



Poste Italiane S.p.a. • Sped. in A.P. • D.L. 353/2003 conv. in L. 46/2004, art. 1, c. 1 • Aut. C/RM/AUT. 21/2015

LAVORO E PREVIDENZA OGGI

anno XLVI • novembre-dicembre 2019

11-12

Licenziamento disciplinare e sanzione conservativa: reintegra solo per condotte tipizzate dal CCNL non suscettibili di interpretazione estensiva o analogica

Nota a Corte di Cassazione, sentenza 9 maggio 2019, n. 12365 – Pres. Di Cerbo – Rel. Boghetich – F. S.p.a (avv.ti Morrico, Di Rosa) c. L.M. (avv. Portelli)

Lavoro subordinato – Licenziamento disciplinare – Condotte punite dal c.c.n.l. con sanzione conservativa – Abbandono posto di lavoro – Regime applicabile – Estensione ad ipotesi non tipizzate – Esclusione – Conseguenze – Inapplicabilità reintegrazione nel posto di lavoro

di *Michelangelo Salvagni**

In tema di licenziamento disciplinare, solo ove il fatto contestato e accertato sia espressamente contemplato da una previsione di fonte negoziale vincolante per il datore di lavoro, che tipizzi la condotta del lavoratore come punibile con sanzione conservativa, il licenziamento sarà non solo illegittimo ma anche meritevole della tutela reintegratoria prevista dal comma 4 dell'art. 18, non essendo invece consentito al giudice, allorché una condotta accertata non rientri in una di quelle descritte dai contratti collettivi ovvero dai codici disciplinari come punibile con sanzione conservativa, applicare la reintegrazione mediante un'interpretazione analogica o estensiva. (Massima a cura dell'A.)

*

Corte di Cassazione, sentenza 23 maggio 2019, n. 14063 – Pres. Di Cerbo – Rel. Boghetich – L. (avv. Ivella) c. S. (avv. Pulsoni)

Lavoro subordinato - Licenziamento individuale per giusta causa previsione dei contratti collettivi di condotte integranti giusta causa - Vincolatività - Esclusione - Limiti

In tema di licenziamento per giusta causa, non è vincolante la tipizzazione contenuta nella contrattazione collettiva, rientrando il giudizio di gravità e proporzionalità della condotta nell'attività sussuntiva e valutativa del giudice, avuto riguardo agli elementi concreti, di natura oggettiva e soggettiva, della fattispecie, ma la scala valoriale formulata dalle parti sociali deve co-

* Avvocato del foro di Roma.

stituire uno dei parametri cui occorre fare riferimento per riempire di contenuto la clausola generale dell'art. 2119 c.c. (Massima a cura dell'A.)

*

Corte di Cassazione, sentenza 28 maggio 2019, n. 14500 – Pres. Di Cerbo – Rel. Boghetich – V. S.p.a (avv. Trifirò) c. S. (avv. Agozzino)

Reintegrazione nel posto di lavoro – Fatti non integranti estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo – Utilizzo espressioni improprie – Condotta non rientrante in sanzione conservativa – Applicazione tutela indennitaria

Qualora il fatto contestato e accertato sia espressamente contemplato da una previsione di fonte negoziale vincolante per il datore di lavoro, che tipizzi la condotta del lavoratore come punibile con sanzione conservativa, il licenziamento sarà non solo illegittimo ma anche meritevole della tutela reintegratoria prevista dal comma 4 dell'art. 18 novellato. Diversamente non è consentito al giudice, in presenza di una condotta accertata che non rientri in una di quelle descritte dai contratti collettivi o dai codici disciplinari come punibili con sanzione conservativa, applicare la tutela reintegratoria operando una estensione non consentita al caso non previsto sul presupposto del ritenuto pari disvalore disciplinare. (Massima a cura dell'A.)

