

Alessandro Riccobono *

Riforme dei licenziamenti ed impatto sulle cause di giustificazione: lo stato dell'arte dopo Corte costituzionale n. 128/2024 e n. 129/2024

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'incidenza delle riforme dei licenziamenti sul giustificato motivo oggettivo: luci e ombre della sentenza della Corte costituzionale n. 128/2024. – 3. L'impatto sui licenziamenti per motivi disciplinari: i vizi procedurali tra forma e sostanza. – 4. Difetto di giustificazione, insussistenza del fatto, valutazione di proporzionalità. – 5. Sindacato di proporzionalità e sanzioni conservative di fonte collettiva nel novellato art. 18 St. lav. – 6. *Segue:* l'asimmetria regolativa con il regime sanzionatorio del contratto a tutele crescenti e l'interpretazione costituzionalmente orientata fornita da Corte costituzionale n. 129/2024. – 7. Osservazioni conclusive. – Bibliografia.

1. Premessa

Il presente contributo si propone di sottoporre a verifica l'ipotesi dell'incidenza dei nuovi regimi di tutela in materia di licenziamento sulle nozioni astratte di giustificato motivo disciplinare ed economico.

In linea con gli obiettivi del PRIN 2017¹, da cui muovono le riflessioni che seguono, si intende appurare se le modifiche alla disciplina sanzionatoria dei licenziamenti, operate dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 e dal d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, abbiano influito sull'interpretazione giurisprudenziale delle cause di giustificazione ex art. 3, legge 15 luglio 1966, n. 604, rimaste formalmente immutate all'esito delle anzidette riforme.

Per rispondere a tale interrogativo ci si avvarrà degli esiti della valutazione d'impatto realizzata attraverso il lavoro congiunto dalle quattro unità di ricerca coinvolte nello sviluppo del progetto (Milano, Parma, Foggia, Palermo), che sono state impegnate nella raccolta delle pronunce di merito emesse dalle Corti d'Appello

* Professore Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Palermo.

¹ Prin 2017 – Settore SH2 – Linea A, Prot. 20172EXZMK, *Licenziamento ingiustificato e tutela del lavoratore: indennità economica vs reintegrazione. La valutazione di impatto delle recenti riforme legislative in Italia*, PI Prof.ssa Antonella Occhino.

italiane nel decennio 2010-2020, in controversie riguardanti la disciplina dei licenziamenti individuali².

Si tratta di oltre ottomila sentenze che toccano tutti gli aspetti nevralgici della materia e che consentono di osservare i cambiamenti intervenuti nel modo di interpretare i limiti al potere di recesso all'interno di una finestra temporale che abbraccia il *pre* e il *post* delle novità introdotte dalla «Legge Fornero» e dal «Jobs Act».

I risultati di sintesi, debitamente catalogati a fini statistici e liberamente consultabili sul *web* attraverso un'apposita *dashboard* realizzata in formato *open access*³, descrivono uno spaccato di estremo interesse, che fornisce più di un'indicazione per avvalorare la tesi da cui ha preso le mosse il progetto di ricerca, vale a dire l'esistenza di una profonda correlazione tra le modifiche al quadro sanzionatorio e i presupposti giustificativi dei licenziamenti⁴.

Ad ogni modo, è bene precisare che l'attività di campionamento effettuata è rappresentativa di quello che si potrebbe definire il «primo tempo» delle riforme intervenute tra il 2012 e il 2015, dal momento che le sentenze censite si arrestano alle soglie dei fondamentali pronunciamenti con cui la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione hanno stravolto l'impianto normativo originario e la stessa filosofia di fondo della nuova disciplina dei licenziamenti: disciplina le cui meccaniche applicative sono state notevolmente allontanate dai paradigmi teorici rudimentali dell'*efficient breach* che ne costituivano l'originario punto di riferimento⁵.

La lettura dei dati disponibili verrà dunque integrata con il contributo evolutivo offerto dalle Alte Corti nel passato più recente, ultimamente arricchitosi grazie alle sentenze n. 128/2024 e 129/2024 della Corte costituzionale, allo scopo di allargare l'orizzonte ermeneutico di riferimento e di offrire una panoramica più completa dello stato dell'arte esistente.

2. L'incidenza delle riforme dei licenziamenti sul giustificato motivo oggettivo: luci e ombre della sentenza della Corte costituzionale n. 128/2024

La correlazione tra le modifiche dell'apparato rimediale e il sistema delle causali che limita il potere di recesso datoriale si apprezza in primo luogo nell'area del giustificato motivo oggettivo.

In seguito alla novella dell'art. 18 St. lav., ad opera della «Legge Fornero», la giurisprudenza in tema di g.m.o. ha visto consolidare l'indirizzo interpretativo per cui nella nozione di «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» rientrano sia la modifica della struttu-

² Occhino, 2022, 477 ss.

³ L'applicazione è raggiungibile al link <https://www.unicatt.it/APP-LIC-IT/>.

⁴ Tullini, 2013, 147; Gragnoli, 2017, 288; Zoli, 2018, 6.

⁵ Perulli, 2012a, 561; Olivieri, 2017, 69 ss.

ra organizzativa che incida su un determinato posto di lavoro (a prescindere dalla ricorrenza di situazioni economiche sfavorevoli o di crisi aziendali), sia l'impossibilità di ricollocare il lavoratore in altra posizione coerente con il suo bagaglio tecnico professionale, in attuazione dell'obbligo di *repêchage*⁶.

In coerenza con questo assetto, l'onere della prova del mancato *repêchage* è stato spostato sul datore di lavoro: se in precedenza si riteneva che il lavoratore avrebbe dovuto collaborare nell'assolvimento di tale incombenza, allegando l'esistenza di altri posti di lavoro nei quali poter essere utilmente ricollocato, anche se di livello inferiore⁷, è ormai pacifico che la dimostrazione dell'impossibilità di «ripescare» il lavoratore spetti esclusivamente al datore di lavoro ex art. 5, legge n. 604/1966⁸.

Secondo una autorevole lettura⁹, l'appartenenza del *repêchage* alla nozione astratta di g.m.o. implica la sua coincidenza col «fatto» posto alla base del licenziamento, la cui insussistenza comporta la reintegrazione in forma attenuata prevista dall'art. 18, comma 7, St. lav., così come emendato dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 95/2021 e n. 125/2022¹⁰.

Con la seconda di tali pronunce, infatti, la Consulta aveva testualmente osservato che «il fatto che è all'origine del licenziamento per giustificato motivo oggettivo include le ragioni tecnico produttive di cui all'art. 3, legge n. 604/1966 e, «in via prioritaria, il nesso causale tra le scelte organizzative del datore di lavoro e il recesso dal contratto, che si configura come *extrema ratio*, per l'impossibilità di collocare altrove il lavoratore»¹¹.

A tale principio si è immediatamente allineata la Corte di Cassazione, che con un tritico di decisioni emesse sul finire del 2022 ha confermato che la tutela reale attenuata è la sanzione da applicare in caso di violazione dell'obbligo di *repêchage*¹².

Il disegno del legislatore del 2012 ne è così uscito stravolto: per una spietata

⁶ Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. 30 ottobre 2023, n. 30093; Cass. 18 novembre 2022, n. 34049; Cass. 18 novembre 2022, n. 34051. In dottrina, la tesi della appartenenza del *repêchage* alla nozione di g.m.o. è sostenuta da Speciale, 2012, 563; Perulli, 2012b, 800; Vallebona, 2013, 750. *Contra* Pisani, 2023a, 95; Pacchiana Parravicini, 2022, 450; Preteroti, 2022, 1; Treu, 2013, 40; Persiani, 2016, 1164.

⁷ Cfr. App. Roma 31 ottobre 2018, n. 4065, in *Dejure*; App. Catania 27 gennaio 2020, n. 57, in *Dejure*; Cass. 12 agosto 2016, n. 17091.

⁸ Cfr. App. Milano 17 luglio 2019, n. 1481, in *Dejure*; App. Brescia 27 febbraio 2018, n. 80, in *Dejure*; Cass. 12 gennaio 2023, n. 752; Cass. 11 novembre 2022, n. 33341; Cass. 9 marzo 2021, n. 6947.

⁹ Speciale 2023, 1.

¹⁰ Cfr. Corte cost. 1 aprile 2021, n. 59 e Corte cost. 19 maggio 2022, n. 225.

¹¹ Cfr. Corte cost. 19 maggio 2022, n. 225, punto 8.

