

Numero 3 / 2021

Stefano Giubboni

**Una rinfrescante ordinanza interlocutoria della
Corte di cassazione
sul confine tra tutela reintegratoria e indennitaria
nel licenziamento disciplinare
ex art. 18 dello Statuto**

Una rinfrescante ordinanza interlocutoria della Corte di cassazione sul confine tra tutela reintegratoria e indennitaria nel licenziamento disciplinare ex art. 18 dello Statuto

Stefano Giubboni

Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Perugia

Occorre che le regole siano abbastanza ragionevoli e abbastanza semplici perché chiunque lo desideri e disponga di una media facoltà di attenzione possa capire sia l'utilità cui corrispondono, sia le necessità di fatto che le hanno imposte

[Simone Weil, *La prima radice. Preludio ad una dichiarazione dei doveri verso l'essere umano* (1943), trad. it., Milano, 1990, p. 12]

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'interpretazione sin qui prevalente nella giurisprudenza della Corte di cassazione. – 3. Le buone ragioni della critica all'indirizzo prevalente. – 4. Per una nomofilachia costituzionalmente orientata.

1. Premessa

Con ordinanza interlocutoria di fresca pubblicazione¹, la sesta sezione civile della Corte di cassazione riapre meritoriamente la delicatissima questione della delimitazione del labile confine che separa l'applicabilità del regime del quarto comma del nuovo art. 18 Stat. lav. (tutela reintegratoria attenuata) da quello del successivo quinto comma (indennità risarcitoria forte), in particolare in caso di illecito disciplinare non espressamente o

¹ Cass., 27 maggio 2021, n. 14777, che trasmette il procedimento alla sezione quarta lavoro della Suprema Corte per le definizioni della *res controversa*.

esattamente tipizzato dal contratto collettivo con previsione di sanzione conservativa. Si tratta di un provvedimento tanto rinfrescante, nel clima interpretativo piuttosto appiattito e stantio prevalso dopo le note «*sentenze di maggio*»², quanto atteso e puntuale, per il pregevole sforzo con cui la Suprema Corte tenta finalmente di riannodare i fili della propria attività nomofilattica ai più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale, segnati, ora, dall'importante sentenza n. 59/2021³.

Tale sentenza – la cui motivazione è opportunamente valorizzata nell'ordinanza in commento – segna invero un passaggio oggettivamente importante e per certi versi persino determinante nella tormentata giurisprudenza costituzionale di questi anni⁴, in quanto restituisce *in generale* alla reintegrazione nel posto di lavoro quel rilievo baricentrico, nell'ambito dello sfilacciato sistema delle tutele contro il licenziamento illegittimo⁵, che non si poteva invero cogliere nel pur incisivo intervento correttivo compiuto dalla sentenza n. 194/2018 sul d.lgs. n. 23/2015⁶. Essa riveste inoltre ai nostri fini un'importanza *specifica* che deve esser subito ben evidenziata: nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del settimo comma dell'art. 18 nella parte in cui non imponeva al giudice di somministrare la tutela reintegratoria quando venga accertata la (manifesta)⁷ insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la sentenza n. 59/2021 ha infatti censurato in pari tempo *sia* la scelta manifestamente irragionevole del legislatore del 2012,

² Così, anche per il corsivo, A. Maresca, *Licenziamento disciplinare e sussistenza del fatto contestato nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 946, che aveva subito visto nelle sentenze dell'8, 9 e 28 maggio 2019, nn. 12174, 12365 e 14500, nulla di meno che «il punto di approdo dell'attività interpretativa condotta dalla Cassazione nell'esercizio esemplare della nomofilachia che l'Ordinamento pone a garanzia della "esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge" (art. 65, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12)». Per quanto si sta per dire a commento dell'ordinanza in rassegna, il nostro giudizio sulle *sentenze di maggio* – e in particolare sul modo in cui hanno amministrato la nomofilachia le due pronunce sul quarto comma dell'art. 18 (n. 12365 e n. 14500) – è esattamente opposto.

