

Il licenziamento disciplinare alla prova di un giurista antropologo

di Oronzo Mazzotta

Sommario: 1. Il licenziamento disciplinare e i fatti della vita. - 2. La giusta causa e le obbligazioni scaturenti dal contratto di lavoro. - 3. L'immediatezza e la funzione rieducativa del potere disciplinare. - 4. Il furto è sempre furto. - 5. Il «fatto» nel licenziamento disciplinare: una sentenza periana.

1. Il licenziamento disciplinare e i fatti della vita

Tutti gli interventi che siamo stati invitati a tenere, a dieci anni dalla scomparsa di Giuseppe Pera, si interrogano sul suo metodo da angolazioni diverse.

Il tema del licenziamento – ed in particolare quello del licenziamento disciplinare – costituisce un punto di osservazione privilegiato per cogliere il significato e la misura di questo metodo. Il tema del licenziamento mette a nudo gli interessi fondamentali che si fronteggiano nel rapporto di lavoro: la proprietà e la dignità o, se vogliamo, l'avere/essere di santoriana memoria.

Non è casuale che il manifesto della metodologia periana sia posto come *incipit* proprio della sua monografia sulla cessazione del rapporto di lavoro, che ne contiene la più compiuta illustrazione, come ricorderò più oltre.

Il motivo è presto detto: il cardine intorno a cui si avvita la disciplina del recesso dal rapporto di lavoro è sempre e comun-

que una norma generale, cioè un concetto indeterminato con cui il legislatore fa slittare la decisione verso un'altra autorità.

Ma sappiamo anche che vi è di più. Si tratta di un tema che, assai più di altri, mette in comunicazione il diritto con il «*gran primo libro della vita*» (sono parole di Pera proprio in una nota a sentenza in materia di licenziamento disciplinare). La vita è dunque, nella visione del mondo del Maestro lucchese, diritto in movimento. E qui emerge la dimensione che più gli è congeniale: quella dell'indagine sui comportamenti umani che lo appassiona come un antropologo o come un sociologo, ma senza la freddezza dello scienziato; piuttosto con l'empatia di chi è consapevole delle nostre debolezze. Si tratta del riflesso della passione divorante per la storia (quella però alla maniera dell'*École des Annales*). Un diritto quindi più come storia che come filosofia e come studio delle vicende complesse che hanno a che fare con i rapporti fra gli uomini.

È dunque in questo contesto che va calato il giuspositivismo periano, che non è tanto (o solo) attenzione alla norma ed ai suoi svolgimenti puramente logico-deduttivi, quanto un risalire dai fatti al diritto e da questo ai fatti in una visione circolare, che più che normatività è storicità di questi.

Ecco che si spiega il dialogo incessante ed ineliminabile che Pera intesse con la giurisprudenza che è, per antonomasia, diritto "che si fa", diritto in azione ed in cui quel gioco di specchi trova la sua massima espressione. Ed è davvero banale a questo punto ricordare che proprio la materia del licenziamento disciplinare esprime, meglio di altre, la propensione ed anzi la cogente necessità che il diritto positivo si metta in comunicazione con altri sistemi di valori; pensiamo anche solo al ben noto "minimo etico"

che troviamo riflesso in molte sentenze della Cassazione in materia di recesso per giusta causa.

Le brevi osservazioni che seguono vogliono dunque essere piccole esemplificazioni di questo metodo.

2. *La giusta causa e le obbligazioni scaturenti dal contratto di lavoro*

La produzione di Pera sul tema è amplissima, divisa com'è fra brevi osservazioni, vere e proprie note a sentenza, saggi, la monografia dedicata alla cessazione del rapporto di lavoro, i manuali e, perché no, le noterelle.

Per dare il senso del percorso di Pera ho provato ad isolare alcuni scritti, fra i tanti, che mi sono parsi particolarmente espressivi dei caratteri che ho descritto.

Viene in evidenza anzitutto la ben nota questione generale del rapporto che intercorre fra la «giusta causa» di recesso e le obbligazioni che scaturiscono dal rapporto di lavoro.

