettivi ovvero da codici disciplinari). E’ corretto inoltre ritenere che lo stesso criterio, per identità di ratio, il giudice debba applicare quando il fatto tipico esista ma non sia in concreto grave in assenza di una qualsiasi tipizzazione come ipotesi di illecito nei contratti collettivi o nel codice disciplinare. Non si potrebbe giustificare dinanzi a un fatto lieve un trattamento differente: non si capirebbe perché se il fatto lieve è previsto nel contratto collettivo si debba applicare la reintegra; mentre se un fatto lieve è accertato come tale dal giudice in carenza di una puntuale tipizzazione si debba applicare soltanto la tutela obbligatoria; tanto più se si pensa come in ogni campo del diritto la sanzione vada commisurata (come qui si ritiene) all’entità del fatto e non alla colpa dal datore”.

denominazioni di “tesi del fatto materiale” e “tesi del fatto giuridico” con cui tradizionalmente le si connota<sup>285</sup> – si può individuare nella diversità delle conseguenze che si fanno discendere dalla violazione del principio di proporzionalità sancito dall’art. 2106 c.c., e più precisamente nella diversità di regime sanzionatorio che nel concreto si ritiene debba trovare applicazione in caso di licenziamento ingiustificato. Infatti, nel momento in cui gli stessi fautori della tesi del fatto materiale – onde scongiurare quegli effetti contrari ad ogni elementare logica giuridica che si produrrebbero in caso di estremizzazione del concetto di materialità del fatto – sono concordi nel ritenere che non si possa prescindere dalla contestazione di un fatto soggettivamente imputabile che al contempo sia espressivo di una minima rilevanza disciplinare, è evidente come finiscano essi stessi per ritenere che ciò che deve essere accertato dal giudice – ai fini della scelta del regime sanzionatorio applicabile – non sia un fatto inteso in termini puramente fenomenici, ma piuttosto un autentico fatto giuridico, dato che l’inadempimento soggettivamente imputabile è, per definizione, un concetto giuridico la cui ricorrenza deve

---

<sup>285</sup> In questo senso, Amoroso, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, RIDL, 2015, I, pag. 327 ss., rileva che “quindi <<fatto materiale>> (i.e. <<fatto contestato>>) è comunque una condotta inadempiente, tale in ragione di una qualificazione giuridica del fatto stesso in termini appunto di inadempimento. Il sintagma <<fatto materiale>> è un termine ellittico perché si associa comunque ad una qualificazione giuridica; di qui anche l’ambiguità dell’alternativa posta in termini di <<fatto materiale>> versus <<fatto giuridico>>”.

esser vagliata alla luce delle norme positive<sup>286</sup>. Il che di certo non equivale a dire che la contrapposizione tra le due tesi sia più apparente che reale. Significa solamente dire che entrambe le tesi, ai fini dell'operatività del rimedio reintegratorio di cui all'art. 18 co. 4, richiedono che il giudice debba accertare la ricorrenza – più che la sussistenza – del “fatto contestato” inteso come concetto eminentemente giuridico che, più nel dettaglio, è inteso da parte dei fautori della “tesi del fatto materiale” in termini di inadempimento (anche lieve) soggettivamente imputabile, ed in termini di inadempimento notevole o notevolissimo da parte dei fautori della “tesi del fatto giuridico”.

Così ricostruiti con maggior precisione i termini del dibattito, appare possibile evidenziare che per i fautori della tesi del fatto materiale<sup>287</sup> “gli elementi di contesto del

---

<sup>286</sup> Si vedano gli Autori citati alla nota n. 276. Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, op cit., pag. 36, in proposito, aggiunge che “non ha senso affermare (a prescindere dalle conseguenze che se ne vogliono ricavare) che il legislatore non può che essersi riferito al fatto <<giuridico>>, e non a quello meramente <<materiale>> , per il semplice motivo che anche se il fatto inteso dal legislatore fosse quello <<materiale>> (il che, come detto, sarebbe, in sé, possibile), tale effetto sarebbe pur sempre giuridico. Ciò in quanto il fatto giuridico non è altro che un fatto cui una norma attribuisce un effetto giuridico (qui, l'effetto di collegare all'insussistenza di tale fatto l'applicazione di un regime sanzionatorio), per cui il ricorso alla teoria generale del fatto giuridico nulla può dirci su come debba essere inteso il concetto normativo di <<fatto>> preso in considerazione dal legislatore della novella”.

<sup>287</sup> Tali connotazioni, seppur ritenute non del tutto appropriate per i motivi di cui sopra, continueranno ad essere utilizzate per maggior comodità espositiva.

fatto addebitato (natura della prestazione, grado di fiduciarità, attenuanti, aggravanti etc.), e soprattutto la valutazione di intrinseca gravità di esso e di proporzionalità della sanzione (salva l'ipotesi di esplicita previsione del codice disciplinare), appartengono al momento valutativo della ricorrenza o meno della causale legittimante il licenziamento"<sup>288</sup>, da ritenersi del tutto distinto da quello inerente la scelta della sanzione ed avente ad oggetto l'accertamento dell'inadempimento imputabile; all'opposto, gli Autori che preferiscono aderire alla tesi del fatto giuridico – nella misura in cui negano che il giudice sia ora chiamato a compiere una valutazione duplice, e per altro verso assumono che il concetto di “fatto contestato” coincida in tutto e per tutto con le causali che rendono legittimo il licenziamento – ritengono invece che la violazione del principio di proporzionalità, e quindi l'ingiustificatezza dell'atto di recesso, integri l'insussistenza del fatto contestato, comportando – oggi come in passato – la reintegrazione nel posto di lavoro.

A sostegno della loro tesi, i fautori della tesi del fatto giuridico rilevano, da un punto di vista formale, che la persistente vigenza dell'art. 2106 c.c. non autorizzerebbe ad escludere l'applicabilità della reintegrazione tutte quelle volte in cui il giudice rilevi che il fatto contestato risulti esser sproporzionato. Da un punto di vista sostanziale, per altro verso, si sostiene che il principio di proporzionalità continua ad esplicare un fondamentale ruolo di “conservazione dell'equilibrio sinallagmatico”, assolvendo al contempo una funzione di “garanzia di conservazione del contratto e dell'assetto degli interessi in questo convenuto”; ne deriverebbe che il fatto contestato non

---

<sup>288</sup> De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, op. cit., pag. 1068 ss.

sussiste “non solo nel caso della materiale insussistenza, ma anche in quello nel quale non sussista la proporzione legale”<sup>289</sup>.

Una stringente e condivisibile obiezione che tuttavia viene mossa alla soluzione più sopra prospettata è quella secondo la quale, ritenendo che la locuzione “fatto contestato” debba necessariamente venire a coincidere con un inadempimento il cui livello di gravità raggiunga quantomeno il livello della notevolzza, si viene a negare la possibilità che il rimedio indennitario di cui all’art. 18 co.5 possa avere un proprio margine applicativo autonomo. Infatti il giudice, tutte quelle volte in cui ritenesse non integrata la causale di licenziamento addotta, dovrebbe necessariamente concludere per l’insussistenza del fatto contestato e quindi disporre la c.d. reintegrazione attenuata, con la conseguenza che il diverso rimedio indennitario di cui all’art. 18 co. 5 – che tuttavia deve poter trovare spazio attuativo “nelle altre ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo o della giusta causa” – sarebbe destinato all’inapplicazione<sup>290</sup>.

---

<sup>289</sup> Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, op. cit., pag. 35.

<sup>290</sup> Tale rilievo, comune a più interpreti, è sicuramente ascrivibile a De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, op. cit.; Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit.; Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, op. cit.; Liso, *L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, op. cit.; Fontana, *Problemi applicativi dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, RIDL, 2014, I, pag. 273 ss.; Rivero, *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi*

Per superare tale rilievo, gli interpreti che ritengono che la violazione del principio di proporzionalità integri “l’insussistenza del fatto contestato” sono stati quindi costretti a percorrere altre vie interpretative che consentano di individuare un possibile ambito applicativo del rimedio indennitario, rendendo così maggiormente plausibile la tesi da loro ritenuta maggiormente fondata.

Ed in questo senso, vi è stato in primo luogo chi ha negato l’esattezza del rilievo secondo cui un tale approccio ermeneutico finirebbe per togliere qualsiasi margine applicativo dell’indennità di cui all’art. 18 co. 5: quest’ultima, infatti, sarebbe destinata a trovare applicazione in tutti quei casi in cui l’inadempimento contestato, pur non raggiungendo la soglia della notevolzza idonea a ritenere integrato il giustificato motivo soggettivo, sia tale tuttavia da far ritenere eccessivamente indulgente la massima sanzione conservativa. In altre parole, il rimedio indennitario si applicherebbe a tutti quei licenziamenti intimati per inadempimenti che presentino una “gravità <<intermedia>> tra quella che richiederebbe, ad esempio, una multa o una sospensione e quella che invece

---

*interpretativi*, op. cit. pag. 962, il quale rileva che “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 esser riservata ai casi in cui risulti più evidente l’assenza della responsabilità disciplinare del dipendente; mentre la tutela indennitaria sarebbe riservata alle ipotesi in cui l’assenza della responsabilità del dipendente, per quanto già accertata dal giudice, risulti però meno eclatante”.

legittimerebbe il recesso”<sup>291</sup>. Detto ancora diversamente, il rimedio indennitario troverebbe ora applicazione per i licenziamenti irrogati in relazione ad inadempimenti che, pur non raggiungendo la soglia della notevolezza richiesta dall’art. 3 della L. n. 604/1966, sono tuttavia tali da poter esser qualificati in termini di “non scarsa importanza”, ovvero sono tali da raggiungere quel livello di gravità dell’inadempimento che nel diritto civile, ai sensi dell’art. 1455 c.c. consentirebbe di chiedere la risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive. Sicché, secondo questa tesi, se prima del 2012 i licenziamenti irrogati per inadempimenti di non scarsa importanza – non raggiungendo la più intensa gravità espressa dall’aggettivo “notevole” richiesto dall’art. 3 della L. n. 604/1966 per determinare l’effetto estintivo del rapporto di lavoro – erano da ritenersi illegittimi con conseguente applicazione della reintegrazione, ora, invece, continuerebbero sì ad esser illegittimi, stante la mancata modificazione delle causali di recesso, ma tuttavia verrebbero sanzionati con il solo rimedio indennitario.

Diverse sono le obiezioni che possono esser mosse a tale tesi.

---

<sup>291</sup> Così, Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, op. cit., pag. 556; analogamente, Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, op. cit.; Ballestrero, *sub art. 2118-2119*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dell’impresa e del lavoro*, a cura di O. Cagnasso e A. Vallebona, Utet Giuridica, Milanofiori Assago, 2013, pag. 3 ss.; Amoroso, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, op. cit. In giurisprudenza, si veda Trib. Bologna, 24 luglio 2013; Trib. Trieste, 15 aprile 2013.



In primo luogo si può notare che la lettura qui criticata non poggia su alcun riferimento testuale: circostanza questa invero non insignificante, quando si consideri che la sua previsione, a ben vedere, avrebbe potuto essere agevolmente introdotta per il tramite di una disposizione che avesse esplicitamente stabilito l'applicazione dell'indennità risarcitoria per l'inadempimento di non scarsa importanza. In secondo luogo, e stante la particolare difficoltà di distinguere, in concreto, fra inadempimenti notevoli e inadempimenti di non scarsa importanza, la sua adozione implicherebbe un notevole incremento dell'imprevedibilità degli esiti (rimediali) del giudizio di licenziamento, ponendosi altresì così in contrasto con l'intenzione del legislatore storico, diffusamente individuata nella volontà di attenuare le incertezze che caratterizzano questo tipo di giudizio. Senza contare che, ritenendo esistente ed individuabile una serie di casi in cui l'inadempimento potrebbe presentare un livello di gravità "intermedio", tale lettura finirebbe, a ben vedere, per negare se stessa, in quanto, pur muovendo dalla premessa in base alla quale la non ricorrenza delle causali di legge non consente di determinare l'effetto estintivo del rapporto di lavoro, ammette comunque ipotesi di inadempimenti di non scarsa importanza in grado di determinare l'estinzione del rapporto con attribuzione al prestatore di un solo rimedio indennitario. Pertanto tale soluzione – nonostante sia innegabile che, almeno in alcuni casi<sup>292</sup>, essa valga a soddisfare l'esigenza di rispettare armonicamente la sistematica della norma – in realtà non riesce a convincere appieno, apparendo –

---

<sup>292</sup> Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, op. cit. pag. 38, è costretto a parlare di ambito residuale.

perlomeno a chi scrive – come un tentativo di individuare forzatamente un possibile ambito applicativo al rimedio indennitario, la cui applicazione sarebbe del tutto esclusa se si accogliesse *tout court* la tesi che ritiene che il licenziamento ingiustificato continui, come in passato, a dover esser sanzionato con la reintegrazione.

Con il medesimo obiettivo di “difendere” la tesi che ritiene sanzionabile con la reintegrazione il licenziamento sproporzionato, vi è stato poi chi<sup>293</sup> ha ritenuto di poter individuare un possibile ambito applicativo dell’indennità risarcitoria in tutte quelle ipotesi in cui il giudice, pur ritenendo che il fatto contestato al lavoratore non sia sufficientemente grave da integrare una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo, accerti tuttavia che quel fatto è punito dal contratto collettivo con una sanzione espulsiva. In altri termini – e con riguardo ai casi in cui si verificasse un contrasto tra la valutazione concreta con cui il giudice ritiene ingiustificato un licenziamento e la valutazione con cui l’autonomia collettiva ha previsto che un dato inadempimento debba invece esser sanzionato con l’espulsione dal contesto produttivo – tale contrasto di valutazioni imporrebbe al giudice, che pur ritenga il

---

<sup>293</sup> Aiello, *Alcune questioni in tema di licenziamento per motivi disciplinari*, op. cit., pag. 388; Riverson, *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, op. cit., pag. 977, il quale afferma che, in questi casi, il giudice “pare si debba arrendere alla valutazione del codice disciplinare (...) e dovrà quindi applicare la tutela indennitaria”. L’Autore precisa inoltre che “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)”.

licenziamento ingiustificato, di applicare il solo rimedio indennitario.

Nemmeno questa posizione dottrinale, tuttavia, riesce ad esser pienamente convincente.

Si è ben consapevoli che l'art. 30 della L. n. 183/2010 – nel prevedere che “nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro” – ha confermato il tradizionale orientamento giurisprudenziale che ritiene non vincolanti, e quindi meramente indicative, le suddette tipizzazioni contrattuali, con conseguente possibilità che il giudice disattenda la valutazione operata dall'autonomia collettiva nelle ipotesi in cui ritenga che la fattispecie disciplinare non integri la causale di licenziamento<sup>294</sup>. Tuttavia, è piuttosto evidente la debolezza di una soluzione interpretativa che, per “salvare” la tesi che ritiene sanzionabile con la reintegra il licenziamento ingiustificato, è costretta a individuare lo spazio applicativo del rimedio indennitario in quelle sole – e verosimilmente rare – ipotesi in cui il giudice disattende la valutazione precedentemente compiuta dalla contrattazione collettiva, così contravvenendo al monito rivoltagli dal legislatore del 2010 che, pur non avendolo vincolato, gli ha comunque imposto di tenere in particolare considerazione tali valutazioni collettive.

---

<sup>294</sup> Tra le tanti, si veda, Cass. 10 ottobre 2012, n. 17257; Cass. 21 giugno 2012, n. 10337; Cass. 18 maggio 2012, n. 7861; Cass. 31 gennaio 2012, n. 1405; Cass. 2 novembre 2011, n. 22693. Ritiene invece vincolanti tali previsioni Tremolada, *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice*, in M. Miscione, D. Garofalo (a cura di), *Il collegato lavoro 2010*, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 174 ss.

Per altro verso, vale anche qui il banalissimo ma insuperabile rilievo in base al quale la tesi appena esposta è del tutto priva di un benché minimo fondamento positivo. Ma vi è di più; non solo nel testo della norma qui in commento non vi è traccia alcuna di tale possibile contrasto tra la valutazione del giudice e quella dell'autonomia collettiva, ma, ai fini dell'applicazione del rimedio reintegratorio, l'art. 18 non fa riferimento alle previsioni collettive che sanzionano gli inadempimenti con il licenziamento (tutt'oggi non vincolanti) ma, al contrario, a quelle che lo sanzionano prevedendo una sanzione conservativa. Tale tesi pertanto, ritenendo applicabile l'indennità con riferimento al caso delle previsioni collettive che qualifichino un dato inadempimento in termini di giustificato motivo di recesso, ed individuando altresì lo spazio applicativo della reintegrazione in tutte quelle altre ipotesi in cui il licenziamento sia stato invece ritenuto ingiustificato dal magistrato, finisce per realizzare un inaccettabile rovesciamento di prospettiva che non trova riscontro alcuno nel corpo della norma<sup>295</sup>.

---

<sup>295</sup> *Contra*, Rivero, *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, op. cit., pag. 980, il quale invece ritiene che tale interpretazione rovesciata della norma sia imposta dalla necessità di superare “tutte le problematiche questioni suscitate dalle lacune contenute nei codici disciplinari, dalla mancanza dei 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”.

### **III.5.1.1) Le prime pronunce della giurisprudenza.**

A distanza di quasi quattro anni dall'entrata in vigore della L. n. 92/2012, le pronunce di merito che si sono interessate alla questione interpretativa più sopra descritta sono innumerevoli. Una ricognizione delle stesse, oltre a non poter essere del tutto esauriente, appare, in verità, poco utile ai fini di una più esatta ricostruzione del dibattito interpretativo, stante la scarsa attitudine di gran parte dei giudici di merito ad approfondire le svariate implicazioni teoriche che l'adesione ad una o ad un'altra tesi inevitabilmente comporta. Né, del resto, si poteva chiedere alla giurisprudenza di merito di svolgere un compito che non le spettava, dato che essa è istituzionalmente chiamata – sia pure, come è ovvio, motivando le proprie statuizioni – a decidere il caso concreto e non ad arricchire le varie opzioni interpretative che la dottrina ha già avuto modo di percorrere.

Si consideri, peraltro, che tali pronunce hanno aderito, più o meno distribuendosi equamente, a ciascuna delle opzioni interpretative più sopra tratteggiate, di modo che una loro elencazione per suffragare questa o quell'altra tesi – oltre a correre il rischio di risolversi una selezione del tutto personale compiuta dall'interprete “per portare acqua al proprio mulino” – non riuscirebbe a chiarire quale orientamento giurisprudenziale sia davvero prevalente sull'altro<sup>296</sup>.

---

<sup>296</sup> Si veda, ad ogni modo, l'importante opera di ricostruzione compiuta da Barbieri-Dalfino, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, Cacucci, Bari, 2013. Si veda inoltre Occhino, *Le tutele versus il licenziamento illegittimo: una rassegna sulla*

Per questo motivo si è deciso di menzionare le pronunce di merito solo in nota e di riservare, viceversa, un'analisi espressa alle sole argomentazioni delle pronunce di Cassazione che fino ad oggi hanno avuto modo di affrontare la questione inerente l'esatta interpretazione da attribuirsi alla locuzione "fatto contestato".

La prima pronuncia che in via (molto) incidentale ha affrontato la questione è stata Cass. Civ., Sez. lav. n. 10550/2013. In verità le questioni affrontate nel caso di specie dalla Suprema Corte erano ben diverse, riguardando, in via procedurale, l'applicabilità del "nuovo" art. 18 L. n. 300/1970 ai giudizi relativi a casi di licenziamento irrogati prima dell'entrata in vigore della legge n. 92/2012, nonché, in via sostanziale, la possibilità del giudice di valutare, ai fini dell'accertamento relativo alla ricorrenza della causale addotta, come il datore avesse in passato valutato illeciti disciplinari identici a quelli che nel caso di specie abbiano dato luogo al recesso.

Per quel che qui interessa, vengono quindi in rilievo due incisi; il primo, secondo il quale "con la L. n. 92 del 2012, è stata introdotta una nuova, complessa ed articolata disciplina dei licenziamenti che ancora le sanzioni

---

*giurisprudenza più recente dopo la novella dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, DRI, 2014, pag. 764 ss.; Barbieri, La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali, RGL, 2013, pag. 333 ss.; Biasi, Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio, WP, CSDLE "Massimo D'Antona". It – 181/2013; Ferraresi, L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza, DRI, 2013, pag. 329 ss.; Santini, I licenziamenti per motivi soggettivi dopo la legge n. 92/2012: prime applicazioni giurisprudenziali, DRI, 2013, pag. 1005 ss.*

irrogabili per effetto della accertata illegittimità del recesso a valutazioni di fatto incompatibili non solo con il giudizio di legittimità ma anche con una eventuale rimessione al giudice di merito che dovrà applicare uno dei possibili sistemi sanzionatori conseguenti alla qualificazione del fatto (giuridico) che ha determinato il provvedimento espulsivo”; il secondo, con cui la Corte ha affermato che “esemplificativamente si evidenzia che il nuovo sistema prevede distinti regimi di tutela a seconda che si accerti la natura discriminatoria del licenziamento, l'inesistenza della condotta addebitata, ovvero la sua riconducibilità tra quelle punibili solo con una sanzione conservativa (sulla base delle disposizioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili)”.

Come si può notare, i riferimenti alla questione qui in esame sono molto scarni, sì da rendere piuttosto difficile trarre da essi indicazioni realmente significative. Essendo quindi costretti a “vivisezionare” parti della pronuncia di probabile interesse, si può preliminarmente osservare che la Corte, nel momento in cui afferma che nel nuovo regime sanzionatorio “le sanzioni irrogabili per effetto dell'accertata illegittimità del recesso” sono ancorate “a valutazioni di fatto incompatibili non solo con valutazioni di legittimità”, sembrerebbe sposare la linea interpretativa che distingue tra la valutazione attinente alla legittimità del recesso e quella inerente alla scelta del regime sanzionatorio. Per altro verso, viene dapprima specificato che la valutazione relativa alla scelta del regime sanzionatorio è di natura fattuale (facendo così sembrare che “il fatto contestato” debba esser rigorosamente inteso “in senso materiale”), salvo poi contraddirsi laddove si prevede espressamente che il fatto oggetto di accertamento debba esser “giuridico”. Si ribadisce poi che la reintegrazione è applicabile in caso di accertata

“inesistenza della condotta addebitata”, laddove il concetto di inesistenza rimanda – come suggerito dalla prima dottrina, genitrice della relativa tesi – ad un accertamento meramente materiale che deve esser condotto “senza margini per valutazioni discrezionali, ma in base all’elementare distinzione tra l’essere e il non essere”<sup>297</sup>.

Come si è detto, le indicazioni ricavabili da tale sentenza sono del tutto incerte: e se a chi scrive sembrerebbe di poter evidenziare che la Corte abbia – molto velatamente – privilegiato la tesi che intende il fatto contestato in senso prettamente materiale, all’opposto vi è stato chi<sup>298</sup> ha ben più autorevolmente ritenuto che l’espressa qualificazione del fatto come giuridico possa esser ritenuto un indizio della adesione, da parte della Suprema Corte, alla tesi che ritiene che la violazione del principio di proporzionalità debba esser sanzionata con la reintegrazione c.d. attenuata.

La seconda pronuncia della Suprema Corte che ha suscitato l’attenzione dei commentatori è quella del 6 novembre 2014, n. 23669<sup>299</sup>. Ad avviso di chi scrive, tale

---

<sup>297</sup> Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit. pag. 440.

<sup>298</sup> Speciale, *Il licenziamento disciplinare*, op. cit., pag. 366 alla nota n. 15.

<sup>299</sup> Su cui si veda, Del Punta, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, RIDL, 2015,II, pag. 32 ss.; Martelloni, *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e jobs act*, RIDL, 2015, II, pag. 39 ss.; Ferrante, *La Cassazione si pronunzia per la prima volta sull’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori riformato: trovato il bandolo della matassa?*, DRI, 2015, pag. 229 ss.; De Luca, *Fatto materiale e fatto giuridico nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime della prima sentenza in materia della Corte di Cassazione*, ADL, 2014,



sentenza è rilevante per due principali ragioni: in primo luogo, fa emergere l'importanza determinante che la contestazione disciplinare di cui all'art. 7 co. 2 L. n. 300/1970 è venuta ad assumere nei giudizi di impugnazione del licenziamento; secondariamente, essa prende posizione, sia pure in via incidentale e senza approfondire più di tanto le relative tematiche, sulla questione largamente dibattuta dell'esatta interpretazione con cui intendere il sintagma "fatto contestato".

La pronuncia del Supremo Collegio atteneva al caso di un direttore di banca cui erano state contestate una pluralità di condotte anomale, consistenti in particolare nell'abitudine di incaricare i dipendenti della filiale, durante l'orario di lavoro, dell'incombenza di fare la spesa per suo conto, autorizzandoli altresì ad utilizzare, ai fini delle rilevazioni delle entrate e delle uscite, il suo *badge* personale. La Corte riconosceva che "l'istruttoria svolta aveva escluso la commissione delle condotte come contestate, ossia con riferimento ai connotati dell'abitudine"

---

pag. 1279 ss.; Vallebona, *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto*, MGL, 2014, pag. 874 ss.; Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel D. Lgs. n. 23 del 2015*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti*, collana *I quaderni di Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2015, n. 14, pag. 33 ss.; Pisani, *Il licenziamento disciplinare novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, ADL, 2015, pag. 97 ss.; Calvellini, *La <<prima>> della Cassazione sul licenziamento disciplinare e <<insussistenza del fatto>> nella legge n. 92/2012: rilievi critici*, RGL, 2015, pag. 272 ss.; Amoroso, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, op. cit.; Barbieri, *Il licenziamento individuale della legge n. 92/2012 nelle prime pronunce di legittimità (e in quelle di merito)*, RGL, 2015, pag. 229 ss.

che le rendeva più gravi rispetto ad una condotta occasionale quale era emersa dalle prove espletate, che non era idonea a giustificare la massima sanzione disciplinare”. Da ciò, e confermando la decisione cui era pervenuta la Corte d’Appello di Venezia, i giudici di legittimità ritenevano configurabile un’ipotesi di insussistenza del fatto contestato, con conseguente applicazione della reintegrazione c.d. attenuata, “stante la ritenuta insufficienza delle prove acquisite a dimostrare la sussistenza della condotta abituale, una volta ritenuta l’inidoneità della contestazione disciplinare rispetto a fatti isolati non sufficientemente individuati, rilevanti disciplinarmente”.

In sostanza, la mancata prova della abitualità della condotta (ben distinguibile, nel ragionamento della Corte, dalla condotta occasionale, alla quale doveva riconoscersi un disvalore ben inferiore e comunque non idoneo “a giustificare la massima sanzione disciplinare”), unita all’inidoneità della contestazione ad individuare fatti isolati rilevanti disciplinarmente, induceva a ritenere insussistente il fatto così come contestato.

Da quanto sopra si evince che la contestazione disciplinare riveste, nell’attuale contesto normativo di riferimento, un determinante potere di cristallizzazione e delimitazione del fatto su cui poi verrà condotto l’accertamento strumentale alla scelta del regime sanzionatorio<sup>300</sup>. Emerge infatti che se oggetto di contestazione è un fatto il cui disvalore disciplinare è dato

---

<sup>300</sup> In questo senso, Carinci F., *Il licenziamento disciplinare all’indomani del D. Lgs. n. 23/2015*, Working Paper ADAPT n. 176/2015, secondo cui “vale la pena di sottolineare un lascito significativo di questa sentenza, quale dato dal considerare il fatto sussistente solo se oggetto di contestazione, sì da risultare in difetto insussistente”.

da una connotazione di abitudine che lo caratterizza fin dalla contestazione, la mancata prova di detta connotazione equivale alla mancata prova del fatto (che quindi è considerato nella sua interezza, inscindibile dalla sua connotazione); la mancata prova della connotazione equivale, in altri termini, alla prova di un fatto diverso – la condotta occasionale – che in ogni caso, non essendo stato adeguatamente contestato in termini di fatto isolato, pur rilevando disciplinarmente non impedisce al Giudice di addivenire al giudizio di insussistenza del fatto contestato in termini di abitudine.

Ciò che emerge dalla pronuncia della Corte, in sostanza, è l'importanza determinante che viene in tal modo attribuita all'attività descrittiva/identificativa del fatto commesso così come compiuta dal datore che redige materialmente la lettera di contestazione disciplinare: in questo senso, pur essendo stata ritenuta provata la condotta occasionale e pur essendone stata riconosciuta la rilevanza disciplinare (ritenuta tuttavia non sufficientemente grave da raggiungere la soglia della notevolzza), la circostanza che la contestazione risulti essere inidonea ad individuare la asserita abitudine della condotta – al di là dei singoli fatti isolatamente considerati – consente al Giudice di legittimità di concludere per l'insussistenza del fatto contestato<sup>301</sup>.

---

<sup>301</sup> Che la ritenuta inidoneità della contestazione in merito alla condotta meramente occasionale sia l'elemento cruciale che consente alla Corte di addivenire al giudizio di "insussistenza del fatto contestato" è messo in luce da Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel D. Lgs. n. 23 del 2015*, op. cit., pag. 50, là dove afferma che "la sentenza può permettersi di fare uscire il parametro della proporzionalità dalla porta del controllo sui presupposti dell'«insussistenza del fatto»", perché lo fa rientrare dalla

---

finestra del controllo sull'inidoneità della contestazione. Tutto ciò è corretto, ma andava spiegato in modo più completo e pertinente". Del resto, l'importanza fondamentale che viene ad assumere la contestazione dell'addebito risulta essere evidente se si considera che, più in avanti, la Corte ha dichiarato in via incidentale 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". Ed infatti, pur avendo ritenuto provata la sussistenza della condotta occasionale e nonostante essa sia stata ritenuta inidonea "a giustificare la massima sanzione disciplinare", la Corte giunge a disporre l'applicazione della reintegrazione esclusivamente sulla base della mancata dimostrazione della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del fatto così come contestato e non anche sulla base della inidoneità del fatto dimostrato (la condotta occasionale) a fondare una causale legale di recesso. Vi è, invece, chi ha ritenuto che il principio di diritto applicato dalla Corte per la risoluzione del caso concreto sia una conferma della validità della tesi che vuole che il fatto contestato, la cui insussistenza deve essere accertata, coincida con il giustificato motivo o con la giusta causa di licenziamento. In questo senso, De Luca, *Fatto materiale e fatto giuridico nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime della prima sentenza in materia della Corte di Cassazione*, op. cit., il quale ha ritenuto – ad avviso di chi scrive, infondatamente – di poter desumere che "l'insussistenza del *fatto* – per la quale è comminata la reintegrazione (ai sensi dell'articolo 18, 4° comma, Stat. Lav. *novellato*) – può riguardarne soltanto alcuni elementi, ove questi siano ritenuti essenziali per configurare – nonostante la parziale sussistenza, appunto, del *fatto* medesimo – giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento". E' piuttosto significativo che l'Autore, pur di sostenere la tesi che ha sempre mostrato di privilegiare, ometta del tutto di confrontarsi, addirittura non menzionandole, con alcune esplicite affermazioni con cui la Corte ha invece inequivocabilmente espresso la propria adesione alla tesi interpretativa opposta e di cui si darà conto nel prosieguo.

Alla luce di quanto sopra risulta di tutta evidenza come la Corte di Cassazione – oltre a sancire il principio di diritto per cui la mancata prova della connotazione del fatto (contestato *ab origine* come fatto “connotato” e considerato dalla Corte come inscindibile dalla sua connotazione) equivale alla sua insussistenza (che, di per sé, sarebbe stato sufficiente ai fini della decisione del caso concreto) – si sia avventurata, probabilmente “per rispondere agli echi del dibattito innescato dalla novella del 2012”,<sup>302</sup> in un *obiter dictum* non motivato adeguatamente, o perlomeno come l’importanza della questione avrebbe richiesto, con il quale ha affermato che “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 individuazione della 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.”

Va preliminarmente rilevato che la pronuncia in parola sia intervenuta in un momento storico in cui la legge delega n. 183/2014 aveva già previsto che per gli

---

<sup>302</sup> Del Punta, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, op. cit, pag. 33.

assunti con il “nuovo” contratto a tutele crescenti la reintegrazione avrebbe potuto trovare applicazione solo in “specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato”; e a questo riguardo l’esplicitazione di un’adesione così netta alla “tesi del fatto materiale”<sup>303</sup> ben potrebbe aver celato – ma nemmeno poi troppo – la volontà della Corte di “indicare la strada” al legislatore delegato, di lì a poco autorizzato a marginalizzare l’operatività del rimedio reintegratorio<sup>304</sup>.

Sta di fatto che, in ossequio al noto brocardo *in claris verbis non fit interpretatio*, si deve constatare come la nitidezza delle espressioni utilizzate dai giudici di legittimità non lasci spazio a possibili letture divergenti, nella misura in cui le parole scelte dalla Corte evidenziano un’esplicita ed inequivoca condivisione delle argomentazioni sostenute dai fautori della tesi del “fatto materiale”.

Senonché l’assurdità e l’iniquità degli esiti cui si è visto condurrebbe l’adozione incondizionata a tale tesi ha condivisibilmente spinto una voce della dottrina<sup>305</sup> a rilevare che “oltre le apparenze, e nonostante i ripetuti richiami alla nozione di <<fatto materiale>>, anche la Cassazione sembra muoversi nel solco” dell’interpretazione secondo cui il “fatto contestato” deve

---

<sup>303</sup> “quasi ammiccando al movimento politico-culturale in atto contro la discrezionalità giudiziale”, Del Punta, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, op. cit., pag. 36,

<sup>304</sup> In questo senso, tra gli altri, Martelloni, *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e jobs act*, il quale parla di pronuncia diretta a deresponsabilizzare il legislatore delegato.

<sup>305</sup> Martelloni, *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e jobs act*, op. cit. pag. 41.

essere inteso in termini di “inadempimento imputabile e (astrattamente idoneo) a produrre conseguenze sulla funzionalità del rapporto”.

Ciò che in particolare si potrebbe evincere da quel passo della sentenza con cui viene affermato 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”; e ciò dal momento che con tale affermazione la Corte si sarebbe limitata ad escludere che la violazione del principio di proporzionalità possa determinare l’applicazione della reintegrazione, ma non avrebbe altresì escluso – ed anzi avrebbe implicitamente e logicamente ammesso – che il comportamento contestato al lavoratore debba necessariamente consistere in un inadempimento imputabile idoneo a cagionare pregiudizio all’interesse datoriale ad un’organizzazione produttiva diligente. Quanto sopra con assunto che troverebbe altresì conferma in quei passi della sentenza in cui viene affermato che la reintegrazione sia destinata a trovare applicazione “nelle sole tassative ipotesi in cui il giudice accerti che il fatto (che ha dato causa al licenziamento) non sussiste, ovvero nel caso in cui ritenga che il fatto rientri nelle condotte punibili con una sanzione conservativa”, nonché allorquando si riconosce che il regime indennitario di cui all’art. 18 co. 5 “si applica nelle "altre ipotesi" in cui emerge in giudizio che non vi sono gli estremi integranti la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo”: e ciò ove di consideri che con tali statuizioni la Corte ha ribadito unicamente che la non ricorrenza delle causali di recesso determina l’applicazione dell’indennità di cui all’art. 18 co. 5, ma non si è spinta fino al punto di affermare (come invece l’adesione alla “versione radicale” del fatto materiale comporterebbe) che sia sufficiente contestare un

fatto comunque materialmente sussistente, anche se privo di rilevanza disciplinare ed anche se non imputabile soggettivamente, perché la reintegrazione non possa trovare applicazione.

Si è detto che l'importanza della questione interpretativa e l'ampiezza del dibattito – non solo dottrinale – che è scaturito da tale sentenza avrebbero meritato che la Corte si fosse soffermata a corredare il suo ragionamento con argomentazioni più esaustive di quanto non abbia fatto; in tal modo, probabilmente molti dei dubbi interpretativi che la pronuncia lascia irrisolti avrebbero potuto esser quanto meno risultare attenuati. Probabilmente, come ha rilevato un'attenta dottrina, il ricorso ad argomentazioni così nette ed univoche si spiega in ragione della volontà della Corte di respingere con forza “quella dottrina che, agitando la teoria del fatto “giuridico”, mirava in realtà, pur facendosi forte della critica del fatto “materiale”, ad un obiettivo più ambizioso (e, del resto, esplicitamente dichiarato), ossia quello di riportare nell'area della tutela reintegratoria tutte le ipotesi nelle quali vengono in gioco non già meri accertamenti di fatti, ma anche operazioni di valutazione giuridica degli stessi, incluse valutazioni di proporzionalità”<sup>306</sup>; nella “foga” associata al perseguimento di tale obiettivo, può essere quindi avvenuto che la Corte non abbia ponderato adeguatamente le conseguenze paradossali che l'adesione alla tesi del fatto materiale comporterebbe<sup>307</sup>.

---

<sup>306</sup> Del Punta, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, op. cit, pag. 37.

<sup>307</sup> Altro aspetto di sicuro interesse della pronuncia in commento è quello con il quale – nell'ambito di una ricognizione dei margini di applicabilità di ciascuno dei rimedi sanzionatori previsti dal “nuovo” art. 18 L. n. 300/1970, peraltro non necessaria ai fini della soluzione del caso concreto sottoposto al



Ad ogni modo, la riprova della “non infondatezza” del tentativo di leggere tra le pieghe della motivazione di Cass. n. 23669/2014 un’implicita adesione alla tesi che vuole che il fatto contestato debba essere inteso in termini di inadempimento soggettivamente imputabile è fornita dalla stessa Suprema Corte allorquando – operando una sorta di “interpretazione autentica” – con un’altra e successiva pronuncia (Cass. Civ., Sez. lav. 13 ottobre 2015, n. 20540)<sup>308</sup> ha affermato che “quanto alla tutela reintegratoria, non è plausibile che il Legislatore, parlando di “insussistenza del fatto contestato”, abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere della

---

suo esame – la Corte ha affermato che nelle “altre ipotesi” di ingiustificatezza in cui si applica il rimedio meramente indennitario di cui all’art. 18 co. 5 “rientra anche la violazione del requisito della tempestività, che viene considerata elemento costitutivo del diritto di recesso, a differenza del requisito della immediatezza della contestazione, che rientra tra le regole procedurali”. La laconicità che caratterizza la predetta statuizione non consente di affrontare in questa sede l’importante questione relativa all’esatta natura da attribuire al vizio dell’intempestività del recesso, questione la cui trattazione viene rinviata *infra*. Per il momento, sia sufficiente rilevare che la Corte avrebbe potuto – e dovuto – spiegare le ragioni di una inedita quanto inusuale distinzione tra il requisito della “immediatezza della contestazione” e quello della “tempestività del recesso”, stante la rilevanza delle differenze sul piano rimediabile che essa fa derivare dalla violazione di ciascuno di questi due requisiti.

<sup>308</sup> Su cui si veda, Mazzotta, *Fatti e misfatti nell’interpretazione dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, RIDL, 2016, II, pag. 102 ss.; Pelusi, *L’irrilevanza giuridica del fatto contestato equivale alla sua insussistenza materiale: un monito per il legislatore del Jobs Act?*, DRI, 2015, pag. 1128 ss.; De Michiel, *Licenziamento disciplinare e insussistenza del fatto nella giurisprudenza di legittimità*, ADL, 2016, pag. 88 ss.

illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione, restando estranea al caso presente la diversa questione della proporzione tra fatto sussistente e di illiceità modesta rispetto alla sanzione espulsiva (Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, che si riferisce ad un caso di insussistenza materiale di un fatto contestato). In altre parole, la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla reintegrazione ai sensi dell'art. 18, quarto comma, cit.”.

Alla luce di tali argomentazioni, risulta allora evidente la piena adesione della Cassazione alla tesi che ritiene che il fatto contestato debba essere intenso in termini di inadempimento soggettivamente imputabile. La Corte, infatti, distingue esplicitamente tra accertamento strumentale alla scelta del regime sanzionatorio da quello attinente alla “diversa questione della proporzione tra fatto sussistente e di illiceità modesta rispetto alla sanzione espulsiva”. E così, se da un lato si esclude che per “fatto contestato” possa intendersi un fatto nella sua nuda materialità, ovvero un fatto che, in quanto tale, potrebbe anche esser privo di quella rilevanza disciplinare che lo renderebbe “non suscettibile di alcuna sanzione”, dall'altro lato si afferma che la questione attinente alla proporzione tra fatto avente rilevanza disciplinare (anche modesta) e licenziamento è altra e diversa rispetto a quella relativa alla scelta del regime sanzionatorio, implicitamente ammettendo che il giudizio di proporzionalità attenga al momento valutativo della legittimità del recesso. Da tutto ciò deriva, come già detto, che “la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla reintegrazione ai sensi dell'art. 18, quarto comma”.

Ulteriore pronuncia di legittimità con cui la Suprema Corte si è occupata della questione interpretativa relativa

all'integrazione del requisito della "insussistenza del fatto contestato" è stata quella del 13 ottobre 2015, n. 20545: anche in questo caso con motivazione particolarmente succinta, tanto da costringere l'interprete a ricavare indicazioni utili da scarni passaggi argomentativi.

Il caso esaminato riguardava la vicenda di un lavoratore licenziato per aver inserito nel sito internet, nonché nel profilo Facebook di un'impresa di ristorazione, il numero di telefono e fax che la società datrice di lavoro gli aveva in precedenza fornito ai fini dell'espletamento della prestazione lavorativa, avendo inoltre il lavoratore indicato tale società come cliente della predetta società di ristorazione. Queste condotte erano state valutate dalla società datrice come fatti idonei ad arrecare "all'azienda grave nocumento materiale o morale", e come tali riconducibili ad una fattispecie disciplinare per cui il contratto collettivo applicato prevedeva il licenziamento senza preavviso.

La Corte, rilevando il mancato accertamento probatorio del nocumento grave arrecato all'azienda, ha ritenuto che la fattispecie contestata al lavoratore si sia realizzata solo in parte, con conseguente possibilità di ritenere insussistente il fatto contestato. Più in particolare, la Cassazione ha affermato che "tale nocumento grave è parte integrante della fattispecie di illecito disciplinare in questione, onde l'accertamento della sua mancanza determina quella insussistenza del fatto addebitato al lavoratore" da cui scaturisce il diritto al ripristino del rapporto di lavoro; diritto che, soggiunge, deve ritenersi configurabile "qualora la fattispecie di illecito configurata dalla legge o dal contratto sia realizzata soltanto in parte".

Il tutto nel contesto di un implicito ragionamento che a chi scrive pare essere il seguente: qualora vengano posti a fondamento di un recesso determinate condotte in

ragione della loro ritenuta attitudine ad arrecare un nocumento (peraltro qualificato dall'aggettivo 'grave') all'azienda, ai fini del giudizio circa la sussistenza o meno del fatto contestato non è sufficiente dare prova della verifica concreta di tali fatti (che, di per sé, parrebbe essere irrilevante), ma è necessaria anche la prova delle loro effettiva attitudine ad arrecare il nocumento grave richiesto dalla fattispecie astratta, in quanto unico elemento in grado di rendere disciplinarmente rilevanti i fatti commessi.

Come si è già anticipato, la motivazione della sentenza non è particolarmente approfondita; vi è solo da dire che se la regola di diritto sottesa alla decisione in commento dovesse essere effettivamente quella che in questa sede si è cercato di individuare, allora ne risulterebbe confermato il principio per cui il fatto contestato non può rilevare nella sua nuda materialità ed oggettività, dovendo invece presentare una minima rilevanza disciplinare.

### **III.5.2) La seconda ipotesi di operatività della reintegrazione: la riconducibilità del fatto contestato alle condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi, ovvero dei codici disciplinari applicabili. Soluzioni interpretative.**

Ai sensi dell'art. 18 co. 4, la c.d. reintegrazione attenuata è destinata a trovare applicazione non solo nel caso in cui venga accertata l'insussistenza del fatto contestato, ma altresì quando tale fatto rientri "tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili".