¹² Cfr. Cass. 11 novembre 2022, n. 33341; Cass. 18 novembre 2022, n. 34051; Cass. 18 novembre 2022, n. 34049.

eterogenesi dei fini, la reintegrazione è tornata al centro della scena proprio laddove si voleva escluderla, mentre la compensazione monetaria ne è uscita ridimensionata, venendo limitata al solo caso della violazione delle regole di buona fede e correttezza nella selezione dei lavoratori da licenziare, in presenza di più posizioni fungibili¹³.

Dal sistema così ricostruito è rimasto fuori il contratto a tutele crescenti, la cui disciplina ha operato una più netta scelta di campo in favore dell'esclusione della tutela reale per tutti i licenziamenti economici invalidi, siano essi individuali o collettivi¹⁴.

Ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, la reintegrazione in forma attenuata avrebbe potuto trovare applicazione nella sola area dei licenziamenti disciplinari, per «l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento», secondo una tecnica normativa parzialmente sovrapponibile a quella utilizzata dall'art. 18, comma 4, St. lav. (cfr. art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015).

Viceversa, nei casi in cui il giudice avesse accertato l'insussistenza dei presupposti giustificativi del licenziamento per motivo oggettivo, questi avrebbe dovuto dichiarare estinto il rapporto di lavoro e condannare il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria compresa tra le sei e le trentasei mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, in forza di quanto stabilito dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, nella versione depurata dall'automatismo legato all'anzianità di servizio¹⁵.

La potenziale incostituzionalità di siffatta normativa, dovuta all'irragionevole differenziazione tra il regime sanzionatorio dei licenziamenti per g.m.o. fondati su una ragione insussistente e quello dei licenziamenti disciplinari affetti dal medesimo vizio, era stata segnalata dalla migliore dottrina già all'indomani del varo della riforma del 2015¹⁶, ma la questione è approdata davanti al Giudice delle Leggi soltanto nel 2023, grazie a un'articolata ordinanza di rimessione emessa dal Tribunale di Ravenna nell'ambito di un giudizio in cui si discuteva della sanzione applicabile ad un lavoratore assunto dopo il 7 marzo 2015 e licenziato per mancanza di occasioni di lavoro da parte dell'agenzia di somministrazione di cui era dipendente¹⁷.

¹³ Cfr., in questo senso, Cass. 19 maggio 2021, n. 13643; Cass. 25 luglio 2018, n. 19732.

¹⁴ In quest'ambito, peraltro, l'esclusione della reintegrazione opera anche con riferimento alla violazione dei criteri di scelta *ex art.* 10, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 23/2015, disposizione ritenuta legittima da Corte cost. 22 gennaio 2024, n. 7. In dottrina, Santucci, 2024; Balletti, 2020, 1238.

¹⁵ Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194, su cui Magnani, 2019, 1. Va inoltre ricordato che l'innalzamento della forbice risarcitoria, inizialmente contenuta tra un minimo di 4 e un massimo di 24 mensilità, è dovuta alle modifiche apportate alla disciplina del contratto a tutele crescenti da parte del «Decreto Dignità», d.l. 12 luglio 2018, n. 87, conv. dalla legge 9 agosto 2018, n. 96.

¹⁶ Giubboni, 2015, 1.

¹⁷ Cfr. Trib. Ravenna, ord. 27 settembre 2023, che ha sollevato q.l.c. sull'art. 3, commi 1 e 2, d.lgs. n. 23/2015, nella parte in cui escludono la garanzia della tutela reale per i licenziamenti sprov-

Si è giunti così al *redde rationem*: con la sentenza n. 128/2024, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, ravvisandone il contrasto con gli artt. 3, 4 e 35 Cost., «nella parte in cui non prevede che la tutela reintegratoria si applichi anche nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale allegato dal datore di lavoro, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa il ricollocamento del lavoratore»¹⁸.

La nuova decisione della Consulta, tanto attesa quanto significativa per la sua valenza sistematica, esprime un principio dirompente, che annichilisce ancora una volta il retroterra ideologico in cui è maturata la riforma del 2015, ridisegnando nuovamente gli spazi entro cui è ammessa la sanzione del ripristino del rapporto di lavoro illegittimamente terminato, ancorché si verta nell'area delle scelte gestionali dell'impresa, comunque insindacabili nel merito da parte del giudice ordinario.

Secondo la Corte, la generalizzata esclusione della tutela reale per i licenziamenti sorretti da motivo oggettivo determina «un difetto di sistematicità che ridonda in una irragionevolezza della differenziazione rispetto alla parallela ipotesi del licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo soggettivo».

In questa prospettiva, un licenziamento per g.m.o. fondato su un fatto insussistente non può che dar luogo alla medesima conseguenza sanzionatoria prevista dalla legge per l'ipotesi speculare del licenziamento disciplinare, tenuto conto della volontà legislativa di riservare la reintegrazione ai vizi più gravi e della sostanziale identità delle due fattispecie in comparazione: in entrambi i casi manca radicalmente la causa del licenziamento, a prescindere dal fatto che il datore di lavoro ne dia una qualificazione economica o per inadempimento, sicché «è viola(ta) la regola legale della necessaria causalità del recesso, prima ancora che quella della sua necessaria giustificatezza»¹⁹.

visti del fatto che sorregge il motivo oggettivo, assicurandola invece, nella medesima fattispecie, per i licenziamenti dovuti a giusta causa o giustificato motivo soggettivo. Per un commento v. Luciani, 2024, 151; Nuzzo, 2024, 163.

¹⁸ Cfr. Corte cost. 16 luglio 2024, n. 128.

¹⁹ Raccogliendo le sollecitazioni del giudice ravennate, secondo cui il datore di lavoro avrebbe potuto qualificare in modo opportunistico il licenziamento da irrogare ad un determinato lavoratore, invocando un motivo oggettivo del tutto inesistente al solo fine di beneficiare della maggiore convenienza delle sanzioni previste dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, in caso di accertamento giudiziale dell'invalidità del provvedimento espulsivo dettato da motivi tecnici, produttivi o organizzativi, la Consulta osserva che «la discrezionalità del legislatore nell'individuare le conseguenze di tale illegittimità – se la tutela reintegratoria o quella solo indennitaria – non può estendersi fino a consentire di rimettere questa alternativa ad una scelta del datore di lavoro che, intimando un licenziamento fondato su un fatto insussistente, lo qualifichi, come licenziamento per giustificato motivo oggettivo piuttosto che come licenziamento disciplinare. La conseguenza, in termini di garanzia per il lavoratore illegittimamente licenziato, non può che essere la stessa: la tutela reintegratoria attenuata prevista per l'ipotesi del licenziamento che si fonda su un “fatto materiale insussistente”, qualificato dal datore di lavoro come rilevante sul piano disciplinare».

L'asimmetria regolativa è stata così ricomposta nel segno dell'estensione della tutela satisfattiva anche ai licenziamenti individuali per motivo economico, superando all'irrazionalità di un assetto normativo che fino ad oggi ha distribuito rimedi diversi a fronte di fattispecie di recesso egualmente viziate dall'integrale carenza dei presupposti giustificativi.

Non può comunque sottacersi che il risultato è stato raggiunto al prezzo di alcuni «danni collaterali» imprevisi e tutt'altro che trascurabili.

Occorre infatti considerare che, sebbene si trattasse di questione non rilevante per la soluzione del giudizio *a quo*, la Corte costituzionale ha ulteriormente precisato che la reintegrazione nel posto di lavoro è garantita esclusivamente nell'ipotesi in cui il giudice accerti l'insussistenza del fatto materiale allegato dal datore di lavoro, e non anche quando il vizio che determina l'illegittimità del recesso consista nella violazione dell'obbligo di *repêchage*: ciò perché la possibilità di ricollocare il lavoratore richiede una valutazione che esula dall'esistenza della ragione d'impresa invocata a sostegno del provvedimento espulsivo.

In quest'ultimo caso, pertanto, continuerà a trovare applicazione la tutela inderogabile di cui all'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, con la conseguenza che il licenziamento, ancorché illegittimo, sarà comunque idoneo a determinare la risoluzione del rapporto di lavoro.

Per argomentare tale conclusione la Corte afferma testualmente che «il fatto posto a base del recesso si deve identificare con la decisione economica-organizzativa con la quale il datore di lavoro intende giustificare l'interruzione del contratto di lavoro, sicché costituiscono elementi fondamentali del giustificato motivo sia la soppressione di un posto di lavoro, sia il nesso causale tra la soppressione del posto e il lavoratore licenziato».

