



UNIVERSITÁ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Corso di Laurea in Consulente del Lavoro

TESI DI LAUREA

Il licenziamento disciplinare e il giudizio di proporzionalità

Relatrice:
Prof.ssa Elena Pasqualetto

Laureanda: Michelle Tonin
Matricola n. 2013117

A.A. 2022/2023

INDICE

Introduzione generale.....	6
CAPITOLO I – L’evoluzione della disciplina in materia di licenziamento per ragioni soggettive.....	11
1.1. Quadro storico.....	11
1.2. Licenziamento per giusta causa.....	15
1.3. Licenziamento per giustificato motivo soggettivo.....	17
1.4. Le tipizzazioni dei contratti collettivi della giusta causa e del giustificato motivo di licenziamento.....	21
CAPITOLO II – Il licenziamento disciplinare.....	23
2.1. Il potere disciplinare.....	23
2.2. Il codice disciplinare e il procedimento ex art. 7 St. Lav.	26
2.3. Il principio di proporzionalità ex art. 2106 c.c.	31
2.4. L’istituto del licenziamento disciplinare.....	35
CAPITOLO III – Il giudizio di proporzionalità e le questioni aperte.....	37
3.1. Regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo alla luce della Legge n. 92/2012.....	37
3.2. Regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo alla luce del D. Lgs. n. 23/2015.....	45
3.3. Insussistenza del fatto (materiale e giuridico)	49
3.4. Tipizzazione delle condotte di rilievo disciplinare: le problematiche connesse ai commi 4 e 5 dell’art. 18 St. lav.	52
3.5. I mutamenti di orientamento della Cassazione e la valutazione del giudice della proporzionalità del licenziamento.....	53
3.6. La valutazione della proporzionalità nel regime del D. Lgs. n. 23/2015.....	57
Bibliografia.....	61
Giurisprudenza e normativa.....	64

INTRODUZIONE

Il presente elaborato si occupa di analizzare il tema del “licenziamento disciplinare”, che è la sanzione massima che il datore di lavoro può irrogare ai propri dipendenti come conseguenza della loro violazione ai doveri di diligenza, di fedeltà e in generale di tutti gli obblighi contrattuali derivanti dal rapporto di lavoro.

La ricerca riserva una particolare attenzione al giudizio della proporzionalità, effettuato prima dal datore di lavoro e poi dal Giudice, tra l’infrazione contestata al lavoratore e la sanzione intimatagli, alla luce delle riforme che si sono susseguite nel tempo in materia di conseguenze sanzionatorie per il licenziamento illegittimo: la riforma Fornero e, successivamente, il Jobs Act, con il c.d. contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.

L’elaborato si compone di tre capitoli.

Nel primo capitolo viene proposto un quadro generale della disciplina sul licenziamento per ragioni soggettive, partendo da una sintetica disamina dell’evoluzione della normativa in materia di licenziamento individuale: si passa da una normativa caratterizzata dall’assenza di tutele per il lavoratore, in cui veniva addirittura vietata la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, ad una normativa che riconosce la possibilità di recedere liberamente dal rapporto dando semplicemente il preavviso; ed infine, all’introduzione dell’importantissima Legge 15 luglio 1966, n. 604, la quale ha sancito il principio della necessaria giustificazione del licenziamento che deve, per l’appunto, essere sorretto da giusta causa o giustificato motivo. A distanza di pochi anni, nel 1970, con la Legge 20 maggio n. 300 (il c.d. Statuto dei Lavoratori), all’art. 18 viene introdotta la tutela reale verso il licenziamento ingiustificato, nullo o inefficace.

Una grande novità si è avuta con la Legge 28 giugno 2012, n. 92, ossia con la riforma Fornero, la quale ha modificato l'art. 18 St. Lav. e sono state diversificate le tutele a seconda dei vizi che colpiscono il licenziamento, con la chiara intenzione di ridurre gli spazi di applicazione della tutela reintegratoria.

È entrato poi in vigore il D. Lgs. n.23/2015, il quale ha riscritto le regole sui regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo, ma solamente per i lavoratori assunti dal 7 marzo 2015. Il legislatore ha ridotto ulteriormente le ipotesi di applicazione della tutela reintegratoria, considerata ormai un'eccezione.

Il secondo capitolo si occupa specificatamente dell'istituto del licenziamento disciplinare, ormai pacificamente considerato una sanzione disciplinare (e quindi da irrogare al termine del procedimento disciplinare) a seguito dell'affermarsi della concezione c.d. ontologica.

Inizialmente viene analizzato il fondamento dell'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro, che è strettamente collegato al potere direttivo ed organizzativo. Esso consiste nella facoltà di punire i lavoratori che non rispettano le regole e, quindi, di irrogare le sanzioni.

Ho posto poi la mia attenzione sul procedimento disciplinare, ossia quell'*iter* che deve essere necessariamente rispettato affinché il datore possa legittimamente irrogare una sanzione disciplinare, facendo particolare riferimento all'obbligo di predisposizione e pubblicazione del c.d. codice disciplinare.

Infine, nel terzo capitolo, ho esaminato i regimi sanzionatori avverso i licenziamenti illegittimi alla luce delle due riforme del 2012 e del 2015, soffermandomi sui radicali cambiamenti introdotti, in particolar modo a sfavore dei lavoratori, in quanto le ipotesi di reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo sono state notevolmente ridotte con l'obiettivo, da un lato, di garantire la flessibilità in uscita del

rapporto di lavoro, rafforzando così le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione; e, dall'altro lato, di rendere certi i "costi" del licenziamento per i datori di lavoro.

Una questione fondamentale su cui mi sono soffermata riguarda il tema delle tipizzazioni delle condotte punibili con una sanzione conservativa effettuate dai contratti collettivi ovvero dai codici disciplinari applicabili in azienda (ipotesi prevista al comma 4 dell'art. 18 St. Lav., mentre non più contemplata all'art. 3, comma 2, D. Lgs. n.23/2015). Ai fini dell'applicazione della tutela reintegratoria (prevista al quarto comma dell'art. 18 St. Lav.) in luogo di quella meramente indennitaria (prevista al quinto comma) è, infatti, di centrale importanza comprendere se le condotte passibili di sanzione conservativa debbano essere dettagliatamente tipizzate dal contratto collettivo, oppure sia sufficiente che la condotta contestata al lavoratore sia descritta dal contratto collettivo attraverso una formula generale ed elastica. In merito ho poi proceduto alla disamina dei mutamenti di orientamento attuati dalla Cassazione.

Ho poi approfondito il problema del giudizio di proporzionalità, presupposto essenziale per l'esercizio del potere disciplinare da parte del datore. Egli, infatti, nell'irrogare la sanzione deve rispettare la regola sancita all'art. 2106 c.c., per cui la sanzione deve essere proporzionata alla gravità del fatto contestato al lavoratore. Tale giudizio gioca un ruolo fondamentale nella valutazione del Giudice nel momento in cui esso viene chiamato a stabilire la legittimità o meno dell'adozione della sanzione disciplinare espulsiva da parte del datore in luogo della sanzione conservativa.

Come è stato illustrato, prima della riforma Fornero, il Giudice ricopriva un ruolo fondamentale: era, infatti, chiamato ad effettuare una valutazione sulla proporzionalità tra

il fatto contestato al lavoratore e la sanzione intimatagli, al fine di stabilire la legittimità o meno della sanzione irrogata al lavoratore.

Con l'avvento della riforma Fornero, ma ancor di più con il Jobs Act, ai fini della reintegra, è stato ridotto lo spazio per una valutazione sulla proporzionalità della sanzione.

Sono poi sorti dubbi interpretativi sulla locuzione di “*fatto contestato*” richiamato prima all'art. 18 St. Lav. e, successivamente all'art. 3 D. Lgs. n.23/2015 con l'aggiunta dell'aggettivo “*materiale*”, che hanno visto contrapporsi da un lato i sostenitori del fatto “materiale”, e dall'altro i sostenitori del fatto “giuridico”.

In base alla teoria del fatto giuridico, il Giudice sarebbe chiamato a valutare il fatto contestato al lavoratore sia sotto il profilo oggettivo sia soggettivo (ossia se il fatto materialmente sussiste e se questo abbia rilevanza disciplinare) e, in mancanza di quest'ultimo, potrebbe giungere a dichiarare insussistente il fatto e condannare, così, il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore. Tra i due orientamenti è più seguito quello del fatto “giuridico”.

Tuttavia, con l'introduzione del nuovo regime di tutele, e con l'aggiunta dell'aggettivo “materiale” all'art. 3, sembra che il fatto di cui va accertata la sussistenza debba essere inteso solo nella sua materialità, escludendo qualsiasi giudizio sulla proporzionalità tra fatto e sanzione ad opera del Giudice. Questa conclusione porta però a conseguenze drastiche: un lavoratore potrebbe essere licenziato per un fatto di minimo rilievo sul piano disciplinare e comunque non aver diritto alla reintegrazione, ma solo ad una tutela di tipo indennitario.

È proprio alla luce di queste considerazioni che la giurisprudenza continua a considerare il fatto nella sua rilevanza “giuridica” e non solo “materiale”.

Anticipando quello che è emerso nel lavoro di ricerca si può dire che l'insussistenza del fatto comprende non solo le ipotesi in cui il fatto non si sia materialmente verificato, ma anche le ipotesi in cui il fatto, seppur si sia verificato, non abbia rilievo disciplinare.

Quindi, il risultato sarebbe quello di un ampliamento del potere discrezionale del Giudice?

Non sembra, in quanto non si tratta di effettuare una valutazione della proporzionalità del licenziamento, dal momento che è proprio la legge a vietarlo (art.3), bensì un giudizio di apprezzabilità disciplinare sul fatto, come afferma la sentenza 8 maggio 2019, n. 12174.

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI LICENZIAMENTO PER RAGIONI SOGGETTIVE

1.1. QUADRO STORICO

Per effettuare tale analisi bisogna innanzitutto partire dal fatto che il licenziamento non integra l'unica ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro. Accanto a questa ve ne sono altre, quali: le dimissioni (recesso volontario dal rapporto di lavoro ad opera del lavoratore), la risoluzione consensuale (accordo tra le parti, volto a garantire una cessazione condivisa del rapporto), la morte del lavoratore, la scadenza del termine (nei contratti di lavoro a tempo determinato), e molte altre circostanze previste dalla legge.¹

Tra tutte le vicende che possono portare all'estinzione del rapporto di lavoro sicuramente la più importante e delicata è il licenziamento, questo perché nella maggior parte dei casi il lavoro costituisce la principale, se non l'unica, fonte di sostentamento per il lavoratore e la sua famiglia; mentre per il datore di lavoro la cessazione del rapporto può non essere così pesante, dal momento che il mercato del lavoro è squilibrato: c'è più domanda che offerta.

Per molti anni la normativa non ha dato alcun rilievo a questa differenza di posizione e questa assenza di tutela per il lavoratore è rinvenibile all'interno del Codice Civile italiano del 1865, il quale all'art. 1628 si limitava a sancire, come unica regola per il lavoro dipendente, che *«nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa»*², con ciò vietando, in sostanza, la costituzione di un rapporto di lavoro

¹ R.DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, F. CARINCI, Diritto del Lavoro Vol. 2: *Il rapporto di lavoro subordinato* – Undicesima edizione, UTET giuridica, 2022, p.448.

² R.DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, F. CARINCI, Diritto del Lavoro Vol. 2: *Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p.3.

a tempo indeterminato, con l'evidente preoccupazione che questo si tramutasse in un rapporto molto simile a quello servile.

La prima legge che ha rovesciato tale regola e si è fatta carico della disciplina del rapporto individuale di lavoro e della tutela della parte debole è stata il R.D.L. n. 1825/1924³, che ha stabilito che il contratto di lavoro di impiego privato è normalmente a tempo indeterminato. Tale legge fece da modello per il Codice Civile del 1942.

Il Codice Civile del 1942 prevedeva poi la possibilità per entrambe le parti di recedere dal rapporto semplicemente dandone il preavviso e senza l'obbligo di dover fornire una motivazione (c.d. recesso *ad nutum*). È proprio con l'art. 2118 del Codice Civile che viene introdotta un'importante garanzia, ossia l'obbligo di preavviso in caso di recesso, licenziamento o dimissioni, dal rapporto di lavoro. Ciò che rileva è proprio questa garanzia riconosciuta ad entrambe le parti: per il lavoratore, in caso di licenziamento, il tempo di cercare un posto di lavoro altrove; per il datore, in caso di dimissioni, la possibilità di riorganizzarsi e cercare un lavoratore idoneo a svolgere le mansioni che ricopriva il lavoratore.

Inoltre, nei due commi successivi, si prevede che *«In mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso. La stessa indennità è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro.»* In quest'ultimo caso vediamo come il legislatore riconosce il diritto a tale indennità in situazioni che non hanno nulla a che vedere con il preavviso.

³ Regio Decreto-Legge 13 novembre 1924, n. 1825, Disposizioni relative al contratto d'impiego privato, convertito in legge 18 marzo 1926, n. 562. Il secondo comma statuisce che *“Il contratto d'impiego privato può anche essere fatto con prefissione di un termine; tuttavia saranno applicabili in tal caso le disposizioni del presente decreto che presuppongono il contratto a tempo indeterminato, quando l'aggiunzione del termine non risulti giustificata dalla specialità del rapporto ed apparisca invece fatta per eludere le disposizioni del decreto”*.

Oltre a tale ipotesi, ve ne è un'altra nella quale si giustifica il venir meno dell'obbligo di dare il preavviso in caso di recesso, come si vedrà più avanti, ossia la facoltà di interrompere il rapporto qualora si verificano dei gravi inadempimenti riferibili al lavoratore che non consentano la prosecuzione, nemmeno provvisoria, del rapporto stesso⁴.

Una vera e propria rivoluzione in materia di licenziamenti viene operata dalla Legge 15 luglio 1966, n. 604 intitolata "Norme sui licenziamenti individuali", la quale ha sancito il principio della necessaria giustificazione del licenziamento che doveva (e deve) essere sorretto da «giusta causa» o da «giustificato motivo», pena la sua illegittimità. Si passa così da un potere di recesso che, nella ispirazione del Codice Civile, era ritenuto sostanzialmente insindacabile e svincolato da oneri causali, ad un potere il cui esercizio è condizionato dalla sussistenza di una delle causali identificate dal legislatore e indicate all'art.3 (giusta causa, giustificato motivo)⁵."

All'art. 5 della Legge n.604/1966 viene attribuito, in capo al datore di lavoro, l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo⁶. All'art. 8, invece, è contenuto l'apparato sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo⁷, ossia irrogato in mancanza o insufficienza di giusta causa o giustificato motivo, apparato che sarà oggetto di modifiche nel corso del tempo, come vedremo.

⁴ È quanto previsto dall'art. 2119 c.c.

⁵ R.DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, F. CARINCI, Diritto del Lavoro Vol. 2: *Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p.455.

⁶ Art. 1 L. 15 Luglio 1966, n. 604. La Corte Costituzionale ha a più riprese ribadito che "tra i contenuti del diritto al lavoro tutelato dalla Costituzione rientra il diritto a non essere estromesso dal lavoro ingiustamente o irragionevolmente al quale consegue il principio della necessaria giustificazione del recesso."

