



Numero 3 / 2021

Paolo Tosi, Elisa Puccetti

**L'interpretazione analogica della tipizzazione
collettiva, l'abrogazione tacita di una riforma***

** L'articolo è destinato alla pubblicazione nel n. 5 di ADL*

L'interpretazione analogica della tipizzazione collettiva, l'abrogazione tacita di una riforma

Paolo Tosi

Prof. Emerito dell'Università di Torino

Elisa Puccetti

Avvocato del Foro di Milano

ABSTRACT. Con ordinanza n. 14777/2021 la Sesta Sezione ha disposto la trasmissione del procedimento alla Sezione Lavoro per un'ulteriore riflessione circa l'interpretazione dell'art. 18, commi 4 e 5, l. n. 300/1970 nel suo riferimento alla tipizzazione collettiva delle sanzioni conservative rilevando che *i)* la sussunzione del fatto contestato nella previsione contrattuale espressa attraverso clausole generali non implica un giudizio di proporzionalità, già effettuato dalle parti sociali, *ii)* l'individuazione del discrimine tra tutela reale e tutela risarcitoria in virtù della previsione o meno del fatto contestato nelle tipizzazioni collettive presenta profili di irragionevolezza, *iii)* il riconoscimento della tutela reale solo in caso di coincidenza del fatto contestato rispetto all'illecito tipizzato determina una disparità di trattamento rispetto al fatto non tipizzato di pari o minor rilievo disciplinare. Quanto alla distinzione tra giudizio di sussunzione e giudizio di proporzionalità, gli autori rilevano che la *ratio* della norma di limitazione della tutela reale ai casi di consapevole abuso del potere disciplinare impone di interpretare il riferimento alla disciplina collettiva in termini di rigorosa tipizzazione delle infrazioni disciplinari e che, comunque, detta distinzione non è configurabile quando gli illeciti disciplinari sono delineati dalle clausole collettive in relazione alla gravità della condotta sì da demandare al giudice una valutazione coincidente con quella di proporzionalità legale. Quanto alla prospettata irragionevolezza della norma, gli autori rilevano che il riferimento alla tipizzazione collettiva per la determinazione della sanzione si pone in linea con la natura vincolante della tipizzazione collettiva ai fini della valutazione di legittimità del recesso già prevista dalla disciplina previgente e confermata nell'attuale disciplina. Quanto alla disparità di trattamento, gli autori rilevano come le situazioni non siano comparabili stante la diversa gravità dell'inadempimento imputabile al datore di lavoro che dispone il licenziamento nonostante la chiara riconducibilità del fatto ad un illecito disciplinare per il quale il contratto collettivo prevede una mera sanzione conservativa.

SOMMARIO: 1. Il dibattito dottrinale sul vizio di proporzionalità nella Riforma Fornero – 2. Gli orientamenti giurisprudenziali – 3. Il caso – 4. L'ordinanza interlocutoria della Sesta Sezione – 5. Qualche riflessione in attesa della Sezione Lavoro

1. – L'art. 18, comma 4, St. Lav., come modificato dalla Legge Fornero, prevede per i licenziamenti disciplinari la tutela reale nei soli casi di insussistenza del fatto contestato e di sua previsione nella tipizzazione collettiva come infrazione punibile con una sanzione conservativa.

Il ruolo della tipizzazione collettiva assume quindi rilevanza, oltre che nella valutazione della legittimità del recesso in virtù della derogabilità *in melius* delle clausole generali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo¹, nell'individuazione della tutela, reale o indennitaria, da accordare al lavoratore.

Ciò ha suscitato un vivace dibattito dottrinale circa l'interpretazione della norma nel suo riferimento alle «condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari»².

Un primo orientamento, richiamando il dato letterale e la *ratio* della norma, interpreta detto riferimento in termini di necessaria tipizzazione collettiva dell'illecito disciplinare ritenendo così accordabile la tutela reale nei soli casi di coincidenza tra fatto contestato ed illecito puntualmente tipizzato³.

Altri autori, rilevando come la disciplina contrattuale abbia natura esemplificativa e contenga formule spesso poco specifiche, ritengono detta locuzione più genericamente riferita alla scala valoriale desumibile dalla tipizzazione collettiva sì da consentire il riconoscimento della tutela reale in caso di fatti contestati riconducibili ad illeciti genericamente delineati dalle parti sociali e pure in caso di fatti contestati espressivi di un disvalore analogo a quello degli illeciti tipizzati⁴.

