

Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore

(in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)

Sommario: 1. Il re è nudo – 2. L'innovatore: un legislatore imprevidente – 3. Il conservatore: un giudice prudente – 4. Una decisione non fa giurisprudenza?

1. Vorrà pur dire qualcosa che non sia possibile dare un padre “tecnico” al nuovo art. 18 St. Lav.¹, tant'è che qualche collega ha ritenuto ingiurioso il solo sospetto di averci messo mano. Di dritto e di rovescio, comunque lo si giri, rimane “quer pasticciaccio brutto dell'art. 18”², un testo nato male e confezionato peggio, che pure chi considerava opportuno ripensare il regime attuale del licenziamento individuale, auspica abbia a cadere sotto la mannaia del *referendum* abrogativo. Ma, per l'istante, c'è, almeno, un lungo biennio da attendere, noi tutti consegnati ad una giurisprudenza di merito che, come testimonia questa prima ordinanza del Tribunale di Bologna, si prospetta all'insegna di una continuità sostanziale, ma con una forzatura rispetto alla finalità perseguita dalla legge, sì da produrre la madre di ogni incertezza, quale data dalla delegittimazione della stessa fonte regolativa. E, per il seguito, se il Governo che verrà, finalmente confortato da un consenso popolare, non ci metterà rimedio, il probabile risultato positivo del *referendum* seppellirà per un lungo tratto di tempo a venire ogni ripensamento ragionevole del vecchio sistema, novello Lazzaro risuscitato tale e quale.

Non me ne vorrà il primo e principale *defensor fidei*, Pietro Ichino, se, a mio giudizio, il “nato male” lo trova come principale corresponsabile, perché troppo tempo è stato perduto nell'inseguimento di quell'autentico soggetto mitologico noto come “contratto unico”, cui ricondurre un rapporto apparentemente stabile, a tempo indeterminato, ma sostanzialmente flessibile, risolubile *ad nutum* dietro pagamento di un indennizzo forfettario³. Tant'è che, alla fine, si è ripiegato sul prosaico esistente, effettuando quell'innesto sulle “causali” del licenziamento lasciate indifferenziate, di “causali” della tutela differenziate in ragione della “colpa” del datore di lavoro, tanto improvvisato ed approssimato da renderne altamente probabile il rigetto.

Di sdoppiamento del processo esegetico così richiesto al giudice parla l'altro *defensor fidei*, Arturo Maresca, il quale, in un saggio lucido e serrato, sostiene esistere un *continuum* logico qui riassumibile come segue: un primo accertamento a raggio ampio, con ad argomento le “causali” del

¹ Sulla riforma “Fornero” mi permetto di rinviare qui ad un mio primo commento a caldo del disegno di legge, F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2012, 6, pag. 529 e segg., nonché, da ultimo, F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. Prat. Lav.*, supplemento n. 33, del 15 settembre 2012.

Se la cattiva ideologia e la cattiva politica non avessero avuto la prevalenza sotto la copertura, ormai tanto scontata, quanto artificiosa, del “ce lo chiede l'Europa”, sarebbe stata sufficiente un'opera di manutenzione dell'art. 18 St. Lav., a cominciare proprio dal processo: il bello e il brutto è che, in effetti, spostando il costo del prolungamento del processo dal datore al lavoratore è venuto meno lo stesso argomento principale di una rivisitazione affrettata quale quella di cui alla legge. V. a favore di un'opera di manutenzione B. CARUSO, *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, 140/2012.

² Questo è il titolo felice dell'intervento di S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art.18)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, pag. 535 e segg. e in <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-3206.aspx>.