Conseguentemente, a prescindere dalla opzione interpretativa cui si aderisca in merito all'incerta questione dogmatica relativa all'interpretazione del sintagma "insussistenza del fatto contestato", l'applicazione concreta della c.d. reintegrazione attenuata può esser correlata agli esiti di un "più tradizionale" giudizio interpretativo di sussunzione di una fattispecie concreta in una fattispecie astratta, che la L. n. 92/2012 ha espressamente previsto debba esser ora svolto dal giudice ai fini della scelta del rimedio sanzionatorio applicabile in caso di accertata ingiustificatezza del recesso.

Ad ogni modo, benché l'anzidetta operazione di sussunzione di una fattispecie concreta in una fattispecie

astratta costituisca un processo logico-ermeneutico perfettamente identico a quello che il giudice è chiamato a svolgere ogni qual volta dia applicazione una norma dell'ordinamento invocata dalle parti – e quindi benché fosse lecito attendersi che tale previsione di legge potesse dar luogo a minori problemi interpretativi rispetto a quelli indotti dalla necessità di stabilire cosa debba intendersi per “fatto contestato” – essa ha comunque suscitato vivaci contrasti in dottrina.

Tali contrasti vertono, principalmente, sulla possibilità o meno di interpretare estensivamente, o addirittura analogicamente, le previsioni dei contratti collettivi che sanzionano una determinata condotta con una sanzione conservativa, dove è evidente che la soluzione che si dia a tale questione influisce direttamente sulla maggiore o minore frequenza dei casi in cui potrà trovare applicazione la c.d. reintegrazione attenuata.

Sicché, facendo leva sulla *ratio* della disposizione (così come individuata nella volontà di rendere la reintegrazione un rimedio d'applicabilità eccezionale, nonché nella volontà di mettere il datore di lavoro nella condizione d'esser certo, prima dell'irrogazione del recesso, dei casi eccezionali in cui tale rimedio potrà operare, sì da evitarli), vi è stato un orientamento dottrinale<sup>309</sup> che ha ritenuto doveroso subordinare

---

<sup>309</sup> Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, op. cit.; Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit.; Tremolada, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo e giusta causa*, in Carlo Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit.; Fiorillo, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 33 ss.; Lambertucci-Del Vecchio, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 42 ss.; Marazza,

l'operatività della previsione di legge ai soli casi in cui vi sia "integrale coincidenza tra la fattispecie astratta prevista dal contratto collettivo o dal codice disciplinare applicabile e la fattispecie concreta costituita dal <<fatto contestato>>: il tutto nel quadro di un procedimento logico di sussunzione per identità e non per approssimazione"<sup>310</sup>. Solamente nelle ipotesi in cui la declaratoria collettiva descriva analiticamente una determinata condotta, presentando in tal modo un tasso di specificità tale da consentire una perfetta sovrapposizione tra la fattispecie astratta e quella concreta contestata, solo allora il giudice potrebbe applicare il rimedio reintegratorio ai sensi dell'art. 18 co. 4. Tant'è che, essendo la reintegrazione considerata come rimedio sanzionatorio del licenziamento illegittimo maggiormente afflittivo rispetto alla mera indennità di cui al 18 co. 5, essa potrà trovare applicazione "solo qualora il licenziamento sia stato intimato in un contesto regolamentare nel quale il datore di lavoro poteva verificare, con la mera lettura del codice disciplinare, quale fosse la sanzione conservativa in concreto corrispondente all'infrazione contestata"<sup>311</sup>. La reintegrazione sarebbe ora destinata a trovare applicazione nei soli casi di

---

in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag.53 ss.; Occhino, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 58 ss.; Pisani, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 71 ss.; Valente, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 96 ss.; Zilio Grandi, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 97 ss.

<sup>310</sup> Pisani, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 72.

<sup>311</sup> Marazza, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag.53.

licenziamento in cui è particolarmente evidente l'abuso datoriale dell'esercizio del potere di recesso, con il risultato che il datore di lavoro che receda dal rapporto per un fatto che il contratto collettivo o il codice disciplinare punisce espressamente con una sanzione conservativa meriterà di subire le conseguenze giuridiche particolarmente gravose indotte dalla reintegrazione.

Ne deriverebbe che “né interpretazioni estensive ed analogiche possono darsi sulle clausole dei contratti collettivi e dei codici disciplinari che elencano i fatti punibili con sanzione conservativa, ai fini dell'applicazione della tutela reale in luogo di quella indennitaria, quando un inadempimento sussistente ma minore non figuri in elenco; a pena di tradire il senso stesso della elencazione trattenuto dalla norma di legge, che è funzionale alla prevedibilità della tutela del lavoratore cui verrebbe condannato il datore”<sup>312</sup>. Si osserva, peraltro, che l'avvenuta eliminazione – nel corso dell'iter parlamentare – della possibilità di ricondurre il fatto contestato alle condotte punite con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni della “legge”, pur non comportando in assoluto l'abrogazione dell'art. 2106 c.c., esprimerebbe tuttavia l'intenzione del legislatore di distinguere il piano dell'illegittimità del recesso da quello dei rimedi concretamente applicabili, con la conseguenza di doversi negare che la violazione del principio di proporzionalità possa esser produttiva di conseguenze sul piano dell'operatività del rimedio ripristinatorio.

All'opposto, si è osservato che la formula di legge utilizzata dal legislatore per descrivere le condizioni di operatività della seconda modalità di accesso al rimedio

---

<sup>312</sup> Occhino, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag.60.



reintegratorio, pur volendo esprimere una certa oggettività dei casi in cui il fatto contestato sia riconducibile alle declaratorie collettive, tradisce, in verità, una certa – non è dato sapere quanto inconsapevole<sup>313</sup> – ingenuità, dato che la formulazione volutamente indeterminata e generica di molte delle clausole dei contratti collettivi è tale da rendere inevitabile una certa discrezionalità del giudice nell'attività ermeneutica di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta. Ed anzi si può al riguardo affermare che tale discrezionalità sarà tanto più ampia quanto più vaghe ed indeterminate saranno le previsioni collettive con cui il giudice si dovrà confrontare<sup>314</sup>, a tutto discapito dell'esigenza della certezza degli esiti del giudizio di

---

<sup>313</sup> Vi è chi ha evidenziato come tale previsione tradirebbe una certa volontà del legislatore di correre ad una soluzione di ripiego che consenta di realizzare l'equità sostanziale nel singolo caso concreto, dato che una puntuale e rigorosa interpretazione del primo canale di operatività della reintegra potrebbe dar luogo a licenziamenti che, pur se fondati su addebiti disciplinarmente molto modesti, verrebbero sanzionati con la sola indennità di cui all'art. 18 co. 5. In questo senso, Tosi, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 88 ss.

<sup>314</sup> L'indeterminatezza delle formulazioni dei contratti collettivi e financo l'ambiguità di alcune clausole degli stessi è stata più volte messa in luce dalla dottrina; essa ha peraltro evidenziato come tale peculiare formulazione sia spesso adottata consapevolmente dalle parti collettive in tutti quei casi in cui non si riesca a raggiungere un compromesso soddisfacente sulla regolamentazione di determinate materie, con il proposito di rinviare alla sede giudiziaria il compito di risolvere tematiche delicate che, in quanto tali, potrebbero produrre una notevole perdita di consenso. Si veda, fra gli altri, Vidiri, *L'interpretazione del contratto collettivo nel pubblico e nel privato*, RIDL, 2003, I, pag. 88 ss.

licenziamento che il legislatore – a questo punto, vien da dire, apparentemente – avrebbe voluto perseguire<sup>315</sup>.

In questo contesto, vi è chi ha rilevato che l'ammissibilità del ricorso all'interpretazione estensiva delle clausole collettive discenderebbe, innanzitutto, dal tenore letterale della disposizione che, “nel riferirsi alle previsioni dei codici disciplinari, non compie alcuna distinzione sulla base della loro maggiore o minore specificità”<sup>316</sup>.

La maggior parte degli interpreti<sup>317</sup>, tuttavia, ritiene che detta interpretazione estensiva debba ritenersi

---

<sup>315</sup> A questo proposito, del tutto condivisibile è il rilievo secondo cui “come tutte le operazioni ermeneutiche, quella da compiersi a tale stregua presenterà un tasso di non prevedibilità difficilmente eliminabile: e da questo angolo visuale la riforma legislativa della quale qui si discorre incappa in quella che ben potrebbe essere definita una eterogenesi dei fini, aggrovigliando ulteriormente una materia che invece si voleva concorrere a districare”; così, Scognamiglio C., in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 86.

<sup>316</sup> Sordi, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in *La riforma del lavoro*, a cura di L. Di Paola, op. cit., pag. 292.

<sup>317</sup> Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, op. cit.; Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, op. cit.; Bellocchi-Vitaletti, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 10 ss.; Cataudella A., in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 18 ss.; Cerreta, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 20 ss.; Cester, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 23 ss.; Ferrante, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 32 ss.; Garilli, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 39 ss.; Ghera, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n.*

ammissibile non tanto sulla base del tenore letterale della disposizione, quanto perché la genericità e ampiezza delle formule delle declaratorie contrattuali imporrebbe di far ricorso ai criteri di interpretazione dei contratti sanciti dagli artt. 1362-1371 c.c., ed in particolare al criterio di cui all'art. 1365 c.c., secondo cui “quando in un contratto si è espresso un caso al fine di spiegare un patto, non si presumono esclusi i casi non espressi, ai quali, secondo ragione, può estendersi lo stesso patto”.

Del resto, si sostiene, l'esigenza di assicurare la “prevedibilità della tutela del lavoratore cui verrebbe condannato il datore” – che sembrerebbe ispirare la disposizione e la cui valorizzazione induce alcuni Autori a negare ogni spazio ad una interpretazione estensiva delle declaratorie contrattuali – sarebbe in ogni caso rispettata, dato che “l'interpretazione di un contratto collettivo – diversamente dall'interpretazione giudiziale delle nozioni giuridiche legali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo – non è in balia di regole oscure e imprevedibili, che non possano essere razionalmente gestite: è affidata a procedimenti giuridicamente controllabili, con diretto controllo della Cassazione”<sup>318</sup>. Per altro verso, si osserva, nell'ottica del bilanciamento fra due interessi contrapposti, vale a dire fra l'interesse del datore a conoscere preventivamente la tipologia di sanzione cui sarà condannato e quello del lavoratore a non esser estromesso dal contesto produttivo per fattispecie che

---

*1/2012*, pag. 41 ss.; Lassandari, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 44 ss.; Passalacqua, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 63 ss.; Pessi-Fabozzi, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 70 ss.; Scognamiglio C. op. cit. pag. 84 ss.;

<sup>318</sup> Così, Bellocchi-Vitaletti, op. cit., pag. 11.

l'autonomia collettiva ha ritenuto sanzionabili – sia pure ricorrendo ad una formula ampia ed elastica – con una sanzione solo conservativa, è il primo a dover soccombere.

Altri Autori hanno invece ritenuto che le previsioni dei contratti collettivi possano trovare un'applicazione analogica in considerazione della permanente essenzialità del principio di proporzionalità di cui all'art. 2106 c.c., con il risultato che le previsioni che sanzionano determinate condotte con una sanzione conservativa possono trovare applicazione anche a fattispecie concretamente contestate che tuttavia non siano immediatamente prese in considerazione dalla declaratoria collettiva<sup>319</sup>. Secondo questo orientamento, in sostanza, il contratto collettivo verrebbe ad assumere il ruolo di “parametro di riferimento della gravità del comportamento”, di modo che la reintegrazione potrebbe trovare applicazione in tutti quei casi in cui il giudice accerti che il fatto che ha dato luogo al licenziamento, pur non essendo espressamente

---

<sup>319</sup> Speziale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, RIDL, 2012, I, pag. 521 ss., ma soprattutto in *Il licenziamento disciplinare*, DLRI, 2014, pag. 363 ss.; Riviero, *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, op. cit.; Scarpelli, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 82 ss.; Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, op. cit.; Perulli in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 68 ss.; Carinci, *Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, op. cit.; Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, op. cit.; Vidiri, *La riforma Fornero: la incertezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, op. cit.; Colosimo, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, op. cit.; Palladini, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, op. cit.

sanzionato dal contratto collettivo con una sanzione conservativa, è tuttavia di analoga gravità ad un altro fatto per il quale il medesimo contratto collettivo ha invece espressamente previsto una sanzione conservativa. Questo orientamento ritiene quindi che il giudice possa procedere ad un'attività di integrazione del contratto collettivo in tutti quei casi in cui manchi un'esplicita declaratoria contrattuale che punisca con una sanzione conservativa l'addebito disciplinare che ha condotto al licenziamento del prestatore, purché, ovviamente, la gravità di tale addebito sia tale da far ritenere – alla luce del principio di proporzionalità – più consona una sanzione conservativa.

Del resto, il ricorso all'applicazione analogica delle previsioni dei contratti collettivi si giustificerebbe altresì in base a constatazioni empiriche, ovvero sulla base della necessità di scongiurare situazioni concrete di profonda disuguaglianza sostanziale che altrimenti si verrebbero a creare. Infatti, qualora si negasse la possibilità del ricorso all'analogia, dovrebbe necessariamente ammettersi il caso di un lavoratore reintegrato per esser stato licenziato in seguito alla commissione di un inadempimento, magari rilevante, per il quale tuttavia la contrattazione collettiva aveva previsto una sanzione conservativa, ed un lavoratore licenziato che a fronte della commissione di una condotta di analogo o inferiore disvalore disciplinare, tuttavia non tipizzata dalla contrattazione collettiva, verrebbe a beneficiare di una tutela solo indennitaria.

Si osserva altresì che, qualora si negasse il ricorso ad un'applicazione analogica del contratto collettivo alla luce del principio di proporzionalità, da un lato il diritto del lavoratore di esser reinserito o meno nel contesto produttivo verrebbe a dipendere dalla maggiore o minore capacità descrittiva degli estensori dei contratti

collettivi<sup>320</sup>, dall'altro – tenuto conto del fatto che la norma fa riferimento anche alle previsioni dei codici disciplinari unilateralmente predisposti, e che il datore ha tutto l'interesse a scongiurare l'applicazione della reintegra – si incentiverebbe una fuoriuscita dal sistema delle relazioni industriali con contemporanea redazione lacunosa e carente dei suddetti codici disciplinari.

In questo contesto, il principio di proporzionalità di cui all'art. 2106 c.c. assolverebbe ad un ruolo fondamentale per la realizzazione della giustizia sostanziale del caso concreto, consentendo di colmare le lacune – intenzionali o meno che siano – che i contratti collettivi eventualmente presentino, nel senso di permettere “di ricondurre a razionalità le valutazioni accolte dall'autonomia sindacale”<sup>321</sup>.

---

<sup>320</sup> “Sebbene la conservazione del posto di lavoro non costituisca un diritto derivante da norme inderogabili di legge o della contrattazione collettiva, potendone di nuovo il lavoratore liberamente disporre con le dimissioni, resta che l'autonomia sindacale non è abilitata a limitare il diritto dei singoli lavoratori a non esser licenziati se non per giustificato motivo o per giusta causa, allo stesso modo in cui quell'autonomia non può, ora, limitare il diritto dei lavoratori illegittimamente licenziati ad esser reintegrati nel posto di lavoro nei casi in cui la legge lo prevede”. Così, Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, op. cit., pag. 14.

<sup>321</sup> Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, op. cit., pag. 14. Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, op. cit., pag. 163, scrive che “ci sono buoni argomenti per ritenere che la garanzia di proporzionalità tra infrazione e sanzione non possa essere affidata in via esclusiva alla fonte negoziale, ma soprattutto pare difficile emarginare completamente l'apprezzamento del giudice in base all'art. 2106 c.c.”.

### **III.5.2.1) Il punto di vista della giurisprudenza.**

Come era lecito aspettarsi – in ragione della scarsa probabilità di verifica di casi in cui il datore di lavoro proceda ad un licenziamento sulla base della mera e pur minima rilevanza disciplinare della condotta del prestatore – il profilo di valutazione relativo ai margini di riconducibilità del fatto contestato alle condotte punite con sanzioni conservative dai contratti collettivi o dai codici disciplinari applicabili è stato quello cui i giudici hanno fatto maggiormente ricorso per la risoluzione pratica delle controversie sottoposte al loro esame.

Anche con riferimento all'applicazione giudiziale di tale seconda modalità di accesso della reintegrazione, tuttavia, nell'ambito dell'enorme mole di decisioni che hanno fatto leva sulla stessa per la risoluzione del caso concreto solo raramente sono emersi spunti argomentativi di particolare rilievo, tali da arricchire il già particolarmente vivace contrasto interpretativo sviluppatosi in sede dottrinale.

Procedendo dunque ad una distinzione delle varie pronunce di merito sulla base del procedimento logico-concettuale seguito dal giudice estensore per la risoluzione del caso concreto, si può notare come un primo gruppo di pronunce abbia ritenuto la possibilità per il giudice di reintegrare il lavoratore licenziato solo nelle limitate ipotesi in cui il fatto allo stesso contestato corrisponda puntualmente e dettagliatamente ad una fattispecie disciplinare sanzionata con una sanzione conservativa da parte delle fonti collettive: il tutto con un approccio che, evidentemente, limita al massimo detta possibilità di reintegrazione, stante l'irrealità del presupposto che dette

fonti possano aver previamente tipizzato tutte le innumerevoli fattispecie disciplinari di cui il prestatore potrebbe nel tempo rendersi responsabile<sup>322</sup>.

Altro orientamento giurisprudenziale ritiene invece che la reintegrazione possa esser disposta non solo quando l'addebito contestato corrisponda esattamente e dettagliatamente ad una fattispecie disciplinare punita dalle norme collettive con una sanzione conservativa, ma anche quando la mancanza addebitata al lavoratore licenziato sia riconducibile a detta fattispecie sulla base di un procedimento di equilibrata e corretta interpretazione delle norme medesime, specie se le fattispecie disciplinari dalla stesse individuate risultino formulate in termini e con nozioni elastiche di ampia accezione semantica<sup>323</sup>.

---

<sup>322</sup> Si veda, tra le moltissime, Trib. Bari 5 novembre 2013, secondo cui “ciò a sua volta conduce inevitabilmente ad escludere, per le considerazioni in precedenza rassegnate, che la tutela reintegratoria possa essere irrogata, dovendosi affermare, da un canto, che il fatto materiale sussiste, e, dall'altro, che per tale tipologia d'inadempimento il c.c.n.l. non prevede in modo specifico una sanzione di tipo meramente conservativo”; Trib. Firenze 26 giugno 2013 secondo cui “i fatti disciplinari tempestivamente contestati sono risultati provati e non rientrano tra le condotte punibili solo con una sanzione conservativa. La sanzione applicabile è dunque quella prevista dall'art. 18 co. 5°”; Trib. Voghera 16 marzo 2013, secondo cui “i fatti contestati non possono peraltro ritenersi insussistenti, avendo al contrario trovato riscontro, quanto al loro nucleo essenziale e determinante, nelle risultanze dell'istruttoria sommaria; non si tratta di fatti per i quali la contrattazione collettiva prevede l'applicazione di sanzioni conservative: le condotte accertate non sono, infatti, riconducibili ad alcuna delle fattispecie di illecito tipizzate dall'art. 64 del CCNL applicato”.

<sup>323</sup> In questo senso, App. Bologna, 23 aprile 2013 secondo cui “in ogni caso, l'art. 9 del CCNL del settore prevede sempre (lettera



Tale orientamento giurisprudenziale è senz'altro maggioritario, non tanto per una peculiare riottosità dei Giudice nell'attuare la volontà del legislatore di limitare drasticamente i casi di operatività del rimedio

---

i) la sanzione conservativa nell'ipotesi di cui il lavoratore *'in altro modo trasgredisca l'osservanza del presente contratto o commetta qualsiasi mancanza che porti pregiudizio alla disciplina, alla morale, all'igiene ed alla sicurezza dello stabilimento'*. Ne consegue che, anche a volere escludere che la condotta realizzata dal Catalano possa essere qualificata come insubordinazione e ritenere volgari, gratuiti ed ingiuriosi i termini utilizzati nelle e-mail, come affermato dal datore di lavoro nella contestazione, la conclusione non sarebbe diversa, posto che anche il comportamento del dipendente contrario all'onore e al decoro dell'azienda non è punito con una sanzione espulsiva"; Trib. Bologna 25 settembre 2012, secondo cui "l'evidenza della condotta ascritta alle ipotesi di irregolare/negligente adempimento della prestazione lavorativa sanzionate dall'art. 101 del C.C.N.L. consente di definire la fase sommaria con l'applicazione del novellato disposto dell'art. 18 co. 4 della L. n. 300 del 1970"; Trib. Trento 29 gennaio 2013 secondo cui "quindi, essendo le condotte relative agli ammanchi addebitati sanzionate dal CCNL cit. con la multa (art. 225 co.2, il quale contempla l'ipotesi del lavoratore *'che esegua con negligenza il lavoro affidatogli'*), nel caso in esame non ricorrono gli estremi della giusta causa addotta perché i fatti addebitati rientrano tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi" ; Trib. Bologna 22 marzo 2013, secondo cui "il riferimento all'art. 32 CCNL Logistica (*'qualunque atto che porti pregiudizio alla disciplina, alla morale o all'igiene ed alla sicurezza dell'azienda'*) appare compatibile con il comportamento del ricorrente che può in effetti aver contribuito a determinare un clima di tensione nel luogo del lavoro senza per altro esercitare violenza. Tale articolo prevende come sanzione una multa". In senso analogo, Trib. Milano 24 gennaio 2013; Trib. Milano 20 marzo 2013.

ripristinatorio, quanto per la frequentissima formulazione delle relative ipotesi disciplinari, da parte delle declaratorie collettive, in termini ampi ed indeterminati che rendono agevole e piana tale attività di sussunzione degli addebiti nelle fattispecie astratte punite con una sanzione meramente conservativa.

Su tutte, per l'ottima capacità di cogliere i termini esatti della questione, merita di esser menzionata App. Roma, 7 maggio 2014<sup>324</sup>, secondo cui “invero, l'art. 18, quarto comma, nuovo testo, Stat. lav., fa letterale riferimento non alle ‘tipizzazioni’ del contratto (o del codice), ma alle sue ‘previsioni’, demandando così alle parti sociali la scelta del grado di analiticità mediante cui predeterminare l'applicazione di sanzioni conservative su base pattizia. Ed ove tale scelta sia quella di valersi di formule ‘elastiche’, o di chiusura, del tipo di quelle indicate, non si vede a quale titolo possa escludersi l'applicazione della tutela reintegratoria prevista dal citato quarto comma, una volta che il giudice ritenga di poter sussumere il fatto nella relativa disposizione collettiva. Né appare, in tale caso, frustrata la *ratio legis*. Si tratta pur sempre di situazioni in cui la ‘punibilità’ soltanto in via conservativa trova un fondamento, che non consiste nella nuda applicazione del principio di proporzione (quale quello di cui all'art. 2106 c.c.), ma rimanda alla disciplina liberamente dettata dalle parti collettive (cui è da imputare l'eventuale minor grado di prevedibilità, *ex ante*, della sanzione così concretamente irrogabile). Non si tratta di *interpretatio abrogans*, restando l'applicazione del quinto

---

<sup>324</sup> Martelloni, *La reintegrazione è applicabile anche in caso di norme pattizie elastiche sui fatti punibili con sanzione conservativa*, nota a App. Roma, 7 maggio 2014, [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com).

comma, nuovo testo, dell'art. 18 Stat. lav. (tutela solo indennitaria) in tutti i predetti casi in cui il giudizio di sproporzione abbia - anche in funzione delle caratteristiche di redazione dei contratti collettivi e dei codici disciplinari - fonte solo legale”.

Come è agevole riscontrare – e diversamente da quanto sostenuto da alcuni Autori che avevano predetto un “diffuso esercizio giurisprudenziale di interpretazioni estensive o analogiche delle condotte illecite specificamente ritenute compatibili con la continuità del rapporto”<sup>325</sup> – non si tratta, in sostanza, di ricorrere all’interpretazione estensiva o analogica delle previsioni dei contratti collettivi, quanto, piuttosto, di una normalissima ed ordinaria attività di sussunzione della fattispecie concreta in fattispecie astratte che, in quanto formulate tramite il ricorso a formule “elastiche” o “di chiusura”, attribuiscono al giudice una discrezionalità più o meno ampia – ed inevitabile, se non a costo di rinnegare la funzione del giudice – nello svolgimento della predetta attività.

Emblematica, da questo punto di vista, è la sentenza della Suprema Corte dell’11 febbraio 2015, n. 2692<sup>326</sup>.

La pronuncia scaturisce da un caso piuttosto semplice: un lavoratore dipendente, nella convinzione di esser vittima di un’ingiusta delazione ordita dai suoi colleghi in suo danno, aveva rivolto con voce alterata parole offensive e volgari ad un suo diretto superiore, non rifiutando tuttavia di espletare la propria prestazione

---

<sup>325</sup> Palladini, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, op. cit., pag. 671.

<sup>326</sup> Chiaromonte, *La reintegrazione per licenziamento disciplinare sproporzionato fra riforma Fornero e jobs act: quali margini di apprezzamento per il giudice?*, nota a Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692, RIDL, 2015, II, pag. 635 ss.

lavorativa, né tantomeno contestando i poteri del superiore che l'aveva invitato a collaborare per una serena attività nel reparto. Il datore di lavoro aveva ritenuto che il fatto commesso dal lavoratore integrasse un'ipotesi di "insubordinazione grave", punita dal contratto collettivo con il licenziamento; la Corte d'Appello di Napoli e la Cassazione, invece, valutavano che esso avesse integrato un'ipotesi di "insubordinazione lieve", punita dal contratto collettivo con una sanzione conservativa. In particolare, secondo la Suprema Corte, "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".

E' allora evidente che la Corte non utilizza il principio di proporzionalità per applicare estensivamente una fattispecie astratta a casi da essa non previsti, ma, ben diversamente, se ne avvale come parametro guida nell'attività di sussunzione della fattispecie concreta in una previsione che, in quanto formulata in maniera elastica, già di per sé è idonea ad includere la fattispecie concreta contestata al lavoratore. Come si rilevava, quindi, nessuna attività estensiva, ma una pura e semplice attività di qualificazione del fatto concreto e di conseguente riconduzione di esso ad una fattispecie astratta.

Altre pronunce – al fine di consentire al giudice di valutare se il fatto contestato rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa ai sensi delle fonti collettive applicabili al rapporto – sembrerebbero orientate ad ammettere una valutazione *lato sensu* "comparativa" della

mancanza addebitata al lavoratore licenziato (di per sé non espressamente prevista tra le sanzioni punite con una sanzione conservativa dalle fonti collettive, né alle stesse assimilabile in via interpretativa) rispetto ad un'altra mancanza di “pari gravità” che invece risultasse espressamente punita in termini conservativi<sup>327</sup>. Quanto

---

<sup>327</sup> Trib. Roma 14 gennaio 2013, secondo cui “nei limiti della cognizione consentiti in questa fase ritiene questo giudice che il licenziamento intimato al XX sia illegittimo per sproporzione: l’art. 56 ccnl dipendenti postali (...) prevede le sanzioni dell’ammonizione scritta o del rimprovero verbale per il dipendente che non rispetti l’orario di lavoro o le formalità per il controllo delle presenze. Ciò posto (...) è di immediata evidenza che la mancata richiesta di un permesso per assentarsi al fine di espletare attività di assistenza in una causa civile tra un collega e YY s.p.a. e l’omessa comunicazione successiva dell’assenza, in assoluta carenza di altri procedimenti disciplinari (o, quantomeno, non costando la presenza di procedimenti disciplinari o di precedenti sanzioni irrogati al XX) e nell’ambito dello svolgimento di attività sindacale (essendo il XX rappresentante sindacale della ZZ), non è suscettibile di dar luogo, ad opinione di questo giudice, nel necessario rispetto di proporzionalità ed adeguatezza della sanzione di cui all’art. 2106 c.c., all’espulsione definitiva dalla compagine aziendale. A tanto segue l’annullamento del licenziamento irrogato al XX con conseguente ordine di reintegra...”. Si consideri, inoltre, Trib. Bologna, 4 marzo 2013, il quale, una volta rilevato che il contratto collettivo sanziona con il licenziamento unicamente le assenze ingiustificate superiori a quattro giorni, ritiene di desumere “una previsione implicita di sanzioni conservative per illeciti disciplinari meno gravi e rilevanti, quale quello effettivamente commesso dal lavoratore”. Ed ancora, Trib. Taranto, 3 giugno 2013, secondo cui “in assenza di codice disciplinare ed in mancanza, nel contratto collettivo, di una gradazione di condotte inadempienti e di sanzioni occorre nondimeno ipotizzare una scala simile (ad opera del giudice), che dovrà

sopra con un approccio valutativo che permetterebbe al giudice di desumere, “in chiave analogica” ed alla luce del principio di proporzionalità, la punibilità con una sanzione conservativa anche della prima mancanza, sì da legittimare, sotto questo profilo, la successiva reintegrazione in servizio del lavoratore illegittimamente licenziato. Si può notare che, diversamente dall’orientamento più sopra analizzato, i giudici qui non si avvalgono dell’ampiezza e dell’indeterminatezza della fattispecie astratta per ricondurvi la fattispecie contestata, ma ritengono di poter estrapolare dalle previsioni del contratto collettivo che puniscono dati fatti con una sanzione conservativa il parametro di gravità/severità di cui il contratto collettivo sarebbe espressione, per poi applicarlo alla fattispecie concreta non espressamente prevista dal contratto collettivo in questione.

Un altro orientamento giurisprudenziale ritiene applicabile il rimedio ripristinatorio in tutti quei casi in cui il contratto collettivo non preveda un’esplicita elencazione delle condotte disciplinarmente rilevanti, demandando all’interprete il compito di graduare il rimedio sanzionatorio in relazione alla gravità dell’addebito commesso dal lavoratore. Analogamente, la violazione del principio di proporzionalità comporterebbe l’applicazione della c.d. reintegrazione attenuata qualora il contratto collettivo si limitasse a prevedere che il recesso sia legittimo in caso di notevole inadempimento degli obblighi

---

distinguere tra condotte inadempienti che sarebbero astrattamente passibili di licenziamento disciplinare e condotte, per inadempimenti ma meno gravi, che sono astrattamente passibili solo di sanzioni conservative”.

contrattuali o di causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto<sup>328</sup>.

Si può allora notare che, in tutti questi casi, la sproporzione del licenziamento determina l'applicabilità del rimedio ripristinatorio non sulla base della convinzione che l'immanenza nell'ordinamento del principio di proporzionalità autorizzi un'applicazione analogica del parametro di gravità di cui è espressione l'elencazione collettiva, ma, diversamente, perché il contratto collettivo, non contenendo un'esplicita tipizzazione delle condotte disciplinari, demanda all'interprete il compito di stabilire la sanzione concretamente applicabile in relazione alla gravità intrinseca del fatto commesso.

---

<sup>328</sup>Trib. Prato 6 maggio 2014 il quale rileva che “l'art. 44 del C.C.N.L. di categoria, però, non tipizza le condotte punibili con sanzioni conservative e le condotte punibili con la sanzione espulsiva, limitandosi genericamente a prevedere che il licenziamento possa essere comminato per un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro, e che sussiste giusta causa di licenziamento quando la mancanza è così grave da non consentire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto. Pertanto la contrattazione collettiva lascia totalmente all'interprete la determinazione di quali siano, in concreto, le singole condotte che, in quanto costituenti un notevole inadempimento contrattuale sono passibili di essere sanzionate con il licenziamento. A parere di questo Giudicante, nella consapevolezza della varietà di interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali sul punto, per applicare la reintegra non è necessaria l'esistenza di una sanzione conservativa tassativamente e specificamente prevista dal contratto collettivo o dai codici disciplinari, ma è consentito al giudice valutare all'uopo anche fattispecie disciplinari formulate genericamente nei contratti collettivi e sussumere il fatto concretamente addebitato al lavoratore tra queste ultime ipotesi, previo giudizio di proporzionalità fra l'illecito commesso dal dipendente e la sanzione inflitta”.

E' evidente allora che, in queste peculiari ma non infrequenti ipotesi di assenza di qualsiasi tipizzazione da parte del contratto collettivo, il piano della legittimità del licenziamento e quello dei rimedi sanzionatori che il legislatore del 2012 voleva tenere distinti si vengono a sovrapporre nuovamente, non consentendo di evitare che dalla ritenuta ingiustificatezza del recesso possa derivare l'applicazione del rimedio ripristinatorio.

### **III.5.3) Una possibile lettura della disposizione di cui all'art. 18, co. 4 della L. n. 300/1970.**

Una volta esplicitate le varie correnti interpretative sviluppatesi nel panorama dottrinale e giurisprudenziale, risulta più agevole – per chi scrive – il compito di esprimere la propria adesione alla soluzione che si ritiene preferibile, pur essendosi ben consapevoli che la natura “politica e compromissoria” del testo di legge fa sì che, a prescindere dalla tesi che si adotti, “non ogni distonia potrà essere eliminata”<sup>329</sup>.

Va rilevato, in via preliminare, come le molteplici incertezze interpretative che scaturiscono dall'analisi della disposizione normativa di cui all'art. 18, co. 4 della L. n.

---

<sup>329</sup> Così, in particolare, Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, op. cit., pag. 1075. Analogamente, Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconizioni e confronti*, op. cit., pag. 16 scrive che “quanto alle oscurità dei termini nei quali è stata congegnata la separazione tra le tutele, anch'esse sono imputabili, almeno in parte, alla logica del compromesso”.



300/1970 pongano la necessità di privilegiare una lettura il cui effetto sia quello di rendere la norma, nel complesso, più funzionale possibile, e che quindi, a tal fine, consenta di attribuire a ciascuno dei due rimedi sanzionatori previsti in caso di licenziamento ingiustificato un proprio autonomo ed apprezzabile ambito applicativo, al contempo impedendo soluzioni interpretative prive di ragionevolezza che producano risultati iniqui sul piano sostanziale.

Ciò premesso, e con riferimento alla possibile interpretazione della formula di legge che delimita l'ambito di operatività del primo dei due canali della c.d. reintegrazione attenuata prevista dall'art. 18 co. 4, si ritiene innanzitutto che meriti d'essere respinta quella tesi che ritiene che il fatto contestato possa essere inteso in termini puramente oggettivi, ovvero in termini che consentano di prescindere dalla rilevanza disciplinare del medesimo e dalla sua soggettiva imputabilità. L'infondatezza di tale tesi è resa palese non solamente dalla forte iniquità dei risultati pratici cui condurrebbe la sua adozione<sup>330</sup>, ma risulta altresì evidente se si considera che il fatto la cui sussistenza deve essere indagata non è un fatto qualsiasi ma è il "fatto contestato", il quale, in quanto tale, deve necessariamente presentare una sia pur minima rilevanza disciplinare. Quanto sopra non solo perché la contestazione di un fatto lecito sarebbe marcatamente contraria al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto – cui entrambe le parti devono attenersi nell'attuazione di qualsiasi rapporto obbligatorio – ma soprattutto perché la suddetta rilevanza disciplinare deve ritenersi imposta dalle regole basilari in materia di esercizio del potere disciplinare. In questo senso, l'art. 7

---

<sup>330</sup> Si veda, in proposito, la nota n. 280 e gli scritti degli Autori ivi citati.

co. 2 della L. n. 300/1970 prescrive che “il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato *l'addebito* e senza averlo sentito a sua difesa”, e l'art. 2106 c.c. prevede che “l'*inosservanza* delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'*infrazione* e in conformità delle norme corporative”. E' allora evidente che se il presupposto astratto che legittima l'attribuzione al datore del potere disciplinare si individua nell'esistenza di un contratto di lavoro, il presupposto pratico affinché esso possa in concreto esser esercitato si deve individuare in una “inosservanza” del prestatore degli obblighi cui contrattualmente è tenuto che, in quanto tale, da un lato integri una “infrazione”, dall'altro consenta al datore di muovergli un “addebito” per il tramite di una lettera di contestazione<sup>331</sup>.

---

<sup>331</sup> La necessità che il fatto oggetto di contestazione abbia un minimo disvalore disciplinare è sostenuta anche da Mazzotta, *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, op. cit., secondo cui tale dato si evince sia dalle disposizioni che disciplinano in generale l'esercizio del potere disciplinare, sia dal tenore letterale dell'art. 18 co. 4, il quale, nel prevedere che la reintegrazione c.d. dimidiata trovi applicazione nei casi in cui il fatto contestato sia riconducibile alle “condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”, dimostrerebbe che “è lo stesso legislatore ad escludere il rilievo di meri fatti materiali, irrilevanti per il diritto, dal momento che il fatto non è richiamato nella sua materialità, ma viene colto nell'atto di divenire suscettibile di condurre ad una reazione disciplinare. Il che significa che la legge non prende in considerazione un fatto materiale, del tutto avulso da ogni valutazione giuridica, bensì

Ciò doverosamente premesso, chi scrive ritiene di dover aderire alla tesi che ritiene che la locuzione “fatto contestato” debba essere intesa in termini di

---

un fatto *oggetto di valutazione* ad opera del contratto collettivo o del codice disciplinare, cioè un fatto che costituisce l’oggetto di un inadempimento”. In giurisprudenza è degna di nota, per la netta e condivisibile presa di posizione sulla questione qui divisata, la sentenza n. 173 del 12 maggio 2015 della Corte d’Appello di Brescia (per la consultazione integrale della quale, unitamente alla relativa nota di commento, si rinvia a Cangemi, *In bilico tra il fatto materiale e fatto giuridico lungo il crinale della proporzionalità*, ADL, 2015, pag. 993 ss.), secondo cui “La nuova formulazione dell’art. 18 non restringe le ipotesi del IV comma alla sola ipotesi di mancanza del fatto materiale contestato, per tale intendendosi la sola mancanza degli elementi materiali dell’illecito disciplinare (condotta, nesso di causa ed evento), confinando conseguentemente nella categoria residuale delle ‘altre ipotesi’ la tutela indennitaria (così genericamente individuate nel 5° comma dell’art. 18) tutti gli altri casi in cui fosse invece sussistente l’antigiuridicità, l’imputabilità, la volontarietà della condotta, l’elemento soggettivo ed infine il difetto di proporzionalità. E questo anche senza voler considerare che la mancanza di quest’ultimo requisito potrebbe ancora riportare alla reintegra per altra via, ogni volta che si venga a configurare la seconda ipotesi, in presenza della quale l’art. 18, 4° comma, riformato dalla legge 92, prevede l’operatività della tutela forte per essere il fatto riconducibile ad una condotta disciplinare ‘*punita con una sanzione conservativa*’ nei contratti collettivi e codici disciplinari. Vanno, infatti, riportati all’interno della stessa tutela reintegratoria tutti i casi in cui il fatto neppure abbia rilevanza disciplinare (oltre i casi in cui non sia imputabile al lavoratore, non sia assistito dall’elemento soggettivo contestato o dalla volontarietà della condotta, o sia privo di antigiuridicità in quanto giustificato”.

inadempimento soggettivamente imputabile, di qualunque gravità esso sia<sup>332</sup>.

Tale tesi infatti è l'unica, tra quelle prospettate, che ha il pregio di rispettare la “sistematica della norma, che espressamente in commi diversi contempla sanzioni distinte per la medesima carenza causale”<sup>333</sup>. Ne deriva che, ritenuta non integrata la causale di licenziamento addotta in ragione della violazione del principio di proporzionalità di cui all'art. 2106 c.c., qualora il giudice accerti che l'addebito contestato al lavoratore sia tale da configurare un inadempimento soggettivamente imputabile al medesimo – e sempreché il fatto contestato non sia riconducibile ad una declaratoria del contratto collettivo che lo punisca con una sanzione conservativa – allora

---

<sup>332</sup> Tesi la cui validità era peraltro stata sostenuta dallo scrivente, sia pure con tutti limiti espositivi connaturati alla natura del contributo, già nel marzo 2014. A questo proposito, sia consentito rinviare a Lama, *L'irrilevanza disciplinare del fatto posto a base del recesso comporta la reintegrazione ex art. 18, comma 4, l. 20 maggio 1970, n. 300*, nota a Trib. Milano, 7 novembre 2013, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com).

<sup>333</sup> De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, op. cit. pag. 1067. Nello stesso senso, Santini, *I licenziamenti per motivi soggettivi dopo la legge n. 92/2012: prime applicazioni giurisprudenziali*, op. cit., pag. 1009, la quale, con riferimento alla tesi che ritiene che la locuzione fatto contestato debba coincidere con i concetti di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, afferma che “certamente operata nel nome di un *continuum* garantista, si tratta purtuttavia di un'operazione interpretativa questa che collide con le finalità della riforma ed il cui risultato pratico è di lasciare pressochè intatta l'area di applicazione della reintegra con una sola diminuzione delle ricadute economiche, mentre la tutela indennitaria finisce per non avere nella sostanza alcuna possibilità di trovare applicazione”.

dovrà trovare applicazione il rimedio indennitario di cui all'art. 18 co. 5.

Per questi banali – ma difficilmente superabili – motivi, non può convincere allora l'opposta tesi che giunge a ritenere che il “fatto contestato” debba coincidere con il concetto di giustificato motivo o di giusta causa; essa, infatti, pur con le migliori ed apprezzabili intenzioni, finisce per escludere del tutto l'operatività del rimedio indennitario di cui all'art. 18 co. 5, impedendo alla riforma di esplicitare la portata innovativa che le è propria: ed è appena il caso di sottolineare come detta riforma, per quanto non condivisibile possa risultare negli obiettivi di politica del diritto da essa perseguiti, non possa tuttavia esser considerata *tamquam non esset*.

Si è ben consapevoli che non è sufficiente constatare che la “tesi del fatto giuridico” finisca per rendere inoperanti le modifiche introdotte (o, se si vuole, per calpestare la volontà del legislatore del 2012) per ritenere superati i diversi rilievi di ordine sistematico che invece inducono i sostenitori della medesima a giudicarla, al contrario, come l'unica a poter essere accolta; il fatto è che, ad avviso di chi scrive, questi rilievi non riescono a convincere che quella proposta dai sostenitori di tale tesi sia la corretta accezione con cui intendere il sintagma “fatto contestato”.

Così è, ad esempio, per quell'argomentazione in base alla quale si sostiene che il legislatore non potrebbe aver sposato la tesi del “fatto materiale”, se non a costo di rinnegare il principio di proporzionalità, ovvero la fondamentale funzione di “conservazione dell'equilibrio sinallagmatico”, di “garanzia di conservazione del contratto e dell'assetto degli interessi in questo

convenuto”, che tale principio è ancora oggi in grado di esplicare<sup>334</sup>.

In verità, ciò che i fautori della tesi del fatto giuridico<sup>335</sup> – per tali intendendosi, sinteticamente, tutti quegli Autori che ritengono che il fatto contestato la cui sussistenza è oggetto di accertamento ai fini della scelta del regime sanzionatorio debba coincidere con i concetti giusta causa e/o giustificato motivo soggettivo – rifiutano pregiudizialmente di accettare è la praticabilità dell’intervento normativo del 2012 il quale, sia pure con formule oscure e di difficile interpretazione, ha scisso il nesso tra ingiustificatezza del recesso ed applicazione del rimedio ripristinatorio. In altri termini, la negazione preconcepita della possibilità del legislatore di prevedere l’applicabilità di un rimedio meramente indennitario per il licenziamento ingiustificato induce i fautori della tesi del fatto giuridico a ritenere – attraverso una valorizzazione esasperata del principio di proporzionalità di cui all’art. 2106 c.c. – di dover desumere dalla violazione di tale principio conseguenze sul piano rimediale che, in verità, non sono in alcun modo necessitate.