SOMMARIO:

1. Rilievi preliminari
2. I casi concreti sottoposti al vaglio della Cassazione
3. I principi di diritto espressi dalla Corte di Cassazione
4. Considerazioni finali

1. Rilievi preliminari

Prima di entrare nel merito delle tematiche oggetto delle sentenze in commento, tutte aventi ad oggetto fattispecie disciplinari rientranti nell'ambito applicativo della Legge Fornero, pare opportuno segnalare che la tutela reintegratoria, proprio a seguito di tale riforma, è applicabile solo in due ipotesi: in caso di «insussistenza del fatto contestato», oppure, quando il fatto posto a base del provvedimento espulsivo rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi. In tema di licenziamento disciplinare a seguito della Legge n. 92 del 2012¹, con rife-

¹ Sulla tematica del licenziamento disciplinare a seguito della L. n. 92/2012, v. R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2013, 25 e ss.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegit-*

rimento alle differenze tra “fatto materiale” e “fatto giuridico”, vi è stato un ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale che è stato risolto con un’interpretazione della giurisprudenza da ritenersi ormai pacifica e consolidata. La prima sentenza di Cassazione sul punto (si veda Cass. 6 novembre 2014, n. 23669) ha infatti affermato che la “reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell’accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto”². Conseguentemente, per comprendere se un licenziamento sia legittimo o meno deve essere considerato il solo “fatto materiale”, non essendo consentita alcuna valutazione sulla proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento contestato.

Successivamente, i giudici di legittimità, con la sentenza del 13 ottobre 2015, n. 20540, con riferimento alla interpretazione della tematica della “sussistenza/insussistenza del fatto materiale”, hanno sostenuto che se i fatti addebitati non hanno rilevanza giuridica si ricade in un’ipotesi di inadempimento “non notevole”, che consente la tutela reintegratoria³. Tale orienta-

timo: le modifiche all’art. 18 Statuto dei lavoratori, in <http://www.bollettinoadapt.it/> del 25.09.2012; M. MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, n. 3, I, 622 e ss.; A. PALLADINI, *La nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, n. 4, II, 653 e ss.; R. RIVERSO, *I licenziamenti disciplinari tra Jobs Act e riforma Fornero. (Basta poco di fatto materiale e la reintegra va giù)*, in *Quest. giust.*, 2015, 4 e ss.; P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della Legge n. 300 del 1970*, in L. DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro*, 290 e ss.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012, 57; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 552 e ss..

² Pubblicata rispettivamente, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 874, nonché in *Il Foro it.*, 2014, I, 3418, con nota di M. DE LUCA. In dottrina, sulle differenze tra fatto materiale e fatto giuridico si segnalano, tra i tanti commentatori: R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 2, II, 1049 e ss.; F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l’imprevedente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, Ord. 15.10.2012)*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 4-5, 773; M. BARBIERI, *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 3, 334 e ss.; A. PICCININI, *Licenziamento disciplinare: il fatto materiale tra legge Fornero e Jobs Act*, in *Lav. giur.*, 2016, 4, 339 e ss..

³ Cfr. Cass. 13.10.2015, n. 20540, in *Il Foro it.*, 2015, I, 3830, con nota di V. FERRARI; in *Mass. giur. lav.*, 2015, 850, con nota di A. VALLEBONA; in *Dir. prat. lav.*, 2015, 2704, con nota di S. SERVIDIO; in *Dir. rel. ind.*, 2015, 1128, con nota di R. PELUSI; in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 102, con nota di O. MAZZOTTA; in *Guida al lav.*, 2017, fasc. 41, 15 (m), con nota di C. SCOGNAMIGLIO; si veda anche Cass. 13.10.2015, n. 20545 in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, II, 31, con nota di A. FEDERICI.

mento è stato poi confermato anche dalla sentenza di Cassazione del 18 settembre 2016, n. 18418⁴.

Allo stato di tale indirizzo giurisprudenziale, il recesso disciplinare può ritenersi legittimo solo se il fatto oltre che esistente e accertato abbia anche rilievo giuridico. Conseguentemente, l'irrelevanza giuridica del fatto equivale alla insussistenza del comportamento addebitato.

2. I casi concreti sottoposti al vaglio della Cassazione

Le sentenze in commento risultano di particolare interesse in quanto affrontano per la prima volta, a quanto costa, la tematica della possibilità o meno per il giudice di merito di far ricorso all'interpretazione estensiva o all'analogia al fine di ricondurre una condotta non tipizzata dal contratto collettivo nell'alveo delle sanzioni conservative, le uniche che consentono giuridicamente l'applicazione della tutela reintegratoria. Tutte e tre le sentenze oggetto di analisi trattano licenziamenti disciplinari ove al lavoratore erano state contestate condotte che non rientravano pedissequamente in ipotesi previste dalla contrattazione collettiva. Ai fini di una migliore comprensione delle questioni oggetto di annotazione, si riassumeranno di seguito i fatti concreti relativi ad ogni singola sentenza.