2. – Il medesimo contrasto è rinvenibile nella giurisprudenza di legittimità.

Quanto all'interpretazione delle «condotte punibili con una sanzione conservativa», dopo alcune pronunce che hanno ritenuto detta espressione riferita alla scala valoriale espressa dalle parti sociali⁵, è prevalsa, sino a costituire diritto vivente, la lettura in termini di necessaria tipizzazione dell'illecito disciplinare e sua stretta interpretazione con conseguente impossibilità di estendere la casistica

¹ Cfr. art. 12, l. n. 604/1966 e art. 40, l. n. 300/1970.

² Per una panoramica dottrinale, cfr. *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, suppl. a *Mass. Giur. Lav.*, 2012, XII.

³ Cfr. L. FIORILLO, M. MARAZZA, C. PISANI, G. PROSPERETTI, C. ROMEO tutti in *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento* cit.; M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. Lav. per la Riforma Fornero*, in *Lav. Giur.*, 2012, 10, pag. 873; G. PROIA, *Il regime delle tutele e i licenziamenti disciplinari: lo stato della giurisprudenza e osservazioni a margine*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2019, 1, pag. 127; A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare, contrattazione collettiva e sistema dei rimedi nell'art. 18, co. 4: i chiarimenti della Cassazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2019, 6, pag. 1287.

⁴ Cfr. C. CESTER, A. GARILLI, E. GHERA, R. PESSI tutti in *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento* cit.

⁵ Cfr. Cass. 16 agosto 2016, n. 17110 che ha ritenuto irrilevante «obiettare che fra le esemplificazioni del cit. CCNL non si rinviene il fatto contestato all'E., poiché si tratta, appunto, di mere esemplificazioni»; Cass. 6 luglio 2016, n. 13787; Cass. 27 novembre 2018, n. 30695.

contrattuale a fattispecie diverse in virtù di una loro interpretazione estensiva e/o analogica.

Il diritto vivente ritiene quindi applicabile la tutela risarcitoria vuoi nei casi in cui il fatto contestato, per le sue caratteristiche e peculiarità, non sia coincidente con l'illecito tipizzato⁶ vuoi nei casi in cui la contrattazione collettiva non individui determinati illeciti disciplinari passibili di sanzioni conservative⁷.

In tali pronunce la Suprema Corte ha richiamato il principio della derogabilità *in melius* delle nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo e relativo orientamento giurisprudenziale circa la natura vincolante della tipizzazione collettiva rilevando come la novella appaia «*pienamente coerente rispetto a tali indirizzi consolidati, laddove prevede che, ove il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, non solo il licenziamento sarà ingiustificato senza possibilità di diversa valutazione da parte del giudice ma il giudice dovrà annullare il licenziamento, ordinando la reintegrazione nel posto di lavoro*»⁸.

I giudici di legittimità hanno quindi affermato detto principio di stretta interpretazione sia richiamando i criteri di ermeneutica contrattuale che

⁶ Cfr. Cass. 3 agosto 2016, n. 16217; Cass. 26 gennaio 2017, n. 2007, in *Giur. It.*, 2017, 4, pag. 904, con nota di F. OLIVELLI, *La deroga alla disciplina collettiva in tema di sanzioni disciplinari conservative*; Cass. 12 ottobre 2018, n. 25534; Cass. 27 marzo 2019, n. 8582; Cass. 9 maggio 2019, n. 12365, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2019, 4, pag. 652, con nota di P. TOSI – E. PUCETTI, *La tipizzazione collettiva degli illeciti disciplinari tra tutela reale e tutela obbligatoria*; Cass. 23 maggio 2019, n. 14064; Cass. 24 maggio 2019, n. 14247; Cass. 24 maggio 2019, n. 14248; Cass. 28 maggio 2019, n. 14500; Cass. 19 luglio 2019, n. 19578; Cass. 22 agosto 2019, n. 21628; Cass. 3 dicembre 2019, n. 31529; Cass. 28 gennaio 2020, n. 1891; Cass. 7 maggio 2020, n. 8621, in *Giur. It.*, 2021, 1, pag. 130 con nota di F. OLIVELLI, *Il divieto di estensione analogica delle sanzioni conservative sindacalmente tipizzate*; Cass. 15 luglio 2020, n. 15111; Cass. 9 febbraio 2021, n. 3117; Cass. 9 febbraio 2021, n. 3123.