³ Per primi commenti dottrinari (diversamente critici) si vedano V. Ferrante, *Non c'è alternativa alla reintegra, in caso di manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo*, e C. Pisani, *La riforma dei regimi sanzionatori del licenziamento per mano della Consulta*, entrambi in *Dir. rel. ind.*, 2021, rispettivamente pp. 509 e 522 ss.

⁴ Per una recente rassegna della quale V. Speciale, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, I, pp. 733 ss.

⁵ Abbiamo tentato una ricostruzione critico-problematica del disarmonico impianto dei regimi di tutela contro il licenziamento illegittimo in S. Giubboni, *Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, Torino, 2020, cui si fa rinvio per una serie di premesse e di svolgimenti argomentativi impossibili, per ragioni di spazio, in questa sede. [LDE ha generosamente ospitato un articolato dibattito sul volume, con gli interventi autorevoli \(ovviamente di diverso segno e orientamento anche politico\)](#) raccolti nel fasc. 2/2021.

⁶ Sia permesso l'ulteriore rinvio a S. Giubboni, *Il ritorno della reintegrazione. Noterella polemica sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza n. 59/2021 della Corte costituzionale*, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*

⁷ Pende ora, sollevata dallo stesso giudice che aveva provocato il primo incidente di costituzionalità (e in certo modo sollecitata da alcuni passaggi della sentenza n. 59/2021), nuova questione di legittimità costituzionale proprio su questo diabolico aggettivo, sempre per come ineffabilmente interpretato dalla Corte di cassazione: cfr. Trib. Ravenna, ord. 6 maggio 2021.

sia – e non meno ruvidamente – l’opzione interpretativa seguita dalla giurisprudenza di legittimità nell’improbabile tentativo di ancorare a un qualche criterio oggettivo l’opzione giudiziale, altrimenti libera (e in definitiva arbitraria), tra reintegra e indennizzo monetario.

Nella valutazione della Corte costituzionale «il richiamo alla eccessiva onerosità, che la giurisprudenza di legittimità ha indicato nell’intento di conferire alla previsione un contenuto precettivo meno evanescente», si rivela infatti cura peggiore del male: non solo perché «non pone rimedio all’indeterminatezza della fattispecie», resta «indeterminato e improprio e, per altro verso, privo di ogni attinenza con il disvalore del licenziamento»; ma soprattutto perché «presuppone valutazioni comparative non lineari nella dialettica tra il diritto del lavoratore a non essere arbitrariamente estromesso dal posto di lavoro e la libertà di iniziativa economica»⁸, introducendo, a (paradossale) vantaggio del datore responsabile dell’illecito, incongrui parallelismi tra grandezze monetarie, regimi di tutela e statuti protettivi tra di loro del tutto eterogeni. Coglie allora il punto chi, nella scelta della Corte costituzionale di ricorrere alla tecnica della sentenza di accoglimento quando in astratto sarebbe stata forse ancora disponibile una lettura costituzionalmente orientata del disposto del settimo comma dell’art. 18 (e quindi una pronuncia interpretativa di rigetto), ha scorto una sorta di sanzione del cattivo uso della nomofilachia da parte della Cassazione⁹: una censura, invero esplicita (visto il tenore della motivazione), per l’uso alquanto disinvolto di nozioni civilistiche generali che – squarciato il velo d’un tecnicismo apparente e formalisticamente fine a se stesso – sono apparse del tutto irrelate *tanto* allo specifico e autonomo sistema di tutela disegnato dall’art. 18, *quanto* ai valori costituzionali in gioco nella dialettica tra i contrapposti interessi protetti rispettivamente dagli artt. 4 e 35 e dall’art. 41, comma 1, Cost.

Questa ordinanza interlocutoria deve essere dunque letta alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e in particolare della sentenza n. 59/2021, da cui risulta ispirata nel sollecitare un doveroso ripensamento *anche* degli irrazionali esiti interpretativi cui la Suprema Corte è in prevalenza giunta, dopo le sentenze del maggio del 2019, sul versante, questa volta, del licenziamento disciplinare nel dominio dell’art. 18 Stat. lav.

⁸ Corte cost., 1° aprile 2021, n. 59, punto 10.1 del *Considerato in diritto*.