⁷ Art. 8, Legge 15 Luglio 1966, n. 604 dispone: "Quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti. La misura massima della predetta indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro."

A distanza di pochi anni, con l'art. 18 della Legge 20 maggio 1970, n.300 (Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento, noto come Statuto dei Lavoratori), è stata introdotta nel nostro ordinamento la c.d. tutela reale avverso il licenziamento irrogato in assenza di giusta causa o giustificato motivo. Tale norma, in origine, stabiliva infatti che nel caso di licenziamento illegittimo di un lavoratore impiegato in un'azienda che occupi più di 15 dipendenti (5 se impresa agricola), il giudice avrebbe sempre dovuto ordinare la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, oltre alla corresponsione del risarcimento del danno da questi subito.

La disciplina relativa al licenziamento individuale fu poi ulteriormente modificata dalla Legge 11 maggio 1990, n.108, intitolata "Disciplina dei licenziamenti individuali", la quale semplificò in parte il regime delle tutele previste in caso di licenziamento illegittimo (di natura reale o obbligatoria).

Un ulteriore aggiornamento si è avuto con la Legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato Lavoro) che introdusse, oltre al termine di 60 giorni già esistente per l'impugnazione del licenziamento, l'ulteriore termine di 270 giorni (divenuti in seguito 180) entro il quale il lavoratore era tenuto a proporre la causa di fronte al Tribunale.

Vi sono state poi una serie di riforme che hanno portato ad una mutazione dell'istituto del licenziamento individuale: la L. 28 giugno 2012, n. 92 (nota come riforma Fornero) e il Decreto Legislativo 4 marzo 2015, n. 23. Tali riforme saranno oggetto di una successiva trattazione in quanto hanno inciso in modo essenziale sul piano dei rimedi avverso il licenziamento illegittimo.

1.2. IL LICENZIAMENTO PER GIUSTA CAUSA

Il licenziamento per giusta causa trova la sua base giuridica nell'art. 2119 del Codice Civile che autorizza le parti a recedere dal contratto *«qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto»* e, come già anticipato, senza la necessità del preavviso.

A lungo ci si è interrogati in che cosa consista la nozione di giusta causa ed innanzitutto bisogna affermare che la giusta causa di licenziamento riguarda solo fatti addebitabili al lavoratore e al suo comportamento. Il comma 2 dell'art. 2119 del Codice Civile, infatti, esclude dalla fattispecie quelle circostanze che riguardano l'impresa, come la liquidazione coatta amministrativa dell'impresa, i cui effetti sul rapporto di lavoro vengono regolati dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

La giusta causa consiste in un comportamento del lavoratore talmente grave da far venire meno quel vincolo fiduciario che è il "presupposto essenziale della collaborazione tra datore e prestatore di lavoro."⁸ Chiaramente tanto più importante è il ruolo professionale rivestito dal lavoratore, maggiore sarà il peso dell'elemento fiduciario.

Da tutta la giurisprudenza⁹ accumulata su questo tema si desumono due macro-tipologie di condotte che possono integrare il concetto di giusta causa: un gravissimo inadempimento degli obblighi contrattuali oppure altre circostanze, esterne al rapporto di lavoro, che ledono il vincolo di fiducia tra le parti. La dottrina¹⁰ si è tradizionalmente divisa, con riguardo al

⁸ Cass. civ., Sez. lavoro, 19/12/2000, n. 15919.

⁹ Cass. civ., Sez. lavoro, 04/11/1995, n. 11500; Cass. civ., Sez. lavoro, 04/09/1999, n. 9354; Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 24/11/2016, n. 24023 afferma appunto che: *"[...]anche condotte concernenti la vita privata del lavoratore possono in concreto risultare idonee a ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario, allorquando abbiano un riflesso, sia pure soltanto potenziale ma oggettivo, sulla funzionalità del rapporto compromettendo le aspettative d'un futuro puntuale adempimento dell'obbligazione lavorativa, in relazione alle specifiche mansioni o alla particolare attività."* Su tale punto Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., n. 15654 afferma debba considerarsi rilevante *"ogni comportamento del lavoratore che, per la sua gravità, possa far ritenere che la continuazione del rapporto si risolva in un pregiudizio per gli scopi aziendali."*

¹⁰ PERA G., *La cessazione del rapporto di lavoro*, CEDAM, 1980, p. 57 sgg.; R. DIAMANTI, *Commento all'art. 2119 Cod. Civ.*, pp. 49-51.

tipo di condotte da ritenersi rilevanti al fine della sussistenza di una giusta causa di licenziamento, tra la teoria c.d. oggettiva e la teoria c.d. soggettiva. I sostenitori della teoria “soggettiva” – tesi minoritaria – ritengono che possano condurre ad un licenziamento per giusta causa solo quei comportamenti che integrino un inadempimento dell’obbligazione lavorativa dovuti a dolo o colpa del lavoratore, con ciò escludendo che possano aver rilievo fatti esterni al rapporto di lavoro, riguardanti la vita privata del lavoratore.¹¹ La giurisprudenza nettamente prevalente afferma invece, a sostegno della teoria “oggettiva”, che “anche i comportamenti “extralavorativi” possono configurare una “giusta causa”, anche se solo e nella misura in cui essi siano idonei a ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario, facendo venir meno la fiducia del datore sui successivi adempimenti del lavoratore.¹²

L’ampliamento di tale fattispecie anche a condotte extralavorative del lavoratore ha riguardo non tanto alla prestazione principale, quanto piuttosto agli obblighi derivanti dagli artt. 2104 (obbligo di fedeltà) e 2105 (dovere di diligenza) del Codice Civile, e la cui violazione può appunto pregiudicare la fiducia del datore di lavoro sulla correttezza delle future prestazioni.

13

In alcuni casi ci si può trovare, infatti, di fronte a comportamenti del lavoratore apparentemente estranei al rapporto di lavoro, riguardanti la vita privata del lavoratore, ma che tuttavia hanno un rilievo indiretto sul piano del rapporto di lavoro, e in particolare sul

¹¹ Il lavoro nella giurisprudenza, n. 10, 1° ottobre 2019, LUCA BARON in “*Condotte extra-lavorative penalmente rilevanti e licenziamento ex art. 2119 c.c - Le condotte extra-lavorative nel prisma della “giusta causa”*”, p.926.

¹² Questa ricostruzione è tradizionalmente fondata su un argomento di natura letterale, ossia la scelta del legislatore del 1942 di utilizzare il termine più ampio di “*causa* che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto”, rispetto al termine di “*manca*za” utilizzato nel regio decreto-legge sull’impiego privato del 1924 (art. 9 r.d.l. n.1825 del 1924). Come ben si può vedere l’ultima formulazione fa riferimento al solo inadempimento dell’obbligazione lavorativa, mentre la prima, più ampia, è idonea ad includere anche comportamenti che riguardano la vita privata del lavoratore.

¹³ Cass. civ., Sez. lavoro, 06/08/2015, n. 16524, da ultimo afferma che “[...] *il lavoratore è tenuto non solo a fornire la prestazione richiesta, ma anche, quale obbligo accessorio, a non porre in essere, fuori dall’ambito lavorativo, comportamenti tali da ledere gli interessi morali e materiali del datore di lavoro o comprometterne il rapporto fiduciario*”.

vincolo fiduciario che lega le due parti (es. la guardia giurata che viene sorpresa a rubare al di fuori dell'orario di lavoro). Nel caso di specie siamo di fronte ad un comportamento che sembra non avere effetti diretti sul rapporto di lavoro, ma invece incide sul vincolo fiduciario, facendo venire meno la fiducia nella puntualità dei successivi adempimenti.¹⁴

Possono essere presi in considerazione anche comportamenti precedenti l'assunzione e poi scoperti in un secondo momento, se questi possono compromettere il vincolo fiduciario per lo svolgimento dei successivi adempimenti inerenti all'obbligazione lavorativa.

Si deve poi aggiungere che la valutazione effettuata dall'interprete circa la gravità dell'inadempimento deve tenere conto di "aspetti concreti riguardanti la natura e qualità del singolo rapporto".¹⁵ Pertanto, i criteri adottati sono: la posizione delle parti, il grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni del dipendente, l'intenzionalità dell'inadempimento, l'esistenza o meno di conseguenze dannose¹⁶, la reiterazione dell'illecito.¹⁷

1.3. IL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO SOGGETTIVO

La definizione di giustificato motivo soggettivo è contenuta all'interno dell'art. 3 della Legge n.604/1966, il quale sancisce: «*Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso*

¹⁴ R.DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, F. CARINCI, Diritto del Lavoro Vol. 2: *Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 461.

¹⁵ Il lavoro nella giurisprudenza, n. 10, 1° ottobre 2019, LUCA BARON in "Condotte extra-lavorative penalmente rilevanti e licenziamento ex art. 2119 c.c - Le condotte extra-lavorative nel prisma della "giusta causa", p.927.

¹⁶ G. PROIA, *Manuale di Diritto del Lavoro*, Terza edizione, CEDAM, 2020, p. 317.

¹⁷ Cass. civ., Sez. lavoro, 18/02/1995, n. 1747 afferma che la giusta causa di licenziamento può anche non consistere unicamente in un solo fatto, ma in una "[...] pluralità di fatti, gravi non in sé ma considerati complessivamente; ne consegue che l'intimazione del licenziamento può seguire immediatamente l'ultimo di questi fatti, ed anche ad una certa distanza di tempo dai fatti precedenti, puniti con le sole sanzioni conservative."

è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro[...].»¹⁸

Già da subito si nota una prima differenza rispetto al licenziamento per “giusta causa”, poiché quest’ultimo può essere irrogato in assenza di preavviso; infatti, la causa è talmente grave da “*non consentire la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto*”¹⁹, e da ciò deriva l’effetto immediato del licenziamento.

Si ha dunque licenziamento per giustificato motivo soggettivo qualora vi sia un inadempimento “notevole” del lavoratore (ossia di non scarsa importanza) degli obblighi contrattuali discendenti dal rapporto di lavoro, in assenza del quale il datore di lavoro potrebbe irrogare una sanzione diversa e più lieve; mentre non rilevano le condotte della vita privata del lavoratore.

Pertanto, per coloro che aderiscono alla teoria c.d. oggettiva²⁰, il giustificato motivo soggettivo si differenzia dalla giusta causa non solo sul piano quantitativo ma anche sul piano qualitativo. Ai fini del licenziamento per giusta causa rileverebbero, infatti, sia ipotesi di inadempimenti “più che notevoli” (differenza quantitativa), sia comportamenti estranei all’obbligazione lavorativa (differenza qualitativa). Per contro, i sostenitori della teoria c.d. soggettiva²¹, ritengono che la distinzione tra giustificato motivo soggettivo e giusta causa di licenziamento rilevarebbe solamente sul piano quantitativo. Infatti, mentre il giustificato motivo soggettivo di licenziamento richiede un “notevole” inadempimento, l’art. 2119 del

¹⁸ Articolo 3, L. 15 Luglio 1966, n.604.

¹⁹ Articolo 2119, comma 1, Codice Civile.

²⁰ La giurisprudenza prevalente sostiene che la giusta causa di licenziamento può integrare sia una violazione degli obblighi contrattuali sia extracontrattuali.

²¹ Una tesi minoritaria sostiene siano rilevanti solo le violazioni degli obblighi contrattuali al fine di integrare una giusta causa di licenziamento.

Codice Civile richiede un inadempimento “più che notevole”, tanto da provocare la risoluzione del rapporto e, per l’appunto, l’esonero dal preavviso.²²

Tra i comportamenti che possono condurre ad un licenziamento per giustificato motivo soggettivo la giurisprudenza annovera lo scarso rendimento del lavoratore, definito come *“una evidente violazione della diligente collaborazione dovuta dal dipendente - ed a lui imputabile - in conseguenza dell'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, tenuto conto della media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione.”*²³

Vi dev’essere una chiara sproporzione tra la prestazione resa dal dipendente e quella minima produzione predeterminata a livello pattizio e, ovviamente, è necessario che tale situazione non sia addebitabile a fattori esterni, quali variazioni del mercato e situazioni ambientali varie.

La giurisprudenza²⁴, molteplici volte, ha ricondotto le ipotesi di licenziamento per scarso rendimento alle continue assenze del lavoratore, spesso in prossimità a giorni di festività o riposo e comunicate senza minimo preavviso. Come si può ben intuire, la prestazione del lavoratore potrebbe risultare pressoché inutile o, addirittura, dannosa al datore di lavoro, in quanto non consente di garantire i livelli di efficienza e produttività richiesti per lo

²² Il lavoro nella giurisprudenza, n. 10, 1° ottobre 2019, LUCA BARON in *“Condotte extra-lavorative penalmente rilevanti e licenziamento ex art. 2119 c.c - Le condotte extra-lavorative nel prisma della “giusta causa”*, p.926.

²³ Corte d'Appello Lecce, Sez. lavoro, Sentenza, 19/04/2023, n. 324.

²⁴ Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 04/09/2014, n. 18678, nel caso di specie la S.C. ha ritenuto legittimo il licenziamento intimato in seguito alle ripetute assenze del lavoratore, comunicate senza un minimo di preavviso e in prossimità a giorni di riposo, dal momento che *“determinavano uno scarso rendimento ed una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile per il datore di lavoro, incidendo negativamente sulla produzione aziendale”*. Tali assenze risultavano infatti a ridosso del turno di fine settimana o notturno, il che rendeva particolarmente difficile trovare un sostituto visto i tempi molto ristretti; Cass. civ., Sez. lavoro, 19/09/2016, n. 18317; Cass. civ., Sez. lavoro, 24/05/1999, n. 5048 si ritiene infatti che lo scarso rendimento non viene valutato solo sulla base del mancato adempimento agli obblighi contrattuali, ma soprattutto sul comportamento negligente del lavoratore.

svolgimento dell'oggetto della sua impresa.²⁵ Inoltre le assenze comunicate all'ultimo momento creano delle difficoltà per il datore di lavoro nel sostituire il lavoratore. Tuttavia, secondo la Corte di Cassazione, il licenziamento per scarso rendimento si ha soltanto qualora procuri un disinteresse totale del datore di lavoro alla prestazione di quel dipendente.²⁶ L'inadempimento, nel caso di specie, deriva dalla violazione dell'obbligo di diligenza, secondo il quale *“il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale”*²⁷. Questo sta a significare che la prestazione deve essere resa tenendo conto dell'interesse perseguito dall'imprenditore, nonché quanto dovuto contrattualmente.

Nonostante vi sia anche chi sostiene che lo “scarso rendimento” costituisca ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ad oggi l'orientamento dominante esclude che questo possa essere ricondotto al giustificato motivo oggettivo.²⁸ Dunque il datore che intenda far valere lo scarso rendimento quale licenziamento per giustificato motivo soggettivo deve dimostrare, oltre al mancato raggiungimento del risultato atteso, anche un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore, dovendo effettuare una valutazione su aspetti quali la diligenza richiesta al prestatore e quella effettivamente resa, l'incidenza dell'organizzazione dell'impresa, e in generale sulla sua condotta nel complesso *“per un'apprezzabile periodo di tempo.”*²⁹

²⁵ M. PROIETTI, F. BARASCHI, *Il licenziamento per scarso rendimento del dipendente*, Giuffrè, 2018, p. 159.