Uno dei primi scritti in cui P. affronta il problema risale al 1968¹. Si tratta di una nota ad una sentenza della Cassazione che si pronuncia per la concezione oggettiva della giusta causa, rinvenendola anche al di fuori di un inadempimento (si trattava delle *dimissioni* per giusta causa dell'impiegata di un avvocato a seguito della malattia psichica insorta nel titolare dello studio). Secondo la Cassazione il recesso ben può essere fondato su fatti «che sebbene siano leciti e non violino direttamente il contratto, presentino con *l'atmosfera aziendale* interferenze ed implicazioni

¹ V. G. Pera, *Sulla evoluzione della «giusta causa» nel rapporto di lavoro subordinato*, in FI, 1968, I, c. 2733, in nota a Cass. 2688/1968.

talmente strette da determinare l'impossibilità del perdurare dell'armoniosa convivenza nello stesso ambiente del datore di lavoro e del lavoratore, ovvero da alterare sensibilmente l'equilibrio delle prestazioni o da compromettere l'elemento fiduciario che deve essere presente in tutto lo svolgimento del rapporto stesso».

Pera registra per prima cosa tutte le difficoltà che la giurisprudenza incontra nel districarsi all'interno della questione e come spesso, a partire dalle medesime premesse, giunga a conclusioni opposte. Ovviamente dà conto della contrapposizione fra le due visioni, contrattuale e a-contrattuale della giusta causa, ma tende giustamente a sdrammatizzarla, posto che l'esito dipende «da quanto, non pacificamente, si ritiene in tema di estensione di questa sfera, soprattutto quando venga in discussione il discusso obbligo di fedeltà».

Registra però che, con l'entrata in vigore della legge n. 604 del 1966 il baricentro si è spostato verso una concezione oggettiva della g.c. Il punto per lui è che «a prescindere da qualsiasi pretesa di pronunciarsi sul merito della questione ... il superamento della concezione obiettiva è *nello spirito dei tempi*, nella misura in cui si avverte la tendenza crescente ad ancorare tutto al dato obiettivo del contratto e delle obbligazioni che ne discendono, nell'assunto che questo corrisponda meglio alla difesa della persona del lavoratore nel rapporto».

Pera avverte quindi le avvisaglie della rivoluzione culturale che anticipa lo statuto dei lavoratori e con le sue sensibili antenne ne intravede le ricadute sugli snodi-chiave del rapporto di lavoro.

Il tema è poi sviluppato nelle varie edizioni dei suoi ben noti manuali, se pure in forma più asettica. Nei testi destinati agli studenti infatti trionfa il metodo problematico, aspirando Egli a confezionare a fini didattici «un libro che si premuri ... di presen-

tare lo *stato della questione*, dando conto allo studente che su ogni problema le tesi sono sempre almeno due e radicalmente opposte» e che convinca «il lettore che *non c'è niente di sicuro*»².

In coerenza con tale premessa Pera si limita ad enunciare la contrapposizione fra teoria oggettiva e soggettiva, senza prendere esplicitamente partito per una o l'altra. Con il pragmatismo che ne costituisce la cifra più caratteristica però sdrammatizza il presupposto metodologico dichiarando che «comunque sia circa la questione di principio sopra vista, è indubbio che la g.c. deve consistere in un fatto talmente grave da imporre l'immediata estromissione del lavoratore o l'immediato abbandono del lavoro, in definitiva secondo la prudente valutazione del magistrato innanzi ai mille casi che possono presentarsi nella vicenda concreta»³.

Il tema della contrapposizione fra le due teorie è ovviamente ampiamente sviluppato nella monografia dedicata alla cessazione del rapporto di lavoro⁴.

Ma ben più rilevante della soluzione data al tema specifico è il *manifesto metodologico* che campeggia nell'introduzione del volume, significativamente intitolata «*premesse ideologica*».

Siamo negli anni caldi post-statutari (scrive nell'estate del 1979), anni caratterizzati da una forte ideologizzazione, i cui frutti potevano coprire una ampia gamma di varianti, che spaziava da proposte di integrazione evolutiva del diritto posto, magari alla luce dei principi costituzionali, fino alle teorizzazioni di un suo uso "alternativo".

² G. Pera, *Diritto del lavoro*, Padova, 1980, p. XI.

³ G. Pera, *Diritto del lavoro*, cit., p. 655.

⁴ G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, p. 55 ss.