³ Per una critica del ben noto pensiero ichiniano v. F. CARINCI, “*Provaci ancora Sam*”: *ripartendo dall'art. 18 dello Statuto*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, pag. 3 e segg. e in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, 138/2012. Ma per una convinta conversione a favore della riforma v. P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*. Relazione al Convegno del Centro nazionale Studi di Diritto del Lavoro “Domenico Napoletano”, Pescara, 11 maggio 2012, in <http://www.pietroichino.it/?p=21020>.

licenziamento; ed un secondo, a raggio ristretto, con a tema le “causali” della tutela. Per rendere il concetto nel suo concreto operare, il giudice verificherebbe l’esistenza della giusta causa e del giustificato motivo in base alla valutazione ponderata di tutti i fattori significativi; poi, condannerebbe alla reintegra in ragione della considerazione esclusiva dei due soli fattori: la insussistenza del “fatto contestato”, da assumere solo nel suo aspetto “materiale”, di comportamento oggettivo, consistente in una azione o in una omissione; e la non riconducibilità dello stesso fra “le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”, da considerare rilevanti solo se puntuali e dettagliate⁴. Secondo la forma ellittica utilizzata dal legislatore, nelle altre ipotesi, il giudice condannerebbe alla sola corresponsione di un’indennità risarcitoria⁵.

Solo che Arturo Maresca è troppo uomo di Foro per non rendersi conto di quanto pericoloso sia questo percorso. Costringerebbe il giudice a farsi un quadro completo della distribuzione del torto, prendendo in rassegna il ricco campionario plurifattoriale di cui gli fa carico il Giudice di legittimità, soppesando e comparando il tutto, alla luce dal gioco complesso costituito da quell’assolvimento dell’onere della prova, che spesso si risolve in un autentico batti e ribatti fra attore e convenuto. Poi, al momento di fare quanto lo contraddistingue dall’interprete dottrinale, cioè dare e graduare il suo comando, dovrebbe cancellare il tutto dalla sua mente, ad eccezione del fatto materiale, non senza prima averlo spogliato di quel ricco ed articolato rivestimento che egli stesso ha contribuito a fornirgli.

Ed ecco allora che il nostro autorevole collega inverte ad “U” il suo approccio, come ben rende un passo meritevole di essere riportato alla lettera «... si può dire che una volta assodata la sussistenza del fatto e (nel solo caso di licenziamento disciplinare) l’assenza di una sua univoca tipizzazione ai fini dell’applicazione di una sanzione conservativa, ciò è sufficiente ad escludere subito l’applicazione della reintegrazione anche se l’indagine del giudice proseguirà per riscontrare gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo e, in questa ipotesi, per condannare il datore di lavoro all’indennità risarcitoria onnicomprensiva nella misura da determinare secondo i parametri indicati nell’art. 18. E lo stesso concetto si può ripetere in una prospettiva capovolta: nel caso in cui è stata accertata l’inesistenza del “fatto posto a base del licenziamento” (è la formula posta utilizzata dall’art. 18 c. 7), ciò implica non solo la illegittimità del licenziamento, ma anche la reintegrazione del lavoratore, senza ulteriori necessità, in questo solo caso, di selezione della sanzione applicabile»⁶.

Ma così è un cadere “dalla padella alla brace”. A condividere quanto sopra, ne dovrebbe seguire che in difetto di “fatto contestato”, il discorso sarebbe da considerarsi chiuso; ma così non è, a’ sensi dell’art. 18, commi 6 e 7, per i quali un fatto contestato non c’è: per essere stato il licenziamento effettuato senza previa contestazione o addirittura motivazione oppure per un motivo economico rivelatosi mera copertura di uno disciplinare. Tant’è che Maresca è costretto a richiamare come equivalente all’espressione “fatto contestato” quella utilizzata dall’art. 18, comma 7, cioè il “fatto posto a base del licenziamento”; ma con un’evidente ed inaccettabile forzatura perché la prima è

⁴ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 1, pag. 435 e segg. Nel senso di uno “sdoppiamento” fra due diversi momenti dell’accertamento giudiziale v. M. MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, pag. 622.