Si tratta del passaggio argomentativo di maggiore interesse, tenuto conto che dall'elenco degli elementi costitutivi del fatto scompare l'obbligo di «collocare altrove il lavoratore», precedentemente menzionato dalla sentenza n. 125/2022, che aveva abbracciato una prospettiva ermeneutica finalizzata ad abilitare il rimedio della reintegrazione ogni qual volta il datore di lavoro avesse violato l'ontologia del licenziamento economico come *extrema ratio*.

Beninteso, il ragionamento ultimamente seguito dalla Corte non comporta l'espulsione del *repêchage* dalla nozione astratta di giustificato motivo oggettivo, ma solo dal fatto materiale che contribuisce a connotarlo, come la stessa Consulta ha cura di chiarire.

In ogni caso, si tratta di un cambio di rotta assai rilevante, dal momento che una simile presa di posizione segna un passo indietro rispetto al quadro dei principi giurisprudenziali consolidatisi nell'area dei licenziamenti assoggettati al novellato art. 18 St. lav., dove ormai da tempo, come detto, è pacifico che la violazione dell'obbligo di ricollocazione del lavoratore determini la reintegrazione nel posto di lavoro, seppure nella forma attenuata di cui al comma 4.

La sentenza n. 128/2024 esclude che tale soluzione possa valere per gli assunti dopo il 7 marzo 2015, che sono assoggettati alla disciplina del contratto a tutele

crescenti, ma il ragionamento ha portata generale e potrebbe essere utilizzato, *mutatis mutandis*, anche ai fini dell'interpretazione della nozione di «insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo», ai sensi dell'art. 18, comma 7, St. lav.

Non è dunque da escludere che la nuova decisione della Consulta possa produrre un implicito effetto conformativo anche per i rapporti di lavoro sottoposti alla disciplina statutaria, fornendo l'occasione per un *revirement* dell'indirizzo giurisprudenziale finora accreditatosi come «diritto vivente» quanto agli effetti sanzionatori della violazione del *repêchage*.

D'altra parte, va considerato che la Corte costituzionale valorizza a più riprese la nozione di «fatto materiale» per marcare la discontinuità tra la prima fase di ridimensionamento della tutela reale, avviata dalla «Legge Fornero», e l'ulteriore intervento nel segno della sua marginalizzazione ad opera del «*Jobs Act*»: in forza di tale attributo, potrebbero dunque convivere tutele differenziate anche per il vizio consistente nella violazione del *repêchage*, a seconda della data di assunzione del lavoratore.

La portata precettiva di tale aggettivazione, tuttavia, è stata ampiamente svalutata, sia dalla dottrina, sia dalla stessa giurisprudenza della Cassazione, che ha continuato a predicare la necessità di qualificare il «fatto» in chiave giuridica e non solo materiale, anche per i rapporti assoggettati al contratto a tutele crescenti: ciò al fine di garantire una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, allineandone l'interpretazione a quella dell'art. 18, comma 4, St. lav. (cfr. *infra*)²⁰. Allo stato attuale, pertanto, la questione rimane aperta e all'orizzonte si prospettano nuovi nodi da sciogliere.

Insomma, se è vero che le distanze tra due discipline continuano a ridursi grazie all'azione razionalizzatrice del Giudice delle Leggi, l'equilibrio del sistema sanzionatorio non smette di essere scosso da profondi aggiustamenti e cambi di rotta che modificano la linea di demarcazione tra l'area della tutela reintegratoria e quella della tutela compensativa, facendo assomigliare la prima alla classica «coperta corta»: se la si tira da una parte, si finisce per lasciarne scoperta un'altra.

²⁰ Cfr. Cass. 2 novembre 2023, n. 30469, secondo i principi di diritto affermati in relazione al novellato art. 18, comma 4, St. lav. sono applicabili *tout court* anche all'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, sicché «la tutela reintegratoria c.d. attenuata trova applicazione non solo nel caso in cui il fatto non sia dimostrato nella sua materialità, ma altresì nel caso in cui il fatto, pur sussistente nella sua materialità, sia privo di quella connotazione di illiceità, offensività o antigiridicità tale e necessaria da renderne apprezzabile la rilevanza disciplinare.

3. *L'impatto sui licenziamenti per motivi disciplinari: i vizi procedurali tra forma e sostanza*

L'influenza della nuova disciplina dei licenziamenti sul sistema delle causali è altrettanto marcata nell'area del recesso determinato da motivi soggettivi, che rappresenta tutt'ora la fetta più ampia del contenzioso in materia di licenziamenti²¹.

Innanzitutto, la scissione tra il profilo della giustificazione del licenziamento e la sussistenza del fatto contestato – rilevante per ottenere la reintegrazione sia ai sensi dell'art. 18, comma 4, St. lav., sia ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 – ha sollevato numerose questioni interpretative in ordine alla collocazione dei vizi che si manifestano nei vari *step* del procedimento disciplinare, ma che pregiudicano in chiave sostanziale il diritto di difesa del lavoratore, incidendo sul profilo causale del recesso²².

Si tratta della genericità²³, della tardività²⁴ o della radicale assenza della contestazione disciplinare²⁵, ma anche dell'omessa audizione personale del lavoratore che ne abbia fatto richiesta²⁶ e della mancata conclusione del procedimento disciplinare per inerzia del datore di lavoro o per inosservanza del termine di chiusura stabilito dalla contrattazione collettiva²⁷.

Come è noto, nel regime sanzionatorio di cui al vecchio testo dell'art. 18 St. lav., la collocazione sistematica di questa classe di violazioni era priva di rilevanza applicativa, stante l'unitarietà del rimedio ripristinatorio assicurato in ogni caso di licenziamento viziato (nullità, annullabilità o inefficacia)²⁸.

Tale aspetto è invece divenuto di importanza cruciale nell'attuale quadro normativo, dove le tutele sono state graduate lungo un *décalage* che tiene conto del tipo di invalidità del licenziamento.

Nella sua funzione nomofilattica, la S.C. ha elaborato alcuni criteri guida per indirizzare la giurisprudenza di merito verso soluzioni uniformi e ricondurre a sistema l'apparato rimediale.

Va detto tuttavia che l'assetto proposto dalla Corte di Cassazione desta numerose perplessità e appare finanche schizofrenico nella misura in cui riconduce cia-

²¹ A fronte di n. 8343 sentenze raccolte dalle Unità di ricerca, n. 3.674 sono riferite a licenziamenti per giusta causa, n. 262 a licenziamenti per giustificato motivo soggettivo e n. 1.615 a licenziamenti per giustificato motivo oggettivo.

²² D'Onghia, 2013, 363; Tullini, 2017b, 101; Pacchiana Parravicini, 2019, 2771.

²³ App. Torino 7 gennaio 2019, n. 696, in *Dejure*.

²⁴ App. Bologna 28 gennaio 2016, n. 93, in *Dejure*; App. Roma 6 dicembre 2019, n. 3518, in *Dejure*; App. Milano 8 maggio 2018, n. 351, in *Dejure*.

²⁵ App. Milano 29 novembre 2019, n. 1494, in *Dejure*.

²⁶ App. Milano 10 febbraio 2020, n. 1683, in *Dejure*; App. Reggio Calabria 19 novembre 2018, n. 251, in *Dejure*; App. Napoli 7 febbraio 2018, n. 8668, in *Dejure*.

²⁷ App. Torino 7 gennaio 2019, n. 696, in *Dejure*.

²⁸ Mainardi, 2002.

scuna delle ipotesi sopra elencate ad una regola sanzionatoria diversa, nonostante il bene giuridico tutelato sia sempre lo stesso, vale a dire il diritto di difesa del lavoratore e il suo interesse ad avere certezza sulla sorte del rapporto di lavoro.

E così, nel caso di omessa contestazione dell'addebito, il Supremo Collegio ha optato per l'applicazione della tutela reale attenuata, equiparando tale vizio all'insussistenza del fatto contestato prevista dagli artt. 18, comma 4, St. lav. e 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, con conseguente censura del provvedimento espulsivo per «difetto assoluto di giustificazione»²⁹.

