



La valutazione della proporzionalità nei licenziamenti disciplinari: una rassegna ragionata della giurisprudenza, tra legge Fornero e *Jobs Act*

WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 334/2017

© Stefano Giubboni – Andrea Colavita 2017
Foro di Perugia
avv.giubboni@tecnoadsl.it - andrea-cola@hotmail.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



La valutazione della proporzionalità nei licenziamenti disciplinari: una rassegna ragionata della giurisprudenza, tra legge Fornero e *Jobs Act*^a

**Stefano Giubboni – Andrea Colavita
Foro di Perugia**

1. Il principio di proporzionalità nel giudizio di legittimità del licenziamento disciplinare.....	2
2. Proporzionalità della sanzione e tipizzazione contrattuale degli illeciti.....	4
3. La legge Fornero e la rilevanza della principio di proporzionalità nell'interpretazione della nozione di «insussistenza del fatto contestato».....	8
4. Il principio di proporzionalità dopo il <i>Jobs Act</i>	15

^a Lo scritto – che trae occasione dalla partecipazione al convegno dell'Ordine dei Consulenti del lavoro romani *I licenziamenti disciplinari dopo le riforme* (Roma, 24 maggio 2017), e che volutamente mantiene il taglio discorsivo ed essenziale della relazione e della comunicazione dei due autori – è destinato alla rivista *Le Corti Umbre*.

1. Il principio di proporzionalità nel giudizio di legittimità del licenziamento disciplinare.

In tema di esercizio del potere disciplinare attribuito al datore di lavoro, ha da sempre rivestito una posizione centrale il principio, già contenuto nell'art. 2106 cod. civ., di proporzionalità o adeguatezza della sanzione irrogata rispetto alla gravità del fatto addebitato al lavoratore. L'applicazione del suddetto principio, che presuppone l'esercizio di un potere largamente discrezionale da parte del datore di lavoro, occupa infatti un posto centrale nel procedimento valutativo del giudice chiamato a stabilire in quali casi sia giustificata l'adozione della massima sanzione disciplinare in luogo di una delle sanzioni conservative astrattamente disponibili.

Al riguardo, è affermazione largamente condivisa sia in dottrina che in giurisprudenza che l'adozione della sanzione espulsiva debba essere limitata ai soli casi di maggiore gravità, quelli cioè in cui il fatto sia così grave da ledere in maniera irrimediabile il rapporto fiduciario che costituisce il fondamento del rapporto di lavoro stesso, impedendone la prosecuzione, con la precisazione che la gravità dell'inadempimento deve essere valutata in senso accentuativo rispetto alla regola generale della «non scarsa importanza» di cui all'art. 1455 cod. civ. (¹). Viene così in considerazione ogni comportamento che, per la sua gravità, sia suscettibile di scuotere la fiducia del datore di lavoro e di far presumere che la continuazione del rapporto si risolva in un pregiudizio dell'interesse datoriale che soltanto il recesso dal rapporto sia idoneo a soddisfare in modo efficace.

A tal fine, deve ritenersi determinante l'influenza che sul rapporto di lavoro sia in grado di esercitare il comportamento del lavoratore che, per le sue concrete modalità e per il contesto di riferimento, appaia suscettibile di porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento e denoti una scarsa inclinazione ad attuare diligentemente gli obblighi assunti, conformando il proprio comportamento ai canoni di buona fede e correttezza (²). Né, al fine di stabilire l'esistenza di una giusta causa di licenziamento, rileva la sussistenza di un danno effettivo per il datore di lavoro, occorrendo valutare soltanto se la lesione dell'elemento fiduciario su cui poggia la collaborazione del prestatore di lavoro sia in concreto tale da giustificare o meno la massima sanzione disciplinare (³), sicché l'adozione della sanzione espulsiva può essere giustificata, nonostante la

(1) Cfr., tra le molte, Cass. civ., sez. lav., 16.10.2015, n. 21017; Cass. civ., sez. lav., 10.12.2007, n. 25743.

(2) Cfr., *ex pluribus*, Cass. civ., sez. lav., 25.6.2015, n. 13158.

(3) Cfr. Cass. civ., sez. lav., 26.11.2014, n. 25162.

tenuità e finanche l'assenza del danno patrimoniale, allorché la condotta addebitata abbia una ripercussione sul rapporto di lavoro tale da porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento, in quanto sintomatica di un certo atteggiarsi del lavoratore rispetto agli obblighi assunti ⁽⁴⁾.

Assolutamente univoca è l'affermazione giurisprudenziale secondo la quale la valutazione del nesso di proporzionalità tra l'illecito disciplinare ed il licenziamento irrogato debba essere condotta alla stregua di un apprezzamento di fatto, da svolgere non in astratto, ma con specifico riferimento a tutte le circostanze del caso concreto ⁽⁵⁾. Più in particolare, al fine di stabilire in concreto l'esistenza di una giusta causa di licenziamento – che, si ripete, deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro, ed in particolare di quello fiduciario – occorre valutare, da un lato, la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze in cui sono stati commessi ed all'intensità dell'elemento intenzionale, e, dall'altro lato, la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione inflitta, stabilendo se la lesione dell'elemento fiduciario su cui poggia la collaborazione del prestatore di lavoro sia in concreto tale da giustificare o meno la massima sanzione disciplinare ⁽⁶⁾. È quindi necessario effettuare una valutazione sia della gravità dei fatti addebitati al lavoratore, sia della proporzionalità tra i fatti contestati e la sanzione inflitta, tenuto conto di tutti gli specifici elementi oggettivi e soggettivi che definiscono il caso concreto; e ciò, sulla base di un'ampia ricognizione della fattispecie, in cui vengono in rilievo indici diversi, quali le circostanze di tempo e di luogo della condotta, il suo carattere doloso o colposo, il tipo di mansioni affidate al lavoratore, gli eventuali precedenti disciplinari, le probabilità di reiterazione dell'illecito ⁽⁷⁾.

Ne deriva che il sindacato giurisdizionale in ordine alla legittimità del licenziamento con riferimento al principio di proporzionalità (specificamente riservato, se congruamente motivato, al giudice di merito) dovrà spingersi ad approfondire, sotto il profilo oggettivo, l'entità della mancanza, il grado di affidamento richiesto in base all'inquadramento ed alle specifiche mansioni esercitate, il pregresso andamento del rapporto, la sua durata, e, sotto il profilo soggettivo, i motivi e le circostanze che hanno animato l'elemento psicologico che ha sorretto la condotta l'eventuale recidiva e la sistematicità del comportamento contestato ⁽⁸⁾, nonché l'eventuale

(4) Cfr., tra le più recenti, Cass. civ., sez. lav., 25.6.2015, n. 12343.