⁵ Secondo F. LISO, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>, pag. 3, “l’estensore del testo ha voluto usare una formula ellittica per esprimere l’intenzione di evitare la reintegrazione ogniqualvolta il giudice si trovi a giudicare di comportamenti astrattamente rientranti in casi previsti dai contratti collettivi come legittimanti il licenziamento, ma da lui valutati come inidonei a rivestire il grado di gravità richiesto dalla fattispecie legale (si pensi ad esempio al furto, previsto da contratti collettivi come legittimante il licenziamento, ma talvolta dalla giurisprudenza valutato non sufficiente a giustificare il licenziamento quando riguardi beni di modico valore)”.

⁶ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 Statuto dei lavoratori*, cit., pag. 449.

riferita al licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo, mentre la seconda al licenziamento per giustificato motivo obbiettivo.

Anche a dar per buono il rilievo univoco assegnato al “fatto contestato”, assunto come mero comportamento oggettivo, resterebbe pur sempre che esso può essere composito, esplicitato nel suo insieme e dettagliato nel corso del processo, privo di significato se non collocato in un contesto più ampio ecc... Sicché occorrerebbe dissezionarlo, per distinguere l'essenziale dal non essenziale, il rilevante dal non rilevante, il significativo dal non significativo, prima di poter valutare che cosa deve essere tenuto presente in sede di giudizio circa la sussistenza o meno del fatto. Ma così si sarebbe solo a mezzo guado, perché il giudizio in parola non pare proprio essere quel semplice gioco della moneta a doppia faccia fra il c'è e non c'è, come qualcuno sembra ritenere: esso resta affidato ad un onere della prova, se non di diritto, di fatto, rimesso largamente nelle mani del giudice. Così, quel potere discrezionale, che si vorrebbe aver scacciato dalla porta, rientrerebbe dalla finestra, dato che il “fatto contestato” esisterebbe, comunque, non come “storico”, ma come “processuale”, cioè prodotto da un rito di cui il giudice era, ieri, sovrano costituzionale e, oggi, despota assoluto⁷.

A questo punto il bimbo della favola potrebbe gridare a voce alta: “il re è nudo”. Perché, allora, la partita circa la conservazione o la perdita del posto sarebbe tutta consegnata a come il datore costruisce il suo “fatto contestato”, “*a prescindere ...*”, come direbbe Totò. Se riesce a farlo, con un minimo di intelligenza e fantasia, evitando le forche caudine di esplicite sanzioni conservative di contratti collettivi certi del tutto sprovveduti al riguardo, è in grado di chiudere la partita appena aperta.

La cosa discutibile è che, a fronte di un licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo, la scelta fra tutela reale ed obbligatoria non dipenda da una rivisitazione delle “causali” del licenziamento, tale da offrire una più articolata e graduata responsabilità del lavoratore. Non da questo, come sarebbe naturale; ma, se va bene – se cioè il datore è una persona seria che non si prepara il “fatto contestato” alla bisogna – dal suo essere in buona fede, cosa equivalente ad avere in mano un fatto nudo e crudo idoneo ad essere provato al processo.

Arturo Maresca si limita a dire che il datore se la cava se il licenziamento non è pretestuoso⁸. Mentre Marco Tremolada si sforza di dare un qualche senso al tutto, proprio affermando che occorre “considerare i profili fattuali avendo riguardo al rilievo loro attribuito ad essi dal datore di lavoro, al fine dell'intimazione del licenziamento, selezionando quindi i fatti o le circostanze di fatto che sono stati determinanti a quel fine, posto che solo per questi può rilevare la particolare gravità della colpa del datore di lavoro riferita alla fase dell'accertamento”. Ed, in perfetta coerenza, porta tutta la genericità, incompletezza, approssimazione delle previsioni dei contratti collettivi a discarico della colpa del datore, che non può essere penalizzato per le incertezze circa la ricorrenza o meno di sanzioni conservative⁹.

Qui trova conferma la chiamata in causa di Pietro Ichino, come colui che ha spostato l'attenzione dal lavoratore destinatario del licenziamento al datore autore dello stesso. Costui non può licenziare senza alcun motivo sindacabile, corrispondendo un indennizzo forfettario; deve ancora farlo con un motivo controllabile dal giudice, ma con un nocciolo duro costituito dal “fatto contestato”, che, se sussiste nel suo mero aspetto materiale, produce lo stesso effetto, di liberarlo, pagando un risarcimento predeterminato nel massimo e nel minimo dal legislatore.