²⁶ Cass., sent. n. 3250 del 5 marzo 2003.

²⁷ Articolo 2104, comma 1, Codice civile.

²⁸ FEDERICO PISANI in *“Licenziamento per scarso rendimento mascherato da licenziamento disciplinare”*, ADL - Argomenti di Diritto del Lavoro, n. 3, 1° maggio 2017, p. 719.

²⁹ M. PROIETTI, F. BARASCHI, *Il licenziamento per scarso rendimento del dipendente*, cit., pp. 160-161.

1.4. LE TIPIZZAZIONI DEI CONTRATTI COLLETTIVI DELLA GIUSTA CAUSA E DEL GIUSTIFICATO MOTIVO DI LICENZIAMENTO

Ai sensi dell'art.5 della Legge n. 604/1966 l'onere probatorio della sussistenza di una giusta causa o giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro. Il lavoratore che impugna può invece limitarsi a provare l'esistenza del rapporto di lavoro e la sua interruzione a causa del recesso datoriale. Vi sono poi alcuni specifici profili probatori nel c.d. licenziamento disciplinare, come si vedrà più avanti, per cui il datore di lavoro deve dimostrare, oltre alla sussistenza del fatto disciplinarmente rilevante, di aver rispettato le regole procedurali per poter legittimamente irrogare la sanzione disciplinare del licenziamento.

Una questione molto importante riguarda le tipizzazioni effettuate dai contratti collettivi di quei fatti rientranti nella nozione di giusta causa o giustificato motivo di licenziamento. Dottrina e giurisprudenza tendono a ritenere non vincolanti tali elencazioni che, seppur attendibili perché derivanti da una valutazione delle parti sociali, non possono sottrarre al giudice il potere di valutare “la gravità del comportamento stesso alla luce di tutte le circostanze del caso concreto.”³⁰ In particolare, la non inclusione, da parte dei contratti collettivi, di determinati comportamenti non porta ad escludere la rilevanza di essi quali giusta causa o giustificato motivo di licenziamento dal giudice. Per converso può accadere che un fatto, pur qualificato come giusta causa o giustificato motivo nelle previsioni dei contratti collettivi, possa poi non esserlo in concreto.³¹

Tuttavia, occorre tenere presente l'art. 30, 3° comma, della Legge 4 novembre 2010, n. 183 (noto come Collegato Lavoro), il quale ha disposto che il giudice deve tenere conto delle tipizzazioni contrattuali di giusta causa e giustificato motivo presenti nei contratti collettivi

³⁰ Cass. civ., Sez. lavoro, 26/05/2000, n. 6900; Cass., 21 maggio 1998, n. 5103.

³¹ Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 14/06/2022, n. 19165.

stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi o nei contratti individuali certificati avanti ad una delle commissioni previste dalla legge.³² Tuttavia, si afferma che il giudice deve (semplicemente) “tener conto”. Dunque, le previsioni della contrattazione collettiva hanno mera valenza esemplificativa, possono essere, cioè, utili ad indirizzare il giudice di merito, ma non lo vincolano, in quanto esso deve applicare le nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo.³³

Tale disposizione costituisce un principio generale, il quale subisce un’eccezione nel caso in cui la contrattazione collettiva preveda per un determinato fatto solo una sanzione conservativa (cui non consegue il venir meno del rapporto di lavoro) oppure consenta il licenziamento solamente al verificarsi di determinate situazioni; poiché, in tal caso, trattandosi di disposizioni di maggior favore per il lavoratore, esse vincolano il giudice.³⁴ Va invece chiaramente escluso che la contrattazione collettiva possa porsi quale fonte vincolante in senso sfavorevole per il lavoratore.³⁵ Sul punto, l’art. 12 della L. n. 604/1966 afferma che *“sono fatte salve le disposizioni di contratti collettivi e accordi sindacali che contengano, per la materia disciplinata dalla presente legge, condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro.”*

La questione della tipizzazione delle ipotesi di giusta causa e giustificato motivo ha assunto un rilievo particolarmente importante in seguito alla Riforma Fornero (Legge n. 92 del 2012), come vedremo in dettaglio più avanti.

³² R.DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, F. CARINCI, *Diritto del Lavoro Vol. 2: Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 463.

³³ Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 28/10/2021, n. 30510; Cass. civ., Sez. VI - Lavoro, Ordinanza, 07/11/2018, n. 28492; Cass. civ., Sez. VI - Lavoro, Ordinanza, 16/04/2018, n. 9339.

³⁴ Cass. civ., Sez. lavoro, 02/11/2021, n. 31065; Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 24/10/2018, n. 27004.

³⁵ Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 27/05/2022, n. 17288.

CAPITOLO II

IL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

2.1. IL POTERE DISCIPLINARE

Il potere disciplinare costituisce una posizione giuridica soggettiva del datore di lavoro che consiste nel potere di sanzionare i lavoratori che non osservano le disposizioni di cui agli artt. 2104 e 2105 del Codice Civile³⁶, ciò che può “*dar luogo all’applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell’infrazione.*”³⁷ È riconosciuto dunque il potere in capo al datore di lavoro di sanzionare i lavoratori che non adempiano agli obblighi di diligenza, di fedeltà, e più in generale che violino le direttive impartite e di tutte le altre obbligazioni nascenti dal rapporto contrattuale di lavoro.³⁸

Riguardo al fondamento del potere disciplinare, si sono fronteggiate due diverse prospettive³⁹: la prima, c.d. istituzionalistica, vede il potere disciplinare del datore come un elemento estraneo allo scambio, assimilato al potere pubblico, soggetto a limiti e regole procedurali e caratterizzato dalla supremazia di una parte sull’altra. Questa linea interpretativa trova il suo fondamento nell’idea che il lavoratore debba necessariamente essere assoggettato alle esigenze dell’impresa. Da ciò deriverebbe il potere del datore di sanzionare qualsiasi comportamento del lavoratore non conforme a tali esigenze.⁴⁰

³⁶ L’art. 2104 del Codice Civile fa riferimento al dovere di diligenza del prestatore di lavoro; mentre l’art. 2105 si riferisce all’obbligo di fedeltà.

³⁷ L’art. 2106 del Codice Civile dispone che: “*L’inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo alla applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell’infrazione.*”

³⁸ S. BRUN, *Il rapporto di lavoro subordinato*, CEDAM, 2020, p. 198.

³⁹ V. FERRANTE, *Fondamento e natura del potere disciplinare* in “*Il potere disciplinare del datore di lavoro*”, S. MAINARDI, UTET giuridica, 2012, p. 5.

⁴⁰ L. DI PAOLA, P. CENDONE, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2010, p. 8.

A questa si contrappone la prospettiva c.d. contrattualistica, la quale porta ad evidenziare come l'esercizio del potere disciplinare sia ancorato al potere direttivo del datore, nonché espressione del suo potere gerarchico derivante dal vincolo contrattuale. Questo perché alla base vi è il principio del buon e corretto andamento dell'impresa, per cui all'imprenditore è attribuita la facoltà di sanzionare le condotte dei lavoratori lesive degli interessi dell'impresa.⁴¹ Ne consegue che il potere disciplinare è essenziale per assicurare la continuità dell'impresa.⁴² Si tratta di un potere necessario a mantenere l'ordine e la disciplina all'interno dell'organizzazione di lavoro, punendo chi non rispetta le regole, e con un ulteriore obiettivo di tipo deterrente, ossia quello di dissuadere gli altri lavoratori dal comportarsi in modo uguale o analogo.

La linea interpretativa che si condivide è quella che riconosce il fondamento del potere disciplinare nel contratto di lavoro; l'esercizio di tale potere è regolato infatti da norme contrattuali che, seppure nell'ambito di un rapporto di tipo subordinato, sono ispirate all'uguaglianza dei contraenti.⁴³

L'esercizio del potere disciplinare consegue anche alla violazione delle regole che costituiscono il c.d. minimo etico. Tradizionalmente la giurisprudenza riteneva non necessario che il comportamento costituente violazione del minimo etico fosse specificato nel codice disciplinare⁴⁴ ma solo con riferimento alla sanzione espulsiva e quindi alle condotte più gravi. Tale inclusione era considerata invece necessaria per le sanzioni

⁴¹ L. DI PAOLA, P. CENDONE, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, cit., p. 7.

⁴² F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, 1995, p. 35.

⁴³ L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, 1957, p. 379.

⁴⁴ È un documento in cui sono indicate le regole di condotta che i lavoratori sono tenuti ad osservare durante lo svolgimento della loro attività. In esso sono tipizzate le possibili infrazioni (eccetto quelle regole che attengono al vivere comune, alle norme di legge, le quali si presumono conosciute dal soggetto e per questo non è necessario il loro richiamo all'interno di tale codice) e le sanzioni a queste connesse, nonché le relative procedure di contestazione; V. par. 2.2.

conservative.⁴⁵ In un momento successivo questo orientamento è stato rivisto e si è stabilito che anche per le sanzioni conservative non sia necessaria la previsione della condotta all'interno del codice disciplinare, qualora il lavoratore possa rendersi conto che una certa condotta costituisca illecito, perché contraria al c.d. minimo etico.⁴⁶ È infatti da ritenersi superflua l'inclusione nel codice disciplinare di sanzioni per le violazioni di regole fondamentali del comune vivere civile o di norme di legge, o doveri fondamentali connessi al rapporto di lavoro,⁴⁷ quali ad esempio: la distruzione volontaria di alcuni *files* del computer aziendale recanti progetti seppure ancora in bozza,⁴⁸ la sottrazione di generi alimentari dalla mensa cui il dipendente è addetto.⁴⁹

Si può anche evidenziare che l'art. 2106 del Codice Civile statuisce che la violazione delle norme "può dar luogo" all'applicazione di sanzioni disciplinari, con ciò alludendo il fatto che il datore ha una certa discrezionalità nel decidere se irrogare o meno la sanzione disciplinare. Tuttavia, in alcuni casi l'esercizio del potere disciplinare è obbligatorio, ad esempio nel caso in cui il lavoratore non osservi la normativa in materia di sicurezza, nel caso di condotte illecite di un dipendente a danno di un altro, nel caso di violazione delle regole sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. In tutti questi casi, infatti, la mancata adozione della sanzione rischia di pregiudicare interessi di soggetti diversi dal datore di lavoro.

È comunque importante sottolineare che se la violazione degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore, oltre a costituire un illecito disciplinare, integra anche la fattispecie di un

⁴⁵ Cass. civ., Sez. lavoro, 27/05/2004, n. 10201.

⁴⁶ Cass. civ., Sez. lavoro, 26/03/2014, n. 7105.

⁴⁷ A conferma di ciò v. Cass. 3 ottobre 2013, n. 22626; Cass. 29 agosto 2014, n.18462; Cass. 11 novembre 2013, n. 2531; Cass. 13 giugno 2012, n.9644.

⁴⁸ Appello Torino, sentenza n. 403/2007.

⁴⁹ Cass. 7 aprile 2003, n. 5434.

illecito civile, questo sarà chiamato anche a risarcire i danni eventualmente provocati al datore.⁵⁰

2.2. IL CODICE DISCIPLINARE E IL PROCEDIMENTO EX ART. 7 ST. LAV.

Il primo presupposto per l'esercizio del potere disciplinare è la sussistenza di un comportamento del lavoratore che si ponga come inadempimento contrattuale e che giustifica così l'addebito di questo ad esso da parte del datore di lavoro.⁵¹

Altro presupposto essenziale per l'esercizio del potere disciplinare, che trova la sua specifica regolamentazione all'interno dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, è la predisposizione e pubblicazione del codice disciplinare, ossia di un documento in cui vengono individuate *“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.”*

L'articolo prosegue poi affermando che tale codice *“deve essere portato a conoscenza dei lavoratori mediante luogo accessibile a tutti”* e che deve applicare *“quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano.”*⁵² In mancanza di contratto collettivo il datore di lavoro può predisporre unilateralmente il codice e adattarlo alle specificità della sua azienda, sempre rispettando la regola legale di proporzionalità tra infrazione e sanzione sancita dall'art. 2106 del Codice Civile, su cui soffermerò la mia attenzione più avanti.

La giurisprudenza è molto rigorosa a riguardo della pubblicazione di tale codice, non ammettendo, infatti, forme di pubblicazione alternative all'“affissione in luogo accessibile a

⁵⁰ S. BRUN, *Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 203.

⁵¹ R.DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, F. CARINCI, *Diritto del Lavoro Vol. 2: Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 288.

⁵² Art. 7, comma 1, Statuto dei Lavoratori.

tutti.”⁵³ Tale obbligo deve essere inteso nel senso che l’accesso deve essere “libero e comodo”⁵⁴, senza alcuna difficoltà.

Il codice ha effetto solo nel momento in cui viene messo a disposizione dei lavoratori, i quali devono essere messi nelle condizioni di conoscere quali comportamenti possono tenere e quali non, le conseguenze a cui vanno, eventualmente, incontro e le procedure da seguire per la contestazione. Ne consegue che non possono essere irrogate sanzioni disciplinari se, prima dell’infrazione, il datore di lavoro non ha reso pubblico tale codice. Inoltre, *“ove l’impresa sia articolata in più unità produttive, l’onere dell’affissione del codice disciplinare in luogo accessibile a tutti implica che l’affissione sia effettuata in ciascuna sede, stabilimento e reparto autonomo e che altrettanto avvenga qualora l’impresa operi presso terzi, utilizzando locali di altri per tenervi materiali o persone.”*⁵⁵

Come si è specificato nel paragrafo precedente, all’interno del codice disciplinare non devono tuttavia essere individuate tutte le possibili infrazioni che danno luogo a sanzione disciplinare, in quanto non è necessaria la previa affissione del codice disciplinare *«se la mancanza fatta valere dipende dalla violazione di norme di legge e comunque di doveri fondamentali dei lavoratori, riconoscibili come tali senza necessità di una specifica previsione.»*⁵⁶

⁵³ Tra le altre, Cass. civ., Sez. lavoro, 13/02/1990, n. 1045 sul punto afferma che *“il codice disciplinare è efficace solo se portato a conoscenza dei lavoratori sul posto di lavoro, mediante affissione in luoghi accessibili a tutti, restando esclusa la possibilità di considerare equipollenti mezzi di comunicazione che abbiano come destinatari i singoli lavoratori individualmente considerati”*. Nel caso specifico si trattava di un’azienda municipalizzata alla quale è stata esclusa la possibilità di ritenere equivalente alla forma di pubblicità richiesta dalla legge la pubblicazione del codice predetto nell’albo pretorio del comune e cioè fuori dell’ambito aziendale.

⁵⁴ A. PATRIZI, A. EBREO, *Il licenziamento disciplinare*, Giuffrè, 2019, p. 17.

⁵⁵ Cass. civ., Sez. lavoro, 10/01/2007, n. 247.

⁵⁶ Cass. civ., Sez. lavoro, 23/02/1996, n. 1434.