Analoga soluzione è stata adottata nell'ipotesi di inosservanza del termine per la conclusione del procedimento disciplinare stabilito dal CCNL applicato in azienda, rilevandosi come l'inerzia del datore di lavoro nell'adozione del provvedimento sanzionatorio equivalga ad accettazione delle giustificazioni presentate dal lavoratore e sia a sua volta indicativa dell'insussistenza della condotta illecita³⁰, a meno che il ritardo nella chiusura della procedura sia di entità marginale³¹.

Al contrario, la mancata audizione del lavoratore è stata ricondotta all'area dei vizi meramente procedurali, venendo sanzionata con la sola tutela risarcitoria «debole» ex art. 18, comma 6, St. lav., nonostante siffatta violazione determini una compressione non meno significativa del diritto di difesa del lavoratore, al quale viene in tal modo precluso il contraddittorio funzionale a discolarsi nella fase precontenziosa³².

La scelta più singolare, tuttavia, è stata compiuta dalle Sezioni Unite con la decisione che ha ricondotto i vizi di genericità o tardività della contestazione disciplinare nel perimetro applicativo della tutela indennitaria forte ex art. 18, comma 5, St. lav., nonostante la qualificazione di tali vizi come «dichiarazione implicita, *per facta concludentia*, dell'insussistenza in concreto di alcuna lesione dell'interesse datoriale»³³.

Si tratta di una conclusione quantomeno opinabile, tant'è vero che non sono mancate prese di posizione dissonanti da parte della dottrina³⁴ e della successiva giurisprudenza di merito, che ha opportunamente sottolineato come «l'ingiustificata tardiva contestazione comporta il venir meno dell'antigiuridicità del fatto contestato», dovendo perciò essere sanzionata con la reintegrazione attenuata ex art. 18, comma 4, St. lav.³⁵.

²⁹ Cfr. Cass. 14 dicembre 2016, n. 25745; Cass. 24 febbraio 2020, n. 4879. In senso conforme App. Firenze 13 aprile 2022, n. 206. Sul punto, Colosimo, 2023, 1.

³⁰ Cass. 3 settembre 2018, n. 21569.

³¹ Cass. 21 aprile 2023, n. 10802. Cfr. Cordella, 2023, 1064.

³² Cass. 18 agosto 2016, n. 17166.

³³ Cass., S.U., 27 dicembre 2017, n. 30985.

³⁴ Lunardon, 2018, 928; Grillo Pasquarelli, 2018, 1.

³⁵ Trib. Ravenna 12 gennaio 2022, secondo cui se un fatto non è stato tempestivamente represso, non avendo avuto il datore di lavoro alcun interesse a sanzionarlo in tempo utile, il licenziamento deve

In ogni caso, le difficoltà interpretative manifestatesi nell'area dei vizi riguardanti il procedimento disciplinare costituiscono un segnale evidente della reazione a catena innescata dalla nuova articolazione delle sanzioni, la cui forza perturbativa ha inevitabilmente scosso anche il contenuto delle nozioni legali su cui si fonda l'*an* del potere di recesso.

4. Difetto di giustificazione, insussistenza del fatto, valutazione di proporzionalità

La dicotomia giustificazione del licenziamento/fatto contestato ha altresì modificato le modalità dello scrutinio processuale sulla validità del provvedimento espulsivo, influenzando anche in questo caso l'accertamento riguardante l'esistenza dei suoi presupposti sostanziali.

Più precisamente, la convivenza tra reintegrazione e risarcimento del danno, postulata sia dal dettato statutario (art. 18, commi 4 e 5, St. lav.), sia dal contratto a tutele crescenti (art. 3, commi 1 e 2, d.lgs. n. 23/2015), ha comportato la scomposizione del giudizio di impugnazione dei licenziamenti in un'indagine di natura bifasica³⁶: il giudice deve dapprima accertare i presupposti costitutivi della giusta causa o del g.m.s., procedendo ad una ricognizione della vicenda fattuale che riguarda il caso concreto in tutte le connotazioni circostanziali; successivamente, laddove ritenga che il licenziamento sia ingiustificato, è tenuto a individuare il rimedio da adottare, verificando non solo se l'accadimento oggetto di contestazione sia stato commesso dal lavoratore sul piano storico, ma soprattutto se integri un inadempimento sul versante giuridico³⁷.

È la prospettiva, già più sopra richiamata (cfr. § 2), del cosiddetto «fatto giuridico»³⁸, prospettiva che si è accreditata nella giurisprudenza di merito³⁹ e che ormai accomuna sia l'accertamento richiesto dall'art. 18, comma 4⁴⁰, sia quello previsto dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, alla luce della svalutazione del riferimento al «fatto materiale» da parte della Corte di Cassazione⁴¹.

essere considerato giuridicamente insussistente, con conseguente applicazione della tutela reale attenuata ex art. 18, comma 4, St. lav.

³⁶ Maresca, 2019, 1; Tullini, 2013, 147; Riverson, 2013, 224.

³⁷ Cass. 13 novembre 2018, n. 22380; Cass. 31 maggio 2017, n. 13799.

³⁸ Carinci, 2013, 496.

³⁹ App. L'Aquila 14 dicembre 2017; App. Bari 5 ottobre 2018, n. 1787; App. Roma 27 giugno 2018, n. 2821; App. Ancona 2 ottobre 2019, n. 290; App. Torino 10 gennaio 2019, n. 15; App. Roma 3 agosto 2020, n. 1647; Cass. 2 novembre 2023, n. 30469.

⁴⁰ Cass. 26 maggio 2017, n. 13383; Cass. 20 settembre 2016, n. 18418; Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540.

⁴¹ Cfr. Cass. 2 novembre 2023, n. 30469.

L'insussistenza del fatto contestato, che apre le porte alla «tutela reale attenuata», è perciò un predicato che può appartenere anche ad un accadimento verificatosi in *rerum natura*, ma sprovvisto del carattere dell'antigiuridicità, ad esempio perché commesso in assenza dell'elemento volitivo (dolo o colpa), ovvero perché giustificato dalla presenza di una causa esimente (legittima difesa, forza maggiore, ecc.), o al limite perché in tutto e per tutto lecito, cioè privo di rilievo disciplinare⁴².

All'intero di questo microsistema, tuttavia, l'aspetto che continua a rimanere problematico riguarda la collocazione del requisito della proporzionalità, che è sia un parametro di commisurazione della sanzione rispetto all'infrazione disciplinare ai sensi dell'art. 2106 c.c., sia un presupposto costitutivo della nozione di giustificato motivo soggettivo, secondo la definizione che ne dà l'art. 3, legge n. 604/1966, riecheggiando il parametro della non «scarsa importanza» dell'inadempimento previsto dall'art. 1455 c.c., ai fini della risoluzione del contratto.

Anche in questo caso si tratta di una questione che prima delle riforme del 2012 e del 2015 non aveva ragione di porsi, dal momento che il licenziamento sproporzionato era assoggettato alla medesima sanzione di quello ingiustificato *tout court*.

Oggi, invece, si suole affermare che il parametro della proporzionalità rileva soltanto nella prima fase del giudizio bifasico, cioè quella in cui il giudice verifica l'esistenza della giustificazione, mentre sarebbe irrilevante per selezionare la tutela applicabile⁴³.

La conferma testuale proverrebbe direttamente dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, che accorda la tutela reale attenuata nel caso dell'«insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento».

In realtà che il giudizio di proporzionalità non incida sulla scelta dei rimedi è opinione discutibile, anche perché spesso smentita dalla stessa prassi giurisprudenziale.

Sul punto è sufficiente osservare che, nell'esperienza concreta, i due momenti dello scrutinio giudiziale tendono a confondersi, così come emerge da una recente decisione della Corte di Cassazione, che riguardava il caso del licenziamento di una addetta alla vendita accusata di essersi rivolta con toni offensivi verso alcuni clienti, ma la cui condotta era stata ritenuta insussistente dal giudice di secondo grado sia per l'antigiuridicità del fatto contestato, sia per la sproporzione del provvedimento espulsivo rispetto all'illecito addebitato⁴⁴.

⁴² Cass. 8 maggio 2019, n. 12174. In chiave critica, Tosi-Puccetti, 2019a, 1118.

⁴³ Maresca, 2019, 5. In giurisprudenza, cfr. Cass. 20 settembre 2016, n. 18418; Cass. 31 maggio 2017, n. 13799.