⁷ Per un discorso critico sul nuovo rito v. L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT, 152/2012.

⁸ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, cit., pag. 437.

⁹ M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. Lav.*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. Prat. Lav.*, supplemento n. 33 del 15 settembre 2012, pag. 54.

2. Sarebbe buona regola per un legislatore avveduto evitare quel delirio di onnipotenza che il gran Bonaparte poteva pure permettersi, declassando il giudice a mera *vox legis* del suo *Code civil*. Il che lo renderebbe più attento a studiare il passato, cioè l'*acquis* giurisprudenziale su cui intende intervenire, dotato com'è di un intrinseco *trend* inerziale da scontare in anticipo; più attento a far questo, che a prefigurare improbabili monitoraggi futuri circa l'impatto dell'intervento *in fieri* sul fenomeno regolato, pensati e vissuti forieri di futuri aggiornamenti.

Lo sarebbe in generale, ma lo sarebbe stato soprattutto *in casu*, per aver lasciato sopravvivere le "clausole generali" con cui vengono definite le "causali" del licenziamento, cioè le nozioni di giusta causa *ex art. 2119 Cod. Civ.* ("una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto") e di giustificato motivo *ex art. 3, L. n. 604/1966* ("un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali ovvero... ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa"). Se lo avesse fatto, si sarebbe accorto, almeno con riguardo al licenziamento disciplinare, recepito e ribadito come "ontologico", come qui non abbia potuto aversi alcun sdoppiamento logico fra la verifica dell'esistenza/mancanza della causale e la conferma/smentita della sanzione, per essere quest'ultima unica; e come, di conseguenza, la verifica compiuta dalla giurisprudenza abbia finito per incorporare in sé la stessa sanzione prospettata: la gravità della infrazione andava ponderata alla luce della estrema gravità della sanzione espulsiva.

Da questa stretta ed inscindibile correlazione è stata alimentata la pratica di un'indagine a tutto campo sul caso concreto, "con riferimento alla natura e qualità del singolo rapporto, al particolare vincolo di fiducia che esso implica per la posizione rivestita dal lavoratore, al grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni esercitate nell'organizzazione dell'impresa, alle finalità delle regole di disciplina postulate dalla stessa, alle circostanze in cui la condotta è stata posta in essere, ai motivi che l'hanno determinata e all'intensità dell'elemento intenzionale". Invero, solo un'indagine siffatta poteva permettere di individuare quale inadempienza fosse tale da giustificare la perdita del posto di lavoro per gravità della colpa e intensità della ricaduta negativa sulla aspettativa solutoria, attuale o potenziale del datore¹⁰.

Ora si vorrebbe che il giudice, giunto al punto di concludere che tale inadempienza non esiste, procedesse ad una sorta di azzeramento del processo logico compiuto. Dovrebbe riportare il fatto giuridico complesso ed articolato, frutto del vissuto dell'intero processo, che come tale escluderebbe la *capitis deminutio* del lavoratore, al "fatto contestato", come comportamento oggettivo, commissivo od omissivo. Il che gli richiederebbe di cancellare dal verbale metaforico memorizzato ogni e qualsiasi altro elemento emerso a renderlo concreto in quel dato contesto; nonché di ripercorrere l'intero cammino istruttorio, per isolarvi quanto attiene alla sussistenza o meno di quel solo fatto, nudo e crudo come il datore lo ha partorito all'inizio del tutto.

Il che è già tanto, ma non è sufficiente. Si è, fino ad ora, data per buona la lettura offerta dalla dottrina "ortodossa" circa l'espressione "insussistenza del fatto contestato", cioè di una semplice verifica circa l'esserci o il non esserci del fatto addebitato al lavoratore come materiale¹¹. Peraltro, già il provare che quel fatto ci sia o meno, implica allargare l'occhio al contesto di supporto, cioè al quando, dove e come si svolge, non potendo pensarlo come un qualcosa sospeso nel nulla. Ma, poi, ridurlo a fatto materiale costituisce un autentico *nonsense*, dato che come tale non esiste *in rerum natura*. Ma soprattutto non è considerato neppure dallo stesso legislatore.

