

Licenziamenti nel Jobs Act

Licenziamento disciplinare: il *fatto materiale* tra legge Fornero e Jobs Act

di Alberto Piccinini - Avvocato in Bologna

La teoria della sussistenza del fatto materiale come elemento sufficiente ad escludere la reintegrazione in caso di licenziamento disciplinare per giustificato motivo soggettivo, forgiata in coincidenza con la promulgazione della L. n. 92/2012 ma stroncata dalla prevalente interpretazione dottrinale e giurisprudenziale nel primo biennio di applicazione della legge, ha subito un "revival" da parte della prima sentenza della Corte di cassazione pronunciata sul tema e - soprattutto - dal legislatore delegato del D.Lgs. n. 23/2015. L'Autore ne evidenzia gli elementi di irragionevolezza alla ricerca di spunti critici che permettano una corretta applicazione in base al diritto comune, come alternativa ad una sentenza della Corte costituzionale o a un referendum abrogativo.

Fatto materiale e fatto giuridico?

Come è noto la "legge Fornero" (n. 92 del 28 giugno 2012) ha modificato significativamente l'art. 18 Stat. lav. stabilendo, per quanto concerne il licenziamento disciplinare, la possibilità di reintegrazione nel posto di lavoro solo in ipotesi di accertata "insussistenza del fatto contestato" ovvero nel caso in cui la contrattazione collettiva preveda per quella infrazione una sanzione conservativa (1). Sull'interpretazione del concetto di "insussistenza del fatto" (termine preso a prestito dal diritto penale tra le formule che giustificano l'assoluzione) è stato scritto molto: gli ispiratori della soluzione lessicale hanno sin dall'inizio affermato che la reintegrazione dovrebbe trovare applicazione solo se i motivi concreti addotti dal datore di lavoro quale giusta causa o giustificato motivo soggettivo (g.m.s.) sono materialmente inesistenti (insussistenza del *fatto storico*): in altri termini al (solo) caso in cui il datore di lavoro abbia imputato al/alla

dependente una mancanza che non è stata da lui/lei commessa (2). Negli altri casi - in cui la mancanza risulti effettivamente commessa dalla persona che ne è stata imputata, ma sia ritenuta dal giudice non così grave da giustificare il licenziamento (oppure il licenziamento sia ritenuto viziato da un difetto di immediatezza), sussistendo comunque una colpa del lavoratore - la sanzione dovrebbe essere di natura soltanto pecuniaria (3).

In tanti hanno replicato che se bastasse la pura e semplice sussistenza "materiale" di un qualunque comportamento attribuito al lavoratore, il datore di lavoro potrebbe contestare una stupidaggine (non mi hai salutato entrando al lavoro, ti sei ossigenato i capelli e via ipotizzando), così insignificante da non essere nemmeno prevista dai contratti collettivi, e farla franca.

Gli stessi commentatori favorevoli alla legge, rendendosi conto dell'assurdità di simili ipotesi, hanno allora precisato che comunque "il fatto" dovrebbe avere rilievo disciplinare, deve cioè trattarsi di una

(1) Questo il testo (parziale) del comma 4 dell'art. 18: "Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il li-

cenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro...".

(2) Per tutti: A. Maresca: *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, Relazione svolta in un seminario organizzato da ACEA S.p.a. (Roma 12 aprile 2012).

(3) P. Ichino, <http://www.pietroichino.it>.

Dottrina

Lavoro subordinato

mancaza riconducibile ad un inadempimento contrattuale. Hanno però tenuto il punto sulla *materialità* del fatto contestato: sarebbe sufficiente la effettiva sussistenza di un fatto disciplinare lieve, non previsto dal contratto collettivo, per escludere il diritto alla reintegrazione, sostituibile con un indennizzo economico.

A questo punto della narrazione occorre dar conto di come la giurisprudenza si sia misurata sulla tematica.

Il primo caso che ha fatto “scuola” (4) è quello di un lavoratore licenziato - nell'imminenza dell'entrata in vigore della legge Fornero - per aver ironizzato in una mail inviata a un collega di una società collegata, scrivendo una frase sconveniente (5).

L'ordinanza del Tribunale di Bologna ha dichiarato illegittimo il licenziamento e ordinato la reintegrazione nel posto di lavoro, coniando il concetto di “fatto giuridico” contrapposto a quello del “fatto materiale”: “fatto giuridico... inteso come il fatto

globalmente accertato, nell'*unicum* della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo”.

Precisa a tale proposito il giudice bolognese: “Né può ragionevolmente ritenersi che l'espressione “insussistenza del fatto contestato”, utilizzata dal legislatore, facesse riferimento al solo fatto materiale, posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza e alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico, o addirittura privi della coscienza e volontà dell'azione”.

