

Sulla valutazione di proporzionalità nel licenziamento disciplinare

di Alberto Piccinini¹

1. Le due recenti sentenze del Tribunale del lavoro di Bologna in commento ci consentono di fare il punto sullo stato della giurisprudenza in materia di licenziamento disciplinare, per capire quando la «sussistenza del fatto» che viene contestato incide non solo nella valutazione della proporzionalità del provvedimento, ma anche sulle conseguenze sanzionatorie: in particolare se e quando alla pronuncia di illegittimità del licenziamento può far seguito la reintegrazione nel posto di lavoro.

Fermo restando il limite dimensionale dei 15 dipendenti – al di sotto del quale la sanzione era, anche prima della legge Fornero (2012), solo economica e modesta (da 2,5 a 6 mensilità), ed è rimasta tale con la l. n. 92/2012 e dopo il *Jobs Act* (2015) – il problema su cui vorremmo porre l'attenzione, oggetto di entrambe le pronunce in commento, è relativo all'ipotesi di un licenziamento irrogato per comportamenti di scarsa o nulla gravità.

Al giudice viene attribuito dalla legge (art. 2106 c.c.) il potere di valutare la proporzionalità del provvedimento, ma mentre prima della Legge Fornero egli, se riteneva il licenziamento una punizione sproporzionata rispetto alla «colpa» commessa, disponeva automaticamente il reintegro, oggi per farlo deve anche valutare se c'è «insussistenza del fatto contestato» o «il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili» (art. 18, c. 4, l. n. 300/1970) per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 o «insussistenza del fatto materiale» con espressa esclusione di «ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento» (art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015) per gli assunti successivamente.

L'aggiunta dell'aggettivo «materiale» da parte del legislatore del *Jobs Act* voleva essere il punto di approdo di un confronto giurisprudenziale aperto proprio da una pronuncia del Tribunale di Bologna dell'ottobre 2012² relativa al caso di un dipendente licenziato per aver scritto in una mail «Parlare di pianificazione nel nostro Gruppo è come parlare di psicologia con un maiale».

Il giudice, pur accertando che il fatto storico si era verificato (vi era prova documentale...) distinguendo tra «fatto giuridico» e «fatto materiale», aveva disposto la reintegrazione.

L'approdo della dottrina e della giurisprudenza prevalente del successivo biennio era stato nel senso di accogliere tale distinzione e conseguentemente non considerare sufficiente la materialità del fatto. Tutto cambia con la pubblicazione della sentenza della Corte di Cassazione n. 23699 del 6 novembre 2014 che letteralmente dichiara: «Il nuovo art. 18 ha tenuto distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione. La *reintegrazione* trova ingresso in relazione alla *verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale* posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si

¹ Avvocato in Bologna

² Ordinanza del dott. M. Marchesini, definita «L'ormai nota e capofila Trib. Bologna 15 ottobre 2012» da M. Biasi, *Il nuovo art. 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio* (in *Arg. dir. lav.*, n. 6/2013). Il provvedimento è stato commentato in molte riviste.

risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, *con la conseguenza che esula* dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione *ogni valutazione attinente* al profilo della *proporzionalità* della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato» (il corsivo è mio).

È di tutta evidenza come tale decisione abbia ispirato il legislatore del *Jobs Act* che, pochi mesi dopo, in attuazione della legge delega n. 183 del 10 novembre 2014, ha appunto aggiunto l'aggettivo «materiale» al fatto-requisito per «dare ingresso» alla reintegrazione. Ma non ha scoraggiato la giurisprudenza del Supremo Collegio che, in contrasto con la citata, isolata decisione, ha consolidato il diverso orientamento interpretativo dell'art. 18 secondo cui, perché possa escludersi la reintegrazione, è necessaria «anche» l'antigiuridicità del fatto, e cioè «l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, sicché in tale ipotesi si applica la tutela reintegratoria, senza che rilevi la diversa questione della proporzionalità tra sanzione espulsiva e fatto di modesta illiceità» (v. per tutte Cass. 23 maggio 2019 n. 14054).