E' vero che è stato mutuato dalla formula di assoluzione di cui all'art. 530 Cod. Proc. Pen., cioè perché "il fatto non sussiste", dove il fatto non costituisce reato per difetto degli elementi oggettivi;

¹⁰ V. con riguardo alla giurisprudenza di legittimità M. CASOLA, *La giusta causa di licenziamento e le clausole generali: il sindacato della Corte di cassazione* e A. C. PIACCI, *La giusta causa e il giustificato motivo soggettivo*, entrambi in R. DE LUCA TAMAJO, F. BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006, pag. 127 e segg. e, rispettivamente, pag. 169 e segg.

¹¹ Questo del significato del "fatto contestato" è un primo punto nodale del confronto interpretativo: nel senso di "fatto materiale" v. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, cit., pag. 438 e segg.; in senso contrario v. V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 3, I, pag. 552.

ma è pur vero che tale formula è accompagnata da altre, fra cui l'assoluzione perché "l'imputato non ha commesso il fatto" o perché "il fatto non costituisce reato", per difetto dell'elemento soggettivo, dolo colpa o preterintenzione, o perché "il fatto non è previsto dalla legge come reato". Qui a prendere alla lettera tale mutazione parziale, il fatto addebitato sussisterebbe anche se commesso dal lavoratore, essendo il requisito dell'imputabilità non ricompreso nel "fatto non sussiste", tanto da esser stato inizialmente previsto a parte, per essere in seguito soppresso. Ma non si può prenderla alla lettera proprio perché parziale: là, nel penale c'è pur sempre un'assoluzione, con una copertura totale, manchi l'elemento oggettivo o soggettivo, se pur assicurata con una formula diversa; mentre qui ci sarebbe reintegra o indennità risarcitoria, con una copertura totale o dimidiata, a seconda che difetti il dato oggettivo o soggettivo.

Alla fin dei conti quel che rileva non è il significato che un'espressione riveste nel vecchio sistema, ma quello acquisito nel nuovo. Orbene, nel sottosistema disciplinare del nostro diritto del lavoro, "fatto contestato" vuol dire inequivocabilmente l'inadempimento che il datore contesta al lavoratore, cioè un comportamento commissivo od omissivo colposo, che costituisce l'avvio di un procedimento all'insegna del contraddittorio, dove il lavoratore può negare o ridimensionare sia la ricostruzione della vicenda sia l'attribuzione della responsabilità. Del che pare dover dar atto, *bon gré, mal gré*, lo stesso legislatore, il quale ammette la reintegra se un tale fatto rientra "fra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili", dove le condotte punibili sono le infrazioni, cioè le inadempienze addebitabili al lavoratore.

Nessuna sorpresa se la giurisprudenza, preso atto della contraddizione data dall'aver mantenuto le vecchie causali del licenziamento per innestarvi le nuove causali della tutela differenziata in ragione della "colpa" del datore, proceda per la vecchia strada, non senza qualche parola di ossequio formale per la riforma: se non c'è giusta causa o giustificato motivo, c'è reintegra¹². Ma potrebbe anche darsi una giurisprudenza meno inerziale, che faccia propria la graduazione sanzionatoria introdotta dalla legge, ma ribaltandola, cioè a misura della "colpa" del lavoratore e non della "colpa" del datore. Cioè, preveda, esplicitamente od implicitamente, una sequenza costituita dalla giusta causa con il licenziamento in tronco, dal giustificato motivo col solo preavviso o col preavviso e l'indennità risarcitoria a seconda della graduazione del notevole inadempimento¹³.