(5) Da ultimo il principio è stato ribadito da Cass. civ., sez. lav., 7.3.2017, n. 5693.

(6) Cfr., tra le tante, Cass. civ., sez. lav., 26.11.2014, n. 25162.

(7) Cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. lav., 1.7.2016, n. 13512.

(8) Cfr. Cass. civ., sez. lav., 23.6.2014, n. 14177.

illegittimità del comportamento datoriale di cui la condotta addebitata al lavoratore costituisce la reazione ⁽⁹⁾.

È stato altresì precisato che non occorre che l'elemento soggettivo della condotta sia intenzionale o doloso, nelle sue possibili e diverse articolazioni, giacché anche un comportamento colposo, per le sue caratteristiche e nel convergere degli altri indici della fattispecie, può risultare idoneo a determinare una lesione del vincolo fiduciario così grave ed irrimediabile da non consentire l'ulteriore prosecuzione del rapporto ⁽¹⁰⁾.

2. Proporzionalità della sanzione e tipizzazione contrattuale degli illeciti.

Il giudizio di proporzionalità o adeguatezza della sanzione assume profili particolarmente delicati allorché l'illecito disciplinare sia stato tipizzato dalla contrattazione collettiva, nel qual caso si pone il problema se, e fino a che punto, il sindacato del giudice ne sia vincolato. Ed infatti, è opinione largamente condivisa che la contrattazione collettiva costituisca lo strumento privilegiato attraverso il quale, tramite l'individuazione delle specifiche condotte sanzionate, anche di natura privata, possa essere qualificato l'esatto adempimento della prestazione lavorativa. Assai meno certo appare, invece, il margine di autonomia interpretativa attribuita al giudice nel verificare la congruità delle clausole collettive rispetto ai canoni legali che presiedono al licenziamento per motivi disciplinari.

Se appare pacifico che i codici disciplinari contenuti negli accordi collettivi possano qualificare come idonei a determinare il recesso senza preavviso dal rapporto anche condotte che non attengano in senso stretto all'espletamento della prestazione lavorativa (in quanto lesive dell'obbligo generale di non tradire la fiducia del datore di lavoro e di non alterare il regolare e disciplinato andamento dell'attività aziendale), è opinione comune che essi non possano essere considerati tassativi, e quindi vincolanti per il giudice, il quale ha sempre la possibilità di decidere sulla base dei principi generali che concorrono a qualificare la nozione normativa di giusta causa, anche facendo ricorso al cosiddetto minimo etico, cioè a quello *standard* valutativo diffuso nella realtà sociale che considera sanzionabili anche i comportamenti connotati da particolare gravità in relazione ai fondamentali doveri di civiltà e correttezza, nonché ai valori etici generalmente accettati dalla coscienza sociale ⁽¹¹⁾.

(9) Cfr. Cass. civ., sez. lav., 16.6.2001, n. 8173.

(10) Cfr. Cass. civ., sez. lav., 1.7.2016, n. 13512.

(11) Di recente, Cass. civ., sez. lav., 11.5.2016, n. 9635, ha ritenuto che fosse possibile di licenziamento l'avere proferito espressioni ingiuriose nei confronti della dirigenza aziendale sebbene il contratto collettivo nazionale di categoria tipizzasse come giusta causa di recesso datoriale solo la condotta insubordinata caratterizzata da aggressione fisica, evidenziando che

L'elencazione delle ipotesi di giusta causa di licenziamento contenuta nei contratti collettivi, quindi, al contrario di quanto vale per le sanzioni disciplinari con effetto conservativo, ha valenza meramente esemplificativa e non esclude, perciò, la sussistenza della giusta causa per un grave inadempimento o per un grave comportamento del lavoratore contrario alle norme della comune etica o del comune vivere civile, alla sola condizione che tale grave inadempimento o tale grave comportamento abbia fatto venire meno il rapporto fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore (¹²). D'altra parte, se è vero che la nozione di giusta causa è una nozione legale e che pertanto il giudice non è tendenzialmente vincolato alle previsioni di condotte integranti giusta causa contenute nei contratti collettivi, ciò non esclude, tuttavia, che egli ben possa fare riferimento ai contratti collettivi e alle valutazioni che le parti sociali compiono in ordine alla gravità di determinati comportamenti, del resto rispondenti – in linea di principio – a canoni di normalità sociale. Sicché il giudice può escludere che il comportamento costituisca in concreto una giusta causa di licenziamento, pur essendo qualificato come tale dai contratti collettivi, solo in considerazione delle circostanze concrete che lo hanno caratterizzato (¹³).

Peraltro, essendo praticamente impossibile che i codici disciplinari possano prevedere una tipizzazione specifica e particolareggiata di tutte le fattispecie punibili, è frequente l'uso di clausole di chiusura o il richiamo di fattispecie piuttosto generiche, spesso neppure accompagnate dalla necessaria esemplificazione, ovvero il ricorso a classificazioni di comportamenti diversificati soltanto in base alla loro gravità (si pensi al caso della insubordinazione del dipendente, in relazione alla quale molti contratti collettivi prevedono la sanzione del licenziamento quando la stessa si presenti grave) (¹⁴). In giurisprudenza è stato affermato che

il giudice, nel valutare la nozione legale di giusta causa, non è vincolato alle previsioni contrattuali ma deve valutare anche le condotte gravemente lesive delle norme etiche del comune vivere civile.

(¹²) Cfr., tra le tante, Cass. civ., sez. lav., 16.3.2004, n. 5372; Cass. civ., sez. lav., 18.8.2004, n. 16260; Cass. civ., sez. lav., 18.2.2011, n. 4060.

(¹³) Cass. civ., sez. lav., 14.2.2005, n. 2906.