Ad opinione di cui scrive, infatti, il quarto comma dell’art. 18 L. n. 300/1970 deve esser valutato nel suo complesso, non dovendosi trascurare che tale disposizione di legge ha comunque previsto che il rimedio ripristinatorio si applichi anche quando il fatto contestato sia riconducibile ad una condotta punibile con una sanzione conservativa, sulla base delle previsioni del

---

<sup>334</sup> Così, in particolare, Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, op. cit., pag. 35.

<sup>335</sup> La semplificazione classificatoria è frutto di una scelta di chi scrive, al fine di individuare più immediatamente l’essenza concettuale della relativa posizione.

contratto collettivo o del codice disciplinare applicabile. La tesi del “fatto giuridico” appare invece, a chi scrive, frutto di una considerazione piuttosto parziale e miope dell’intera disposizione che contiene il sintagma “insussistenza del fatto contestato”, in quanto giunge a negare la fondatezza della tesi del fatto materiale ricorrendo ad argomentazioni che fanno leva sullo svilimento del principio di proporzionalità, ed omettendo completamente di verificare se tale principio possa dirsi negato anche in caso di ricorrenza del secondo canale di accesso al rimedio ripristinatorio, così come previsto dalla medesima disposizione oggetto di analisi.

Il legislatore del 2012, infatti, nel prevedere che la reintegrazione possa trovare applicazione quando il fatto contestato rientri in una condotta punibile con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi, altro non ha fatto che rendere l’autonomia collettiva – con una scelta di fondo analoga a quella sottesa ai c.d. “contatti delegati” – vera e propria depositaria della regola della proporzionalità tra infrazione e sanzione. Attribuendo alle parti collettive l’importantissimo compito di individuare i casi in cui la violazione del principio di proporzionalità non determina unicamente l’illegittimità del recesso, ma produce altresì conseguenze sul piano rimediale, il legislatore non ha negato la rilevanza e l’essenzialità del principio di proporzionalità, ma ha tentato (quanto poi ci sia riuscito è un altro discorso) di rendere maggiormente prevedibili i casi in cui la violazione di tale principio determini l’operatività del rimedio ripristinatorio. In altre parole, con la L. n. 92/2012 il legislatore ha affidato all’autonomia collettiva il compito di tradurre il principio di proporzionalità tra infrazione e sanzione in previsioni più o meno specifiche che permettano al datore di conoscere –

con maggiore consapevolezza di quanta ne possa avere quando si interroghi sulla ricorrenza o meno della causale di legge posta a base del recesso – i casi in cui la violazione di tale principio è destinata a comportare l’operatività della reintegrazione<sup>336</sup>.

Conseguenza diretta dell’approccio interpretativo che rifiuta di riconoscere che la violazione del principio di proporzionalità di cui all’art. 2106 c.c. – perlomeno allorché il giudice debba accertare la sussistenza o meno del fatto contestato – vale a comportare solo ed unicamente l’illegittimità del recesso è la negazione dell’esistenza del nuovo duplice accertamento che il giudice è ora chiamato a compiere. Ciò, in particolare, è evidente laddove si osserva come non sia “configurabile un accertamento materiale del fatto-presupposto in modo separato dalla sua qualificazione giuridica come ‘inadempimento’ imputabile e rilevante ai fini della risoluzione del rapporto di lavoro”<sup>337</sup>. Ma tale erroneo convincimento altro non è che la conseguenza della predetta, preliminare negazione teorica che risulta propugnata dai sostenitori di un tale assunto.

---

<sup>336</sup> In proposito, Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, op. cit., pag. 30, ha correttamente rilevato che il principio di proporzionalità “potrebbe dirsi negato soltanto se ne derivasse la considerazione del licenziamento *sproporzionato* come licenziamento *giustificato*; il che di certo non è, visto che, sulla base dell’interpretazione ipotizzata, il licenziamento in questione permane *ingiustificato*, anche se è assoggettato ad una tutela diversa da quella reintegratoria”.

<sup>337</sup> Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, op. cit., pag. 162.



Si deve invece ritenere che ora il giudice sia chiamato a compiere un primo accertamento – uguale in tutto e per tutto a quello che già era compiuto in passato – diretto a verificare se la gravità dell’inadempimento sia tale da raggiungere la soglia della notevolzza idonea a giustificare il recesso con il preavviso o la soglia del notevolissimo o gravissimo inadempimento idoneo a giustificare il recesso in tronco, ed in seguito un secondo accertamento – che risulta strumentale alla scelta del regime sanzionatorio, ed il cui esperimento è subordinato all’esito negativo del primo – diretto a verificare se ricorrano o meno le condizioni per l’operatività del rimedio ripristinatorio. In tal modo – diversamente da quanto sostenuto dai commentatori che aderiscono alla tesi qui criticata – non si è scissa la considerazione materiale del fatto dalla sua valutazione giuridica, poiché entrambe le valutazioni che il giudice è ora chiamato a compiere hanno natura eminentemente giuridica, essendo entrambe compiute alla luce di parametri normativi. Ed in particolare, la valutazione inerente la legittimità del recesso è compiuta alla luce sia del principio di proporzionalità sancito dall’art. 2106 c.c. che alla luce delle nozioni elastiche di giustificato motivo soggettivo e giusta causa, mentre quella inerente la scelta del regime sanzionatorio applicabile è invece compiuta – per quanto attiene alla prima ipotesi di operatività della c.d. reintegrazione attenuata – alla luce del parametro di cui all’art. 1218 c.c.<sup>338</sup>. Ed è innegabile che la prima valutazione, per la molteplicità dei fattori ivi presi in

---

<sup>338</sup> Secondo cui, come noto, è inadempiente il debitore che non compie esattamente la prestazione dovuta a meno che non provi che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

considerazione, è maggiormente complessa ed imprevedibile di quanto lo sia invece la seconda, nell'ambito della quale vengono in rilievo fattori più agevolmente accertabili quali la sussistenza di una causa di giustificazione che escluda l'antigiuridicità del fatto, ovvero la ricorrenza di una causa di forza maggiore che ne impedisca l'imputabilità soggettiva.

Sulla scorta di una tale impostazione concettuale risulta in particolare pienamente rispettata, quantomeno con riferimento alla prima ipotesi di operatività del rimedio ripristinatorio, la volontà del legislatore di riservare ed ancorare la reintegrazione a presupposti la cui sussistenza è accertabile con relativa semplicità dallo stesso datore di lavoro che procede al licenziamento; ovvero, se si preferisce, la volontà di “rendere tale costo maggiormente calcolabile (tramite la previsione, del tutto assente nel testo previgente, di massimali finalizzati a ridurre *ex ante* lo spettro dei rispettivi rischi, e di favorire, in tal modo, il pragmatico raggiungimento di accordi transattivi)”<sup>339</sup>.

Del resto, non appare del tutto irragionevole – come invece è stato ritenuto da alcuni – la previsione ad opera del legislatore di un sistema rimediabile che si caratterizza per una gradazione dell'afflittività dei rimedi sanzionatori del licenziamento illegittimo che sia correlata alla gravità del vizio dell'atto di recesso. Né appare in alcun modo irragionevole – ed è questo il vero motivo che induce chi scrive a privilegiare un'interpretazione più rigorosa della locuzione “fatto contestato” – che il legislatore possa aver stabilito che “il difetto di proporzionalità del

---

<sup>339</sup> Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, op. cit., pag. 18.

provvedimento datoriale espulsivo produc[a] conseguenze diverse a seconda che il giudizio di non adeguatezza sia figlio di una precisa disposizione contrattuale o, viceversa, in assenza di quest'ultima, di una mera valutazione del giudicante governata soltanto dal criterio di cui all'art. 2106 c.c. (in questo secondo caso con applicazione della sola sanzione indennitaria)”<sup>340</sup>.

Viene comunemente obiettato che il ritenere che il sintagma “fatto contestato” debba essere inteso in termini di inadempimento soggettivamente imputabile impedirebbe – di fatto – l’operatività del rimedio reintegratorio, dato che nessun datore di lavoro minimamente dotato di senno intimerebbe un licenziamento privo di disvalore disciplinare o addirittura commesso da un altro dipendente: il tutto con il risultato finale per cui una tale accezione del fatto contestato finirebbe per risultare altrettanto logicamente viziata quanto quella della diversa accezione del fatto contestato come fatto giuridico, che come già segnalato finisce per impedire l’operatività del rimedio indennitario di cui all’art. 18 co. 5. In apertura del presente paragrafo si è detto, per di più, che l’interpretazione che si deve

---

<sup>340</sup> De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, op. cit., pag. 1070. Nello stesso senso anche Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all’art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012 n. 92*, op. cit., nonché Corte d’Appello di Roma 7 maggio 2014 allorquando ha riconosciuto che il rimedio indennitario di cui all’art. 18 co. 5 è destinato a trovare applicazione “in tutti i predetti casi in cui il giudizio di sproporzione abbia - anche in funzione delle caratteristiche di redazione dei contratti collettivi e dei codici disciplinari - fonte solo legale”.

obbligatoriamente prediligere è quella che consente a ciascuno dei due rimedi sanzionatori che vengono in rilievo in caso di licenziamento ingiustificato di trovare un proprio autonomo ed apprezzabile ambito applicativo, dovendosi invece ripudiare interpretazioni che finiscano per relegare uno dei due suddetti rimedi a poter operare solo “sulla carta”.

Si è ben consapevoli, peraltro, che tale soluzione interpretativa – pur essendo maggiormente rispettosa e della lettera e della *ratio* della disposizione di quanto lo sia l’opposta tesi la cui validità si è tentato qui di confutare – oltre ad escludere di fatto l’operatività della c.d. reintegrazione attenuata potrebbe dar luogo a facili abusi nell’esercizio del potere di recesso; e ciò nella misura in cui consentirebbe la risoluzione del rapporto di lavoro (non anche la legittimità del recesso) in tutti i casi in cui il prestatore abbia commesso un inadempimento soggettivamente imputabile di rilevanza disciplinare modesta, vale a dire in ipotesi che, secondo le più elementari ed evidenti ragioni di equità sostanziale, sarebbe più giusto venissero sanzionate con una mera sanzione conservativa.

Queste obiezioni, pur suggestive, sono tuttavia tanto parziali quanto lo è il rilievo per cui il fatto contestato non può essere inteso in termini di inadempimento soggettivamente imputabile se non a costo di negare l’operatività e l’importanza del principio di proporzionalità; ciò perché la sola circostanza che la reintegrazione possa trovare applicazione anche quando il fatto contestato “rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili” è in grado di smentirne – di per sé – l’efficacia persuasiva.

E' a questo punto evidente che, per consentire che l'interpretazione prescelta della locuzione "fatto contestato" non conduca a risultati inaccettabili dal punto di vista dell'equità sostanziale, è doveroso valorizzare adeguatamente la previsione della riconducibilità del fatto contestato alle condotte punite con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi, di cui si ritiene ammissibile – sia pure entro certi limiti – l'interpretazione estensiva. In altri termini, una opportuna e doverosa valorizzazione della seconda previsione di operatività del rimedio ripristinatorio è "l'appiglio normativo" che induce ad aderire a quella tesi che vuole che la locuzione "fatto contestato" sia intesa con l'unico significato effettivamente rispettoso della lettera e della *ratio* della disposizione. Per altro verso, tale seconda ipotesi di operatività del rimedio ripristinatorio, comportando uno spazio applicativo della reintegrazione più o meno ampio, permette altresì all'interprete di non confrontarsi con tutti quei rilievi dottrinali che contestano la validità della lettura della locuzione del fatto contestato qui proposta sulla base della considerazione che, in caso di licenziamento ingiustificato, la tutela in forma specifica – di cui la reintegrazione, come è noto, è un'applicazione – sia la forma di risarcimento che deve poter trovare applicazione in via prevalente rispetto alla tutela per equivalente.

Una volta esplicitate le motivazioni della personale adesione di chi scrive alla tesi che ritiene che il fatto contestato debba essere inteso in termini di inadempimento disciplinarmente rilevante e giuridicamente imputabile, di qualunque gravità esso sia, si può passare ad esaminare l'importante questione relativa alle conseguenze rimediale applicabili in caso di licenziamento intempestivo. Ovviamente, prima del 2012, la questione relativa alla

natura del vizio da cui è affetto il licenziamento intempestivo – non avendo essa dei risvolti sulla scelta concreta del regime sanzionatorio applicabile – era piuttosto marginale, con la conseguenza che gli sforzi degli interpreti erano prevalentemente concentrati sull'individuazione dei presupposti di fatto in presenza dei quali il vizio di intempestività poteva dirsi integrato. Senonché tale questione ha acquisito attualmente particolare rilievo, dato che nel caso in cui si attribuisse prevalenza al profilo procedurale del vizio di intempestività, riconoscendone l'attitudine a consentire comunque la difesa stragiudiziale del lavoratore incolpato, allora in caso di licenziamento intempestivo troverebbe applicazione l'indennità risarcitoria di cui all'art. 18 co. 6; mentre invece, qualora si ritenesse invece la tempestività un requisito di legittimità di natura sostanziale, e quindi attinente al profilo causale dell'atto di recesso, allora in caso di suo difetto verrebbe a trovare applicazione l'indennità di cui all'art. 18 co. 5 o il rimedio ripristinatorio di cui all'art. 18 co. 4.

Per risolvere gli interrogativi che la recente normativa pone, è necessario muovere dai consolidati orientamenti giurisprudenziali elaborati con riferimento al requisito della tempestività del licenziamento disciplinare: come è noto, infatti, tale requisito non è sancito esplicitamente da alcuna norma di legge, ma è stato desunto dalla giurisprudenza dalla regola di cui all'art. 7 co. 2 della L. n. 300/1970, che non consente al datore di lavoro di adottare alcun provvedimento disciplinare se non dopo aver contestato e sentito il lavoratore a sua difesa<sup>341</sup>.

---

<sup>341</sup> Sul fondamento del principio di tempestività si vedano, tra le altre, Cass. n. 1995/2012; Cass. n. 13167/2009.

Pertanto, proprio in ragione del riconoscimento di un vero e proprio diritto di difesa del lavoratore incolpato, si è stabilito che la contestazione dell'addebito che precede l'irrogazione della sanzione debba esser "ragionevolmente"<sup>342</sup> tempestiva, a causa delle maggiori difficoltà che il trascorrere del tempo provoca al lavoratore che, per potersi effettivamente discolpare, deve esser messo nella condizione di presentare le proprie giustificazioni nella maniera più dettagliata possibile<sup>343</sup>. In quest'ordine di idee, si è altresì affermato che il principio di tempestività è un diretto derivato del principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto<sup>344</sup>, non potendo l'ordinamento tollerare che un datore di lavoro che abbia adeguata contezza di un inadempimento disciplinare del proprio prestatore possa posticiparne *ad libitum* la contestazione, al fine di aggravare

---

<sup>342</sup> Principio consolidato in materia è quello secondo cui "pur dovendo tale principio essere inteso in senso relativo, il datore di lavoro deve portare a conoscenza del lavoratore i fatti emersi a suo carico non appena essi gli appaiono ragionevolmente sussistenti, non potendo egli procrastinare le contestazioni fino al momento in cui ritiene di averne assoluta certezza". Così, in particolare, Cass. n. 6715/2014; nello stesso senso, Cass. n. 3532/2013; Cass. n. 2725/2012; Cass. n. 25856/2010; Cass. n. 14115/2006; Cass. n. 9955/2005. In dottrina, si veda, tra gli altri, Pisani, *Sul principio di tempestività del licenziamento disciplinare*, MGL, 2008, pag. 148 ss.

<sup>343</sup> Si vedano, tra le altre, Cass. n. 13621/2006 e Cass. n. 22708/2006 con nota di Cannati, *La funzione dissuasiva intrinsecamente propria del provvedimento disciplinare e la sua rilevanza nella valutazione della congruità tra sanzione e mancanza*, RIDL, 2007, II, pag. 473 ss.

<sup>344</sup> In questo senso, tra le altre, Cass. n. 14756/2014; Cass. n. 1995/2012.

arbitrariamente la altrui situazione di soggezione connaturata alla condizione di lavoratore subordinato.

E' altresì pacifico che il requisito della tempestività non attenga unicamente all'intervallo di tempo che intercorre tra la adeguata conoscenza degli addebiti e la loro contestazione (così emergendo la sua strumentalità rispetto all'esercizio del diritto di difesa del lavoratore), dovendo altresì essere riferito anche al diverso e successivo intervallo di tempo che intercorre tra la contestazione dell'addebito e l'irrogazione della relativa sanzione disciplinare. Ciò, allo scopo di evitare che il trascorrere del tempo possa ingenerare nel lavoratore un affidamento sulla correttezza del proprio operato o, in ogni caso, sulla volontà del datore di lavoro di fare acquiescenza ad esso. Emerge in tal modo l'attinenza del principio di tempestività al profilo causale del licenziamento per motivi soggettivi, essendo stato ritenuto che il decorso di un rilevante lasso di tempo tra contestazione disciplinare ed irrogazione del licenziamento – la cui estensione non sia comunque giustificabile in considerazione della complessità della struttura organizzativa datoriale o della gravità dell'addebito e della conseguente complessità delle indagini necessarie per accertarne la reale consistenza<sup>345</sup> – sia significativo di una

---

<sup>345</sup> A tal proposito pacifico che il requisito della tempestività “deve essere inteso in senso relativo, potendo essere compatibile con un intervallo necessario, in relazione al caso concreto e alla complessità dell'organizzazione del datore di lavoro, ad una adeguata valutazione della gravità dell'addebito mosso al dipendente e delle giustificazioni da lui fornite”. Così, in particolare, Cass. n. 4724/2014; ma nello stesso senso, solo per citare le più recenti, si vedano anche Cass. n. 1247/2015; Cass. n. 3532/2013; Cass. n. 2725/2012. Circa la natura relativa del requisito della tempestività, altro aspetto di sicuro interesse



scarsa rilevanza disciplinare del fatto contestato o di una non ricorrenza della causale di recesso affermata dal medesimo datore di lavoro recedente<sup>346</sup>.

Questo rapido *excursus* giurisprudenziale mette in luce la natura ambivalente del requisito della tempestività, ben potendo esso, come visto, esser riferito tanto alla

---

messo in luce dalla giurisprudenza è quello secondo il quale “nel valutare l'immediatezza della contestazione ai fini dell'intimazione del licenziamento disciplinare, occorre tener conto dei contrapposti interessi del datore di lavoro a non avviare procedimenti senza aver acquisito i dati essenziali della vicenda e del lavoratore a vedersi contestati i fatti in un ragionevole lasso di tempo dalla loro commissione”: così, Cass. n. 4724/2014.

<sup>346</sup> Cass. n. 2580/2009; Cass., n. 26670/2005; Cass. n. 13455/1991. A volte, il mancato rispetto del principio di tempestività è considerato come espressivo della volontà datoriale di rinunciare ad irrogare la sanzione; in questo senso, Cass. n. 13455/1991. Altre volte, la giurisprudenza ritiene che il comportamento attendista del datore di lavoro che, pur avendo contezza dei fatti non contesti tempestivamente, o che non irroghi il licenziamento subito dopo la presentazione delle giustificazioni, sia da qualificare in termini di acquiescenza; in questo senso Cass. n. 26670/2005. Altre volte ancora, la giurisprudenza ritiene che la mancanza di tempestività del recesso sia espressiva di un atteggiamento di mera tolleranza del datore di lavoro; in questo senso Cass. n. 14074/2002, Cass. n. 5396/2003; Cass. n. 9071/2007. Per le differenze fra rinuncia implicita, acquiescenza e tolleranza si veda Pisani, “*Tardività-ingiustificatezza*” e “*tardività-vizio procedimentale*” del licenziamento disciplinare e relative sanzioni, MGL, 2014, pag. 289 ss., che ritiene che “la qualificazione più appropriata per la fattispecie in esame sembra essere quella della «tolleranza», riconducendola alla normale ipotesi di tolleranza del creditore rispetto ad un inadempimento o ad un inadempimento inesatto che, a determinate condizioni, può generare un affidamento meritevole di tutela”.

contestazione disciplinare quanto all'intimazione del licenziamento.

A questo proposito, e per riallacciarsi al tema delle conseguenze rimediali applicabili in caso di violazione del principio di tempestività, viene in rilievo il sintetico *obiter dictum* con cui con la sentenza n. 23669/2014, nell'ambito di una ricognizione degli ambiti di applicabilità dei vari regimi sanzionatori dell'art. 18 L. n. 300/1970 così come novellato dalla L. n. 92/2012, la Suprema Corte si è limitata ad affermare che nelle "altre ipotesi" di ingiustificatezza in cui si applica il rimedio indennitario di cui all'art. 18 co. 5 "rientra anche la violazione del requisito della tempestività, che viene considerata elemento costitutivo del diritto di recesso, a differenza del requisito della immediatezza della contestazione, che rientra tra le regole procedurali"<sup>347</sup>. La Corte, pertanto, sembrerebbe aver nettamente distinto tra requisito dell'immediatezza della contestazione disciplinare (rispetto alla conoscenza dei fatti), la cui violazione determinerebbe *sempre* l'applicazione della disciplina dell'art. 18 co. 6, e requisito della tempestività del licenziamento (*rectius*, della sua intimazione rispetto alla contestazione), cui invece si riconosce natura di presupposto sostanziale del potere di recesso e la cui violazione determina l'applicazione della disciplina dell'art. 18 co. 5.

---

<sup>347</sup> In questo senso, Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 434, il quale rileva che se il requisito della tempestività viene riferito alla contestazione disciplinare allora troverà applicazione l'indennità di cui all'art. 18 co. 6, mentre nel caso in cui il predetto requisito lo si riferisca all'intimazione del recesso allora verranno in rilievo i rimedi previsti per il licenziamento ingiustificato.

Premesso che, stante la rilevanza delle conseguenze che ne derivano sul piano rimediabile, la Corte meglio avrebbe fatto ad esplicitare le ragioni di una così netta distinzione, si deve mettere in evidenza come essa appaia del tutto artificiosa, non potendosene ravvisare alcun fondamento, né semantico, né logico<sup>348</sup>.

Dal punto di vista semantico, infatti, non è dato distinguere alcuna differenza di significato tra immediatezza e tempestività, rivelandosi la pretesa di riferire la prima alla contestazione disciplinare e la seconda all'intimazione del recesso del tutto priva di fondamento; tali requisiti, del resto, sono utilizzati dalla giurisprudenza come meri sinonimi lessicali, nulla impedendo, quindi, che l'immediatezza sia invece riferita all'intimazione del recesso e la tempestività alla contestazione disciplinare<sup>349</sup>.

---

<sup>348</sup> In tal senso, concordemente, Del Punta, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, op. cit.; Martelloni, *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e jobs act*, op. cit., Calvellini, *La <<prima>> della Cassazione sul licenziamento disciplinare e <<insussistenza del fatto>> nella legge n. 92/2012: rilievi critici*, op. cit.

<sup>349</sup> Del Punta, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, op. cit., pag. 38, il quale rileva che “la giurisprudenza parla di solito, in modo onnicomprensivo, di ‘immediatezza’ (per se nulla vieta – basta intendersi – di parlare di ‘tempestività’), per rapportarla sia alla contestazione dell’addebito (rispetto alla conoscenza del fatto) che all’intimazione del licenziamento (rispetto alla conoscenza del fatto e/o alla contestazione dello stesso)”. Si veda, in questo senso, Cass. n. 17058/2003 che parla, indistintamente, di immediatezza della contestazione ed immediatezza della reazione espulsiva.

Dal punto di vista logico, inoltre, non ha alcun senso ritenere il requisito della tempestività costituisca un presupposto costitutivo del potere di recesso unicamente quando esso risulti riferito all'intimazione del licenziamento e non anche quanto esso sia riferito al precedente intervallo tra la conoscenza dei fatti e la loro contestazione<sup>350</sup>. In verità, si è opportunamente evidenziato in dottrina come l'atteggiamento inerte del datore di lavoro che, pur avendo piena contezza dei fatti, ometta di contestarli tempestivamente, non solo arrechi un pregiudizio al diritto di difesa del prestatore – rendendogli impossibile, o, quantomeno, inutilmente difficoltosa, ogni inerente attività a sua tutela – ma ben possa essere espressivo, altresì, di una volontà del datore di tollerare l'illecito, in termini da ingenerare nel prestatore, di conseguenza, un affidamento circa la volontà di non esercitare il potere disciplinare<sup>351</sup>. In altri termini, se la

---

<sup>350</sup> Ritengono che il requisito della tempestività sia qualificabile in termini di presupposto costitutivo del potere di recesso, tanto se riferito al momento della contestazione rispetto alla conoscenza dei fatti, quanto se riferito al momento dell'intimazione del recesso rispetto alla contestazione, Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. It – 190/2013; Pisani, *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, ADL, 2013, p. 264 ss.; Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, op. cit.

<sup>351</sup> In questo senso, Pisani, “*Tardività-ingiustificatezza*” e “*tardività-vizio procedimentale*” del licenziamento disciplinare e relative sanzioni, op. cit., il quale rileva che “non vi è alcuna ragione per non applicare anche alla tardività della contestazione dell’addebito la stessa fattispecie che abbiamo visto a proposito del licenziamento tardivo. Infatti è fin dalla

ritardata irrogazione del provvedimento espulsivo non comporta un *vulnus* del diritto di difesa del prestatore, essendo questo un comportamento inerte in grado di ingenerare unicamente un affidamento circa la volontà di non esercitare il potere disciplinare, la ritardata contestazione di fatti ben conosciuti dal datore nel loro nucleo essenziale invece, oltre ad ostacolare l'attività di difesa del prestatore (attenendo, sotto questo profilo, alle regole procedurali che presiedono all'esercizio del diritto di recesso) è in grado di determinare altresì, al pari della ritardata irrogazione, la convinzione del lavoratore che il datore abbia voluto rinunciare ad esercitare il potere di recesso, soprattutto nei casi in cui il prestatore abbia la certezza che il fatto disciplinarmente rilevante da lui commesso sia conosciuto dal datore nei termini anzidetti.

Quanto sopra rende palese l'erroneità della conclusione cui è pervenuta la Suprema Corte con la pronuncia n. 23669/2014 che ha omesso di considerare come “molteplici decisioni evidenzi[no] che la immediatezza della contestazione e la tempestività del licenziamento si configurano quali elementi costitutivi del diritto al recesso del datore di lavoro, in quanto il ritardo nella contestazione dell'addebito o nell'intimazione del recesso inducono ragionevolmente a ritenere che il datore di lavoro abbia voluto soprassedere al provvedimento espulsivo, considerando non grave o comunque non meritevole della massima sanzione la colpa del

---

contestazione dell'addebito che si sostanzia la prima reazione del datore di lavoro all'inadempimento del dipendente. Pertanto la tardività di tale reazione potrà già di per sé integrare la fattispecie della tolleranza, anche se il successivo licenziamento dovesse essere intimato tempestivamente rispetto alla contestazione”.

lavoratore”<sup>352</sup>. A differenza di quanto ritenuto con la pronuncia n. 23669/2014, dunque, il licenziamento intempestivo dovrebbe ritenersi espressivo della volontà del datore di lavoro di tollerare la gravità dell’illecito, dovendosi prescindere dal verificare se l’intempestività sia da riferire alla contestazione disciplinare o all’intimazione del recesso; in quanto tale, esso sarebbe illegittimo per motivi sostanziali ovvero per carenza del presupposto giustificativo<sup>353</sup>.

---

<sup>352</sup> Così, Cass. n. 19159/2006.

<sup>353</sup> In questo senso, tra le tante Cass. n. 20719/ 2013; Cass. n. 2725/2012; Cass. n. 6023/2011; Cass. n. 25136/2010; Cass. n. 15649/2010; Cass. n. 29480/2008; Cass. n. 19424/2005; Cass. n. 14074/2002. Diversamente, Pisani, “*Tardività-ingiustificatezza*” e “*tardività-vizio procedimentale*” del licenziamento disciplinare e relative sanzioni, op. cit., pur riconoscendo che “normalmente la tardività ingiustificata della contestazione dell’addebito determinerà, in aggiunta al vizio procedimentale, anche la «tardività-ingiustificatezza» per tolleranza”, rileva tuttavia che vi possono essere delle ipotesi in cui la tardività della contestazione integra unicamente un vizio procedimentale. Ciò, secondo l’Autore, avverrebbe “ad esempio, nella situazione in cui il datore di lavoro abbia provveduto a sospendere cautelativamente il lavoratore ancor prima della contestazione di addebito e poi abbia impiegato un notevole lasso di tempo per contestargli addebiti particolarmente complessi o all’esito del processo penale”. Non mancano, in ogni caso, pronunce giurisprudenziali che danno conto della possibilità di qualificare l’intempestività come vizio procedimentale, allo scopo di precisare che la “deduzione da parte del lavoratore del difetto di immediatezza della contestazione dell’addebito disciplinare quale vizio procedimentale lesivo del diritto di difesa garantito dall’art. 7 legge n. 300 del 1970 costituisce, rispetto all’esercizio del potere datoriale di recedere per giusta causa, un’eccezione in senso stretto, soggetta alle preclusioni di cui agli artt. 414, 416

Una volta accertato come la tempestività del recesso debba tendenzialmente considerarsi un requisito di natura sostanziale, si può affrontare la questione se, in caso di licenziamento intempestivo, debba trovare applicazione il rimedio ripristinatorio di cui all'art. 18 co. 4 o l'indennità risarcitoria di cui all'art. 18 co. 5.

Se alcuni Autori ritengono che in caso di licenziamento intempestivo debba trovare applicazione il rimedio indennitario – sulla base della considerazione per cui, “nell’ambito del nuovo sistema di tutela contro il licenziamento, la «nuova» reintegrazione a risarcimento limitato *ex co. 4*, art. 18, si configura come un’eccezione rispetto alla «nuova» tutela indennitaria forte, *ex co. 5 e 7*, che ormai rappresenta il regime generale di tutela applicabile nei casi di ingiustificatezza semplice”<sup>354</sup> – ad

---

e 437 c.p.c., diversamente dal requisito della immediatezza della reazione che è elemento costitutivo del recesso per giusta causa di cui all'art. 2119 c.c. e come tale deve essere verificato d'ufficio dal giudice”; così, Cass. n. 17058/2003, e nello stesso senso Cass. 26655/2013; Cass. n. 1890/2009; Cass. 6051/1994. A parere di chi scrive, un’ipotesi in cui l’intempestività del recesso può esser configurata come un vizio meramente procedimentale – non idoneo, in quanto tale, ad ingenerare nel lavoratore un affidamento circa la rinuncia all’esercizio del potere disciplinare – si può ravvisare, oltre che nella ipotesi di preventiva sospensione cautelare del lavoratore, nel caso in cui il datore di lavoro intimi il recesso senza una stretta osservanza del termine imposto dal contratto collettivo per la predetta intimazione. In tal caso, l’intempestività del recesso dovrebbe determinare l’applicazione della sola indennità risarcitoria di cui all’art. 18 co. 6.

<sup>354</sup> Così, in particolare, Pisani, *Tardività-ingiustificatezza*’ e *‘tardività-vizio procedimentale’ del licenziamento disciplinare e relative sanzioni*, op. cit.; nello stesso senso, Del Punta, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, op. cit., nonché Calvellini, *La <<prima>>*

avviso di chi scrive, invece, non si può basare la soluzione della questione unicamente sul rapporto regola-eccezione in cui si vengono a trovare i due distinti rimedi del licenziamento ingiustificato, in quanto il rapporto di prevalenza dell'uno sull'altro, alla luce dei vivi contrasti interpretativi sul punto, non sembra determinabile *a priori* e quindi non può esser utilizzato per la risoluzione della questione in esame. Sembrerebbe più opportuno, invece, verificare caso per caso se l'ingiustificabile decorso del tempo che rende il licenziamento intempestivo sia espressione di una volontà del datore di ritenere l'addebito mosso al prestatore come privo di rilevanza disciplinare oppure, più semplicemente, non sufficientemente grave da giustificare il recesso<sup>355</sup>. Orbene, alla luce

---

*della Cassazione sul licenziamento disciplinare e <<insussistenza del fatto>> nella legge n. 92/2012: rilievi critici, op. cit.*

<sup>355</sup> Spesso tale distinzione non è tracciabile in maniera netta, limitandosi la giurisprudenza, il più delle volte, a ritenere che l'intempestività sia espressiva di una generica "mancanza di interesse del datore di lavoro all'esercizio della facoltà di recesso" (così, in particolare, Cass. n. 9071/2007), ovvero a ritenere in via generale che "nel licenziamento l'immediatezza della contestazione si configura dunque quale elemento costitutivo del diritto di recesso del datore di lavoro" (così, in particolare, Cass. n. 3043/2011, ma nello stesso senso Cass. n. 15649/2010, Cass. n. 29480/2008, Cass. n. 1959/2006). Significativo, in proposito, è quanto statuito dalle Sezioni Unite di Cassazione con la pronuncia n. 7880/2007, secondo cui "dalla violazione di dette garanzie [quelle di cui all'art. 7 L. n. 300/1970], che si traduce in una non valutabilità delle condotte causative del recesso, ne scaturisce l'applicazione delle conseguenze fissate dalla contrattazione collettiva di categoria per il licenziamento privo di giustificazione, non potendosi per motivi, oltre che giuridici, logico-sistematici assegnare all'inosservanza delle garanzie procedurali effetti differenti



---

da quelli che la stessa contrattazione fa scaturire dall'accertamento della sussistenza dell'illecito disciplinare o di fatti in altro modo giustificativi del recesso". Non mancano tuttavia i casi in cui la Cassazione ha ritenuto che l'intempestività del recesso possa aver ingenerato nel prestatore un affidamento circa la mancata rilevanza disciplinare del fatto al medesimo contestato; si veda, in proposito, Cass. n. 20719/2013 (corsivo di chi scrive), secondo cui "il principio dell'immediatezza della contestazione, che trova fondamento nella L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 7, commi 3 e 4, mira, da un lato, ad assicurare al lavoratore incolpato il diritto di difesa nella sua effettività, così da consentirgli il pronto allestimento del materiale difensivo per poter contrastare più efficacemente il contenuto degli addebiti, e, dall'altro, nel caso di ritardo della contestazione, a tutelare il legittimo affidamento del prestatore – in relazione al carattere facoltativo dell'esercizio del potere disciplinare, nella cui esplicazione il datore di lavoro deve comportarsi in conformità ai canoni della buona fede – *sulla mancanza di connotazioni disciplinari del fatto incriminabile*, con la conseguenza che, ove la contestazione sia tardiva, si realizza una preclusione all'esercizio del relativo potere e l'invalidità della sanzione irrogata". Ancora più esplicitamente, Cass. n. 13167/2009, ha statuito che (corsivo di chi scrive) "la contestazione disciplinare per essere considerata legittima deve presentare il carattere della immediatezza e tale carattere essenziale trova fondamento nella L. n. 300 del 1970, art. 7, commi 3 e 4, che riconosce al lavoratore incolpato il diritto di difesa da garantirsi nella sua effettività al fine di consentirgli l'allestimento del materiale difensivo (pronto riscontro delle accuse con eventuali testimonianze e documentazione) in tempi ad immediato ridosso dei fatti contestati ed in modo che lo stesso lavoratore possa contrastare più efficacemente il contenuto delle contestazioni mossegli dal datore di lavoro, dovendosi anche considerare (nella valutazione del rilievo del cennato carattere) il giusto affidamento del prestatore, nel caso di ritardo nella contestazione, *che il fatto incriminabile possa non avere rivestito una connotazione disciplinare*, dato che l'esercizio del potere disciplinare non è, per il datore un

dell'interpretazione qui accolta della locuzione “fatto contestato”, nel primo caso troverebbe applicazione il rimedio ripristinatorio di cui all'art. 18, co. 4, nel caso in cui invece l'adozione intempestiva del provvedimento espulsivo fosse ritenuta indizio della volontà datoriale di non ritenere eccessivamente grave la condotta del prestatore troverebbe applicazione il rimedio solamente indennitario.

Così terminato questo rapido *excursus* in ordine alla possibilità di ricondurre l'intempestività del recesso ad un vizio di legittimità di natura sostanziale attinente al profilo causale dell'atto stesso (con conseguente applicabilità del rimedio ripristinatorio di cui all'art. 18, co. 4), ovvero ad un vizio di natura meramente formale del recesso medesimo (con conseguente applicabilità del regime indennitario di cui all'art. 18, co. 6), e passando all'esame della seconda ipotesi di operatività della reintegrazione, si è condivisibilmente osservato in dottrina che l'aver fatto dipendere la stessa dalle previsioni dei contratti collettivi celerebbe, in realtà, la volontà del legislatore di scongiurare la possibilità che licenziamenti irrogati per addebiti di modesto rilievo – idonei in quanto tali a giustificare più una sanzione conservativa che l'espulsione dal contesto produttivo – possano comunque determinare la risoluzione del rapporto, con attribuzione al prestatore di un ristoro meramente economico. Si è visto infatti che, a

---

obbligo, bensì una facoltà”. Degna di nota, inoltre, è la recentissima Cass. n. 20540/2015 con cui la Corte, con riferimento alla tardiva contestazione di uno degli addebiti posti a fondamento dell'intimato recesso, pur non pronunciandosi sulle conseguenze sanzionatorie di tale vizio, lo ha ricondotto ad una “atipica perdita del potere di licenziare dovuta al trascorrere del tempo” ovvero ad una “decadenza dell'imprenditore dal potere di licenziare”.

meno di non ritenere che la locuzione “fatto contestato” debba coincidere con il concetto di giustificato motivo soggettivo o di giusta causa (interpretazione che tuttavia priverebbe di qualsiasi ambito applicativo il rimedio indennitario), i licenziamenti irrogati per inadempimenti soggettivamente imputabili ma di modesta rilevanza disciplinare consentirebbero – in ogni caso – la risoluzione del rapporto di lavoro. Da qui, la presunta volontà del legislatore di “correre ai ripari” attraverso la previsione di una seconda modalità di accesso al rimedio reintegratorio<sup>356</sup>.

Ad ogni modo, nel quadro di un provvedimento normativo che guarda con tendenziale disfavore al rimedio ripristinatorio (in ragione della forte afflittività delle conseguenze che subirebbe il datore che vi fosse condannato), la previsione di operatività di tale rimedio sembrerebbe esser correlata ad un licenziamento la cui peculiare gravità si connoterebbe anche in ragione della preventiva conoscibilità, da parte del datore, della ridotta punibilità del fatto che lo ha originato, così come desumibile dalle previsioni dei contratti collettivi. In altri termini, come è stato opportunamente rilevato da Del Punta, “il criterio ispiratore della norma non è tanto la sproporzione in sé della misura disciplinare, quanto la prevedibilità di tale sproporzione”<sup>357</sup>.

Senonché, si può notare che se l'intenzione del legislatore – così come desumibile dalla esplicita e netta distinzione tra giudizio attinente alla ricorrenza della causale ed accertamento inerente alla sussistenza del fatto

---

<sup>356</sup> Tosi, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, op. cit.

<sup>357</sup> Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, op. cit., pag. 39.

contestato, nonché dalla volontà di riservare la reintegrazione a quei casi in cui il fatto contestato dovesse “notoriamente” esser punito con una più blanda sanzione conservativa – era quella di ridurre il margine di operatività della reintegrazione, tale obiettivo sembrerebbe esser stato del tutto vanificato nel momento stesso in cui si è deciso di far affidamento sulla capacità dei contratti collettivi di identificare le fattispecie disciplinarmente rilevanti.

E’ infatti noto a tutti – e quindi non può non esserlo stato anche al legislatore – che le previsioni dei contratti collettivi che descrivono le diverse infrazioni cui ricollegare una data sanzione non sono formulate in maniera rigorosa e puntuale ma, tutt’al contrario, si caratterizzano per l’individuazione delle fattispecie sanzionabili attraverso un ampio ricorso a formule lessicali elastiche ed indeterminate<sup>358</sup>. Tale modalità di formulazione, del resto, è resa necessaria dalla logica impossibilità per qualsiasi decalogo di infrazioni – anche se formulato dal più meticoloso e fantasioso dei redattori – di prevedere concretamente tutte le multiformi condotte aventi rilevanza disciplinare di cui un prestatore di lavoro

---

<sup>358</sup> Che la formulazione dei contratti collettivi sia piuttosto ampia e generica è fatto notorio, tant’è che già Montuschi, nel 1973, con un’osservazione riferita ai contratti collettivi del tempo ma ben riferibile anche alle attuali regolamentazioni collettive (stante l’immutabilità di numerose disposizioni che tralattivamente si sono tramandate, di rinnovo in rinnovo, fino ai giorni nostri), rilevava che “accanto alle previsioni nelle quali si individua un bene giuridico particolare, la contrattazione collettiva conosce ed impiega clausole generali che utilizzano, a loro volta, concetti provvisti di una estensione non definita, né definibile *a priori*, e comunque variabili nel tempo e nello spazio”; così, Montuschi, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1973, pag. 40.

potrebbe rendersi responsabile nel corso dell'espletazione della prestazione lavorativa, giustificandosi tale modalità di redazione, del resto, in ragione dell'inesistenza – nell'ambito della regolamentazione legale del potere disciplinare – di un principio di tassatività la cui rigidità sia analoga a quella che in materia penale è sancita dall'art. 1 del relativo codice.

Si può allora notare che se è inevitabile che i codici disciplinari siano redatti facendo ricorso a formule generiche ed indeterminate, altrettanto inevitabile è l'ampio margine di discrezionalità di cui beneficerà il giudice nell'attività di sussunzione un dato fatto (contestato ed accertato in giudizio) in una fattispecie astratta descritta dal contratto collettivo; il tutto, con palese fallimento dell'obiettivo di una maggiore certezza relativa ai casi di concreta applicazione della reintegrazione che il legislatore del 2012 si era prefissato.

Quanto alle diverse tesi che sono state sviluppate in dottrina ed in giurisprudenza sulla maggiore o minore ampiezza dei margini di cui beneficerebbe il giudice nell'attività di sussunzione del fatto contestato nelle previsioni collettive, ad avviso di chi scrive non può accogliersi quella tesi<sup>359</sup> che ritiene potersi disporre la reintegrazione solo nel caso in cui il fatto contestato sia espressamente tipizzato dalla declaratoria contrattuale, pena la vanificazione della *ratio* della norma, così come individuata nella volontà di assicurare la “sicura e certa conoscenza preventiva da parte del datore di lavoro della tipizzata insufficienza del fatto a giustificare il licenziamento”<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> Si veda la nota n. 309.

<sup>360</sup> Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, op. cit., pag. 58.

Innanzitutto, vi è un'argomentazione letterale che induce a negare che per l'operatività del secondo canale di accesso al rimedio ripristinatorio sia necessaria una coincidenza perfetta tra fatto contestato e declaratoria contrattuale. Nella disposizione in parola, infatti, non solo non viene previsto che il fatto debba rientrare "espressamente" o "tassativamente" nelle previsioni dei contratti collettivi, ma, in maniera molto meno rigida e vincolante, viene previsto che il fatto contestato rientri tra le condotte punite con una sanzione conservativa "sulla base" delle previsioni dei contratti collettivi. D'altra parte – e ricorrendo ad un'altra argomentazione di tipo letterale – se diversi interpreti, al fine di negare che la violazione del principio di proporzionalità di cui all'art. 2106 c.c. sia di per sé sufficiente a comportare l'applicazione del rimedio ripristinatorio, esaltano il significato dell'avvenuta eliminazione della locuzione "previsioni di legge" nel corso dell'*iter* parlamentare di approvazione della disposizione, allora altrettanto deve farsi con riferimento al mancato accoglimento dell'emendamento proposto dal Governo che, nel chiaro intento di vincolare in maniera più restrittiva la discrezionalità del giudice nell'attività di sussunzione, intendeva sostituire l'espressione "previsioni dei contratti collettivi" con la più stringente "tipizzazioni dei contratti collettivi".