Pera ci tiene invece a porre le distanze rispetto a tali impostazioni metodologiche dichiarando in modo trasparente che il suo lavoro avrebbe avuto «corso secondo la tradizionale e vieta impostazione «giuspositivistica», in un'accezione del tutto particolare rispetto alla quale non v'è spazio per l'accusa di filisteismo ideologico». «Della mia ideologia pressoché ogni pagina sarà pervasa» scrive ancora «ma sarà un tentativo «positivo» nel senso che si cercherà di riprendere il discorso *ab imis*, nella considerazione attenta delle diverse normative esistenti, valutate in sé e nelle loro interferenze»⁵.

3. *L'immediatezza e la funzione rieducativa del potere disciplinare*

Moltissimi interventi sono poi dedicati al merito delle questioni sulla giusta causa di recesso. Ne ho selezionati alcuni fra i tanti.

Di un certo interesse, per la conclusione largamente condivisibile e l'altrettanto condivisibile critica alla Cassazione, è uno scritto in cui si occupa del problema della immediatezza nell'esercizio del potere di licenziamento ma da un'angolazione tutt'affatto particolare⁶.

Nella decisione commentata la Cassazione aveva condiviso l'opinione del giudice di merito che aveva negativamente stigmatizzato, per violazione del principio di immediatezza, il comportamento del datore di lavoro che aveva protratto per tre mesi le

⁵ G. Pera, *La cessazione etc.*, cit., p. 4.

⁶ G. Pera, *Immediatezza della contestazione al lavoratore di un comportamento che costituisce infrazione disciplinare solo se si protrae nel tempo*, in GC, 1983, I, p. 402, in nota a Cass., 6691/1982.

indagini su un lavoratore e ne aveva contestato le risultanze solo “dopo tale abnorme protrazione”.

Il commento di Pera è *tranchant*: «per dovere civico, questa sentenza della Corte non può passare sotto silenzio per l'*estemporaneità* della conclusione e per la *gravità* delle implicazioni». È chiaro per P. che, in tal modo, sarebbe precluso al datore il potere di contestare comportamenti che si basano sull'*abitualità della condotta*. Si tratta di un maldestro scimmiotamento del diritto penale, laddove «non consta, ammesso che la Corte abbia ragionato in quest'ordine di idee, che sul datore gravi l'obbligo dell'azione disciplinare così come grava sul p.m.». Né avrebbe senso assumere che il potere disciplinare, nell'ambito del rapporto di lavoro, possa avere una funzione rieducativa del “reo”.

La conclusione di P. è che il principio di immediatezza, nel caso, «c'entrava come i cavoli a merenda; perché al momento della contestazione e della successiva intimazione del licenziamento il tizio stava evidentemente persistendo nella sua condotta».

4. *Il furto è sempre furto*

Moltissimi commenti mettono ovviamente in gioco la dimensione etica dei comportamenti delle parti del rapporto.

Ed è in particolare sul furto che ritornano spesso le (amare) considerazioni di P.

Vi è anzitutto la delicata questione dei rapporti tra il fatto costituente reato e l'esercizio del potere, avendo in particolare riguardo ai reati per c.d. bagatellari.

In un commento ad una sentenza del giudice di legittimità risalente al 1998⁷ si occupa di un licenziamento irrogato in conseguenza della sottrazione di 4 o 5 confezioni di lamette da barba da parte di un addetto al magazzino. La motivazione assolutoria (dei giudici del merito e) della Cassazione era passata, nel caso, attraverso un giudizio di sproporzionalità e la valutazione della mancanza di una spiccata fiduciarità nelle specifiche mansioni del lavoratore.

P. ne sottolinea l'eterogeneità rispetto al costante insegnamento della stessa Cassazione («la sentenza» scrive «è agli antipodi rispetto al principio di diritto enunciato in precedenza dalla Corte»), per il quale anche un reato che comporta un danno di speciale tenuità va, cionondimeno, valutato con rigore nell'ambito del rapporto e sul piano disciplinare.

Intanto – osserva – la *ratio* del potere disciplinare è lontana anni-luce da quella che assiste le norme incriminatrici penali, avendo a cuore la «salvaguardia della funzionalità aziendale sotto il profilo della disciplina dei rapporti di lavoro». Ed altresì in punto di *proporzionalità* si chiede «Verbigrazia, di quale minima consistenza deve essere il valore della refurtiva per giustificare il licenziamento? Speriamo che in una prossima occasione la Corte quantifichi, come è auspicabile per la certezza dei rapporti giuridici. E sarà interessante l'eventuale sviluppo logico di questo novissimo principio in altre forme: ad esempio in quella, ora tanto enfatizzata, delle molestie sessuali; forse si dirà che la semplice toccatina al deretano della donna piacevole giustifica una sanzione conservativa».