La giurisprudenza (6) e la dottrina (7) che si sono sviluppate nel successivo biennio hanno praticamente accolto, salvo alcune eccezioni, tali principi,

(4) “L'ormai nota e capofila Trib. Bologna 15 ottobre 2012”: così viene definita da M. Biasi, *Il nuovo art. 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio* (in *Arg. dir. lav.*, n. 6/2013). Il provvedimento è stato commentato in molte riviste: F. Fabbri, *Alcune considerazioni sulla insussistenza del fatto addebitato e sulle incongruenze del nuovo art. 18 stat. lav.* in *Riv. giur. lav.*, 2012, II, 761; 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, n. 45. *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 1049, ha messo in campo tre commenti: M.T. Carinci, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 st. lav. alla luce di vincoli imposti dal sistema*; R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*; R. Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*

(5) “Parlare di pianificazione nel nostro Gruppo è come parlare di psicologia con un maiale”.

(6) Hanno condiviso tale impostazione, tra i tanti: Trib. Ancona 26 novembre 2012 (Est. Sbano); Trib. Milano 28 novembre 2012 (Est. Casella); Trib. Milano 18 dicembre 2012 (Est. Scarzella, che ha confermato l'ordinanza con sentenza 17 maggio 2013); Trib. Milano 28 gennaio 2013 (Est. Lualdi); Trib. Trento 29 gennaio 2013 (dott. Flaim) che ritiene insussistente il fatto in ragione degli elementi che avevano qualificato la condotta del lavoratore, tali da rendere giustificata l'assenza considerata ingiustificata; Trib. Milano 30 gennaio 2013 (Est. Gasparini) che esclude “la sussistenza del fatto contestato dal punto di vista dell'elemento oggettivo e soggettivo”; Trib. Ravenna 18 marzo 2013 (Est. Rivero) che ha ribadito la necessità, per il giudice, di valutare il fatto “nella pienezza dei suoi elementi costitutivi (sia l'elemento oggettivo sia l'elemento soggettivo) ... alla luce della nozione di giusta causa valevole nella fattispecie considerata”; Trib. Messina 25 marzo 2013 (Est. Di Bella); Trib. Roma 4 aprile 2013 (Est. Cosentino); Trib. Trieste 15 aprile 2013 (Est. Multari); Trib. Palmi 24 aprile 2013 che mette in rilievo come la legge parli di “fatto contestato”, aggiungendo che “ciò che viene contestato non è mai semplicemente un dato meramente materiale, senza contesto, bensì un comportamento valutato nella sua valenza disciplinare e collocato in un preciso contesto. (...) Non si dà un dato puramente fenomenologico impermeabile a qualsivoglia profilo valutativo.

È un'illusione che porta a risultati iniqui e incongrui quella di porsi alla ricerca di fatti da cogliere nella loro nuda storicità, decontestualizzati e depurati da qualsivoglia prospettiva valutativa”; Trib. Taranto 3 giugno 2013 (Est. Magazzino) che, dopo aver dichiarato che il fatto contestato deve intendersi non come fatto materiale ma come fatto giuridico, evidenzia come sarebbe paradossale considerare rilevante “una condotta del tutto lecita, niente affatto inadempiente o addirittura doverosa del lavoratore” solo perché non prevista tra le condotte sanzionate con un provvedimento conservativo; Trib. Bologna 2 ottobre 2013 (Est. Marchesini); Trib. Bologna 24 luglio 2013 (Est. Benassi) che ritiene applicabile la reintegrazione in ipotesi di inadempimento di scarsa importanza “non essendo possibile configurare un'ipotesi astratta di giusta causa e giustificato motivo” anche se considera applicabile la tutela risarcitoria qualora vi sia violazione del criterio di proporzionalità “in presenza di inadempimento di non scarsa rilevanza”; Trib. Bari 19 novembre 2013 (Est. Vernia), ha aderito alla ricostruzione del “fatto” quale fatto giuridico, con conseguente condanna alla reintegrazione attenuata, nel caso di una condotta di appropriazione indebita provata nelle circostanze concrete, ma priva dell'elemento psicologico.

(7) Hanno condiviso tale impostazione in dottrina, fra altri: M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario* in WP CSDLE Massimo d'Antona, n. 164/2012; V. Speciale, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE Massimo d'Antona, n. 165/2012; A. Piccinini, *Commento all'art. 18 dopo la Riforma Fornero in Rapporto di lavoro e ammortizzatori sociali*, AA.VV., Ediesse, Roma, 2012; P. Sordi, *Il nuovo art. 18 della Legge n. 300 del 1970*, in *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Milano, 2013; M. Barbieri - D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della Legge Fornero*, Bari, 2013, 135; M. Barbieri, *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali*, in *Riv. giur. lav.*, n. 3/2013, II, 334 ss.; F. Carinci, *Ripensando il nuovo articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *DRI*, 213, n. 2, 287ss, il quale evidenzia come l'espressione “fatto contestato” evoca un inadempimento in quanto solo un inadempimento può essere ricondotto sotto una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare, collettivo o datoriale; M. Biasi, *Il nuovo art. 18 dopo un anno di applicazione giuri-*

ritenendo che il giudice abbia sempre il potere di entrare nel merito del caso concreto, valutare l'intenzionalità o meno della condotta, l'esistenza di circostanze attenuanti (o aggravanti), la conseguente gravità e proporzionalità tra il fatto contestato e il licenziamento e ritenendo che, in presenza di fatti contestati di lieve entità e/o di elementi che attenuano la gravità della condotta, e quindi in ipotesi di inadempimento "non notevole", si possa ancora disporre la reintegrazione nel posto di lavoro, pur nella difficoltà di individuare la misura di un inadempimento "di non scarsa importanza" che non arrivi a integrare gli estremi della "notevolezza".