In verità, a prescindere dal significato che si voglia attribuire ai lavori preparatori della legge<sup>361</sup>, è lo stesso tenore letterale ampio ed indeterminato con cui le

---

<sup>361</sup> Sottolinea la scarsa significatività dei lavori preparatori della legge, soprattutto in ragione del carattere fortemente compromissorio del provvedimento normativo qui in esame, Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, op. cit.

declaratorie contrattuali sono spesso formulate che rende di per sé evidente il motivo per cui non risulta condivisibile la tesi che pretende di condizionare l'operatività della seconda modalità di accesso della reintegrazione alla possibilità un riscontro “fotografico” tra fattispecie concreta e fattispecie astratta.

In altri termini, il ricorso a fattispecie elastiche ed indeterminate – denominate, non casualmente, disposizioni “di chiusura” – è connaturale a qualsiasi regolamentazione disciplinare che sancisca un nesso ragionevole (ma sarebbe meglio dire, proporzionale) tra gravità della condotta e afflittività della sanzione, stante l'impossibilità per qualsiasi contratto collettivo di prevedere, in anticipo e “sulla carta”, tutte le possibili condotte aventi rilevanza disciplinare di cui un lavoratore potrà nel concreto rendersi responsabile. Del resto, a conferma dell'inevitabilità di una formulazione ampia ed indeterminata da parte delle previsioni collettive, è stato osservato che “l'orientamento secondo cui in materia disciplinare trovi applicazione il principio di legalità formale di derivazione penalistica appare oggi superato in ragione dell'argomento secondo cui sistema penale e disciplinare non sono assimilabili, almeno per quanto riguarda la trasposizione del principio di legalità”<sup>362</sup>. Pertanto, è l'erroneità stessa del presupposto logico-giuridico su cui si fonda la disposizione qui in esame ad impedire alla medesima di raggiungere il perseguito obiettivo di rendere la reintegrazione un rimedio d'applicabilità eccezionale, che gli interpreti che ritengono necessario un “riscontro fotografico” tra fatto

---

<sup>362</sup> Zoli-Bolego, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 99 ss., che richiamano, a loro volta, Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro pubblico e privato*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2002.

contestato e declaratoria contrattuale tentano di raggiungere in via interpretativa, tuttavia ponendosi contro la lettera sia della norma che delle declaratorie collettive.

Non si condivide, inoltre, quell'orientamento interpretativo<sup>363</sup> che ritiene di poter desumere dalla permanente vigenza dell'art. 2106 c.c. un possibile viatico all'applicazione analogica delle previsioni dei contratti collettivi, sì da consentire al giudice di far riferimento al parametro di gravità di cui il contratto collettivo sarebbe espressione per valutare fattispecie dal medesimo contratto non previste nemmeno in via ampia e generica, in termini da lasciar spazio – ritenendo per esse più opportuna (alla luce del contratto collettivo e del principio di cui all'art. 2106 c.c.) una sanzione conservativa – all'operatività del rimedio ripristinatorio.

In via preliminare, tale soluzione sembrerebbe contrastare con quanto previsto dall'art. 12 delle Preleggi che, come noto, prevede che “nell'applicare la legge non si può attribuire ad essa altro senso che quello fatto palese dal significato delle parole secondo la connessione di esse”. In questo senso, non può sfuggire che l'art. 18 co. 4 prevede che la reintegrazione debba trovare applicazione solo quando il “fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa *sulla base delle previsioni dei contratti collettivi* o dei codici disciplinari applicabili” e non anche, come invece parrebbe presupporre la tesi qui criticata, quando il “fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa *sulla base dei contratti collettivi* o dei codici disciplinari applicabili”. In altre parole, solo se il legislatore avesse omissis di far riferimento “alle previsioni” dei contratti collettivi si potrebbe fondatamente ritenere che il contratto collettivo,

---

<sup>363</sup> Si veda la nota n. 319.



nella sua interezza, assurga a “parametro di riferimento della gravità del comportamento”; il fatto che il giudizio teso a verificare la riconducibilità della condotta contestata alla fattispecie astratta prevista dal legislatore collettivo debba invece esser compiuto con riferimento “alle previsioni” dei CCNL, induce a ritenere che il margine di discrezionalità di cui viene a godere il giudice nell’ambito dello svolgimento di tale attività di sussunzione debba avere come esclusivo punto di partenza e di arrivo proprio le anzidette singole “previsioni”.

Inoltre, se come noto l’interpretazione estensiva consente di desumere dalla norma quello che è il suo significato implicito, l’interpretazione analogica consentirebbe invece al giudice di sostituirsi alle fonti collettive nella creazione e definizione – proprio in forza dell’anzidetto procedimento analogico – di una nuova fattispecie disciplinare punita in chiave non demolitiva del rapporto, attribuendogli così un ruolo che non gli è riconosciuto dalla legge e che anzi é da quest’ultima riservato espressamente ad altri. In verità, il legislatore del 2012 ha inteso affidare unicamente alla contrattazione collettiva il compito di individuare i casi in cui la violazione del principio di proporzionalità possa dar luogo all’applicazione del rimedio ripristinatorio; ciò, in quanto “si fida di quel contratto, della sua sensibilità e capacità di individuare ragionevolmente le condotte non punibili con il licenziamento”<sup>364</sup>. Ammettendo l’interpretazione analogica, invece, si tradirebbe la scelta compiuta dal legislatore del 2012 che, nella selezione dei casi di licenziamento ingiustificato punibili con la reintegrazione, sembrerebbe volersi affidare più alla “sensibilità sociale

---

<sup>364</sup> Così, Cester, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 25.

espressa dal contratto collettivo, nel consueto meccanismo di composizione degli interessi che esso realizza”<sup>365</sup>, che alla valutazione del singolo giudice cui è demandata la risoluzione del caso concreto.

Si deve inoltre considerare che se tra i criteri di interpretazione dei contratti collettivi è comunemente ammessa l’interpretazione estensiva, tanto più nei casi in cui la disposizione da interpretare abbia carattere esemplificativo e generico, non altrettanto può dirsi per l’interpretazione analogica che, non figurando tra i possibili criteri d’interpretazione del contratto, è al contrario esclusa dalla giurisprudenza<sup>366</sup>.

Diverso è il caso – ed in quanto tale esula dalla questione relativa alla possibilità di ricorrere o meno all’interpretazione analogica, riguardando unicamente il tema delle conseguenze rimediale della violazione del principio di proporzionalità – in cui il contratto collettivo sia del tutto privo di “un’esplicita tipizzazione del comportamento disciplinare e sia però previsto un catalogo generico di comportamenti costituenti infrazioni

---

<sup>365</sup> Così, Cester, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 25.

<sup>366</sup> Sull’ammissibilità della sola interpretazione estensiva delle previsioni collettive, si veda, in particolare, App. Potenza 17 marzo 2015 n. 35; Cass. 3 giugno 2013 n. 13917; Cass. 23 dicembre 2002 n. 18294; Cass. 17 luglio 1995 n. 7763. Più in generale, per quanto attiene alla giurisprudenza in materia di interpretazione dei contratti collettivi, si veda Cass. 11 aprile 2008 n. 9556; Cass. 10 marzo 2008 n. 6366; Cass. 20 febbraio 2008 n. 4342; Cass. 19 marzo 2007 n. 6426; Cass. 21 febbraio 2007 n. 4003; Cass. 25 ottobre 2005 n. 20660; Cass. 24 aprile 2004 n. 9932; Cass. 25 agosto 2003 n. 12453; Cass. 28 maggio 2003 n. 8471; Cass. 25 settembre 1999 n. 10581; Cass. 19 giugno 1999 n. 6176; Cass. 28 gennaio 1999 n. 763; Cass. 25 gennaio 1995 n. 884.

disciplinari accompagnati da una clausola di gradazione (<<nei casi più gravi>>)<sup>367</sup>, oppure il caso in cui la predetta disciplina collettiva preveda che il recesso sia legittimo nei casi in cui ricorra una causa che non consente una prosecuzione neppure provvisoria del rapporto o un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali.

In queste ipotesi, infatti – per nulla infrequenti nella realtà – è la stessa declaratoria contrattuale che affida al giudice (unico soggetto abilitato a stabilire quando una nozione legale di legge possa dirsi integrata) il compito di stabilire quando per un data condotta, in relazione alla gravità intrinseca della medesima, sia opportuna o meno l'applicazione di una sanzione conservativa, ovvero quando, in relazione alla necessaria proporzionalità che deve sussistere tra infrazione disciplinare e sanzione datoriale, per quel fatto che ha dato luogo al licenziamento debba o meno trovare applicazione la c.d. reintegrazione attenuata. Chi scrive, dunque, è portato a ritenere che solo ed esclusivamente in queste ipotesi la violazione del principio di proporzionalità potrà comportare automaticamente l'applicabilità del rimedio ripristinatorio, non ritenendo ammissibile, al contrario, l'utilizzazione di tale principio per applicare analogicamente il parametro di gravità del contratto collettivo, la cui individuazione in termini oggettivi ed esatti appare peraltro molto difficoltosa.

Senonché, è evidente che, in ipotesi di previsioni collettive che si concretizzano in un integrale rinvio alle causali di legge, ovvero che demandano al giudice la scelta della sanzione in relazione alla gravità intrinseca del fatto,

---

<sup>367</sup> Così, in particolare, Riviero, *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, op. cit., pag. 975.

sarebbe completamente vanificato l'intento perseguito dal legislatore di arginare l'operatività della reintegrazione alle sole ipotesi in cui le previsioni collettive prevedono per quel fatto contestato una sanzione conservativa. Emerge allora tutta l'ingenuità del legislatore del 2012, allorché ha ritenuto 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"<sup>368</sup>. Ed è per questo motivo che, se alcuni interpreti si sono limitati a rilevare che tale incongruenza (che finisce per vanificare l'efficacia restrittiva che il legislatore auspicava) perdurerà fintantoché non si procederà al rinnovo dei contratti collettivi, di cui viene caldeggiata una formulazione in termini maggiormente tassativi, altri interpreti hanno affermato che "se un dato fatto non è contemplato in modo specifico (pur dopo aver speso, si auspica con misura, le risorse dell'interpretazione estensiva) dal codice disciplinare, o, a maggior ragione, se è il codice in sé a fare difetto (limitandosi il contratto collettivo, ad es., ad un richiamo generico al principio di proporzionalità, o ad elenchi separati e non comunicanti di infrazioni e sanzioni), la norma in commento non potrà trovare applicazione"<sup>369</sup>.

---

<sup>368</sup> *Riverso, I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, op. cit., pag. 973.

<sup>369</sup> *Del Punta, La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, op. cit., pag. 41; nello stesso senso, *Sordi, Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in *La riforma del lavoro*, op. cit., il quale tuttavia, a differenza di Del Punta, nega anche la possibilità di ricorrere all'interpretazione estensiva.

Da questo punto di vista, allora, pur non concordandosi con coloro che ritengono che tali disposizioni collettive debbano esser automaticamente disapplicate, appare invece del tutto condivisibile il rilievo di chi ha osservato, al riguardo, che “il vero problema che si porrà, non sarà tanto quello dell’interpretazione estensiva o analogica delle previsioni del contratto collettivo, quanto quello della radicale re-impostazione delle previsioni della parte disciplinare dei contratti collettivi, che diventerà un tema di cruciale importanza e delicatezza dei rinnovi contrattuali”<sup>370</sup>.

Sulla scorta di tali puntualizzazioni, si impone a questo punto a chi scrive di esplicitare le ragioni per le quali si ritiene di potere aderire alla tesi che ammette la praticabilità, al fine di dar spazio alla tutela ripristinatoria, di un ricorso all’interpretazione estensiva delle clausole collettive e dei codici disciplinari che sanzionino un determinato adempimento “in chiave conservativa”.

Si è detto, in precedenza, che una corretta ed adeguata valorizzazione della seconda modalità di accesso al rimedio ripristinatorio risulta essere indispensabile per consentire alla disposizione di cui all’art. 18 co.4, nel suo complesso, di condurre a risultati accettabili dal punto di vista valoriale. In sintesi, una volta ritenuto, per le ragioni sopra esposte, che la locuzione “fatto contestato” debba essere intesa in termini di inadempimento soggettivamente imputabile, un’opportuna valorizzazione del secondo canale di accesso al rimedio ripristinatorio è l’unico strumento normativo utilizzabile per evitare che licenziamenti irrogati per fatti di tenue rilevanza disciplinare (un esempio di scuola è il ritardo di pochi

---

<sup>370</sup> Tursi, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro* n. 1/2012, pag. 93.

minuti nello svolgimento della prestazione lavorativa) – evidentemente idonei, in quanto tali, a giustificare una sanzione conservativa – possano comunque determinare la risoluzione del rapporto di lavoro con attribuzione al prestatore di una mera indennità risarcitoria.

Ribadita questa rilevante premessa, è doveroso ricordare che l’adozione di un tale criterio ermeneutico – se da un lato sembrerebbe esser consentita dalla circostanza per cui, con il ricorso ad esso, “non si estende una regola a casi da essa non contemplati (così opera, infatti, l’analogia), ma piuttosto si perviene all’individuazione di tutte le ipotesi disciplinate dalla norma, che solo apparentemente ne sono estranee a causa della non espressa menzione”<sup>371</sup> – dall’altro sembrerebbe essere imposta da più di uno dei vari criteri di interpretazione cui tradizionalmente si fa ricorso per l’interpretazione dei contratti collettivi<sup>372</sup>.

Per quel che qui interessa, induce sicuramente a ritenere che un fatto contestato di modesta rilevanza disciplinare possa esser agevolmente assimilato ad una condotta punita con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni del contratto collettivo (soprattutto quando tali previsioni abbiano, implicitamente o esplicitamente, carattere esemplificativo) il principio di cui all’art. 1365 c.c., secondo cui “quando in un contratto si espresso un caso al fine di spiegare un patto, non si presumono esclusi i casi non espressi, ai quali, secondo ragione, può estendersi lo stesso patto”.

---

<sup>371</sup> Cataudella M.C., in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 19 ss.

<sup>372</sup> Sui criteri di interpretazione dei contratti collettivi si veda Guerra, *Il contratto collettivo*, DLRI, 2008, pag. 669 ss.

Allo stesso risultato si può pervenire anche nel caso in cui il contratto collettivo non faccia ricorso a formule esemplificative, essendo invece redatto a mo' di rigida elencazione tassativa che a ciascuna condotta tipizzata "abbina" una determinata sanzione. Infatti, un altro fondamentale criterio ermeneutico sancito dal Codice civile (che, all'evidenza, è in grado di impedire che un fatto di modesta rilevanza disciplinare possa determinare l'estinzione del rapporto solo perché non previsto, nemmeno tramite il ricorso all'interpretazione estensiva, dal contratto collettivo o dal codice disciplinare) è quello, sancito dall'art. 1366 c.c., secondo cui "il contratto deve essere interpretato secondo buona fede". Orbene, proprio tale criterio ermeneutico induce a ritenere che una ragionevole valorizzazione di questa clausola generale – che costituisce un autentico "principio cardine" dell'ordinamento giuridico – consentirà di correggere eventuali lacune (più o meno volontarie) dei testi cui la norma qui in esame impone di far riferimento, ai fini dell'individuazione del rimedio sanzionatorio applicabile in caso di licenziamento illegittimo. Ovviamente, per evitare che il ricorso all'interpretazione secondo buona fede delle clausole collettive si traduca in una reintroduzione surrettizia di una valutazione di proporzionalità del recesso rilevante ai fini rimediali (così smaccatamente vanificando l'obiettivo del legislatore di far derivare dal giudizio di sproporzione effettuato dal giudice la sola illegittimità del recesso, e non anche il ripristino del rapporto), tale criterio ermeneutico potrà essere utilizzato dal giudice solo ed esclusivamente in quei casi di "clamorosa" sproporzione tra fatto contestato e licenziamento, ovvero in quei casi in cui è del tutto palese che non possa ritorcersi a danno del lavoratore la pacifica e materiale impossibilità del contratto collettivo di prevedere

ogni possibile ipotesi di comportamento disciplinarmente rilevante che potrebbe esser preso a pretesto dal datore per recedere dal rapporto<sup>373</sup>.

---

<sup>373</sup> Per altro verso, la valorizzazione del criterio dell'interpretazione secondo buona fede consente di rimediare anche a quei casi di palese ingiustizia che si potrebbero venire a creare qualora il datore di lavoro, facendo valere opportunisticamente la propria mancata partecipazione al sistema delle relazioni sindacali, predisponesse unilateralmente il codice disciplinare in maniera gravemente lacunosa, si dà escludere del tutto l'operatività della reintegrazione. La possibilità di applicare i criteri d'interpretazione dei contratti anche agli atti unilaterali quali il codice disciplinare predisposto dal datore, come noto, discende direttamente dall'art. 1324 c.c., secondo cui "salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale". Senza contare che la clamorosa ingiustizia che si verrebbe a determinare qualora si consentisse ad un datore di lavoro "smaliziato" di predisporre lacunosamente il codice disciplinare, in maniera da sterilizzare la seconda modalità di accesso al rimedio ripristinatorio, ben può esser ovviata semplicemente ammettendo la possibilità per il giudice – come la stessa disposizione di legge evidentemente ammette quando stabilisce che i contratti collettivi cui far riferimento son quelli "applicabili" e non quelli "applicati" – di rivolgere lo sguardo anche alle previsioni dei contratti collettivi che, in quanto relativi al settore merceologico in cui lo stesso datore "smaliziato" opera, sono senz'altro applicabili al rapporto lavorativo che viene in rilievo. In questo senso, Pennisi-Raffaelli, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 65 ss. In proposito, secondo Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, op. cit., pag. 42, "il punto, a mio avviso, è invece quello di interpretare non già il codice contrattuale (che è del tutto comprensibile che non abbia pensato a normare casi di scuola come quelli ipotizzati), ma la



Del tutto condivisibili, poi, sono i rilievi di quegli interpreti che hanno evidenziato da un lato come l'attività di interpretazione estensiva delle previsioni dei contratti collettivi verrebbe condotta dal giudice non sulla base di regole oscure, imprevedibili e non gestibili razionalmente, dall'altro come tra l'interesse del datore alla conoscenza *ex ante* dei casi in cui il suo recesso sarà sanzionato con la reintegrazione e l'interesse del prestatore a non subire l'estromissione dal contesto produttivo per fatti di tenue rilevanza disciplinare, sia quest'ultimo a dover prevalere.

Una volta risolta la questione circa l'*an* dell'interpretazione estensiva delle previsioni dei contratti collettivi, è essenziale spendere qualche parola sul modo in cui alla stessa sia possibile dar spazio.

Si è già sottolineato, in precedenza, come debba prediligersi la soluzione interpretativa che consenta a ciascuno dei due rimedi previsti dall'art. 18 per il licenziamento ingiustificato di avere un proprio autonomo ed apprezzabile ambito applicativo. E così, se alla luce di tale criterio – come si è visto – è necessario interpretare la locuzione “fatto contestato” in termini di inadempimento soggettivamente imputabile (dato che la sua accezione in termini di notevole o notevolissimo inadempimento finisce in pratica per negare uno spazio applicativo, anche

---

norma di legge a monte, in un senso che non offra il fianco ad una facile accusa di irragionevolezza. Quest'ultima si realizzerebbe non già in virtù di una mera non equiparazione di un fatto non tipizzato a quelli tipizzati (ancorché di uguale gravità rispetto ad essi), bensì unicamente nel caso estremo in cui il fatto che ha motivato il licenziamento disciplinare risulti essere di gravità palesemente (si stava per dire <<manifestamente>>) minima, e/o palesemente inferiore a quelli contemplati dal contratto collettivo come passibile di sanzioni conservative”.

minimo, al rimedio indennitario di cui all'art. 18 co. 5), per evitare di incorrere nel medesimo vizio in cui incorre la non condivisa tesi del fatto giuridico è necessario individuare dei precisi limiti che vincolino il giudice nel ricorso all'interpretazione estensiva delle previsioni collettive, in assenza dei quali lo spazio applicativo dell'indennità di cui all'art. 18 co. 5 finirebbe nuovamente per essere escluso.

Tali indispensabili limiti sono sanciti, ad avviso di chi scrive, dalle stesse disposizioni di legge che autorizzano il ricorso all'interpretazione estensiva delle previsioni dei contratti collettivi. L'art. 1365 c.c., come già visto, prevede infatti che in caso di indicazioni esemplificative contenute in un contratto “non si presumono esclusi i casi non espressi, ai quali, *secondo ragione*, può estendersi lo stesso patto”. E' dunque la ragionevolezza di cui deve necessariamente essere espressione l'operazione giudiziale di inclusione dei casi non espressi l'elemento cardine che rende legittima l'applicazione di una sanzione conservativa ad una fattispecie disciplinare non espressamente prevista dal contratto collettivo; è la ragionevolezza del giudice – intesa come regola di giusta misura, come regola che concretizza il brocardo latino *cum grano salis* – cui si deve fare appello per evitare che l'ammissibilità dell'interpretazione estensiva delle declaratorie contrattuali comporti – sempre e comunque – l'applicazione della reintegrazione c.d. attenuata. Una ragionevolezza dai confini labilissimi che, con un'affermazione riferita alla L. n. 108/1990 ma che ben si adatta alle complesse disposizioni qui in analisi, faceva dire a Giuseppe Pera che “tutto, in definitiva, è demandato alla prudenza dei giudici; anche se debbo ammettere che, da diverso tempo, questa

merce talora scarseggia nel mercato. Resta sempre l'estrema risorsa dell'appello alla ragionevolezza”.

Analogamente, il criterio generale dell'interpretazione secondo buona fede del contratto collettivo – che come si è visto consente di evitare l'espulsione dal contesto produttivo in tutti quei casi estremi di licenziamenti irrogati per fatti di rilevanza disciplinare palesemente modesta – deve essere accreditato come idoneo ad esplicitare una valenza bidirezionale, consentendo altresì di scongiurare interpretazioni estensive miranti a porre nel nulla le valutazioni operate dall'autonomia sindacale in merito alla idoneità di determinate fattispecie disciplinari a giustificare non solo la legittimità del licenziamento, ma anche, all'opposto, l'espulsione dal contesto produttivo del lavoratore. E' ben noto infatti, che il contratto collettivo realizza un componimento degli opposti interessi delle parti che concorrono alla sua formazione, di modo che – in un contesto in cui il legislatore mostra di fidarsi, come autorevolmente osservato, “di quel contratto, della sua sensibilità e capacità di individuare ragionevolmente le condotte non punibili con il licenziamento”<sup>374</sup> – non sarebbe ammissibile un'interpretazione estensiva delle declaratorie contrattuali così ampia da contravvenire alla volontà espressa dalle parti, anche implicitamente, nell'ambito del contratto collettivo.

Ad ogni modo, si è in precedenza detto che i motivi principali che inducono taluni interpreti a negare la possibilità di interpretazione analogica o estensiva delle previsioni collettive risiede nella dichiarata necessità di non vanificare la *ratio* della disposizione, individuabile nella volontà di consentire al datore di lavoro di conoscere

---

<sup>374</sup> Così, Cester, v. *supra*, nota n. 364.

– con certezza e prima dell’intimazione del recesso nonché dell’instaurazione del giudizio di sua impugnazione – le ipotesi in cui possa trovare o meno applicazione il rimedio ripristinatorio del rapporto: volontà di certezza che sembrerebbe esser stata perseguita dal legislatore, in particolare, laddove lo stesso ha previsto che dal giudizio di sproporzionatezza del recesso compiuto dal giudice debbano derivare conseguenze solo ed esclusivamente in punto di legittimità del recesso e non anche sul piano dei rimedi della sua eventuale illegittimità.

Senonché si è anche detto che, perseguendo un obiettivo di certezza e prevedibilità *ex ante* dei casi di operatività del rimedio ripristinatorio, la previsione di legge sembrerebbe presupporre che sia sempre possibile distinguere le varie condotte disciplinarmente rilevanti, prescindendo dalla loro gravità intrinseca: quando invece è innegabile che “non è forse possibile, né ragionevole, evitare una graduazione per gravità nell’ambito di determinate tipologie di condotta: per esempio, è difficilmente immaginabile che possa sanzionarsi col licenziamento la violazione del divieto di fumare, senza distinguere il fumo in ufficio, in corridoio, sul balcone, nelle vicinanze di impianti petroliferi”<sup>375</sup>.

Stando così le cose, il vero problema che non riescono a vincere gli interpreti che, ai fini dell’applicabilità del rimedio ripristinatorio, ritengono necessario un “riscontro fotografico” tra fatto contestato e declaratoria contrattuale non riguarda tanto l’ampia (e da loro deprecata) discrezionalità giudiziale cui darebbe spazio il riconoscimento dell’ammissibilità del ricorso all’interpretazione estensiva o analogica delle previsioni

---

<sup>375</sup> Tursi, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro* n. 1/2012, pag. 93 ss.

dei contratti collettivi, quanto piuttosto l'inevitabile ed insopprimibile discrezionalità di cui verrebbe a beneficiare il giudice allorquando, per stabilire se possa o meno trovare applicazione il rimedio ripristinatorio, fosse chiamato a compiere una comunissima attività di sussunzione del fatto contestato in fattispecie di un'ampiezza ed indeterminatezza notevolissima quali – solo per citarne qualcuna – “l'insubordinazione”, “qualunque fatto che arrechi disturbo alla disciplina o alla morale dell'azienda”, “l'esecuzione negligente della prestazione lavorativa”. Si è quindi giustamente osservato che “in casi del genere, nonostante la condizione che si è assunto essere sottesa alla norma (ossia la conoscenza e/o conoscibilità preventiva della punibilità soltanto in chiave di sanzione conservativa) possa dirsi più debolmente, per non dire ben poco, soddisfatta, non è possibile escludere l'applicazione della norma stessa, *ergo* della tutela reintegratoria, una volta che l'interprete abbia ritenuto di sussumere il fatto nella nozione delineata dal codice disciplinare”<sup>376</sup>.

Tale operazione sussuntiva, per altro verso, è in tutto e per tutto identica a quella che qualunque giudice compie quando deve dare applicazione ad una qualsiasi norma dell'ordinamento: con l'unica differenza che, nel caso della disposizione di cui all'art. 18 co. 4, la fattispecie astratta è individuata dal contratto collettivo e non dalla legge, sicché – come è stato correttamente osservato – “negare la legittimità di un'interpretazione, che solo per comodità possiamo dire estensiva, di siffatte clausole, significherebbe negare valore a tante altre formule di cui è

---

<sup>376</sup> Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, op. cit., pag. 41.

costellato il nostro diritto civile (a partire dalla stessa nozione di <<giusta causa>>)<sup>377</sup>.

In questo contesto, dunque, non si può non condividere il rilievo secondo cui “non si profila tanto lo spettro di una eccessiva dilatazione dell’interpretazione giudiziale, quanto il problema del radicale ripensamento delle previsioni della parte disciplinare dei contratti collettivi, che diventerà un tema di radicale importanza e delicatezza nei futuri rinnovi contrattuali. Clausole del tipo di quelle oggi assai diffuse, che graduano le sanzioni in funzione della gravità oggettiva o soggettiva dell’infrazione, piuttosto che in funzione della tipologia della condotta, non sollevano problemi di interpretazione estensiva (o addirittura analogica), ma semplicemente aprono spazi vastissimi alla qualificazione (non alla interpretazione) giudiziale”<sup>378</sup>.

Pertanto, per tirare le fila del discorso, se si ritiene che la locuzione “fatto contestato” debba essere intesa in termini di inadempimento soggettivamente imputabile, stante l’irrealità di casi di licenziamento irrogati per fatti non aventi rilevanza disciplinare o non soggettivamente imputabili al prestatore licenziato, si dovrebbe necessariamente ammettere che l’indennità risarcitoria di cui all’art. 18 co. 5 verrebbe a trovare un margine d’applicabilità amplissimo, idoneo a ricomprendere – di fatto – tutti i casi di licenziamento ingiustificato; più nel dettaglio, il limite ultimo di tale margine applicativo si dovrebbe individuare nell’inadempimento appena meno che notevole, mentre il limite minimo verrebbe a

---

<sup>377</sup> Così, Ferrante, op. cit., pag. 33.

<sup>378</sup> Tursi, *Il nuovo art. 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*, DRI, 2012, pag. 1133 ss.

coincidere con l'inadempimento di qualsiasi rilevanza disciplinare.

In questo contesto, attraverso la previsione di fattispecie disciplinari per le quali siano applicabili sanzioni conservative, la contrattazione collettiva ha il potere di individuare il maggior numero possibile di casi di licenziamento ingiustificato che, stante la tenue gravità dell'inadempimento che li ha originati, non permettono di tollerare che nonostante l'illegittimità del licenziamento si possa determinare l'effetto espulsivo del prestatore dal contesto produttivo. Solo in seconda battuta il giudice, attraverso un'operazione ermeneutica di interpretazione estensiva compiuta *secondo ragione* ed *in buona fede*, potrà intervenire per applicare tali previsioni collettive ai casi di inadempimento da esse non espressamente previsti.

Al contrario, laddove la contrattazione collettiva abbia ritenuto che un inadempimento, pur non integrando le nozioni di notevole o notevolissimo inadempimento, sia tuttavia di una gravità tale da far ritenere – tutto sommato – accettabile l'estinzione del rapporto accompagnata dall'erogazione di un'indennità economica, ricorrerebbe una “delle altre ipotesi” di licenziamento ingiustificato di cui all'art. 18 co. 5<sup>379</sup>. Occorre infatti prendere atto –

---

<sup>379</sup> De Luca Tamajo, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, ADL, 2015, pag. 269 ss., il quale, in proposito, rileva che “si fa fatica a concepire che un atto unilaterale invalido possa provocare un effetto meramente indennitario e non il ripristino dello *status quo ante*, mediante la ininterrotta prosecuzione del rapporto. E lo sconcerto culturale si accentua allorché ci si avvede che, alla stregua delle due discipline in esame, anche un inadempimento di esigua importanza, può provocare la definitiva cessazione del rapporto, seppure accompagnata da una sanzione puramente indennitaria”.

proprio al fine di evitare di incorrere nei medesimi errori di quegli interpreti che parteggiano faziosamente per un orientamento interpretativo da loro ritenuto come l'unico possibile – del fondamentale rilievo secondo cui “nel quadro attuale il legislatore ha considerato che anche altri inadempimenti (non gravi o notevoli) del lavoratore potessero giustificare il licenziamento”<sup>380</sup>.

Ed in questo senso risulta pienamente apprezzabile, a questo punto, l'esattezza dei soprariportati rilievi con cui la Corte d'Appello di Roma ha osservato che “si tratta pur sempre di situazioni in cui la ‘punibilità’ soltanto in via conservativa trova un fondamento, che non consiste nella nuda applicazione del principio di proporzione (quale quello di cui all'art. 2106 c.c.), ma rimanda alla disciplina liberamente dettata dalle parti collettive (cui è da imputare l'eventuale minor grado di prevedibilità, *ex ante*, della sanzione così concretamente irrogabile)”, per converso “restando l'applicazione del quinto comma, nuovo testo, dell'art. 18 Stat. lav. (tutela solo indennitaria) in tutti i predetti casi in cui il giudizio di sproporzione abbia – anche in funzione delle caratteristiche di redazione dei contratti collettivi e dei codici disciplinari – fonte solo legale”<sup>381</sup>.

---

<sup>380</sup> Tullini, *La decisione del giudice tra allegazioni e onere della prova. Questioni aperte dopo la riforma dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, LD, 2014, pag. 435 ss., citando, a sua volta, Trib. Bologna 24 luglio 2013. Tuttavia, è doveroso puntualizzare che, diversamente da quanto affermato dal predetto Tribunale, si ritiene che tali inadempimenti (non gravi o notevoli) del prestatore non siano tali da giustificare il licenziamento, ma, ferma l'illegittimità del recesso, devono ritenersi idonei a determinare unicamente la risoluzione del rapporto di lavoro.

<sup>381</sup> Corte d'Appello di Roma 7 maggio 2014 (v. *supra*, nota n. 324).



Ne deriva che, ferma restando l'inevitabile necessità di ricorrere a qualche formula elastica e di chiusura, solo in presenza di una dettagliata casistica di condotte punite attraverso una sanzione di tipo conservativo la disciplina introdotta dal legislatore del 2012 potrà esplicitare appieno gli auspicati effetti di maggiore prevedibilità degli esiti rimediali del giudizio di impugnazione del recesso, dovendosi infatti ritenere che gli spazi di un'inevitabilmente discrezionale interpretazione estensiva da parte del giudice siano destinati a risultare inversamente proporzionali al livello di accuratezza con cui le fonti collettive abbiano – in sede di precedente definizione delle fattispecie disciplinari suscettibili d'essere sanzionate in chiave conservativa – proceduto a delinearne i relativi lineamenti in termini quanto più precisi possibile.

Ed a questo proposito, per concludere, non può sfuggire alla considerazione dell'interprete come attraverso le disposizioni di cui all'art. 18, co. 4 della L. n. 92/2012 – e, segnatamente, attraverso la previsione della possibilità di dar corso al rimedio reintegratorio, in caso di licenziamento illegittimo, nei casi in cui il fatto contestato al lavoratore rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa ai sensi delle discipline collettive o dei codici disciplinari applicabili – il legislatore sembrerebbe aver chiamato i rappresentanti dei lavoratori a “collaborare” (per l'appunto, attraverso la definizione degli inadempimenti sanzionabili con una sanzione conservativa) alla costruzione di un sistema sanzionatorio del recesso datoriale ingiustificato che consentisse di prefigurare *ex ante* se l'anzidetto recesso sarebbe stato punito in chiave di reintegrazione, ovvero se dallo stesso sarebbe potuta derivare al lavoratore la sola tutela indennitaria contemplata dalla disposizione di cui all'art. 18, co. 5 in relazione agli “altri casi di non

ricorrenza del giustificato motivo oggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro”.

L’esperienza dei primi contratti collettivi successivi all’entrata in vigore della L. n. 92/2012 dimostra peraltro come le organizzazioni sindacali dei lavoratori abbiano sostanzialmente declinato il richiamo del legislatore all’anzidetta “collaborazione”, optando piuttosto per una “non adesione” al ruolo cui il legislatore aveva inteso come sopra chiamarli (con ciò omettendo di considerare, peraltro, che la specificazione e la definizione delle ipotesi punibili con una sanzione conservativa, a ben vedere, avrebbe potuto risultare idonea, in caso di licenziamento illegittimo, ad incrementare le fattispecie in cui il rimedio reintegratorio avrebbe potuto continuare ad essere applicato), ed abbiano preferito limitarsi a rieditare le “classiche” formule di definizione delle fattispecie disciplinari in termini sufficientemente elastici, vaghi e generici da continuare a lasciar spazio alle valutazioni da parte del magistrato e, soprattutto, da impedire il perseguimento di quell’obiettivo di “prevedibilità della sanzione” del licenziamento illegittimo (in chiave reintegratoria o indennitaria) che il legislatore aveva inteso perseguire.

Non è questa, ovviamente, la sede per esprimere valutazioni e giudizi su certe scelte di politica sindacale, che oltretutto non pertengono né a chi scrive né a questo studio: anche se probabilmente non appare del tutto inverosimile l’ipotesi che una tale “scelta di campo” da parte sindacale possa essere stata precipuamente motivata dalla volontà, da parte dei rappresentanti dei lavoratori, di non avallare con la propria adesione un sistema – quale quello “impiantato” dal legislatore del 2012 – per effetto del quale il licenziamento illegittimo non risultava più indefettibilmente sanzionato, in termini “autenticamente”

rivoluzionari rispetto alla tradizione introdotta dallo Statuto dei lavoratori del 1970, con la reintegrazione nel posto di lavoro.

Ben più plausibile appare invece, sotto altro verso, l'ipotesi che proprio l'atteggiamento di resistenza passiva assunto dalle OO.SS. dei lavoratori in punto di definizione delle fattispecie disciplinari punibili con una sanzione conservativa abbia successivamente indotto il legislatore, a distanza di pochi anni, ad "abbandonare" il relativo "secondo canale di accesso al rimedio ripristinatorio" avverso il licenziamento illegittimo, eliminando alla radice il problema della identificazione dei termini della sua operatività – come poi avvenuto attraverso le "Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti" di cui al D. Lgs. n. 23/2015 – e limitando la possibilità della reintegrazione in servizio del lavoratore alle sole "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" dovrà comunque restare "estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento".

### **III.6) Il D. Lgs. n. 23/2015 e la marginalizzazione dell'operatività della reintegrazione ai soli casi in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato.**

In tale “contesto di criticità” il Governo italiano ha emanato il D.Lgs. 4 marzo 2015 n. 23, con cui è stato introdotto e disciplinato nel nostro ordinamento giuslavoristico il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, quale forma contrattuale destinata a trovare applicazione a tutte le assunzioni a tempo indeterminato formalizzate a far tempo dalla data del 7 marzo 2015 (data di entrata in vigore del Decreto), la cui disciplina in punto di risoluzione del rapporto ad iniziativa del datore di lavoro non si differenzia da quella dell’“ordinario” contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato se non per la previsione di un regime di tutela contro il licenziamento illegittimo che, nei fatti, rende del tutto residuale e marginale la possibilità di sanzionare il recesso aziendale illegittimo attraverso una soluzione di reintegrazione del prestatore nel posto di lavoro<sup>382</sup>.

---

<sup>382</sup> Il Decreto delegato è stato emanato in attuazione dell’art. 7 lett. c) della Legge delega n. 183/2014, in base alla quale al Governo è stato conferito l’incarico di introdurre 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

La nuova disciplina del regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi si applica altresì a coloro che già prima del 7 marzo 2015 erano occupati a tempo indeterminato presso imprese soggette alla tutela obbligatoria che tuttavia, successivamente a tale data e per effetto di nuove assunzioni, abbiano superato i requisiti dimensionali previsti dall'art. 18 della L. n. 300/1970, nonché ai “casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato”, anche quando il relativo vincolo contrattuale sia stato instaurato antecedentemente alla data del 7 marzo 2015.

Tale peculiare regime di tutela va a sostituire sia quello di cui all'art. 18 della L. n. 300/1970 che quello di cui all'art. 8 della L. n. 604/1966, le cui norme rimangono a questo punto a disciplinare fattispecie sanzionatorie applicabili “ad esaurimento progressivo”, vale a dire a tutti quei licenziamenti illegittimi irrogati nei confronti di lavoratori assunti a tempo indeterminato prima della data di entrata in vigore del D. Lgs. n. 23/2015<sup>383</sup>. A differenza di quanto previsto dalla Riforma Fornero, infatti, il

---

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, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento”.

<sup>383</sup> Con la consueta lucidità, rileva Romagnoli “che l'art. 18 si dissolverà un poco alla volta senza necessità di abrogarlo e, a quel punto, la decenza vorrebbe che la fuorviante dizione testuale fosse soppressa per rispetto, se non degli italiani, della lingua italiana”, così, Romagnoli, *L'irresistibile ascesa della licenza di licenziare*, <http://www.eguaglianzaeliberta.it/articolo.asp?id=1825>

discrimine che rende applicabile la nuova disciplina in materia di licenziamento non è rappresentato dalla data di intimazione del recesso, ma dalla data di costituzione del vincolo contrattuale a tempo indeterminato o dalla data di superamento delle soglie dimensionali di cui all'art. 18 co. 8 e 9 della L. n. 300/1970, o, ancora, dalla data di “conversione” del contratto a termine o di apprendistato”<sup>384</sup>. Ne deriva che, diversamente del passato,

---

<sup>384</sup> E' stata da più parti rilevata la palese atecnicità della terminologia adoperata dal legislatore con riferimento al rapporto di apprendistato (il quale, come è noto, non è soggetto ad alcuna conversione in un rapporto a tempo indeterminato), dato che lo stesso, fin dall'origine e quindi prima del momento in cui il datore di lavoro può esercitare la disdetta acausale, è espressamente qualificato dalla legge come un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Per questo motivo, Carinci F., *Il licenziamento disciplinare all'indomani del D. Lgs. n. 23/2015*, Working Paper ADAPT n. 176/2015, ritiene che la nuova disciplina dei licenziamenti si applichi solo agli apprendisti che prima dell'entrata in vigore del Decreto non abbiano ancora terminato il periodo di formazione all'esito del quale il datore di lavoro può recedere liberamente, dovendosi per converso escludere che essa possa trovare applicazione a quegli apprendisti che alla data del 7 marzo 2015 avessero già terminato il percorso formativo. Ci si chiede inoltre se rientrino o meno nel campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti solo i rapporti “convertiti” per effetto di un provvedimento giudiziale o anche i casi di conversione negoziale concordata tra le parti al di fuori del giudizio. E' controverso, altresì, se il regime delle tutele crescenti possa trovare applicazione anche con riferimento alle pronunce concernenti i rapporti di lavoro a progetto. In proposito “l'interpretazione possibilista si fonda essenzialmente su due dati: l'atecnicismo del riferimento al <<contratto a tempo determinato>> da un lato e dall'altro l'onnicomprendività dell'espressione “conversione” nel cui ambito potrebbero/dovrebbero rientrare anche le pronunce relative ai

per i lavoratori che sono stati assunti a far tempo dalla data del 7 marzo 2015 la consistenza occupazionale del datore di lavoro recedente rileva non più al fine di stabilire se debba trovare o meno applicazione la tutela reale di cui all'art. 18 L. n. 300/1970 (anche se oramai frammentata in quattro regimi sanzionatori di cui due meramente obbligatori), ma solo al fine di determinare, in base all'anzianità di servizio del lavoratore licenziato, l'ammontare dell'indennizzo allo stesso dovuto in caso di licenziamento ingiustificato.

Ciò premesso, vale sottolineare come, in linea con l'impianto di fondo della L. n. 92/2012, il Decreto delegato non incida sui presupposti giustificativi del recesso<sup>385</sup>,

---

rapporti di lavoro a progetto”: così Ricchezza, *Il decreto legislativo n. 23/2015: ambito di operatività e licenziamento per giusta causa*, DRI, 4, 2015, pag. 1008 ss. Al contrario, l'interpretazione che tende a negare che il peculiare regime sanzionatorio possa trovare applicazione anche con riferimento ai rapporti di lavoro a progetto non genuinamente autonomi valorizza il dato letterale in base al quale l'art. 69 co. 2 D. Lgs. 276/2003 parla di “trasformazione” e non anche di “conversione”.

<sup>385</sup> In questo senso, tra gli altri, Fiorillo, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, pag. 107 ss.; Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema di decreto)*, WP, CSDLE “Massimo D'Antona”. It – 236/2015. Ritengono invece che i presupposti giustificativi del recesso siano profondamente incisi dal provvedimento normativo Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law & economics e vincoli costituzionali*, WP, CSDLE “Massimo D'Antona” It. – 259/2015, il quale parla di “indiretta incidenza della riforma sulle nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo ed oggettivo”, non escludendo altresì che “la riforma determini un

continuando a prevedere per il licenziamento illegittimo quattro distinti regimi sanzionatori, ognuno dei quali risulta in concreto applicabile in funzione della natura del vizio di legittimità riscontrato.

E così, ad eccezione dei casi di licenziamento discriminatorio e di licenziamento inefficace perché intimato oralmente, dei casi di nullità del licenziamento espressamente previsti dalla legge e dei casi di licenziamento per disabilità fisica o psichica del lavoratore (con riferimento ai quali continua a trovare applicazione, a prescindere dai requisiti dimensionali del datore di lavoro che ha esercitato il recesso, il rimedio sanzionatorio costituito dalla reintegrazione con risarcimento del danno “pieno”), l’art. 3, comma 2 del Decreto prevede che l’annullamento del licenziamento e la reintegrazione con effetti risarcitori – commisurati, questi ultimi, all’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del T.F.R. per il periodo intercorrente dal giorno del licenziamento fino a quello dell’effettiva reintegrazione (dedotto l’*aliunde perceptum et percipiendum*), e fermo restando che la misura dell’indennità relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione non potrà essere superiore a 12 mensilità come sopra quantificate – sono destinati a trovare applicazione, nelle sole imprese che raggiungano i requisiti dimensionali di cui all’art. 18, co. 8 e 9 della L. n. 300/1970, “esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento

---

‘affievolimento’ delle nozioni di giusta causa e di giustificato motivo”. Nello stesso ordine di idee, Tullini, *La decisione del giudice tra allegazioni e onere della prova. Questioni aperte dopo la riforma dell’art. 18 dello statuto dei lavoratori*, op. cit.; Ballestrero, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, LD, 2012, pag. 441 ss., mentre in termini dubitativi si esprime, al riguardo, Carinci F., *Il licenziamento disciplinare all’indomani del D. Lgs. n. 23/2015*, op. cit.