(¹⁴) A proposito della insubordinazione, si ricorda come la sua nozione non sia affatto pacifica, nemmeno nella giurisprudenza di legittimità, essendo rinvenibili due contrapposti orientamenti interpretativi: uno più restrittivo, che la fa coincidere con la sola inosservanza di ordini e direttive impartiti dal datore di lavoro ai sensi dell'art. 2104, comma 2, cod. civ., ed un altro che la estende sino a ricoprendere ogni altro comportamento animato dall'intenzione di contrastare apertamente i poteri del datore di lavoro, ponendo in pericolo l'efficienza dell'organizzazione aziendale. Da ultimo, nel primo senso si è espressa Cass. civ., sez. lav., 26.4.2016, n. 8236, nel secondo Cass. civ., sez. lav., 11.5.2016, n. 9635 (entrambe pubblicate in *Giur. It.*, 2017, 1, pp. 142 e segg., con nota di M. Nicolosi, *Insubordinazione del lavoratore, licenziamento illegittimo e rimedi esperibili*). La prima sentenza ha escluso che potesse considerarsi come insubordinazione la destinazione del tempo retribuito e dei beni

neppure l'esistenza della clausola di un contratto collettivo che preveda un certo fatto quale giusta causa di licenziamento esime il giudice dalla valutazione di proporzionalità fra il provvedimento espulsivo adottato dal datore di lavoro e la gravità del fatto addebitato all'inculpato⁽¹⁵⁾, a meno che si tratti di fattispecie di illecito disciplinare non già formulata con espressioni generiche o elastiche, ma rigidamente predeterminata e che non preveda circostanze attenuanti⁽¹⁶⁾.

Sul tema è peraltro intervenuto una prima volta il legislatore con l'art. 30 della legge n. 183 del 2010 (Collegato lavoro), prescrivendo che «*nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione*». La norma aveva il chiaro obiettivo di limitare la discrezionalità interpretativa del giudice; senonché, per come è stata formulata, essa non ha statuito la vincolatività delle previsioni disciplinari espresse dall'autonomia collettiva, limitandosi a confermare (in linea con la prevalente giurisprudenza) che esse si configurano quali *standard sociali* di riferimento che il giudice deve tenere in considerazione per riempire concretamente di significato le clausole generali di giusta causa e giustificato motivo, potendosene tuttavia discostare, ove lo ritenga opportuno (e dandone ovviamente congrua motivazione).

Un limite ben più rilevante all'attività ermeneutica del giudice, anche in punto di proporzionalità del licenziamento, è stato invece posto dalla legge n. 92 del 2012, laddove, nel testo novellato dell'art. 18, comma 4,

aziendali a scopi personali, con annesso uso di una macchina, riguardo alla quale non si è ricevuta adeguata formazione; la seconda vi ha invece ricompreso la critica, con modalità esorbitanti i limiti della correttezza formale dei toni e dei contenuti, rivolta ai propri superiori, in quanto suscettibile di pregiudicarne l'autorevolezza.

(15) Cass. civ., sez. Lav., 4.2.1983, n. 939; Cass. civ., sez. lav., 2.2.1990, n. 690. Più di recente, Cass. civ., sez. lav., 21.6.2012, n. 10337, ha ribadito la non tassatività della elencazione contenute nei contratti collettivi, sicché il giudice dovrà sempre valutare se la previsione contrattuale sia conforme alla nozione legale di giusta causa e se, in ossequio al principio di proporzionalità e ragionevolezza, il fatto addebitato sia tale da legittimare il recesso, tenuto conto delle circostanze del caso. D'altro lato, Cass. civ., sez. lav., 26.11.2013, n. 26397, esaminando il caso di un lavoratore licenziato per avere installato il programma eMule per scaricare musica sul computer aziendale, ha ritenuto che tale condotta non meritasse di per sé, e tenuto conto delle circostanze del caso concreto, il licenziamento, evidenziando come, in presenza di clausole della contrattazione collettiva che prevedano genericamente tra i casi in cui è possibile adottare la sanzione espulsiva la violazione delle norme di *policy* aziendale, il giudice sia tenuto ad accertare in concreto la reale gravità delle infrazioni addebitate, nonché il rapporto di proporzionalità tra esse e la sanzione irrogata.

(16) Cass. civ., sez. lav., 11.9.2015, n. 17987.

Stat. lav., sono stati previsti l'annullamento del licenziamento e l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata (i.e. con conseguenze risarcitorie contenute nel limite delle dodici mensilità), nel caso in cui il giudice accerti che il fatto, pur sussistente, rientri tra le condotte che i codici disciplinari puniscono con la sola sanzione conservativa.

Si è discusso in dottrina se la tutela reintegratoria attenuata possa essere accordata soltanto nel caso di precisa e compiuta tipizzazione contrattuale del fatto come meritevole di sanzione conservativa, o anche (come sembra preferibile) nell'ipotesi in cui il fatto non specificamente tipizzato possa essere ricondotto ad una norma contrattuale generica o elastica (17). I primi interventi giurisprudenziali si sono indirizzati verso un'interpretazione estensiva, essendosi ordinata la reintegrazione del lavoratore in casi in cui il licenziamento appariva sproporzionato rispetto ai fatti sanzionati, perché essi non risultavano perfettamente riconducibili alla fattispecie prevista dal contratto collettivo ovvero in presenza di esemplificazioni contrattuali di maggiore gravità rispetto a quella in concreto contestata (18).

Di fronte ad una siffatta interpretazione estensiva della norma del 2012, vi è stato chi ha rilevato come, dopo la riscrittura dell'art. 18 da parte della legge Fornero, esista un doppio regime sanzionatorio delle ipotesi di licenziamento illegittimo perché sproporzionato: nel caso in cui la sproporzione sia valutabile *ex ante*, perché il fatto avrebbe dovuto essere colpito con sanzione conservativa, si applica la tutela reintegratoria attenuata; mentre nel caso di sproporzione valutabile soltanto *ex post*, dovuta cioè all'accertamento postumo di una minore intensità dell'elemento soggettivo o alla valutazione di ulteriori elementi

(17) In quest'ultimo senso M. Magnani, *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*, Milano, 2012, pp. 3 e segg.; F. Santini, *I licenziamenti per motivi soggettivi dopo la legge n. 92/2012: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, pp. 1005 e segg.

(18) Cfr. Trib. Milano, ord. 20.3.2013 (nella quale, con riferimento ad un caso di apprezzamenti ed atti offensivi rivolti nei confronti di alcune colleghe di lavoro, il giudice ha ritenuto il fatto non meritevole della sanzione espulsiva, evidenziando, tra l'altro, come quest'ultima fosse prevista dal CCNL solo nel caso, di maggiore gravità, di «*diverbio litigioso seguito da vie di fatto*»); Trib. Bologna, ord. 25.9.2012 (anche in questo caso, relativo al dipendente di un Istituto di vigilanza privata al quale era stato addebitato di non avere con sé l'arma in dotazione e di averla lasciata chiusa a chiave in un cassetto all'interno della *control room* riservata al personale, il giudice ha rilevato come l'esemplificazione contrattuale delle condotte passibili di licenziamento prevedesse soltanto casi di ben maggiore gravità).

circostanziali, si applicherebbe la mera tutela indennitaria prevista dall'art. 18, comma 5 (19).