⁹ Una sanzione in qualche modo necessaria, di fronte alla «presa d’atto in ordine ad una certa subalternità della giurisprudenza di merito rispetto a quella di legittimità, ... al fine di evitare che il valore (solo giurisprudenziale) di una sentenza interpretativa non finisca poi per dissolversi e confondersi nell’ambito dei precedenti, che il giudice di merito è chiamato a valutare nella sua decisione»: così V. Ferrante, *Non c’è alternativa*, cit., pp. 511-512.

Vedremo infatti che detti esiti soffrono – come limpidamente messo in evidenza dalla stessa ordinanza interlocutoria – di *deficit* di ragionevolezza non meno gravi di quelli che inficiavano la soluzione interpretativa censurata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 59/2021. E del resto, seppure sul terreno dei rimedi contro il licenziamento disciplinare illegittimo, ritorna, *mutatis mutandis*, la medesima problematica di fondo della coerenza e razionalità dei criteri desumibili dall'art. 18 al fine di sceverare tra tutela reintegratoria e indennitaria nell'ambito di un sistema che non può in nessun caso tollerare disarmonie contrastanti con il canone della ragionevolezza.

2. L'interpretazione sin qui prevalente nella giurisprudenza della Corte di cassazione

Il caso sottoposto all'esame della Corte esemplifica al meglio la questione che arrovella da anni gli sventurati esegeti dell'art. 18 *post* legge Fornero: si trattava, infatti, di condotta disciplinarmente rilevante che, sebbene di lieve entità perché agevolmente qualificabile secondo una valutazione *ex ante* come inadempimento di scarsa importanza, per usare il parametro offerto dal diritto comune (art. 1453 cod. civ.), non appariva, tuttavia, altrettanto chiaramente riconducibile alle fattispecie per le quali il contratto collettivo applicabile al rapporto di lavoro contempla la sanzione conservativa. In realtà, nel corso del giudizio di merito si erano alternate sul punto valutazioni di diverso segno, in quanto almeno il Tribunale (in sentenza) aveva ritenuto di dover ricondurre la condotta posta in essere dal lavoratore alla enucleazione operata dal contratto collettivo con previsione a spettro ampio delle condotte meritevoli di reazione sanzionatoria non espulsiva, ma la Corte di appello aveva poi diversamente opinato, sull'assunto di una diversa, e più restrittiva, interpretazione della medesima fonte collettiva. Ecco, dunque, il vero problema posto dal quarto comma dell'art. 18, che «in realtà si annida in questa area della scarsa importanza dell'inadempimento»¹⁰, almeno tutte le volte in cui manchi – come assai spesso accade – una espressa e puntuale tipizzazione *sub specie* di illecito “minore” da parte del contratto collettivo.

¹⁰ L. Pisani, *Sussistenza in astratto e sussistenza in concreto della giustificazione del licenziamento: nuovo criterio di distinzione tra comma 4 e comma 5 dell'articolo 18?*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, pp. 954 ss. (a commento di Cass., sez. lav., 20 dicembre 2018, n. 33207).

Fino a quando non ha preso piede l'indirizzo restrittivo delle sentenze di maggio, un caso del genere avrebbe dovuto essere piuttosto agevolmente inquadrato nel quarto comma dell'art. 18, con applicazione della tutela reintegratoria attenuata, e ciò sulla base del concorrente argomento per cui, da un lato, le condotte rimproverate al lavoratore, ancorché non puntualmente tipizzate come tali dal contratto collettivo, avrebbero ben potuto essere assimilate, per la loro oggettiva tenuità, a quelle indicate in forma esemplificativa e generale dal medesimo contratto come punibili con sanzione conservativa¹¹, e, dall'altro, le suddette condotte non sarebbero comunque state astrattamente idonee a integrare la giusta causa di licenziamento per originario difetto di proporzionalità valutabile *ex ante* in termini per l'appunto generali e astratti¹². In base all'indirizzo consolidatosi a partire da quelle sentenze, invece, la soluzione corretta del caso dovrebbe, a rigore, essere quella fatta propria dalla Corte territoriale, che ha infatti somministrato la tutela indennitaria di cui al quinto comma sull'assunto di un difetto di specifica tipizzazione della condotta addebitata da parte del contratto collettivo, non colmabile in sede di interpretazione (neanche estensiva) del medesimo (essendo l'analogia senz'altro preclusa). Ed infatti, secondo tale orientamento, ormai prevalente in giurisprudenza¹³, essendosi in presenza di una valutazione di proporzionalità non compiuta specificamente dal contratto collettivo con la previsione di una sanzione conservativa, ma rimessa al giudice in relazione al contesto, al lavoratore può spettare soltanto la tutela indennitaria di cui all'art. 18, comma 5, anche laddove possa ritenersi, in concreto, che tra la condotta tipizzata dalla fonte collettiva e quella, pur diversa, effettivamente posta in essere dal lavoratore *non* sussistano differenze sul piano del «disvalore disciplinare»¹⁴.