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”.

Per altro verso, l'art. 3 co. 1 del Decreto prevede – con riferimento ai diversi casi in cui non ricorrano gli estremi della giustificazione causale adottata dal datore di lavoro, sia essa di natura oggettiva o soggettiva – che “il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità” ricompresa tra le quattro e le ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del T.F.R.<sup>386</sup>: indennità che non è assoggettata a contribuzione previdenziale ed il cui concreto ammontare risulta correlato all'anzianità di servizio del prestatore licenziato: e ciò nel senso che nelle imprese che raggiungono i requisiti dimensionali di cui all'art. 18 co. 8 e 9 della L. n. 300/1970 ogni anno di anzianità di servizio comporta la maturazione di due mensilità di retribuzione (come sopra calcolata), mentre nelle imprese che non raggiungono dette dimensioni esso comporta la

---

<sup>386</sup> Il criterio di riferimento per la determinazione dell'indennità risarcitoria non è più, come nell'art. 18 della L. n. 300/1970, la nozione onnicomprensiva di “ultima retribuzione globale di fatto”, ma la retribuzione utile per il calcolo dell'indennità di fine rapporto, il cui ammontare concreto può essere inferiore all'importo della retribuzione globale di fatto, stante la possibilità attribuita alla contrattazione collettiva di escludere alcuni emolumenti dalla base di calcolo del trattamento di fine rapporto e, dunque, anche dalla predetta indennità risarcitoria. Lo rileva, tra gli altri, Buconi, *Tutele crescenti: il sistema sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi secondo il D. Lgs. n. 23/2015*, LG, 2015, pag. 993 ss.

maturazione di una sola mensilità di retribuzione, fermo restando che in quest'ultimo ambito dimensionale l'ammontare complessivo dell'indennità non potrà eccedere le sei mensilità di retribuzione.

E' allora evidente che – avuto riguardo alle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa – a seguito dell'entrata in vigore della disciplina di cui al D. Lgs. n. 23/2015 l'applicazione della tutela meramente indennitaria costituisce il rimedio applicabile “in via generale” per i casi di licenziamento illegittimo, risultando per converso marginalizzata l'operatività concreta della c.d. “reintegrazione attenuata” a casi ben individuati, che per altro verso appaiono destinati a verificarsi così raramente da indurre più di un Autore a ritenere che la reintegrazione medesima sia divenuta oramai una “eccezione al limite dell'impraticabile”,<sup>387</sup>.

Anche l'indennità risarcitoria destinata a trovare applicazione in caso di vizi procedurali del licenziamento (unitamente alla declaratoria di estinzione del rapporto di lavoro) viene ridotta nell'ammontare, potendo la stessa variare – nelle imprese in possesso dei requisiti dimensionali di cui all'art. 18 co. 8 e 9 della L. n. 1970 – da un minimo di due mensilità (in luogo delle sei previste dall'art. 18 della L. n. 300/1970) ad un massimo di dodici mensilità. Anche in questo caso la concreta determinazione della predetta indennità non è rimessa alla discrezionalità del giudice ma è correlata all'anzianità di servizio del prestatore licenziato; ogni anno di anzianità di servizio

---

<sup>387</sup> Carinci F., *Il licenziamento disciplinare all'indomani del D. Lgs. n. 23/2015*, op. cit.: è comunque osservazione comune che gli spazi applicativi del rimedio ripristinatorio abbiano subito una rilevante restrizione.

comporta la maturazione di una sola mensilità di retribuzione nelle imprese di maggiori dimensioni e di mezza mensilità per le imprese più piccole, con la conseguenza che in relazione ai licenziamenti intervenuti all'interno di queste ultime l'ammontare minimo è pari ad una mensilità di retribuzione ed a sei quello massimo.

Ferme le considerazioni sopra esposte, sia consentito di osservare come non appaia utile, ai fini della presente ricerca, fare dettagliata menzione degli altri istituti disciplinati dal Decreto n. 23/2015; valga piuttosto, al riguardo, rammentare solo che viene confermata la disciplina dell'istituto della revoca del licenziamento già introdotta dalla riforma Fornero; che viene introdotta la possibilità per il datore di offrire una proposta conciliativa allo scopo di evitare il giudizio; che si estende alle c.d. organizzazioni di tendenza la disciplina dei licenziamenti discriminatori, nulli ed intimati in forma orale; che viene escluso che nell'ipotesi di licenziamento collettivo – a meno che esso non sia intimato al singolo lavoratore in forma orale – possa trovare applicazione la soluzione della reintegrazione; che viene altresì prevista, infine, la preclusione dell'applicabilità del c.d. Rito Fornero ai giudizi di licenziamento in cui si invochi l'applicazione della disciplina del Decreto qui in analisi.

Così succintamente elencate le novità introdotte dal legislatore delegato con riferimento ai licenziamenti in generale, si impone a questo punto di passare ad evidenziare gli aspetti che maggiormente interessano ai fini del presente studio, in quanto strettamente attinenti alla materia del licenziamento per motivi soggettivi.

E' osservazione comune a più Autori che la formula utilizzata per individuare i casi di operatività della c.d. reintegrazione attenuata (secondo la quale tale rimedio si applica “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") sia stata in un certo senso adottata dal legislatore "dietro suggerimento" della Corte di Cassazione, vale a dire sulla base dei principi espressi dalla Suprema Corte con la già citata pronuncia n. 23669/2014<sup>388</sup>. Al riguardo deve osservarsi, peraltro, che l'adozione della relativa formulazione di legge si discosta nettamente dalla lettera della Legge delega n. 183/2014, che richiedeva che la cd. reintegrazione depotenziata trovasse applicazione "in specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato"; ma si deve per altro verso riconoscere che tale "disallineamento" risultava di fatto inevitabile poiché – ove si fosse seguito alla lettera il criterio direttivo contenuto nella Legge delega, e, quindi, se si fosse ricorsi ad una formulazione tassativa "per elenchi di fattispecie" – sarebbe stato evidentemente impossibile prevedere tutte le ipotesi di licenziamento gravemente ingiustificato meritevoli di esser sanzionate con il più protettivo rimedio ripristinatorio<sup>389</sup>.

---

<sup>388</sup> In questo senso, già dal titolo del saggio, Martelloni, *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e jobs act*; op. cit.; Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel D. Lgs. n. 23 del 2015*, op. cit., pag. 49; Carinci F., *Il licenziamento disciplinare all'indomani del D. Lgs. n. 23/2015*, op. cit., che definisce il legislatore delegato "a corto di idee"; Buconi, *Tutele crescenti: il sistema sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi secondo il D. Lgs. n. 23/2015*, op. cit., pag. 993 ss.

<sup>389</sup> In merito alla legittimità costituzionale della previsione con cui la Legge delega limita l'operatività del rimedio ripristinatorio, Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, WP, CSDL E "Massimo D'Antona" It. – 273/2015, scrive che "si può mettere in dubbio,

Prima di approfondire le diverse questioni interpretative che scaturiscono dall'esame della disposizione in parola, non si può non evidenziare come attraverso l'eliminazione *tout court* del secondo canale di accesso al rimedio ripristinatorio già contemplato dalle disposizioni della L. n. 92/2012 – quale costituito dalla riconducibilità del fatto contestato alle previsioni dei contratti collettivi che ne avessero sancito la punibilità con una sanzione conservativa – il legislatore delegato abbia finito per “scaricare” interamente sulla rieditata formula della “insussistenza del fatto materiale contestato” ogni questione critica attinente all'individuazione degli esatti confini dello spazio di applicazione della c.d. reintegrazione attenuata. E' venuta meno quella che alcuni Autori, allo scopo di sottolinearne l'intrinseca capacità di scongiurare risoluzioni del rapporto di lavoro attuate a mezzo di licenziamenti arbitrari ed ingiusti, avevano definito come una sorta di “rete di sicurezza” per il

---

come del resto per diverse altre parti della legge delega, che essa sia conforme all'art. 76 Cost. sotto il profilo della specificità e dell'indicazione dei relativi principi direttivi. Ed infatti, se da un lato il riferimento a specifiche fattispecie rende evidente che il legislatore delegante intendeva restringere gli spazi della tutela reintegratoria (in ciò manifestandosi la linea di fondo del nuovo intervento normativo), dall'altro lato quello stesso riferimento può apparire carente quanto all'individuazione delle caratteristiche che dovrebbero presentare le ipotesi ancora fatte salve, e dunque quanto ai criteri e principi direttivi della delega”. Più in generale, sui rapporti tra Legge delega e Decreto Legislativo attuativo si veda, tra gli altri, De Luca, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, WP, CSDLE “Massimo D'Antona” It. – 251/2015.

lavoratore<sup>390</sup>; è stata soppressa, in altre parole, la previsione di legge che consentiva (e che in futuro consentirà solo con riguardo ai licenziamenti che incidano su rapporti di lavoro instaurati prima dell'entrata in vigore del Decreto) alla violazione del principio di proporzionalità – o meglio, alla violazione dei criteri di “proporzionalità” che risultavano tipizzati dalle disposizioni di contratto collettivo – di determinare effetti ripristinatori del rapporto di lavoro<sup>391</sup>.

---

<sup>390</sup> Carinci F., *Il licenziamento disciplinare all'indomani del D. Lgs. n. 23/2015*, op. cit.; Tosi, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, op. cit., il quale, a proposito della L. n. 92/2012, afferma che il legislatore, “proprio nella consapevolezza che la <<griglia>> dell'insussistenza del fatto non offre riparo dal ricorso ad addebiti strumentali, abbia adottato una seconda griglia costituita dalla riconducibilità del fatto sussistente alle <<condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili>>”.

<sup>391</sup> Maresca, *Il licenziamento ingiustificato: dalla reintegrazione alle tutele economiche crescenti*, in *La politica del lavoro del Governo Renzi - Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, (a cura di) Franco Carinci, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 40, pag. 558 ss., nell'individuare i motivi per cui, a distanza di meno di tre anni dalla modifica dell'art. 18 della L. n. 300/1970 realizzata dalla Riforma Fornero, il legislatore è nuovamente intervenuto sulla disciplina dei rimedi sanzionatori dei licenziamenti illegittimi, ritiene che “la modifica dell'art. 18 voluta dal legislatore del 2012 dimostra di non possedere l'efficacia necessaria a dare alle imprese quella sicurezza in ordine alle conseguenze del licenziamento ingiustificato che avrebbe dovuto concorrere ad invertire la tendenza delle stesse imprese alla fuga dal contratto a tempo indeterminato”. In senso analogo, si mostra favorevole all'eliminazione della previsione del secondo canale di accesso

Procedendo nell'analisi letterale della formula impiegata dal legislatore delegato, si può preliminarmente osservare come l'avverbio "esclusivamente" dallo stesso utilizzato al fine di indicare i casi di operatività della reintegrazione nei casi di licenziamento disciplinare ingiustificato appaia inequivoco nell'esprimere – coerentemente con le soluzioni accolte nel Decreto con riferimento al licenziamento in generale – la volontà di fare di esso un rimedio applicabile in via del tutto

---

al rimedio ripristinatorio, in quanto fonte di incertezza, Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in AA. VV. *Jobs Act e licenziamenti*, Giappichelli, Torino, 2015, pag. 36 ss.; Carinci F., *Il licenziamento disciplinare*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Carinci F. e Cester C. (a cura di), ADAPT Labour Studies e-Book series n. 46, pag. 73 ss., scrive in proposito che "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, comma 4, dello Statuto operata dall'art. 3, comma 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". Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit., pag. 61, ritiene che "l'abbandono di quella seconda ipotesi trova riscontri e spiegazioni anche in altre parti del complessivo disegno espresso nel cosiddetto *Jobs Act*, stante la tendenza, in quel disegno, a ridimensionare il ruolo delle parti sociali e della contrattazione collettiva. Nell'ambito che qui ci occupa, qualche rammarico in più potrebbe essere tutt'altro che ingiustificato, almeno qualora si ritenga che la contrattazione collettiva possa adempiere al ruolo di stabilizzatore delle relazioni aziendali e costituire un parametro sensibile per la definizione degli illeciti disciplinari, delle condizioni e dei limiti della loro perseguibilità".

eccezionale. Ciò che trova conferma nell'ulteriore sua disposizione con cui si prevede che la reintegrazione si applichi nei casi di licenziamento per motivi soggettivi “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”.

Le questioni ermeneutiche che le anzidette disposizioni pongono in rilievo sono quindi due: da un lato, quale accezione si debba attribuire all'espressione “insussistenza del fatto materiale contestato rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento”; dall'altro, quali oneri probatori implichi la necessità che tale insussistenza sia “direttamente dimostrata in giudizio”.

Quanto al primo punto, si deve preliminarmente rilevare l'inequivoca intenzione legislativa di restringere l'ambito applicativo del rimedio ripristinatorio, quale desumibile sia dall'utilizzo dell'aggettivo “materiale”<sup>392</sup> – che ora, quasi a significare una presa di posizione legislativa nell'ambito dell'aspro dibattito interpretativo sviluppatosi in seguito alla L. n. 92/2012<sup>393</sup>, viene a

---

<sup>392</sup> Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel D. Lgs. n. 23 del 2015*, op. cit., lo definisce in termini di “intarsio”; Amoroso, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, op. cit., parla di “etichetta <<materiale>> ora assegnata (dall'art. 3, comma 2, cit.) al <<fatto contestato>>”.

<sup>393</sup> In questi termini, tra gli altri, Pisani, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, op. cit.; Vallebona, *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto*, op. cit.; Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel D. Lgs. n. 23 del 2015*, op. cit., pag. 37, scrive che



qualificare il “fatto contestato” – sia dalla previsione secondo cui “resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento”. Più specificamente, il primo problema che gli interpreti si sono trovati ad affrontare è stato quello di stabilire se alla nuova locuzione “fatto materiale contestato rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento” possa essere riconosciuto un significato innovativo o, al contrario, d’interpretazione autentica della analoga locuzione cui l’art. 18 co. 4 della L. n. 300/1970 subordina l’operatività della reintegrazione.

Ed in questo senso vi sono stati Autori, come Amoroso, che hanno ritenuto (assegnando alla relativa disposizione di cui al D. Lgs. n. 23/2015 una “portata” evidentemente innovativa) che la circostanza che il legislatore delegato abbia dovuto specificare che il fatto contestato debba esser quello “materiale” dimostrerebbe che là dove tale fatto non è qualificato in “termini di materialità”, e quindi nell’ambito della L. n. 92/2012, esso debba essere inteso come “fatto giuridico”, ivi coincidendo, più nel dettaglio, con il concetto di inadempimento che raggiunga quantomeno la soglia della

---

“l’operazione [vuole] trasmettere certamente una sorta di messaggio subliminale nel senso che se si vuole continuare a discutere lo si faccia in un’ottica politica perché da quella giuridica (*pardon*, applicativa) si sarebbe fatto chiarezza una volta per tutte costringendo la valutazione (giammai discrezionalità) del giudice entro binari finalmente stringenti anche sul piano dei presupposti dell’azione e non solo dell’indennità dovuta in caso di licenziamento invalido che è stata ora opportunamente predeterminata. Ma già i casi-tipo ai quali ho accennato in precedenza dovrebbero indurre ad una maggior prudenza”.

“non scarsa importanza”<sup>394</sup>. In tale ordine di idee, l’Autore ritiene che solo ora, ovvero per effetto delle modifiche introdotte dal D. Lgs. n. 23/2015, la violazione del principio di proporzionalità sia divenuta irrilevante ai fini della scelta del regime sanzionatorio applicabile, dovendosi per converso ritenere che nell’ambito dei licenziamenti cui si applica ancora l’art. 18 l’insufficiente gravità del recesso determini l’operatività della reintegrazione. Più nel dettaglio, ad avviso dell’Autore l’esplicita affermazione di estraneità di qualsiasi valutazione attinente la sproporzione dell’atto di recesso, unita alla soppressione del secondo canale di accesso del rimedio ripristinatorio – così come realizzate dal Decreto delegato – confermerebbero che, con riferimento ai licenziamenti cui si applica ancora l’art. 18, l’atto di recesso irrogato per un fatto integrante un inadempimento di scarsa importanza deve esser sanzionato con il rimedio ripristinatorio.

Al contrario, vi è chi, come Cester, ritiene che il problema interpretativo della “portata” della disposizione di cui all’art. 3, comma 2 del D. Lgs. n. 23/2015 non “possa esser sbrigativamente risolto solo sulla base della presunzione di novità che pure implicitamente regola in generale la successioni delle leggi nel tempo, posto che il carattere (anche) interpretativo di una certa disposizione

---

<sup>394</sup> Di analogo avviso è Carinci F., *Il licenziamento disciplinare all’indomani del D. Lgs. n. 23/2015*, op. cit., pag. 91, secondo cui “Può essere che il legislatore abbia creduto di fornire con quell’art. 3, comma 2, una interpretazione autentica dell’art. 18, commi 4 e 5; ma certo quella da lui fornita non può considerarsi tale, data la secca soluzione di continuità fra i due testi, per cui l’art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015 viene ad avere per oggetto non quell’art. 18, commi 4 e 5, ma addirittura fattispecie diverse”.

rispetto ad una norma precedente non deve necessariamente risultare in modo espresso, come da tempo afferma la Corte Costituzionale”<sup>395</sup>.

Per quanto attiene invece all’esatto significato da riconoscere alla locuzione “insussistenza del fatto materiale contestato rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento”, il dibattito interpretativo già sviluppatosi con riferimento all’analogia espressione utilizzata dal legislatore del 2012 tende, nella sostanza, a riprodursi negli stessi termini; e ciò nella misura in cui ad uno schieramento dottrinale che, al fine di difendere la validità della tesi del fatto giuridico, tende a sterilizzare le puntualizzazioni introdotte dal legislatore delegato, se ne contrappone un altro che invece valorizza il dato letterale di tali puntualizzazioni allo scopo di ribadire come in caso di licenziamento illegittimo i margini applicativi del rimedio reintegratorio si siano

---

<sup>395</sup> Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit., pag. 47. Ancor più netta è la posizione di Fiorillo che ritiene che il legislatore delegato abbia voluto fornire un’interpretazione autentica del disposto di cui all’art. 18 co. 4 della L. n. 300/1970; si veda Fiorillo, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, op. cit., pag. 117 ss. Secondo Barraco, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, op. cit., la nuova formula legislativa in materia di fatto contestato indurrà inevitabilmente i giudici ad interpretare restrittivamente l’analogia formula contenuta nell’art. 18 comma 4; e ciò, al fine ultimo di scongiurare possibili disuguaglianze tra lavoratori che si determinerebbero qualora si interpretasse la disciplina di cui all’art. 18 come un regime sanzionatorio che generalizza la reintegra e marginalizza il rimedio indennitario.

ulteriormente ridotti rispetto alla disciplina introdotta dalla c.d. Riforma Fornero<sup>396</sup>.

Ciò premesso, nel novero di coloro che ritengono che il fatto materiale contestato debba essere inteso in termini di fatto disciplinarmente rilevante e soggettivamente imputabile il cui il livello di gravità attinga, quantomeno, alla soglia della notevole inadempimento (e quindi in termini di “fatto giuridico”) può esser ricondotto Perulli, secondo cui “la nozione di <<fatto materiale>> impiegata

---

<sup>396</sup> Anche qui, come per la Riforma Fornero, la bibliografia è particolarmente vasta; oltre a quelli già citati, tra i vari contributi in merito all’art. 3 D. Lgs. n. 23/2015, si vedano, senza pretesa di esaustività: Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law & economics e vincoli costituzionali*, op. cit.; Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, pag. 30 ss.; Barraco, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, LG, 2015, pag. 123 ss.; Sambati, *La qualificazione del “fatto” nell’interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del “dialogo” aperto dal legislatore delegato*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, pag. 169 ss.; Vidiri, *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e (non poche) ombre*, ADL, 2015, pag. 353 ss.; Tursi, *L’articolo 18 e il “contratto a tutele crescenti”*, DRI, 2014, pag. 923 ss.; Scarpelli, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d. lgs. n. 23/2015*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. It – 252/2015; Piccinini, *Licenziamento disciplinare: il fatto materiale tra legge Fornero e Jobs Act*, LG, 2016, pag. 339 ss.; Boscati, *Il licenziamento disciplinare nel contratto a tutele crescenti*, DRI, 2015, pag. 1032 ss.; Ortis, *Il fatto e la sua qualificazione: dalla querelle della riforma Fornero ai nodi irrisolti del Jobs Act*, RIDL, 2016, pag. 145 ss.

dal legislatore delegato” è “ – per usare un eufemismo – del tutto *atecnica*”: e ciò da un lato “in quanto il fatto di cui trattasi, lungi dall’essere <<materiale>> è inevitabilmente connotato giuridicamente: (...)”, dall’altro che “nella fattispecie la norma valutante è rappresentata dall’art. 3 l. n. 604/1966, per cui ogni <<fatto>> disciplinarmente rilevante deve essere apprezzato e valutato non in sé, ma ai fini della qualificazione in termini di giusta causa o di giustificato motivo di recesso”<sup>397</sup>.

Del pari, De Luca ritiene che la tesi da prediligere sia quella del fatto giuridico, dovendosi infatti ritenere che “la *insussistenza del fatto materiale* – per la quale è comminata la reintegrazione nel posto di lavoro – sembra riguardare il difetto – nel medesimo fatto – di elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo”; in quest’ordine di idee l’Autore, rifacendosi alle affermazioni di altra dottrina di cui condivide il presupposto teorico, afferma che “tale ‘fatto’ deve essere selezionato nell’ambito delle definizioni di giusta causa o

---

<sup>397</sup> Così, Perulli, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, RIDL, 2015, I, pag. 413 ss. Anche se poi lo stesso Autore sembrerebbe costretto a prendere atto dell’esplicita affermazione di estraneità, ai fini della insussistenza del fatto materiale contestato, di qualsiasi valutazione attinente la sproporzione del recesso, là dove riconosce che, nella nuova disciplina, un fatto disciplinarmente rilevante, anche se di lieve entità, giustifica l’esclusione dell’operatività della reintegrazione, salvo censurare la legittimità costituzionale di tale previsione per violazione del principio di ragionevolezza; ciò, nella misura in cui con tale disposizione si “opera una netta separazione tra rimedi in fattispecie fattualmente differenziate ma del tutto assimilabili sul piano funzionale (nessun ritardo; ritardo di pochi minuti) e quindi omogenee nei termini di un giudizio di analogia o di eguaglianza”.

giustificato motivo soggettivo o oggettivo, secondo un processo selettivo condotto dal più al meno, che liberi per così dire il loro “nucleo essenziale”. Il tutto sulla base di un’opzione ermeneutica ritenuta in un certo qual senso necessitata dato che, per esplicita ammissione dell’Autore, “la proposta pare, comunque, da preferire – come interpretazione adeguatrice o costituzionalmente orientata – in alternativa alla illegittimità costituzionale della disposizione in esame” che si determinerebbe qualora si interpretasse la locuzione fatto contestato in termini di “nuda materialità”<sup>398</sup>. Secondo l’Autore, per altro verso,

---

<sup>398</sup> In questi termini, De Luca, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, op. cit. La tesi dell’Autore, tuttavia, non appare del tutto condivisibile. Infatti, come tutte quelle soluzioni interpretative che, al fine di sostenere che la violazione del principio di proporzionalità debba esser sanzionata solo ed unicamente con la tutela in forma specifica, ne risaltano l’importanza e ne evidenziano altresì la strettezza dei legami che tale principio intrattiene con il principio di ragionevolezza, l’opzione ermeneutica qui in esame sembra essere dimentica dell’ineliminabile dato di fatto per cui il principio di proporzionalità attiene unicamente al rapporto che deve sussistere tra la gravità dell’infrazione disciplinare commessa dal prestatore e il grado di afflittività della reazione datoriale, non attenendo – come invece queste tesi sembrerebbero erroneamente presupporre – alla risposta sanzionatoria con cui l’ordinamento intende colpire il licenziamento illegittimo. Ne deriva che non è propriamente corretto affermare che la previsione di un rimedio solo indennitario per il licenziamento ingiustificato comporti la negazione del principio di proporzionalità, nulla essendo cambiato, rispetto al passato, in merito alle regole di giudizio che il giudice deve seguire per stabilire se un licenziamento sia o meno giustificato e, quindi,

tale soluzione deve ritenersi imposta dalla necessità di rispettare il canone della coerenza – quale estrinsecazione del principio di ragionevolezza – tra sanzioni conservative e licenziamento disciplinare; tale canone di coerenza, infatti, potrebbe ritenersi pregiudicato da un’eventuale interpretazione della disposizione in parola che neghi “rilevanza al principio di proporzionalità che continua a trovare applicazione, invece, alle sanzioni disciplinari conservative (ai sensi dell’art. 2106 c.c.)”.

In termini analoghi si pone la posizione di Vidiri, il quale – dopo aver evidenziato la stretta attinenza della regola della proporzionalità al principio di ragionevolezza, e dopo aver per altro verso altresì rammentato come essa presieda “all’applicazione di ogni genere di sanzione (disciplinare, amministrativa, tributaria, penale)” – afferma che, pur dovendosi ammettere che il fatto vada inteso nella sua materialità, la violazione del suddetto principio determinerebbe una nullità del licenziamento analoga a quella che si produce nei casi tipizzati di cui all’art. 2 del Decreto delegato<sup>399</sup>.

Vi è poi chi, come Nogler, ha sostenuto che, una volta ammesso che il fatto contestato al lavoratore e posto a base del licenziamento – in quanto atto di esercizio del

---

se l’inadempimento posto a base dell’intimato recesso integri o meno la causale di legge.

<sup>399</sup> In questi termini Vidiri, *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e (non poche) ombre*, op. cit. A tale tesi, cui è lecito muovere le medesime obiezioni già mosse alla tesi di De Luca nel corpo della nota n. 398, si può agevolmente replicare che il D. Lgs. n. 23/2015 ha tassativamente regolato i casi di nullità del licenziamento all’art. 2, escludendo espressamente, con la previsione di cui all’art. 3, che la violazione del principio di proporzionalità possa comportare la nullità del licenziamento.

potere disciplinare e, come tale, legittimamente attivabile solo in presenza di un'infrazione alla disciplina in senso lato – debba necessariamente identificarsi con un inadempimento, “allora non è possibile arrestare il discorso a metà e non prendere in considerazione il tipo di inadempimento e cioè richiedere che si tratti di un inadempimento almeno notevole”. Ad avviso dell'Autore in sostanza, la contestazione di un fatto disciplinarmente rilevante la cui gravità non sia tale da raggiungere la soglia della notevolzza determina l'operatività della reintegrazione “non perché non sussiste il fatto giuridico, ma perché non sussiste a monte un'idonea contestazione e cioè la contestazione di un fatto-inadempimento che sia quantomeno notevole”<sup>400</sup>.

---

<sup>400</sup> Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel D. Lgs. n. 23 del 2015*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti*, op. cit., pag. 43. L'Autore muove dalla negazione concettuale della possibilità di scindere il giudizio sulla legittimità del recesso da quello relativo alla scelta del regime sanzionatorio là dove afferma che “il presunto giudizio sull'illegittimità/legittimità del licenziamento, lungi dal possedere autonomia concettuale, coincide con la verifica dei presupposti che portano all'“annullamento” del licenziamento stesso”. A suo avviso, infatti, giusta causa e giustificato motivo soggettivo sono presupposti di legittimità del licenziamento per motivi soggettivi, tali per cui, se insussistenti, determinano inevitabilmente l'inefficacia del singolo licenziamento ingiustificato; in questo contesto, l'inefficacia dell'atto di recesso ingiustificato può essere assicurata solo con la tutela reintegratoria e non anche con quella economica. Tale tesi, per quanto autorevolmente sostenuta, non è condivisibile. Infatti, come osservato da Cester (ne *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit. pag. 57), proprio in un'ottica di critica alla posizione di Nogler, “il carattere notevole dell'inadempimento, costitutivo della stessa definizione di giustificato motivo soggettivo,



Vi è inoltre chi, come Rivero, pur esprimendosi con accenti fortemente critici nei confronti del nuovo impianto di legge in quanto ritenuto palesemente irragionevole e gravemente lesivo del principio di uguaglianza, è costretto ad ammettere che un'interpretazione letterale della rieditata formula legislativa di "insussistenza del fatto materiale contestato" non consente di ritenere applicabile la reintegrazione nei casi di licenziamento ingiustificato; non potendosi tuttavia escludere, per altro verso, che "se il fatto contestato non è un'infrazione disciplinare o un fatto colpevole si deve dire che il fatto è insussistente non dal punto di vista materiale, né della motivazione: ma appunto dal punto di vista disciplinare, che è un'ottica eminentemente giuridica. La cui mancanza dovrebbe portare ancora alla reintegra"<sup>401</sup>. In altri termini, per

---

attiene al giudizio di legittimità o meno del licenziamento (inteso come sanzione per il lavoratore), mentre, se proiettato ed utilizzato anche sul piano delle conseguenze (sanzionatorie in tutt'altro senso) a carico del datore di lavoro, esso è necessariamente legato ai parametri di adeguatezza e proporzionalità; dopodiché, riesce difficile coniugare la rilevanza del carattere notevole dell'inadempimento (che la locuzione <<fatto materiale contestato>> non ha modificato) con l'esclusione, nel testo dell'art. 3, comma 2 in oggetto, di ogni rilievo circa la <<sproporzione del licenziamento>>". Parimenti critico della posizione sostenuta da Nogler – in quanto ritenuta in palese contrasto con la lettera della disposizione e con la esplicita esclusione di qualsiasi valenza, a fini rimediali, del principio di proporzionalità – è Speziale, ne *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, RIDL, 2016, I, pag. 111 ss.

<sup>401</sup> Rivero, *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd Jobs Act*, *Questione giustizia*, 3/2015, [http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2015-3\\_03.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2015-3_03.pdf).

l'Autore, se da un lato la letterale esclusione di qualsiasi rilevanza del giudizio di proporzionalità ai fini della sussistenza del fatto contestato e il riferimento alla natura "materiale" del medesimo non consentono di ritenere applicabile la reintegrazione nei casi di licenziamento ingiustificato, tuttavia un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma impone di ritenere che la locuzione "fatto materiale contestato" debba essere intesa in termini di inadempimento rilevante dal punto di vista disciplinare e soggettivamente imputabile<sup>402</sup>.

---

<sup>402</sup> Di analogo avviso sono, Amoroso, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, op. cit., pag. 350, secondo cui "l'etichetta <<materiale>> ora assegnata (dall'art. 3, comma 2, cit.) al <<fatto contestato>> non esclude che esso si qualifichi come inadempimento di obblighi contrattuali ed è questa una qualificazione tipicamente giuridica", nonché Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in AA. VV. *Jobs Act e licenziamenti*, op. cit. Del pari, Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema di decreto)*, op. cit., ritiene che l'insussistenza del fatto contestato andrebbe riferita anche al caso in cui questo fosse di "assoluta irrilevanza" disciplinare. Vi è invece chi, come Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, op. cit., pag. 125, pur ritenendo tale tesi condivisibile quanto agli scopi perseguiti, rileva come essa realizzi "un totale stravolgimento della formulazione letterale della disposizione difficile da essere accettata". Tuttavia, allo scopo di evitare che licenziamenti irrogati per fatti privi di disvalore disciplinare, pur illegittimi, possano determinare la risoluzione del rapporto, l'Autore afferma che "la soluzione del problema può essere trovata sostenendo che nei casi descritti (contestazione di un fatto lecito o privo di qualsiasi valore disciplinare) si sia in presenza di un atto in frode alla legge. Esso infatti sarebbe diretto a bypassare il

Ad avviso di chi scrive, invero, con la disposizione di cui all'art. 3, comma 2 del D. Lgs. n. 23/2015 nulla è davvero cambiato – per quanto attiene al significato da attribuire alla locuzione “insussistenza del fatto materiale contestato rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento” – rispetto all'analogia, ma più disadorna, formula utilizzata dall'art. 18 L. n. 300/1970 per individuare i casi in cui il licenziamento ingiustificato risulta sanzionabile con il rimedio ripristinatorio.

Nel precedente paragrafo (in particolare, in quello dedicato alla descrizione dell'opzione interpretativa che appare preferibile in ordine all'esatto significato da riconoscere alle modifiche dell'art. 18 realizzate dalla L. n. 92/2012) – cui, per brevità, si rimanda – si è avuto modo di esplicitare compiutamente le ragioni per le quali debba privilegiarsi la soluzione che ritiene che il fatto contestato debba essere inteso in termini di fatto disciplinarmente rilevante, ossia di inadempimento soggettivamente imputabile al suo autore<sup>403</sup>; il tutto, pur essendo

---

controllo sulla giustificazione dell'atto di recesso – prescindendo da comportamenti riconducibili a giusta causa o giustificato motivo soggettivo – e ad evitare comunque la sanzione reintegratoria (perché il comportamento addebitato al lavoratore effettivamente esiste). (...) Pertanto, ai sensi degli art. 1418, co. 2 e 1344 c.c. si applicherà la tutela reintegratoria piena di cui all'art. 2 del d. lgs. 23/2015 o quella di ‘diritto comune’, a seconda dell'opzione teorica che si intenda preferire”.

<sup>403</sup> Dove l'imputabilità soggettiva del fatto attiene al concetto penale di *suitas* e, dunque, deve ritenersi esclusa solo nella ipotesi in cui il lavoratore che compie il fatto si venga a trovare in uno stato di incapacità naturale. L'imputabilità soggettiva, pertanto, differisce dal diverso concetto di “colpevolezza”, che attiene, invece, all'accertamento relativo alla sussistenza di

consapevoli dell'effetto di conseguente marginalizzazione del principio di proporzionalità, la cui violazione è stata dunque ritenuta dal legislatore rilevante al solo fine di stabilire la legittimità dell'intimato recesso ma non anche sul diverso piano della scelta del rimedio sanzionatorio del recesso illegittimo<sup>404</sup>.

Diverso è il caso in cui l'inadempimento del lavoratore abbia una rilevanza disciplinare talmente lieve da rendere evidente che il licenziamento che esso ha provocato è stato adottato pretestuosamente dal datore di lavoro per sottrarsi fraudolentemente alla sanzione della reintegrazione; in tal caso, infatti, "quest'ultima trova applicazione non perché il licenziamento sia sproporzionato, bensì perché il datore ha usato uno stratagemma apparentemente in linea con il disposto normativo, ma in realtà volto ad eludere la disciplina selettiva della sanzione (reintegratoria/indennitaria) applicabile"<sup>405</sup>. Detto altrimenti, sarebbe questo un caso di

---

dolo o colpa nella commissione del fatto. Si veda, in proposito, tra le tante, Cass. n. 4171/2015.

<sup>404</sup> Si concorda, dunque, con quanto affermato da Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit. pag. 59, secondo cui il "<<fatto materiale contestato è quello connotato da una soglia minima di antiggiuridicità, perché il datore di lavoro 'oppone' al lavoratore un comportamento percepito ed evidenziato come contrario agli interessi dell'organizzazione, giuridicamente meritevoli di tutela e non certo frutto di capriccio"; il quale aggiunge, peraltro, che "nessun dubbio mi pare possa essere sollevato circa l'esclusione del giudizio di proporzionalità, che è poi quello con il quale si conclude il giudizio sull'inadempimento *in concreto*: la formula circa l'estraneità della valutazione riguardo la sproporzione del licenziamento non ammette repliche sul piano interpretativo".

<sup>405</sup> De Luca Tamajo, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, op. cit., pag. 280.

licenziamento in frode alla legge che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1344 e 1324 c.c., dovrebbe esser ritenuto nullo, con conseguente applicazione dell'art. 18 co. 1, nel caso in cui il licenziamento abbia riguardato un lavoratore assunto prima del 7 marzo 2015, oppure del regime di tutela reale di diritto comune nel caso in cui invece il licenziamento sia stato intimato nei confronti di un lavoratore cui si applica il D. Lgs. n. 23/2015<sup>406</sup>.

---

<sup>406</sup> Per un interessante e condivisibile riconoscimento dell'operatività del regime civilistico della nullità di diritto comune con riferimento a fattispecie di licenziamento "in cui la nullità, pur non <<espressamente>> prevista dalla legge con specifico riferimento alla materia del licenziamento, deriva dall'applicazione dei principi generali del diritto civile, ovvero dalle norme di cui agli artt. 1418 c.c., 1343 c.c. e 1345 c.c." si veda, Perulli, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, op. cit., pag. 429 ss. L'Autore ricorre all'esempio del licenziamento intimato per causa di trasferimento d'azienda del lavoratore in violazione dell'art. 2112 cod. civ. (che egli ritiene nullo per contrarietà a norma imperativa); del licenziamento intimato a causa della domanda o della fruizione di congedi parentali o familiari (che invece ritiene nullo per motivo illecito determinante). Quelli appena elencati sono esempi di "fattispecie non riconducibili alla mancanza di giustificazione del licenziamento ai sensi dell'art. 3 co. 2, in quanto le situazioni inquadrabili in siffatte norme civilistiche si connotano per una *diversa categoria di disvalore giuridico*, di volta in volta consistente nella contrarietà a norme imperative (art. 1418 c.c.), nell'illiceità della causa (art. 1343 c.c.), nell'illiceità del motivo (art. 1345 c.c.) ed, infine, nella frode alla legge (quando l'atto <<costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa>>: art. 1344 c.c.)". Soggiunge l'Autore che "in tutti questi casi, quindi, non si può certo sostenere l'assorbimento delle relative fattispecie nella disciplina di cui all'art. 3, co. 1, che riguarda l'inesistenza degli estremi legittimi di licenziamento, ma non le ipotesi in cui il motivo o la causa

In questo senso, allora, tanto la specificazione che il fatto contestato deve esser “materiale” quanto la precisazione che rispetto alla valutazione di insussistenza di tale fatto “resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento” non sembrano esprimere una reale ed effettiva portata innovativa della locuzione di cui all’art. 3, comma 2 del D.Lgs. n. 23/2015, quanto piuttosto la volontà del legislatore di puntualizzare lo stesso principio che – sia pure in termini meno netti e suscettibili pertanto di dare adito ad interpretazioni maggiormente contrastanti – con la novella di cui alla L. n. 92/2012 era già stato sancito.

Una portata realmente significativa e dirompente, invece, va riconosciuta alla radicale soppressione di quello che, nella struttura normativa dell’art. 18 della L. n. 300/1970 costituisce la seconda ipotesi di operatività del rimedio reintegratorio, destinata a ritenersi integrata ove il fatto per cui si è proceduto al licenziamento rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni del contratto collettivo o del codice disciplinare applicabile. Come si è già avuto modo di sostenere, infatti, con tale previsione il legislatore del 2012 ha elevato l’autonomia collettiva a vera e propria depositaria della regola della proporzionalità tra infrazione disciplinare e relativa sanzione. Detto diversamente, il legislatore del 2012 – attraverso il conferimento alle

---

dell’atto sono viziate da nullità; onde troverà applicazione la c.d. tutela reale di diritto comune, il cui campo di applicazione, confluito nell’art. 18 co. 1 (così come novellato dalla l. n. 92/2012), rivive oggi al di fuori dei casi di nullità <<espressamente>> previsti dalla legge (art. 3, co. 1)”. Condivide tale impostazione, Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, op. cit., pag.119.

organizzazioni sindacali del compito di individuare e specificare le ipotesi nelle quali la violazione del principio di proporzionalità, oltre a determinare l'illegittimità del recesso, è in grado di impedire la risoluzione del rapporto – non ha negato la rilevanza e l'essenzialità che il principio di proporzionalità riveste nell'ambito dell'esercizio del potere disciplinare, ma ha tentato di rendere maggiormente prevedibili i casi in cui la violazione di tale principio determini l'operatività del rimedio ripristinatorio. Non si è mancato di notare, in proposito, come attraverso l'eliminazione dell'operatività di tale secondo canale di accesso alla reintegrazione il legislatore delegato del 2015 abbia perso l'occasione per attribuire alla contrattazione collettiva il “ruolo di stabilizzatore delle relazioni aziendali”, potendo essa “costituire un parametro sensibile per la definizione degli illeciti disciplinari, delle condizioni e dei limiti della loro perseguibilità”<sup>407</sup>.

Senza voler anticipare quanto si dirà in seguito in merito alla legittimità costituzionale del D. Lgs. n. 23/2015, si può rilevare fin d'ora come l'eliminazione in radice della previsione legislativa in parola – che, sia pure attraverso il filtro valutativo della contrattazione collettiva, assegna alla violazione del principio di proporzionalità l'importantissimo ruolo (fondamentale ed imprescindibile nella sua funzione di autentico pilastro di ragionevolezza e coerenza di tutto il sistema sanzionatorio-disciplinare) di impedire lo scioglimento di rapporti di lavoro in casi di licenziamenti irrogati per inadempimenti di modesto valore disciplinare – esponga l'intera disciplina del contratto a tutele crescenti ad evidenti profili di illegittimità costituzionale, stante la possibilità di ravvisare

---

<sup>407</sup> Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit. pag. 61.

in tale opzione normativa la violazione, per l'appunto, del principio di ragionevolezza.

Ad ogni modo, volendo per il momento prescindere dalla disamina e dall'approfondimento delle relative questioni di legittimità costituzionale, si deve rilevare come l'eliminazione del secondo canale di accesso al rimedio ripristinatorio susciti, in ogni caso, significativi problemi interpretativi ogni qual volta, nel regime di cui al D. Lgs. n. 23/2015, venga irrogato un licenziamento per un fatto che il contratto collettivo punisce con una sanzione conservativa del rapporto di lavoro.

Al riguardo, se la maggior parte degli Autori rileva che l'eventuale contrasto tra la valutazione compiuta dal datore di lavoro (che ritiene che un dato inadempimento possa giustificare il licenziamento) e quella compiuta dalle organizzazioni sindacali (che, al contrario, ritengono che quel fatto possa esser punito, al più, con una sanzione conservativa) incida solo ed unicamente sul piano della esclusione della legittimità dell'intimato recesso e non possa in ogni caso comportare l'applicabilità del rimedio ripristinatorio<sup>408</sup>, vi è altresì chi ha ritenuto che in ipotesi

---

<sup>408</sup> E' questa la posizione, tra gli altri, di Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, op. cit.; di Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit., pag. 61; di Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema di decreto)* op. cit.; di Brizzi, *Il fatto nella configurazione del licenziamento disciplinare*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti*, collana *I quaderni di Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2015, n. 14, pag. 61 ss., secondo cui "è questa un'ulteriore aporia della disciplina del contratto a tutele crescenti, suscettibile di condurre a conseguenze paradossali, in quanto, in presenza di un licenziamento illegittimo, il giudizio si dovrà concludere con la dichiarazione dell'estinzione del rapporto di lavoro (e la condanna al pagamento dell'indennità),



di verifica del suddetto contrasto, pur non potendo trovare applicazione il rimedio ripristinatorio, il lavoratore potrebbe chiedere, ai sensi dell'art. 1218 c.c., una somma a titolo di risarcimento del danno causato dall'inadempimento del contratto collettivo che andrebbe ad aggiungersi alla tutela meramente indennitaria di cui all'art. 3 co. 1 del Decreto delegato<sup>409</sup>. Ancora oltre si colloca – su di una ipotetica linea che misura l'afflittività delle conseguenze cui va incontro il datore di lavoro che licenzia in contrasto con le valutazioni dell'autonomia collettiva – la proposta di Speciale, il quale ritiene invece che “in questi casi sia possibile ipotizzare una nullità del licenziamento per contrasto con una norma imperativa del contratto collettivo”. Ad avviso dell'Autore, in sostanza, la piena equivalenza tra norme imperative e norme inderogabili, così come riconosciuta da diversi studi dottrinali, più e meno recenti, farebbe sì che, “con la previsione di una sanzione conservativa, la clausola negoziale impedisce il potere di recesso, e la sua violazione è una causa di nullità che inibisce il regime risarcitorio di cui all'art. 3 del d.lgs. 23/2015”.