Vi è un procedimento da seguire per far sì che il datore possa irrogare legittimamente la sanzione disciplinare, il quale è scandito in tre passaggi, con la finalità di assicurare il rispetto del principio del contraddittorio e, di conseguenza, il diritto di difesa del lavoratore.

In primo luogo, *“il datore non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito [...]”*⁵⁷ Tale passaggio è fondamentale affinché il lavoratore venga a conoscenza delle motivazioni per cui gli potrebbe venire irrogata una sanzione disciplinare e abbia così modo di potersi difendere.⁵⁸ Il legislatore non specifica in che modo debba avvenire tale contestazione, ma è pacifico che essa debba essere effettuata per iscritto, come si desume dal comma 5 dello stesso articolo.⁵⁹

La giurisprudenza ha elaborato tre caratteri che la contestazione di addebito deve soddisfare: la tempestività o immediatezza, l'immutabilità e la specificità.

In virtù del primo di questi, l'addebito deve essere contestato nel momento in cui il datore di lavoro viene a piena conoscenza dell'infrazione.⁶⁰ In particolare, tra il momento in cui si viene a conoscenza del fatto e quello in cui questo viene contestato per iscritto non deve trascorrere *“più del tempo ragionevolmente necessario.”*⁶¹ Si precisa, per l'appunto, che il principio di immediatezza deve essere inteso con una certa elasticità, essendo variabile in

⁵⁷ Art. 7, comma 2, Statuto dei Lavoratori.

⁵⁸ Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 23/10/2007, n. 22236.

⁵⁹ Il comma 5 dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori afferma *“[...]i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa.”* Ne consegue, quindi, che l'unico caso in cui si ammette che la contestazione non sia fatta in forma scritta è il rimprovero verbale.

⁶⁰ Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 15/03/2023, n. 7467: *“[...] la tempestività della contestazione disciplinare va valutata non in relazione al momento in cui il datore avrebbe potuto accorgersi dell'infrazione ove avesse controllato assiduamente l'operato del dipendente, ma con riguardo all'epoca in cui ne abbia acquisito piena conoscenza.”*

⁶¹ Corte d'Appello Potenza, Sez. lavoro, 28/09/2007, n. 666 afferma *“[...]la tempestività può essere compatibile con un intervallo di tempo 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 ed alla validità o meno delle giustificazioni da lui fornite.”*

Nello stesso senso si è espressa la Cass. civ., Sez. lavoro, 30/12/2009, n. 27840: *“il principio di immediatezza [...] che non sia però contrario alla buona fede e non renda impossibile o eccessivamente difficile la difesa del lavoratore.”*

dipendenza del tipo di addebito nonché della struttura organizzativa in cui il lavoratore è inserito.⁶²

Per quanto riguarda il carattere di immutabilità, invece, è fondamentale che il lavoratore non venga sanzionato per un fatto diverso rispetto a quello contestato.⁶³ Difatti, il fatto contestato è immutabile. Si avrebbe una violazione di tale principio qualora “*la divergenza tra i fatti posti a base della contestazione iniziale e quelli che sorreggono il provvedimento disciplinare comporti in concreto una violazione del diritto di difesa del lavoratore, per essere intervenuta una sostanziale modifica del fatto addebitato.*”⁶⁴

Con riferimento al terzo carattere, quello della specificità, si vuole rappresentare la necessità che i fatti addebitati al lavoratore, e che il datore di lavoro contesta, siano descritti in modo sufficientemente preciso, consentendo così al lavoratore di rendere le sue giustificazioni ed esercitare il suo diritto di difesa.⁶⁵ Nella contestazione il datore di lavoro deve anche tenere conto dell’eventuale recidiva “con indicazione delle circostanze di tempo e di luogo”, in modo tale da consentire al lavoratore una corretta difesa.⁶⁶ Però, non può tenersi conto delle sanzioni disciplinari decorsi due anni dalla loro applicazione.⁶⁷ Si sottolinea come le violazioni commesse ma non sanzionate non ricadano sotto il concetto di recidiva.

Non è previsto dalla legge (anche se potrebbe essere previsto dal contratto collettivo) che il datore debba mettere a disposizione del lavoratore la documentazione aziendale relativa ai fatti addebitati. Qualora, tuttavia, nella contestazione disciplinare sia fatto espresso richiamo alla documentazione, allora questa dovrebbe essere fornita al lavoratore ai fini di garantire

⁶² R.DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, F. CARINCI, *Diritto del Lavoro Vol. 2: Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., pp. 293 e sgg.

⁶³ Cass. civ., Sez. lavoro, 28/10/2000, n. 14257.

⁶⁴ Tribunale Taranto, Sez. lavoro, Sentenza, 01/06/2021, n. 1415; Cass., 25 agosto 1993, n. 8956.

⁶⁵ Corte d'Appello Bologna, Sez. lavoro, 07/04/2009.

⁶⁶ Tribunale Sulmona, Sez. lavoro, Sentenza, 30/03/2023, n. 80; Cass. civ., Sez. lavoro, 15/09/1997, n. 9173

⁶⁷ Art. 7, comma 8, Statuto dei Lavoratori; Cass. civ., Sez. lavoro, 24/01/1990, n. 412.

un'adeguata difesa; ed inoltre, è obbligatoria la consultazione di tali documenti qualora essa sia necessaria ad assicurare il pieno esercizio del diritto di difesa.⁶⁸

In alcuni casi il datore di lavoro può sospendere cautelamente il lavoratore dal servizio, ad esempio nel caso in cui la sua presenza in azienda possa mettere in pericolo le prove o creare danno per la sicurezza degli altri colleghi o degli impianti. In tal caso però deve continuare a riconoscere al lavoratore l'intera retribuzione. Infatti, tale sospensione non è considerata un provvedimento disciplinare, ma un mero provvedimento interinale al procedimento disciplinare vero e proprio⁶⁹, di natura cautelare.

Successivamente alla contestazione dei fatti ha luogo il secondo passaggio di tale procedimento, ossia ha inizio un periodo di attesa di almeno cinque giorni, anche se alcuni contratti collettivi ampliano questo termine, al fine di consentire al lavoratore di difendersi.⁷⁰

Secondo l'opinione prevalente, il datore di lavoro dovrebbe comunque attendere i cinque giorni, indipendentemente dal fatto che il lavoratore abbia presentato le proprie giustificazioni prima della scadenza di tale termine, ritenendo che tale periodo di attesa sia finalizzato anche a favorire una pausa di riflessione per lo stesso datore di lavoro.⁷¹

Il lavoratore, a sua discrezione, può esercitare la sua difesa per iscritto, mandando una lettera di risposta alla contestazione, oppure può richiedere un incontro con il datore, facendosi

⁶⁸ A. PATRIZI, A. EBREO, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 23.

⁶⁹ A. PATRIZI, A. EBREO, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 26.

⁷⁰ Il 5 comma dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori dispone: "*i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa.*"

⁷¹ R.DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, F. CARINCI, *Diritto del Lavoro Vol. 2: Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p.296; Cass. civ., Sez. lavoro, 24/04/1991, n. 4484. Anche se la Cassazione sostiene il contrario, v. Cass. civ., Sez. lavoro, 11/06/1988, n. 4009 afferma che tale termine è "*di natura dilatoria volto a favorire la difesa del lavoratore; pertanto, ove tale scopo sia stato realizzato in pendenza di detto termine, per avere il lavoratore presentato le proprie discolpe, il procedimento disciplinare può proseguire senza necessità di attendere la frazione residua del termine stesso*"; Cass. civ., Sez. Unite, 07/05/2003, n. 6900.

eventualmente assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato.⁷²

Una volta trascorso il termine dei 5 giorni si arriva all'ultima fase di tale procedimento: il datore di lavoro deve prendere la decisione se irrogare o meno il provvedimento disciplinare. Non è previsto dalla legge un termine entro il quale il datore debba intimare la sanzione, ma la giurisprudenza fa riferimento, anche in questo caso, ad un'esigenza di tempestività ed immediatezza. Infatti, il trascorrere di un lungo lasso di tempo viene interpretato come una rinuncia del datore di lavoro ad adottare il relativo provvedimento e a punire il lavoratore.⁷³

Nel caso in cui il datore decida di irrogare la sanzione, non è previsto che egli debba chiarire le motivazioni per cui non sono state accolte le giustificazioni del lavoratore, limitandosi a ritenerle insufficienti o infondate. Di contro, se il contratto collettivo o il codice disciplinare prevedano l'obbligo di motivazione, l'inosservanza del datore dà luogo a nullità del provvedimento disciplinare.⁷⁴

2.3. IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ EX ART. 2106 C.C.

Come già anticipato, presupposto dell'esercizio del potere disciplinare è la sussistenza di comportamenti inadempienti del lavoratore in riferimento agli obblighi contrattuali. In base alla norma codicistica, l'inosservanza degli obblighi di diligenza e fedeltà di cui agli artt. 2104 e 2105 del Codice Civile, *“può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione.”*⁷⁵

⁷² Art. 7, comma 3, Statuto dei Lavoratori.

⁷³ Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 10/09/2013, n. 20719.

⁷⁴ R.DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, F. CARINCI, Diritto del Lavoro Vol. 2: *Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p.296.

⁷⁵ Art. 2106 del Codice civile.

Ben si può osservare come il limite più importante posto dalla norma sia l'espressione "secondo la gravità dell'infrazione": si tratta del c.d. principio di proporzionalità, secondo cui la sanzione irrogata deve essere proporzionata e adeguata rispetto alla gravità dell'infrazione commessa.⁷⁶ Secondo la costante giurisprudenza *"il giudice di merito deve valutare se vi è proporzione tra l'infrazione commessa dal lavoratore e la sanzione irrogatagli. A tal fine deve tenere conto anche delle circostanze oggettive e soggettive della condotta e di tutti gli altri elementi idonei a verificare se il disposto dell'art. 2119 c.c. - richiamato dalla L. n. 604 del 1966, art. 1, - sia adeguato alla fattispecie concreta [...] In breve, la proporzionalità della condotta va indagata sia in astratto (rispetto alle previsioni pattizie e alla nozione legale di giusta causa o giustificato motivo) sia in concreto, vale a dire in relazione alle singole circostanze oggettive e soggettive che l'hanno caratterizzata."*⁷⁷

Un ruolo fondamentale è rivestito dalla contrattazione collettiva, la quale tipizza le possibili infrazioni e le ricollega ad una determinata sanzione. Questo comunque non significa che in presenza di un determinato fatto debba essere intimata quella specifica sanzione solo perché viene prevista tale correlazione dal contratto collettivo;⁷⁸ infatti, si ritiene che il giudice possa sempre valutare la proporzionalità della sanzione intimata in relazione ad ogni aspetto concreto della vicenda.⁷⁹

In assenza di specifiche previsioni da parte della contrattazione collettiva spetta al datore di lavoro l'applicazione del criterio di proporzionalità, spettando poi invece, eventualmente, al giudice la valutazione sulla congruità della sanzione applicata.⁸⁰

⁷⁶ R.DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, F. CARINCI, *Diritto del Lavoro Vol. 2: Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 289.

⁷⁷ Cass. civ., Sez. lavoro, 29/03/2017, n. 8131.

⁷⁸ S. BRUN, *Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 200.

⁷⁹ Cass. civ., Sez. lavoro, 16/02/1998, n. 1604.

⁸⁰ Cass. civ., Sez. lavoro, 16/08/2004, n. 15932.

Nel momento in cui verrà effettuata la valutazione in merito alla proporzionalità tra l'infrazione commessa dal lavoratore e la sanzione irrogatagli, si deve tenere conto di una serie di elementi, sia oggettivi sia soggettivi, come ad esempio: il ruolo del lavoratore all'interno dell'azienda⁸¹, l'intensità dell'elemento intenzionale⁸², il comportamento tenuto dal lavoratore nel corso del rapporto di lavoro e non solo in riferimento all'infrazione commessa, i disagi arrecati e i benefici che ne ha tratto.

Come si è già detto, ove siano presenti le previsioni della contrattazione collettiva, il datore non può intimare una sanzione più grave di quella prevista dall'autonomia collettiva. In altre parole, qualora la contrattazione collettiva abbia previsto per una determinata infrazione una sanzione di tipo conservativo, il datore non può adottare una sanzione di carattere espulsivo, in quanto l'autonomia collettiva ha ritenuto tale condotta meritevole di una sanzione inferiore e più lieve.⁸³ Al contrario, il datore ben potrebbe irrogare una sanzione più lieve, si dice per l'appunto che il datore (o il giudice) possa operare al "ribasso".⁸⁴

È diffuso l'orientamento secondo cui non è possibile per il giudice adito sostituire la sanzione intimata dal datore (prevista dal contratto collettivo) con una sanzione più lieve, rispettosa del principio di proporzionalità.⁸⁵ Perciò, il giudice deve dichiararne la nullità, anche se in alcune sentenze si ammette che, qualora vi sia una domanda di parte, la sanzione possa essere rideterminata, riducendone la misura.⁸⁶

⁸¹ Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 06/06/2014, n. 12806 fa particolare riferimento al "disvalore ambientale" della condotta quale modello diseducativo per gli altri dipendenti.

⁸² Cass. 16 ottobre 2015, n. 21017; Cass. 22 febbraio 2016, n. 3416.

⁸³ Cass. civ., Sez. lavoro, 04/02/1988, n. 1177; Cass. civ., Sez. lavoro, 29/04/1998, n. 4395; Cass. civ., Sez. lavoro, 29/09/2005, n. 19053; Cass. civ., Sez. lavoro, 18/03/2014, n. 6222.

⁸⁴ Tuttavia, Cass. 7 maggio 2015, n. 9223 secondo cui in materia di licenziamento disciplinare, qualora il contratto collettivo preveda per una determinata infrazione una sanzione di tipo conservativo, il giudice può effettuare una valutazione più grave e, quindi, dichiarare la legittimità del licenziamento.

⁸⁵ Al contrario di quanto avviene nel settore pubblico: l'art. 63 comma 2-bis del T.U.P.I. recita che "Nel caso di annullamento della sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, il giudice può rideterminare la sanzione, in applicazione delle disposizioni normative e contrattuali vigenti, tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato."

⁸⁶ Cass. 11 febbraio 2019, n. 3896; Cass. 29 ottobre 2015, n. 22150.

Ai fini del giudizio di proporzionalità si deve anche tener conto, come già detto, delle tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, ai sensi dell'art. 30, comma 3, Legge 4 novembre 2010, n. 183.⁸⁷

Tra le fonti a cui compete stabilire le infrazioni e sanzioni, ruolo fondamentale è rivestito dal codice disciplinare. Ovviamente tale codice non deve contraddire quanto stabilito dal contratto collettivo applicato in azienda; a conferma di ciò l'art. 7, comma 1, dello Statuto dei Lavoratori statuisce che le norme disciplinari “[...]devono applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano”. Il datore di lavoro può, peraltro, adattare il codice disciplinare alle specificità della sua azienda, dettagliando i comportamenti sanzionabili. Tale codice non deve contenere in maniera dettagliata l'elenco di tutte le possibili infrazioni e delle corrispondenti sanzioni, essendo 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.”*⁸⁸

Il difetto di proporzionalità comporta la nullità della sanzione per mancanza di uno dei presupposti essenziali per l'esercizio del potere disciplinare.⁸⁹

⁸⁷ Rinvio al par. 3.4.