⁴⁴ Cfr. Cass. 2 novembre 2023, n. 30469, che ha confermato la sentenza di Corte d'Appello secondo cui, «anche a voler ipotizzare che la lavoratrice abbia ecceduto nei modi e nelle parole utiliz-

In ogni caso, al di là della frequente discordanza tra il piano delle affermazioni di principio e le soluzioni adottate nel caso concreto, ciò che non convince è l'idea che la proporzionalità non abbia nulla a che vedere con la sussistenza del fatto e che pertanto serva solo «per accertare la legittimità del licenziamento (così come avviene per qualsiasi altra sanzione disciplinare conservativa), mentre è irrilevante per individuare il rimedio (l'indennità o la reintegrazione) da applicare a seguito dell'esito negativo di tale accertamento»⁴⁵: un'idea che sembra contraddetta dalla premessa per cui il fatto coincide con l'inadempimento (che incorpora una valutazione di congruità ai fini del recesso), ma che soprattutto viene messa in discussione proprio dal criterio di giudizio ordinariamente utilizzato per tracciare il *discrimen* tra i presupposti fondativi della tutela reale attenuata *ex art. 18*, comma 4, St. lav. (o *ex art. 3*, comma 2, d.lgs. n. 23/2015) e le «altre ipotesi» in cui non sussistono gli estremi della giusta causa o del g.m.s. adottati dal datore di lavoro, sanzionate con la tutela risarcitoria forte *ex art. 18*, comma 5, St. lav. (o *ex art. 3*, comma 1, d.lgs. n. 23/2015).

Ed infatti, la tutela per equivalente si applica, per opinione condivisa, ogni qual volta ci si trovi in presenza di un fatto sussistente e disciplinarmente rilevante, ma non così grave da giustificare il licenziamento, quindi per un vizio di proporzionalità⁴⁶.

Se così è, pare difficile negare che il parametro di cui all'art. 2106 c.c., quale presupposto sostanziale della causa di giustificazione, non rilevi anche ai fini della selezione del regime di tutela da parte del giudice. E ciò al di là dell'opzione di politica del diritto prescelta dal legislatore, che depone nel senso di voler assoggettare i licenziamenti disciplinari sproporzionati ad un apparato rimediabile di tipo meramente risarcitorio.

È dunque vero che il requisito della proporzionalità rimane «fuori gioco» in caso di insussistenza del fatto contestato, ma questo non tanto perché esso sia estraneo alla fase del suo accertamento, quanto per la semplice ragione che un fatto giuridicamente inesistente, proprio perché tale, non può essere qualificato in termini di maggiore o minore gravità.

Se si accede a questa interpretazione, la distinzione tra la prima e la seconda fase dell'indagine giudiziale diviene inevitabilmente più sfumata e meno suscettibile di compartimentazioni a tenuta stagna, al di là di quanto si tenda idealmente a rappresentare, permettendo di assegnare alla proporzionalità un ruolo concorrente ai fini della delimitazione dell'area di intervento della tutela reale attenuata.

zate, non può non tenersi conto della circostanza che trattasi dell'unico episodio in circa due anni di rapporto di lavoro, quindi isolata e verosimilmente destinata a non ripetersi qualora punita con congrua sanzione conservativa».

⁴⁵ Maresca, 2019, 6.

⁴⁶ Giubboni-Colavita, 2017, 70 ss.

5. Sindacato di proporzionalità e sanzioni conservative di fonte collettiva nel novellato art. 18 St. lav.

Che il licenziamento sproporzionato non debba rimanere necessariamente confinato nell'area delle patologie assoggettate alla tutela risarcitoria è dimostrato anche dal nuovo corso interpretativo riguardante l'applicazione della tutela reale attenuata nei casi in cui la condotta contestata al lavoratore rientri «tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili», ai sensi dell'art. 18, comma 4, St. lav.

Sul punto è utile rammentare che all'indomani della «Riforma Fornero» la giurisprudenza di merito aveva sposato una lettura rigorosa della disposizione innanzi citata, ritenendo di non poter concedere il rimedio ripristinatorio laddove la condotta contestata al lavoratore non fosse stata sussumibile all'interno delle fattispecie tipizzate dalla fonte negoziale come passibili di sanzione conservativa.

In forza di questo indirizzo, poi avallato anche dalla S.C., i licenziamenti disposti a fronte di condotte illecite non espressamente contemplate dalla contrattazione collettiva, ma comunque tali da integrare inadempimenti di scarsa importanza, avrebbero dovuto essere sanzionati con la tutela risarcitoria *ex art. 18, comma 5, St. lav.*⁴⁷.

Negli anni successivi, tuttavia, la giurisprudenza di legittimità è ritornata sui suoi passi, affermando al contrario che il giudice di merito può senz'altro ricondurre «la 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».

Il *revirement* ha permesso di riespandere la tutela reale di cui all'art. 18, comma 4, St. lav., rendendola applicabile sia agli illeciti commessi dal lavoratore e dotati di pari disvalore rispetto a quelli presi in considerazione dal contratto collettivo⁴⁸, sia agli illeciti non contemplati dalla fonte pattizia, ma ascrivibili a quelli da punire con sanzione conservativa in base alla graduazione delle clausole generali riferite all'intensità della colpa o alla recidività della mancanza, alla stregua di una valutazione di tipicità sociale⁴⁹.

Un completo rovesciamento di fronte, dunque, che sembrerebbe spezzare la simmetria con le conclusioni raggiunte dalla stessa S.C. in merito alle conseguenze sanzionatorie da riservare ai licenziamenti disciplinari intimati per un inadempimento accertato come sussistente, ma non abbastanza grave da giustificare la risoluzione del rapporto di lavoro⁵⁰.

⁴⁷ Cass. 9 maggio 2019, n. 12365; Cass. 20 maggio 2019, n. 13533; Cass. 19 luglio 2019, n. 19578.

⁴⁸ Cass. 11 aprile 2022, n. 11665; Cass. 2 maggio 2022, n. 13774; Cass. 19 aprile 2023, n. 10435; Cass. 3 gennaio 2024, n. 95.

⁴⁹ Cass. 28 giugno 2022, n. 20780. In chiave critica Tosi-Puccetti, 2019b, 660.

⁵⁰ Ipotesi nella quale, come detto, la giurisprudenza applica la tutela risarcitoria *ex art. 18, comma 5, St. lav.*

In verità va detto che la Corte di Cassazione ha cercato di salvaguardare il parallelismo tra vizi e rimedi legati alla proporzionalità del licenziamento, affrettandosi a precisare che l'operazione interpretativa richiesta al giudice, in caso di contratti collettivi che declinino in modo elastico il rapporto tra infrazioni e sanzioni disciplinari, sarebbe comunque di mera sussunzione del caso concreto nella fattispecie astratta.

Si tratterebbe cioè di una mera ricostruzione della valutazione di proporzionalità già determinata dalle parti sociali attraverso la previsione del contratto collettivo, senza che ad essa acceda alcun apprezzamento soggettivo circa la congruità della sanzione applicata rispetto al fatto contestato: sul punto la S.C. precisa stabilmente che una simile operazione di interpretazione e sussunzione non trasmoda nel giudizio di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato, restando nei limiti dell'attuazione del principio di proporzionalità, come recepito dalle parti sociali⁵¹.

In questo modo il Supremo Collegio sembra voler dire che il giudice di merito non si può sostituire all'autonomia collettiva per stabilire se la scelta di sanzionare una determinata condotta con una misura conservativa sia congrua o meno, anche se per farlo è costretto ad ammettere che la riconduzione del comportamento concreto all'area delle mancanze punibili con una sanzione conservativa postula giocoforza «una valutazione di maggiore o minore gravità della condotta», da effettuarsi alla luce dei concetti generali utilizzati dalla fonte negoziale.

Tutto ciò riporta in gioco lo scrutinio di proporzionalità da parte dell'interprete, essendo evidente che di fronte a condotte illecite descritte attraverso clausole generali o elastiche (e *a fortiori* quando il contratto collettivo si limiti a formulare solo un elenco di sanzioni da graduare in ragione della maggiore o minore gravità dell'infrazione), è proprio la formulazione aperta della previsione negoziale a richiedere un simile apprezzamento soggettivo.

Ed infatti, di fronte a enunciati generici come «grave insubordinazione», «lieve ritardo», «casi di maggiore gravità», discutere di semplice sussunzione della condotta concretamente accertata nel modello negoziale astratto rischia di apparire un sofisma, almeno se per sussunzione si intende un'operazione interpretativa che procede secondo il metodo sillogistico, fondato su un giudizio di identità.