⁷ Cfr. Cass. 20 maggio 2019, n. 13533 e Cass. 6 agosto 2020, n. 16786 relative all'art. 44, CCNL Credito 2012 nel quale le parti sociali hanno previsto che «*I provvedimenti disciplinari applicabili, in relazione alla gravità o recidività della mancanza o al grado della colpa, sono: a) il rimprovero verbale; b) il rimprovero scritto; c) la sospensione dal servizio e dal trattamento economico per un periodo non superiore a 10 giorni; d) il licenziamento per notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro (giustificato motivo); e) il licenziamento per una mancanza così grave da non consentire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto (giusta causa)*» nonché Cass. 17 giugno 2020, n. 11701 relativa all'art. 33, CCNL Enti lirici ove le parti sociali hanno previsto che «*Le mancanze del lavoratore potranno essere punite, a seconda della gravità, con: a. rimprovero verbale; b. rimprovero scritto; c. multa non superiore a 3 ore di stipendio; d. sospensione dal lavoro, o dallo stipendio e dal lavoro, per un periodo fino a 5 giorni; e. sospensione dallo stipendio e dal lavoro per un periodo non superiore a 10 giorni; f. licenziamento senza preavviso e con la perdita della relativa indennità. Le sospensioni di cui alle lettere d) e e) possono applicarsi a quelle mancanze, le quali, anche in considerazione delle circostanze speciali che le hanno accompagnate, non siano così gravi da rendere applicabile una maggiore punizione, ma abbiano tuttavia tale rilievo da non trovare adeguata sanzione nel disposto delle lettere a), b) e c). Il provvedimento di cui alla lettera f) si applica nei confronti del lavoratore colpevole di mancanze relative a doveri anche non particolarmente richiamati nel presente contratto che siano così gravi da non consentire la prosecuzione neanche provvisoria del rapporto di lavoro*».

⁸ Cfr. Cass. n. 12365/2019 cit.

escludono, in generale, l'interpretazione analogica dei contratti collettivi⁹ e, con riferimento alle norme eccezionali¹⁰, pure quella estensiva¹¹ sia interpretando la *ratio* della novella nella volontà legislativa di limitare la tutela reale ai casi di «*abuso consapevole del potere disciplinare*» consistente nella «*sicura e chiaramente intellegibile conoscenza preventiva, da parte del datore di lavoro, della illegittimità del provvedimento espulsivo*»¹².

Tale orientamento non si è invece pronunciato in merito ai criteri di formulazione delle clausole collettive necessari per poter ritenere effettivamente tipizzato l'illecito disciplinare.

La problematica si pone sia in relazione alle norme contrattuali che delineano gli illeciti disciplinare in termini generici, come nel caso, frequente nella contrattazione collettiva, di comportamenti che rechino «*pregiudizio alla disciplina, alla morale, all'igiene ed alla sicurezza del lavoro*»¹³, sia in relazione alle norme contrattuali che prevedono sanzioni conservative ed espulsive in relazione alla gravità della condotta, come nel caso, altrettanto frequente nei contratti collettivi, della «*insubordinazione lieve*» punita con sanzione conservativa e della «*insubordinazione grave*» punita con il licenziamento¹⁴.

Su dette questioni l'orientamento giurisprudenziale non è affatto uniforme.

Così, quanto alla descrizione degli illeciti disciplinari, la Suprema Corte in una recente pronuncia ha infatti ritenuto la formulazione generica delle clausole collettive incompatibile con la «*nozione rigorosa di tipicità*» richiesta dalla norma¹⁵ mentre in altre sentenze, altrettanto e più recenti, ha riconosciuto valenza tipizzante ad illeciti disciplinari delineati in maniera del tutto generica¹⁶.

⁹ Cfr. Cass. 7 ottobre 2014, n. 21090; Cass. 10 giugno 2016, n. 11976; Cass. 19 dicembre 2017, n. 30420.

¹⁰ Tra le quale si collocano certamente le norme di tipizzazione delle sanzioni conservative che, in virtù del citato principio di derogabilità *in melius*, prevalgono sulle nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo.

¹¹ Cfr. Cass. 4 aprile 2018, n. 8379.

¹² Cfr. Cass. 9 maggio 2019, n. 12365 cit. e successive conformi.

¹³ Cfr., in via esemplificativa, art. 34, CCNL Restauro beni culturali 2020; art. 133, CCNL Agenzie di viaggi e turismo 2019; art. 144, CCNL Pubblici esercizi 2018.