I passaggi motivazionali che sorreggono tale conclusione sono noti e vengono comunque ripercorsi puntualmente anche nell'ordinanza in commento. Il punto di partenza del

¹¹ V. in tal senso Cass., sez. lav., 28 gennaio 2019, n. 2288.

¹² V. in tal senso la già evocata Cass., sez. lav., 20 dicembre 2018, n. 33207, e, in sede dottrinale, autorevolmente, G. Amoroso, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo: fatto contestato (art. 18, quarto comma, l. 20 maggio 1970, n. 300) versus fatto materiale contestato (art. 3, comma due, d.lgs. n. 23 del 2015)*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, pp. 890 ss.

¹³ Cfr. A. Raffi, *Il nuovo contesto normativo dei licenziamenti illegittimi e i «tormenti» giurisprudenziali (Parte II)*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, II, pp. 215 ss.

¹⁴ Come appunto affermato dalla già citata Cass., sez. lav., 9 maggio 2019, n. 12363, al punto 8. È questa, certamente, la più elaborata e impegnata – oltre che la più ideologicamente orientata, per quel che diremo fra breve – delle sentenze di maggio; su di essa v., tra i tanti, per commenti di diversa ispirazione, R. Del Punta, *Ancora sul regime del licenziamento disciplinare ingiustificato: le nuove messe a punto della Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, pp. 507 ss., e A. Piccinini, *Licenziamenti disciplinari e contrattazione collettiva tra realtà e immaginazione*, in *Questione Giustizia* del 23 luglio 2019.

ragionamento è costituito dal divieto di applicazione analogica del contratto collettivo, il ricorso all'analogia essendo riservato esclusivamente agli atti aventi forza o valore di legge¹⁵. La stessa interpretazione estensiva delle clausole del contratto collettivo – pur non preclusa – è tuttavia guardata con un certo sfavore nella misura in cui, ove praticata con larghezza, si porrebbe in contrasto con la *ratio* che sorregge il quarto comma dell'art. 18, che considera la reintegra l'eccezione rispetto alla regola del mero indennizzo¹⁶. Ed invero, «l'apertura all'analogia o un'interpretazione che allargasse la portata della norma collettiva oltre i limiti sopra delineati ... produrrebbe effetti esattamente contrari a quelli espressi dal legislatore in termini di esigenza di prevedibilità delle conseguenze circa i comportamenti tenuti dalle parti del rapporto»¹⁷. E se dunque il contratto collettivo deve essere interpretato in modo rigoroso, ecco, «con coerente lucidità»¹⁸, la conseguente conferma dell'assunto «per cui, affinché si applichi la tutela reintegratoria, è necessario che il fatto sia *tipizzato* dal codice disciplinare contrattuale come passibile di una sanzione conservativa»¹⁹. Ergo, a rigore, seguendo questo ragionamento, il lavoratore che ha commesso una mancanza di lieve entità, non espressamente *tipizzata* dal contratto collettivo e pur tuttavia di *disvalore equiparabile* a quello proprio delle condotte per le quali quel contratto prevede la sola sanzione conservativa, *non* potrà giovare della tutela reintegratoria (prevista solo per tali ultime ipotesi) ma unicamente di quella indennitaria.