⁸⁸ Cass. civ., Sez. lavoro, 09/08/1996, n. 7370; Cass. civ., Sez. lavoro, 27/05/2004, n. 10201.

⁸⁹ Tuttavia, nel caso venga intimata la sanzione disciplinare del licenziamento si deve far riferimento a quanto previsto dall'art. 18 St. Lav. e dall'art. 3 d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23. V. par. 3.1.

2.4. L'ISTITUTO DEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

Prima di procedere alla spiegazione di tale provvedimento disciplinare, è necessario mettere in luce come dai commi 4 e 5 dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori si desuma come possano essere intimate le sanzioni disciplinari della multa, della sospensione dal servizio e dalla retribuzione, del rimprovero verbale e scritto.⁹⁰

Non è chiaro se possano essere previste sanzioni diverse rispetto a queste. Prevale l'opinione secondo cui è possibile applicare anche altre tipologie sanzionatorie, mentre l'opinione minoritaria sostiene il c.d. principio di tassatività delle sanzioni. In concreto però non è poi così semplice individuarne delle altre perché lo stesso comma 4 dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori rammenta che *“non possono essere disposte sanzioni disciplinari che comportano mutamenti definitivi del rapporto di lavoro”*.

Occorre precisare come non sia sempre stata pacifica la tesi che considera il licenziamento come una sanzione disciplinare e che quindi possa venire irrogato solo al termine del procedimento disciplinare poc' anzi analizzato.

Questo esito è stato il frutto di un lungo percorso che ha portato al formarsi di due tesi tra loro contrapposte ed una terza tesi intermedia. Secondo una prima tesi⁹¹ non era possibile prevedere delle sanzioni disciplinari di tipo espulsivo e che, perciò, portassero ad un licenziamento: questa tesi traeva fondamento dall'interpretazione letterale della norma in base alla quale le sanzioni disciplinari non possono mai comportare mutamenti definitivi del rapporto,⁹² ed inoltre dal fatto che sono previste dall'art. 7 come sanzioni solamente la multa, la sospensione dal servizio e il rimprovero.

⁹⁰ Secondo cui, al comma 4, *“[...] 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”* e *“i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale [...]”*

⁹¹ V. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., p. 184.

⁹² Comma 4, art. 7, Statuto dei Lavoratori.

Di contro, un secondo orientamento sosteneva che il licenziamento, dal momento che era per sua natura una sanzione, anzi la più grave delle sanzioni, dovesse essere sottoposto alle regole procedurali dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori.⁹³

Vi è stata poi una terza tesi, considerata intermedia, secondo la quale il licenziamento viene considerato sanzione disciplinare solo nel momento in cui il contratto collettivo lo annovera come tale e lo sottopone al regime giuridico previsto all'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori,⁹⁴

Questi problemi interpretativi sono stati poi risolti una volta per tutte dalla sentenza della Corte costituzionale, 30 novembre 1982, n. 204, per effetto della quale sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi i commi primo, secondo e terzo dell'art. 7, L. 20 maggio 1970, n.300 nella misura in cui sono interpretati come non applicabili ai licenziamenti disciplinari, anche in mancanza di previsione da parte del contratto collettivo. In conseguenza di ciò vengono estesi al licenziamento disciplinare il principio di pubblicità del codice disciplinare⁹⁵ e l'obbligo di contestazione dell'addebito al lavoratore al fine di garantire il suo diritto di difesa.⁹⁶

Oggi è pacifico che il licenziamento sia considerato "disciplinare" qualora intervenga per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, e quindi, sia volto "a sanzionare un comportamento colposo o manchevole del lavoratore."⁹⁷ Si tratta della c.d. concezione ontologica del licenziamento disciplinare, che non è più contestata. Il 2° e 3° comma dell'art. 7, quindi, si applicano sempre perché il licenziamento per queste motivazioni è per sua natura una sanzione.

⁹³ Cass., 6 maggio 1977, n. 1752.

⁹⁴ Cass., S.U., 28 marzo 1981, n. 1781.

⁹⁵ Cass. civ., Sez. lavoro, 16/05/2001, n. 6737; Cass. civ., 30/08/2000, n. 11430

⁹⁶ Cass. civ., Sez. lavoro, 03/02/2003, n. 1562.

⁹⁷ R.DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, F. CARINCI, *Diritto del Lavoro Vol. 2: Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p.484; V. anche Cass., 12 aprile 2003, n. 5855; Cass., 13 febbraio 1990, n. 1040.

CAPITOLO III

IL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ E LE QUESTIONI APERTE

3.1. REGIME SANZIONATORIO AVVERSO I LICENZIAMENTI ILLEGITTIMI ALLA LUCE DELLA LEGGE N. 92/2012

Prima di inoltrarmi nella spiegazione delle problematiche connesse al giudizio di proporzionalità e, in particolare, ai commi 4 e 5 dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, è necessario comprendere quali siano le sanzioni e le tutele che presidiano il licenziamento che si suppone illegittimo.

Originariamente al momento dell'entrata in vigore della Legge 15 luglio 1966, n. 604 erano previste solamente due sanzioni a carico del datore di lavoro: nel caso di licenziamento discriminatorio⁹⁸, questo veniva considerato nullo; mentre negli altri casi di licenziamento illegittimo era prevista la riassunzione nel posto di lavoro entro tre giorni dalla sentenza che ne avesse dichiarato l'illegittimità o, in mancanza, veniva riconosciuto in favore del lavoratore il pagamento di un'indennità compresa tra le 2,5 e le 6 mensilità.

Tale disposizione aveva come destinatari le aziende al cui interno fossero occupati oltre 35 dipendenti; mentre al di sotto di tale requisito dimensionale era consentito alle imprese di recedere liberamente dal rapporto di lavoro.⁹⁹

Con l'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori il nostro ordinamento ha previsto un regime sanzionatorio diversificato a seconda del numero di dipendenti occupati nell'azienda

⁹⁸ Si considera licenziamento discriminatorio il licenziamento basato su ragioni di fede religiosa, credo politico, di appartenenza ad un sindacato o di partecipazione ad attività sindacali.

⁹⁹ A. PATRIZI, A. EBREO, *Il licenziamento disciplinare*, cit., pp. 91-92.

e, in seguito, a seconda della data di assunzione a tempo indeterminato¹⁰⁰. La distinzione tradizionale che si è venuta delineando è quella tra tutela reale e tutela obbligatoria.

Il legislatore ha fissato una soglia (almeno 15 dipendenti – 5 se impresa agricola - occupati nella stessa unità produttiva o nello stesso Comune o almeno 60 sul territorio nazionale) al di sotto della quale alle aziende, in caso di licenziamento illegittimo, si applica la c.d. tutela obbligatoria regolata dall'art. 8 della L. n.604/1966 (poi modificato dall'art. 2, Legge 11 maggio 1990, n. 108.) Secondo tale disposizione qualora venga accertato che non ricorrono gli estremi di giusta causa o giustificato motivo di licenziamento il datore può, alternativamente, *“riassumere il lavoratore entro tre giorni dalla sentenza o, in mancanza, risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti.”*

L'articolo prosegue poi affermando che l'indennità può subire una maggiorazione fino a 10 o 14 mensilità in favore del prestatore che abbia un'anzianità lavorativa superiore a 10 o 20 anni.

La Corte costituzionale più volte ha ribadito che qualora il datore di lavoro abbia scelto la riassunzione e il rapporto di lavoro non venga poi ripristinato (anche per volontà del lavoratore), è sempre dovuto, in favore del prestatore, il pagamento dell'indennità.¹⁰¹

L'art. 30, comma 3, della L. n. 183/2010 ha altresì stabilito 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 stipulati dai sindacati*

¹⁰⁰ Il riferimento è al d.lgs. 4 marzo 2015, n.23, il quale ha previsto una diversa disciplina per coloro che sono stati assunti a partire dalla data del 7 marzo 2015 (ad eccezione dei dirigenti, per i quali continua ad applicarsi l'art. 18 St. Lav.).

¹⁰¹ Corte Cost., 23 febbraio 1996, n. 44; di recente Cass., 27 febbraio 2020, n. 5406.

comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione [...]. Nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento ai sensi dell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, il giudice tiene egualmente conto di elementi e di parametri fissati dai predetti contratti e comunque considera le dimensioni e le condizioni dell'attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l'anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento.” Tutti questi elementi dovranno essere valutati dal giudice, al quale spetta la determinazione dell'indennità tra un minimo e un massimo stabilito dalla legge, la quale sarà sindacabile solo in caso di motivazione assente, illogica o contraddittoria.¹⁰²

Qualora, invece, l'azienda sia di maggiori dimensioni, quindi raggiunga o superi il requisito dimensionale dei 15 dipendenti, viene applicato il regime sanzionatorio della c.d. tutela reale delineato dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, il quale (perlomeno in origine) prevedeva come unica sanzione avverso il licenziamento illegittimo, oltre al risarcimento del danno, la reintegrazione del lavoratore. Il lavoratore aveva la possibilità di rifiutare la reintegrazione e, in tal caso, gli sarebbe spettata un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale.¹⁰³

Si può notare come con riferimento alle aziende di minori dimensioni si parli di “riassunzione”, mentre per le aziende maggiori di “reintegrazione”. Questa differenza comporta delle conseguenze importanti: innanzitutto, nel caso si proceda alla riassunzione, trattandosi di un rapporto estinto che viene ricostituito *ex novo*, il datore non deve corrispondere al lavoratore la retribuzione e i contributi previdenziali per il periodo

¹⁰² Cass. civ., Sez. lavoro, 05/01/2001, n. 107.

¹⁰³ R.DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, F. CARINCI, *Diritto del Lavoro Vol. 2: Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 495.

intercorrente tra il licenziamento e la riassunzione; mentre nel caso della reintegrazione, implicando essa la ricostruzione *ex tunc*¹⁰⁴ del rapporto, il lavoratore ha diritto a percepire sia le retribuzioni sia i contributi arretrati. Un'ulteriore differenza consiste nel fatto che nel caso delle aziende minori è il datore di lavoro a scegliere se riassumere il lavoratore oppure corrispondergli l'indennizzo, mentre nelle aziende maggiori è il lavoratore che sceglie se proseguire il rapporto di lavoro oppure optare per l'indennità.¹⁰⁵

La ratio di una tale differenziazione tra tutela reale (per le aziende maggiori) e tutela obbligatoria (per le aziende minori) deriva dal fatto di prevedere delle sanzioni più blande per le piccole imprese, le quali potrebbero non essere in grado di supportare il costo derivante da una sanzione molto pesante prevista dalla tutela reale quale conseguenza della reintegrazione del lavoratore. Inoltre, costringere il datore alla reintegrazione potrebbe creare delle tensioni in azienda, ove questa abbia pochi dipendenti e, pertanto, i rapporti con il datore siano molto stretti, al contrario invece di ciò che può avvenire nelle imprese di maggiori dimensioni, ove la reintegrazione può risultare indifferente a causa della spersonalizzazione del rapporto tra datore e lavoratore.

Tale impostazione è rimasta in vigore fino al 2012, quando, con la Legge Fornero (Legge 28 giugno 2012, n. 92), è stata introdotta una nuova disciplina del sistema sanzionatorio dei licenziamenti¹⁰⁶, modificando profondamente il contenuto dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, considerato da molti come il colpevole di una serie di problemi, dal momento che contemplava degli oneri significativi per le imprese che dissuadevano dalle assunzioni.

¹⁰⁴ Con tale termine si fa riferimento ad un qualcosa che ha un effetto retroattivo, in questo caso ci si riferisce al rapporto di lavoro che si ricostituisce come se non fosse intervenuto il licenziamento.

¹⁰⁵ A. PATRIZI, A. EBREO, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 92.

¹⁰⁶ Vigente per gli assunti fino alla data del 6 marzo 2015, giorno che precede l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 recante la nuova disciplina sul contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.

Per questo il legislatore ha deciso di sostituire il precedente sistema (basato, per i datori a capo di imprese maggiori, sulla tutela reintegratoria) con un apparato sanzionatorio più morbido, in cui la tutela reintegratoria assume un'importanza minore rispetto al passato. È cambiata la rubrica dell'articolo, da "Reintegrazione nel posto di lavoro" a "Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo". Tutto questo al fine di rendere meno gravoso per il datore di lavoro il licenziamento e svincolarlo da quei vincoli rigidi, i quali non lo incoraggiavano ad effettuare nemmeno nuove assunzioni, soprattutto quando queste avrebbero finito per portarlo "sopra soglia."

L'idea alla base è che, nell'area in cui si applica l'art. 18 St. Lav., vi siano quattro diversi regimi sanzionatori a seconda del vizio di cui è affetto il licenziamento: una tutela reintegratoria piena, una tutela reintegratoria attenuata, una tutela indennitaria forte e una tutela indennitaria debole.¹⁰⁷

La prima forma di tutela (reintegratoria piena) si applica nei casi di licenziamento discriminatorio, licenziamento intimato in concomitanza al matrimonio o alla maternità, licenziamento intimato in forma orale (e quindi inefficace), licenziamento determinato da un motivo illecito determinante, e infine negli altri casi di nullità previsti dalla legge.¹⁰⁸

È opportuno evidenziare come tale tutela si applichi eccezionalmente indipendentemente dal numero di dipendenti occupati dal datore di lavoro (e anche ai dirigenti), venendo così meno, perlomeno in quest'ambito, la distinzione tra imprese medio-grandi e minori.

Tale tutela prevede che il giudice, accertata la nullità del licenziamento, ordina al datore la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e, inoltre, lo condanna al risarcimento del danno subito dal lavoratore, stabilendo *"un'indennità commisurata all'ultima retribuzione"*

¹⁰⁷ L. DI PAOLA, M. BASILICO, I. FEDELE, G. MIMMO, P. SORDI, D. BRACCI, *Il licenziamento*, Seconda edizione, Giuffrè, 2019, p. 14.

¹⁰⁸ Art. 18, comma 1, Statuto dei Lavoratori, novellato dalla Legge n. 92/2012.

globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato inoltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.”

Se, in seguito all'ordine di reintegrazione, il lavoratore non riprende il servizio entro 30 giorni, tale indifferenza viene intesa come un rifiuto, con l'effetto della risoluzione del rapporto di lavoro.

Il lavoratore, però, in alternativa alla reintegrazione nel posto di lavoro, ha la possibilità di richiedere al datore il pagamento di un'indennità sostitutiva pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.¹⁰⁹

Per quanto riguarda la seconda tutela, ossia la tutela reintegratoria attenuata¹¹⁰, essa si applica nell'ipotesi in cui *“non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati 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”*¹¹¹, nell'ipotesi in cui *“accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4¹¹², comma 4, e 10¹¹³, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo*

¹⁰⁹ Art. 18, comma 3, Statuto dei Lavoratori.

¹¹⁰ Questa forma di tutela non si applica a tutti i datori di lavoro a prescindere dal numero dei dipendenti occupati (a differenza della tutela reintegratoria piena), bensì si applica (come la tutela indennitaria forte e debole, di cui parlo poco dopo) al *“datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti.”* V. art. 18, comma 8, St. Lav.