¹⁴ Cfr., sempre in via esemplificativa, artt. 47-48, CCNL Telecomunicazioni 2020; artt. 88-89, CCNL Pulizia 2017; artt. 57-58, CCNL Videofonografici 2014.

¹⁵ Cfr. Cass. 21 ottobre 2019, n. 26764 che in un *obiter dictum* ha ritenuto la tutela reale non configurabile quando la contrattazione collettiva «*si esprime attraverso formule generiche di gravità o simili, tali da rimettere al giudice il controllo valutativo consequenziale*».

¹⁶ Cfr. Cass. 19 marzo 2019, n. 7660 relativa all'art. 9, comma 1, lett. l), CCNL Metalmeccanica 2012 che prevede sanzioni conservative per il lavoratore che «*in altro modo trasgredisca l'osservanza del presente Contratto o commetta qualsiasi mancanza che porti pregiudizio alla disciplina, alla morale, all'igiene ed alla sicurezza dello stabilimento*»; Cass. 20 marzo 2019, n. 7864 concernente l'art. 32, comma 3, punto 3), CCNL Trasporto Merci e logistica 2013 che prevede la sanzione della multa per il lavoratore «*che commetta qualunque atto che porti pregiudizio alla disciplina, alla morale, all'igiene dell'azienda*»; Cass. 28 maggio 2019, n. 14504 relativo all'art. 54, comma 4, lett. j), CCNL Poste 2011 che prevede la sanzione della sospensione dal servizio «*per abituale negligenza oppure per abituale inosservanza di leggi o regolamenti o degli obblighi di servizio nell'adempimento della prestazione di lavoro*».

Allo stesso modo, quanto alla determinazione alternativa delle sanzioni conservative ed espulsive in funzione della diversa gravità dei fatti, la giurisprudenza di legittimità in alcune pronunce ha escluso la tipizzazione della sanzione conservativa rilevando come le stesse parti sociali avessero previsto la facoltà di recesso per i casi di maggiore gravità¹⁷ mentre in altre sentenze, più o meno coeve, ha ritenuto detta riserva non ostativa alla tipizzazione e relativa applicazione della tutela reale¹⁸.

3. – Il caso esaminato dall'ordinanza in commento si riferisce ad una disciplina collettiva formulata, per quanto di rilievo rispetto al giudizio, in termini generici.

In particolare, i fatti contestati consistevano nell'omessa denuncia di un'aggressione subita in servizio da una guardia giurata e nell'omessa trasmissione alla Questura dei turni di servizio mentre la norma contrattuale prevedeva, oltre ad alcuni illeciti specificamente definiti, una più generica casistica data dall'esecuzione del lavoro «*senza la necessaria diligenza*» o «*con negligenza grave*» nonché dall'omessa parziale esecuzione del servizio assegnato¹⁹.

Esclusa la giusta causa ed il giustificato motivo soggettivo, i giudici hanno accordato la tutela risarcitoria in fase sommaria²⁰ e quella reale in fase di opposizione²¹ aderendo agli opposti orientamenti citati.

La Corte di appello, ribadita la minima rilevanza disciplinare dei fatti contestati, ha escluso la tutela reale ritenendoli non sussumibili nelle citate fattispecie contrattuali «*formulate in modo assai generico ed indefinito*»²².

¹⁷ Cfr. Cass. 17 ottobre 2018, n. 26013 relativa all'art. 40, comma 6, lett. k), CCNL Trasporto Aereo 2014 che prevede la sanzione conservativa per il fatto di «*rivolgere a colleghi o terzi frasi offensive salvo che per natura, modalità e circostanze non costituisca più grave mancanza ai sensi dei paragrafi successivi*»; Cass. 5 dicembre 2019, n. 31839 relativa all'art. 54, comma 4, lett. n), CCNL Poste 2011 che prevede la sanzione della sospensione dal servizio «*per qualsiasi negligenza o inosservanza di leggi o regolamenti o degli obblighi di servizio deliberatamente commesse, anche per procurare indebiti vantaggi a sé o a terzi, ancorché l'effetto voluto non si sia verificato e sempre che la mancanza non abbia carattere di particolare gravità, altrimenti sanzionabile*».

¹⁸ Cfr. Cass. 25 settembre 2018, n. 22679 relativa all'infrazione prevista dall'art. 54, comma 4, lett. n), CCNL Poste 2011; Cass. 1° luglio 2020, n. 13412 concernente l'art. 54, comma 3, lett. f), CCNL Poste 2011 che prevede la sanzione conservativa per «*inosservanza di doveri ed obblighi di servizio da cui sia derivato un pregiudizio alla regolarità del servizio stesso ovvero agli interessi della Società o un vantaggio per sé o per i terzi, se non altrimenti sanzionabile*».