Di più: la Corte ha esteso tale interpretazione anche alla più restrittiva formulazione del decreto legislativo del 2015: «ai fini della pronuncia di cui all'art. 3 comma 2, D.lgs. nr. 23 del 2015, l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, comprende non soltanto i casi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità, *ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia rilievo disciplinare*» (Cass. 8 maggio 2019, n. 12174) (il corsivo è mio).

2. In entrambi i casi affrontati dal Tribunale di Bologna può dirsi che il fatto materiale sussistesse ed è stata effettuata una valutazione di proporzionalità della sanzione, valutazione particolarmente approfondita e motivata nella sentenza relativa al «furto di lieve entità» che comunque, per dimensioni occupazionali e per essere il licenziamento in regime di *Jobs Act*, ha comportato il solo pagamento di un'indennità pari a tre mensilità, oltre al preavviso.

Nel secondo caso ci troviamo di fronte, invece all'ipotesi tipica di un «fatto materiale» in regime Fornero, con azienda sopra i 15 dipendenti, in cui la scelta sarebbe, una volta ritenuta l'illegittimità del licenziamento per mancanza di giusta causa, tra la reintegrazione prevista dal comma 4 dell'art. 18 e l'indennità risarcitoria prevista, per «le altre ipotesi» dal comma 5.

Ed è sul criterio di proporzionalità, indispensabile per approdare alla scelta tra le due opzioni, che si vuole fare una riflessione, per capire quanto sia «diversa» la questione della rilevanza disciplinare da quella sulla proporzionalità tra sanzione espulsiva e fatto di modesta illiceità.

La battaglia per una interpretazione estensiva della formulazione «il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applica-

bili» sembrerebbe – allo stato – perduta³, ferma restando la mia personale convinzione che, nell'impossibilità per i CCNL di contemplare tutte le ipotesi di mancanze di minor rilievo, il criterio di ragionevolezza richiamato dall'art. 1365 c.c. imporrebbe una operazione ermeneutica tesa a ricomprendere ipotesi non previste negli elenchi esemplificativi⁴.

Ma, purtroppo, si è consolidato il principio per cui «solo ove il fatto contestato e accertato sia *espressamente* contemplato da una previsione di *fonte negoziale* vincolante per il datore di lavoro, *che tipizzi la condotta* del lavoratore come punibile con sanzione conservativa, il licenziamento sarà non solo illegittimo ma anche meritevole della tutela reintegratoria prevista dall'art. 18 novellato, comma 4», mentre non è «consentito al giudice, in presenza di una condotta accertata che *non rientri in una di quelle descritte dai contratti collettivi* ovvero dai codici disciplinari come punibili con sanzione conservativa, applicare la tutela reintegratoria operando una *estensione non consentita*, per le ragioni suesposte, *al caso non previsto* sul presupposto del *ritenuto pari disvalore disciplinare*» (il corsivo è mio) (v. per tutte Cass. n. 14064/2019; conformi, *ex plurimis*, Cass. n. 2238/2020; Cass. n. 1891/2020).

E – si aggiunge – il rischio di abuso consapevole del potere disciplinare «implica una sicura e chiaramente intellegibile conoscenza preventiva, da parte del datore di lavoro, della illegittimità del provvedimento espulsivo derivante...» in quanto il legislatore avrebbe espresso una «esigenza di prevedibilità delle conseguenze circa i comportamenti tenuti dalle parti del rapporto» (Cass. n. 12365/2019, richiamata da Cass. 1891/2020 e da altre).

L'interpretazione adottata dalla Cassazione sembra non considerare che, nel voler garantire al datore la possibilità di conoscere con certezza le conseguenze di un recesso che potrebbe essere volutamente pretestuoso, lo si può incentivare nel facile compito di individuare un comportamento qualsiasi di condotta di scarso valore disciplinare non ricompreso nella casistica delle sanzioni conservative contemplata dal CCNL (come, ad esempio, rivolgere ad un collega una frase ironica: v. sentenza Trib. Bologna 3 febbraio 2021).