Analoghe incertezze interpretative sono sorte rispetto alla previsione di reintegra contenuta nel comma 4 dell'art. 18, con riferimento alle ipotesi conservative contenute nei contratti collettivi o codici disciplinari: da una parte i fautori della tesi restrittiva, secondo la quale solo un'esplicita previsione contrattuale potrebbe giustificare il ripristino del rapporto; dall'altra coloro che invece considerano il riferimento al CCNL un mero parametro di valutazione per il giudice, in attuazione dell'art. 2106 c.c.

Tale seconda opzione risulta certamente più logica e coerente anche in considerazione del fatto che i testi dei contratti collettivi, pur ispirati - nella previsione sia delle infrazioni che delle sanzioni - ad un criterio di proporzionalità, non potrebbero mai ipotizzare ed elencare in termini tassativi ogni mancanza, a maggior ragione se lieve entità.

La prima decisione della Corte di cassazione: un fulmine a ciel sereno

Ma proprio nel momento in cui il citato orientamento si stava consolidando, ecco che giunge, come un fulmine a ciel sereno, la prima decisione

della Corte di cassazione che affronta un licenziamento regolamentato dalla legge Fornero (8).

Con un *obiter dictum* neppure necessario ai fini della decisione (9) la sent. n. 23699 del 6 novembre 2014 letteralmente dichiara: "Il nuovo art. 18 ha tenuto distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione. 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, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato" (10).

Il Supremo Collegio si mostra "tranciante" nel momento in cui sottolinea, ben due volte, il requisito della *materialità del fatto*; afferma che il compito del giudice *si risolve e si esaurisce* nella verifica della sua sussistenza (o insussistenza); precisa che detto accertamento *deve essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali*; esclude che possa valere, ai fini della reintegrazione, qualsiasi *valutazione di proporzionalità* tra sanzione e infrazione.

La pronuncia, pur provocando valutazioni critiche (11) ha evidentemente destato l'adesione dei tecnici che stavano elaborando il decreto attuativo della legge delega n. 183 del 10 novembre 2014, che preannunciava le profonde modifiche del diritto del lavoro in cantiere (il c.d. Jobs Act) sul tema del licenziamento disciplinare.

sprudeniale: un bilancio provvisorio, in *Arg. dir. lav.*, n. 6/2013; Dimartino, 2013; www.diritto24.ilsole24ore.com; F. Drago, *A un anno dalla Riforma del nuovo articolo 18: dottrina e giurisprudenza a confronto sul licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo* in *Quaderni Fondazione Marco Biagi, Sezione Ricerche n. 2/2013*; R. Rivero: *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, in *Altalex*, 22 novembre 2012.

(8) Legge Fornero che rispetto al rito, quantomeno dal punto di vista dei tempi, mantiene le sue promesse, se si considera che in appena due anni (la causa è stata discussa nel settembre 2014) si sono consumati tre gradi del giudizio, comprensivi delle due fasi del primo.

(9) I giudici di legittimità hanno infatti confermato la sentenza della Corte d'Appello di Venezia che aveva dichiarato il legittimo il licenziamento e disposto la reintegrazione.

(10) In questa *Rivista*, 2015, 152 con nota di M. L. Buconi;

in *Foro it.*, 2014, I, 3418 con nota di M. De Luca; in *Mass. Giur. lav.*, 2014, 874, con nota di A. Vallebona; in *Giur. it.*, 2014, 2788 con nota di L. Fiorillo; in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, 271 (s.m.) con nota di Calvellini; in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 25 con nota di R. Del Punta, F. Martelloni; in *Lav. prev. Oggi*, 2015, 215, con nota di M. Viceconte; in *Dir. lav. e rel. Ind.*, 2015, 229 (s.m.) con nota di V. Ferrante. Cfr. anche F. Carinci, *Il licenziamento disciplinare (commento all'art. 3 Dlgs. n. 23/2105)*, in www.bollettinoadapt.it, 82 ss.

(11) Cfr. F. Carinci, *Il licenziamento disciplinare*, www.bollettinoadapt.it 2015, 83; M. Brizzi, *Il fatto nella configurazione del licenziamento disciplinare*, in G. Ferraro (a cura di), *Licenziamenti nel contratto a "tutele crescenti"*, Padova, 2015, 66 ss.; R. Rivero: *I licenziamenti disciplinari tra Jobs act e riforma Fornero. (Basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)* in *Questione Giustizia*, 2015, 4.