¹⁹ In particolare, l'art. 101, comma 4, CCNL Vigilanza 2013 prevede alla lettera A) che «*il provvedimento del rimprovero scritto si applica al lavoratore - per lievi irregolarità nell'adempimento dei suoi doveri o nel comportamento in servizio*», alla lettera B) che «*il provvedimento della multa si applica nei confronti del lavoratore che: ... - esegua senza la necessaria diligenza il lavoro affidatogli*» ed alla lettera C) che «*il provvedimento della sospensione di cui al precedente n. 3 si applica nei confronti del lavoratore che: - esegua con negligenza grave il lavoro affidatogli; - ometta parzialmente di eseguire il servizio assegnato ...*».

²⁰ Cfr. Trib. Udine 26 novembre 2018, inedita.

²¹ Cfr. Trib. Udine 8 luglio 2019, inedita.

²² Cfr. App. Trieste 25 ottobre 2019, inedita.

Il lavoratore ha impugnato la sentenza per violazione delle norme, legali e contrattuali, sostenendo la riconducibilità dei fatti contestati alla tipizzazione collettiva delle sanzioni conservative.

4. – Nel delineato panorama giurisprudenziale, i giudici di legittimità avrebbero potuto decidere la causa senza porsi in contraddizione con il diritto vivente non venendo in rilievo, nel caso *de quo*, il tema della divergenza tra fatti contestati ed illeciti tipizzati bensì quello delle norme contrattuali delineanti gli illeciti disciplinare in termini generici rispetto al quale, come rilevato, l'orientamento della giurisprudenza non è ancora univoco.

La Corte avrebbe infatti potuto accogliere il ricorso semplicemente riconoscendo valenza tipizzante alla citata casistica contrattuale²³ cui, superato il rilievo di genericità della formulazione ritenuto ostativo dai giudici di appello, avrebbero potuto ricondursi i fatti contestati senza necessità di interpretare in maniera estensiva o analogica la disciplina contrattuale.

La Corte, evidentemente mossa da altre “finalità” rispetto alla soluzione del caso concreto, con l'ordinanza in commento ha colto l'occasione per sollecitare un'ulteriore riflessione sulla portata precettiva dell'art. 18, commi 4 e 5, St. Lav. prospettandone l'incostituzionalità per irragionevolezza e disparità di trattamento ove interpretato in conformità al diritto vivente.

In primis, i giudici di legittimità rilevano che, in caso di norme collettive che delineano gli illeciti disciplinari «attraverso clausole generali (ad es. *negligenza lieve, negligenza grave, insubordinazione lieve ecc.*)», la sussunzione del fatto contestato nella norma contrattuale «non trasmoda nel giudizio di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato» stesso.

Al di là del rilievo per cui le esemplificazioni citate dalla Corte non costituiscono clausole generali bensì condotte (così per l'insubordinazione) o fattori soggettivi (così per la negligenza) individuati in relazione alla loro gravità, deve preliminarmente osservarsi come i requisiti di tipicità della contrattazione collettiva vadano ricavati dalla norma legale a prescindere da ogni distinzione tra giudizio di sussunzione e giudizio di proporzionalità.

La residualità della tutela reale e, soprattutto, la volontà legislativa di graduare il sistema sanzionatorio in relazione al vizio del recesso e relativa gravità dell'inadempimento datoriale impongono di interpretare il riferimento alle clausole collettive in termini di stretta tipicità con esclusione delle norme che prevedono sanzioni alternative in funzione della gravità dei fatti e che delineano l'infrazione in maniera generica non essendo in tali casi configurabile una “chiara” e “preventiva” consapevolezza dell'illegittimità del recesso da parte del datore di lavoro.

²³ In conformità al citato orientamento che ha riconosciuto valenza tipizzante ad illeciti disciplinari delineati in maniera generica, cfr. sentenze citate *sub* nota 16.

Peraltro, la prospettata distinzione tra giudizio di sussunzione e giudizio di proporzionalità è del tutto evanescente.

In caso di sanzioni correlate alla gravità della condotta (nei suoi profili oggettivi o soggettivi²⁴), la distinzione tra le fattispecie e, quindi, l'elemento qualificante della sanzione conservativa è dato unicamente dalla gravità che, in assenza di ogni altro riferimento delle parti sociali (come nell'esemplificazione citata dalla Corte), è valutata dal giudice secondo le nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo per cui il giudizio di sussunzione coincide integralmente con quello di proporzionalità.