3. La legge Fornero e la rilevanza della principio di proporzionalità nell'interpretazione della nozione di «insussistenza del fatto contestato».

Il tema appena trattato non può prescindere dalla illustrazione di una problematica ad esso strettamente connessa. Infatti, fra le tante questioni che le recenti riforme in tema di licenziamento hanno sottoposto all'attenzione degli interpreti, spicca quella relativa alla definizione della nozione normativa della «*insussistenza del fatto contestato*», nozione che, a partire dalla legge Fornero, costituisce uno dei principali elementi discriminanti per la concessione della tutela reintegratoria in caso di licenziamento disciplinare illegittimo. La problematica è sin troppo nota ed ai fini di questa rassegna giurisprudenziale potrà darsene conto solo in modo molto sintetico.

Prima della legge Fornero, l'art. 18 St. lav. prevedeva per i licenziamenti illegittimi, come ben noto, un'unica tutela, quella reale o reintegratoria, senza distinzione tra le cause della illegittimità (20). La legge n. 92 del 2012, che ha riformato in maniera incisiva la disposizione statutaria, ha invece introdotto una disciplina assai variegata dei rimedi sanzionatori avverso i licenziamenti illegittimi, limitando la somministrazione giudiziale della reintegrazione ad un novero di ipotesi che, almeno nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto essere molto limitato. Più in particolare (a parte i casi di licenziamento discriminatorio o intimato per motivo illecito o comunque nullo), la reintegrazione nel posto

(19) Così R. Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, Milano, 2014, pp. 36 e segg.

(20) Si tacerà qui, esulando la questione dall'oggetto specifico di questa trattazione, del problema della applicabilità o meno del nuovo articolo 18 dello Statuto ai rapporti di lavoro contrattualizzati con le pubbliche amministrazioni, sul quale – *in primis* per l'imperizia tecnica del legislatore del 2012 – è come ben noto fiorito un dibattito variegatissimo, che si sarebbe con ogni probabilità trascinato ancora per anni se non fosse intervento – con disposizione che solleverà verosimilmente meno incertezze applicative – l'ultimo organico intervento di riforma del pubblico impiego, realizzato (in attuazione della delega conferita con la legge, cosiddetta Madia, n. 124 del 2015) dal d.lgs. n. 75 del 2017, che all'art. 21 disegna uno speciale sistema di tutela contro il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico, fondato su una specifica combinazione di reintegrazione nel posto di lavoro e risarcimento del danno. Per un riepilogo del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sino a tale ultima riforma v., comunque, S. Giubboni, A. Colavita, *La nuova disciplina dei licenziamenti e i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in M. Cerreta, M. Riommi (a cura di), *Le riforme dei rapporti di lavoro delle pubbliche amministrazioni e della scuola pubblica*, Torino, 2016, pp. 37 e segg.

di lavoro è prevista dall'art. 18, comma 4, soltanto in due ipotesi di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo: quello (del quale si è già parlato) in cui il fatto contestato rientri, sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili, tra le condotte punibili con una sanzione conservativa, e quello in cui il fatto contestato risulti, appunto, insussistente.

Poiché, come si diceva, in tutte le altre ipotesi di licenziamento illegittimo il novellato art. 18 prevede la sola tutela obbligatoria (e cioè il pagamento di una indennità risarcitoria, che sarà più o meno consistente a seconda delle ragioni della illegittimità, ma che non fa venir meno, a dispetto dell'accertata illegittimità dell'atto di recesso, l'effetto solutorio sul rapporto di lavoro), appare assolutamente evidente come l'esatta definizione della nozione di insussistenza del fatto contestato assuma una cruciale importanza al fine di determinare l'ambito di residua operatività della tutela reale. Ed infatti, all'indomani dell'emanazione della legge n. 92 del 2012 sono emersi, tra i primi commentatori della riforma, due contrapposti orientamenti interpretativi.

Una prima opzione ricostruttiva, più restrittiva, ritiene che l'indagine sulla sussistenza del fatto contestato debba limitarsi all'accertamento dell'esistenza o meno del *fatto materiale* contestato al lavoratore, sicché il giudice dovrebbe limitarsi a verificare se tale fatto esista o meno, come mero accadimento nella realtà fenomenica, nelle sue componenti essenziali della condotta (omissiva o commissiva) del lavoratore, dell'evento pregiudizievole per il datore di lavoro e del nesso di causalità, restando invece del tutto estranea all'indagine qualsiasi ulteriore valutazione di natura giuridica, ivi compresa quella in ordine alla gravità del fatto⁽²¹⁾.

La teoria del fatto puramente materiale sembrerebbe avere il pregio di attribuire all'accertamento giudiziario un maggiore grado di oggettività e di certezza, con corrispondente limitazione della discrezionalità del giudice nella costruzione processuale del fatto e nella individuazione della norma applicabile⁽²²⁾, ma in realtà, come è stato subito osservato da più parti⁽²³⁾, nel caso concreto può non essere agevole isolare il fatto materiale dal contesto in cui ha avuto luogo, né essere chiaro, ove si sia in presenza di più fatti contestati e a venire meno sia solo uno di essi, quando debba

(21) V. per tutti A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 438 e segg.

(22) Cfr., più recentemente e in generale, P. Rescigno, S. Patti, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, pp. 33 segg.

(23) Cfr., tra gli altri, C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir.lav.* 2012, pp. 569 e segg.; Id., *Le tutele*, in E. Gragnoli (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, volume quinto del *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. Persiani e F. Carinci, Padova, 2017, pp. 726 e segg., spec. pp. 757 e segg.

reputarsi inverato il requisito della insussistenza. Ma soprattutto, la tesi più restrittiva può condurre a conseguenze del tutto inaccettabili e irrazionali, escludendo la reintegrazione nel posto di lavoro anche a fronte di licenziamenti intimati (magari in maniera strumentale e pretestuosa) per fatti che, pur essendo effettivamente accaduti nella loro materialità, non hanno alcun rilievo disciplinare, perché non costituiscono inadempimento degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro (si pensi al lavoratore che la mattina non saluti il proprio superiore o non gli sorrida, oppure che danneggi uno strumento di lavoro in maniera del tutto incolpevole), o che abbiano carattere meramente bagatellare, comportando un inadempimento di minima importanza (si pensi al ritardo di un minuto o all'appropriazione di un bene aziendale di nessun valore venale).