Dottrina

Lavoro subordinato

Va ricordato che il partito, di cui il primo ministro era all'epoca segretario, aveva partorito un testo molto "sofferto" (12) che, nel delegare il governo a prevedere per le nuove assunzioni un "contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti", limitava il diritto alla reintegrazione "... a *specifiche fattispecie* di licenziamento disciplinare ingiustificato". Doveva, questa, essere un'efficace azione di contrasto nei confronti di chi voleva fortemente imporre la regola dell'indennizzo, in alternativa alla reintegra, per tutte le ipotesi di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo oggettivo o soggettivo, regola poi trasfusa nell'art. 3 comma 1 del D.Lgs. n. 23 del 2015 (13) secondo cui il licenziamento, pur illecito, resta valido (14).

Prendendo chiaro spunto dalla citata decisione della Corte, il decreto legislativo n. 23 del 2015 attuativo della delega ribadisce il concetto del fatto *materiale* e dell'impossibilità di una valutazione di proporzionalità da parte del giudice ai fini della reintegrazione dei lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 (15), di talché sembrava doversi ritenere che il ragionamento aperto dal Tribunale di Bologna fosse stato, in appena un biennio, definitivamente chiuso dai giudici di legittimità (16) e "tombato" dal legislatore.

Le successive pronunce della Corte di cassazione

Ed invece dalla stessa Corte di cassazione sono giunte prese di posizione che hanno ricondotto a dimensioni di ragionevolezza la problematica, al punto da incidere non solo sulle decisioni ancora regolamentate dalla L. n. 92/1912, ma idonee a fornire spunti di riflessione anche sul testo del D.Lgs. n. 23/2015.

La prima di esse, Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692 (17), ha affrontato un caso di uso di parole offensive e volgari con voce alterata contro il diretto superiore, da parte di un lavoratore ritenutosi vittima di una maliziosa delazione, e quindi in condizioni di turbamento psico-fisico. La Corte, nel confermare le sentenze della Corte d'Appello di Napoli, afferma che "Considerato che il contratto collettivo parifica all'insubordinazione grave, giustificativa del licenziamento, gravi reati accertati in sede penale, quali il furto e il danneggiamento, deve ritenersi rispettosa del principio di proporzionalità la decisione della Corte di merito, che non ha riportato il comportamento in questione, certamente illecito, alla più grave delle sanzioni disciplinari, tale da privare dei mezzi di sostentamento il lavoratore e la sua famiglia (cfr. art. 36, primo comma, Cost.)".

Il Supremo Collegio, quindi, in contrasto con la precedente decisione citata, valorizza e giustifica il ricorso da parte del Giudice ad una valutazione di proporzionalità, addirittura facendo riferimento alle fattispecie contrattuali per le quali è prevista la sanzione espulsiva - senza alcun riferimento a quelle conservative - per misurare la gravità del comportamento concreto (insubordinazione, ma non grave come un furto e un danneggiamento volontario).

I giudici di legittimità, inoltre, con una sensibilità non sempre rinvenibile nelle decisioni più recenti aventi ad oggetto la materia dei licenziamenti, rammentano a tutti noi la banalità del fatto che la sanzione espulsiva comporta conseguenze che incidono sulla vita delle persone e delle loro famiglie, e quindi su valori costituzionalmente protetti.

Il caso affrontato dalla seconda decisione (Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540) (18), è relativo ad un

(12) Valutato dalla minoranza del Partito Democratico un grosso successo per arginare l'arbitrio di una reintegra negata anche in ipotesi di lievi inadempimenti.

(13) "Salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità".

(14) Per un'analisi delle complesse problematiche cfr. G. Santoro Passarelli, *Appunti sulla funzione delle categorie civiliistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in WP CSDLE Massimo d'Antona, n. 290/2016.

(15) Art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 23/2015: "Esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo

o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzionalità del licenziamento, il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto...".

(16) È per curiosa casualità che chi scrive sia stato coinvolto professionalmente in entrambe le decisioni, come promotore del primo giudizio e membro, assieme ai colleghi Bruno Cossu - Fabio Rusconi, del collegio difensivo del secondo.

(17) Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692, in *Foro it.*, 2015, 3, 1, 808.

(18) Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540, in *Quotidiano giuridico* del 20 ottobre 2015 con nota di M. Miscione, *La Cassazione lancia un messaggio per il futuro sul licenziamento in base al decreto delle "tutele crescenti"*.

comportamento di una dipendente nei confronti dell'amministratore delegato definito "persecutorio e vendicativo ... per ragioni personali della relazione sentimentale finita male", con ricorso a parole risentite e irrispettose e rivelando notizie ottenute in via confidenziale. Tra le censure mosse dalla società, ricorrente in cassazione, alla Corte d'Appello di Milano - che aveva disposto la reintegrazione ai sensi dell'art. 18, comma 4 - vi era quella di aver ignorato che i fatti contestati fossero risultati *sussistenti*. La Corte di cassazione ha confermato la decisione dei giudici di merito ritenendo i fatti insussistenti perché contrari unicamente alle regole di compostezza e degli usi mondani e, pertanto, giuridicamente non rilevanti, precisando che "quanto alla tutela reintegratoria, 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, ossia non suscettibile di alcuna sanzione".