In realtà, proprio perché l'integrazione delle clausole generali o elastiche richiede di attingere a *standard* valutativi di carattere socialtipico, il giudizio richiesto all'interprete non può che procedere per approssimazione, verificando se il licenziamento irrogato al lavoratore per uno specifico inadempimento dei suoi obblighi contrattuali sia eccessivo secondo le aspettative di senso dei consociati (i cosiddetti *standard* della coscienza sociale).

Tutto ciò conferma ulteriormente che la valutazione prevista dall'art. 2106 c.c. incide anche sul versante sanzionatorio, tenuto conto che la tutela reale *ex art.* 18,

⁵¹ Cass. 11 aprile 2022, n. 11665 e Cass. 19 aprile 2023, n. 10435.

comma 4, St. lav., dovrà essere applicata ogni qual volta l'esito dell'integrazione giudiziale sulle clausole generali permetta di ascrivere il fatto contestato a quelli punibili con sanzione conservativa secondo il contratto collettivo o il codice disciplinare.

È bene sottolineare che il nuovo corso giurisprudenziale della S.C. produce due fondamentali ricadute sul versante applicativo.

Innanzitutto, la rilevanza assunta dal criterio della proporzionalità ai fini della selezione del rimedio applicabile permette di ricompattare le due fasi dell'indagine giudiziale sottesa al nuovo art. 18 St. lav.: giustamente si è osservato che, alla luce del nuovo indirizzo nomofilattico, nel momento in cui accerta che il licenziamento è giustificato, il giudice potrà anche decidere quale tutela applicare, senza dover per forza scandire il ragionamento in due momenti logici isolati⁵².

In secondo luogo, pare evidente che la riespansione dei casi in cui trova applicazione la tutela reale attenuata ex art. 18, comma 4, St. lav., comprime notevolmente lo spazio operativo della tutela risarcitoria prevista dal comma 5, riflettendo il medesimo rovesciamento di paradigma realizzatosi nell'ambito della disciplina sanzionatoria dei licenziamenti per g.m.o., dove si è parimenti verificata l'avanzata del rimedio ripristinatorio.

Basti pensare che, di fronte a un fatto qualificato come inadempimento non abbastanza grave da ledere irrimediabilmente il rapporto fiduciario, sarà estremamente improbabile che il giudice non rinvenga una previsione collettiva idonea a ricomprenderlo fra quelli passibili di sanzione conservativa: la tutela esclusivamente risarcitoria ex art. 18, comma 5, St. lav., sembra dunque destinata ad operare in via residuale, ad esempio nelle ipotesi di licenziamento per giusta causa extralavorativa, ovvero quando il fatto contestato al lavoratore ed accertato in giudizio sia effettivamente punibile con la sanzione espulsiva all'uopo prevista dal contratto collettivo, ma risulti sproporzionato alla luce delle circostanze oggettive e soggettive del caso concreto⁵³.

In ogni caso, la complessa e tumultuosa elaborazione di cui si è dato conto dimostra ancora una volta che la riforma dell'art. 18 St. lav. ha impattato profondamente sui presupposti fondativi del potere di recesso, ancorché il sistema non sia riuscito a metabolizzare i cambiamenti attesi: al punto che, per i dipendenti cui si continua ad applicare la disciplina statutaria, è sempre più la diffusa percezione di un ritorno della reintegrazione come rimedio generale avverso gli atti di recesso illegittimo.

⁵² Giubboni, 2023, 12; Sordi, 2022, 10.

⁵³ Manna, 2023, 15.

6. Segue: *l'asimmetria regolativa con il regime sanzionatorio del contratto a tutele crescenti e l'interpretazione costituzionalmente orientata fornita da Corte costituzionale n. 129/2024*

Nella disciplina del contratto a tutele crescenti non v'è alcuna disposizione che permetta di concedere la reintegrazione del lavoratore in presenza di fatti di rilievo disciplinare per i quali la contrattazione collettiva preveda l'applicazione di una sanzione conservativa.

L'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, esclude esplicitamente la valutazione di proporzionalità ai fini della verifica della sussistenza del «fatto materiale» contestato al lavoratore, omettendo conseguentemente di accordare rilievo alle previsioni della fonte collettiva.

La scelta del legislatore ha alimentato sospetti di incostituzionalità non dissimili da quelli riguardanti le divergenze proprie del sistema sanzionatorio dei licenziamenti per motivo oggettivo, tant'è vero che il Tribunale di Catania ha parimenti richiesto alla Consulta di vagliare la legittimità della citata disposizione «nella parte in cui non prevede (o non consente) che il giudice annulli il licenziamento, con le conseguenze già previste per l'ipotesi dell'insussistenza del fatto (tra cui il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro), laddove il fatto contestato, in base alle previsioni della contrattazione collettiva applicabile al rapporto, sia punibile solo con sanzioni di natura conservativa».

Nell'ordinanza di rimessione, il Giudice siciliano aveva in particolare sottolineato che la disposizione censurata «consentirebbe al datore di lavoro di estromettere un dipendente che abbia commesso infrazioni di modesta entità – che, secondo le valutazioni delle parti sociali e del CCNL di categoria, sarebbero inidonee a compromettere il vincolo fiduciario, tanto da giustificare al più l'irrogazione di sanzioni conservative». Di conseguenza, essa avrebbe prodotto «l'effetto sia di vanificare il ruolo delle parti sociali, rendendo prive di rilevanza tutte quelle disposizioni della contrattazione collettiva che hanno la funzione di graduare l'esercizio del potere disciplinare, sia di violare un principio immanente dell'ordinamento giuslavoristico, quale quello della necessaria gradualità delle sanzioni disciplinari ex art. 2106 del codice civile».

Da qui il potenziale contrasto con gli artt. 1, 4 e 35 Cost., ma anche con l'art. 39 Cost., per il possibile *vulnus* alla libertà sindacale.

Su tali censure la Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza n. 129/2024, coeva alla n. 128/2024 in tema di g.m.o., ma divergente nell'esito: la questione è stata infatti dichiarata infondata, ma dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, è stata comunque offerta un'interpretazione adeguatrice, necessaria secondo la Corte per assicurarne la conformità alla *Grundnorm* ed in particolare all'art. 39 Cost.

Sul punto la Consulta premette che la valutazione di proporzionalità del licenziamento, quanto alle conseguenze in termini di tutela reintegratoria o solo indenitaria, ha trovato una regolamentazione significativamente diversa nella l. n.

92/2012 e nel d.lgs. n. 23/2015, poiché solo la prima, come detto, accorda rilievo alle previsioni della contrattazione collettiva, ai fini dell'accesso alla sanzione ripristinatoria.

Si tratta della conferma che, nell'area di interesse dell'art. 18 St. lav., la proporzionalità concorre alla determinazione della sanzione applicabile: qualora la contrattazione collettiva offra una propria declinazione della sanzione adeguata rispetto a un certo inadempimento, il giudice deve tenerne conto, «con la conseguenza che la violazione di quest'ultima comporta, per il lavoratore illegittimamente licenziato, la tutela reintegratoria attenuata».

La situazione è diversa per gli assunti dopo il 7 marzo 2015, dal momento che per costoro la sussistenza dell'addebito contestato comporta sempre la risoluzione del rapporto di lavoro, anche quando l'addebito risulti sproporzionato rispetto alla condotta e alla colpa, dovendosi applicare in questo caso la tutela indennitaria di cui all'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

In questa asimmetria la Corte non ravvisa alcun profilo di incostituzionalità della norma scrutinata, né sul piano del rispetto del principio di eguaglianza, né su quello della conformità al principio lavorista iscritto negli artt. 1, 4 e 35 Cost.: ribadito che la scelta riformista è stata nel senso di limitare la tutela reintegratoria ai vizi più gravi del recesso datoriale (discriminazione e insussistenza del fatto), l'unica verifica che la Corte ritiene di dover compiere riguarda l'adeguatezza e la dissuasività della sanzione compensativa applicabile agli altri casi di ingiustificata licenziamento, fra cui il difetto di proporzionalità: e su questo punto il Collegio non può che ribadire quanto affermato a partire dalla sentenza n. 194/2018, confermando che la disciplina in questione mantiene «nel complesso, un ancora sufficiente grado di adeguatezza e dissuasività del regime di tutela nei confronti del licenziamento illegittimo» [...] non avendo varcato «la soglia oltre la quale una carente disciplina di contrasto del licenziamento illegittimo entrerebbe in frizione con la tutela costituzionale del lavoro (artt. 1, 4 e 35 Cost.)»⁵⁴.