Si è rilevato da più parti, allora, che la nozione di insussistenza del fatto non può essere disgiunta dalla valutazione di alcuni elementi ulteriori rispetto alla mera condotta materiale posta in essere dal lavoratore, dovendosi l'indagine del giudice necessariamente estendersi alla imputabilità soggettiva del fatto, nonché alla valutazione della sua antigiuridicità e gravità. In altre parole, secondo questa diversa opzione interpretativa, il fatto contestato è insussistente non soltanto quando non esiste nella sua materialità, ma anche quando non esiste come *fatto giuridicamente rilevante*, cioè quando, pur essendosi verificato, non costituisce inadempimento agli obblighi contrattuali. È stato efficacemente affermato che ciò che conta i fini dell'esclusione della tutela reale è l'esistenza non del semplice «fatto-comportamento», ma del «fatto-inadempimento»⁽²⁴⁾. In quest'ottica, anche la valutazione di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'inadempimento seguita ad essere compresa nel giudizio diretto all'accertamento della sussistenza del fatto contestato⁽²⁵⁾.

La teoria del fatto giuridico è stata immediatamente sposata da una delle prime pronunce di merito intervenute sulla norma statutaria novellata. Con ordinanza del 15 ottobre 2012⁽²⁶⁾, infatti, il Tribunale di Bologna ha affermato come la norma in questione, facendo riferimento al «fatto», abbia inteso riferirsi al fatto globalmente accertato, nell'*unicum* delle sue componenti oggettive e soggettive, da valutarsi anche in relazione alla sua gravità, tanto che il giudice ha poi applicato la sanzione

(24) Così F. Rusconi, *Chiariimenti della cassazione su licenziamento disciplinare e insussistenza del fatto*, in www.avvrusconi.it, 7.11.2016.

(25) È stato rilevato che la proporzionalità non costituisce una condizione esterna di legittimità dell'atto di recesso, entrando nello schema causale dello stesso (in tal senso G. Fontana, *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, pp. 273 e segg.).

(26) Trib. Bologna, sez. lav., 15.10.2012.

reintegratoria in considerazione della scarsa rilevanza offensiva e del modestissimo peso disciplinare dell'episodio (di non grave insubordinazione nei confronti di un superiore gerarchico) nella specie contestato.

Tale indirizzo è stato poi seguito da altre pronunce dei giudici del lavoro, tanto da presentarsi, già all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, come assolutamente prevalente nella giurisprudenza di merito (27). Una temporanea – e diremmo estemporanea – deviazione dalla ricordata linea esegetica è stata segnata dalla Suprema Corte, la quale, intervenuta per la prima volta sulla interpretazione del novellato art. 18, comma 4, St. lav., ha affermato, in un *obiter dictum* del tutto avulso dal contenuto decisorio della sentenza, che, ai fini della reintegrazione, occorre distinguere tra l'esistenza del fatto e la sua qualificazione, sicché la verifica sul fondamento della causale del licenziamento si deve esaurire nell'accertamento della sussistenza/insussistenza del fatto contestato, da intendersi quale fatto materiale, senza margine alcuno per valutazioni di tipo discrezionale, espungendo così dall'applicazione della tutela reale ogni apprezzamento attinente al profilo della proporzionalità della sanzione disciplinare rispetto alla gravità del comportamento addebitato (28).

La decisione del 2014, tuttavia, è rimasta sostanzialmente isolata. Nemmeno un anno dopo, infatti, i giudici di legittimità sono nuovamente intervenuti sulla questione che ci interessa per riprendere e condividere la tesi che nella giurisprudenza di merito era emersa come maggioritaria, quella cioè secondo la quale il fatto contestato non sussiste anche quando sia privo del carattere di illecità, perché la completa irrilevanza giuridica di

(27) Cfr. Trib. Ravenna, sez. lav., 18.3.2013, il quale ha ribadito che il fatto contestato va inteso con riferimento non solo alla sua componente oggettiva (fatto materiale) ma anche a quella soggettiva (fatto giuridico), comprensiva della valutazione in ordine al dolo o alla colpa del lavoratore ed alla proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione, precisando che il giudizio di proporzionalità tra infrazione e sanzione ai sensi dell'art. 2106 cod. civ. mantiene il suo valore essenziale nella scelta della tutela da applicare anche quando il fatto tipico sussista, ma non sia grave (in assenza di una precisa tipizzazione da parte dei contratti collettivi e del codice disciplinare). Vedi anche Trib. Genova, ord. 24.3.2015, il quale ha rilevato come il legislatore non abbia inteso identificare il «fatto contestato» con il comportamento nella sua materialità, a prescindere dalle componenti che ne configurano non solo la gravità, ma, prima ancora, l'antigiuridicità. Sulla stessa linea, anche Trib. Milano 30.1.2013 e Trib. Taranto 3.6.2013. Vedi, invece, Trib. Tivoli, ord. 14.11.2014, che pur ritenendo sproporzionato il licenziamento intimato ad un lavoratore che aveva effettuato una vendita commerciale a prezzi scontati in difetto della prescritta autorizzazione aziendale, gli ha accordato la sola tutela indennitaria prevista dall'art. 18, comma 5, ritenendo che la tutela reintegratoria possa essere concessa soltanto nel caso di accertamento della insussistenza del fatto storico contestato, laddove il giudizio di proporzionalità attiene ad una fase logicamente successiva rispetto ad esso.

(28) Cass. civ., sez. lav., 6.11.2014, n. 23669, in *Giur. it.*, 2014, 12, pp. 2788 e segg., con nota di L. Fiorillo.

un fatto equivale alla sua insussistenza materiale, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria (29). La sentenza, dunque, sposa la teoria del fatto giuridico, precisando, tuttavia, come sia rimasta estranea alla valutazione del caso di specie la diversa questione della proporzionalità tra il fatto sussistente, ma di modesta illiceità, rispetto alla sanzione espulsiva.