Senonché, questa conclusione, in effetti formalmente ineccepibile rimanendo ben rannicchiata all'interno della circolarità autotelica che la produce, è anche sommamente ingiusta, per la irragionevole disparità di trattamento che così introduce, nell'area dell'inadempimento di scarsa importanza, tra fattispecie connotate, al di là del dato spesso inafferrabile della tipizzazione *formale* ad opera della fonte collettiva, dal medesimo (tenue) disvalore *sostanziale*. Ed è tutta nell'irruzione insperata di questo sentimento rimosso di giustizia – che si traduce banalmente nella pretesa che a condotte di analogo disvalore disciplinare, in ossequio al canone di uguaglianza/ragionevolezza²⁰, non possa che

¹⁵ Cfr. Cass., sez. lav., n. 12365/2019, al punto 8 della motivazione.

¹⁶ Come precisa in senso adesivo R. Del Punta, *Ancora sul regime*, cit., p. 509, si «tratta infatti di interpretare, più che il contratto collettivo come tale, il riferimento che l'art. 18, co. 4, opera allo stesso contratto collettivo in quanto norma di tipizzazione di date condotte».

¹⁷ Sempre Cass., sez. lav., n. 12365/2019.

¹⁸ R. Del Punta, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹ *Ibid.* (corsivo nell'originale).

²⁰ Si dirà che il riferimento al canone della ragionevolezza non è del tutto assente nella motivazione di Cass., sez. lav., n. 12365/2019, dove, infatti (sempre al punto 8, *in fine*), è dato imbattersi nella seguente affermazione, che val la pena riprodurre per esteso: «La scelta del legislatore non si palesa irragionevole, tenuto conto che al giudice

conseguire quella medesima tutela (reintegratoria) prevista dallo stesso legislatore – la “molla” motivazionale dell’ordinanza in commento.

3. Le buone ragioni della critica all’indirizzo prevalente

L’ordinanza in commento muove da una puntuale ricognizione critica della prevalente giurisprudenza di legittimità per sollecitarne il necessario ripensamento alla luce dell’art. 3 Cost. È posta ben in evidenza la insostenibilità della soluzione che si sta ormai consolidando nel “diritto vivente”, specie ove portata alle sue coerenti conseguenze, come avviene con la recente pronuncia che a tal punto considera «imprescindibile la tipizzazione dell’inadempimento suscettibile di sanzione conservativa che, per i contratti privi di tale tipizzazione», giunge «ad escludere in principio l’applicabilità della tutela reintegratoria di cui all’art. 18, comma 4»²¹: un esito evidentemente paradossale, soprattutto se si pone mente alla circostanza che esso viene riferito in questi termini al settore bancario, tradizionalmente