E' quel che il nostro sagace consigliere della Confindustria, Arturo Maresca avrebbe voluto evitare, col far togliere dalla riconducibilità del fatto alle condotte punibili con una sanzione conservativa qualsiasi riferimento alla legge, perché tale da implicare una chiamata in causa del criterio di proporzionalità di cui all'art. 2106 Cod. Civ. per la graduazione non solo delle causali del licenziamento, ma anche delle causali della tutela. Niente da poter eccepire al fatto che, secondo la consolidata lezione della dottrina e della giurisprudenza, la giusta causa ed il giustificato motivo soggettivo si pongano in una sequenza quantitativa, che procede secondo un criterio di proporzionalità da una causa così grave da non consentire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto ad un notevole inadempimento; ma molto, anzi tutto, all'altro fatto che una volta differenziata la tutela, sdoppiandola in reale ed obbligatoria, l'applicabilità dell'una o dell'altra

¹² Sembra essere questa la previsione fatta propria da S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art.18)*, cit. Il che contrasta con quella "emarginazione della reintegra" che la dottrina ha concordemente ravvisato nella *ratio* e nella lettera della legge, a prescindere dalla posizione assunta, critica o adesiva v. P. ALLEVA, *Proposta di emendamenti al ddl sul mercato del lavoro, in particolare in tema di flessibilità in uscita*, dattiloscritto, 17 aprile 2012, in www.dirittisocialie cittadinanza.org, pag. 2; F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, cit., pag. 543; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime osservazioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, pag. 573 e segg.; P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., pag. 9 e segg.; M. MAGNANI, *La riforma del mercato del lavoro*, dattiloscritto, pag. 12, ora in http://csdile.lex.unict.it/archive/uploads/up_614990151.pdf; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, cit.

¹³ Una suggestione in tal senso in V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., pag. 556 e segg.

dipenda dalla riconducibilità del “fatto contestato” a condotte punite con la sanzione conservativa secondo lo stesso criterio di proporzionalità, insindacabile dal Giudice di legittimità¹⁴.

Sicché, se anche il “fatto contestato” dovesse essere interpretato come fatto “materiale”, sì da poter sostenere che sussista come mero comportamento commissivo ed omissivo, tuttavia resterebbe pur sempre esposto al rischio di essere considerato come condotta punibile con una sanzione conservativa a’ sensi dell’art. 2106 Cod. Civ. Non sembra proprio che l’aver eliminato il riferimento alla legge renda inapplicabile l’articolo in parola, non solo perché non abrogato, ma perché intrinseco allo stesso esercizio del potere disciplinare¹⁵. D’altronde anche a prescindervi, resta pur sempre che l’elenco delle condotte punite di cui al contratto collettivo ed al codice disciplinare è ispirato o addirittura conformato al criterio di proporzionalità, come allorché “le mancanze sono indicate facendo riferimento ad un *genus* eccessivamente ampio di condotte, o quando sono definiti separati elenchi per le mancanze e per le sanzioni che possono essere irrogate, tra cui il licenziamento, stabilendo che il collegamento tra mancanze e relative sanzioni debba essere effettuato in base ad un criterio di proporzionalità”; o, le stesse mancanze sono punite con sanzioni crescenti in ragione della loro gravità in termini di colpa, incidenza sull’organizzazione, ricaduta sulla disciplina.

Dire che tutto questo non vale, perché dell’intero materiale cui fa rinvio il legislatore dovrebbe valere solo quello costituito da disposizioni capaci di assolvere “un requisito di tipicità per così dire ‘qualificata’, cioè tale da consentire al datore di lavoro di rappresentarsi agevolmente, senza dover compiere complesse valutazioni, che il tipo di mancanza commessa dal lavoratore poteva essere punita esclusivamente con una sanzione conservativa”¹⁶; dire ciò equivale a sostenere che il materiale rilevante non è quello reale che poteva e doveva essere tenuto presente, ma uno affatto virtuale, da costruire *ad hoc* in un futuro prossimo venturo. Ma se anche questo futuro si realizzasse, resterebbe pur sempre frutto di un contratto collettivo di cui non viene specificato alcunché – rappresentatività del sindacato stipulante e livello - fermo restando che come contratto collettivo c.d. di diritto comune vincolerebbe sempre e solo il datore di lavoro “associato”; o addirittura frutto di un codice disciplinare unilateralmente predisposto dallo stesso datore di lavoro. Sicché non potrebbe andare esente da un controllo giudiziale, in grado di rivederlo facendo ricorso all’unico criterio reso disponibile dall’ordinamento, cioè quello di proporzionalità *ex art.* 2106 Cod. Civ.