La sentenza del 9 maggio 2019, n. 12365, tratta il caso di un operaio a cui era stato irrogato un licenziamento disciplinare poiché, durante la pausa stabilita di riposo, era stato trovato a dormire sul posto di lavoro ma in un luogo diverso rispetto a quello assegnato dal datore. Al medesimo era stato contestato che con tale comportamento avrebbe reso difficoltosa la sua rilevazione in servizio. La Corte di Appello applicava la tutela reintegratoria attenuata ritenendo che la condotta del lavoratore poteva essere ricondotta, in via analogica, nell'ambito di una fattispecie punita solo con sanzione conservativa dal contratto collettivo e, in particolare, quella dell'abbandono del posto di lavoro. Conseguentemente, il prestatore doveva essere reintegrato in azienda. La società ricorreva in Cassazione in quanto riteneva che la Corte territoriale non avesse valutato correttamente il contegno complessivo tenuto del lavoratore che era più grave della ipotesi dell'abbandono del posto di lavoro. Il prestatore, secondo la prospettazione della società, aveva scientemente evitato la verifica da parte del datore di lavoro della propria presenza, ciò configurando un grave inadempimento. A giudizio della parte datoriale, pertanto, la sentenza di merito doveva essere riformata poiché la reintegrazione era stata applicata in

⁴ In *Riv. giur. lav.*, 2017, II, 51, con nota di M. SALVAGNI, *L'irrelevanza giuridica del fatto equivale alla insussistenza della condotta*.

via analogica quando, invece, quel comportamento non rientrava espressamente in quello previsto dalle condotte conservative, come stabilite dal contratto collettivo. La Cassazione sul punto ha accolto la tesi della società affermando che la condotta posta in essere dal lavoratore era diversa dalla rappresentazione offerta dai giudici di merito; non si è configurata solo una interrotta esecuzione della prestazione lavorativa, bensì anche una volontaria sottrazione al controllo datoriale, tale da escludere la tutela reintegratoria. A parere dei giudici di legittimità, a seguito delle modifiche della Legge Fornero, l'applicazione della tutela reale attenuata costituisce un'eccezione rispetto alla regola della tutela risarcitoria. Pertanto, il giudice di merito deve valutare con particolare rigore se l'addebito contestato sia punito con una sanzione espulsiva o conservativa. Secondo la Suprema Corte la reintegrazione nel posto di lavoro si applica soltanto nel caso in cui il fatto sia espressamente contemplato dal contratto collettivo, da considerarsi quale fonte negoziale vincolante per il datore di lavoro. In caso contrario, il lavoratore licenziato potrà ottenere solo la tutela risarcitoria, in ragione della natura privatistica della contrattazione collettiva, soggetta ad un divieto di interpretazione analogica o estensiva delle previsioni ivi contenute.

La seconda sentenza del 23 maggio 2019, n. 14063, tratta il caso dell'abuso da parte di una lavoratrice addetta alle vendite della cosiddetta *fidelity card*, riservata invece ai dipendenti, per l'acquisto di prodotti destinati alla madre con la conseguenza che quest'ultima aveva potuto partecipare ad un concorso per la promozione di prodotti senza che la medesima avesse mai effettuato alcun acquisto. In tal caso, la lavoratrice ricorreva per cassazione in quanto la Corte territoriale non aveva effettuato una valutazione comparativa tra la propria condotta e le previsioni del contratto collettivo, visto che invece la sanzione del licenziamento era prevista solo con riferimento ad una ipotesi di reato. La Suprema Corte ha evidenziato in merito che la giusta causa di licenziamento, quale evento che non consente la prosecuzione neanche provvisoria del rapporto, è una clausola generale che richiede di essere verificata dall'interprete tramite la considerazione di fattori esterni relativi alla coscienza generale e ai principi richiamati dalla norma *ex art. 2119 c.c.*. Tuttavia, sempre secondo i giudici di legittimità, l'autonomia collettiva con la predisposizione del codice disciplinare individua, anche se solitamente in modo esemplificativo, il cosiddetto limite di tollerabilità e la soglia di gravità delle violazioni che legittimano il recesso. Tali parametri devono costituire per il giudice il parametro a cui fare riferimento per non andare oltre il contenuto della clausola generale di cui all'articolo 2119 c.c.. Pertanto la Cassazione, nel concludere il proprio ragionamento, afferma che il giudice, nel valutare la condotta complessiva, non può trascurare di considerare il parametro valutativo individuato dall'autonomia collettiva omettendo di motivare in ordine al proprio scostamento dalle previsioni del codice disciplinare, il quale rappre-

senta il limite di tollerabilità e la soglia di gravità delle violazioni degli artt. 2104 e 2105 c.c..