Il connotato di “levità” di cui alle clausole citate dai giudici di legittimità, pure in assenza di una espressa previsione di recesso in caso di “gravità”, esprime in sé il concetto legale di proporzionalità.

A diversa conclusione non può giungersi, come assume la Corte, sostenendo che il giudice deve verificare la sussumibilità del fatto contestato nella negligenza lieve e non valutare se per la negligenza lieve sia proporzionato o meno il recesso.

La distinzione è nuovamente evanescente in quanto il giudizio di sussunzione presuppone la valutazione della gravità del fatto secondo le clausole generali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo e, quindi, nuovamente coincide con il giudizio di proporzionalità legale.

Evidentemente consapevole dei limiti di tale argomentazione e, soprattutto, della sua estraneità rispetto alla diversa questione risolta dal diritto vivente circa il divieto di estendere la casistica contrattuale a fattispecie diverse in virtù di una loro interpretazione estensiva e/o analogica, la Corte rileva come l'orientamento consolidato presenti profili di irragionevolezza e di disparità di trattamento tali da dubitare della sua conformità ai principi costituzionali.

In particolare, sarebbe irragionevole attribuire alla tipizzazione delle sanzioni conservative il ruolo di discriminare tra la tutela reale e quella risarcitoria in quanto la tipizzazione *i)* non è prevista dalle parti sociali con quella finalità, *ii)* non ha un nesso eziologico e valoriale rispetto a tale ruolo distintivo, *iii)* determina una “eterogenesi” dei fini rispetto alle clausole generali.

Nessuno di tali rilievi coglie nel segno.

Così, la diversa finalità (deroga *in melius* rispetto ai principi legali) già sottesa alle tipizzazioni collettive non preclude certo al legislatore di attribuire alle stesse l'ulteriore ruolo di discriminare tra tutela reale e risarcitoria ben potendo (*rectius*, dovendo) le parti sociali eventualmente integrare o modificare le tipizzazioni collettive in relazione alle esigenze poste dal nuovo ruolo loro attribuito.

Il “nesso valoriale” è insito nella nuova formulazione della norma, e relativa graduazione del sistema sanzionatorio in relazione alla gravità del vizio inficiante il recesso non potendosi certo negare la differenza, appunto “valoriale”, tra un

²⁴ Come nei citati esempi di negligenza e insubordinazione “lieve” o “grave”.

recesso *icto oculi* illegittimo in quanto precluso da una specifica pattuizione collettiva ed un recesso sproporzionato.

La prospettata “eterogenesi dei fini” ignora che, come rilevato dalla Suprema Corte nella nota sentenza n. 12365/2019 (e successive conformi), il ruolo di discriminare tra tutela reale e tutela risarcitoria attribuito dalla Riforma Fornero alla tipizzazione delle sanzioni conservative si aggiunge ed è “coerente” con il ruolo alla medesima già attribuito di norma di miglior favore, ai sensi dell’art. 12, l. n. 604/1966 e dell’art. 40, l. n. 300/1970, rispetto ai canoni legali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo.

Nella vigenza della precedente disciplina, in virtù di tale derogabilità *in melius* delle nozioni legali, la giurisprudenza ha ritenuto vincolante la sanzione conservativa di fonte collettiva, con conseguente illegittimità del licenziamento a prescindere da ogni valutazione legale di giusta causa o giustificato motivo soggettivo, solo in caso di precisa coincidenza tra fatto imputato al lavoratore ed illecito tipizzato²⁵ e sempre che le parti sociali non avessero previsto la facoltà di irrogare il licenziamento per i casi di maggiore gravità²⁶.

Successivamente alla novella del 2012, per valutare la legittimità (o meno) del recesso la giurisprudenza ha parimenti interpretato la natura vincolante della tipizzazione collettiva nei termini indicati di coincidenza tra condotta addebitata al lavoratore ed illecito tipizzato e sempre salva la volontà delle parti sociali di non escludere il recesso nei casi di maggiore gravità²⁷.