La tesi, per quanto diretta a perseguire il meritevole intento di restituire alla contrattazione collettiva il ruolo di

---

benché la medesima condotta contestata e accertata sia punita dalla contrattazione collettiva solo con una sanzione di tipo conservativo”.

<sup>409</sup> In quest'ordine di idee Fiorillo, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, op. cit., pag. 35. La tesi dell'Autore, tuttavia, pur avendo il merito di riconoscere l'importante ruolo che le previsioni collettive hanno tradizionalmente svolto nella materia disciplinare, sembrerebbe contrastare con il carattere assorbente e l'ammontare predeterminato espressamente previsti per l'indennità di cui all'art. 3 co. 1 del D. Lgs. n. 23/2015.

arbitro del principio di proporzionalità, non convince appieno, proprio per quei motivi che lo stesso Autore individua come potenzialmente utilizzabili per muovere future ed eventuali obiezioni alla sua condivisione. Tale tesi contrasta infatti sia con la previsione di cui all'art. 30 della L. n. 183/2010 – secondo cui le tipizzazioni dell'autonomia collettiva in materia di giusta causa e di giustificato motivo non sono vincolanti per il giudice – sia con il rilievo empirico, prima ancora che giuridico, in base al quale una soluzione interpretativa di tale portata non è mai stata proposta prima d'ora al fine di sostenere l'applicabilità della tutela reale di diritto comune a quelle ipotesi di licenziamento – illegittimo perché contrastante con una previsione del contratto collettivo – irrogato nelle aziende alle quali si applica il regime sanzionatorio di cui all'art. 8 della L. n. 604/1966.

Passando all'analisi della diversa questione relativa al riparto degli oneri probatori, e dunque al significato attribuibile alla controversa previsione per cui la reintegrazione è destinata ad operare “nelle ipotesi (...) in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato”, si è preliminarmente posto il quesito se essa realizzi una deroga alla regola che pone a carico del datore di lavoro l'onere di provare la giustificazione del licenziamento.

Oltre a concordare con il rilievo di quell'Autore per cui “un effetto così dirompente avrebbe dovuto essere previsto espressamente”<sup>410</sup>, per affrontare tale questione si deve anzitutto muovere dall'ovvio rilievo per cui, essendo il lavoratore portatore dell'interesse alla dimostrazione dell'insussistenza del fatto materiale contestato, non

---

<sup>410</sup> Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel D. Lgs. n. 23 del 2015*, op. cit., pag. 58

avrebbe alcun senso ritenere che l'onere della prova della predetta "insussistenza del fatto" debba esser sopportato dal datore di lavoro. Se a ciò si aggiunge che la Relazione illustrativa al Decreto è affatto esplicita nell'affermare che "fermo restando l'onere della prova a carico del datore di lavoro rispetto alla legittimità del motivo addotto a fondamento del licenziamento, l'onere della prova rispetto all'insussistenza del fatto materiale contestato (...) è in capo al lavoratore", la questione in merito alla ripartizione degli oneri probatori potrebbe ritenersi esaurita. L'accoglimento di questa impostazione, ad ogni modo, presuppone la condivisione teorica della tesi relativa alla natura "bifasica" che il giudizio in materia di licenziamento è venuto ad assumere: e ciò nel senso che per quanto attiene alla fase in cui il giudice valuta se l'inadempimento commesso integra o meno gli estremi di una causale di recesso, gli oneri probatori rimarrebbero addossati in capo al datore di lavoro; viceversa, per quanto attiene alla successiva fase relativa alla scelta del regime sanzionatorio, l'onere probatorio avente ad oggetto l'insussistenza del fatto materiale contestato risulterebbe posto a carico del lavoratore<sup>411</sup>.

---

<sup>411</sup> Non è un caso, infatti, che proprio quegli interpreti che hanno negato che possa ravvisarsi una distinzione concettuale tra giudizio inerente la legittimità del recesso e giudizio relativo alla scelta del regime sanzionatorio tendono altresì a "sterilizzare l'espressione normativa, con la piena conferma del tradizionale riparto degli oneri probatori", così Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit., pag. 62, riferendosi alla nota n. 147 all'opinione di Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, op. cit., nonché a quella di Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel D. Lgs. n. 23 del 2015*, op. cit.

Invero, per avvedersi di quanto la soluzione di riparto degli oneri probatori poc' anzi prospettata sia meno solida di quanto a prima vista appaia, è sufficiente chiedersi quale sia il significato da riconoscere all'avverbio "direttamente" utilizzato dal legislatore delegato.

Secondo alcuni Autori il legislatore ha voluto escludere la possibilità del lavoratore di far ricorso a meccanismi probatori di tipo indiretto, ovvero alle presunzioni di cui all'art. 2729 c.c.<sup>412</sup> In tal modo, peraltro, il lavoratore finirebbe per subire un'indebita compressione del proprio diritto costituzionale di difesa, trovandosi egli ad esser onerato della prova di un fatto negativo – quale l'insussistenza del fatto materiale contestato – senza tuttavia poter provare fatti positivi diversi dai quali si possa desumere la predetta insussistenza: e ciò con la conseguenza che, come unico modo di assolvere l'onere probatorio cui è gravato, egli potrebbe dimostrare unicamente uno specifico fatto positivo contrario a quello che gli viene imputato. E' invece consolidato l'orientamento giurisprudenziale per cui l'onere di provare i fatti che costituiscono il fondamento del proprio diritto (ovvero, l'insussistenza del fatto materiale contestato come presupposto del diritto alla reintegrazione) "non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto "fatti negativi": tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo"<sup>413</sup>.

---

<sup>412</sup> Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema di decreto)*, op. cit.

<sup>413</sup> Così, tra le tante, Cass. n. 2137/2015; nello stesso senso, Cass. n. 14854/2013, Cass. n. 15162/2008, Cass. n. 18480/2007, Cass. 3374/2007.

Ne deriva che, proprio per “salvare” la norma in parola da un’evidente e fondata censura di illegittimità costituzionale – dovendosi altresì respingere<sup>414</sup> quell’opinione dottrinale che, a fronte delle innegabili difficoltà interpretative che la disposizione pone, ritiene non possa attribuirsi alcun significato all’avverbio “direttamente”<sup>415</sup> – si deve ritenere che con l’utilizzo di tale avverbio il legislatore delegato abbia voluto significare che la mancata dimostrazione da parte del datore della ricorrenza di una casuale di recesso non consenta di ritenere “automaticamente” dimostrata l’insussistenza del fatto materiale contestato. Detto altrimenti, ove il datore di lavoro non abbia provato la giustificazione del recesso ed il lavoratore non riesca ad assolvere l’onere su di esso gravante di provare l’insussistenza del fatto contestato nemmeno facendo ricorso alle prove presuntive (la cui ammissibilità non può ritenersi esclusa), ne deriverebbe una situazione di “stallo” processuale da cui residuerebbe l’applicazione del solo rimedio indennitario, nel quadro di una situazione in cui ad esser stata provata sarebbe la sola “illegittimità” del

---

<sup>414</sup> Per una sorta di applicazione analogica della regola che l’art. 1367 c.c. detta per l’interpretazione dei contratti, regola in base alla quale “nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno”.

<sup>415</sup> Pisani, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, op. cit.; analogamente, Borghesi, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in *Il licenziamento all’indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Carinci F. e Cester C. (a cura di), ADAPT Labour Studies e-Book series n. 46, pag. 210 ss.

recesso ma non anche la sussistenza del presupposto di fatto per l'operatività del rimedio ripristinatorio.

A parziale attenuazione del rigore della soluzione suddetta, e sulla base del rilievo che la prova della ricorrenza di una causale di recesso di cui è gravato il datore “implica necessariamente la dimostrazione della sussistenza del comportamento addebitato al lavoratore e, quindi, del <<fatto materiale>> che ne costituisce il sostrato”, si potrebbe peraltro sostenere che “non [sia] possibile, dal punto di vista probatorio, separare la prova della giustificazione del licenziamento da quella della effettuazione del comportamento presupposto”<sup>416</sup>, con il risultato che, qualora il datore di lavoro non sia riuscito a fornire nemmeno la prova della sussistenza dell'inadempimento soggettivamente imputabile al lavoratore licenziato, allora tale situazione è tale da escludere il suddetto stallo processuale, essendo “l'insussistenza del fatto materiale contestato”, già di per sé, acquisita al processo, con conseguente applicazione del rimedio ripristinatorio<sup>417</sup>.

---

<sup>416</sup> Speziale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, op. cit., pag. 127.

<sup>417</sup> Si concorda, dunque, con Tullini, *Il contrappunto delle riforme nella disciplina dei licenziamenti individuali*, ADL, 2015, pag. 789 ss., là dove l'Autrice afferma che “a rigore la dimostrazione dell'imputabilità del lavoratore e della rilevanza disciplinare del fatto-presupposto resta in capo al datore, anche perché l'accertamento in giudizio deve riguardare *in primo luogo* la sussistenza dell'addebito in ogni profilo e la sua idoneità a legittimare la sanzione espulsiva (non già l'inverso). In verità la riscrittura normativa non è meno infelice della precedente. Dunque, per tentare un coordinamento delle regole probatorie vecchie e nuove, si dovrà ritenere che resista ancora uno spazio per la reintegrazione là dove il datore di lavoro non riesca ad assolvere il proprio onere probatorio quanto

### **III.6.1) Compatibilità costituzionale e comunitaria della nuova disciplina sanzionatoria in materia di licenziamento ingiustificato.**

Per impostare con maggior precisione i termini della questione che nel presente paragrafo si intende affrontare, appare utile a questo punto redigere un sintetico riepilogo della portata delle disposizioni di cui al D. Lgs. n. 23/2015, sul presupposto che siano corrette le soluzioni ermeneutiche raggiunte da chi scrive con riferimento ai suoi enunciati normativi che risultano maggiormente controversi e di cui più sopra si è dato conto.

Con il c.d. “contratto a tutele crescenti” il legislatore del 2015 ha previsto, come già segnalato, che anche nelle imprese di maggiori dimensioni il licenziamento ingiustificato debba esser sanzionato con una tutela di tipo obbligatorio; e ciò nella misura in cui deve condividersi l’opinione per cui per stabilità reale si intende “una disciplina nella quale la sussistenza di requisiti sostanziali predeterminati – sindacabile in giudizio – si ponga come condizione della validità ed efficacia dell’atto di recesso, derivandone che in assenza di quei requisiti non v’è il potere datoriale di risolvere il rapporto”<sup>418</sup>.

E’ del tutto evidente, infatti, che nell’ambito della disciplina di cui al D. Lgs. n. 23/2015 la sussistenza o meno della giusta causa o del giustificato motivo, pur

---

all’esistenza (e alla consistenza) del presupposto disciplinare”, così, in particolare, a pag. 805.

<sup>418</sup> Grandi-Pera, *Commentario breve allo Statuto dei Lavoratori*, Cedam, Padova, 1985, pag. 70.

sindacabile dal giudice, rileva unicamente ai fini della validità del licenziamento ma non anche ai fini della sua efficacia risolutiva del rapporto; con il risultato che – all’opposto di quanto avviene in un regime di stabilità reale – la mancanza di quei requisiti non impedisce al recesso di comportare comunque l’effetto estintivo del rapporto di lavoro. Il licenziamento ingiustificato, pur essendo invalido, è tuttavia idoneo a determinare la interruzione del rapporto di lavoro, a prescindere dalla non ricorrenza di una casuale di giustificazione, e dunque a prescindere dal superamento di una certa soglia di gravità dell’inadempimento commesso dal prestatore licenziato. Le uniche ipotesi in cui – per ovvi motivi logici ed empirici, di scarsissima, se non nulla, avverabilità – il licenziamento ingiustificato è improduttivo di effetti risolutivi del rapporto di lavoro si possono quindi individuare nel caso del recesso intimato per un fatto che non costituisca un inadempimento disciplinare (e dunque per un fatto lecito), oppure nel caso in cui l’inadempimento contestato non sia stato commesso dal lavoratore licenziato ma da un altro soggetto, oppure infine nel caso in cui tale inadempimento sia stato commesso dal lavoratore licenziato in uno stato di incolpevole incoscienza e volontà che ne esclude, in radice, la responsabilità disciplinare.

Si potrà a questo punto obiettare che tale regime sanzionatorio di natura prettamente obbligatoria deve ritenersi sancito anche con riferimento ai licenziamenti cui si applica l’art. 18 novellato dalla L. n. 92/2012: ma al riguardo sarà fin troppo agevole replicare sottolineando la relevantissima circostanza che la c.d. “riforma Fornero” ha attribuito alla contrattazione collettiva il compito di stabilire le ipotesi di licenziamento in cui la non ricorrenza di una causale di legge – o, che è lo stesso, i casi in cui la



violazione del principio di proporzionalità tra infrazione commessa e sanzione irrogata – priva il licenziamento ingiustificato della predetta efficacia risolutiva del rapporto. Proprio il riconoscimento della facoltà per i contratti collettivi di stabilire i casi in cui sull’interesse datoriale alla risoluzione debba prevalere la tutela dell’interesse del lavoratore alla continuità dell’occupazione – ovvero, per essere più precisi, i casi in cui la violazione del principio di proporzionalità tra infrazione e sanzione non consenta la risoluzione del rapporto di lavoro – consente di ritenere che il complessivo impianto di cui alla L. n. 92/2012 riesca, tutto sommato, a risultare immune rispetto a quelle questioni di compatibilità costituzionale e comunitaria oggetto di analisi nel presente paragrafo che invece, con riferimento all’assetto di tutele predisposte dal D. Lgs. n. 23/2015, si impongono all’esame dell’interprete.

Ciò brevemente premesso, i possibili profili di illegittimità costituzionale della disciplina prevista dal D. Lgs. n. 23/2015 sono molteplici<sup>419</sup>; la maggior parte di

---

<sup>419</sup> Sul tema, senza pretesa di esaustività, si vedano, Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, op. cit.; Tullini, *Il contrappunto delle riforme nella disciplina dei licenziamenti individuali*, op. cit.; De Luca, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, op. cit.; Celentano, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, RIDL, 2015, I, pag. 377 ss.; Zoppoli, *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. It – 260/2015; Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law & economics e vincoli costituzionali*, op. cit.; Buffa, *La nuova disciplina del*

essi, tuttavia, non è strettamente attinente al tema della presente ricerca, con la quale ci si prefigge di approfondire il profilo causale del licenziamento causato dall'inadempimento del prestatore di lavoro.

In ragione di ciò – e dunque per esplicita adozione di un'opzione di metodo volta a circoscrivere l'oggetto dell'analisi – non verranno in questa sede esaminati quei problemi di legittimità costituzionale che solo marginalmente attengono all'oggetto d'esame del presente

---

*licenziamento e le fonti internazionali*, ADL, 2015, pag. 566 ss.; Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. Int – 246/2015. Sebbene non siano strettamente attinenti al tema del contratto a tutele crescenti, fondamentali, in proposito, sono le letture di Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, DLRI, 2007, pag. 593 ss.; Zoppoli, *I rapporti interordinamentali in una prospettiva orientata alla tutela dei diritti sociali ed europei*, in B. Caruso e M. Militello (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”, Collective volumes, 1/2011, pag. 70 ss.; Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. Int – 58/2008; Bronzini, *Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei diritti. Regole di ingaggio, livello di protezione, rapporti tra le due Carte*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. Int – 118/2015; Cannati, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, DLRI, 2012, pag. 129 ss.; Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell’ordinamento dell’Unione Europea*, DLRI, 2012, pag. 625 ss.; Tozzoli, *Il licenziamento nelle fonti internazionali e comunitarie*, QDLRI, 2002, pag. 171 ss.; Orlandini, *Il licenziamento individuale nell’Unione Europea*, RCDP, 2012, pag. 25 ss.

studio, quali ad esempio la non sufficiente determinatezza della legge delega; l'eventuale sconfinamento realizzato dal D. Lgs. n. 23/2015 rispetto ai pur ampi principi direttivi della legge delega in materia di ambito applicativo, soggettivo ed oggettivo, della nuova disciplina dei licenziamenti; la possibile irragionevolezza della previsione di cui all'art. 2 D. Lgs. n. 23/2015 che condiziona l'operatività della c.d. reintegrazione piena ai soli casi in cui il licenziamento sia espressamente qualificato dalla legge in termini di nullità; i profili di irragionevolezza e di possibile violazione del principio di uguaglianza di un regime transitorio in forza del quale, a fronte di una medesima condotta posta in essere da due lavoratori assunti dal medesimo datore in tempi diversi, troverà nei loro confronti applicazione una diversa disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo. Ci si soffermerà, piuttosto, sulla compatibilità costituzionale e comunitaria della previsione di un regime sanzionatorio che prevede la sola tutela indennitaria per i licenziamenti disciplinari ingiustificati; e ciò non solo allo scopo di verificare se la tutela reale contro il licenziamento ingiustificato sia oggetto di un diritto fondamentale garantito da fonti sovraordinate, ma anche per verificare se la disciplina prevista dal D. Lgs. n. 23/2015 possa ritenersi compatibile con il divieto di irrogare licenziamenti arbitrari.

Per quanto attiene ai vincoli di natura costituzionale alla facoltà di licenziamento, appare innanzitutto pienamente condivisibile l'opinione di chi ha ritenuto che, "nell'affrontare lo studio del fondamento costituzionale della tutela contro il licenziamento ingiustificato, il rischio maggiore è che si finisca per imputare alla Carta Fondamentale le proprie opzioni assiologiche: e per evitare che ciò accada si deve necessariamente partire dalla norma

come interpretata dalla Corte Costituzionale e considerare questa, per convenzione, come dato oggettivo”<sup>420</sup>.

Le disposizioni costituzionali che tradizionalmente hanno svolto la funzione di norme-parametro, al fine di verificare la legittimità costituzionale della disciplina legislativa in materia di licenziamenti tempo per tempo vigente, sono quelle dell’art. 4 Cost. e dell’art. 41, co. 2 Cost., che come noto prevedono rispettivamente che “la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto”, e che l’iniziativa economica privata non possa svolgersi “in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”.

Ritenendo dunque opportuno circoscrivere l’analisi alle più significative pronunce della Corte Costituzionale che hanno interessato il tema<sup>421</sup>, è opinione diffusa quella

---

<sup>420</sup> Così, Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, op. cit. pag. 11.

<sup>421</sup> Per una esauriente e ragionata rassegna delle stesse, si veda Flammia, *I licenziamenti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, R. Scognamiglio (a cura di), Franco Angeli editore, Milano, 1979, pag. 225 ss.; Napoli, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di licenziamenti*, in Aa. Vv., *L’apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, pag. 207 ss.; più di recente, Ichino, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti. Note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni suoi precedenti*, in *Diritto del lavoro e Corte Costituzionale*, R. Scognamiglio (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pag. 129 ss.; Apostoli, *L’ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Giuffrè, Milano, 2005.

secondo la quale il punto di partenza da cui si è originata l'architettura dello stratificato e multiforme sistema normativo in materia di licenziamenti deve individuarsi nella sentenza n. 45/1965 del Giudice delle leggi. Con tale pronuncia la Corte Costituzionale – pur escludendo che il “diritto al lavoro” di cui all'art. 4 Cost. potesse fondatamente tradursi, per i soggetti privi di impiego, nel diritto all'occupazione, e per i soggetti occupati nel diritto alla stabilità – ha affermato la necessità che il legislatore ordinario, “sulla base delle valutazioni di sua competenza”, adeguasse “la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro”, e per altro verso circondasse “di doverose garanzie (...) e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti”<sup>422</sup>. Pur avendo riconosciuto la legittimità costituzionale del regime di recedibilità *ad nutum* di cui all'art. 2118 c.c., la Corte ha in sostanza ritenuto che il risultato pratico e politico cui il legislatore dovrebbe tendere nella sua azione regolativa sia da indentificarsi nel bene-obiettivo costituito dal principio della “continuità del lavoro”, prevedendo al contempo che lo stesso potesse essere perseguito dal medesimo legislatore per il tramite di

---

<sup>422</sup> Sul valore e sull'importanza di tale pronuncia si veda, tra gli altri, Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, op. cit., il quale a pagina 612, citando a sua volta Mengoni, afferma che “non si percepì immediatamente che la Corte stava inaugurando un *tertium genus* di sentenze le quali affermano che <<una norma, non costituzionalmente illegittima allo stato, potrebbe diventarlo ove non fosse, entro un ragionevole limite di tempo, opportunamente modificata o interpretata in rispondenza a direttive costituzionali di protezioni di certi interessi>>”.

discrezionali “valutazioni di sua competenza”, tese all’introduzione di garanzie e temperamenti nei “casi in cui si renda necessario far ricorso al recesso”<sup>423</sup>.

Con l’affermazione di tale principio furono gettate le basi di legittimazione affinché il legislatore potesse nel tempo costruire, appunto in maniera costituzionalmente corretta, il c.d. “sistema del parallelismo delle tutele”, ovvero, in sintesi, quel “macrosistema” normativo della disciplina dei licenziamenti che consisteva nella contemporanea vigenza di tre distinte aree di protezione avverso il licenziamento illegittimo, dettate dal Codice Civile per alcuni, dalla L. n. 604/1966 per altri, e dalla L. n. 300/1970 per altri ancora<sup>424</sup>. Ciò che è importante

---

<sup>423</sup> Come noto, da tale sentenza scaturì la L. n. 604/1966 con cui il legislatore, recependo l’invito rivoltagli dalla Corte Costituzionale, introdusse nell’ordinamento, dal punto di vista sostanziale, il principio di giustificazione causale del recesso, e dal punto di vista sanzionatorio, ispirandosi alle soluzioni già accolte dall’autonomia collettiva, una tutela avverso il licenziamento ingiustificato che prevede l’obbligo di riassumere il lavoratore come alternativo all’obbligo di corrispondergli un’indennità risarcitoria di un ammontare determinato. E’ altrettanto noto che all’insoddisfazione diffusa per un regime sanzionatorio solo indennitario del licenziamento ingiustificato – considerato, tra gli altri, da Mancini come “un modo d’essere della libera recedibilità” con cui il legislatore si era limitato a “a stabilire un prezzo per il suo esercizio abusivo”, e da Natoli come un regime sanzionatorio del tutto inidoneo a compensare il lavoratore dell’ingiusta perdita del posto di lavoro – il legislatore volle rimediare con l’introduzione del regime della stabilità reale per i licenziamenti irrogati nelle aziende di maggiori dimensioni. Su tali tematiche si vedano i primi tre paragrafi del presente capitolo ed i richiami bibliografici ivi contenuti.

<sup>424</sup> Su cui, per maggiori dettagli, si veda la nota n. 201. Il c.d. sistema del parallelismo delle tutele è, oggi, oggi, oggi,

evidenziare, per di più, è che la validità del principio di diritto che è alla base del c.d. “sistema del parallelismo delle tutele” è stata costantemente ribadita dalla Corte tutte quelle volte in cui essa è stata chiamata a sindacare la legittimità costituzionale delle diverse disposizioni di legge emanate nel corso del tempo in materia di licenziamento, potendosene dunque ricavare con certezza che si tratti di un indirizzo interpretativo a tutt’oggi riconosciuto e condiviso dal Giudice delle leggi<sup>425</sup>.

---

maggiormente articolato di quanto lo fosse in passato; ciò, se si considera che a tutti i licenziamenti intimati successivamente al 18 luglio 2012 si applica l’art. 18 St. Lav. così come novellato dalla L. n. 92/2012 e che a tutti gli assunti a decorrere dal 7 marzo 2015 si applica la disciplina di cui al D. Lgs. n. 23/2015.

<sup>425</sup> Si vedano: Corte Cost. n. 81/1969, con cui la Consulta, dopo aver affermato che “l’art. 3 Cost. non corrisponde ad un criterio di mera uguaglianza formale e formalistica e perciò non esclude che il legislatore possa adottare norme diverse per regolare situazioni che esso ritenga diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale, entro un margine di discrezionalità che giustifichi sostanzialmente il criterio di differenziazione adottato”, ha conseguentemente evidenziato la razionalità di una regolamentazione in materia di licenziamenti che, quanto all’obbligo di giustificazione causale del recesso, distingueva fra piccoli e grandi imprese, affermando altresì che “ciò che soprattutto induce ad escludere l’incostituzionalità della norma e, nel contempo, a mantenere l’esercizio del controllo da parte di questa Corte entro quei confini al di là dei quali si darebbe luogo ad usurpazione delle valutazioni discrezionali e di politica legislativa spettanti al Parlamento, è che la distinzione stabilita non contiene, in se stessa, vizi di razionalità, per le ragioni di massima suesposte; e, per quanto concerne la misura numerica, la valutazione del Parlamento risulta essersi svolta secondo autonome e motivate scelte tenendo conto dei fattori di equilibrio economico-sociale che ne consigliavano, nel determinato momento, l’adozione,

---

nell'interesse generale. Si tratta, del resto, di criteri che il Parlamento può sempre rivedere, anche in considerazione dell'evolvere delle esigenze organizzative, collegate, tra l'altro, al progresso tecnologico"; Corte Cost. n. 194/1970, con cui la Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 8 della L. n. 604/1966 che ammette che il licenziamento ingiustificato conservi la sua efficacia risolutoria, dopo aver brevemente ripercorso i principi di diritto sottesi alle varie tappe normative che hanno contribuito alla costruzione del c.d. sistema del parallelismo delle tutele, ha affermato che "l'attuazione di questi principi resta tuttavia affidata alla discrezionalità del legislatore ordinario, quanto alla scelta dei tempi e dei modi, in rapporto ovviamente alla situazione economica generale", e per altro verso ha ritenuto che detta disposizione – pur prevedendo una tutela solo obbligatoria del posto di lavoro – ha tuttavia il merito di aver introdotto l'obbligo di giustificazione causale del recesso, con la conseguenza che esso "non può non dirsi attuazione della norma costituzionale soltanto perché di tale attuazione è espressione iniziale e non completa. Il che, stante la discrezionalità, come sopra da ammettersi per il legislatore, di dare applicazione a quei principi anche con gradualità, basta per escludere la incostituzionalità di quella disposizione"; Corte Cost. n. 55/1974, la quale ha ritenuto non irragionevoli le motivazioni che hanno indotto il legislatore a dare vita ad un assetto normativo in forza del quale "il legislatore, senza dare esclusivo rilievo al criterio della fiduciarità nel rapporto di lavoro o all'esigenza di non gravare di oneri economici eccessivi le imprese di minori dimensioni, abbia attribuito prevalente e determinante valore all'esigenza di salvaguardare la funzionalità delle unità produttive, nell'intento di evitare in quelle con minor numero di dipendenti (secondo l'indice numerico che ha ritenuto opportuno di stabilire) il verificarsi di situazioni di tensione nelle quotidiane relazioni umane e di lavoro correnti tra il dipendente licenziato (e poi reintegrato nel medesimo ambiente) e i preposti all'unità produttiva nonché gli altri lavoratori ad essa appartenenti"; Corte Cost. n. 152/1975, la quale, nel difendere la legittimità costituzionale del limite



---

numerico previsto per l'applicabilità della tutela reale alle sole imprese di maggiori dimensioni, ha ribadito che "essa trova il suo fondamento, oltre che nel criterio della fiduciarità del rapporto di lavoro e nell'opportunità di non gravare di oneri eccessivi le imprese di modeste dimensioni, anche e soprattutto nell'esigenza di salvaguardare le funzionalità delle unità produttive (intese quali articolazioni di una più complessa organizzazione imprenditoriale, fornite di autonomia così dal punto di vista economico-strutturale come da quello funzionale o del risultato produttivo) ed in ispecie di quelle con un minor numero di dipendenti, nelle quali la reintegrazione nel medesimo ambiente del dipendente licenziato potrebbe determinare il verificarsi di situazioni di tensione nelle quotidiane relazioni umane e di lavoro"; Corte Cost. n. 2/1986, con cui la Consulta – dopo aver affermato che "le ragioni che hanno determinato il legislatore a differenziare le imprese che impegnano meno di trentacinque lavoratori e lavoratori occupati da datori di lavoro non imprenditori, rispetto agli altri occupati in imprese di maggiori dimensioni (con più di trentacinque dipendenti) e cioè l'elemento fiduciario che permea il rapporto datore di lavoro-lavoratore, la necessità di non gravare di costi eccessivi le imprese minori, la necessità di ovviare tensioni nella fabbrica, conservano tutt'oggi la loro rilevanza e la loro validità per cui il trattamento differenziato trova adeguata giustificazione e non sono irrazionali le norme che lo prevedono, dettate dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità e della politica economico-sociale che attua. Ora, l'assetto realizzato risulta giustificato essendo ancora attuale la crisi economica che colpisce le imprese ed il paese e non essendo ancora sopite le tensioni del mondo del lavoro e non essendo ancora risolti i numerosi problemi" – ha altresì ribadito che, con riferimento alla ritenuta legittimità dell'art. 8 L. n. 604/1966, "non è, quindi, nemmeno priva di ragionevolezza la determinazione del danno nel minimo e nel massimo riducibile a seconda della consistenza dell'azienda e dell'anzianità del lavoratore"; Corte Cost. n. 46/2000, con cui la Consulta, con riferimento all'ammissibilità del referendum abrogativo avente ad oggetto l'art. 18 St. Lav. ha ricordato che

In sostanza, la Consulta ha ripetutamente escluso che dall'interpretazione degli artt. 4 e 41, co. 2 Cost. possa derivare un vincolo per il legislatore ordinario in ordine alla scelta della forma di tutela del licenziamento illegittimo, ricadendo in pieno tale scelta – al pari dell'ambito applicativo di ciascuna forma di tutela in cui

---

tale articolo di legge e la normativa da esso disposta “è indubbiamente manifestazione di quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione, che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, secondo garanzie affidate alla discrezionalità del legislatore, non solo quanto alla scelta dei tempi, ma anche dei modi d'attuazione (sent. n. 194 del 1970, sent. n. 129 del 1976 e sent. n. 189 del 1980). In riferimento a tale discrezionalità, è da escludere, tuttavia, che la disposizione che si intende sottoporre a consultazione, per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzionati principi costituzionali, concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi. Pertanto, l'eventuale abrogazione della cosiddetta tutela reale avrebbe il solo effetto di espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro, che risulta ricondotta, nelle discipline che attualmente vigono sia per la tutela reale che per quella obbligatoria, al criterio di fondo della necessaria giustificazione del licenziamento. Né, una volta rimosso l'art. 18 della legge n. 300 del 1970, verrebbe meno ogni tutela in materia di licenziamenti illegittimi, in quanto resterebbe, comunque, operante nell'ordinamento, anche alla luce dei principi desumibili dalla Carta sociale europea, ratificata e resa esecutiva con legge 9 febbraio 1999, n. 30, la tutela obbligatoria prevista dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificata dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, la cui tendenziale generalità deve essere qui sottolineata”; Corte Cost. n. 41/2003, con cui la Corte, sulla base dell'implicita condivisione delle medesime motivazioni già esplicitate con la pronuncia n. 43/2000, ha ritenuto ammissibile il referendum abrogativo dal quale sarebbe potuta derivare l'estensione generalizzata della tutela reale.

l'anzidetta scelta si estrinsechi – nell'ambito delle valutazioni discrezionali proprie della funzione legislativa ordinaria. L'applicabilità di un regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo che sia obiettivamente meno garantista rispetto ad altro, se motivata da apprezzabili esigenze concrete correlate al contesto produttivo in cui tale regime sanzionatorio è destinato a trovare applicazione, è quindi legittima costituzionalmente, rientrando entro certi limiti nella discrezionalità del legislatore ordinario l'individuazione e la valorizzazione delle esigenze che possono giustificare una differenziazione tra i lavoratori in merito alle tutele applicabili avverso il licenziamento illegittimo di cui gli stessi risultassero destinatari.

Esulano invece dalla discrezionalità di cui beneficia il legislatore ordinario, e pertanto devono ritenersi oggetto di un vincolo costituzionale da questi insuperabile, sia l'esistenza di una forma di tutela contro il licenziamento ingiustificato, qualunque connotazione e caratteristica essa assuma, sia il principio di natura sostanziale della giustificazione causale del recesso. Ciò in quanto solo l'affermazione di tale ultimo principio è in grado di garantire che il recesso sia adottato dal datore di lavoro come *extrema ratio*, ovvero solo quando esso è necessario ed ineludibile<sup>426</sup>. Detto diversamente, il principio della

---

<sup>426</sup> Da rilevare, peraltro, che tale principio viene affermato apertamente solo con Corte Cost. n. 541/2000, secondo la quale “i principi generali di tutela della persona e del lavoro (ordinanza n. 254 del 1997) non si traducono nel diritto al conseguimento ed al mantenimento del posto (sentenza n. 390 del 1999), dovendosi piuttosto riconoscere garanzia costituzionale al solo diritto di non subire un licenziamento arbitrario”; Corte Cost. n. 56/2006, secondo cui “i principi generali di tutela della persona e del lavoro (cfr. sentenza n.

giustificazione causale del recesso e la consequenziale sindacabilità dei motivi ad esso sottesi è idoneo a scongiurare, in via generale, la possibilità di intimazione di recessi arbitrari<sup>427</sup>, con la doverosa precisazione in base

---

541 del 2000; ordinanza n. 254 del 1997) non si traducono nel diritto al conseguimento ed al mantenimento di un determinato posto di lavoro (cfr. sentenza n. 390 del 1999), né, tanto meno, garantiscono – a fronte di una scelta del legislatore non censurabile, per le argomentazioni sopra svolte, sotto il profilo della arbitrarietà o della manifesta irragionevolezza – il diritto al mantenimento di specifiche mansioni (quali quelle svolte dai ricorrenti in quanto non idonei alla funzione di docente), dovendosi piuttosto riconoscere garanzia costituzionale al solo diritto di non subire un licenziamento arbitrario”. Osserva Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, op. cit., pag. 613, che “la giustificazione è però nella giurisprudenza costituzionale sempre in funzione della stabilità. Sicché è corretto individuare il punto di bilanciamento tra gli artt. 41 e 4 cost. nel principio dell’*extrema ratio* che, incidendo direttamente sulla portata dell’art. 3, l. n. 604 del 1966 contribuisce alla configurazione delle regole del *repechage* e dell’adeguatezza del licenziamento per inadempimento”, dove, per l’Autore, la regola dell’adeguatezza sostituisce il principio di proporzionalità di cui all’art. 2106 c.c., ritenuto dal medesimo applicabile solo alle sanzioni di tipo conservativo e non anche al c.d. recesso disciplinare.

<sup>427</sup> Peraltro, non sono mancate pronunce che attestano come il principio di necessaria giustificazione del recesso e della conseguente sindacabilità delle ragioni che ne sono alla base non abbia carattere assoluto e non possa quindi ritenersi inderogabile. Ciò che la Corte ha ripetutamente affermato è che le ipotesi di recesso *ad nutum* sono legittime costituzionalmente se ed in quanto trovino giustificazione nelle esigenze datoriali sottostanti alle relative fattispecie che devono poter esser ritenute degne di derogare al principio generale che vuole che il licenziamento sia giustificato. Si vedano, in proposito, Corte

alla quale “nel linguaggio adottato dalla giurisprudenza costituzionale, <<arbitrario>> sta per <<ingiustificato>> e non <<semplicemente>> per <<discriminatorio>> o <<immotivato>> anche perché queste ultime ipotesi sono, come abbiamo visto, ancorate ad un autonomo bilanciamento dei valori costituzionali”<sup>428</sup>.

Cionondimeno, per quanto attiene al profilo del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo – e nonostante non siano mancati autorevoli tentativi dottrinali diretti ad individuare il fondamento costituzionale della tutela di tipo reale negli artt. 4 e 41, co. 2, Cost.<sup>429</sup> –, si è

---

Cost. n. 120/1975 e Corte Cost. n. 129/1976 sul licenziamento del “personale navigante”, con orientamento poi superato da Corte Cost. n. 96/1987 e da Corte Cost. n. 41/1991 che hanno esteso l’applicabilità dell’art. 18 St. Lav. ai dipendenti di imprese di navigazione ed aree. Si vedano, altresì, Corte Cost. n. 189/1980, Corte Cost. n. 172/1996, Corte Cost. n. 541/2000, tutte sul recesso acausale del dipendente assunto in prova; Corte Cost. n. 15/1983, sul licenziamento del lavoratore che ha acquisito il diritto alla pensione; Corte Cost. n. 27/1974, Corte Cost. n. 9/1976, Corte Cost. n. 86/1994, tutte sulla legittimità del licenziamento acausale del lavoratore domestico.

<sup>428</sup> Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, op. cit., pagg. 612-613.

<sup>429</sup> In particolare, si veda Mancini, *Sub art. 4*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, pag. 240 ss., il quale critica chi ritiene che il fondamento costituzionale della tutela reale possa essere individuato saldamente nei limiti che l’art. 41, co. 2 Cost. pone all’esercizio dell’iniziativa economica privata, stante la mutevolezza intrinseca di tali limiti che li rende esposti a possibili variazioni di significato derivanti dai vari cambiamenti di ordine politico; si veda altresì, D’Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro, art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, op. cit. pag. 82 il quale ritiene di poter ravvisare il

rilevato da un lato come da un esame delle pronunce della Corte Costituzionale risulti “dubbio che il diritto al lavoro si identifichi nel diritto alla conservazione del posto e non piuttosto nel diritto ad una tutela contro il licenziamento ingiustificato, vale a dire nel diritto che al licenziamento ingiustificato seguano delle sanzioni a carico del datore di lavoro”<sup>430</sup>, dall’altro – con un rilievo che, pur essendo stato formulato nel 1978, a tutt’oggi resta difficilmente superabile – che “non si può rivendicare *oggi* un nesso diretto e necessario tra art. 4 Cost. e norme regolatrici del

---

fondamento costituzionale dell’art. 18 nel combinato disposto degli artt. 4 e 41, co. 2 Cost., affermando in particolare che “i tre valori affermati dal cpv. dell’art. 41 rinviano infatti ad un’altra disposizione fondamentale del nostro ordinamento: l’art. 4 Cost. Il collegamento con l’art. 4 – che assume il diritto al lavoro tra i principi fondamentali del nostro ordinamento – e la garanzia della sicurezza del lavoratore di fronte ai poteri dell’impresa, presuppone naturalmente che si tagli corto con le dispute, sorte soprattutto negli anni più difficili del nostro sviluppo (anche istituzionale), intorno al contenuto meramente sociale del diritto al lavoro, inidoneo a dar vita a prescrizioni immediatamente operative nei rapporti interprivati”. Con riferimento alla vulgata per cui l’art. 4 Cost. non attribuisce all’inoccupato il diritto nei confronti dello Stato a conseguire un’occupazione, egli afferma che “sul piano interpretativo a tale conclusione è opponibile che l’interesse *ad ottenere* un posto di lavoro non corrisponde meccanicamente all’interesse a *conservarlo*. Se un diritto al lavoro, inteso come diritto di ciascuno di ottenere un lavoro remunerativo, non è concepibile come pretesa immediatamente azionabile nei confronti di ogni imprenditore, è perfettamente concepibile che una struttura siffatta assuma il diritto di non essere arbitrariamente privato del proprio posto di lavoro”.

<sup>430</sup> Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, op. cit., pag. 23.

potere di licenziamento, dopo che per circa venti anni diritto al lavoro e potere di recesso *ad nutum* hanno bene o male convissuto (con il beneplacito della stessa Corte Costituzionale)”,<sup>431</sup>.

Passando poi all’analisi della disciplina comunitaria in materia di licenziamento, occorre preliminarmente chiedersi quale influsso essa sia in grado di esercitare sulle regole nazionali in tema di licenziamento.

In breve, nonostante l’art. 153 co. 1 lett. d) del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea (TFUE) attribuisca all’Unione la competenza ad emanare direttive che consentano di realizzare una progressiva omogeneizzazione delle normative nazionali in materia di “protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del rapporto di lavoro”, va evidenziato come allo stato – probabilmente, in ragione della necessaria unanimità per l’esercizio della predetta competenza legislativa – non sia stata ancora emanata una direttiva specifica sul licenziamento individuale<sup>432</sup>.

---

<sup>431</sup> Così, D’antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, op. cit., pag. 84, là dove riporta il rilievo di Scognamiglio R., *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Scognamiglio R. (a cura di), Franco Angeli Editore, Milano, 1978, che l’Autore riconosce avere una innegabile valenza dimostrativa ma che tuttavia non condivide.

<sup>432</sup> Le uniche direttive che – sia pure in senso lato – interessano l’istituto del licenziamento individuale del prestatore di lavoro e dalle quali è possibile evincere una serie di motivi illegittimi di recesso sono la direttiva n. 97/18 sul rapporto di lavoro part-time, che vieta che il licenziamento possa essere disposto in conseguenza del rifiuto del lavoratore alla trasformazione del proprio orario di lavoro; la direttiva n. 98/59 in materia di licenziamenti collettivi; la direttiva n. 2001/23, con la quale viene escluso che il trasferimento d’azienda possa costituire

Dunque, nel contesto attuale che si caratterizza per la mancata emanazione di normative direttamente vincolanti in materia di licenziamenti individuali, viene innanzi tutto in rilievo l'art. 30 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza), cui l'art. 6 del Trattato di Lisbona del 2007 ha conferito lo stesso valore giuridico dei trattati, secondo il quale "ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali"<sup>433</sup>.

Volendo per il momento prescindere dalla sua (allo stato, insussistente) vincolatività, le maggiori perplessità degli interpreti si concentrano sul contenuto di tale articolo. In proposito, si rileva diffusamente come – anche a causa della sua formulazione fortemente generica – esso non sia in grado di sancire alcun diritto specificamente e direttamente invocabile in giudizio, dato che tale disposizione – non specificando la tipologia di ragioni che possono esser poste a fondamento dell'intimato recesso, né

---

valido motivo di licenziamento; le direttive in materia di diritto antidiscriminatorio quali la n. 2000/43, la n. 2000/78, la 2006/54.

<sup>433</sup> Rileva Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, op. cit., pag. 29, che "il passo compiuto a Nizza nel 2000 con l'approvazione della Carta resta di fondamentale importanza: per la prima volta, pur se in un documento non vincolante, l'Unione dispone di un testo unico, nel quale, con una serie di innovazioni, confluiscono principi espressi nella CEDU, nella Carta Sociale Europea, in varie direttive comunitarie e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia; una *summa* che ha la funzione ed il merito di rendere finalmente visibili i diritti sociali in un solo articolato con il valore tipico delle dichiarazioni di diritti e che dà corpo e sede normativa alla sua dimensione sociale".



le sanzioni applicabili qualora tali ragioni non ricorrano nel caso specifico – sancirebbe unicamente, ed in via generale, il diritto del lavoratore a non subire un licenziamento arbitrario, ovvero, il che è lo stesso, porrebbe a carico del datore di lavoro il mero obbligo di giustificare il recesso<sup>434</sup>.