⁷ G. Pera, *Rubare non è grave*, in RIDL, 1999, II, 185, in nota a Cass. 9692/1998.

Al di là dell'espressione, che forse oggi si riterrebbe politicamente non corretta, si noti come la tensione morale che sta dietro la valutazione della giusta causa coinvolge l'analisi di un concetto che è giuridicamente costruito come bidirezionale (in quanto riferito al *negozio di recesso*), imputato com'è ai comportamenti delle due parti del rapporto. Di qui l'idea che un procedimento valutativo eterodosso in tema di giusta causa di licenziamento possa tradursi in un parallela ed inaccettabile sottovalutazione della rilevanza dei comportamenti come giusta causa di dimissioni.

Quanto al furto, infine, per P. non c'è grande spazio per un'indagine sul complesso delle circostanze rilevanti: «Il furto è azione fatta a freddo, con premeditazione, possibilmente in modo che nessuno se ne accorga; è un atto del tutto puro e gratuito, non è possibile ricamarvi sopra romanzi».

Un altro caso di licenziamento a seguito di furto⁸ gli dà l'occasione non solo per prendere le distanze dalla decisione (nel caso il verdetto era stato assolutorio, perché nell'impresa – una banca – sarebbe invalsa la prassi degli impiegati di impossessarsi di somme di denaro, restituendole a fine giornata), ma soprattutto per dire la sua sull'idea, avallata da ricerche sul campo⁹, secondo cui vi sarebbe «un'accentuata benevolenza dei magistrati del Sud per la parte lavoratrice date le caratteristiche del mercato del lavoro locale».

Ad avviso di P. la prospettiva andrebbe ribaltata: «proprio perché in quelle regioni la misura della disoccupazione è spaventosa, io sarei durissimo nei confronti di ogni mela bacata anche

⁸ G. Pera, *Il «furto temporaneo» del cassiere di banca si può tollerare*, in RIDL, 2001, II, 391, in nota a Cass. 14311 del 2000.

⁹ Su cui v.: A. Ichino, P. Ichino, M. Polo, *L'influenza delle condizioni del mercato del lavoro sulle decisioni dei giudici in materia di licenziamento*, in RIDL, 1998, I, 10 ss.

per il minimo rispetto al modello, proprio per fornire un'occasione di lavoro a uno dei tanti giovani disoccupati, talora con *curriculum* scolastico di tutto rispetto».

Ed anche una sinistra consapevole del proprio ruolo e delle proprie responsabilità, per P., dovrebbe essere critica rispetto al ragionamento della sentenza, perché essa «in tanta polemica che ferve in ordine all'assetto razionale del nostro diritto del lavoro ... porta notevolmente acqua al molino della controffensiva conservatrice, se è vero che ora questo vento è incontenibile».

E si torna infine alla prepotente presenza del “primo gran libro della vita”, in un caso in cui un lavoratore era stato licenziato per abuso del telefono aziendale¹⁰. Rispetto a tale infrazione (ed al di là del problema della legittimità dei controlli) P. assume un atteggiamento tollerante, perché gli preme ricordare che l'uso del telefono aziendale «è un problema di relazioni umane», la cui logica «ha corso di norma nelle comunicazioni che hanno fondamentalmente la loro ragion d'essere nell'interesse aziendale, da parte del titolare e di tutti i collaboratori». Insomma al telefono anche parlando con un cliente si perde tempo con la conseguenza che la conversazione fra «persone dabbene secondo consuetudine talora di decenni e interesse aziendale si saldano indissolubilmente».

5. *Il «fatto» nel licenziamento disciplinare: una sentenza periana*

¹⁰ G. Pera, *Il licenziamento per abuso del telefono aziendale*, in RIDL, 1999, II, 651, in nota a Cass. 3386/1999.

Questo breve ricordo non può concludersi senza una sorta di gioco, cui mi sono sottoposto: quello di provare ad immaginare quale sarebbe stato il giudizio del Maestro sui più recenti sviluppi della legislazione giuslavoristica in materia di licenziamento disciplinare.