non è certo inibito di trarre dal pari disvalore disciplinare della condotta addebitata rispetto a quelle punibili con sanzione conservativa secondo le previsioni collettive il convincimento che il comportamento del lavoratore non costituisca giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento, utilizzando appunto la graduazione delle infrazioni disciplinari articolate dalle parti collettive come parametro integrativo delle clausole generali di fonte legale; quindi il giudice, ai sensi del quinto comma dell’art. 18 cit., dichiarato illegittimo il recesso e risolto il rapporto di lavoro, condannerà il datore di lavoro al pagamento dell’indennità risarcitoria tra le 12 e le 24 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto; ciò che gli è precluso dalla previsione normativa è solo disporre la maggiore, eccezionale, tutela reintegratoria, ma, come ancora ribadito di recente dalla Corte costituzionale (sent. n. 194 del 2018, punto 9.2 del considerato in diritto), si tratta di terreno in cui si esercita la discrezionalità del legislatore, negandosi ancora espressamente che il bilanciamento dei valori sottesi agli artt. 4 e 41 Cost. imponga un determinato regime di tutela». Il fraintendimento – o, *si licet*, l’irragionevolezza (macroscopica) del riferimento che la Cassazione fa al canone della ragionevolezza per assolvere la supposta scelta (discrezionale) del legislatore – pare piuttosto evidente, specie avendo in mente la sentenza n. 59/2021 della Corte costituzionale (ma, naturalmente, questa conclusione poteva e doveva esser formulata già sulla base della sentenza n. 194/2018, incongruamente citata dal giudice di legittimità per corroborare il proprio argomento). Diremo comunque meglio al § seg. perché il ragionamento della Suprema Corte entra in cortocircuito logico con l’art. 3 Cost. Non sfuggirà invero come il vizio del ragionamento risieda nella erronea individuazione del *tertium comparationis* e nella confusione concettuale sulla discrezionalità legislativa: non si nega che il legislatore sia libero di prevedere la tutela indennitaria in luogo della reintegra; si obietta, banalmente (ed è su tale banalità che cade la Cassazione), che una volta che il legislatore abbia discrezionalmente stabilito che la tutela reintegratoria spetta anche per le ipotesi che il contratto collettivo prevede come meritevoli di sanzione conservativa, evidentemente considerandole *ex ante* di disvalore tale da non giustificare mai il licenziamento, poi, per le condotte che si assumono di pari disvalore, non possa (più) prevedere una tutela diversa da quella prescelta, *pena* la violazione del principio di uguaglianza/ragionevolezza sul cruciale terreno *non* della valutazione di illegittimità del recesso (che, come spiega la medesima Corte, non è qui in discussione) *ma* della selezione del rimedio ritenuto appropriato *dallo stesso legislatore* (onde è il giudice di legittimità che, nell’ambito della struttura bifasica del giudizio richiesto dal nuovo art. 18, finisce per confondere *ulteriormente* tra la prima fase, che è di sussunzione nelle nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo quali norme generali, e la seconda, deputata alla individuazione del rimedio applicabile).

²¹ Così l’ordinanza in commento, al punto 43, ove si richiama Cass., sez. lav., 6 agosto 2020, n. 16786.

presidiato da una contrattazione collettiva ancora forte, radicata, di segno notoriamente garantista²².

La critica mossa dall'ordinanza è peraltro articolata a partire dagli stessi principi classicamente elaborati dalla Corte nomofilattica, alla cui stregua è indubitabile «che la sussunzione dei fatti contestati al dipendente nell'una o nell'altra fattispecie contemplata dalla disciplina collettiva attenga alla interpretazione ed applicazione delle norme contrattuali, ed implichi un giudizio di diritto che compete al giudice di merito e, in modo diretto, a seguito della modifica dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. ad opera del d.lgs. n. 40 del 2006, anche al giudice di legittimità»²³. Onde «l'attività di sussunzione della condotta contestata al lavoratore nella previsione contrattuale espressa attraverso clausole generali non trasmoda nel giudizio di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato, ma si arresta alla interpretazione ed applicazione della norma contrattuale, rimanendo nei limiti di attuazione del principio di proporzionalità come già eseguito dalle parti sociali attraverso il contratto collettivo»²⁴.

Ma al di là di tale doverosa puntualizzazione, che se ben amministrata anche in sede nomofilattica già consentirebbe di ridimensionare almeno gli esiti più paradossali dell'orientamento criticato, resta il fatto che esso «presenti profili di irragionevolezza»²⁵. Il primo riguarda la già segnalata distorsione funzionale cui è sottoposta la contrattazione collettiva²⁶, laddove tale orientamento ignora, in contrasto a ben vedere con lo stesso art. 2106 cod. civ. (a tanto siamo ormai ridotti ...) ²⁷, che «le fattispecie punitive contemplate

²² Con un surreale capovolgimento del senso e del ruolo di garanzia del contratto collettivo, che ne travisa evidentemente il significato *ex artt.* 2106 cod. civ. e 7 Stat. lav. Cfr. A. Raffi, *Il nuovo contesto*, cit., pp. 219 e 223, e A. Piccinini, *Licenziamenti disciplinari*, cit., par 5 (che sottolinea la singolare «schizofrenia» di questo atteggiamento ermeneutico, che predica «una valutazione che non deve prescindere dalla considerazione del contratto collettivo e dalla scala valoriale ivi espressa nella individuazione delle ipotesi di rilievo disciplinare e nella relativa graduazione delle sanzioni, che però deve arrestarsi alla sussistenza della giusta causa e giustificato motivo e non può indagare se una determinata condotta rientri, per equivalenza, nella scala valoriale prevista per le sanzioni conservative»).