---

<sup>434</sup> Che, tuttavia, è “ben lontano dal poter configurare un vero e proprio diritto alla stabilità”; così, in particolare, Zoppoli, *I rapporti interordinamentali in una prospettiva orientata alla tutela dei diritti sociali ed europei*, op. cit., pag. 75. Scrive Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, op. cit., pag. 50, che “il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato non reca in sé alcuna indicazione quanto alla tipologia di tutela da predisporre. Il precetto riguarda solo l’esistenza in sé di una tutela per quelle ipotesi nelle quali il recesso non sia sorretto da adeguata giustificazione. Anche a prescindere dal fatto che nello stesso art. 30 il riconoscimento del diritto avviene in conformità alle legislazioni e prassi nazionali, la norma riconosce il diritto alla tutela, non imponendo, analogamente a quanto accade nel diritto comunitario antidiscriminatorio, vincolo alcuno quanto alla tipologia delle sanzioni conseguenti al licenziamento illegittimo”. Nello stesso ordine di idee Del Punta, *Riflessioni sulla Carta di Nizza*, DRI, 2001, pag. 335 ss., nonché Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Convegno del centro nazionale Studi di diritto del lavoro <<Domenico Napoletano>>, Pescara 11 maggio 2012, op. cit. Di contrario avviso rispetto agli Autori più sopra citati è Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell’ordinamento dell’Unione Europea*, DLRI, 2012, pag. 619 ss., secondo cui “la lettura riduttiva dell’art. 30 non è tuttavia convincente e certo non è obbligata. Il riferimento al diritto ad essere tutelati in caso di licenziamento «ingiustificato» ha un valore più pregnante del mero richiamo al divieto di licenziamento discriminatorio o semplicemente immotivato, proprio perché esso implica la necessità di identificare le giustificazioni poste a base del recesso ed il tipo

Per di più, occorre rilevare come, per espressa previsione dell'art. 51 co. 1<sup>435</sup>, la Carta di Nizza abbia

---

di protezione assicurato al lavoratore in loro assenza. D'altra parte, affermare al contrario che qualsiasi ragione possa giustificare il licenziamento e qualsiasi sanzione possa conseguire alla sua illegittimità, significa negare che esista un contenuto essenziale del diritto del lavoratore, sottratto, in quanto tale, alla discrezionalità statale. È proprio per non lederne il contenuto essenziale che quella discrezionalità deve invece esercitarsi in modo che eventuali limitazioni al diritto siano «necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o dall'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui», come prescrive l'art. 52, par. 1, CDFUE. Né l'interpretazione riduttiva può fondarsi sul riferimento al «rispetto del diritto comunitario e delle legislazioni e prassi nazionali»: una clausola (presente anche in altre disposizioni della CDFUE) che presa alla lettera di nuovo svuoterebbe di qualsiasi significato la norma, rimettendo la definizione del suo contenuto precettivo a quanto previsto in ciascun ordinamento nazionale».

<sup>435</sup> Secondo cui “le disposizioni della Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”. Al riguardo, si è osservato in dottrina che “la Carta non crea nuovo diritto, ma criteri e linee guida da osservarsi nell'attuazione del diritto comunitario. Se dovesse ritenersi che questa formula lasci margini di incertezza, chiude invece ogni spazio, ad avviso di chi scrive, quella del secondo comma della stessa disposizione, per la quale ‘La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati’. La ripetizione preoccupata del concetto della non incisività della Carta sull'assetto dell'ordinamento comunitario ed il fatto che i trattati siano costituiti come argine ai diritti sociali danno la misura del progresso (assai relativo per ora) della dimensione sociale in ambito comunitario”: così Calcaterra, *Diritto al*

un'efficacia giuridica solo verticale, dovendosi pertanto escludere che – in assenza di una direttiva o di un regolamento che traduca il suo contenuto in disposizioni giuridicamente vincolanti (c.d. norma interposta) – essa sia in grado esplicitare un'efficacia diretta negli ordinamenti dei singoli Stati<sup>436</sup>, con il risultato pratico che “una Corte nazionale non può considerare un licenziamento illegittimo per il solo fatto che esso violi tale norma, e che di per sé essa non limita il potere degli Stati di regolare liberamente la materia, in ipotesi anche liberalizzando anche del tutto il licenziamento”<sup>437</sup>.

---

*lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, op. cit., pag. 40-41.

<sup>436</sup> Come rileva Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law & economics e vincoli costituzionali*, op. cit., pag. 41, l'efficacia solo verticale della Carta di Nizza è stata ripetutamente affermata dalla Corte di Giustizia, ed in particolare, da ultimo, da CGCE 5 febbraio 2015, *Poclava*, causa C-117/14, punti 27 ss. In dottrina, al riguardo, tra gli altri, Celentano, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, op. cit., pag. 407, il quale, richiamando in nota Corte Cost. n. 80/2011, afferma che “presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo, in quanto inerente ad atti dell'Unione, ovvero ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione”. Più in generale, sul tema dell'efficacia non vincolante della Carta si veda Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, op. cit., ed i numerosi riferimenti bibliografici ivi contenuti.

<sup>437</sup> Orlandini, *Il licenziamento individuale nell'Unione Europea*, op. cit., pag. 26.

Ed ancora, a riprova della debolissima cogenza rivestita dall'art. 30, l'art. 52 della Carta di Nizza prevede che, tramite legge ordinaria, gli Stati membri possano apportare limitazioni ai diritti ed alle libertà riconosciuti dalla Carta, purché tali limitazioni rispettino “il contenuto essenziale di detti diritti e libertà”, in ogni caso nel rispetto del principio di proporzionalità e “solo laddove siano necessarie e rispondano a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”.

Orbene, tralasciando le difficoltà insite nell'individuazione di un concetto vago ed indeterminato quale quello di “contenuto essenziale”, tanto più se riferito ad una formulazione ampia e generica quale quella dell'art. 30 che sancisce il “diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato”, si può con certezza dire che tali limitazioni al contenuto essenziale del principio di giustificazione causale del recesso, come si è visto, sono state ritenute senz'altro ammissibili dalla Corte Costituzionale<sup>438</sup>, la quale ha valutato come costituzionalmente legittime quelle normative interne che, consentendo il recesso *ad nutum*, negano in radice il principio di giustificazione causale del recesso, purché in ogni caso tali negazioni si configurino come un'eccezione alla regola e sempreché siano sorrette da motivazioni che siano degne di supportare un tale effetto di deroga.

In conclusione, ciò che in questa sede più rileva è che il contenuto dell'art. 30 della Carta di Nizza non è tale da permettere di ritenere che la disciplina di cui al D. Lgs. n. 23/2015 sia con esso incompatibile. Ciò in quanto, anche prescindendo dall'impossibilità di ritenerlo attualmente dotato di efficacia cogente, l'art. 30 della Carta di Nizza

---

<sup>438</sup> Si veda, in particolare, la nota n. 427.

appare muoversi esclusivamente sul piano sostanziale proprio del principio della giustificazione causale del recesso, che come noto è sancito dall'art. 1 della L. n. 604/1966 e sui cui il D. Lgs. n. 23/2015 – che è intervenuto solo sul diverso piano del regime sanzionatorio applicabile in caso di licenziamento ingiustificato – non ha inciso<sup>439</sup>.

Altra normativa cui è doveroso far riferimento al fine di vagliare la compatibilità comunitaria della disciplina del D. Lgs. n. 23/2015 è quella dettata dalla Carta Sociale Europea costituente, come noto, un trattato del Consiglio d'Europa del 1961, il cui contenuto è stato implementato in diverse occasioni successive e recepito dall'Italia con la L. n. 30/1999. L'anzidetta legge di ratifica, pur avendo valore di legge ordinaria, ha tuttavia un'efficacia passiva

---

<sup>439</sup> Ritiene invece che il ridotto ammontare dell'indennità risarcitoria previsto dal D. Lgs. n. 23/2015 incida sul principio della giustificazione casuale del recesso, non distinguendo, pertanto, tra piano sostanziale e piano sanzionatorio, Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, op. cit. pag. 32, secondo cui "la questione che si pone, allora, riguarda la stessa adeguatezza del rimedio indennitario previsto dal legislatore italiano rispetto a quanto previsto dall'art. 30 della Carta di Nizza sui Diritti fondamentali dell'Unione Europea" e con riferimento al quale "sorge in sostanza il fondato dubbio che la limitazione del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, realizzata dal decreto in esame con la previsione di un'indennità risarcitoria fortemente attenuata, sia tale da non garantire il "contenuto essenziale" di quel diritto". Secondo Speziale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law & economics e vincoli costituzionali*, op. cit., pag. 41, "l'art. 30 ha una dizione così generica da rendere difficile un giudizio di adeguatezza tra risarcimento e protezione contro il recesso".

rinforzata, dato che la Carta Sociale Europea che essa ha recepito è un trattato internazionale vincolante per l'Italia, con il corollario che un'eventuale legge successiva non potrebbe derogarvi, pena l'illegittimità costituzionale della stessa per violazione dell'art. 117 Cost.

Ai fini del tema qui in esame viene in considerazione, più in particolare, l'art. 24 della Carta Sociale Europea, secondo cui, allo scopo di assicurare al lavoratore "l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento", le parti firmatarie si impegnano a riconoscere "il diritto del lavoratore di non esser licenziato senza un valido motivo", nonché, qualora tale diritto sia stato leso e sempreché tale lesione sia stata accertata dinanzi ad un organo imparziale cui egli deve poter ricorrere, il diritto "ad un congruo indennizzo od altra adeguata riparazione".

Prima di analizzare il contenuto e la portata dell'articolo in esame nonché di dare brevemente conto di come il Comitato Europeo dei Diritti Sociali<sup>440</sup> sia intervenuto per richiamare l'attenzione dei singoli Stati membri sulla necessità di rispettare i vincoli derivanti da tale articolo, si deve sottolineare come esso – prevenendo

---

<sup>440</sup> Tale organo non esplica funzioni giurisdizionali ma vigila sulla corretta attuazione della Carta Sociale Europea da parte degli Stati aderenti; sotto altro profilo, è stato rilevato che "la violazione dell'art. 24 della Carta Sociale Europea non può essere denunciata dinanzi alla CGE, in primo luogo perché questa Carta non è espressamente prevista dall'art. 6 del Trattato sulla UE, che è la fonte che ha 'costituzionalizzato' le Carte dei diritti. Inoltre, come già si è spiegato, manca la 'norma interposta' a livello europeo che consenta l'intervento della Corte": così Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law & economics e vincoli costituzionali*, op. cit., pag. 42.

da un lato il diritto del lavoratore a non esser licenziato senza un valido motivo e, dall'altro, il diritto del medesimo ad un congruo indennizzo nella ipotesi in cui sia stato illegittimamente licenziato – ammetta apertamente che la tutela del lavoratore licenziato prende corpo e si inverte tanto a livello di principi di diritto sostanziale (quale quello della giustificazione causale) quanto a livello di norme di tipo sanzionatorio (quali quelle della previsione di un congruo indennizzo o di una adeguata riparazione), rendendo in tal modo possibile all'interprete un giudizio di illegittimità di una data normativa sui licenziamenti qualora si ritenga che la stessa non sia sufficientemente rispettosa di quelle regole che l'art. 24 della Carta Sociale Europea detta per le sanzioni del licenziamento illegittimo.

Detto diversamente – e per quanto si debba riscontrare che anche l'art. 24 della Carta Sociale Europea sancisca in maniera fortemente generica il “diritto ad una tutela in caso di licenziamento”, tanto da indurre a ritenere ragionevolmente che tale diritto, di per sé, sia difficilmente azionabile – la rilevanza di tale articolo risiede nell'aver sancito che il generico “diritto ad una tutela” non possa ritenersi effettivamente garantito in ragione della semplice previsione di un obbligo di giustificazione causale del licenziamento, dovendosi anche verificare se, sul piano sanzionatorio, non sia leso il diritto del lavoratore a percepire un congruo indennizzo od altra adeguata riparazione qualora esso sia stato licenziato senza un valido motivo.

Emerge dunque, con tutta evidenza, l'importanza fondamentale rivestita dall'art. 24 della Carta Sociale Europea: se l'art. 30 della Carta di Nizza sancisce unicamente il diritto del lavoratore a non subire un licenziamento arbitrario e se la Corte Costituzionale ha in

più occasioni ribadito che dagli artt. 4 e 41, co. 2 Cost. possa evincersi il solo divieto di licenziamento arbitrario<sup>441</sup>, nonché il diritto ad una tutela avverso il licenziamento illegittimo, qualunque forma essa assuma, del tutto diversamente, e soprattutto più incisivamente, l'art. 24 della Carta Sociale Europea eleva la "congruità" dell'indennizzo e l'"adeguatezza" della riparazione ad elementi essenziali ai fini della verifica dell'effettivo rispetto del "diritto ad una tutela in caso di licenziamento"<sup>442</sup>.

Quanto alla portata dell'art. 24 della Carta Sociale Europea, il principio per cui il lavoratore ha diritto a non esser licenziato senza un valido motivo, ribadito dall'art. 30 della Carta di Nizza del 2000, sembrerebbe a prima vista non esser stato intaccato dal D. Lgs. n. 23/2015, che, come noto, non è intervenuto sulla definizioni delle causali che rendono legittimo il recesso datoriale.

---

<sup>441</sup> Così come garantito dall'obbligo di giustificazione causale del recesso datoriale e dalla conseguente sindacabilità dei motivi ad esso sottesi. Tale obbligo, peraltro, non è stato ritenuto dalla stessa Corte Costituzionale di carattere assoluto ed inderogabile; si veda sul punto la nota n. 427.

<sup>442</sup> Si concorda dunque con Orlandini quando afferma che dall'art. 24 della Carta Sociale Europea "si ricava in primo luogo come non sia possibile distinguere tra principio della causalità del licenziamento (che sarebbe comunque sancito dall'art. 30) e regime dei rimedi conseguenti alla sua violazione (sul quale la norma non avrebbe nulla da dire). È evidente che quel principio è svuotato di senso in mancanza di un significativo supporto sanzionatorio e che regime sanzionatorio e ragioni giustificatrici del licenziamento si tengono insieme: l'assenza di sanzioni si traduce in una lesione del principio di giustificazione, privandolo di effettività", così, Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, op. cit., pag. 634.



Discorso diverso deve farsi per il principio per cui il lavoratore illegittimamente licenziato ha diritto ad un congruo indennizzo o ad una adeguata riparazione; è evidente, infatti, come il giudizio teso a verificare se la disciplina del contratto a tutele crescenti sia rispettosa di tale principio presupponga un chiarimento preliminare sui concetti di “congruità” e di “adeguatezza”, rispettivamente, dell’indennizzo e della riparazione.

Tuttavia, per evitare di sconfinare in valutazioni prettamente soggettive, l’anzidetto chiarimento deve necessariamente esser fornito facendo affidamento su quanto già affermato in proposito dal Comitato Europeo dei diritti sociali, il quale – come rilevato da più di un Autore – ha costantemente ribadito che il risarcimento in caso di licenziamento illegittimo debba esser proporzionato alla perdita subita dal lavoratore e debba essere altresì di misura tale da riuscire a dissuadere i datori di lavoro dall’esercizio illegittimo del potere di recesso<sup>443</sup>.

---

<sup>443</sup> Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell’ordinamento dell’Unione Europea*, op. cit., pag. 636, il quale, oltre a rilevare come la sanzione della reintegrazione sia costantemente ritenuta congrua dal Comitato, alla nota n. 76 rileva che “l’inammissibilità di limiti al risarcimento per licenziamento illegittimo è costantemente affermata dal Comitato, come si legge da ultimo nelle conclusioni relative alla normativa albanese che prevede un tetto di 12 mensilità: «In order to be considered appropriate, compensation should include reimbursement of financial losses incurred between the date of dismissal and the decision of the appeal body ruling on the lawfulness of the dismissal, the possibility of reinstatement and/or compensation sufficient both to deter the employer and proportionate to the damage suffered by the victim» (European Committee of Social Rights, 2008d). Per lo stesso motivo dichiarazioni di non conformità sono state adottate nell’ultimo ciclo di valutazione nei confronti di Bulgaria (dove vige il tetto

E ciò, del resto, si pone perfettamente in linea con quanto affermato dalla Corte di Giustizia nel rilevare costantemente come, in ipotesi di violazione di diritti individuali riconosciuti dall'Unione Europea, le relative sanzioni predisposte dai singoli Stati membri debbano presentare un carattere "adeguato, effettivo e dissuasivo". Ciò che in particolare è stato affermato con riferimento ai licenziamenti collettivi<sup>444</sup>, al licenziamento discriminatorio<sup>445</sup> e, ripetutamente, con riferimento al contratto a tempo determinato<sup>446</sup>. Ed in proposito, si è opportunamente rilevato in dottrina come "sarebbe difficile poter affermare che queste regole non debbano costituire un parametro anche nel caso del recesso individuale, in considerazione del fatto che esse sono state espresse anche in relazione ad altre forme di licenziamento ed hanno comunque una portata generale difficilmente contestabile"<sup>447</sup>. Pertanto, dovendosi necessariamente ritenere che anche le sanzioni applicabili in caso di licenziamento ingiustificato debbano presentare il carattere dell'effettività, della congruità e dell'adeguatezza, dovendo altresì le stesse risultare proporzionate alla perdita subita dal lavoratore, nonché tali da costituire un valido deterrente avverso comportamenti illegittimi del datore di lavoro, ad avviso di chi scrive si può

---

di 6 mensilità), Cipro (12 mensilità) e Finlandia (24 mensilità)". Nello stesso ordine di idee, Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law & economics e vincoli costituzionali*, op. cit., pag. 41.

<sup>444</sup> Cgce 8 giugno 1994, Commissione c. Regno Unito, causa C-383/92.

<sup>445</sup> Cgce 11 ottobre 2007, Paquay, causa C-460/06, punto 46.

<sup>446</sup> Cgce 7 settembre 2006, *Vassallo*, causa C-180/04, punto 38.

<sup>447</sup> Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law & economics e vincoli costituzionali*, op. cit., pag. 42.

ragionevolmente concludere per la non conformità ai predetti principi della disciplina di cui al D. Lgs. n. 23/2015.

E ciò, si badi bene, non perché il licenziamento ingiustificato sia oramai sanzionato con il rimedio indennitario in luogo di quello ripristinatorio: infatti – nonostante sia innegabile che la reintegrazione, rispetto al mero indennizzo, sia maggiormente proporzionata alla perdita che per effetto del licenziamento il lavoratore subisce, e quindi maggiormente “adeguata” e “congrua”, così come maggiormente in grado di esplicitare un’effettiva efficacia deterrente avverso l’intimazione di licenziamenti ingiustificati<sup>448</sup> – alla luce di quanto in precedenza si è brevemente detto si è ben consapevoli come nessuna forma di tutela possa veramente ritenersi imposta da

---

<sup>448</sup> Doveroso richiamare Cass. Civ. SS.UU., 10 gennaio 2006 n. 141, secondo la quale “l’obbligazione di ricostruire la situazione di fatto anteriore alla lesione del credito rendendo così possibile l’esatta soddisfazione del creditore, non tenuto ad accontentarsi dell’equivalente pecuniario, costituisce la traduzione nel diritto sostanziale del principio, affermato già dalla dottrina processuale degli anni trenta e poi ricondotto all’art. 24 Cost., (Corte Cost. 24 giugno 1994 n. 253, 10 novembre 1995 n. 483), secondo cui il processo (ma potrebbe dirsi: il diritto oggettivo, in caso di violazione) deve dare alla parte lesa tutto quello e proprio quello che le è riconosciuto dalla norma sostanziale (da ult. Cas. Sez. un. 5 luglio 2004 n. 12270). Né la difficoltà o l’impossibilità materiale di attuare in sede esecutiva questo principio costituzionalmente rilevante, dovute all’inesistenza nel nostro ordinamento di un sistema atipico di misure coercitive, può incidere sulla questione sostanziale qui in esame, relativa al rapporto regola-eccezione fra risarcimento specifico e per equivalente; la difficoltà di predisporre norme esecutive di più intensa garanzia del creditore non può influire sullo statuto civilistico del rapporto obbligatorio”.

sovraordinate disposizioni costituzionali o comunitarie. Se dunque si ritiene che la disciplina di cui al D. Lgs. n. 23/2015 sia illegittima per contrasto con il contenuto precettivo dell'art. 24 della Carta Sociale Europea – nonché con i principi che la Corte di Giustizia ha costantemente riferito alle sanzioni predisposte dall'ordinamento del singolo Stato membro in caso di violazione di un diritto fondamentale dell'Unione Europea (tra i quali si può sicuramente annoverare il diritto alla giustificazione causale del licenziamento) – tale valutazione risulta fondata sia sulla considerazione dell'esiguità della misura dell'indennizzo, sia sulla considerazione del meccanismo di predeterminazione della stessa.

L'indennizzo previsto per i casi di licenziamento di lavoratori con modesta anzianità di servizio è infatti – ed in primo luogo – di misura talmente ridotta da risultare *ictu oculi* non adeguato o congruo, oltre che non proporzionato alla perdita subita dal licenziato, e per ciò stesso inidoneo a produrre un effetto dissuasivo che scoraggi l'intimazione di licenziamenti ingiustificati o arbitrari, soprattutto da parte di quelle imprese il cui stato economico-patrimoniale sia tale da non poter esser minimamente scalfito dall'irrisorietà della misura dell'indennizzo. In questo senso, dunque, la misura minima del predetto indennizzo appare davvero incapace di apprestare un'efficace tutela del prestatore di lavoro licenziato ingiustificatamente<sup>449</sup>.

---

<sup>449</sup> Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law & economics e vincoli costituzionali*, op. cit., pag. 36, rileva altresì che “l'esiguità delle somme previste rende evidentemente la tutela del tutto irrisoria e comunque non coerente e razionale rispetto all'altra sanzione. Non si vede, infatti, per quale ragione la mancanza del fatto contestato è tutelata in modo così “forte” ed un comportamento di scarso

In secondo luogo, e soprattutto, appare privo di “adeguata” e “congrua” efficacia deterrente il previsto meccanismo che quantifica *a priori* l’indennità risarcitoria dovuta correlandone il concreto ammontare alla sola anzianità del prestatore di lavoro licenziato, a prescindere dunque dal maggiore o minore scostamento, da parte del datore recedente dal presupposto causale la cui sussistenza rende legittimo il recesso: ovvero, il che è lo stesso, senza attribuire alcuna rilevanza, ai fini della concreta determinazione dell’indennità risarcitoria, alla più o meno grave violazione del principio di proporzionalità tra infrazione e sanzione, oltretutto inibendo al giudice qualsiasi potere discrezionale di valutazione in ordine al concreto ammontare del predetto indennizzo<sup>450</sup>.

E’ infatti innegabile che l’efficacia deterrente di una sanzione, qualsiasi essa sia, è direttamente proporzionale all’imprevedibilità *ex ante* della afflittività che essa potrà produrre una volta che sarà destinata a trovare applicazione. In altri termini, e senza voler in alcun modo

---

rilievo disciplinare (un ritardo di pochi minuti, l’assenza di un solo giorno) tale da non giustificare il recesso debba garantire importi così ridotti. Le due ipotesi, infatti, per quanto riguarda la loro “gravità”, sono molto simili e non giustificano una differenza così radicale, che avrebbe potuto essere evitata con la previsione di un risarcimento economicamente adeguato”.

<sup>450</sup> In questo senso, rileva Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, op. cit., pag. 21, che “la scelta del legislatore delegato in favore di una brutale monetizzazione «al ribasso» delle conseguenze del licenziamento illegittimo non individua pertanto un punto di ragionevole bilanciamento tra i contrapposti interessi in rilievo. L’unico interesse realmente protetto finisce per essere quello del datore di lavoro alla certezza di costi contenuti e predeterminabili *ex ante*, mettendo fuori gioco una volta per tutte la discrezionalità valutativa del giudice”.

disconoscere la ragionevole e comprensibile esigenza di colui che viola un divieto di conoscere preventivamente i termini delle possibili conseguenze afflittive del proprio illegittimo operato, consentire al datore di lavoro di conoscere con assoluta certezza non solo la tipologia delle conseguenze (indennitarie) cui egli andrà incontro con il proprio illegittimo recesso, ma anche il preciso ammontare di esse – senza che sul punto possa influire alcuna “variabile” indipendente dal suo volere che possa frapporsi fra lui e il mero e meccanico calcolo cui egli abbia fatto ricorso prima di determinarsi di procedere al licenziamento – finisce per privare il meccanismo sanzionatorio di cui al D. Lgs. n. 23/2015 della benché minima efficacia dissuasiva, rendendo in tal modo del tutto incongrue ed inadeguate le sanzioni previste dal Legislatore delegato per il caso di licenziamento ingiustificato.

Se si considera quindi che, come già segnalato, l’art. 24 della Carta Sociale Europea prevede – al fine di garantire al prestatore “l’effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento” – che gli Stati firmatari debbano tra l’altro riconoscere il diritto del lavoratore licenziato ingiustificatamente “ad un congruo indennizzo od altra adeguata riparazione”, non appare azzardato ritenere che la disciplina di cui al D. Lgs. n. 23/2015, ponendosi in contrasto con tale ultima regola di diritto così come costantemente interpretata dal Comitato Europeo dei diritti sociali e dalla Corte di Giustizia, non sia obiettivamente in grado di garantire l’effettivo rispetto del diritto del prestatore di lavoro “ad una tutela in caso di licenziamento”: e ciò in termini idonei ad autorizzare l’interprete – ad avviso di chi scrive – a ritenere l’illegittimità costituzionale delle relative disposizioni per violazione dell’art. 117 Cost. che, come noto, impone al legislatore nazionale il rispetto dei “vincoli derivanti

dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”<sup>451</sup>.

### **III.7) Alcune considerazioni conclusive.**

Si deve peraltro riconoscere come – avuto riguardo all'appena accennato profilo di sostanziale carenza di tutela del lavoratore in caso di licenziamento – le specifiche disposizioni in parola del D. Lgs. n. 23/2015 costituiscano il coerente e consequenziale portato di quella complessiva impostazione concettuale che ha ispirato il legislatore delegato nella più ampia concezione della struttura dell'intero testo normativo, ed in particolare di quelle logiche di rafforzamento delle “possibilità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione” che – secondo la lettera dell'art. 1, comma 7 della legge delega n. 183/2014 – hanno guidato il cammino del legislatore medesimo nella transizione da un sistema di protezione fondato sulla reintegrazione ad uno in cui la corresponsione di un'indennità risarcitoria costituisce l'autentico fulcro della nuova disciplina definita dal D. Lgs. n. 23/2015: il tutto in un contesto concettuale tendente a valorizzare la tutela del prestatore non più per il tramite di strumenti di protezione “dello specifico posto di lavoro”, bensì diretti a proteggere la posizione che egli riveste “nel mercato del lavoro”, in

---

<sup>451</sup> In questo ordine di idee, Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, op. cit., pag. 21-24, nonché Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law & economics e vincoli costituzionali*, op. cit., pag. 45.

particolare attraverso la riforma degli ammortizzatori sociali e delle politiche attive del lavoro.

Si è tuttavia evidenziato come la tesi della correlazione tra minore tutela del posto di lavoro e maggiore occupazione non risulti suffragata da alcuna analisi statistica, e soprattutto non sia destinata a produrre concreti incrementi nei livelli occupazionali qualora la liberalizzazione del costo del licenziamento non risulti accompagnata da condizioni di mercato idonee ad assorbire prontamente i lavoratori che abbiano perso il loro posto di lavoro, determinandosi altrimenti un deprecabile “effetto sostituzione” con lavoratori di nuova assunzione titolari di più deboli tutele.

Su queste premesse, è stato osservato come “una valutazione anche sommaria dei contenuti della riforma dimostra come essa sia interamente dominata da valutazioni strettamente economiche”<sup>452</sup>, nel senso che, se per un verso la finalità della legge è costituita da una finalità di incremento dell’occupazione, per altro verso le tecniche utilizzate sono espressione tipica d’un approccio di “analisi economica del diritto”: come dimostrato dalla netta riduzione dell’ambito di operatività della reintegrazione e dalla sostituzione di tale rimedio con un’indennità risarcitoria il cui ammontare predeterminato si spiega in ragione della necessità di eliminare l’indeterminatezza del costo del licenziamento che caratterizzava il regime sanzionatorio precedente.

Se poi si considera come con il contratto a tutele crescenti sia stata adottata in pieno una soluzione interpretativa che passa attraverso il riconoscimento della fattispecie del c.d. “inadempimento efficiente” (*efficient*

---

<sup>452</sup> Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, op. cit., pag. 5.



*breach*) – vale a dire dell’efficacia interruttiva del rapporto di lavoro comunque rivestita dal licenziamento illegittimo – in forza del quale “la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di *punitive damages* e, tantomeno, senza imporre la *specific performance* (esecuzione in forma specifica), onde ciascun soggetto possa scegliere se rispettare o meno la legge mediante compensazione finanziaria”<sup>453</sup>, appare fin troppo evidente la non titubante adesione del legislatore ai principi ispiratori ed alle logiche fondative dell’analisi economica del diritto.

A questo riguardo è stato peraltro osservato che un tale approccio di valutazione dell’inadempimento “incide profondamente sulla disciplina del contratto (e degli atti unilaterali), del quale non viene affatto valorizzata la funzione di strumento per garantire il principio morale per cui le promesse effettuate (o gli accordi presi) devono essere rispettati”<sup>454</sup>, determinandosi così un’esplicita ammissione di preferenza per soluzioni risarcitorie per equivalente sulle soluzioni di risarcimento in forma specifica<sup>455</sup>.

---

<sup>453</sup> Così Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, op. cit., pag. 42.

<sup>454</sup> Così, Denozza, *Il modello dell’analisi economica del diritto: come si spiega il successo di una tanto debole teoria?*, RDC, 2013, pag. 48.

<sup>455</sup> In questo senso, Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, op. cit., il quale rileva che “in questa logica si spiega il mutamento di prospettiva nella disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo, ormai del tutto spostata su una struttura rimediale di indennizzo che ha ben poco a che vedere con il principio della giustificazione degli atti unilaterali del

Quello che peraltro più rileva è che tale approccio determina uno spostamento del diritto del lavoro da una prospettiva fondata sull'equilibrio e sul contemperamento degli interessi contrapposti delle parti del rapporto ad una visione basata sull'esigenza di efficienza del mercato, nel quadro di un progressivo favore verso gli interessi dallo stesso perseguiti e verso le sue logiche puramente economiche ed imprenditoriali<sup>456</sup>.

---

datore di lavoro e, soprattutto, con il principio giuridico-morale *pacta sunt servanda*. Infatti, benché la reintegrazione non sia certo considerabile come l'unico rimedio contro il licenziamento illegittimo, la diffusione di soli rimedi indennitari, specie se di modico importo, non tiene in debito conto la circostanza per cui l'obbligazione – non solo nel diritto del lavoro, ma nell'intero diritto civile, è funzionale anzitutto a soddisfare l'interesse in vista del quale è sorta, e perciò il suo oggetto non è puramente e semplicemente intercambiabile con un surrogato monetario”. Del resto, già Cass. Civ. SS. UU., 10 gennaio 2006, n. 141 aveva evidenziato che “nè le tesi, sostenute da una parte dalla stessa dottrina privatistica, che pongono sullo stesso piano la tutela specifica del diritto soggettivo a quella per equivalente, connettendola prima ai diritti assoluti e la seconda ai diritti di credito, possono trovare applicazione nei rapporti di lavoro subordinato. A ciò ostano non solo le ragioni già dette ma anche la rilevanza degli interessi coinvolti, che impediscono di ricondurre quei rapporti esclusivamente a fattispecie di scambio e, nell'ambito di queste, di ridurre la posizione del prestatore di lavoro semplicemente a quella di titolare del credito avente ad oggetto la retribuzione. Al contrario, il prestatore, attraverso il lavoro reso all'interno dell'impresa, da intendere come formazione sociale nei sensi dell'art. 2 Cost., realizza non solo l'utilità economica promessa al datore ma anche i valori individuali e familiari indicati nell'art. 2 cit. e nel successivo art. 36”.

<sup>456</sup> Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, op. cit., pag. 9, ad avviso del quale l'apertura cognitiva alle ragioni

Tali considerazioni meramente economiche ed “orientate all’efficienza del mercato e dell’impresa” traspaiono già da quella che costituisce una prima caratteristica fondamentale della nuova disciplina della tutela contro i licenziamenti illegittimi apportata dal D. Lgs. n. 23/2015, quale costituita dalla completa marginalizzazione del rimedio ripristinatorio rappresentato dalla reintegrazione nel posto di lavoro e dalla sua sostituzione con una tutela meramente monetaria che – al fine di consentire al datore di lavoro di prevedere con esattezza i costi conseguenti ad una sua iniziativa di risoluzione del rapporto, e di determinarsi quindi per la sua prosecuzione o per la sua estinzione – trasforma il lavoro in “una qualsiasi merce, traducibile in un prezzo” ed assorbe “ogni valutazione di ordine extra economico, fondata sulla funzione sociale del lavoro a beneficio delle tutele della persona e della sua dignità”<sup>457</sup>, nel quadro di una

---

dell’economia ed all’analisi dell’efficienza della norma giuridica “non può coincidere con l’esproprio della specificità del diritto che giustifica la sua stessa esistenza”, e per converso l’accoglimento esclusivo del punto di vista dell’analisi economica del diritto “significa accettare una lettura efficientistica delle norme che valuta i dispositivi giuridici come limiti, o ostacoli, capaci di modificare i comportamenti degli attori economici e produttivi di effetti perversi, contrari sia alla razionalità strumentale sia alla razionalità assiologica (coincidente con la protezione dei diritti fondamentali della persona”, mentre “il diritto generale (e quello del lavoro in particolare) deve necessariamente essere concepito come sistema di valori che completa quelli economici e mercantili”.

<sup>457</sup> Così Perulli, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice sui licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, RGL, pag. 564 ss.

valutazione solo economica degli interessi del lavoratore<sup>458</sup>.

Su queste basi il Decreto – attribuendo al licenziamento ingiustificato la capacità di estinguere il rapporto di lavoro, premiando così l’interesse imprenditoriale all’interruzione del vincolo contrattuale – impedisce al magistrato (che pur dovrebbe continuare a poter rivestire, come affermato da Mazzotta, il ruolo di “estremo terminale della giustizia (del singolo caso) ed insostituibile mediatore sociale e culturale”<sup>459</sup>) di effettuare

---

<sup>458</sup> Ed al riguardo vale ricordare come la già richiamata Cass. Civ. SS.UU., 10 gennaio 2006 n. 141, nell’affermare il apporto regola-eccezione sussistente ai sensi dell’art. 2058 cod. civ. fra risarcimento specifico e per equivalente, abbia rilevato che “questa conclusione valida sul piano generale serve a maggior ragione nel diritto del lavoro non solo perché qualsiasi normativa settoriale non deve derogare al sistema generale senza necessità, ... ma anche perché il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma”.

<sup>459</sup> Mazzotta, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, RIDL, 2013, pag. 235 ss., il quale, in particolare, a pag. 239 afferma che “il lavoro umile, quotidiano ed oscuro, del giurista-interprete, parte proprio da qui: deve contribuire al processo di integrazione della norma fondamentale nel sistema giuridico. Le conseguenze per l’interprete possono consistere in una presa d’atto che il legislatore ha inteso procedere *in modo inequivocabile* ad un certo bilanciamento dei contrapposti valori scritti nella norma fondamentale (ad es. spostando in avanti – a favore dell’impresa – la frontiera mobile fra capitale e lavoro) ovvero – ove tale conseguenza non sia enucleabile *con chiarezza* dal diritto positivo – nella necessità di porre un argine ad una legislazione che cerchi di scardinare il sistema in modo incongruo. Ed è inutile sottolineare che, in quest’opera di

alcun contemperamento tra l'anzidetto interesse datoriale e quello contrapposto del lavoratore alla prosecuzione del rapporto: e ciò, come già accennato in precedenza, nel quadro di un meccanismo di quantificazione dell'indennità risarcitoria del licenziamento illegittimo fondato su un parametro oggettivo quale l'anzianità di servizio del prestatore, come tale idoneo ad inibire al giudice ogni valutazione discrezionale tendente a graduare la sanzione in ragione maggiore o minore gravità del fatto posto a base del recesso.

Ciò che peraltro merita di essere in questa sede approfondita è la questione se il sistema di tutela apprestato dal D. Lgs. 23/2015 valga ad integrare quel *minimum* di tutela contro il licenziamento illegittimo che, secondo i principi ripetutamente espressi dalla Corte Costituzionale, risulta costituito dal vincolo costituzionale per il legislatore ordinario di prevedere una forma di tutela contro il recesso ingiustificato<sup>460</sup>, e soprattutto valga a rispettare il principio della giustificazione causale del recesso nonché della sindacabilità giudiziale dei motivi ad esso sottostanti.

Al riguardo, ad avviso di chi scrive, non varrebbe obiettare che il legislatore del 2015 non ha in ultima analisi modificato le nozioni della causali giustificatrici del recesso rappresentate dalla giusta causa e dal giustificato motivo soggettivo che – a prescindere dal regime sanzionatorio in definitiva poi applicato dal giudice nella

---

ricucitura, il ruolo del giudice del lavoro è essenziale come estremo terminale della giustizia (del caso singolo) ed insostituibile mediatore sociale e culturale”.

<sup>460</sup> La cui concreta scelta, è bene ribadirlo, rientra peraltro nella valutazioni discrezionali del legislatore medesimo, senza che dalle disposizioni degli artt. 4 e 41, comma 2 della Carta Fondamentale possa inferirsi alcun suo obbligo in ordine alla scelta di una certa forma di tutela a preferenza di un'altra.

concreta fattispecie sottoposta alla sua valutazione – continuano a presiedere ad una valutazione della giustificabilità del recesso datoriale e che devono tuttora rispondere a quei requisiti di serietà e gravità che ne hanno contraddistinto l'applicazione in passato.

“Le conclusioni descritte”, è stato infatti osservato, “operano tuttavia soltanto su un piano teorico”, quale quello investito dalla preliminare valutazione della giustificazione o meno “in linea di principio” del recesso; perché invece sul piano pratico – e nel quadro della successiva, concreta valutazione della sanzione applicabile al recesso come sopra nel frattempo valutato come illegittimo – l'idoneità dello stesso a produrre comunque la risoluzione del rapporto, pur nella sua acclarata ingiustificatezza ed a fronte del pagamento di una mera indennità risarcitoria, comporta nel concreto “l'insindacabilità delle ragioni del licenziamento, che coincidono con le valutazioni puramente soggettive dell'impresa”<sup>461</sup>: il tutto, come opportunamente si è evidenziato in dottrina, con una soluzione che “non mette in discussione il potere unilaterale dell'imprenditore” di porre fine al rapporto di lavoro, senza fornire in concreto quella adeguata “giustificazione causale” della sua iniziativa estintiva dello stesso che risulta invece richiesta – come sopra ricordato – dalle pronunce della Corte Costituzionale.

In questo senso – e nella misura in cui la disciplina del D. Lgs. n. 23/2015 finirebbe in ultima analisi per dedicare “una considerazione solo economica degli interessi del lavoratore, che non hanno una forza di

---

<sup>461</sup> Così Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, op. cit., pag. 13.

resistenza tale da incidere sul potere organizzativo del datore di lavoro di fatto sempre liberamente esercitabile (seppure, in assenza di giusta causa o giustificato motivo, a costi superiori)<sup>462</sup> – l'intervento del legislatore del 2015 non sembrerebbe aver rispettato quel nucleo essenziale avente copertura costituzionale che il Giudice delle leggi ha comunque imposto al legislatore al fine di prevenire l'adozione di licenziamenti "arbitrari", dato che, come visto, qualsiasi giustificazione, anche la più debole, posta a base dell'intimato recesso, è idonea e sufficiente a determinare la cessazione del rapporto di lavoro. Detto diversamente, le modifiche introdotte dal D. Lgs. n. 23/2015 sembrano rispettare solo formalmente quel fondamentale *principio di civiltà giuridica* che è rappresentato dall'obbligo di giustificazione causale del licenziamento<sup>463</sup>, dato che, nel concreto, esse finiscono per introdurre nel nostro ordinamento quella *primordiale regola* per cui "la cessazione del rapporto di lavoro può determinarsi in presenza di un qualsiasi inadempimento del lavoratore".

Inoltre, come già evidenziato, la misura della sanzione indennitaria posta a carico del datore di lavoro

---

<sup>462</sup> Così Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, op. cit., pag. 13.

<sup>463</sup> Quale espresso nel nostro ordinamento dall'art. 1 L. n. 604/1966, a norma del quale "il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 del Codice civile o per giustificato motivo", dall'art. 30 della Carta di Nizza secondo cui "ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali" e dall'art. 24 della Carta Sociale Europea che riconosce "il diritto del lavoratore di non esser licenziato senza un valido motivo".

che abbia esercitato un illegittimo recesso – e la sua determinazione direttamente operata dalla legge, senza possibilità di alcun intervento di sua “rimodulazione” da parte del magistrato in funzione del livello di illegittimità del recessi – non appare di per sé idonea a conseguire, nei confronti del recedente, un effetto realmente deterrente di futuri comportamenti simili, e per altro verso a porre il lavoratore al riparo dal rischio di esser destinatario di licenziamenti arbitrari.

Alla luce delle considerazioni esposte, risulta corretto affermare che i profili di non allineamento della disciplina del D. Lgs. n. 23/2015 ai principi desumibili dalla Carta Fondamentale appaiono attenere alla già illustrata possibilità per il datore di lavoro di por fine al rapporto di lavoro in presenza di un qualsiasi inadempimento del prestatore che abbia una rilevanza giuridica e sia allo stesso giuridicamente imputabile, senza alcuna considerazione, che non sia prettamente economica, di quel principio di proporzionalità tra gravità dell’infrazione ed entità della sanzione che risulta sancito dall’art. 2106 c.c., e che, come in precedenza già illustrato, costituisce espressione di quel generale e fondamentale principio di razionalità e buona fede che deve guidare l’esercizio del potere disciplinare.

Né varrebbe obiettare, a questo proposito, come la materiale possibilità datoriale di por fine al rapporto di lavoro pur in presenza di una mancanza tale da non integrare una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento risultasse prevista sia nel sistema della L. n. 92/2012 sia, in tempi ancor più risalenti, nell’impianto normativo di cui alla L. n. 604/1966.

Quanto sopra ove si consideri da un lato che nel sistema introdotto nel 2012 il rispetto del principio di proporzionalità risultava comunque garantito – a differenza di quanto previsto nel sistema del D. Lgs. n. 23/2015, in cui



la relativa disposizione non risulta riprodotta – dalla previsione dell’operatività della tutela ripristinatoria nel caso in cui il fatto contestato risultasse riconducibile a condotte che le normative collettive applicabili al rapporto avevano previsto come punibili solo con sanzioni conservative, nel quadro delle pattuizioni enucleate dalle parti collettive nel ruolo di “arbitri della proporzionalità” loro affidato dal legislatore del 2012; dall’altro, che nel sistema della L. n. 604/1966 la valenza comunque interruttiva del rapporto di lavoro rivestita dal recesso datoriale non supportato da una sua adeguata causale giustificativa, si legittimava (come ripetutamente illustrato dalla Consulta nelle numerose pronunce sopra ricordate) in esclusiva ragione della essenzialità del vincolo personale e fiduciario intercorrente tra chi aveva esercitato e chi aveva subito l’illegittimo recesso, nonché dell’evidente opportunità di evitare che la ricostituzione *iussu iudis* del rapporto in imprese di minori dimensioni potesse generare attriti e frizioni incompatibili con la necessità di preservare la “funzionalità” di tali aziende. Quanto sopra, come evidente, in ragione di considerazioni eminentemente attinenti proprio alle ridotte dimensioni dell’azienda recedente, che di per sé non si attagliano alle imprese di maggiori dimensioni ai cui rapporti risulti applicabile la disciplina del Decreto n. 23/2015 e che, perciò stesso, non possono valere a giustificare l’opzione di tutela meramente indennitaria prescelta nei loro confronti da parte del legislatore.

Sempre in punto di potenziali conflitti rinvenibili tra la disciplina del D.Lgs. n. 23/2015 e la Costituzione, è diffuso il rilievo per cui “una solida protezione contro il licenziamento è una sorta di <<norma di chiusura>> dell’intero diritto del lavoro”, nel senso che “la mancanza di un’efficace regolamentazione contro il recesso

ingiustificato e la minaccia di una possibile interruzione del rapporto di lavoro a costi contenuti e senza obblighi ripristinatori del contratto rendono di fatto <<inagibili>> molti diritti essenziali del lavoratore durante il rapporto”<sup>464</sup>: in questo senso, allora, non appare azzardato concludere affermando che il D. Lgs. n. 23/2015 è sicuramente riuscito ad indebolire fortemente la posizione del lavoratore nell’esecuzione del contratto, a “rendere più docile il personale”<sup>465</sup>, nonché a rafforzare l’autorità dell’impresa.