Intanto c'è la questione di fondo che ha a che fare con la scelta della *diversificazione delle sanzioni avverso il licenziamento illegittimo*: l'una per il licenziamento economico tendenzialmente risarcitoria nella riforma montiana (ed inequivocabilmente tale nel d.lgs. 23/2015) e l'altra più incline alla tutela reale nel licenziamento disciplinare. Credo che Pera avrebbe condiviso questo assetto generale, anche se sono portato a pensare che la sua ispirazione liberale e l'attenzione verso la dignità delle persone lo avrebbero indotto a privilegiare una tutela tendenzialmente reintegratoria rispetto al licenziamento disciplinare, non fosse altro perché è proprio il codice di diritto privato (manifesto, come si diceva un tempo, del diritto borghese) ad indicarci che la *restitutio in integrum* costituisce la forma *naturale* di reazione all'inadempimento dell'altra parte, mentre il risarcimento dei danni ne rappresenta solo un succedaneo.

Una seconda quasi-certezza mi permetto di nutrirla a proposito della *querelle* sviluppatesi intorno alla nozione di "fatto".

Si tratta di un dibattito troppo noto per dover essere qui ricordato. Da una parte c'è una corrente di opinione che difende la trincea del "fatto materiale", un fatto colto nella sua essenzialità senza alcuna coloritura giuridica. A questa stregua compito del giudice sarebbe anzitutto quello di accertare l'esistenza di un fatto materiale purchessia (anche se irrilevante disciplinarmente) e, solo in un secondo momento e separatamente, quello di verificare le conseguenze sanzionatorie collegabili. In sostanza non si teme

di sostenere che al fatto materiale esistente, *ma senza rilievo disciplinare*, possa essere collegata la sanzione esclusivamente economica.

Non sto qui a riproporre le critiche che, a mio avviso, sono spendibili rispetto a tale prospettazione¹¹. Mi basta qui rilevare che, come ho già scritto altrove, è difficilmente discutibile che il giudice, lungi dal dover verificare l'esistenza di un fatto nella sua materialità, debba prendere in considerazione una *condotta* (adempiente o no) posta in essere dal lavoratore e indagarne l'effettività della sua verifica concreta.

Ciò posto, a conforto di quest'idea c'è oggi un importante intervento della Cassazione¹², che si è pronunciata su un caso che chiedeva al giudice di rispondere alla domanda più pressante: se una condotta del lavoratore è irrilevante disciplinarmente, è sufficiente che sia «materialmente» sussistente perché si possa eludere la tutela reale attenuata?

La Corte dà una risposta, che ricorda quella che, a suo tempo, la Consulta diede alla questione dell'estensione della procedura *ex art. 7* dello statuto dei lavoratori anche al licenziamento disciplinare. Una risposta semplice e chiara: «non è plausibile che il Legislatore, parlando di “insussistenza del fatto contestato”, abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma *privo del carattere di illiceità* (c.m.), ossia non suscettibile di alcuna sanzione ... In altre parole *la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale* e dà perciò seguito alla reintegrazione». Punto e basta.

¹¹ V. se vuoi: O. Mazzotta, *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in RIDL, 2016, II, p. 102 ss.

¹² V. Cass.13 ottobre 2015, n. 20540, loc. cit. nella nota precedente. Più di recente v. inoltre: Cass., 20 settembre 2016, n. 18418; Cass., 26 maggio 2017, n. 13383; Cass., 18 luglio 2017, n. 17736.

La Corte avalla l'opzione interpretativa secondo cui il «fatto» cui allude il nuovo testo dell'art. 18 dello statuto è un fatto-inadempimento, già vagliato dal datore sotto il profilo disciplinare. Quel che resta (i fatti definiti come «materiali», cioè senza significato disciplinare) sono «fatti inesistenti».

Che dire allora? Conoscendo il buon senso sparso a piene mani negli scritti del Maestro lucchese, può immaginarsi una sentenza più "periana" di questa? Una decisione che, come Pera ha fatto tante volte rispetto agli snodi più rilevanti della nostra disciplina, relega fra i barocchismi incomprensibili il surreale dibattito sul sottile distinguo tra "fatto materiale" e "fatto-inadempimento" e ci riconduce alla dimensione di un diritto scritto da uomini e fatto per regolare, con equanimità e ragionevolezza, i rapporti fra gli uomini.