Nella specie, quindi, la Suprema Corte ha cassato la decisione del giudice di merito che aveva rigettato l'impugnativa del licenziamento irrogato per l'indebito utilizzo per acquisti della carta dipendenti, sul presupposto che non era stata operata alcuna parametrizzazione con le previsioni di giusta causa codificate dalle parti sociali.

La terza sentenza del 28 maggio 2019, n. 14500, inerisce il caso di un licenziamento disciplinare ove il lavoratore, nel corso di telefonate effettuate alla presenza di una collega, aveva proferito innanzi alla medesima frasi di natura sessuale. Il Tribunale di Milano, in entrambe le fasi Fornero, aveva dichiarato illegittimo il licenziamento e condannato la società alla reintegrazione del dipendente, ritenendo che il comportamento contestato integrava una condotta, ossia "*atti contrari alla morale*", in relazione alla quale la contrattazione collettiva prevedeva una sanzione meno grave (sospensione disciplinare o multa). La Corte d'Appello di Milano, riformando la sentenza di primo grado, escludeva la reintegrazione in quanto, anche se il contratto collettivo stabiliva la sanzione conservativa per quelle condotte esemplificativamente definite come "*contrarie alla morale*", la fattispecie, proprio per la sua particolarità, non rientrava esattamente in alcuna delle previsioni per le quali il CCNL di settore prevede sanzioni conservative. La vicenda è stata sottoposta al vaglio della Cassazione secondo cui la modalità e la reiterazione di tale comportamento, che non ha tenuto in alcun conto di urtare la sensibilità e la dignità di donna della lavoratrice, non rientrando in una specifica ipotesi prevista dal CCNL, ha legittimato il recesso e la condotta deve essere punita solo con la tutela indennitaria e non con quella reale.

3. I principi di diritto espressi dalla Corte di Cassazione

Le sentenze oggetto di commento risultano molto interessanti perché la Suprema Corte, con tre arresti consecutivi (che si distanziano tra loro solo per alcuni giorni), per la prima volta esprime dei principi molto rilevanti in materia di licenziamento disciplinare e applicazione della tutela reale nel caso in cui la condotta contestata non rientri in una sanzione conservativa descritta dalla contrattazione collettiva. A parere dei giudici di legittimità, la fattispecie della reintegrazione di cui art. 18, quarto comma, Legge n. 300 del 1970 è applicabile solo nel caso in cui il comportamento contestato al lavoratore sia sussumibile in una delle condotte tipiche espressamente previste dal contratto collettivo adottato dalla azienda. In concreto, secondo l'interpretazione della Cassazione, non è consentito al giudice estendere, in via analogica, la sanzione conservativa ad una fattispecie che il contratto collettivo non tipizza espressamente in tal modo.

Le sentenze in commento, quindi, forniscono un'interpretazione rigorosa delle disposizioni disciplinari contenute nei contratti collettivi ai fini dell'applicazione della tutela reintegratoria. Sul punto, i giudici di legittimità affermano che quando il fatto oggetto di addebito non può essere ricondotto espressamente alle fattispecie che la contrattazione collettiva persegue con la sanzione conservativa, l'unica tutela applicabile al dipendente è quella indennitaria prevista dal quinto comma del nuovo art. 18 dello Statuto dei Lavoratori.