¹¹¹ Art. 18, comma 4, Statuto dei Lavoratori.

¹¹² Sui criteri di computo delle quote di riserva.

¹¹³ Sul rapporto di lavoro dei disabili obbligatoriamente assunti.

oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110¹¹⁴, secondo comma, del codice civile”, e altresì nel caso in cui si accerti “la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.”¹¹⁵

Questa tutela prevede la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento del risarcimento del danno, prendendo come riferimento l'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione, a cui vanno dedotti *l'aliunde perceptum* e *l'aliunde percipiendum*.¹¹⁶ Tale indennità può raggiungere un massimo di 12 mensilità, mentre non è previsto per questa ipotesi il limite minimo delle 5 mensilità.

Il datore di lavoro è condannato altresì al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

Allo stesso modo di quanto previsto per la tutela reintegratoria piena, il rapporto di lavoro si intende risolto in seguito alla mancata ripresa del servizio entro 30 giorni dalla reintegrazione oppure in seguito alla richiesta del lavoratore dell'indennità sostitutiva.

Terza forma di tutela è la c.d. tutela indennitaria forte, disciplinata al comma 5 dell'art. 18 St. Lav. Essa si applica nelle altre ipotesi in cui il giudice accerta l'illegittimità del licenziamento in quanto non sussistono gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo.

¹¹⁴ Sull'infortunio, malattia, gravidanza, puerperio.

¹¹⁵ Art. 18, comma 7, Statuto dei Lavoratori.

¹¹⁶ Per *aliunde perceptum* si intende quanto il lavoratore ha percepito, durante il periodo che va dal licenziamento a quello della reintegrazione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. Per *aliunde percipiendum* si fa riferimento a quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire se avesse cercato con diligenza una nuova occupazione, dal giorno del licenziamento.

Questa tutela non comporta la condanna del datore alla reintegrazione del lavoratore (difatti il rapporto di lavoro si risolve a partire dalla data del licenziamento), bensì quest'ultimo ha solo il diritto ad un'indennità risarcitoria, compresa tra un minimo di 12 ed un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Il giudice, nel determinare l'entità di tale indennità, deve considerare: l'anzianità di servizio del lavoratore, il numero di dipendenti occupati nell'azienda, le dimensioni dell'attività economica, il comportamento tenuto dalle parti, con conseguente onere di motivare la scelta.

Ultima forma di tutela, c.d. indennitaria debole (comma 6, art. 18 St. Lav.), si applica in quei casi che il legislatore ha ritenuto meno gravi rispetto ai precedenti, e cioè nei casi di: violazione del requisito di motivazione del licenziamento¹¹⁷, violazione della procedura prevista all'art. 7 della L. 604/1966¹¹⁸, violazione della procedura di cui all'art. 7 St. Lav.¹¹⁹

Anch'essa non dà diritto alla reintegrazione del lavoratore, ma comporta solo la condanna del datore al pagamento di un'indennità tra un minimo di 6 e massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, tenendo conto della gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore.

Infine, la tutela obbligatoria prevista all'art. 8 della L. n. 604/1966 continua ad essere applicata ai dipendenti di aziende minori nel caso in cui manchino la giusta causa o il giustificato motivo, di cui ho già parlato anticipatamente.

¹¹⁷ L'art. 2, comma 2, L. 604/1966 richiede nella lettera di comunicazione del licenziamento la specificazione dei motivi che lo hanno determinato.

¹¹⁸ Si intende la procedura di conciliazione preventiva prevista nei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo per le aziende "sopra soglia".

¹¹⁹ Si fa riferimento al procedimento disciplinare. V. par. 2.2.

3.2. REGIME SANZIONATORIO DEL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO ALLA LUCE DEL D. LGS. N. 23/2015

Il legislatore nel 2015 ha pensato nuovamente¹²⁰ di ritornare sul tema ed elaborare una nuova disciplina delle conseguenze sanzionatorie previste in caso di licenziamento illegittimo con il noto d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 intitolato “Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.”

Non deve confondere la sua denominazione perché, nonostante il decreto abbia ad oggetto il “contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti”, esso non introduce una nuova tipologia contrattuale, bensì una nuova disciplina (relativamente alle nuove assunzioni effettuate dal 7 marzo 2015 con contratto a tempo indeterminato¹²¹) delle conseguenze in caso di licenziamento illegittimo.

L’obiettivo che emerge dalla Legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 (la quale ha dato avvio all’intera riforma che va sotto il titolo di “Jobs Act”) è quello di incentivare l’assunzione del lavoratore facendo ricorso al contratto di lavoro a tempo indeterminato (rispetto agli altri tipi di contratto), prevedendo una iniziale riduzione del peso sanzionatorio del licenziamento illegittimo a favore del datore di lavoro. Le idee sono quelle di parametrare le tutele in relazione all’anzianità di servizio del lavoratore, di ampliare l’ambito di applicazione della tutela solo risarcitoria e di limitare notevolmente i casi di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

¹²⁰ Come afferma E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel “passaggio” dall’art. 18. Stat. lav. all’art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, in F. CARINCI, C. CESTER, (a cura di), *Il licenziamento individuale all’indomani del d.lgs. n. 23/2015*, ADAPT University Press, 2015, p. 48, “Il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, rimodula, per la seconda volta in meno di tre anni, le tutele contro i licenziamenti illegittimi [...]”

¹²¹ Il decreto fa riferimento anche ai lavoratori “equiparati” ai nuovi assunti, in quanto assunti prima di tale data ma ugualmente destinatari delle disposizioni del decreto, come spiego successivamente.

Quindi queste “tutele crescenti”, sostanzialmente, rappresentano *“l’ennesima “scissione” del mondo del lavoro italiano, destinata a perpetuarne l’asimmetria, ora fra vecchi e nuovi assunti: ancora tutelati i primi, licenziabili a costi sensibilmente ridotti i secondi.”*¹²²

Come già anticipato, le disposizioni di tale decreto si applicano ai lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015 a tempo indeterminato, che rivestono la qualifica di operai, quadri e impiegati.¹²³ Quindi, i lavoratori a tempo determinato e i dirigenti ne restano esclusi; perciò, ad essi si applica la disciplina precedente.¹²⁴

Per quanto riguarda poi i lavoratori “equiparati” ai nuovi assunti, l’art. 1, comma 2, del decreto in esame prevede che si applichino le disposizioni in esso contenute anche ai lavoratori assunti con contratto a tempo determinato o di apprendistato precedentemente al 7 marzo 2015, qualora successivamente, nella vigenza del decreto, sia avvenuta la conversione del contratto in contratto a tempo indeterminato.

Il comma 3, art. 1, prevede inoltre che le disposizioni si applicano anche a quei lavoratori assunti a tempo indeterminato prima della data di entrata in vigore del decreto (7 marzo 2015) da datori di lavoro a capo di imprese “minori” (ossia i datori di lavoro che non integrano il requisito occupazionale di cui ai commi 8 e 9, art. 18 St. Lav.), e che, in conseguenza di queste assunzioni, raggiungano tale soglia occupazionale. L’idea alla base del comma 3 è quella di *“favorire l’incremento dell’organico da parte dei datori di lavoro “minori” che, prima della riforma, potevano essere indotti a mantenerlo al di sotto della detta soglia per non dovere subire l’applicazione del regime delle conseguenze del licenziamento illegittimo di cui all’art. 18.”*¹²⁵

¹²² P. RAUSEI, *Tutto Jobs Act*, Ed. II, IPSOA, 2016, p. 3.

¹²³ Art. 1, comma 1, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23.

¹²⁴ V. par. 3.1.

¹²⁵ M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento individuale all’indomani del d.lgs. n. 23/2015*, cit., p. 10.

Il legislatore, come è accaduto con la Riforma Fornero, ha riproposto l'idea di suddividere in "livelli" il regime sanzionatorio contro i licenziamenti che si assumono illegittimi, limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori, e in specifiche ipotesi di licenziamento ingiustificato.

Inoltre, dobbiamo ricordare che la disciplina in esame non va a sostituire la precedente, ma si affianca ad essa, motivo per cui nell'analizzarla verrà fatto un confronto tra i primi tre commi dell'art. 18 St. Lav. e i primi tre commi dell'art. 2 del decreto, in quanto le fattispecie in esame sono più o meno le stesse già esaminate nell'art. 18, ma con delle differenze di dettaglio.

La tutela reintegratoria piena trova applicazione nei casi di licenziamento nullo perché discriminatorio ai sensi dell'art. 15 St. Lav. o negli altri casi di nullità "espressamente previsti dalla legge",¹²⁶ o nel caso di licenziamento intimato oralmente e quindi inefficace perché manca di forma scritta.

Nel quarto comma dell'art. 2 del decreto il legislatore ha fatto rientrare nella tutela reintegratoria piena le *"ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68."*¹²⁷

¹²⁶ L'inserimento del termine "espressamente" ha creato non pochi problemi interpretativi (infatti poi è stato eliminato dalla Corte costituzionale) perché, dal momento che il legislatore non ha indicato quali sono le ipotesi di nullità non comprese, ci si chiedeva se queste potessero essere estese, oltre alle ipotesi c.d. testuali (già citate nell'art.18) alle c.d. nullità testuali. Il legislatore, utilizzando tale termine, ha inteso escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 2 quelle ipotesi di licenziamento "virtuale", ossia intimato in violazione di una norma imperativa ma che, tuttavia, non prevede esplicitamente la sanzione della nullità. Ciò al fine di evitare che ipotesi di licenziamento ingiustificato ricadano nell'area del licenziamento nullo e godano così di una tutela più forte per il lavoratore.

Tuttavia, pende una questione di legittimità costituzionale, in quanto la Corte di Cassazione, nell'ordinanza 7 aprile 2023, n. 9530, ha chiesto alla Corte costituzionale di pronunciarsi sull'avverbio "espressamente" sottolineando la possibile violazione con l'art. 76 Cost. Tale Corte ritiene che il legislatore del Jobs Act sia andato oltre rispetto a quanto richiesto dal legislatore delegante nella legge delega 10 dicembre 2014, n. 183. Sul punto v. E. PASQUALETTO, nota a sentenza Cass. civ., Sez. lavoro, Ord., 07/04/2023, n. 9530.

¹²⁷ Nella disciplina precedente questa ipotesi era contemplata al comma 7, art. 18 St. Lav., per la quale era prevista la tutela reintegratoria attenuata.

Ciò che prevede questa tutela è analogo a quanto già previsto con la L. 92/2012, ossia il giudice ordina al datore di reintegrare il lavoratore nel suo posto di lavoro, salva la possibilità di quest'ultimo di richiedere l'indennità sostitutiva pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (la retribuzione di riferimento per il calcolo dell'indennità non è più "l'ultima retribuzione globale di fatto", come invece era previsto in precedenza). Il datore è condannato altresì al risarcimento del danno subito dal lavoratore e al pagamento dei contributi assistenziali e previdenziali.

La tutela reintegratoria è prevista anche all'art. 3, comma 2, d.lgs. 23/2015, eccezionalmente per le ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo e giusta causa (viene fatto implicito riferimento al licenziamento disciplinare) "*in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore*".

Dunque, il giudice dovrà operare una duplice valutazione: in primo luogo dovrà verificare se ricorre una giusta causa o giustificato motivo di licenziamento e, qualora accerti la mancanza di giustificatezza, dovrà poi accertare se il fatto contestato al lavoratore sia sussistente o meno. In quest'ultimo caso, cioè se il giudice dichiara illegittimo il licenziamento e venga dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto contestato, condanna il datore di lavoro a reintegrare il lavoratore e a corrispondergli un'indennità risarcitoria¹²⁸ commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (in ogni caso non superiore alle dodici mensilità).

Invece nelle ipotesi in cui non ricorrono "*gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara*

È ben chiaro il motivo di tale scelta, come sottolinea E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel "passaggio" dall'art. 18. Stat. lav. all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, in F. CARINCI, C. CESTER, (a cura di), *Il licenziamento individuale all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, cit., p. 65, "*il recesso legato all'inidoneità, sia fisica che psichica, del lavoratore è un licenziamento discriminatorio, posto che la disabilità rientra fra i motivi di differenziazione espressamente vietati al datore di lavoro dall'art. 15 Stat. lav. e, più in generale, dalla normativa antidiscriminatoria.*"

¹²⁸ Da questa va dedotto sia l'*aliunde perceptum* sia l'*aliunde percipiendum*.

*estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità.*¹²⁹ La misura dell'indennità originariamente era fissata in un minimo di 4 e un massimo di 24 mensilità, poi è stata modificata dal decreto legge 12 luglio 2018, n. 87, convertito in Legge 9 agosto 2018, n. 96 (c.d. decreto Dignità), il quale ha aumentato la soglia minima a 6 mensilità e quella massima a 36 mensilità.¹³⁰

Infine, all'art. 4 del d.lgs. 23/2015 è prevista una mera tutela indennitaria per le ipotesi di licenziamenti affetti da vizi formali (ad eccezione del licenziamento intimato in mancanza di forma scritta, come già anticipato sopra) o procedurali, ossia licenziamenti intimati in violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2, L. 604/1966 o della procedura di cui all'art.7 St. Lav. In questi casi il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro e condanna il datore al pagamento di un'indennità *“pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità.”*

3.3. INSUSSISTENZA DEL FATTO (MATERIALE E GIURIDICO)

L'obbiettivo alla base del presente paragrafo è capire quando un lavoratore destinatario di un licenziamento disciplinare possa chiedere, con speranza di successo, di essere reintegrato nel posto di lavoro. Le questioni in materia si sono poste inizialmente con la legge Fornero

¹²⁹ Art. 3, comma 1, d.lgs. 23/2015.

¹³⁰ La misura di tale indennità non va parametrata solamente all'anzianità di servizio del lavoratore, la quale viene comunque presa come base di partenza per la sua quantificazione, come afferma Trib. Roma, 19 maggio 2020, n. 2503, tuttavia detta indennità *“[...] può essere elevata dal giudice tenendo conto dei parametri indicati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 194/2018, ad esempio il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'attività economica, i comportamenti e le condizioni delle parti.”*

e, successivamente, nel diverso contesto della disciplina del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, il quale vede la reintegra come una mera eccezione.

I due presupposti per la reintegra, previsti all'art. 18, comma 4, St. Lav. sono l'”insussistenza del fatto contestato” ovvero 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”.

Per quanto riguarda l'insussistenza del fatto, si sono contrapposte due tesi: quella del fatto c.d. materiale e quella del fatto c.d. giuridico. La prima ritiene che la reintegrazione sia subordinata solamente all'insussistenza del fatto nel suo aspetto materiale, oggettivo; d'altro lato, si ritiene, invece, che la reintegrazione sia possibile, oltre che nell'ipotesi dell'insussistenza del fatto materialmente contestato al lavoratore, anche in quella della mancanza di rilevanza giuridica e disciplinare di quel fatto materialmente sussistente.¹³¹

Successivamente, il legislatore del Jobs Act, all'art. 3, comma 2, ha abbracciato (o perlomeno questa era la sua intenzione) la teoria del “fatto materiale”¹³², sancendo che il giudice dovrà disporre la reintegrazione *“esclusivamente nelle ipotesi [...] 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”*. Quindi, stando alla lettera della disposizione, la reintegra viene condizionata

¹³¹ F. CARINCI, *La querelle dottrinale e giurisprudenziale sul primo presupposto della reintegra, l'insussistenza del fatto contestato: “fatto giuridico” versus “fatto materiale”*, in F. CARINCI, C. CESTER, (a cura di), *Il licenziamento individuale all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, cit., pp. 79-81.