In tema, mi preme evidenziare che la Corte Costituzionale, nel valutare la costituzionalità dell'art. 2, c. 1 del d.lgs. n. 23/2015, dopo aver richiamato la «palese la volontà del legislatore di predeterminare compiutamente le conseguenze del licenziamento illegittimo, in conformità al principio e criterio direttivo dettato dalla legge di delegazione di prevedere un indennizzo economico «certo»» ha stabilito che «tale disposizione, nella parte in cui determina l'indennità in un «importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio», contrasta anzitutto, con il principio di eguaglianza, sotto il profilo dell'ingiustificata omologazione di situazioni diverse» (Corte Cost. 8 novembre 2018, n. 194).

³ Parimenti perduta sembra la possibilità di inserire, nei rinnovi dei CCNL, dopo l'elencazione delle infrazioni punite con sanzioni conservative, una formuletta «di chiusura» che abbia un contenuto analogo a questo: «... ogni altro fatto di gravità analoga alle ipotesi di infrazioni riportate, a titolo meramente esemplificativo, nelle precedenti lettere, secondo una valutazione di proporzionalità e con criterio di ragionevolezza». L'ho potuto toccare con mano in occasione del recentissimo rinnovo del CCNL Metalmeccanici, in cui temi più importanti hanno focalizzato la negoziazione, non lasciando spazio alle marginali preoccupazioni di noi giuristi.

⁴ Sia consentito un rinvio a https://www.questionegiustizia.it/articolo/licenziamenti-disciplinari-e-contrattazione-collettiva-tra-realta-e-immaginazione_23-07-2019.php.

In ogni caso resto convinto che l'approdo cui è pervenuta la Corte di Cassazione sia, oltre che profondamente ingiusto, anche irrazionale, e si danno due soluzioni.

3. La prima soluzione riconduce la valutazione della proporzionalità nell'alveo della sussistenza del fatto disciplinarmente rilevante.

È evidente che per poter affermare che il fatto è sussistente ma privo di rilevanza giuridica, sia necessaria una valutazione della sua sostanziale apprezzabilità sotto il profilo disciplinare, secondo i criteri, necessariamente generici, di cui agli artt. 2119 c.c. e 3, l. n. 604/1966: è quello che viene definito il «giudizio di sussunzione», la verifica da parte del giudice della rispondenza del caso concreto con la previsione generica.

Ma, per farlo, resta imprescindibile per il Giudice indagare sugli elementi ulteriori (come la gravità del danno e/o della rilevanza dell'inadempimento) che concorrono a caratterizzare «il fatto materiale» soggetto ad accertamento; sicché anche in tale ipotesi la tutela reintegratoria deriva, in ultima analisi, da una valutazione in ordine alla proporzionalità del licenziamento in rapporto al fatto.

L'indagine della fattispecie concreta porta quindi anche alla qualificazione giuridica del fatto stesso: ad esempio la Corte d'Appello di Torino in una recente decisione ha considerato non rientrare nella figura dell'«appropriazione indebita» – termine usato dalla società che aveva intimato un licenziamento per giusta causa – l'asportazione di un monopattino rinvenuto nella spazzatura dell'azienda (App. Torino Sez. Lav. 10 gennaio 2019, n. 15).

La corte torinese ha ritenuto quell'oggetto un bene privo di valore economico e conseguentemente non equiparabile a «beni aziendali» – per il furto dei quali il regolamento aziendale prevede il recesso in tronco – e disposto la reintegra, diversamente dal giudice di primo grado che, pur considerando illegittimo il licenziamento in considerazione del trascurabile valore economico del bene, aveva condannato la società al pagamento di un indennizzo di 18 mensilità.