Visto che il ragionamento posto in essere dalla Corte di Cassazione sulle questioni sin qui analizzate appare complesso e articolato, per una migliore comprensione della intera fattispecie, pare opportuno ripercorrere i singoli passaggi motivazionali che hanno portato i giudici di legittimità ad affermare i principi oggetto di commento. Seguendo la ricostruzione normativa e argomentativa delle tre sentenze in analisi, la Suprema Corte sostiene che le modifiche di cui alla Legge n. 92 del 2012 hanno dettato un regime sanzionatorio per cui il giudice di merito deve porre in essere una valutazione delle fattispecie dei licenziamenti disciplinari più articolata rispetto al periodo precedente a detta riforma. In particolare, il magistrato deve accertare se sussistano o meno nel recesso le ragioni della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo. Sempre secondo la prospettazione dei provvedimenti in analisi, ove sia esclusa la ricorrenza di una giustificazione nella irrogazione di una sanzione espulsiva il magistrato, per individuare la tutela applicabile, deve effettuare una ulteriore verifica sulla ricorrenza o meno delle condizioni previste dall'articolo 18, quarto comma, che consentono di accedere alla tutela reintegratoria. La Cassazione, con riferimento alle sanzioni disciplinari contenute nella contrattazione collettiva, ha menzionato il proprio consolidato principio secondo cui, seppur è vero che le stesse non vincolano il giudice di merito⁵, tuttavia, *“la scala valoriale ivi recepita deve costituire uno dei parametri cui occorre fare riferimento per riempire di contenuto la clausola generale dell'art. 2119 c.c.”*. A supporto di tale assunto, la Suprema Corte ricorda le statuizioni dell'articolo 30, comma tre, della L. n. 183 del 2010, secondo cui il giudice, nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, deve tener conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo stabilite nei contratti collettivi di lavoro. Tale principio deve essere collegato a quello espresso anche dall'articolo 18 comma, quarto comma, e, pertanto, nel caso in cui la contrattazione collettiva ricolleggi ad una determinata condotta solo una sanzione conservativa, il giudice è vincolato dalla disposizione collettiva che si sostanzia in una condizione di maggior favore per il lavoratore, così come stabilita espressamente dal legislatore. Tuttavia, a parere dei giudici di legittimità, l'interpretazione della condotta espressamente disciplinata dalle parti collettive è *“anaelastica”*, ossia non è su-

⁵ In tal senso, cfr. Cass. n. 8718 del 2017, Cass. 9223 del 2015, Cass. 13353 del 2011.

scettibile di una valutazione che non sia strettamente riconducibile alle tipizzazioni contrattualmente previste. In merito, i giudici di legittimità, richiamando preliminarmente i criteri di interpretazione del contratto collettivo secondo le disposizioni dettate dagli articoli 1362 c.c. e seguenti, hanno ritenuto che debba escludersi il ricorso all'applicazione analogica *“atteso che anche nel contratto collettivo le disposizioni in esso contenute conservano pur sempre la loro originaria natura contrattuale e non consentono conseguentemente il ricorso all'analogia, che è un procedimento di integrazione ermeneutica consentito, ex articolo 12 delle preleggi, con esclusivo riferimento agli atti aventi forza e valore di legge”* (cfr. Cass. n. 30420 del 2017). Per quanto riguarda poi l'interpretazione estensiva, sempre secondo la Cassazione, essa è consentita ai sensi dell'articolo 1365 c.c. ma solo ove vi sia una inadeguatezza per difetto rispetto all'intenzione delle parti con riferimento a clausole contrattuali. In tal senso, a parere della Suprema Corte, il magistrato deve prendere in considerazione le conseguenze volute dalle parti stesse che hanno inteso indicare, in maniera esemplificativa, i casi menzionati che comportano una determinata sanzione. In tal caso, il giudice deve verificare se sia possibile ricondurre nella previsione contrattuale ipotesi non espressamente indicate nella esemplificazione. Nell'effettuare tale *“operazione ermeneutica”* è necessario attenersi ad una rigosità estrema, in quanto la norma di cui all'articolo 18, comma quattro, che appunto consente la tutela reintegratoria, è un'ipotesi eccezionale rispetto alla regola generale e, quindi, deve essere interpretata restrittivamente.

Sempre a parere della Suprema Corte, è proprio lo stesso articolo 18, quarto comma, che *“vieta operazioni ermeneutiche che estendano l'eccezione della tutela reintegratoria alla regola rappresentata dalla tutela indennitaria nonché, dal punto di vista sistematico, in quanto violerebbe la chiara ratio del nuovo regime in cui la tutela reintegratoria presuppone l'abuso consapevole del potere disciplinare, che implica una sicura e chiaramente intelligibile conoscenza preventiva, da parte del datore di lavoro, della illegittimità del provvedimento e espulsivo derivante”*.

Pertanto, sempre secondo i giudici di legittimità, *“l'apertura all'analogia o a una interpretazione che allargasse la portata della norma collettiva oltre limiti sopra delineati, invece, produrrebbe effetti esattamente contrari a quelli chiaramente espressi dal legislatore in termini di esigenza di prevedibilità delle conseguenze che tuoi comportamenti tenuti dalle parti del rapporto”*.