¹³² In merito richiamo la nota sentenza Cass. civ., Sez. lavoro, 6 novembre 2014, n. 23669, la quale sembra sostenere i fautori della tesi del “fatto materiale” affermando, per l'appunto, che *“[...] la reintegrazione nel posto di lavoro avviene solo in caso di verifica giudiziale della insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento medesimo rispetto alla quale non può esservi alcuna valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato.”*

La fattispecie in esame riguarda il licenziamento intimato ad un direttore di filiale, al quale viene contestato di essersi servito abitualmente dei propri dipendenti a suo vantaggio. In conclusione, essendo stata accertata l'occasionalità del suo comportamento, ne conseguiva che il fatto a lui contestato fosse insussistente. Ciò è stato considerato sufficiente per concedere la reintegrazione.

alla diretta dimostrazione della non sussistenza del fatto materiale contestato e viene altresì esclusa la possibilità per il giudice di effettuare un giudizio sulla proporzionalità tra il fatto materiale contestato ed il licenziamento.¹³³

Presto si è affermato l'orientamento opposto (anche se solo con riferimento all'art. 18 St. Lav.; tant'è che poi con l'introduzione dell'aggettivo "materiale" all'art. 3 D. Lgs. n.23/2015, il legislatore, consapevole dei problemi interpretativi, ha specificato che l'insussistenza del fatto debba essere intesa con riferimento alla sua materialità) che ha portato ad accogliere definitivamente la tesi del "fatto giuridico", in virtù della quale la reintegrazione si verifica non solo quando il fatto sia materialmente insussistente, ma anche quando esso, seppur verificato, non sia giuridicamente rilevante come illecito disciplinare, e che quindi non sia suscettibile di alcuna sanzione.¹³⁴

Inoltre, in virtù dell'art. 5 L. n. 604/1966, spetta al datore di lavoro l'onere della prova dell'insussistenza del fatto; per cui, dire che deve essere "*dimostrata direttamente*"¹³⁵ in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore" affinché il lavoratore possa godere della tutela reintegratoria, porta alla conseguenza che, qualora il datore di lavoro fallisca, dovrà solamente pagare un'indennità al lavoratore.

Per cui, dal momento che il lavoratore è l'unico interessato a fornire la prova dell'insussistenza del fatto ai fini di poter godere del rimedio reintegratorio, esso è onerato

¹³³ A. MANNA, *Licenziamenti disciplinari e problemi aperti sul giudizio di proporzionalità*, in Lav. Dir. Eu., 22 giugno 2023, p.16.

¹³⁴ Cass. civ., Sez. lavoro, 08/05/2019, n. 12174; Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 18/10/2022, n. 30543; Cass. civ., Sez. lavoro, 13/10/2015, n. 20540; Cass. civ., Sez. lavoro, 13/10/2015, n. 20545.

¹³⁵ Qui il legislatore non ha inteso consentire la sola prova diretta (intendendo quindi solamente la prova testimoniale o documentale), ma include anche le prove indirette (ossia quelle presuntive), altrimenti ciò violerebbe il diritto alla prova mediante qualsiasi mezzo consentito dall'ordinamento e il conseguente diritto di difesa.

a fornire una prova “diretta”¹³⁶ di tale insussistenza, “*dopo di che la reintegra finisce per essere un’eccezione... al limite dell’impraticabile.*”¹³⁷

3.4. TIPIZZAZIONE DELLE CONDOTTE DI RILIEVO DISCIPLINARE: LE PROBLEMATICHE CONNESSE AI COMMI 4 E 5 DELL’ART. 18 ST. LAV.

Come già anticipato, secondo presupposto per la reintegra previsto al 4 comma dell’art. 18 dello St. Lav. (ipotesi invece non contemplata all’art. 3, comma 2, d.lgs. 23/2015) è la punibilità del fatto contestato con una sanzione conservativa prevista dai contratti collettivi ovvero dai codici disciplinari applicati in azienda.

In precedenza¹³⁸ ho sottolineato come sia necessario tenere in considerazione le tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento presenti nei contratti collettivi. Una recente pronuncia¹³⁹ ha ribadito il carattere meramente esemplificativo dell’elencazione delle ipotesi di giusta causa presenti nei contratti collettivi, al contrario di quanto invece avviene per le sanzioni disciplinari con effetto conservativo.

È infatti centrale la questione se, ai fini dell’applicazione della tutela reintegratoria attenuata (prevista al comma 4, art. 18, St. Lav.) piuttosto di quella indennitaria forte (prevista al successivo comma 5), sia necessario che il fatto contestato al lavoratore sia specificatamente tipizzato dal contratto collettivo come passibile di una sanzione conservativa, oppure se si possa disporre la reintegrazione del lavoratore (e quindi applicare il quarto comma) anche

¹³⁶ Dal momento che la prova diretta può darsi solo in via testimoniale o documentale, si andrebbe contro il principio di potersi difendere con ogni mezzo consentito dall’ordinamento, motivo per cui non possono venire escluse le prove indirette, ossia le presunzioni; A. MANNA, *Licenziamenti disciplinari e problemi aperti sul giudizio di proporzionalità*, cit., pp. 21-22.

¹³⁷ F. CARINCI, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti: la reintegra come eccezione al limite dell’impraticabile*, in F. CARINCI, C. CESTER, (a cura di), *Il licenziamento individuale all’indomani del d.lgs. n. 23/2015*, cit., p. 87.

¹³⁸ V. capitolo 2, par. 3, p. 12.

¹³⁹ Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 28/10/2021, n. 30510.

se il fatto contestato sia previsto dal contratto collettivo con una formula generale ed elastica.¹⁴⁰

3.5. I MUTAMENTI DI ORIENTAMENTO DELLA CASSAZIONE E LA VALUTAZIONE DEL GIUDICE DELLA PROPORZIONALITÀ DEL LICENZIAMENTO

Inizialmente, a partire dalla pronuncia della Cass. civ., Sez. lavoro, 9 maggio 2019, n. 12365, si era affermato che l'accesso alla tutela reintegratoria di cui al comma 4 fosse consentito solo qualora il fatto contestato al lavoratore fosse espressamente tipizzato nel contratto collettivo come passibile di sanzione conservativa. Perciò veniva precluso l'accesso alla tutela reale a tutte quelle condotte che, seppur punibili con sanzione conservativa, fossero descritte dai contratti collettivi attraverso una clausola generale. Ne conseguiva che in assenza di una specifica tipizzazione, *“come assai di frequente e invero per lo più avviene”*,¹⁴¹ al lavoratore si riteneva spettante solo la tutela indennitaria di cui al quinto comma dell'art. 18.

L'orientamento seguito da Cass. n. 12365/19 porta alla conclusione che, solo perché una condotta non sia dettagliatamente descritta dalla contrattazione collettiva, il lavoratore può non accedere alla tutela reintegratoria e quindi rischia di perdere definitivamente il proprio posto di lavoro anche per un'infrazione di infimo rilievo; mentre può conservare il posto di

¹⁴⁰ Come osserva giustamente F. CARINCI, *La rete di sicurezza costituita dal secondo presupposto della reintegra, la riconducibilità del fatto contestato ad una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare collettivo o datoriale*, in F. CARINCI, C. CESTER, (a cura di), *Il licenziamento individuale all'indomani del d.lgs. n.23/2015*, cit., p. 82, *“[...]pretendere un millimetrico inserimento del fatto contestato in una casella del codice disciplinare che preveda una sanzione conservativa, per poter ottenere la reintegra, significherebbe scaricare sul lavoratore il costo del come a tutt'oggi è costruito un codice disciplinare collettivo.”*

¹⁴¹ S. GIUBBONI, *Licenziamento disciplinare e sindacato di proporzionalità nella giurisprudenza di legittimità*, in Lav. Dir. Eu., 22 giugno 2023, p. 8.

lavoro in ipotesi di condotte nettamente più gravi, solo perché queste sono descritte specificatamente dal contratto collettivo e punite con sanzione conservativa. Viene subito in luce il trattamento più sfavorevole rispetto a chi, pur avendo commesso infrazioni più gravi, beneficerebbe della reintegra.

Riprendendo alcuni esempi di A. Manna, certi contratti collettivi prevedono una sanzione conservativa per il lavoratore che si presenta a lavoro in stato di ubriachezza, mentre non tipizzano ipotesi quali: il modesto danno arrecato da un dipendente ad un bene aziendale di scarso valore oppure il caso in cui il soggetto si presenta a lavoro in stato confusionale a causa dell'assunzione di un farmaco poco prima di iniziare il servizio. In questi ultimi esempi al lavoratore, secondo l'orientamento poc'anzi citato, sarebbe riconosciuta una mera tutela indennitaria,¹⁴² nonostante l'evidente sproporzione della sanzione espulsiva.

Tuttavia, con la nota ordinanza 27 maggio 2021, n. 14777, la Corte di Cassazione è ritornata su questo tema, sottolineando come questo orientamento non prendesse in considerazione il fatto che *“le fattispecie punitive contemplate dai contratti collettivi non sono definite secondo una rigorosa applicazione del principio di tassatività, ma hanno in prevalenza carattere indeterminato, in relazione alla indeterminatezza degli obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà del dipendente, alla cui violazione è connesso l'esercizio del potere disciplinare”*¹⁴³

Inoltre, il fatto che i contratti collettivi non tipizzino alcune condotte come passibili di sanzione conservativa non significa che abbiano avuto l'intento di escludere queste condotte dall'area della reintegra.

¹⁴² A. MANNA, *Licenziamenti disciplinari e problemi aperti sul giudizio di proporzionalità*, cit., pp. 7-8; Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 20/05/2019, n. 13533.

¹⁴³ Come cita la presente ordinanza al punto 58.

Successivamente, la Cassazione, con sentenza 11 aprile 2022, n. 11665 ha pertanto cambiato orientamento, ritenendo “consentita al giudice la sussunzione della condotta addebitata al lavoratore ed in concreto accertata giudizialmente nella previsione contrattuale che punisca l'illecito con sanzione conservativa, anche laddove tale previsione sia espressa attraverso clausole generali o elastiche.” In altre parole, il giudice dovrà accertare se il fatto contestato al lavoratore rientri nella previsione contrattuale delle condotte punibili con sanzione conservativa, anche quando questa sia espressa tramite clausola generale o “di chiusura”¹⁴⁴. È quindi compito del giudice riempire di contenuto tale clausola. Qualora, invece, vi siano condotte tipizzate in modo specifico, non è richiesta al giudice alcuna valutazione di proporzionalità.

*“Che non si tratti di una mera precisazione, ma di una vera e propria svolta”*¹⁴⁵ è chiaro anche dagli sviluppi delle più recenti sentenze della Cassazione, la n. 13065/2022 e la n. 20780/22.

Il giudice sembra non sia chiamato a compiere un'autonoma valutazione della proporzionalità tra la sanzione e il fatto contestato, bensì solo ad effettuare un'interpretazione della clausola generale del contratto collettivo per applicarla al caso concreto, verificando se il codice disciplinare/contratto collettivo, nell'elencare le infrazioni punibili, ne preveda una al cui interno possa ricadere il fatto commesso dal lavoratore.

¹⁴⁴ Si tratta di norme formulate dal legislatore affinché non vi siano lacune di disciplina, ad esempio “e negli altri casi di pari o analoga gravità”.

¹⁴⁵ A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare e reintegrazione: l'irresistibile attrazione del Giudice per la valutazione della proporzionalità del licenziamento*, in Lav. Dir. Eu., 20 luglio 2023, p. 2.

In realtà è da ricordare che la corrispondenza tra infrazioni e sanzioni è comunque legata all'art. 2106 c.c., in virtù del quale la sanzione deve essere proporzionata alla gravità dell'infrazione,¹⁴⁶ per cui il giudice dovrà sempre verificare se la sanzione disciplinare prevista dal codice sia proporzionata all'infrazione commessa dal lavoratore. Ne deriva che, qualora il giudice ritenga che vi sia un difetto di proporzionalità, dovrà disattendere quanto previsto dal codice, anche se far questo finirebbe per costituire una grave "mortificazione"¹⁴⁷ dell'autonomia sindacale.

Alla luce di ciò, il compito del giudice è quello di interpretare un concetto già espresso dalla contrattazione collettiva e non crearne uno di nuovo.¹⁴⁸ Infatti, è solo sulla base delle previsioni dei contratti collettivi e dei codici disciplinari applicabili che si deve verificare la sussistenza dei presupposti per disporre la reintegrazione piuttosto dell'indennizzo.

Motivo per cui il giudice, se nel codice disciplinare non è contenuto alcun riferimento a determinate infrazioni e alle relative sanzioni, dovrà limitarsi ad applicare la mera tutela indennitaria ai sensi del comma 5 dell'art. 18 (non essendoci i presupposti per la reintegra) non potendosi affermare che il licenziamento è una sanzione sproporzionata.

Si potrebbe fare anche un'altra critica. Secondo questa prospettiva può venire meno la certezza del diritto, nel senso che il datore di lavoro, tutte le volte in cui un certo comportamento possa anche solo forzatamente rientrare in una clausola elastica, rischierebbe

¹⁴⁶ V. par. 2.3; Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 25/05/2017, n. 13178.

¹⁴⁷ A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare e reintegrazione: l'irresistibile attrazione del Giudice per la valutazione della proporzionalità del licenziamento*, cit., p. 5.

¹⁴⁸ Come afferma A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare e reintegrazione: l'irresistibile attrazione del Giudice per la valutazione della proporzionalità del licenziamento*, cit., p. 7, "Si tratta di una graduazione (delle sanzioni applicabili) elaborata ex ante dal contratto collettivo e che non può avvenire ex post attraverso l'apporto creativo dell'interprete. [...] Il riscontro della corretta applicazione di tale interpretazione implica che nella motivazione della sentenza che dispone la reintegrazione del lavoratore, il giudice dovrà puntualmente indicare gli elementi, attinti direttamente dal codice disciplinare, che consentono di ritenere che l'infrazione contestata al lavoratore licenziato era invece punibile con una sanzione conservativa, secondo l'attuazione del principio di proporzionalità come già eseguito dalle parti sociali attraverso la previsione del contratto collettivo."

sempre la tutela reale. Infatti, verrebbero a coincidere le fattispecie del fatto contestato con quella della punibilità dell'infrazione con la sanzione conservativa.

Se invece ci si allontana da questa visione, ci si avvicina all'art. 2106 c.c. e cioè al “*giudizio di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato*”, poiché la corrispondenza tra infrazione contestata e sanzione non avviene più sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari, le quali risultano pertanto non decisive, spettando in ogni caso al Giudice il giudizio di proporzionalità.