3. Come reso evidente dal sottotitolo, questo scritto prende occasione da un’autentica primizia, l’ordinanza del Tribunale di Bologna del 15 ottobre 2012, che è stata pubblicata in questa stessa rivista, tanto da permettermi di darla qui per conosciuta nel suo insieme, rendendo così comprensibili i passi riportati. Pur nella sua estrema sinteticità, la quale ben si conforma alla nuova procedura prevista per il licenziamenti *ex art.* 18 St. Lav., essa testimonia la fallacia dello sdoppiamento logico che la legge sembra richiedere al giudice. Il Tribunale parte dal “fatto contestato”, quale costituito dal “contenuto offensivo dell’ultima e-mail dello stesso ricorrente”, per verificare se possa fondare il licenziamento per giusta causa comminato dal datore di lavoro; procede, dando atto che l’indagine deve essere necessariamente plurifattoriale, coll’affermare che “la qualificazione e la valutazione di tale fatto, come di qualunque fatto storico, richiede la contestualizzazione del fatto medesimo e la sua collocazione nel tempo, nello spazio, nella

¹⁴ Questo della riconducibilità del fatto contestato a condotte punite con la sanzione conservativa costituisce il secondo punto nodale del dibattito interpretativo, sulla cui problematicità v. C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., pag. 570 e segg. e M. MAGNANI, *La riforma del mercato del lavoro*, cit. Nel senso criticato nel testo M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell’art. 18 St. Lav.*, cit., pag. 54 e segg., e, nel senso conforme, v. M. MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, cit., pag. 623 e segg.

¹⁵ F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, cit., pag. 547.

¹⁶ M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell’art. 18 St. Lav.*, cit., pag. 55, dove anche il passo citato precedentemente in testo.

situazione psicologica dei soggetti operanti, nonché nella sequenza degli avvenimenti e nelle condotte degli altri soggetti che hanno avuto ruolo nel fatto storico in esame e nelle condotte anteatte nelle condotte *post-factum* dei protagonisti”; conclude, un po’ sbrigativamente, che “da una serena e complessiva valutazione del fatto storico che ha dato luogo al presente procedimento, emerge con evidenza la modestia dell’episodio in questione, la sua scarsa rilevanza offensiva, ed il suo modestissimo peso disciplinare”.

Si tratta, però, solo di una anticipazione, perché, poi, il Tribunale vi ritorna coll’elencare tutte le consolidate attenuanti al riguardo, quali la qualifica di Responsabile del reparto qualità, qui destinata a giocare a favore del lavoratore per la ricaduta stressante delle scadenze lavorative, l’assenza di precedenti disciplinari, la stesura dell’e-mail di risposta a quella del superiore gerarchico non a freddo, ma sotto stress, il carattere denigratorio ed offensivo dell’e-mail del superiore gerarchico, la lettera di spiegazioni e di scuse inviata tempestivamente dallo stesso ricorrente.

E qui il Tribunale termina il suo primo esame circa la esistenza della giusta causa, per passare al secondo circa la tutela applicabile. Lo fa con una sorta di “doppio passo”, che mantiene come tratto comune la gravità di quello qualificato, prima, come comportamento, poi, come fatto, ma senza alcun apparente diverso significato: “Ne consegue sotto il profilo della valutazione della gravità del comportamento addebitato al ricorrente che lo stesso non è idoneo ad integrare il concetto di giusta causa di licenziamento *ex art.* 2119. Da tale valutazione, inerente la gravità del fatto come sopra ricostruito, discende un’importante conseguenza, relativa alla disciplina applicabile”.