Resta da dire del possibile *vulnus* alla libertà sindacale e al suo principale prodotto, ovvero la contrattazione collettiva. Ed è proprio su questo aspetto che la Consulta ritiene di dover salvare il *Jobs Act* da una nuova pronuncia di incostituzionalità, ricorrendo al metodo dell'argomentazione orientata alle conseguenze⁵⁵.

Sul punto la Corte osserva che, sebbene la disposizione censurata non conten-

⁵⁴ Sul punto la Corte costituzionale afferma apertamente che «anche se a seguito del d.lgs. n. 23 del 2015 si è ridotta – per i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015 – l'area della tutela reintegratoria rispetto alla disciplina posta dalla legge n. 92 del 2012, e ancor più rispetto a quella precedente della generale tutela reintegratoria (art. 18 statuto lavoratori, nel testo vigente fino alla modifica di cui alla citata legge n. 92 del 2012), rimane, nel complesso, un ancora sufficiente grado di adeguatezza e dissuasività del regime di tutela nei confronti del licenziamento illegittimo e non si è raggiunta la soglia oltre la quale una carente disciplina di contrasto del licenziamento illegittimo entrerebbe in frizione con la tutela costituzionale del lavoro (artt. 1, 4 e 35 Cost.)».

⁵⁵ Mengoni, 1996, 100.

ga alcun riferimento testuale alle «previsioni dei contratti collettivi», ciò non significa che all'interprete sia vietato attribuirvi rilevanza. Tanto si rende necessario nella specifica ipotesi in cui l'inadempienza contestata al lavoratore sia stata accertata come sussistente da parte dell'organo giudiziale, ma allo stesso tempo sia considerata inidonea, da parte della contrattazione collettiva, a giustificare il licenziamento, in luogo del quale è ritenuta congrua una sanzione conservativa.

In tali casi, anche se la ragione di inadempimento esiste, si è comunque in presenza di «un radicale difetto di proporzionalità della sanzione del licenziamento rispetto alla violazione disciplinare allegata dal datore di lavoro», vale a dire un inadempimento non abbastanza grave da compromettere definitivamente il vincolo fiduciario indispensabile ai fini della conservazione del rapporto.

Aggiunge la Corte che «se la lettura della disposizione censurata fosse nel senso che, anche in questa particolare ipotesi, rimane «estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento», sì che la tutela dovrebbe essere solo indennitaria, allora le censure del giudice rimettente, riferite alla denunciata violazione dell'art. 39 Cost., avrebbero, in effetti, fondamento».

Da qui la necessità dell'interpretazione adeguatrice, che conduce a parificare il radicale difetto di proporzionalità della sanzione all'ipotesi dell'insussistenza del fatto materiale contestato, ogni qual volta ci si trovi in presenza di «specifiche e nominate inadempienze del lavoratore», considerate dalla contrattazione collettiva come suscettibili di essere punite con una sanzione meramente conservativa.

Beninteso, si tratta dell'unico caso in cui il giudice potrà somministrare la tutela reale attenuata ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, al fine di «non incrinare il tradizionale ruolo delle parti sociali nella disciplina del rapporto e segnatamente nella predeterminazione dei canoni di gravità di specifiche condotte disciplinarmente rilevanti».

Resta fuori da questo perimetro, con conseguente assoggettamento alla tutela compensativa *ex art. 3*, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, l'ipotesi in cui la tipizzazione delle sanzioni operata da parte della contrattazione collettiva non presenti carattere tassativo, ma proceda per clausole generali o elastiche: si tratta di un distinguo necessario ai fini della tenuta complessiva del ragionamento, che la Corte giustifica nel nome della più volte richiamata finalità di ridimensionamento della tutela reale da parte della riforma del 2015, in questo caso perseguita attraverso la limitazione del controllo giudiziale sulla proporzionalità del licenziamento: diversamente, si dice, sarebbe «sufficiente che la contrattazione collettiva preveda genericamente che il licenziamento possa essere intimato per i fatti “più gravi”, per comportare l'applicabilità della tutela reintegratoria».

Il che, a conti fatti, è la conseguenza a cui la giurisprudenza di Cassazione è pervenuta nell'interpretazione dell'art. 18, comma 4, St. lav., dopo avere abbandonato l'iniziale orientamento restrittivo sulla tipizzazione delle sanzioni di fonte collettiva, cui invece aderisce la Corte costituzionale con riferimento ai rapporti di lavoro assoggettati al *Jobs Act*.

Insomma, come si è già detto nelle prime pagine di questo scritto, le strade

delle due epocali riforme dei licenziamenti si avvicinano e si dividono rapsodicamente, alimentando un perenne rompicapo sulle sanzioni da applicare in relazione alle due variabili chiave della tipologia del vizio che affligge il recesso e della data di assunzione del lavoratore.

Il tutto a spese del fondamentale canone di sistematicità, oltre che del valore della certezza del diritto, tanto spesso evocato sul piano simbolico quanto puntualmente svilito nella realtà dei fatti.

7. Osservazioni conclusive

Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti attuate negli ultimi anni si sono basate su alcuni presupposti concettuali comuni, che secondo le aspettative del legislatore avrebbero dovuto assicurare un triplice ritorno positivo: 1) in chiave di prevedibilità dei costi per l'impresa, quale corollario della limitazione del controllo giurisdizionale sulla validità dei licenziamenti e sulle loro conseguenze sanzionatorie⁵⁶; 2) in chiave di deflazione del contenzioso, quale conseguenza della sostituzione del regime sanzionatorio basato sulla *property rule* con uno basato sulla *liability rule*⁵⁷; 3) in chiave di promozione dell'occupazione a tempo indeterminato, quale effetto indotto dall'allentamento delle tutele in uscita, secondo gli assiomi delle teorie di *Law and Economics*⁵⁸.

Non tutto però è andato come previsto.

Nell'area di applicazione del novellato art. 18 St. lav., l'azione combinata della giurisprudenza costituzionale e di legittimità ha eliminato le più vistose aporie introdotte dalla «Riforma Fornero», riattribuendo alla reintegra un ruolo di primo piano, attraverso una convinta investitura sulla funzione valutativa del giudice.

D'altro canto, la discrezionalità giudiziale che si intendeva contenere è riemersa con forza anche nell'area dei licenziamenti assoggettati alla disciplina del contratto a tutele crescenti, per effetto della caducazione dei meccanismi di automatica predeterminazione dell'indennizzo spettante al lavoratore in funzione dell'anzianità di servizio e adesso anche nella ricerca di eventuali previsioni collettive che impongano di applicare la tutela reale al lavoratore illegittimamente licenziato⁵⁹.

Inoltre, se è vero che continua a non sussistere alcuna evidenza empirica che dimostri la pretesa correlazione tra la riduzione delle tutele contro i licenziamenti e l'aumento dello *stock* occupazionale complessivo⁶⁰, è invece certo che le citate

⁵⁶ Pisani, 2023b, 34 ss.

⁵⁷ Ichino, 2023, 200.

⁵⁸ Speciale, 2015, 2 ss.

⁵⁹ Corte cost. 9 novembre 2018, n. 194, sull'automatismo risarcitorio originariamente previsto dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, per i vizi di giustificazione e Corte cost. 16 luglio 2020 n. 150, sull'art. 4, d.lgs. n. 23/2015, riguardante i vizi formali e procedurali.

⁶⁰ OECD 2020, 170 ss.

riforme non hanno rafforzato le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione con contratti a tempo indeterminato⁶¹: non solo non esistono dati che avvalorino la correttezza della ricetta neoliberalista secondo cui licenziamenti facili riducono il precariato e generano nuovi posti di lavoro stabili, ma soprattutto le assunzioni con contratti precari continuano ad essere di entità rilevante⁶², costituendo parte di un fenomeno ciclico che vede nell'occupazione temporanea un mezzo per assicurare elasticità al ciclo economico e alla domanda di manodopera⁶³.

Allo stato attuale, pertanto, l'unico (e certamente non secondario) obiettivo centrato dalle riforme consiste nella complessiva riduzione del contenzioso in materia di licenziamenti, che ha subito un drastico calo soprattutto dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015: tendenza che emerge in modo chiaro dagli esiti della ricerca da cui ha preso le mosse questo scritto⁶⁴, complici l'ulteriore ridimensionamento della tutela reale e il disincentivo ad affrontare l'alea di un giudizio finalizzato a conseguire il più delle volte una tutela meramente economica, tra l'altro con importi generalmente modesti, vista la propensione delle imprese a licenziare di più nei primi anni di servizio⁶⁵.