A tale orientamento, favorevole ad un'interpretazione più estensiva del concetto di «insussistenza del fatto contestato», può ascriversi anche un'altra sentenza, alla prima immediatamente successiva, nella quale la Suprema Corte – dopo avere dichiarato inammissibile la pretesa del lavoratore di ricondurre i fatti contestati ad una diversa (e a lui più favorevole) previsione disciplinare del contratto collettivo di settore, atteso che tale fattispecie non era stata contestata ed era pertanto da considerarsi estranea al tema disputato nel processo – ha ritenuto, tuttavia, di dover accogliere il ricorso, accordando al lavoratore la reintegrazione nel posto di lavoro, essendo mancato, nell'indagine del giudice del merito, l'accertamento dei fatti costituenti quel «grave documento materiale o morale» all'azienda, che costituiva uno degli elementi costitutivi della fattispecie disciplinare delineata nella norma del contratto collettivo contestata (30). Secondo i giudici di legittimità, pertanto, ci si troverebbe di fronte all'ipotesi delineata dall'art. 18, comma 4, Stat. lav., anche qualora sia assente il grave documento per l'azienda, poiché, in quel caso, la fattispecie di illecito sarebbe realizzata solo in parte, risultando così inesistente.

L'orientamento delle due sentenze del 2015 è stato da ultimo confermato da una ulteriore pronuncia, nella quale la Suprema Corte ha ribadito che la tutela reintegratoria va accordata anche nell'ipotesi di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, senza che rilevi la diversa

(29) Cass. civ., sez. lav., 13.10.2015, n. 20540, in *Lav. giur.*, 2016, 4, pp. 377 e segg., con nota di F. Di Martino. In questa sentenza la Cassazione ha esaminato un caso in cui la Corte territoriale aveva dichiarato la illegittimità del licenziamento per difetto del requisito della immediatezza della contestazione con riferimento ad alcuni dei fatti di cui alla lettera d'incriminazione disciplinare e, con riferimento agli altri, per mancanza di rilievo giuridico, perché espressivi di atteggiamenti semmai contrari alle regole della compostezza e degli usi mondani, siccome dettati da acrdine per l'interruzione non consensuale di una relazione personale, e comunque non di tale rilievo da incidere negativamente sullo svolgimento dell'attività aziendale. I giudici di legittimità hanno condiviso tale qualifica, precisando che l'assenza di giuridico rilievo dei singoli fatti può essere apprezzata solo nel contesto complessivo, anche di stato psicologico, in cui versava la lavoratrice.

(30) Cass. civ., sez. lav., 13.10.2015, n. 20545. Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte al dipendente era stato contestato di aver inserito, nel sito internet e nel profilo *Facebook* di una sua impresa di ristorazione, quale recapito, i numeri di telefono cellulare e di fax a lui assegnati per ragioni di servizio, nonché di avere indicato la società datrice di lavoro tra i clienti dei servizi di ristorazione.

questione della proporzionalità tra sanzione espulsiva e fatto di modesta illiceità (31). In sintesi, dalle più recenti pronunce della Corte di Cassazione si desume il principio in base al quale l'assenza di illiceità di un fatto materiale, pur sussistente, deve essere ricondotta all'ipotesi, che prevede la reintegrazione nel posto di lavoro, dell'insussistenza del fatto contestato, mentre la minore o maggiore gravità (o lievità) del fatto contestato e ritenuto sussistente, implicando un giudizio di proporzionalità, non consente l'applicazione della tutela reale.

Peraltro, ancora più di recente il dibattito sul punto si è arricchito di un ulteriore contributo della Corte nomofilattica. La Suprema Corte, infatti, ha così statuito: «*L'insussistenza del fatto contestato, di cui all'art. 18 Stat. lav., come modificato dalla legge n. 92 del 2012, art. 1, comma 42, comprende l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, sicché (anche) in tale ipotesi si applica la tutela reintegratoria, senza che rilevi la diversa questione della proporzionalità tra sanzione espulsiva e fatto di modesta illiceità (Cass. n. 20540/15). Con la successiva Cass. n. 18418/16 si è al riguardo chiarito che l'assenza di illiceità di un fatto materiale pur sussistente, deve essere ricondotto all'ipotesi, che prevede la reintegrazione nel posto di lavoro, dell'insussistenza del fatto contestato, mentre la minore o maggiore gravità (o lievità) del fatto contestato e ritenuto sussistente, implicando un giudizio di proporzionalità, non consente l'applicazione della tutela cd. reale. Nella specie la sentenza impugnata ha accertato la sostanziale non illiceità dei fatti addebitati, e tale accertamento non ha formato oggetto di adeguata censura ad opera della ricorrente. Deve peraltro chiarirsi che non può ritenersi relegato nell'ambito del giudizio di proporzionalità qualunque fatto (accertato) teoricamente censurabile ma in concreto privo del requisito di antigiuridicità, non potendo ammettersi che per tale via possa essere sempre soggetto alla sola tutela indennitaria un licenziamento basato su fatti (pur sussistenti, ma) di rilievo disciplinare nullo o sostanzialmente inapprezzabile» (32).*

Si è voluto riprodurre testualmente tale passaggio della motivazione della sentenza perché la Corte fornisce importanti chiarimenti concettuali ai fini della fissazione della porosa linea di confine tra insussistenza del fatto giuridico scrutinabile *ex ante* e sproporzione della sanzione disciplinare valutabile soltanto *ex post*. Infatti, nella prima parte della motivazione i giudici di legittimità richiamano gli ultimi due precedenti giurisprudenziali sopra riportati, ribadendo, nella sostanza, il seguente schema logico-giuridico: se il fatto contestato (pur esistente nella sua

(31) Cass. civ., sez. lavoro, 20.9.2016, n. 18418.

(32) Cass. civ., sez. lav., 31.5.2017, n. 13799.

materialità) neppure astrattamente, ed in base ad una valutazione *ex ante*, risulti di gravità tale da integrare gli estremi della giusta causa di licenziamento, esso sarebbe (giuridicamente) inesistente e quindi meritevole di tutela reintegratoria; viceversa, se sia astrattamente idoneo ad integrare gli estremi della giusta causa, ma – valutato *a posteriori* ed alla luce di tutte le circostanze del caso concreto – non risulti di gravità tale da esse sanzionato con il licenziamento, si entrerebbe nell’ambito del giudizio di proporzionalità in senso stretto e, quindi, della tutela puramente indennitaria. Nell’ultimo capoverso della parte motiva, però, la Corte parrebbe estendere ulteriormente l’ambito della tutela reale, ricomprendendovi anche quei fatti che, in base alla valutazione di proporzionalità condotta in concreto (e quindi *ex post*), risultino «*di rilievo disciplinare nullo o sostanzialmente inapprezzabile*».