Tale interpretazione conferma la correttezza del diritto vivente che, nella determinazione della sanzione in virtù del nuovo ruolo attribuito alla

²⁵ Cfr. Cass. 20 marzo 2007, n. 6621 la quale, con riferimento alla natura vincolante della tipizzazione collettiva, ha precisato che «*per escludere che il giudice possa discostarsi dalla previsione del ccnl, è necessario che vi sia integrale coincidenza tra la fattispecie contrattualmente prevista e quella effettivamente realizzata, restando per contro una diversa e più grave valutazione possibile (e doverosa) quando la condotta del lavoratore sia caratterizzata da elementi aggiuntivi estranei (ed aggravanti) rispetto alla fattispecie contrattuale*»; Cass. 3 luglio 2015, n. 13671; Cass. 8 febbraio 2017, n. 3374.

²⁶ Cfr. Cass. 9 luglio 2015, n. 14324 la quale ha escluso la valenza tipizzante dell’art. 54, comma 4, lett. n), CCNL Poste 2011 rilevando che «*risulta infatti assolutamente generica, facendo riferimento a non meglio precisate ipotesi di negligenza o di inosservanza di leggi, regolamenti ed obblighi di servizio, tanto da far salvo il caso che la mancanza, per la sua particolare gravità, sia altrimenti sanzionabile; il che, ovviamente, altro non significa se non che tale previsione non si applica ove l’inadempimento rientri in altra diversa ipotesi sanzionata con la misura espulsiva (sia essa con preavviso o senza) o si presenti comunque connotata da particolare gravità*».

²⁷ Cfr. Cass. 19 agosto 2020, n. 17321 che ha parimenti escluso la valenza tipizzante dell’art. 54, comma 4, lett. n), CCNL Poste 2011 rilevando che «*le parti sociali hanno inteso prevedere una scala valoriale via via crescente ciò è reso chiaro ... dalla delineazione di condotte via via più gravi (descrizioni rese esplicite dalla ricorrenza dell’intercalare ... "sempre che la mancanza non abbia carattere di particolare gravità altrimenti sanzionabile"). Si tratta dunque - per quanto sopra detto - di una tipologia di clausole in cui il giudice non è vincolato dalla previsione della sanzione conservativa perché le parti collettive "non avevano inteso escludere, per i casi di maggiore gravità, la possibilità di una sanzione espulsiva"*».

tipizzazione collettiva, applica il medesimo criterio ermeneutico riconoscendo la tutela reale solo in caso di coincidenza tra fatto contestato ed illecito tipizzato.

Detta “coerenza” interpretativa è peraltro imposta da ovvie esigenze sistematiche non potendo certo prospettarsi che in sede di valutazione della legittimità del recesso la tipizzazione collettiva sia intesa in termini di coincidenza tra condotta addebitata ed illecito tipizzato e nella successiva fase di determinazione della sanzione la medesima tipizzazione sia invece intesa come mera scala valoriale con facoltà di interpretazione estensiva ed analogica della casistica contrattuale.

Ciò in conformità alla rispettiva natura eccezionale delle norme, in fase di valutazione della legittimità del recesso quale deroga *in melius* alle nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo e, in fase di determinazione della sanzione, quale deroga alla valenza generale della tutela indennitaria²⁸.

A parere della Corte l'interpretazione data dal diritto vivente alla norma *de qua* sarebbe altresì contraria al principio di uguaglianza per disparità di trattamento tra i licenziamenti irrogati per illeciti tipizzati dalle norme collettive, per i quali è prevista la tutela reale, ed i licenziamenti comminati per illeciti non tipizzati ma di pari o minore rilevanza disciplinare, per i quali è invece prevista la tutela risarcitoria.

Contrariamente a quanto assunto dai giudici di legittimità, le situazioni comparate non sono affatto omologhe.

Nella valutazione del licenziamento, infatti, devono essere considerate sia la posizione del lavoratore sia quella del datore di lavoro per cui, nel caso *de quo*, deve escludersi detta uniformità data la maggiore gravità dell'inadempienza imputabile al datore di lavoro che, nonostante la preclusione derivante da una specifica previsione contrattuale, irroga il recesso.

Peraltro, ciò ha pure riflessi sulla posizione del lavoratore la cui dignità e personalità può ritenersi maggiormente lesa da un «*abuso consapevole del potere disciplinare*» come quello che appunto si verifica in caso di recesso per una condotta specificamente sanzionata dalle parti sociali con una misura conservativa.

Invero, la disparità di trattamento si avrebbe proprio aderendo all'interpretazione analogica auspicata dalla Corte.