Tant’è che arrivato a fare i conti con il novellato art. 18 St. Lav., per verificare se sussistano le due fattispecie esimenti della reintegrazione, le esclude tutte due proprio in ragione della conclusione circa la mancanza della gravità del comportamento tenuto dal lavoratore, così come ricostruito in base all’indagine plurifattoriale.

In primo luogo, l’espressione “insussistenza del fatto contestato” fa riferimento al fatto giuridico “inteso come il fatto globalmente accertato, nell’*unicum* della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l’elemento soggettivo”; non potrebbe far riferimento, invece, al solo fatto materiale “posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell’ordinamento civilistico, relativi alla diligenza ed alla buona fede nell’esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato, anche a comportamenti esistenti sotto l’aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell’elemento psicologico, o addirittura privi della cosciente volontà dell’azione”. Ed è *in casu* proprio l’elemento psicologico che fa propendere per la scarsa gravità, sì da comportare l’insussistenza del fatto contestato per essersi rivelato non idoneo a legittimare la giusta causa.

In secondo luogo, l’ipotesi che “il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa, secondo le previsioni dei contratti collettivi e dei codici disciplinari applicabili” è soddisfatta dall’art. 9, sez. 4, tit. 7 c.c.n.l. metalmeccanici del 2008, perché è anche qui l’elemento psicologico che fa optare per la scarsa gravità, sì da rendere congrua, secondo un implicito ricorso al criterio di proporzionalità la «“lieve insubordinazione nei confronti dei superiori”, punita con una graduazione di sanzioni conservative».

4. Una decisione non fa giurisprudenza; ma una decisione come questa conferma la artificiosità della soluzione legislativa, tale da risultare addirittura controproducente rispetto alla finalità perseguita. Una volta percorsa quella parte della vecchia, sicura e nota strada, che porta ad accertare l’inesistenza della giusta causa o del giustificato motivo, sembra assai più facile e tentante continuarla nella seconda parte, fino alla condanna alla reintegra, piuttosto che abbandonarla per una ripartenza da zero su una nuova, insicura ed ignota tratta, data da una verifica dell’insussistenza del “fatto contestato” e dalla sua riconduzione tra le condotte punibili con una sanzione conservativa. Certo si cerca, o si dà almeno, l’impressione di seguire l’indicazione stradale data dalla legge, ma solo dopo averla curvata a dovere, in buona o cattiva fede, sì da riportare la nuova via sulla vecchia.

Può ben essere che questa tendenza inerziale valga assai più per il licenziamento disciplinare che per quello economico, a partire già dalla prevedibile diversa disponibilità della giurisprudenza a fronte della falsa attribuzione di una colpa sanzionabile con la privazione del posto di lavoratore e, rispettivamente, della erronea convinzione di una sopravvenuta inutilità del lavoratore. Diversa disponibilità che potrà trovare espressione nella peculiare procedura e formula predisposta dalla legge proprio per il licenziamento economico, con la riapertura della questione relativa al *repechage*: se lo si ritenesse uscito se non eliminato, ridimensionato dall'intervento legislativo, ne risulterebbe un licenziamento per giustificato motivo obiettivo meno facilmente attaccabile; e, comunque, laddove trovato difettoso, più facilmente sanzionabile con la sola indennità risarcitoria. Di più la sfera di cristallo non lascia intravedere, sia sua o dell'occhio che la scruta, la impenetrabile polvere di nebbia. Ma presto il rosario delle ordinanze verrà sgranato con quotidiana frequenza, sì da farci capire dove sta andando la nostra giurisprudenza, peraltro senza mai dimenticare che qui è e resta casistica per eccellenza, sicché bisognerà andare a vedere di volta in volta cosa si cela dietro la maschera della "massima".

Franco Carinci

Ordinario di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Bologna

* Il presente articolo è in corso di pubblicazione anche in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2012, n. 4/5.