Al riguardo, non sembra inutile evidenziare come nella più recente giurisprudenza della Suprema Corte sia rinvenibile una tendenza ad un ulteriore ampliamento della nozione di «fatto contestato», e quindi del residuo perimetro della tutela reintegratoria, anche con riferimento alla fattispecie della tardiva contestazione dell’addebito. Infatti, i giudici di legittimità hanno di recente ritenuto insussistente, ai sensi del novellato art. 18, anche il fatto non tempestivamente contestato *ex art. 7 Stat. lav.*, evidenziando come la violazione del principio di tempestività della contestazione dell’addebito disciplinare dia luogo ad una violazione formale o procedurale a carattere talmente radicale, coinvolgendo i diritti di difesa del lavoratore, da impedire che il giudice possa accettare la sussistenza o meno del fatto, e quindi valutarne la commissione effettiva, anche a fini delle scelte tra i vari regimi sanzionatori. In altre parole, poiché la norma parla di insussistenza del «fatto contestato» (e quindi contestato regolarmente), a maggior ragione la locuzione normativa non può che riguardare anche l’ipotesi in cui il fatto sia stato contestato in maniera abnorme, sicché il fatto è *tanquam non esset* e quindi, appunto, insussistente⁽³³⁾. In tal modo la nozione di «fatto contestato» verrebbe ad essere ulteriormente dilatata.

In realtà, quest’ultimo arresto si pone in contrasto con un altro indirizzo interpretativo della Corte di Cassazione, la quale aveva già avuto modo di affermare che la violazione del principio di immediatezza della contestazione è causa di illegittimità del licenziamento disciplinare, ma non comporta la reintegrazione del lavoratore (perché non rientra in alcuna delle previsioni dell’art. 18 Stat. lav., come modificato dalla legge n. 92 del 2012), ma una tutela limitata al pagamento di un’indennità risarcitoria

(33) Cass. civ., sez. lav., 31.1.2017, n. 2513.

onnicomprensiva (34). L'insussistenza del fatto contestato, con la conseguente applicazione della tutela reintegratoria, viene ravvisata dai giudici di legittimità nella diversa fattispecie di radicale difetto di contestazione dell'infrazione, in considerazione del fatto che ciò determina l'inesistenza dell'intero procedimento, e non solo l'inosservanza delle norme che lo disciplinano, dovendosi ritenere assolutamente privo di giustificazione un licenziamento disciplinare adottato senza alcuna contestazione di addebito (35).

Da ultimo, la stessa Sezione lavoro della Corte di Cassazione ha avuto modo di rilevare l'esistenza dei due contrastanti orientamenti appena menzionati: da un lato, quello che ritiene che la tardività della contestazione, collocandosi sul diverso piano di conformazione al principio generale di correttezza e buona fede nell'attuazione del rapporto di lavoro, non attenga sotto alcun profilo alla nozione dell'insussistenza del fatto contestato, comunque ricorrente nella sua essenza ontologica (e ciò indipendentemente dalla sua accezione in senso materiale o giuridico); dall'altro lato, l'orientamento (cui può ricondursi la sentenza n. 2513/2017) secondo il quale la contestazione intempestiva, indipendentemente dalla sussistenza della condotta, ne dimostra l'irrilevanza ai fini della prosecuzione del rapporto (laddove la valutazione di irrilevanza proviene dallo stesso datore di lavoro, il quale, pur consapevole dell'illecito tenuto dal lavoratore, non ritiene necessario richiedere giustificazioni, così dimostrando, per fatto concludente, che l'inadempimento non è tale da impedire la prosecuzione del rapporto), con l'ulteriore conseguenza che la contestazione tardiva deve ritenersi irregolare non soltanto sotto il profilo procedimentale, ma anche sotto quello sostanziale della non gravità dell'inadempimento.

In considerazione dell'esistenza di tale contrasto, i giudici di legittimità hanno rimesso la relativa questione di diritto alla decisione delle Sezioni Unite (36).

4. Il principio di proporzionalità dopo il Jobs Act.

I più recenti approdi giurisprudenziali non possono essere letti senza considerare l'ulteriore riforma legislativa intervenuta in materia di licenziamenti proprio mentre si stava dipanando il dibattito interpretativo sul novellato art. 18 St. lav. Infatti, il processo di progressiva riduzione delle tutele contro i licenziamenti illegittimi è stato portato alle sue più

(34) Cass. civ., sez. lav., 9.7.2015, n. 14324.

(35) Cass. civ., sez. lav., 14.12.2016, n. 25745.

(36) Ordinanza interlocutoria 21.4.2017, n. 10159.

drastiche conseguenze dal cosiddetto *Jobs Act* e, segnatamente, dalla disciplina sul (*soi-disant*) contratto a tutele crescenti.

Come è noto, l'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015 (oltre ad avere ridotto l'entità dell'indennità risarcitoria spettante al lavoratore allorché risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo o giusta causa) ha anche ristretto ulteriormente l'ambito di applicabilità della tutela reintegratoria, stabilendo espressamente che il giudice possa annullare il licenziamento solo quando sia *direttamente dimostrata in giudizio* l'insussistenza del fatto *materiale* contestato al lavoratore, con l'ulteriore precisazione che resta estranea a tale giudizio ogni valutazione circa la *proporzionalità* del licenziamento. Dalla valutazione del giudice circa la possibile applicazione della tutela reale è inoltre scomparso qualsiasi riferimento alle fattispecie disciplinari tipizzate dalla contrattazione collettiva.

Evidentemente il legislatore del *Jobs Act*, constatato che nel dibattito in corso la teoria del fatto giuridico stava diventando prevalente nell'esegesi giurisprudenziale, ha voluto immediatamente contrastare tale interpretazione, ribadendo con una baldanza senza precedenti nella storia legislativa dei licenziamenti la linea di fondo della propria politica del diritto del lavoro (37): la limitazione della discrezionalità del giudice nella scelta dei rimedi sanzionatori applicabili, al fine di rendere più contenuti e prevedibili per il datore di lavoro i costi del licenziamento illegittimo. La scelta legislativa di aggiungere alla locuzione «fatto contestato» l'aggettivo «materiale» e l'esplicita espunzione di ogni valutazione circa la rispondenza del licenziamento al principio di proporzionalità (scelta che sembra suggerita proprio dalla estemporanea motivazione della sentenza della Suprema Corte n. 23669/2014, sopra richiamata) è certamente animata dalla ambizione di porre fine alla *querelle* interpretativa suscitata dal nuovo articolo 18, facendo pendere definitivamente la bilancia in favore della teoria del fatto materiale. Dubitiamo fortemente, però, che l'esito di questa autentica *hýbris* legislativa possa essere effettivamente questo.