²³ Così sempre l'ordinanza in commento, al punto 51.

²⁴ Ivi, al punto 53.

²⁵ Ivi, al punto 55.

²⁶ Sino a provocare – come osserva icasticamente l'ordinanza, al punto 68 – «una sorta di eterogenesi dei fini», in quanto l'utilizzo – corrente nella contrattazione collettiva anche dei settori più forti (si è fatto sopra l'esempio del credito) – «di clausole generali, anziché consentire l'inclusione nel campo delle sanzioni conservative di condotte aventi omologa gravità, secondo un apprezzamento affidato al giudice e da compiere in base a criteri assiologici, diviene elemento che impedisce, ai fini della tutela, di parificare alle condotte tipizzate quelle aventi pari o minore gravità, ed anzi porta ad espellere queste ultime condotte dall'ambito delle ipotesi per cui è applicabile la tutela reintegratoria» (punto 69).

²⁷ V. in tal senso tra i primi, con la consueta lucidità, R. Rivero, *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 177/2013, spec. pp. 13 ss.

dai contratti collettivi non sono definite secondo una rigorosa applicazione del principio di tassatività, ma hanno in prevalenza carattere indeterminato, in relazione alla indeterminatezza degli obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà del dipendente, alla cui violazione è connesso l'esercizio del potere disciplinare»²⁸.

L'indirizzo criticato, quindi, non solo svaluta la funzione di garanzia assoluta dal codice disciplinare contrattuale, *proprio* attraverso l'uso di previsioni a contenuto aperto, ma la converte nel suo rovescio. Mentre «la circostanza che alcune condotte non risultino tipizzate dai contratti collettivi come suscettibili di sanzioni conservative, specie in presenza di formule generali o aperte oppure di norme di chiusura, non può costituire un indice significativo e plausibile della volontà delle parti sociali di escludere tali condotte dal novero di quelle meritevoli delle sanzioni disciplinari più blande, cioè conservative»²⁹.

Di qui il cuore delle osservazioni critiche rivolte alla giurisprudenza «che si va sempre più cristallizzando come diritto vivente»: essa è semplicemente incompatibile con il principio di uguaglianza, «sotto il profilo dell'ingiustificato trattamento differente di situazioni omologhe, laddove preclude l'accesso alla tutela reintegratoria per le fattispecie di pari o minore gravità rispetto a quelle tipizzate dai contratti collettivi»³⁰. E questa irrazionale disparità di trattamento non trova, con ogni evidenza, alcuna plausibile giustificazione; di certo non quella, che deriva dalla pre-comprensione ideologica che affligge l'intero costrutto qui criticato, giusta la quale la *ratio* giustificatrice andrebbe ricercata in una sorta di tutela dell'affidamento del datore di lavoro, che intimando il licenziamento per una condotta non espressamente tipizzata dal contratto collettivo, non sarebbe in grado di apprezzare con ragionevole certezza la illegittimità del proprio negozio di recesso, come accade invece nei casi in cui il codice disciplinare – ovviamente l'idealtipo presupposto a introvabile modello dalla Cassazione – è scritto a chiare lettere.

²⁸ Così l'ordinanza in esame, al punto 58. Un rigurgito di formalismo legalistico proprio nel terreno elettivo della formazione extra-legislativa del diritto del lavoro, potremmo altresì osservare rifacendoci, ora, alle fresche e limpide pagine di F. Roselli, *Il declino del formalismo giuridico e la giurisprudenza del lavoro*, Milano, 2021, p. 18, che tra l'altro osserva: «Ma il formalismo legalistico era già prima combattuto nel diritto del lavoro, che ad avviso di Lodovico Barassi non era sottoponibile, fatti salvi i principi, a “norme stabilite in modo aprioristico” ma era legato al “lato mobile e variabile del rapporto tra capitale e lavoro, che si modella variamente sotto gli infiniti aspetti e le innumerevoli forme del rapporto” onde “è sull'opera della magistratura che il buon legislatore deve fare assegnamento”» [la citazione interna è da L. Barassi, *Sui limiti di una codificazione del contratto di lavoro* (1899), in *Introduzione a Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, p. 7].