Così, la carenza di proporzionalità desumibile dalla scala valoriale espressa dalle parti sociali darebbe luogo ad una diversa tutela rispetto alla carenza di proporzionalità discendente dalla nozione legale di giusta causa e giustificato motivo soggettivo²⁹, pur in assenza di ogni differenziazione sia per la posizione del lavoratore sia per quella del datore di lavoro.

²⁸ Cfr. Cass. 27 dicembre 2017, n. 30985 ove le Sezioni Unite hanno ritenuto l'art. 18, comma 5, St. Lav. «*espressione della volontà del legislatore di attribuire alla c.d. tutela indennitaria forte una valenza di carattere generale*».

²⁹ Unici criteri applicabili in mancanza di tipizzazione collettiva.

5. – La Suprema Corte pare quindi prospettare, a monte, un profilo di irragionevolezza della norma costituito dalla distinzione tra tutela reale ed obbligatoria in virtù della previsione o meno del fatto contestato nelle tipizzazioni collettive e, in via per così dire gradata, un profilo di disparità di trattamento tra illecito tipizzato dalle parti sociali ed illecito di pari o minore rilievo disciplinare.

In attesa di conoscere le ulteriori riflessioni della Sezione Lavoro, deve rilevarsi come tali profili, al di là delle precedenti argomentazioni di merito, siano difficilmente traducibili in una questione di costituzionalità.

Così, quanto alla prospettata irragionevolezza *tout court* del discrimine, è arduo delineare un intervento demolitivo o additivo della Corte Costituzionale che determini una parificazione tra il fatto riconducibile ad un illecito tipizzato dalle parti sociali e sanzionato con una misura conservativa ed il fatto di gravità tale da non legittimare il recesso secondo le clausole legali.

Ciò salvo prospettare una riscrittura pressoché integrale della norma che, non essendo a rime obbligate, sarebbe semplicemente eccedente gli stessi poteri della Consulta con conseguente manifesta inammissibilità della questione di costituzionalità eventualmente posta.

Per di più considerato che, nelle more, il legislatore con il d.lgs. n. 23/2015 ha radicalmente escluso ogni tutela reale per vizi diversi dalla insussistenza del fatto materiale contestato significativamente precisando l'estraneità ai fini di detta fattispecie e relativa tutela di «ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento».

Quanto alla disparità di trattamento, è parimenti arduo ipotizzare una pronuncia demolitiva o additiva volta ad equiparare gli illeciti tipizzati a quelli di pari o minore rilievo disciplinare così come una sentenza interpretativa di rigetto che la Consulta tendenzialmente esclude a fronte di un diritto vivente³⁰.

Tali problematiche sono state certo considerate dalla Corte che, infatti, non ha sollevato alcuna questione di costituzionalità, ben potendolo fare proprio a fronte del diritto vivente, ma si è limitata ad evocare tale questione nella sollecitazione posta alla Sezione Lavoro per una “ulteriore riflessione” sull'interpretazione della norma *de qua*.

La finalità, evidente, del Collegio è quindi quella di pervenire (in via diretta o tramite la rimessione alle Sezioni Unite) ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma che, in conformità al principio di uguaglianza, riconosca la tutela reale per fatti di pari o minor rilievo disciplinare rispetto agli illeciti tipizzati in virtù di una loro interpretazione estensiva e/o analogica.

In attesa della Sezione Lavoro, ci asteniamo da ogni previsione circa l'auspicato *revirement* rilevando però come in una sentenza di poco successiva la

³⁰ Cfr. Corte Cost., 26 febbraio 2020, n. 32.

Sezione Lavoro, pur richiamando il diritto vivente e la natura eccezionale della tutela reale, ha significativamente rilevato che «*non può neppure escludersi la praticabilità di un'interpretazione estensiva delle clausole contrattuali ove esse appaiano inadeguate per difetto dell'espressione letterale rispetto alla volontà delle parti, tradottasi in un contenuto carente rispetto all'intenzione*»³¹ già così obliterando la *ratio* della norma di limitare la tutela reale ai casi di consapevole abuso del potere disciplinare.

³¹ Cfr. Cass. 9 luglio 2021, n. 19585 che ha accolto il ricorso formulato dal lavoratore per omesso esame della clausola “di chiusura” con cui le parti sociali, all’art. 138, comma 7, lett. f), CCNL Turismo 2010, hanno previsto la sanzione conservativa per il dipendente che «*in altro modo trasgredisca l'osservanza del presente Contratto o commetta atti che portino pregiudizio alla disciplina, alla morale, all'igiene ed alla sicurezza dell'azienda*».