Innanzitutto, non bisogna dimenticare che la novella (con scelta essa stessa assai discutibile sul piano del rispetto del criterio di ragionevolezza del diverso regime sanzionatorio applicabile) riguarderà soltanto i licenziamenti irrogati ai lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti,

(37) Mette da ultimo bene in evidenza la discontinuità rispetto ai paradigmi ricevuti di tale formulazione legislativa – che in nome di un rozzo riduzionismo economicistico coltiva la pretesa di espungere dalla discrezionalità applicativa del giudice sia la valutazione complessiva dell'illecito disciplinare come fatto giuridico, sia la proporzionalità della sanzione rispetto all'inadempimento – P. Loi, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Torino, 2016, pp. 206 e segg., traendone le doverose conseguenze sul piano della illegittimità costituzionale (v. anche *infra*, note 41 e 42 e testo corrispondente).

sicché l'art. 18 St. lav. seguirà ad applicarsi – nei termini via via precisati dalla giurisprudenza – a tutti i rapporti di lavoro costituiti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015.

Inoltre, già si è levata in dottrina la voce di chi sottolinea come l'aggettivo «materiale» non valga di per sé ad escludere che il fatto contestato debba comunque seguitare ad essere qualificato come inadempimento agli obblighi contrattuali, connotazione questa tipicamente giuridica, sicché la modifica legislativa non inficerebbe le conclusioni già raggiunte in tema di applicabilità dell'art. 18, comma 4, St. lav. (38). Ne deriverebbe che la tutela reintegratoria debba tuttora essere applicata in tutti i casi in cui il fatto contestato, pur esistente, non sia qualificabile come inadempimento, non sia stato commesso dal lavoratore incolpato o non sia allo stesso imputabile (39). D'altra parte, è stato esattamente rilevato come la *ratio decidendi* del più recente approdo giurisprudenziale sopra riferito riposi sull'assunto che la completa irrilevanza giuridica del fatto equivalga alla sua insussistenza materiale; e tale postura interpretativa è senz'altro riferibile anche al regime di tutela introdotto dal *Jobs Act* (40).

In altre parole, seguendo questa linea interpretativa, se il fatto contestato deve essere necessariamente costituito da una condotta idonea ad integrare una delle causalità estintive previste dall'ordinamento (giusta causa o giustificato motivo), e se per giungere ad integrare tali estremi esso deve rappresentare un inadempimento talmente grave da non consentire in concreto la prosecuzione del rapporto, la valutazione *ex ante* della proporzionalità della reazione datoriale finisce per essere un passaggio necessario ed imprescindibile del giudizio sulla gravità del fatto, dal momento che l'inadempimento che non possa essere considerato, neppure astrattamente, così grave da meritare l'irrogazione della sanzione espulsiva non è neppure idoneo ad integrare gli estremi della giusta causa

(38) G. Amoroso, *Le tutelle sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei Lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, pp. 350 e segg.

(39) V., pur tra i commentatori di massima favorevoli alla linea di politica del diritto del *Jobs Act*, C. Pisani, *Il nuovo regime di tutelle per il licenziamento ingiustificato*, in R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015, pp. 29 e segg.

(40) M. De Luca, *Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il Jobs Act alla prova della giurisprudenza*, in *Lavoro giur.*, 2015, pp. 1180 e segg., nel quale l'autore evidenzia come le due più recenti riforme legislative non abbiano intaccato il principio in forza del quale il licenziamento è legittimo soltanto se intimato per giusta causa o giustificato motivo, sicché il fatto, comunque interpretato, deve essere sempre essere selezionato tra quelli che abbiano in sé gli elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo, pervenendosi altrimenti all'inaccettabile conclusione che la tutela reintegratoria venga ad essere negata nei casi in cui sia stato addotto, quale motivo di licenziamento, un fatto sussistente ma lecito, con il che risulterebbe di fatto legittimata la recidibilità *ad nutum* del datore di lavoro.

o del giustificato motivo; sicché il fatto contestato non potrebbe ritenersi neppure sussistente, con la conseguente applicazione della tutela reintegratoria. Al contrario, se il fatto sia astrattamente meritevole di licenziamento, ed integri pertanto gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo, ma il giudice valuti che in concreto (e cioè tenendo conto di tutte le circostanze, oggettive e soggettive, nelle quali la condotta è stata posta in essere) avrebbe dovuto essere punito con una sanzione meno grave, allora potrà essere applicata la sola tutela indennitaria (nella misura prevista dal d.lgs. n. 23 del 2015).

In conclusione, alla luce della riforma del *Jobs Act*, anche se l'inadeguatezza del licenziamento irrogato rispetto alla gravità del fatto (sussistente) contestato non costituirà più motivo per conseguire la tutela reintegratoria, vi sono margini ampi, che l'ingenuo legislatore non ha ben considerato, affinché il giudizio di proporzionalità rimanga parte integrante del processo di definizione della fattispecie di illecito disciplinare ai fini di stabilire la *sussistenza* del fatto (cioè la sussistenza di un fatto che possa costituire grave negazione dei doveri derivanti dal rapporto di lavoro, non consentendone la prosecuzione ed integrando, quindi, gli estremi della giusta causa di licenziamento).

È del tutto evidente come una tale conclusione sia idonea a depotenziare la portata innovativa della riforma del 2015, tradendo in certo senso le intenzioni restrittive che hanno animato il legislatore storico. Ma è del pari evidente come una diversa opzione esegetica – più aderente alla lettera del d.lgs. n. 23 del 2015 – entri irrimediabilmente in contrasto con i principi costituzionali, interni ed europei ⁽⁴¹⁾. Che poi è quanto ha (giustamente) ritenuto il giudice del lavoro di Roma nella recentissima ordinanza del 26 luglio 2017, con la quale ha rimesso la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 7, lettera c), legge n. 183 del 2014 e degli artt. 2, 4 e 10, d.lgs. n. 23 del 2015, per contrasto con gli artt. 3, 4, 76 e 117, comma 1, Cost., «letti autonomamente ed anche in correlazione fra loro» ⁽⁴²⁾.

(41) Cfr. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 1 del 2015.

(42) Tribunale di Roma, III sez. lav., nella persona del giudice Maria Giulia Cosentino, ord. 26.7.2017.