La Corte ha quindi ribadito un concetto pacifico in dottrina ma messo potenzialmente in discussione da Cass. n. 23699/14 e dal legislatore delegato del 2015: se un fatto non è illecito la sua commissione non può portare alla perdita del lavoro, in quanto la "insussistenza materiale" va equiparata alla "la completa irrilevanza giuridica del fatto". Anche la seconda ipotesi dà infatti "luogo alla reintegrazione ai sensi dell'articolo 18, quarto comma, cit."

Si è sostenuto che, avendo la sentenza preso in esame l'ipotesi, ritenuta residuale, di comportamento del dipendente *pienamente lecito*, ossia non suscettibile di alcuna sanzione, per il diverso caso del licenziamento intimato a fronte di un *inadempimento di lieve entità* - o, in altri termini, di un fatto materiale di modesta illiceità, seppure disciplinarmente rilevante - rimarrebbero ferme "le indicazioni" contenute nella citata sentenza della Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, che escluderebbero la tutela reintegratoria per assenza del presupposto della "insussistenza del fatto contestato" (di cui all'art. 18, comma 4, più volte citato) (19).

(19) In termini P. De Marco, *Licenziamento disciplinare: nuove indicazioni della Corte di Cassazione sulla "insussistenza del fatto contestato" e sulla conseguente applicazione della reintegra*, in www.filodiritto.com.

(20) Cass. 13 ottobre 2015, n. 20545, in *Quotidiano giuridico* del 20 ottobre 2015 con nota di M. Miscione, *La Cassazione lancia un messaggio per il futuro sul licenziamento in base al decreto delle "tutele crescenti"*.

(21) Ined. a quanto consta.

(22) V. da ultimo Cass. 6 ottobre 2015, n. 21017 (in questa

Il richiamo a tale decisione e alle sue "indicazioni" non appare condivisibile, risultando piuttosto più pertinenti (e meno affidate ad un *obiter dictum*) le indicazioni contenute nella sentenza Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692.

Una terza sentenza, pubblicata nello stesso giorno di quella appena commentata (Cass. 13 ottobre 2015, n. 20545) (20) affronta il caso di un lavoratore licenziato per aver inserito nel sito internet, nonché nel profilo Facebook di un'impresa di ristorazione, dei numeri di telefono mobile e di fax assegnatigli dalla datrice di lavoro indicando la stessa come cliente dell'impresa, ed aver pertanto arrecato alla società un "grave" nocumento morale o materiale.

La Corte d'Appello di Roma aveva dichiarato legittimo il licenziamento, mentre i giudici di legittimità, ritenendo il requisito *della gravità* del nocumento parte integrante della fattispecie dell'illecito disciplinare in questione, evidenziano che l'accertamento della sua mancanza determina quella *insussistenza del fatto addebitato* al lavoratore, prevista dall'art. 18 Stat. lav., ai fini del diritto al ripristino del rapporto di lavoro.

Il fatto contestato deve ritenersi insussistente, quindi, anche se la fattispecie di illecito configurata dalla legge o dal contratto si sia realizzata, *ma solo in parte*, come nel caso esaminato in cui mancava, appunto, l'accertamento dei fatti costituenti il "grave danno".

Una quarta sentenza (Cass. 30 novembre 2015, n. 24367) (21) ha rammentato che l'operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicare le clausole generali come quella dell'art. 2119 c.c., "deve rispettare criteri e principi desumibili dall'ordinamento generale, a cominciare dai principi costituzionali e dalla disciplina particolare (anche collettiva) in cui la fattispecie si colloca (cfr., per tutte, Cass. n. 25144 del 2010, Cass. n. 6498 del 26/04/2012)".

Conclusivamente si ritiene che, quantomeno per l'interpretazione del "nuovo" art. 18, non vengano meno i criteri ermeneutici da sempre pacificamente utilizzati dalla giurisprudenza di legittimità (22).

Rivista, 2016, 1, 88) che prescrive di valutare "da un lato la gravità dei fatti addebitati al lavoratore in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi e all'intensità dell'elemento intenzionale, dall'altro la proporzionalità tra tali fatti e la sanzione inflitta, stabilendo se la lesione dell'elemento fiduciario su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro sia in concreto tale da giustificare o meno la massima sanzione disciplinare". La sentenza è importante anche per un interessante riferimento alle disposizioni del diritto comune nella valutazione della

Dottrina

Lavoro subordinato

E se, rispetto alla valutazione di proporzionalità, essa è da ritenersi “*parte integrante della fattispecie di illecito disciplinare, come tale indefettibile ai fini della sussistenza del fatto*” (23) ex art. 18, comma 4, ciò significa che il giudice può/deve continuare a farvi ricorso in applicazione dell’art. 2106 c.c., utilizzando come parametro le previsioni della contrattazione collettiva e dei codici disciplinari non solo per quanto riguarda le sanzioni conservative, ma anche per quella espulsiva (V. Cass. n. 2692/2015, cit).