Non sembrerebbe dunque necessario operare un procedimento «bifasico», con una prima fase di qualificazione della fattispecie (ossia di accertamento di legittimità o di illegittimità del licenziamento intimato e della sua natura) e una seconda, eventuale, di selezione del regime di tutela, se indennitaria ovvero reintegratoria, nel cui solo ambito si prenderebbero in esame le previsioni di sanzioni «proporzionate» espressamente elencate nel CCNL.

Perché è già nella valutazione della causa giustificativa del licenziamento – e quindi dell'inadempimento – che si deve necessariamente indagare sulla gravità del fatto, anche attraverso l'esame di tutte le circostanze oggettive e soggettive, ivi comprese le «attenuanti»: ed una volta accertato che l'inadempimento non è «notevole» deve dedursi che il fatto contestato non abbia rilievo disciplinare: ergo non sussiste.

Si può quindi così uscire dal vicolo cieco in cui la Corte di Cassazione spinge l'interprete impedendogli di effettuare – ai fini della reintegra – una valutazione di «equivalenza» tra infrazioni lievi tipizzate nei CCNL e infrazioni lievi non tipizzate. Anche considerando che il Supremo Collegio, in termini poco coerenti, ha recentemente (Cass. 10 luglio 2020 n. 14811) ritenuto che il Giudice possa applicare il principio di proporzionalità, *«senza considerarsi vincolato al rispetto delle esplicite previsioni pattizie, ma per*

giustificare un licenziamento in fattispecie per cui era prevista una sanzione conservativa», e ciò in spregio dell'art. 10, l. n. 604/1966 e dell'art. 30, c. 3, l. n. 183/2010⁵.

La distinzione, infatti, fra la «questione della proporzionalità tra sanzione espulsiva e fatto di modesta illiceità» e la «valutazione della illiceità/antigiuridicità della condotta» corre sul filo, tant'è che i due giudici del Tribunale di Bologna che in primo grado hanno valutato la proporzionalità del licenziamento intimato per aver chiesto a un collega se voleva un caffè hanno, nelle due diverse fasi, deciso in senso difforme (forse perché il CCNL non prevedeva per tale «infrazione» una sanzione conservativa?), analogamente ai giudici di Torino che hanno valutato il caso del monopattino.

Quanto al caso del «furto» di birra e patatine del valore di due euro, anche se fosse rientrato in regime di stabilità, avrebbe trovato un espresso ostacolo, oltre che nel mancato richiamo alla contrattazione collettiva da parte dell'art. 3, c. 2 del d.lgs. n. 23/2015, nell'esplicita previsione normativa secondo cui ai fini della reintegra «*resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento*».

Conclusivamente sarebbe più semplice e più logico ritenere che – quantomeno nell'ambito di applicazione della legge Fornero – l'esercizio della giurisdizione possa comprendere, in un'unica valutazione, l'esame del fatto (attraverso, anche, il criterio di proporzionalità), la sua qualificazione (di antigiuridicità o meno) per giungere a ritenere che il fatto/inadempimento di scarsa gravità sia privo di significativo rilievo disciplinare, e conseguentemente insussistente.

In tal modo si riuscirebbe a conciliare l'attuale formulazione dell'art. 18, l. n. 300/1970 con i principi dell'ordinamento, ed in particolare con quello che emerge dal combinato disposto dell'art. 3, l. n. 604/1966 – secondo cui, perché il licenziamento per motivo soggettivo sia giustificato, l'inadempimento deve essere «notevole» – con l'art. art. 1455 c.c., per cui «il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra».

4. La seconda soluzione è per la dichiarazione di incostituzionalità della norma.

Non possiamo ignorare che la «prima soluzione» sopra proposta si ponga in contrasto con l'orientamento dei giudici di legittimità ampiamente consolidato. Ma è anche vero che un orientamento è vincolante per il giudice comune solo se non appaia in contrasto con la Costituzione: in tale ipotesi continua a non essere esclusa la facoltà di una diversa lettura.