²⁹ Ancora l'ordinanza, al punto 64.

³⁰ Ivi, al punto 76.

Torna qui il *cliché* immancabile della certezza del diritto e della prevedibilità dei “costi di separazione”, naturalmente concepito a stretta misura dell’unico interesse che riesce ad affacciarsi in questo compatto micro-universo interpretativo: quello del responsabile dell’illecito. Il *tertium comparationis* – in questa ottica – è infatti rigorosamente individuato nella posizione del datore che licenzia violando una precisa regola del codice disciplinare rispetto a quella di chi intima il recesso per una condotta che, sebbene di analoga o persino di minore gravità, non risulta sussumibile sotto quella regola. Solo così si può immaginare senza apparenti turbamenti, e in fin dei conti restando coerenti con la nota tesi del “torto marcio”, una giustificazione per il diverso trattamento sanzionatorio: appunto ignorando – semplicemente non vedendo – la posizione del lavoratore che *subisce* la disparità.

Ma la nostra Costituzione – come meritoriamente ricordato dall’ordinanza in rassegna – non ammette simili punti ciechi: nel disciplinare le conseguenze del licenziamento illegittimo il legislatore, nell’esercizio della propria discrezionalità, deve sempre operare «in conformità del criterio di ragionevolezza, che la Corte costituzionale ... ha declinato “come necessaria adeguatezza dei rimedi, nel contesto di un equilibrato componimento dei diversi interessi in gioco e della specialità dell’apparato di tutele previste dal diritto del lavoro”»³¹.

4. Per una nomofilachia costituzionalmente orientata

Naturalmente il testo del quarto comma dell’art. 18 non pone alcun ostacolo alla interpretazione che l’ordinanza interlocutoria suggerisce in modo già così limpido e perspicuo nel disporre la trasmissione del procedimento alla quarta sezione della Suprema Corte. In effetti, testualmente, il quarto comma dell’art. 18, non appena ci si discosti dall’ottica e dalla pre-comprensione ideologica delle sentenze di maggio, non esige affatto il livello di tipizzazione contrattuale dell’illecito disciplinare irrealisticamente e irragionevolmente preteso da quelle sentenze, e di sicuro non inibisce di interpretare i contratti collettivi desumendone, come peraltro è sempre avvenuto, quei criteri assiologici che hanno ispirato le parti sociali nel prevedere – con la tecnica delle clausole generali o con previsioni di carattere solo esemplificativo – le condotte che, per la modesta rilevanza

³¹ Così il punto 75 dell’ordinanza, che cita qui Corte cost., 16 luglio 2020, n. 150.

disciplinare, siano passibili di mera sanzione conservativa. Esiste ad ogni modo sicuramente lo spazio per una interpretazione costituzionalmente orientata³².

Va da sé che, ove mai la sezione lavoro della Corte di cassazione dovesse continuare ad opinare diversamente, cristallizzando in diritto vivente l'orientamento criticato nell'ordinanza in commento, diverrebbe a quel punto inevitabile sollevare questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 4 e 35 Cost. E qui il precedente deciso dalla Corte costituzionale con la esemplare sentenza n. 59/2021 è davvero illuminante: il livello di punitiva irragionevolezza della soluzione interpretativa accolta dalla Cassazione in relazione al quarto comma dell'art. 18 non è certo minore di quella astrusamente costruita per trovare un senso alla insensata previsione del settimo comma. Anzi, qui il *deficit* di razionalità – e la conseguente carenza di coerenza ed equilibrio normativo nella selezione della tutela adeguata – appaiono persino più gravi, visto che viene in gioco il nucleo duro della tutela della dignità della persona ingiustamente licenziata, a voler seguire note prospettazioni dottrinali.

E sarebbe a quel punto auspicabile che a sollevare l'incidente di costituzionalità fosse, almeno questa volta, e per una volta, la stessa Corte di cassazione.

³² V. per tutti M. Luciani, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto - Annali*, IX, Milano, 2016, pp. 391 ss.