Riflessi di tali decisioni sul D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23

Si è parlato della evidente influenza di Cass. n. 23699/2014 sulla redazione del testo dell’art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 23: con un percorso a ritroso, non può negarsi che vi sia stata, da parte delle successive decisioni della Corte di Cassazione, una forma di “interpretazione anticipata” delle nuove disposizioni, quantomeno per mettere a tacere le teorie più oltranziste sul *fatto materiale*.

Alcuni primi commentatori delle citate pronunce danno per scontato l’influenza sul decreto attuativo del Jobs Act.

Secondo autorevole dottrina “Le sentenze esaminate (...) sembrano applicabili anche alla riforma più recente del regime di tutela contro i licenziamenti (decreto legislativo del 2015, in materia di contratto a tutele crescenti)” (24). L’opinione è condivisa dallo stesso quotidiano della Confindustria: “la nuova interpretazione di cosa debba intendersi per fatto materiale (...) mantiene rilevanza anche rispetto al nuovo regime delle cosiddette “tutele crescenti” introdotte dal Jobs Act (...); secondo tale nuovo orientamento giurisprudenziale, dunque, è fatto materiale sussistente, ai fini del licenziamento, soltanto quello che abbia una rilevanza giuridica e un carattere illecito” (25). Il giurista e parlamentare Pietro Ichino, non contrario alle posizioni del governo che ha emanato il decreto legislativo, nel suo sito si affretta a suggerire: “Le imprese che non vogliono rischiare la reintegrazione del dipendente licenziato motivino il licenziamento discipli-

nare con la contestazione di comportamenti di cui il carattere di inadempimento contrattuale sia pacifico ed incontrovertibile. Questo vale sia per i licenziamenti cui si applica la legge Fornero del 2012, si quelli cui si applica il decreto n. 23/2015” (26).

Se quindi nelle intenzioni del legislatore delegato vi era la riserva mentale di “far passare” licenziamenti caratterizzati dal (solo) verificarsi del fatto “materiale” contestato pagando un minimo indennizzo, il progetto parrebbe destinato al fallimento in assenza di un inadempimento contrattuale *che non abbia carattere di illecito*.

Ma un simile approdo è sufficiente per considerare il lavoratore assunto dopo il 7 marzo 2015 tutelato dal pericolo di un licenziamento disciplinare palesemente sproporzionato rispetto all’addebito?

Resterebbe infatti scoperta - stando al tenore letterale del comma 2 dell’art. 3 del D.Lgs. n. 23/2015, che ha eliminato ogni riferimento al contratto collettivo ed espressamente preclusa al giudice qualsivoglia valutazione di proporzionalità (27) - l’ipotesi del licenziamento per un *inadempimento esistente* ma lievissimo, magari per il quale il CCNL preveda una sanzione conservativa.

Se il parametro di riferimento continua pur sempre ad essere l’art. 1 della L. n. 604 del 1966 - secondo cui il licenziamento *non può avvenire* che per giusta causa o per giustificato motivo - la mancanza di tali requisiti dovrebbe comportare quale conseguenza l’impossibilità che il potere di risolvere il rapporto, con la conseguenza della perdita del lavoro, possa essere esercitato: in altri termini che il licenziamento stesso abbia luogo, cioè avvenga. D’altra parte il “fatto (...) resta sempre giuridico, in quanto assunto dall’ordinamento a fatto produttivo di un effetto rilevante al suo interno” e, quindi, da selezionare “nell’ambito della definizione di giusta causa o giustificato motivo, secondo un processo selettivo condotto dal più al meno, che liberi per così dire il loro ‘nucleo essenziale’” (28).

Parrebbe quindi in contrasto, oltre che con il principio di uguaglianza, anche con altre disposizioni

proporzionalità: “Nel giudizio di proporzionalità e adeguatezza della sanzione in relazione all’illecito commesso, l’inadempimento del lavoratore deve essere valutato in senso accentuativo rispetto alla regola generale della ‘non scarsa importanza’ di cui all’art. 1455 cod. civ., sicché l’irrogazione della massima sanzione disciplinare risulta giustificata soltanto in presenza di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali (L. n. 604 del 1966, art. 3) ovvero tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto (art. 2119 cod. civ.)”.

(23) Cfr. M. De Luca, *Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il Jobs Act alla prova*

delle giurisprudenza, in questa *Rivista*, 2015, 12, 1181.

(24) M. De Luca, *Tre parole del legislatore*, cit.

(25) M. Biolchini - S. Fantinelli, *Licenziamento solo se il fatto è rilevante*, in *Lex 24* del 27 ottobre 2015.

(26) P. Ichino, *Due sentenze di cassazione sulla disciplina del licenziamenti* - in <http://www.pietroichino.it>.