Di fronte a questo scenario, invero poco confortante, risuonano ancora più avvedute le parole di Mario Napoli a difesa del valore della stabilità e soprattutto del ruolo del giudice, che in tempi non sospetti era stato lucidamente individuato come il vero bersaglio della critica alle istanze di protezione del posto di lavoro⁶⁶.

Correva l'anno 2002 quando il compianto Maestro affermava che «l'ideale di un diritto senza giudizio è altrettanto utopico come quello di un'economia senza regole».

Sarebbe il caso che anche il legislatore facesse tesoro di questo insegnamento, custodendolo gelosamente a futura memoria.

⁶¹ Tridico, 2023, 1.

⁶² Istat, *Rapporto sul benessere equo e sostenibile in Italia*, 17 aprile 2024, 88, dove si legge che «nonostante l'occupazione a termine nel 2023 sia diminuita a vantaggio del tempo indeterminato, l'indicatore relativo alla quota di lavoratori a termine che lo sono da almeno cinque anni risulta in aumento (dal 17,0% del 2022 al 18,1%). Si tratta di occupati che continuano a svolgere lo stesso lavoro, ma con un susseguirsi di contratti a termine, sperimentando dunque situazioni di precarietà lavorativa prolungata, rispetto alle quali non si ravvisano segnali di miglioramento».

⁶³ Dell'Aringa, De Novellis, Barbini, Comegna, 2017, 1.

⁶⁴ Database Prin 2017, <https://www.unicatt.it/APP-LIC-IT/>, sentenze emesse tra il 2010 e il 2020.

⁶⁵ Database Prin 2017, <https://www.unicatt.it/APP-LIC-IT/>, che attesta la maggiore concentrazione dei licenziamenti nel segmento dei rapporti di lavoro con anzianità di servizio da 1 a 4 anni, seguito da quello 5 – 10 anni.

⁶⁶ Napoli, 2002, 9 ss.

Bibliografia

- Balletti E. (2020), *Indennità per il licenziamento illegittimo nel contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Giur. it.*, 1238 ss.
- Carinci F. (2013), *Ripensando il “nuovo” art. 18*, in *Arg. dir. lav.*, 496 ss.
- Colosimo C. (2023), *L’insussistenza del fatto contestato: quando la forma diviene sostanza*, in *Lav. dir. Eur.*, 1 ss.
- Cordella C. (2023), *Termini di fonte collettiva e reintegra: un cul de-sac per i lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 1064 ss.
- Dell’Aringa C., De Novellis F., Barbini M., Comegna V. (2017), *L’esplosione dei contratti a termine: fattori ciclici o strutturali*, *Arel*, 1 ss.
- D’Onghia M. (2013), *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro: Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 363 ss.
- Giubboni S. (2015), *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT, n. 246, 1 ss.
- Giubboni S. (2023), *Licenziamento disciplinare e sindacato di proporzionalità nella giurisprudenza di legittimità*, in *Lav. dir. Eur.*, 1 ss.
- Giubboni S., Colavita P. (2017), *La valutazione della proporzionalità nei licenziamenti disciplinari: una rassegna ragionata della giurisprudenza, tra legge Fornero e Jobs Act*, in *Biblioteca XX maggio*, 2, 70 ss.
- Gragnoles E. (2017), *Il licenziamento, la giusta causa e il giustificato motivo*, in Id. (a cura di), *L’estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 288 ss.
- Grillo Pasquarelli F. (2018), *Licenziamento disciplinare illegittimo per tardività della contestazione: quale tutela?*, in *Quest. Giust.*, 1 ss.
- Ichino P. (2023), *A che cosa serve il dialogo tra giuslavoristi ed economisti del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 183 ss.
- Luciani V. (2024), *È incostituzionale la disciplina del licenziamento economico del lavoratore assunto a “tutele crescenti”?*, in *Dir. lav. merc.*, 151 ss.
- Lunardon F. (2018), *Il principio di immediatezza della contestazione disciplinare tra normativa lavoristica e clausole generali di correttezza e buona fede*, in *Dir. rel. ind.*, 928 ss.
- Magnani M. (2012), *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92, recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè, Milano, 3 ss.
- Magnani M. (2019), *Il “Jobs Act” e la Corte costituzionale. Riflessioni su Corte cost. n. 194/2018*, in *Dir. rel. ind.*, 1 ss.
- Mainardi S. (2002), *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, in P. Schlesinger (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1 ss.
- Manna A. (2023), *Licenziamenti disciplinari e problemi aperti sul giudizio di proporzionalità*, in *Lav. dir. Eur.*, 1 ss.
- Maresca A. (2019), *Licenziamento disciplinare e sussistenza del fatto contestato nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Lav. dir. Eur.*, 1 ss.
- Mengoni L. (1996), *L’argomentazione orientata alle conseguenze*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano.

- Napoli M. (2002), *Elogio della stabilità*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 26, 9 ss.
- Nuzzo V. (2024), *Il contratto a tutele crescenti e le sanzioni per il licenziamento illegittimo: non tutte le bugie sono uguali*, in *Dir. merc. lav.*, 163 ss.
- Occhino A. (2022), *Esperienza applicata e riforme dei licenziamenti*, in *Dir. lav. merc.*, 477 ss.
- OECD, *Employment Outlook 2020*, in https://read.oecd-ilibrary.org/employment/oecd-employment-outlook-2020_1686c758-en#page1.
- Olivieri A. (2017), *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1 ss.
- Pacchiana Parravicini G. (2019), *I vizi formali del licenziamento individuale*, in *Giur. it.*, 2771.
- Pacchiana Parravicini G. (2022), *Il fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza della Corte costituzionale numero 125 del 19 maggio 2022*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 450 ss.
- Persiani M. (2016), *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage*, in *Giur. it.*, 1164 ss.
- Perulli A. (2012a), *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. giur. lav.*, 561 ss.
- Perulli A. (2012b), *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, in *Arg. dir. lav.*, 800 ss.
- Pisani C. (2023a), *La violazione del repêchage dopo le «riforme» della Corte Costituzionale: tutela solo indennitaria se è accertata la soppressione del posto*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 95.
- Pisani C. (2023b), *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, in *Lav. dir. Eur.*, 1 ss.
- Preteroti A. (2022), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo le sentenze della Corte costituzionale: nuove soluzioni (applicative) generano nuovi problemi (di sistema)*, in *Lav. dir. Eur.*, 1 ss.
- Riverso R. (2013), *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, in *Biblioteca XX Maggio*, 223 ss.
- Santucci R. (2024), *Tutela indennitaria del Jobs Act per violazione dei criteri di scelta dei lavoratori nel licenziamento collettivo e sostegno della Corte costituzionale (sentenza n. 7/2024)*, in *Dir. merc. lav.*, 1.
- Sordi P. (2022), *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori restaurato*, in *Giustizia civile.com*, 6, 10 ss.
- Speziale V. (2012), *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 563 ss.
- Speziale V. (2015), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 259, 1 ss.
- Speziale V. (2023), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: le tutele all'esito delle pronunce di Illegittimità costituzionale*, in *Lav. dir. Eur.*, 1 ss.
- Tosi P., Puccetti E. (2019a), *Il licenziamento disciplinare tra "fatto contestato" e "fatto materiale contestato"*, in *Arg. dir. lav.*, 1118 ss.
- Tosi P., Puccetti E. (2019b), *La tipizzazione collettiva degli illeciti disciplinari tra tutela reale e tutela obbligatoria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, 660 ss.

- Treu T. (2013), *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 137, 40 ss.
- Tridico P. (2023), *La verità sul Jobs Act: più lavoro precario e a termine*, in *il Fatto Quotidiano*, 7 settembre, 1 e 21 ss.
- Tullini P. (2013), *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 147 ss.
- Tullini P. (2017), *I vizi procedurali del licenziamento disciplinare: a proposito della regola dell'immediatezza*, in B. Caruso (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali*, Università di Catania, Catania, 101 ss.
- Vallebona A. (2013), *Il repêchage fa parte del tutto*, in *Mass. giur. lav.*, 750 ss.
- Zoli C. (2018), *I licenziamenti nelle più recenti riforme ... ricordando Sergio Magrini*, in *Labor*, 6 ss.