3.6. LA VALUTAZIONE DELLA PROPORZIONALITÀ NEL REGIME DEL D. LGS. N. 23/2015

Come è noto, e già sottolineato in precedenza¹⁴⁹, l'introduzione della disciplina sul contratto a tutele crescenti ha portato ad importanti conseguenze.

Infatti, l'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015, oltre ad aver ridotto l'indennità spettante al lavoratore nel caso in cui si sia accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo o giusta causa, ha soprattutto ristretto l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria, che è stata circoscritta ai casi in cui venga “direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore”.

È altresì scomparso il riferimento alle condotte punibili tipizzate dalla contrattazione collettiva ovvero dai codici disciplinari.

Ulteriore cambiamento rilevante che possiamo ravvisare dalla lettura della norma appena citata è l'espressione “*restando estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento*”. Dunque, viene esclusa la possibilità per il giudice di effettuare il giudizio

¹⁴⁹ V. par. 3.2.

sulla proporzionalità tra il fatto contestato e la sanzione. Perciò sembra che un licenziamento sproporzionato, perché intimato a seguito di una condotta di modesto rilievo, ad esempio un ritardo di pochi minuti, nel nuovo sistema sia idoneo a far cessare il rapporto di lavoro. Sembrerebbe, quindi, non essere rilevante la maggiore o minore gravità dell'infrazione, ritenendosi sufficiente l'esistenza del fatto materiale per far sì che il datore possa "cavarsela", pagando solamente l'indennità.¹⁵⁰ Questo non è però chiaramente in linea con quanto enunciato all'art. 2106 c.c., in virtù del quale la sanzione deve essere proporzionata alla gravità dell'infrazione.

Possiamo inoltre osservare alcuni profili critici della norma, che potrebbero condurre a conseguenze devianti rispetto alle intenzioni restrittive (di tutela) che avevano animato il legislatore del Jobs Act.

Come sostenuto dalla dottrina, gli atti unilaterali sono tipici.¹⁵¹ Anche il licenziamento è un atto unilaterale tipico e, in quanto tale, deve essere provvisto di una causa che venga identificata nella legge.

Se, come osservato da A. Manna¹⁵², l'art. 3 d.lgs. n. 23/2015 consente di intimare un licenziamento disciplinare anche per un inadempimento di poco conto o, addirittura, senza che vi sia inadempimento, e cioè senza che vi sia giusta causa o giustificato motivo, l'atto risulterebbe mancante di causa.

¹⁵⁰ S. GIUBBONI, A. COLAVITA, *La valutazione della proporzionalità nei licenziamenti disciplinari: una rassegna ragionata della giurisprudenza, tra legge Fornero e Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona IT – 334/2017, p. 16, afferma: "Evidentemente il legislatore del Jobs Act [...] ribadendo con una baldanza senza precedenti nella storia legislativa dei licenziamenti la linea di fondo della propria politica del diritto del lavoro: la limitazione della discrezionalità del giudice nella scelta dei rimedi sanzionatori applicabili, al fine di rendere più contenuti e prevedibili per il datore di lavoro i costi del licenziamento illegittimo."

¹⁵¹ Ossia producono effetti nei soli casi espressamente previsti dalla legge.

¹⁵² A. MANNA, *Licenziamenti disciplinari e problemi aperti sul giudizio di proporzionalità*, cit., pag. 22-24.

Continua argomentando che il fatto di precludere al giudice la possibilità di effettuare una valutazione circa la sproporzione del licenziamento, significa negargli la possibilità di accertare se vi sia stato inadempimento e, eventualmente, in qualche misura. Questo significa, quindi, impedire di accertare che il licenziamento sia funzionale alla propria causa.

Di certo non si può nemmeno lasciare in piedi un negozio per incertezza sull'esistenza della causa, dal momento che il difetto di causa comporta la nullità di esso.

Ne deriva che la nullità del licenziamento comporta l'applicazione della tutela reintegratoria piena ai sensi del comma 1, art. 2, d.lgs. n. 23/2015, e non di una mera tutela indennitaria. È lampante come una tale conclusione finisca per “depotenziare la portata innovativa della riforma del 2015.”¹⁵³

Come ho già illustrato precedentemente, l'art. 3 del decreto in esame, oltre ad aver ristretto l'area di applicazione della tutela reintegratoria, ha anche ridotto l'entità dell'indennità spettante al lavoratore qualora risulti accertato che non sussistano gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo. Tale indennità non è stata solo ridotta rispetto al regime precedente, ma anche predeterminata, al fine di evitare qualsiasi valutazione ad opera del Giudice, potendo così rendere certi i costi del licenziamento per il datore di lavoro. Ne consegue che la valutazione *ex ante* della proporzionalità della sanzione finisce per essere un passaggio fondamentale ai fini del giudizio sulla gravità del fatto.

Inoltre, dal momento che il licenziamento produce l'effetto di togliere al lavoratore il suo posto di lavoro (essendo la principale, se non l'unica, fonte di sostentamento per lui e la sua

¹⁵³ S. GIUBBONI, A. COLAVITA, *La valutazione della proporzionalità nei licenziamenti disciplinari: una rassegna ragionata della giurisprudenza, tra legge Fornero e Jobs Act*, cit., p. 20.

famiglia), la giurisprudenza è ora più disponibile a prendere in considerazione i ricorsi per i licenziamenti discriminatori o nulli, ricorsi che sono invero molto più frequenti rispetto al passato.¹⁵⁴

¹⁵⁴ F. CARINCI, C. CESTER, (a cura di), *Il licenziamento individuale all'indomani del d.lgs. n.23/2015*, cit., p. 90.

BIBLIOGRAFIA

BARASCHI F., PROIETTI M., *Il licenziamento per scarso rendimento del dipendente*, GIUFFRÉ, 2018.

BARASSI L., *Il diritto del lavoro*, GIUFFRÉ, 1957.

BARON L., *Condotte extra-lavorative penalmente rilevanti e licenziamento ex art. 2119 c.c. – le condotte extra-lavorative nel prisma della “giusta causa”*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 10, 1° ottobre 2019.

BASILICO M., BRACCI D., DI PAOLA L., FEDELE I., MIMMO G., SORDI P., *Il licenziamento*, Seconda edizione, GIUFFRÉ, 2019.

BRUN S., *Il rapporto di lavoro subordinato*, CEDAM, 2020.

CARINCI F., *Il licenziamento disciplinare*, in “*Il licenziamento individuale all’indomani del d.lgs. n. 23/2015*”, a cura di CARINCI F., CESTER C., ADAPT University Press, 2015, pp. 73-93.

CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., TREU T., *Diritto del Lavoro*, Vol. II – *Il rapporto di lavoro subordinato*, XI edizione, UTET Giuridica, 2022.

CEDONE C., DI PAOLA L., *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, GIUFFRÉ, 2010.

COLAVITA A., GIUBBONI S., *La valutazione della proporzionalità nei licenziamenti disciplinari: una rassegna ragionata della giurisprudenza, tra legge Fornero e Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona IT – 334/2017.

DIAMANTI R., *Commento all’art. 2119 c.c.*, pp. 49-51.

FERRANTE V., *Fondamenti e natura del potere disciplinare*, in “*Il potere disciplinare del datore di lavoro*”, a cura di MAINARDI S., UTET Giuridica, 2021, p. 5.

GIUBBONI S., *Licenziamento disciplinare e sindacato di proporzionalità nella giurisprudenza di legittimità*, in Lav. Dir. Eu., 22 giugno 2023.

MANNA A., *Licenziamenti disciplinari e problemi aperti sul giudizio di proporzionalità*, in Lav. Dir. Eu., 22 giugno 2023.

MARESCA A., *Licenziamento disciplinare e reintegrazione: l’irresistibile attrazione del Giudice per la valutazione della proporzionalità del licenziamento*, in Lav. Dir. Eu., 20 luglio 2023.

PASQUALETTO E., *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel “passaggio” dall’art. 18. Stat. lav. all’art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, in “*Il licenziamento individuale all’indomani del d.lgs. n. 23/2015*” a cura di CARINCI F., CESTER C., ADAPT University Press, 2015, pp. 48-71.

PASQUALETTO E., nota a sentenza Cass. civ., Sez. lavoro, Ord., 07/04/2023, n. 9530.

PATRIZI A., EBREO A., *Il licenziamento disciplinare*, GIUFFRÉ, 2019.

PERA G., *La cessazione del rapporto di lavoro*, CEDAM, 1980.

PISANI F., in *Licenziamento per scarso rendimento mascherato da licenziamento disciplinare*, ADL, n. 3, 1° maggio 2017.

PROIA G., *Manuale di Diritto del Lavoro*, III edizione, CEDAM, 2020.

RAUSEI P., *Tutto Jobs Act*, Ed. II, IPSOA, 2016.

SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di Diritto del Lavoro*, JOVENE, 1995.

TREMOLADA M., *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in “*Il licenziamento individuale all’indomani del d.lgs. n. 23/2015*”, a cura di CARINCI F., CESTER C., ADAPT University Press, 2015, pp. 2-28.

GIURISPRUDENZA

Appello Torino, sentenza n. 403/2007.

Cass., 6 maggio 1977, n. 1752.

Cass., S.U., 28 marzo 1981, n. 1781.

Sentenza Corte costituzionale, 30 novembre 1982, n. 204.

Cass. civ., Sez. lavoro, 04/02/1988, n. 1177.

Cass. civ., Sez. lavoro, 11/06/1988, n. 4009.

Cass. civ., Sez. lavoro, 24/01/1990, n. 412.

Cass. civ., Sez. lavoro, 13/02/1990, n. 1045

Cass., 13 febbraio 1990, n. 1040.

Cass. civ., Sez. lavoro, 24/04/1991, n. 4484.

Cass., 25 agosto 1993, n. 8956.

Cass. civ., Sez. lavoro, 18/02/1995, n. 1747

Cass. civ., Sez. lavoro, 04/11/1995, n. 11500

Cass. civ., Sez. lavoro, 23/02/1996, n. 1434.

Corte Cost., 23 febbraio 1996, n. 44.

Cass. civ., Sez. lavoro, 09/08/1996, n. 7370.

Cass. civ., Sez. lavoro, 15/09/1997, n. 9173.

Cass. civ., Sez. lavoro, 16/02/1998, n. 1604.

Cass. civ., Sez. lavoro, 29/04/1998, n. 4395.

Cass., 21 maggio 1998, n. 5103.

Cass. civ., Sez. lavoro, 24/05/1999, n. 5048

Cass. civ., Sez. lavoro, 04/09/1999, n. 9354

Cass. civ., Sez. lavoro, 26/05/2000, n. 6900

Cass. civ., 30/08/2000, n. 11430.

Cass. civ., Sez. lavoro, 28/10/2000, n. 14257.

Cass. civ., Sez. lavoro, 19/12/2000, n. 15919.

Cass. civ., Sez. lavoro, 05/01/2001, n. 107.

Cass. civ., Sez. lavoro, 16/05/2001, n. 6737.

Cass. civ., Sez. lavoro, 03/02/2003, n. 1562.

Cass., sent. n. 3250 del 5 marzo 2003.

Cass. 7 aprile 2003, n. 5434.

Cass., 12 aprile 2003, n. 5855.

Cass. civ., Sez. Unite, 07/05/2003, n. 6900.

Cass. civ., Sez. lavoro, 27/05/2004, n. 10201.

Cass. civ., Sez. lavoro, 27/05/2004, n. 10201.

Cass. civ., Sez. lavoro, 16/08/2004, n. 15932.

Cass. civ., Sez. lavoro, 29/09/2005, n. 19053.

Cass. civ., Sez. lavoro, 10/01/2007, n. 247.

Corte d'Appello Potenza, Sez. lavoro, 28/09/2007, n. 666.

Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 23/10/2007, n. 22236.

Corte d'Appello Bologna, Sez. lavoro, 07/04/2009.

Cass. civ., Sez. lavoro, 30/12/2009, n. 27840.

Cass. 13 giugno 2012, n.9644.

Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 10/09/2013, n. 20719.

Cass. 3 ottobre 2013, n. 22626.

Cass. 11 novembre 2013, n. 2531.

Cass. civ., Sez. lavoro, 18/03/2014, n. 6222.

Cass. civ., Sez. lavoro, 26/03/2014, n. 7105.

Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 06/06/2014, n. 12806.

Cass. 29 agosto 2014, n.18462.

Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 04/09/2014, n. 18678

Cass. civ., Sez. lavoro, 6 novembre 2014, n. 23669.

Cass. 7 maggio 2015, n. 9223.

Cass. civ., Sez. lavoro, 06/08/2015, n. 16524

Cass. civ., Sez. lavoro, 13/10/2015, n. 20540.

Cass. civ., Sez. lavoro, 13/10/2015, n. 20545.

Cass. 16 ottobre 2015, n. 21017.

Cass. 29 ottobre 2015, n. 22150.

Cass. 22 febbraio 2016, n. 3416.

Cass. civ., Sez. lavoro, 19/09/2016, n. 18317

Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 24/11/2016, n. 24023

Cass. civ., Sez. lavoro, 29/03/2017, n. 8131.

Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 25/05/2017, n. 13178.

Cass. civ., Sez. VI - Lavoro, Ordinanza, 16/04/2018, n. 9339.

Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 24/10/2018, n. 27004.

Cass. civ., Sez. VI - Lavoro, Ordinanza, 07/11/2018, n. 28492

Cass. 11 febbraio 2019, n. 3896.

Cass. civ., Sez. lavoro, 08/05/2019, n. 12174.

Cass. civ., Sez. lavoro, 9 maggio 2019, n. 12365.

Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 20/05/2019, n. 13533.

Cass., 27 febbraio 2020, n. 5406.

Trib. Roma, 19 maggio 2020, n. 2503.

Cass. civ., Ordinanza 27 maggio 2021, n. 14777.

Tribunale Taranto, Sez. lavoro, Sentenza, 01/06/2021, n. 1415.

Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 28/10/2021, n. 30510

Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 28/10/2021, n. 30510.

Cass. civ., Sez. lavoro, 02/11/2021, n. 31065

Cass. civ., sentenza 11 aprile 2022, n. 11665.

Cass. civ., sentenza 26 aprile 2022, n. 13065.

Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 27/05/2022, n. 17288.

Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 14/06/2022, n. 19165.

Cass. civ., sentenza 28 giugno 2022, n. 20780.

Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 18/10/2022, n. 30543.

Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 15/03/2023, n. 7467.

Tribunale Sulmona, Sez. lavoro, Sentenza, 30/03/2023, n. 80.

Corte d'Appello Lecce, Sez. lavoro, Sentenza, 19/04/2023, n. 324.

NORMATIVA

Art. 1628 c.c. del 1865.

Regio Decreto-Legge 13 novembre 1924, n. 1825, convertito in legge 18 marzo 1926, n. 562.

Art. 2118 c.c.

Art. 2119 c.c.

Art. 2104 c.c.

Art. 2105 c.c.

Art. 2106 c.c.

Legge 15 luglio 1966, n. 604.

Legge 20 maggio 1970, n.300.

Legge 11 maggio 1990, n.108.

Art. 30, Legge 4 novembre 2010, n. 183.

Legge 28 giugno 2012, n. 92.

D. Lgs. 4 marzo 2015, n. 23.

Art. 63 comma 2-bis T.U.P.I.