Se però si dovesse ritenere di non poter rimediare all'interpretazione dell'articolo 18 legge n. 300/1970 sulla quale si è arroccata la Corte di cassazione e a superare le disposizioni del Jobs Act – che testualmente e consapevolmente parlano di *fatto materiale* ed affermano che ai fini della reintegra «*resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento*» – *non resta altra strada che* il giudizio di costituzionalità.

⁵ Il rilievo è necessario, anche se imbarazza il fatto che il caso affrontato dalla Corte era, oltre che complesso, particolarmente sgradevole (molestie sessuali da parte di un dipendente con funzioni dirigenziali in un colloquio che poteva essere finalizzato ad un'assunzione).

È l'identico contesto che si è trovato ad affrontare Il Tribunale ordinario di Catania che – a fronte di numerose e univoche pronunce dei giudici di legittimità che ritenevano di non poter superare «l'inequivoco tenore letterale» della disposizione – con ordinanza del 17 maggio 2019, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 6, secondo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604 (Norme sui licenziamenti individuali), nella parte in cui non prevede che l'impugnazione stragiudiziale di cui al primo comma della stessa disposizione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di centottanta giorni, oltre che dagli adempimenti ivi indicati, anche dal deposito del ricorso cautelare *ante causam* ex artt. 669-bis, 669-ter e 700 del codice di procedura civile.

La Corte costituzionale, pur ritenendo – presumibilmente – che i parametri costituzionali posti a base dell'ordinanza avrebbero potuto essere approfonditi e recepiti in via ermeneutica dalla Corte di cassazione (forse condizionata, nelle varie decisioni, dall'aver esaminato fattispecie diverse dal caso dell'impugnazione di un trasferimento) ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale e accolto la disposizione proposta dal giudice remittente (Corte cost. 10.10.2020 n. 212).

Per quanto riguarda il nostro caso, escludere che il giudice possa svolgere la sua funzione di valutazione di contratti collettivi di diritto comune (o addirittura di codici disciplinari) ai fini della continuazione *de facto* del rapporto, appare irragionevole alla luce del particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro (artt. 1, primo comma, 4 e 35 Cost.), per realizzare un pieno sviluppo della personalità umana (sentenza n. 163 del 1983, punto 6. del Considerato in diritto).

L'interpretazione restrittiva dell'art. 18 con riferimento alle sanzioni conservative ai fini della continuazione *de facto* del rapporto comporta, oltre che la violazione del principio di effettività della tutela del lavoro, anche una irrazionalità della disciplina, in quanto provoca un trattamento differenziato di situazioni analoghe. Anzi, paradossalmente, un fatto lieve non regolato a livello disciplinare dovrebbe subire un trattamento più sfavorevole rispetto a un caso più grave espressamente punito con sanzione conservativa. E ciò si pone in violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione.

Non mi sfugge che, per gli operatori del diritto che hanno come obiettivo prioritario conseguire per i loro assistiti risultati concreti in tempi brevi, il rinvio alla Corte Costituzionale possa comportare un ritardo nella risposta alla domanda di giustizia: e per questa ragione, nei nostri atti, offriamo tale soluzione come subordinata alla impossibilità di accogliere la domanda come prospettata nella «prima soluzione» e/o per l'ipotesi che non trovi spazio una interpretazione estensiva delle previsioni contrattuali di sanzioni conservative.

Ove, però, il giudice ritenesse di non poter rimediare in via interpretativa alle iniquità denunciate, dovrebbe quantomeno dubitare della costituzionalità dell'art. 18 St. Lav. come modificato dall'art. 1, c. 42, l. n. 92/2012, nella parte in cui prevede la reintegrazione quando «il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili», se interpretato nel senso di escludere che dette previsioni possano costituire un parametro valutativo di proporzionalità ex art. 2106 cc. Ed analogamente provvedere nei confronti dell'art. 3 comma 2 del d.lgs. n. 23/2015.