(27) Art. 3, comma 2: v. testo in nota 15

(28) F. Carinci *Il licenziamento economico individuale nel contesto dell’art. 18 Statuto*, in *Quaderni di Arg. dir. lav.* n. 12, Padova, 2014.

di legge parimenti vigenti la previsione - da parte dell'art. 3, comma 1, del decreto legislativo 23/2015 - di una sanzione indennitaria a fronte di un licenziamento dichiarato illegittimo in realtà ove per dimensioni occupazionali per altri dipendenti continua ad operare la tutela reale.

Non ritengo però, in tutta sincerità, che sia così agevole contrastare in via interpretativa l'art. 3, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 23/2015, che resta una norma iniqua e irragionevole, nel momento in cui attribuisce ad una delle parti la possibilità di risolvere con motivazioni risibili il contratto di lavoro a fronte della corresponsione di un modestissimo indennizzo, impedisce al giudice qualunque valutazione di proporzionalità, e sembra voler eliminare ogni riferimento alla contrattazione collettiva.

Essa si pone, inoltre, in contrasto con l'art. 3 Cost., laddove prevede una irragionevole disparità di trattamento tra i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2105 (un popolo di non tutelati, destinato a crescere progressivamente) e quelli il cui rapporto di lavoro preesisteva a tale data.

Nella diversa comparazione tra lavoratori la Corte costituzionale si è già pronunciata legittimando una difformità di tutela (reale o obbligatoria) ma in ragione delle dimensioni occupazionali (29): nessuno di quegli argomenti è applicabile a dipendenti dello stesso datore di lavoro che si trovano in una identica situazione lavorativa.

Parimenti iniquo risulterebbe il trattamento destinato ai lavoratori assunti con contratto "a tutele crescenti" rispetto alle tutele di diritto comune garantite a qualunque parte contrattuale, ove il primo dovesse essere considerato escludente le seconde. Perché se è vero che la legislazione del lavoro è legge speciale, è altrettanto vero che tale specialità deve trovare una giustificazione ragionevole.

Rispetto alle tutele garantite dal codice civile, ed in particolare alla regola generale che legittima la risoluzione del contratto solo in ipotesi di inadempimento di "non scarsa importanza" di cui all'art. 1455 c.c., sarebbe veramente paradossale che alla parte debole di un rapporto, destinataria naturale del comma 2 dell'art. 3 Cost., venisse riservato un trattamento addirittura in contrasto con il comma 1!

L'art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 23/2015 si pone anche in contrasto con l'art. 4 Cost.: se la Repubblica deve rendere effettivo il *diritto al lavoro*, non può promuovere leggi che ne consentono la perdita legittimando l'uso arbitrario del potere disciplinare privato.

Né va abbandonato lo spunto suggerito dalla cit. Cass. n. 2692/2015, che censura l'esercizio illecito del potere di recesso laddove esso produce la conseguenza di "privare dei mezzi di sostentamento il lavoratore e la sua famiglia (cfr. Art. 36, primo comma, Cost)".

Da molti è stato posto in rilievo come il D.Lgs. n. 23 del 2015 sia anche in contrasto con l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE Cedu (30) e con l'art. 24 della Carta Sociale Europea (31) che prevedono, rispettivamente, il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato e che la misura riparatoria del licenziamento ingiustificato non possa essere esigua, dovendo avere una finalità dissuasiva.

L'irrisorietà dell'indennizzo previsto dall'art. 3 comma 2 del decreto legislativo (peraltro dimezzato dall'offerta di conciliazione prevista dall'art. 6, D.Lgs. n. 23/2015 (32)) farebbe venire meno ogni remora nei confronti di un datore spregiudicato che volesse porre in essere un licenziamento consapevolmente arbitrario.

Dal momento che le disposizioni comunitarie richiamano le legislazioni nazionali, ritengo che la nostra norma fondamentale, cioè la Costituzione, debba restare il punto di riferimento dell'intero contesto normativo, e che quindi le prime debbano essere lette con riferimento ad essa.

Le soluzioni normative adottate dal legislatore delegato in materia di licenziamento disciplinare diventano quindi, in ragione di questa triangolazione, oltre che in contrasto con la Costituzione, anche in contrasto con le citate prescrizioni dell'UE.

Aspettare la Corte costituzionale o il referendum o basta il diritto comune?

Ma occorre attendere la pronuncia della Corte costituzionale, o l'esito del prospettato referendum abrogativo del D.Lgs. n. 23/2015, per contrastare

(29) Corte cost. 14 gennaio 1986, n. 2, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1121.

(30) Art. 30 Carta Cedu. Tutela in caso di licenziamento ingiustificato: "Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali".

(31) Esso prevede "il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione".

(32) "In caso di licenziamento dei lavoratori di cui all'art. 1, al fine di evitare il giudizio e ferma restando la possibilità per le parti di addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge, il datore di lavoro può offrire al lavoratore, entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento ... un importo ... di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità...".

Dottrina

Lavoro subordinato

l'applicazione della norma in ipotesi di licenziamenti pretestuosi e sproporzionati?

A tale proposito penso non vada abbandonata la riflessione sulle disposizioni di diritto comune che potrebbe effettivamente aprire spazi inediti.