Conclusivamente, il profondo cambiamento dei connotati fondamentali della materia dei licenziamenti realizzato dal D. Lgs. n. 23/2015 – così come attuato in un contesto storico in cui “si sommano i vettori rappresentati dal nuovo valore dell’impresa, gli imperativi delle deregolazione legati ai processi di globalizzazione, gli assunti scientifici dell’analisi economica del diritto, le emergenze occupazionali, le pressioni degli organismi internazionali” – rende palese ed esplicito come all’attualità l’intero diritto del lavoro sia “una materia sempre più soggetta a valutazione, sotto il fuoco della critica economica, in crisi di identità o – altri direbbe – intrisa di storicità e contingenza”, in termini da autorizzare

---

<sup>464</sup> Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *La politica del lavoro del Governo Renzi - Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, (a cura di) Franco Carinci, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 40, pag. 5 ss.

<sup>465</sup> E’ questa un’espressione di Carinci F., *Un contratto alla ricerca della sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura ed interpretazioni*, Carinci F. e Tiraboschi M. (a cura di), ADAPT Labour Studies e-Book series n. 37, pag. 65 ss.

l'interprete a rilevare come stia effettivamente cambiando – come sarebbe difficile negare – “il paradigma del diritto del lavoro”<sup>466</sup>.

---

<sup>466</sup> Così, Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, op. cit.

## Bibliografia

- Abello, *Della locazione di opere*, in *Della locazione*, II, Napoli-Torino, 1908, pag. 651 ss.
- Accornero, *Relazione presentata al seminario sull'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, Iter Legis, 2002, fasc. 1, pag. 82 ss.
- Aiello, *Alcune questioni in tema di licenziamento per motivi disciplinari*, DLRI, 2014, pag. 381 ss.
- Albi, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediale ed effetti sulle garanzie dei diritti*, Pasquale Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92, 2012, Cacucci Editore, Bari, pag. 387 ss.
- Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. It – 160/2012.
- Alleva, *L’ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Vol. I, Jovene, Napoli, 1991, pag. 23 ss.
- Alleva, *L’evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali dalla legge 15 luglio 1966 n. 604 allo statuto dei lavoratori*, RDL, 1971, I pag. 91ss.
- Alleva, *Sui principi di immediatezza ed immutabilità nei licenziamenti per giusta causa e giustificato motivo*, RTDPC, 1970, pag. 673 ss.
- Amoroso, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, RIDL, 2015, I, pag. 327 ss.

- Andrioli, *Esecuzione forzata*, RTDPC, 1986, pag. 674 ss.
- Angelini, *Ancora in materia di giusta causa di licenziamento per fatti e comportamenti estranei al rapporto di lavoro*, RIDL, 1994, II, pag. 536, ss.
- Apostoli, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Giuffrè, Milano, 2005.
- Aranguren, *Autonomia e legge nella disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 1971.
- Aranguren, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, RDL, 1971, I.
- Ardaù, *Equivoci sulla causa del contratto di lavoro e sulla reintegrazione nel posto di lavoro*, OGL, 1974.
- Ardaù, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1954.
- Ardaù, *Sulla natura astratta o causale del licenziamento*, Giuffrè, Milano, 1954, pag. 20 ss.
- Arieta, *Sull'eseguibilità in forma specifica dell'obbligo di reintegra del lavoratore nel posto di lavoro*, Temi Romana, 1975, pag. 279 ss.
- Assanti, *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1963.
- Assanti, *Relazione al Seminario*, in *Le sanzioni disciplinari nella contrattazione collettiva*, Milano, 1966, pag. 91 ss.
- Assanti-Pera, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1972.
- Avondola, *Il danno per il licenziamento illegittimo tra disciplina comune e disciplina speciale*, ADL, 2003, pag. 306 ss.

- Balbi, *Reintegrazione nel posto di lavoro e decorrenza della retribuzione*, MGL, 1980, pag. 234 ss.
- Ballestrero, *Ambito di applicazione della disciplina dei licenziamenti: ragionevolezza delle esclusioni*, LD, 1990.
- Ballestrero, *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, Franco Angeli Editore, Milano, 1985.
- Ballestrero, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, LD, 2012, pag. 441 ss.
- Ballestrero, *I licenziamenti*, Franco Angeli Editore, Milano, 1975.
- Ballestrero, *sub art. 2118-2119*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dell'impresa e del lavoro*, a cura di O. Cagnasso e A. Vallebona, Utet Giuridica, Milanofiori Assago, 2013, pag. 3 ss.
- Ballestrero, *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, LD, 2014, pag. 389 ss.
- Balletti, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Cedam, Padova, 1990.
- Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 1° ed., Milano, 1901.
- Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2°ed., Milano, 1917.
- Barbieri, *Il licenziamento individuale della legge n. 92/2012 nelle prime pronunce di legittimità (e in quelle di merito)*, RGL, 2015, pag. 229 ss.
- Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, Cacucci, Bari, 2013, pag. 11 ss.

- Barbieri, *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali*, RGL, 2013, pag. 333 ss.
- Barraco, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, LG, 2015, pag. 123 ss.
- Bellocchi-Vitaletti, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 10 ss.
- Bellomo, *Autonomia collettiva e clausole generali*, Relazione alle Giornate di studio Aidlass 2014, pag. 10 ss.
- Belviso, *Il concetto di <<iniziativa economica privata>> nella Costituzione*, RDComm., 1961, I, pag. 153.
- Betocchi, in *Il contratto di lavoro nell'economia e nel diritto*, Napoli, 1897, pag. 521.
- Bianchi D'Urso, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, MGL, 1991.
- Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, WP, CSDLE "Massimo D'Antona". It – 181/2013.
- Bolego, *Il licenziamento disciplinare nel prima della disciplina introdotta dalla L. N. 92/2012*, RIDL, 2013, II, pag. 561 ss.
- Bongiorno, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da Ubaldo Prosperetti, Tomo primo, articoli 1-18, Giuffrè, Milano, 1975.
- Borghesi, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Carinci F. e Cester

- C. (a cura di), ADAPT Labour Studies e-Book series n. 46, pag. 210 ss.
- Borghesi, *Licenziamenti individuali e ordinanza di reintegra ex art. 18, comma 4, dello Statuto dei Lavoratori*, RGL, 1972, I, pag. 437, ss.
  - Borrè, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1966, pag. 129 ss.
  - Boscati, *Il licenziamento disciplinare nel contratto a tutele crescenti*, DRI, 2015, pag. 1032 ss.
  - Brizzi, *Il fatto nella configurazione del licenziamento disciplinare*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti*, collana *I quaderni di Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2015, n. 14, pag. 61 ss.
  - Bronzini, *Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei diritti. Regole di ingaggio, livello di protezione, rapporti tra le due Carte*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. Int – 118/2015.
  - Bruni, *Sulla conversione del licenziamento*, *Profili civilistici*, Cedam, Padova, 1988.
  - Buconi, *Tutele crescenti: il sistema sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi secondo il D. Lgs. n. 23/2015*, LG, 2015, pag. 993 ss.
  - Buffa, *La nuova disciplina del licenziamento e le fonti internazionali*, ADL, 2015, pag. 566 ss.
  - C.N.E.L., *Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro n. 206/154*, RIDL, 1985, I, pag. 416 ss.
  - Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. Int – 58/2008.



- Callegari, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Giappichelli, Torino, 1939, 328 ss.
- Calvellini, *La <<prima>> della Cassazione sul licenziamento disciplinare e <<insussistenza del fatto>> nella legge n. 92/2012: rilievi critici*, RGL, 2015, pag. 272 ss.
- Calvo, *L'equità nel diritto privato: individualità valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Giuffrè, Milano, 2010.
- Campanella, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, Relazione alle Giornate di studio Aidlass, 2014, pag. 22 ss.
- Cannati, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, DLRI, 2012, pag. 129 ss.
- Cannati, *La funzione dissuasiva intrinsecamente propria del provvedimento disciplinare e la sua rilevanza nella valutazione della congruità tra sanzione e mancanza*, RIDL, 2007, II, pag. 473 ss.
- Cappelletto, *Per una storia del diritto del lavoro: il contratto collettivo e i probiviri*, RTDPC, 1977, pag. 1189 ss.
- Caprioli, *Redenti, giurista empirico, Introduzione al Massimario della giurisprudenza dei Probiviri*, ristampa, Giappichelli, Torino, 1992.
- Carinci F., *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, LG, 2012, pag. 540 ss.
- Carinci F., *Il dibattito sulla riforma costituzionale e la modifica dell'art. 18: considerazioni conclusive*, DRI, 2002, pag. 409 ss.
- Carinci F., *Il legislatore ed il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore*, ADL, 2012, pag. 773 ss.

- Carinci F., *Il licenziamento disciplinare all'indomani del D. Lgs. n. 23/2015*, Working Paper ADAPT n. 176/2015.
- Carinci F., *Il licenziamento disciplinare*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Carinci F. e Cester C. (a cura di), ADAPT Labour Studies e-Book series n. 46, pag. 73 ss.
- Carinci F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, ADL, 2012, pag. 1106 ss.
- Carinci F., *Licenziamenti e Statuto, vent'anni per cambiare*, DPL, 1990, pag.1593 ss.
- Carinci F., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP, CSDLE "Massimo D'Antona". It – 172/2013.
- Carinci F., *Statuto dei lavoratori e piccola impresa*, DLRI, 1990, pag. 485 ss.
- Carinci F., *Un contratto alla ricerca della sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura ed interpretazioni*, Carinci F. e Tiraboschi M. (a cura di), ADAPT Labour Studies e-Book series n. 37, pag. 65 ss.
- Carinci M. T., *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e da giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli del sistema*, RIDL, 2012, II, pag. 1053 ss.
- Carinci M.T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30 l. 183/2010*, WP, CSDLE "Massimo D'Antona". It – 114/2011.

- Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro subordinato*, VIII ed., UTET, Torino, 2012 pag. 385 ss.
- Carnelutti, *Del licenziamento della locazione d'opera a tempo determinato*, in RDComm., 1911, I, pag. 377 ss.
- Carnelutti, *Sulla stabilità del rapporto di impiego*, RDComm., 1909, II, pag. 15.
- Caruso, *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, WP, CSDLE “Massimo D'Antona”. It – 140/2012.
- Cataudella A., in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 18 ss.
- Cataudella M.C., in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 19 ss.
- Cattaneo, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Giuffrè, Milano, 1964.
- Cavagnari, in *Studi preliminari: commissione per lo studio dei contratti agrari e del contratto di lavoro*, Stamperia Reale, Roma, 1901.
- Cavagnari, *Studi sul contratto di lavoro*, Società editrice libraria, Roma, 1902.
- Celentano, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, RIDL, 2015, I, pag. 377 ss.
- Cerreta, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 20 ss.
- Cerreta, *La riforma della stabilità reale*, DL, 1991, I, pag. 56 ss.
- Cessari, *Annotazioni sulla nullità del licenziamento*, in Dir. Lav., 1967, I.

- Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona” It. – 273/2015.
- Cester, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Carlo Cester (a cura di), Cedam, Padova, 2013.
- Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime osservazioni*, ADL, 2012, 572 ss.
- Cester, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 23 ss.
- Cester, *Osservazioni sull’indennità sostitutiva della reintegrazione*, in De Cristofaro (a cura di), *I licenziamenti individuali e la legge 11 maggio 1990, n. 108*, Cedam, Padova, 1991, pag. 85 ss.
- Cester, *Relazione alla Tavola rotonda sul tema: il sistema delle piccole imprese e la nuova legge sui licenziamenti*, tenutasi a Padova l’11 giugno 1990, in *Padova economica*, 1990, fasc. II.
- Chiarloni, *Statuto dei lavoratori e tecniche di attuazione dei diritti*, QDLRI, 1989, VI, pag. 60 ss.
- Chiaromonte, *La reintegrazione per licenziamento disciplinare sproporzionato fra riforma Fornero e jobs act: quali margini di apprezzamento per il giudice?*, nota a Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692, RIDL, 2015, II, pag. 635 ss.
- Chironi, *Colpa contrattuale*, 2° ed., 1887, Torino.
- Cinelli, *Reintegrazione o indennità: una scelta del lavoratore*, DPL, 1991, pag. 8 ss.
- Colosimo, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di*

*licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, DRI, 2012, pag. 1024 ss.

- Consolo-Rizzardo, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, CG, 2012, pag. 729 ss.
- Corrado, *Limiti al licenziamento ed al potere di esercitarlo*, in *Dir. Econ.*, 1955, n.7.
- Crisafulli, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, RGL, 1951, I, pag. 169 ss.
- Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952.
- D'Amelio, *Per un progetto di legge sul contratto di lavoro*, RDComm., 1907, I pag. 243.
- D'Antona, *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, FI, 1990, V, c. 356.
- D'antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro, art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, Cedam, Padova, 1979.
- D'Antona, *Legge 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali*, a cura di De Luca Tamajo e D'Antona, Commentario in *Le nuove leggi civili commentate*, 1991.
- D'Avossa, *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro*, Milano, 1989.
- De Angelis, *Considerazioni sul diritto al lavoro e sulla sua tutela*, RGL, 1973, I.
- De Angelis, *La giurisprudenza sulla reintegrazione del lavoratore al primo impatto con la L. n.108/1990*, FI, 1990, c 2272.
- De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, RIDL, 2012, II, pag. 1064 ss.

- De Luca Tamajo, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, ADL, 2015, pag. 269 ss.
- De Luca, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona” It – 251/2015.
- De Luca, *Fatto materiale e fatto giuridico nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime della prima sentenza in materia della Corte di Cassazione*, ADL, 2014, pag. 1279 ss.
- De Luca, *La disciplina dei licenziamenti tra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. It – 175/2013.
- De Luca, *Nuova disciplina in tema di licenziamenti individuali: note minime in tema di tutela forte*, DL, 1993, I, 529.
- De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese. Riflessioni su un compromesso necessario*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. It – 164/2012.
- De Michiel, *Licenziamento disciplinare e insussistenza del fatto nella giurisprudenza di legittimità*, ADL, 2016, pag. 88 ss.
- Del Conte, *Il potere disciplinare*, in Trattato di diritto del lavoro diretto da M. Persiani e F. Carinci – Vol. quarto, *Contratto di lavoro e organizzazione* – Tomo primo, *Contratto e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, pag. 805.

- Del Punta, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, RIDL, 2015, II, pag. 32 ss.
- Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli Editore, Milano, 2014, pag. 13 ss.
- Del Punta, *Riflessioni sulla Carta di Nizza*, DRI, 2001, pag. 335 ss.
- Dell'Olio, *La nuova disciplina e il risarcimento del danno da licenziamento illegittimo: considerazioni generali*, DL, 1991, I, pag. 203 ss.
- Dell'Olio, *Licenziamento, reintegrazione, retribuzione, risarcimento*, MGL, 1979, pag. 504 ss.
- Denozza, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il successo di una tanto debole teoria ?*, RDC, 2013, pag. 48.
- Fanfani, *Il risarcimento del danno per i licenziamenti invalidi*, RDL, 1971, I.
- Fantetti, *La stabilità relativa del posto di lavoro (Il giustificato motivo nella disciplina sindacale e legislativa dei licenziamenti individuali)*, RDL 1968.
- Ferrante, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 32ss.
- Ferrante, in *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, a cura di Sandro Mainardi, Cap. I, *Fondamento e natura del potere disciplinare*, pag. 7 ss.
- Ferrante, *La Cassazione si pronunzia per la prima volta sull'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori riformato: trovato il bandolo della matassa ?*, DRI, 2015, pag. 229 ss.

- Ferraresi, *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, DRI, 2013, pag. 329 ss.
- Fiorillo, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 33 ss.
- Fiorillo, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, pag. 117 ss.
- Flammia, *I licenziamenti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Scognamiglio (a cura di), Franco Angeli editore, Milano, 1979, pag. 225 ss.
- Focareta, *L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra tendenze espansive e problemi irrisolti*, QDLRI, 1989.
- Foglia, *L'«opzione» economica del lavoratore reintegrato*, DL, 1991, I, pag. 14 ss.
- Fontana, *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, RIDL, 2014, I, pag. 273 ss.
- Frediani, *Note sull'effettività della reintegra nel posto di lavoro*, RGL, 1978, I, pag. 73 ss.
- Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012 n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012.



- Galgano, in *Diritto Commerciale. Parte prima. L'imprenditore*, seconda ed., Zanichelli, Bologna, 1986.
- Garilli, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 39 ss.
- Garofalo, *Commento all'art. 18*, in G. Giugni (diretto da), *Lo statuto dei lavoratori. Commentario*. Giuffrè, Milano, 1979, pag. 250 ss.
- Garofalo, *Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, RTDPC, 1975, pag. 628 ss.
- Garofalo, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, RGL, 1990.
- Ghera, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 41 ss.
- Ghera, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 41 ss.
- Ghera, *La tutela del provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro*, Atti della tavola rotonda di Sassari, 13 giugno 1981, Giuffrè, Milano, 1983.
- Ghera, *Le finalità della riforma del mercato del lavoro Monti-Fornero*, Pasquale Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92, 2012, Cacucci Editore, Bari, pag. 21 ss..
- Ghera, *Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento*, LD, 1992, pag. 464 ss.
- Ghezzi, *I licenziamenti dalla penale alla reintegra dei lavoratori*, in *Pol. Diritto*, 1971.
- Ghezzi, *Il concetto di giusta causa nell'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza*, in *Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali*, Atti del seminario dell'Istituto di diritto

*del lavoro dell'Università di Firenze*, Giuffrè, Milano, 1967.

- Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965 pag. 163.
- Ghezzi, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: analisi e prospettiva di soluzione*, PD, 1991, pag. 206 ss.
- Ghezzi, *Sul rapporto tra <<riassunzione>> e prestazione patrimoniale nella disciplina legislativa dei licenziamenti individuali (A proposito del rifiuto opposto dal lavoratore alla proposta di <<riassunzione>>)*, RDL, 1968, I, pag. 262 ss.
- Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. It – 246/2015.
- Giugni, *Iniziativa legislativa ed esperienza sindacale in materia di licenziamenti*, RGL, marzo-aprile, 1966, pag. 129 ss.
- Giugni, *Problemi di applicazione della disciplina interconfederale dei licenziamenti nell’industria*, MGL 1958.
- Giugni, *Verso il tramonto del recesso ad nutum dell’imprenditore. La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell’industria*, RDL, 1953.
- Giugni-Grandi, *La procedura per i licenziamenti individuali negli accordi interconfederali e l’arbitrato nelle controversie sui licenziamenti*, in *Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali*, Atti del seminario dell’Istituto di diritto del lavoro dell’Università di Firenze, Milano, 1967.
- Gragnoli, *Considerazioni sul licenziamento disposto per eventi estranei al rapporto di lavoro*, RIDL, 1993, II, pag. 364 ss.

- Gragnoli, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 42.
- Grandi, *Il campo di applicazione della nuova disciplina del licenziamento*, LD, 1991, pag. 15 ss.
- Grandi, *La risoluzione delle controversie in materia di licenziamenti individuali*, RDL, 1967, I.
- Grandi, *Licenziamento e reintegrazione, riflessioni storico-critiche*, RIDL, 2003, I, pag. 3 ss.
- Grandi-Pera, *Commentario breve allo Statuto dei Lavoratori*, Cedam, Padova, 1985, pag. 70.
- Grassetti, *Intervento*, in Atti del convegno su “*La tutela della libertà dei rapporti di lavoro*” (Atti del convegno di Torino, 20-21 novembre 1954), Giuffrè, Milano, 1955.
- Grassetti, *Lo statuto dei lavoratori e i limiti al potere di recesso da parte del datore di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1967, I.
- Greco, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, VII, 3, Torino, 1939.
- Guerra, *Il contratto collettivo*, DLRI, 2008, pag. 669 ss.
- Ianniruberto, *I licenziamenti individuali dopo la legge 20 maggio 1970 n. 300*, RGL, 1970, I, pag. 410 ss.
- Ichino, *Il contratto di lavoro*, Vol. III, Giuffrè 2003, Cap. XV, par. 476.
- Ichino, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti. Note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni suoi precedenti*, in *Diritto del lavoro e Corte Costituzionale*, R. Scognamiglio (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pag. 129 ss.

- Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Convegno del centro nazionale Studi di diritto del lavoro <<Domenico Napoletano>>, Pescara 11 maggio 2012, <http://Icsdle.lex.unict.it/docs/generic/II-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-diritto-del-lavoro>.
- Lama, *L'irrilevanza disciplinare del fatto posto a base del recesso comporta la reintegrazione ex art. 18, comma 4, l. 20 maggio 1970, n. 300*, nota a Trib. Milano, 7 novembre 2013, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com).
- Lambertucci-Del Vecchio, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 42 ss.
- Lassandari, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 44 ss.
- Laurent, *Principi di diritto civile*, Società editrice libraria, Milano, 1900.
- Lega, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Milano, 1956.
- Liso, *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti*, RIDL, 2002, I, pag. 169.
- Liso, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 46 ss.
- Liso, *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, RTDPC, 1972, pag. 1068 ss.
- Magnani, *Il giudice e la legge*, RIDL, 2013, I, pag. 779 ss.
- Mainardi, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, UTET Giuridica, Torino, 2012, pag. 13.
- Mainardi, in *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Il codice civile – Commentario fondato*

da P. Schlesinger, diretto da F. Busnelli, Milano, 2002.

- Mancini, Commento all'art. 18 in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Commentario al Codice civile. Titoli I e II. (Artt. 14-18)*. A cura di Scialoja-Branca, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1981.
- Mancini, *Il nuovo regime del licenziamento*, in AA.VV., *L'applicazione dello statuto dei lavoratori. Tendenze ed orientamenti*, Atti del Convegno di Milano 19-21 ottobre 1972, Giuffrè, Milano, 1973.
- Mancini, *Il progetto di legge sulla <<giusta causa>> e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato*, RGL, 1966, marzo-aprile, pag. 111 ss.
- Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Giuffrè Milano, 1962.
- Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Vol. II, *Il recesso straordinario. Il negozio di recesso*, Giuffrè, Milano, 1965.
- Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957.
- Mancini, *Prime osservazioni sul recesso straordinario*, RTDPC, 1969.
- Mancini, *Sub art. 4*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, pag. 240 ss.
- Mandrioli, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, RDP, 1975, pag. 9 ss.
- Mandrioli, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, RTDPC, 1976, pag. 1342 ss.

- Mandrioli, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Novissimo Dig. It.*, VI, Torino, 1960, pag. 764 ss.
- Mannacio, *La coercibilità dell'ordine di reintegrazione: principi giuridici ed istanze etiche in due sentenze della Cassazione*, MGL, 1988.
- Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema di decreto)*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. It – 236/2015.
- Marazza, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag.53 ss.
- Marazza, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, ADL, 2012, pag.621 ss.
- Marcianò, *Fatti contestati e formule assolutorie. Le ambigue soluzioni legislative in materia di licenziamento e le previsioni correlate del codice di procedura penale*, LG, 2013, pag. 445 ss.
- Maresca, *Il licenziamento ingiustificato: dalla reintegrazione alle tutele economiche crescenti*, in *La politica del lavoro del Governo Renzi - Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, (a cura di) Franco Carinci, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 40, pag. 558 ss.
- Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei lavoratori*, RIDL, 2012, I, pag. 415 ss.
- Mariucci, *E’ proprio un very bad text? Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, LD, 2012, pag. 427 ss.
- Martellino, *Coercibilità dell’obbligo di reintegrazione nel posto di lavoro*, GM, 1988, I.
- Martelloni, *La reintegrazione è applicabile anche in caso di norme pattizie elastiche sui fatti punibili con*

*sanzione conservativa*, nota a App. Roma, 7 maggio 2014, [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com).

- Martelloni, *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e jobs act*, RIDL, 2015, II, pag. 39 ss.
- Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, in Biblioteca di diritto privato diretta da P. Rescigno, Jovene, Napoli, 1978.
- Mazziotti di Celso, *Sul concetto e sulla natura del giustificato motivo e della giusta causa di licenziamento*, Dir. Lav., 1966, I.
- Mazziotti di Celso, *Sulla natura dei limiti obiettivi al licenziamento*, Dir. Lav., 1967, I.
- Mazziotti, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990*, n. 108, UTET, Torino, 1991.
- Mazzoni, *Dalla legge 604 del 1966 alla legge n. 300 del 1970*, in *I licenziamenti individuali e la reintegrazione nel posto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1972.
- Mazzotta, *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, RIDL, 2016, II, pag. 102 ss.
- Mazzotta, *I licenziamenti*, Commentario, Giuffrè, Milano, 1992.
- Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. It – 159/2012, pag. 14.
- Mazzotta, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, RIDL, 2013, pag. 235 ss.
- Mengoni, *Due anni di applicazione dello statuto dei lavoratori*, MGL, VI serie, 1972.

- Mengoni, *L'evoluzione del pensiero di Ludovico Barassi dalla prima alla seconda edizione del contratto di lavoro*, RIDL, 2001, I, pag. 209 ss.
- Mengoni, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, in AA.VV. *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri Ceca*, Servizio Pubblicazioni delle Comunità europee, Lussemburgo, 1958.
- Mengoni, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei lavoratori*, in *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori* a cura di G. Pera, Franco Angeli Editore, Milano, 1973.
- Miani-Canevari, RGL, 1978, II, pag. 881.
- Miscione, *Eseguibilità in forma coattiva della reintegrazione e competenza del giudice cautelare*, LG, 2006, pag. 993 ss.
- Miscione, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d. lg 29/1993 ai d.l. nn. 396/1997, 80/1988 e 387/1998. Commentario*, diretto da Carinci e D'Antona, II, Milano, 2000, pag. 1665.
- Montessori "Il progetto di legge sul contratto d'impiego privato", in RDComm., 1916, I.
- Montessori, *L'indennità per il licenziamento intempestivo nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato*, RDComm., 1912, II, pag. 979 ss.
- Montuschi, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1973.
- Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in Dir. Lav. 1954, I.
- Mortati, in *Intervento*, in *Atti del convegno sulla tutela della libertà nei rapporti di lavoro*, Torino 21 novembre 1954, Giuffrè, Milano 1955.



- Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori alla stregua della nuova disciplina legislativa*, UTET, Torino, 1966.
- Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori alla stregua della nuova disciplina legislativa (legge 15 luglio 1966 n. 604)*, UTET, Torino, 1966, pag. 35.
- Napoli, *Evoluzione e involuzione del diritto del lavoro*, RGL, 1967, I.
- Napoli, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di licenziamenti*, in Aa. Vv., *L'apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, pag. 207 ss.
- Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli Editore, Milano, 1980.
- Natoli, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, RGL, 1951.
- Natoli, *L'art. 2118 cod. civ. e il problema della <<giusta causa>> di licenziamento*, RGL, marzo-aprile, 1966.
- Natoli, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955.
- Natoli, *Luci ed ombre nel disegno di legge n. 738 sui diritti dei lavoratori*, 1969, RGL, I, pag. 317 ss.
- Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel D. Lgs. n. 23 del 2015*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti*, collana *I quaderni di Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2015, n. 14, pag. 33 ss.

- Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, DLRI, 2007, pag. 593 ss.
- Novara, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Milano, 1961, pag. 104 ss.
- Occhino, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 58 ss.
- Occhino, *Le tutele versus il licenziamento illegittimo: una rassegna sulla giurisprudenza più recente dopo la novella dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, DRI, 2014, pag. 764 ss.
- Offeddu, *La legge sui licenziamenti individuali e il suo campo di applicazione*, RDL, 1968, I, pag. 419 ss.
- Orlandini, *Il licenziamento individuale nell'Unione Europea*, RCDP, 2012, pag. 25 ss.
- Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, DLRI, 2012, pag. 619 ss.
- Ortis, *Il fatto e la sua qualificazione: dalla querelle della riforma Fornero ai nodi irrisolti del Jobs Act*, RIDL, 2016, pag. 145 ss.
- Pacchiana Parravicini, *Il nuovo art. 18 St. Lav.: problemi sostanziali e processuali*, MGL, 2012, pag. 748 ss.
- Palla, *Lesione del vincolo fiduciario e risoluzione del rapporto di lavoro per fatti extra-lavorativi*, RIDL, 1997, II, pag. 697 ss.
- Palladini, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, RIDL, 2012, I, pag. 653 ss.

- Papaleoni, *Esperibilità, contenuto e limiti dell'inibitoria avverso la sentenza di cui all'art. 18, legge 20 maggio 1970 n. 300*, MGL, 1971.
- Papaleoni, *La più recente fase di evoluzione della normativa dei licenziamenti: la legge 11 marzo 1990 n. 108*, DL, 1990, pag. 267 ss.
- Passalacqua, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 63 ss.
- Pedrazzoli, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, RTDPC, 1972, pag. 1062 ss.
- Pedrazzoli, *Struttura dei rimedi al licenziamento illegittimo*, LD, 1988, pag. 79 ss.
- Pelusi, *L'irrilevanza giuridica del fatto contestato equivale alla sua insussistenza materiale: un monito per il legislatore del Jobs Act?*, DRI, 2015, pag. 1128 ss.
- Pennisi-Raffaelli, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 65 ss.
- Pennuto, *L'insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare dopo la Legge Fornero*, LG, 2013, pag. 454 ss.
- Pera, <<Riassunzione>> e penale nella legge sui licenziamenti individuali, 1968, ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, vol. I, Diritto del lavoro, pag. 225 ss., Giuffrè, Milano 2007.
- Pera, *Assunzioni obbligatorie e contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965.
- Pera, *Interrogativi sullo statuto dei lavoratori*, LD, 1970, I, pag. 188 ss. e ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, vol. II, Diritto sindacale, pag. 1315 ss., Giuffrè, Milano, 2007.

- Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980.
- Pera, *La formazione extra-legislativa del diritto del lavoro e la disciplina dei licenziamenti nell'esperienza contrattuale dell'industria italiana (1950-1964)*, in RTDPC, 1968, pag. 1081 ss.
- Pera, *La legislazione italiana sul licenziamento <<individuale>>*, in Riv. Dir. int. Comp. Lav., 1967.
- Pera, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, RIDL, 1990, I.
- Pera, *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari e di licenziamento secondo lo statuto dei lavoratori*, in RTDPC, 1971, pag. 1288 ss.
- Pera, *Lezioni di diritto del lavoro*, Roma, 1970, pag. 309.
- Pera, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del licenziamento individuale*, in Quad. Sc. Soc., 1966, n. 6.
- Pera, *Sul diritto del lavoratore a lavorare*, RIDL, 1991, II, pag. 388 ss.
- Peretti Griva, *Nuovo digesto italiano*, voce Impiego Privato, n.9 lett. d) ed e).
- Pergolesi, *Il contratto d'impiego privato nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Toscana, 1928.
- Perrino, *Il principio di proporzionalità della sanzione disciplinare e la recidiva*, in Mainardi – *Il potere disciplinare del datore di lavoro* – UTET Giuridica, Torino, 2012.
- Perrone, *Il sistema del licenziamento nella preposizione*, in *La scienza del diritto privato*, II, 1894.

- Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, ADL, 2013, pag. 1 ss.
- Persiani, *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo: limiti al potere del datore di lavoro e articolazione delle tutele*, in *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti. Seminario in onore di Michele De Luca*, 2014, collana *I quaderni di Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 12, pag. 11 ss.
- Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, II, Cedam, Padova, 1971.
- Persiani, *Preliminari al potere disciplinare*, in *Trattato di diritto del lavoro diretto da M. Persiani e F. Carinci – Vol. quarto, Contratto di lavoro e organizzazione – Tomo primo, Contratto e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, pag. 800 ss.
- Perulli, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice sui licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, RGL, pag. 564 ss.
- Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav.: ratio ed aporie dei concetti normativi*, ADL, 2012, pag. 791 ss.
- Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, pag. 30 ss.
- Perulli, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, RIDL, 2015, I, pag. 83 ss.

- Perulli, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, RIDL, 2015, I, pag. 413 ss.
- Pessi-Fabozzi, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 70 ss.
- Petraccone, *Contratto d'impiego privato e di lavoro. Appunti di dottrina e note di giurisprudenza*, Editore Marsano, Genova, 1932.
- Piccinini, *Il licenziamento per giusta causa*, in *I licenziamenti individuali e collettivi*, Pellacani (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013.
- Piccinini, *Licenziamento disciplinare: il fatto materiale tra legge Fornero e Jobs Act*, LG, 2016, pag. 339, ss.
- Piccinini, *Sulla misura dell'indennità ex art. 1, l. 108/1990: aliunde perceptum e percipiendum, danni ulteriori, ingiustificato arricchimento*, DL, 1991, pag. 280 ss.
- Pisani, “*Tardività-ingiustificatezza*” e “*tardività-vizio procedimentale*” del licenziamento disciplinare e relative sanzioni, MGL, 2014, pag. 289 ss.
- Pisani, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, ADL, 2015, pag. 97 ss.
- Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in AA. VV. *Jobs Act e licenziamenti*, Giappichelli, Torino, 2015, pag. 36 ss.
- Pisani, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 71 ss.
- Pisani, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, MGL, 2012, pag. 741 ss.

- Pisani, *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, ADL, 2013, p. 264 ss.
- Pisani, *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, Milano, 2004.
- Pisani, *Licenziamento e sanzioni per fatti privati dei dipendenti: profili procedurali e sostanziali*, ADL, 2005, pag. 277 ss.
- Pisani, *Sul principio di tempestività del licenziamento disciplinare*, MGL, 2008, pag. 148 ss.
- Prosperetti, *Profili dell'invalidità del licenziamento*, in MGL, 1972.
- Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna*, RTDPC, 1978.
- Proto Pisani, *Aspetti processuali della reintegrazione nel posto di lavoro*, FI, 1982, V, pag. 117.
- Proto Pisani, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, FI, 1990, V, c. 364.
- Proto Pisani, *Osservazioni sull'attuazione della condanna del datore di lavoro a reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato*, FI, 1978, I, 1486.
- Redenti, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, RDCComm., 1905, I, pag. 356 ss.
- Redenti, *Massimario delle giurisprudenza dei Probiviri*, a cura del Ministero d'Agricoltura, Industria e Commercio, Roma, 1906.
- Renna, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione*, Cacucci, Bari, 1984.
- Rescigno, *L'abuso del diritto*, RDC, 1965, I, pag. 205 ss.

- Ricchezza, *Il decreto legislativo n. 23/2015: ambito di operatività e licenziamento per giusta causa*, DRI, 4, 2015, pag. 1008 ss.
- Riva Sanseverino, *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro V del lavoro (artt. 2060-2134), Bologna-Roma, 1958, pag. 318.
- Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1982.
- Riva Sanseverino, *Il campo di applicazione della legge 15 luglio 1966 n. 604, sui licenziamenti individuali*, in *Quad. Sc. Soc.*, 1967.
- Riva Sanseverino, *Il campo di applicazione della legge 15 luglio 1966 n. 604, sui licenziamenti individuali*, in *Quad. Sc. Soc.*, 1967.
- Riva Sanseverino, in *Il lavoro nell'impresa*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, XI,1, Torino, 1960, pag. 287.
- Riva Sanseverino, *La nuova disciplina sindacale dei licenziamenti nell'industria*, in *Quad. Sc. Soc.*, 1965.
- Roverso, *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, RIDL, 2013, I, pag. 961 ss.;
- Roverso, *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd Jobs Act*, *Questione giustizia*, 3/2015, [http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2015-3\\_03.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2015-3_03.pdf)
- Roccella, *Il tramonto del recesso ad nutum e la nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *QDLRI*, 1990, pag. 26.
- Romagnoli, *Commento all'art. 18* in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Commentario al Codice civile*.



*Titoli I e II. (Artt. 14-18).* A cura di Scialoja-Branca, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1981.

- Romagnoli, *L'irresistibile ascesa della licenza di licenziare*,  
<http://www.eguaglianzaeliberta.it/articolo.asp?id=1825>.
- Romagnoli, *La tutela contro i licenziamenti, un passo avanti e due indietro ?*, RTDPC, 1990, pag. 1217 ss.
- Romagnoli, *Piccole imprese e grandi traumi*, in LD, 1990.
- Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla ?*, RIDL, 2012, II, pag. 1072 ss.
- Ruggeri, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Giuffrè, Milano, 1988.
- Sambati, *La qualificazione del "fatto" nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del "dialogo" aperto dal legislatore delegato*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, pag. 169 ss.
- Sandulli - Vallebona - Pisani, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Cedam, Padova, 1990.
- Sandulli, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da Ubaldo Prosperetti, Tomo primo, articoli 1-18, Giuffrè, Milano, 1975.
- Santini, *I licenziamenti per motivi soggettivi dopo la legge n. 92/2012: prime applicazioni giurisprudenziali*, DRI, 2013, pag. 1005 ss.

- Santoro Passarelli F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1946.
- Santoro Passarelli F., *Spirito del diritto del lavoro*, in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961.
- Santoro Passarelli F., voce *Giusta causa*, in NNDI, VII, 1961.
- Santoro Passarelli G., *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, ADL, 2013, pag. 232 ss.
- Saracini, *Appunti sul recesso per giusta causa*, in RGL, 1952, pag. 184.
- Scarpelli, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 82 ss.
- Scarpelli, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d. lgs. n. 23/2015*, WP, CSDLE "Massimo D'Antona". It – 252/2015.
- Scognamiglio C., in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 84 ss.
- Scognamiglio R., *Il lavoro nella costituzione italiana*, in AA. VV., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli Editore, Milano, 1978.
- Scognamiglio R., *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Scognamiglio R. (a cura di), Franco Angeli Editore, Milano, 1978.
- Scognamiglio R., *La disciplina del risarcimento del danno nel disposto dell'art.18 della legge n. 300/70 (a proposito di due recenti pronunzie della Cassazione a Sezioni Unite)*, MGL, 1985.

- Scognamiglio R., *Licenziamento illegittimo e risarcimento del danno*, MGL, 1990 pag. 120 ss.
- Senato della Repubblica (a cura di), *Lo statuto dei lavoratori. Progetti di legge e discussioni parlamentari*, Roma, 1974.
- Sermonti, *Sul licenziamento ad nutum e sui suoi limiti*, Dir. Lav., 1955, I.
- Smuraglia, *Gli aspetti giuridici della giusta causa nei licenziamenti*, RGL, 1966, I.
- Smuraglia, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli, Milano 1958.
- Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967.
- Sordi, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in *La riforma del lavoro*, a cura di L. Di Paola, Giuffrè, Milano, 2013.
- Spagnuolo Vigorita, *Il potere disciplinare dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, in *Il Diritto del Lavoro* diretto da A. Miglioranzi, Vol. XLV, 1971, p. 266 ss.).
- Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, RIDL, 2016, I, pag. 111 ss.
- Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law & economics e vincoli costituzionali*, WP, CSDLE "Massimo D'Antona" It. – 259/2015.
- Speciale, *Il licenziamento disciplinare*, DLRI, 2014, pag. 363 ss.
- Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, WP, CSDLE "Massimo D'Antona" It – 190/2013.

- Speziale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, RIDL, 2012, I, pag. 521 ss.
- Speziale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *La politica del lavoro del Governo Renzi - Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, (a cura di) Franco Carinci, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 40, pag. 5 ss.
- Tarello, *In margine ad una ricerca empirica*, in RTDPC, 1968, pag. 1095 ss.
- Tartufari, nota a Cass. Firenze, 29 dicembre 1872, in *FI*, 1893, c. 1171 ss.
- Taruffo, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro*, RTDPC, 1976, pag. 789 ss.
- Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padova, 2012.
- Tosi, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 88 ss.
- Tosi, *L'improbabile equilibrio tra la flessibilità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, ADL, 2012, pag. 803 ss.
- Tosi, *L'indennità "in sostituzione della reintegrazione" tra diritto speciale e diritto comune delle obbligazioni*, ADL, 2006, pag. 421 ss.
- Tosi-Lunardon, *Lavoro (contratto di)* in Dig. disc. priv. sez. comm. VIII, Giappichelli, Torino, 1992, pag. 161.
- Tozzoli, *Il licenziamento nelle fonti internazionali e comunitarie*, QDLRI, 2002, pag. 171 ss.

- Tremolada, *Il licenziamento disciplinare*, Padova, Cedam, 1993.
- Tremolada, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo e giusta causa*, in Carlo Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, pag. 107 ss.
- Tremolada, *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice*, in M. Miscione, D. Garofalo (a cura di), *Il collegato lavoro 2010*, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 174 ss.
- Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, WP, CSDLE “Massimo D’Antona”. It – 155/2012.
- Treu, *Statuto dei lavoratori: primo bilancio*, in *Prospettiva sindacale*, 1972.
- Trioni, *Contributo all’esegesi della legge 15 luglio 1966 n. 604*, in RGL, 1967, I, pag. 115 ss.
- Tullini, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, Milano, 1994.
- Tullini, *Il contrappunto delle riforme nella disciplina dei licenziamenti individuali*, ADL, 2015, pag. 789 ss.
- Tullini, *Il licenziamento in tronco, la fiducia e i c.d. fatti extra-lavorativi*, RIDL, 1999, II, pag. 147 ss.
- Tullini, *La decisione del giudice tra allegazioni e onere della prova. Questioni aperte dopo la riforma dell’art. 18 dello statuto dei lavoratori*, LD, 2014, pag. 435 ss.
- Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, RIDL, 2013, I, pag. 147 ss.
- Tullini, *Su una nozione “allargata” di fedeltà*, RIDL, 1988, II, pag. 992.

- Tursi, *Il nuovo art. 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile ?*, DRI, 2012, pag. 1133 ss.
- Tursi, *Il nuovo articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori: una riforma da metabolizzare culturalmente, prima che da interpretare*, in R. Zucaro e M. Ferraresi (a cura di), *I licenziamenti a un anno dalla Riforma Fornero*, in Boll. Spec. ADAPT, 2013.
- Tursi, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 93 ss.
- Tursi, *L'articolo 18 e il "contratto a tutele crescenti"*, DRI, 2014, pag. 923 ss.
- Valente, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 96 ss.
- Vallebona, *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto*, MGL, 2014, pag. 874 ss.
- Vallebona, *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto*, MGL, 2014, pag. 874 ss.
- Vallebona, *Fatto e qualificazione del fatto: una distinzione elementare indigesta*, MGL, 2012, pag. 950 ss.
- Vallebona, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, DRI, 2012, pag. 621 ss.
- Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli Editore, Torino, 2012.
- Vidiri, *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e (non poche) ombre*, ADL, 2015, pag. 353 ss.

- Vidiri, *L'interpretazione del contratto collettivo nel pubblico e nel privato*, RIDL, 2003, I, pag. 88 ss.
- Vidiri, *La riforma Fornero: la incertezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, RIDL, 2012, I, pag. 620 ss.
- Vincenzi, *E' costituzionalmente legittimo l'art. 2118 Cod. Civ. ?*, Rass. Giur. Lav. 1964, II.
- Zangari in *Giusta causa e giustificato motivo nella nuova disciplina del licenziamento individuale*, in RDL, 1967, I.
- Zangari, *Licenziamento*, voce *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1974.
- Zilio Grandi, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 97 ss.
- Zoli-Bolego, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro n. 1/2012*, pag. 99 ss.
- Zoppoli, *I rapporti interordinamentali in una prospettiva orientata alla tutela dei diritti sociali ed europei*, in B. Caruso e M. Militello (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, WP, CSDLE "Massimo D'Antona", Collective volumes, 1/2011, pag. 70 ss.
- Zoppoli, *La fiducia nei rapporti di lavoro*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro, I nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, I, Cedam, Padova, 2005, pag. 837 ss.
- Zoppoli, *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, WP, CSDLE "Massimo D'Antona". It – 260/2015.