4. Considerazioni finali

Per concludere il ragionamento sin qui analizzato in tema di licenziamento disciplinare e sulle sanzioni conservative che consentono l'applica-

zione della tutela reale, pare opportuno richiamare il principio di diritto di maggiore interesse e novità pronunciato dalla Corte di Cassazione con le sentenze in annotazione. Ossia, quello per cui il giudice non potrà applicare la reintegrazione ricorrendo all'analogia o ad un'interpretazione estensiva nel caso in cui una condotta accertata non rientri in una di quelle espressamente indicate dai contratti collettivi ovvero dai codici disciplinari come punibile con sanzione conservativa. Solo in questa ipotesi il licenziamento sarà non solo illegittimo ma anche meritevole della tutela reintegratoria prevista dal quarto comma dell'art. 18.

Alla luce dei principi espressi dai giudici di legittimità, a parere di chi scrive, la prima impressione è quella di una interpretazione ispirata ad un rigido formalismo che trova fondamento in una norma, il comma 4 dell'art. 18, già di per sé restrittiva perché, appunto, di natura eccezionale che ha limitato notevolmente la tutela reale rispetto al previgente regime normativo. L'effetto di un simile orientamento, inevitabilmente, è quello di restringere in modo significativo le maglie della tutela reintegratoria in ipotesi di licenziamento disciplinare, individuando, quale parametro decisivo per l'applicazione della medesima, le tipizzazioni fattuali stabilite dalla contrattazione collettiva la quale, peraltro, non è mai esaustiva o tassativa in tema di identificazione delle condotte punibili con sanzione conservativa o espulsiva. Ed anzi, l'elenco contenuto nelle norme dei CCNL è quasi sempre esemplificativo, ciò implicando la possibilità di una loro integrazione. Senza contare che la rigida predeterminazione delle condotte punibili con sanzione conservativa si scontra con la variegata realtà fattuale e il mutevole dispiegarsi delle fattispecie concrete che non possono sempre tenere in considerazione i diversi eventi determinati dalla veloce evoluzione tecnologica (tra cui soprattutto quella digitale) che, inevitabilmente, incidono sulla organizzazione del lavoro e sulla descrizione di quali siano le condotte punibili. Ciò determina una oggettiva difficoltà interpretativa e valutativa per il giudice al fine di stabilire, con certezza, se l'addebito disciplinare sottoposto al proprio vaglio sia pienamente riferibile all'ipotesi prevista dalla contrattazione collettiva. Tale impostazione ermeneutica rischia una approssimazione per difetto ed un eccessivo formalismo normativo. Nelle condotte disciplinari tipizzate dalla contrattazione collettiva "l'abito su misura" non esiste. Sottrarre al magistrato un'interpretazione estensiva o analogica sui comportamenti contestati presta il fianco ad una valutazione che si appresta a diventare una sorta di meccanismo di codificazione automatica delle fattispecie disciplinari che non sempre trovano adeguata coincidenza o riscontro nella contrattazione collettiva. Peraltro, vi è l'ulteriore pericolo di legittimare a priori condotte elusive da parte del datore di lavoro che, attenendosi rigidamente alle previsioni di tipo conservativo come disciplinate dalla contrattazione collettiva, potrebbe "costruire" a tavolino l'addebito con la certezza preventiva che il medesimo, in quanto non tipizzato e non

suscettibile di interpretazioni analogica o estensiva, non comporterebbe l'applicazione della tutela reintegratoria. Invece, una esegesi meno rigorosa sulle condotte che consentono la sanzione conservativa si presenta anche più in linea con quell'orientamento di legittimità che, nell'ambito della valutazione circa l'insussistenza del fatto, pone l'accento sulla necessaria rilevanza giuridica del fatto, la sola che legittima il recesso per non consentire licenziamenti pretestuosi ed arbitrari. Seguendo i principi espressi dalle sentenze in esame, è di fatto escluso ogni giudizio sul disvalore della condotta non espressamente tipizzata, che, sebbene riguardi la diversa ipotesi dell'insussistenza, potrebbe invece rappresentare un giusto parametro interpretativo rispetto ad ipotesi concrete non così gravi da legittimare la massima sanzione espulsiva ma che, tuttavia, non sono riconducibili a quelle disciplinate dalla contrattazione collettiva. Altrimenti, si incorre in un effetto paradossale per cui quel comportamento, pur non essendo in concreto così grave, visto che non vi è una espressa previsione dello stesso nel contratto collettivo, possa automaticamente non legittimare l'applicazione della tutela reale.