Innanzitutto, poiché il contratto "ha forza di legge fra le parti" (art. 1372 c.c.) e obbliga le stesse "non solo a quanto e nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano..." (art. 1374 c.c.), devono, a mio avviso, considerarsi condizioni di miglior favore *vincolanti* quelle previste dai CCNL che riconducono una determinata condotta a *sanzioni conservative*, in particolar modo quando i datori di lavoro sono iscritti alle associazioni firmatarie del CCNL o lo abbiano comunque recepito.

Non ritengo quindi pertinente l'osservazione secondo la quale, anche a fronte di un accertamento di illegittimità di un licenziamento disciplinare disposto in tali ipotesi, il rimedio da applicarsi sarebbe quello indennitario stabilito dalla legge. Le previsioni contrattuali, infatti, non si limitano a stabilire la legittimità o meno di un licenziamento, ma ne stabiliscono la precisa sanzionabilità.

Per rimanere nell'ambito del diritto civile non bisogna rassegnarsi a considerare incontrastabile un licenziamento per motivi futili: a fronte di un atto palesemente *nullo* per violazione di norme imperative si potrà sempre richiedere al giudice di applicare i principi di diritto comune, in forza dei quali l'atto non può produrre effetti.

Nel contratto di lavoro ad una delle due parti contrattuali viene attribuito il potere disciplinare, comprensivo del potere di recesso, in ciò determinando un'asimmetria che trova la sua ragione giustificativa (esclusivamente) per la realizzazione dell'interesse del datore di lavoro all'esatto adempimento della prestazione dovuta dal lavoratore: "Finalità e contenuto di questo potere, che realizza la supremazia di una parte sull'altra, devono quindi essere circoscritti alla funzione strettamente strumentale della realizzazione dell'interesse per il quale essi sono accordati" (33). Detto interesse, quindi, va valutato "nel quadro della disciplina generale dello scioglimento del contratto per inadempimento, che vale anche per i rapporti ad esecuzione continuativa non a libera recedibilità, quale rima-

ne anche oggi il rapporto di lavoro subordinato" (34).

Del resto un contratto di diritto civile - come ha ricordato Cass. n. 21017/2015 - può essere risolto solo per un inadempimento di *non* scarsa importanza (art. 1455 c.c.).

A questo proposito, seppure con riferimento al giustificato motivo oggettivo, è stato giustamente osservato che in caso di "uso distorto del potere datoriale di recesso, azionato per una causale diversa da quella consentita da norme imperative, che esigono la ricorrenza di un giustificato motivo oggettivo (...) potrebbe prospettarsi un vizio di nullità di cui all'articolo 1343 cod. civ. sul rilievo dell'essere *la causa concreta* dell'atto di recesso, la *funzione giuridica* del medesimo, contraria alla norma imperativa di cui all'articolo 3 della legge 604 del 1966" (35).

In ogni caso, sempre per il diritto comune dei contratti, l'illegittima risoluzione dovrebbe sempre comportare il diritto a chiedere l'adempimento salvo, in alternativa, *l'integrale* risarcimento del danno (art. 1453 c.c.). Non si vede perché al giudice del lavoro debba essere sottratta la facoltà di valutare la gravità di un eventuale inadempimento posto in essere dal lavoratore, né si comprende perché il risarcimento del danno debba essere sostituito da un modestissimo indennizzo. Ciò ancor più in ragione del principio giuslavoristico del *favor praestatoris*.

Al contrario dovrebbe valutarsi la possibilità per il lavoratore licenziato ingiustificatamente di agire *anche* per il risarcimento dei danni determinati, ad esempio, dal mancato reperimento di una nuova occupazione per tutta la durata dell'inoccupazione stessa, considerando che il D.Lgs. n. 23/2015 parla di indennizzo e non di risarcimento.

Conclusivamente delle due l'una: o si ritiene applicabile la disposizione di diritto comune secondo una lettura "costituzionalmente orientata", con la conseguenza del ripristino del rapporto e del diritto al risarcimento del danno secondo i parametri civilistici, oppure l'art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 23 del 2015 deve essere dichiarato incostituzionale. A meno che, prima, non intervenga un referendum ad abrogare l'intero decreto legislativo, che risolverebbe tutti i complessi problemi interpretativi di cui si è trattato.

(33) A. Terzi, *La nuova disciplina dei licenziamenti e le categorie del diritto civile. Una nuova stagione per il diritto del lavoro?* A commento di App. Firenze 2 luglio 2015, in *Questione Giustizia*, 2015, 4. L'autrice suggerisce spunti per prendere il diritto comune dei contratti come paradigma al fine di trovare soluzioni coerenti con i principi fondamentali ed evitare insuperabili incongruenze.

(34) A. Terzi, cit.

(35) C. Zoli, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al D.Lgs. n. 23 del 2015*, in Studi in onore di Raffele De Luca Tamajo, 21, 22; cfr. C. Ponterio, *Licenziamento illegittimo per assenza di giustificato motivo oggettivo e licenziamento pretestuoso*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3.