

La sentenza 12174/2019: La Cassazione definisce, con l'ausilio della Carta sociale europea, il fatto materiale nel licenziamento.

di Sergio Galleano¹

1. La vicenda

Oggetto della causa decisa dalla Corte di cassazione con la sentenza in commento è costituita dal licenziamento disciplinare di una lavoratrice, opposto in sede giudiziale, ove il datore di lavoro non si è costituito, rimanendo quindi contumace.

Il Tribunale aveva dichiarato illegittimo il licenziamento riconoscendo alla lavoratrice solo la tutela risarcitoria quantificata in quattro mensilità.

La lavoratrice aveva appellato chiedendo la ricostituzione del rapporto di lavoro ai sensi del comma 2 dell'art. 3 della legge 23 del 2015.

Ciò in ragione del fatto, si legge nella sentenza della Suprema Corte, che la contestazione riguardava un'assenza ingiustificata che tale non era stata ritenuta dal giudice di primo grado.

La Corte di appello, ancorché con diversa motivazione, si legge sempre nella sentenza, aveva confermato il *decisum* di primo grado perché il fatto materiale – ovvero l'allontanamento dal posto di lavoro – risultava pacifico in causa, ancorché tale fatto non potesse, tenuto conto dei motivi per i quali si era in concreto verificato, considerarsi di gravità tale da giustificare il recesso dal rapporto operato dal datore di lavoro.

Il giudice del gravame aveva quindi ritenuto che il Tribunale avesse correttamente ricondotto gli effetti di questa situazione al disposto di cui all'art. 3, comma 1, della legge 23/2015, riconoscendo così alla lavoratrice solo l'indennità risarcitoria.

¹ Avvocato del foro di Milano.

La questione, quindi, riguardava la nota *querelle* se la dizione di cui all'art. 3, comma 2 ricordato, ovvero se la reintegrazione (cd. piena o forte) possa disporsi solo quando il fatto materiale² risulti concretamente insussistente o possa trovare applicazione anche quando il fatto, pur rimanendo nella sua materialità, si presenti giuridicamente inidoneo a giustificare il recesso del datore di lavoro in quanto non ci trova di fronte ad un inadempimento del prestatore di lavoro.

La lavoratrice aveva quindi fatto ricorso e investito la Cassazione del problema sostenendo il suo diritto alla reintegra piena.

Prima di vedere come ha deciso la Corte, ripercorriamo velocemente le vicende legislative che stanno alla base dei problemi da risolvere.

2. Le modifiche legislative in tema di licenziamento

Sono ormai passati oltre sette anni dal primo intervento modificativo sulle tutele del lavoratore nell'ipotesi di recesso datoriale.

Dalla legge 92 del 28 giugno 2012 (legge Fornero) alla legge delega 183 del 10 dicembre 2014 (jobs act³) - che ha poi portato al d.lgs. 23 del 4 marzo 2015 - si è proceduto al drastico ridimensionamento della rete protettiva del lavoratore in omaggio alla tesi che una maggiore flessibilità in uscita avrebbe portato ad un aumento delle possibilità di lavoro e di fiducia nell'imprenditoria privata, nazionale, per favorire la crescita e internazionale, per gli auspicati investimenti stranieri nel nostro paese.

Che, ciò ad oggi, non sia avvenuto per l'inutilità di tali interventi, di chiara impronta più politica che di seria strategia socio economica, ovvero per il persistere della crisi economica mondiale è questione che esula da questa sede.

Resta il fatto che gli interventi legislativi della legge Fornero sono stati effettuati, da un lato, con la tecnica delle inserzioni nel tessuto legislativo preesistente, con conseguenze di poco coordinamento tra le norme e grande confusione interpretativa, come la dottrina ha puntualmente (e crudelmente) sottolineato⁴.

2 Il licenziamento era avvenuto nella vigenza del d.lgs. 23 del 2015 (jobs act) e quindi si applicava l'art 3, comma 2 che aveva aggiunto il termine "materiale" all'"insussistenza del fatto" inserito nella legge 92 del 2012 (legge Fornero).

3 Sulla legge delega si vedano gli atti del convegno "Jobs act e sistemi di regolazioni del lavoro: vincoli e riflessi", tenutosi a Napoli il 4 dicembre 2014, a cura di Mario Rusciano e Valerio Zoppoli, pubblicati su Working papers CSDLE, volume 3/14, 23.12.2014, su <http://csdle.lex.unict.it/index.aspx>, contenenti i lavori di buona parte del gotha giuslavoristico italiano.

4 V. Paolillo, "La riforma del mercato del lavoro. Problematiche criticità della nuova normativa sui licenziamenti" in Riv. Giur. Lav., 2013, I, 451.

Dall'altro, gli interventi, anche quelli più strutturali del jobs act, sono avvenuti nel più completo disinteresse della normativa sovranazionale⁵ ancor prima che di quella costituzionale, con l'effetto che è dovuta (seppur prudentemente) intervenire la Consulta con la nota sentenza 194 del 2018⁶, che ha cancellato l'automatismo del risarcimento legato alla sola anzianità di servizio del lavoratore e, più di recente, il Tribunale di Milano si è sentito in dovere di rimettere alla Corte di Giustizia UE⁷ la disciplina del jobs act in punto reintegra nell'ipotesi di licenziamento collettivo sotto il profilo della disparità di trattamento esaminando il caso una lavoratrice che aveva operato per anni con rapporto a termine e che si era vista convertire a tempo indeterminato il rapporto dopo l'entrata in vigore della riforma ed essere risarcita solo monetariamente a seguito dell'annullamento di un licenziamento. Mentre invece gli

5 V. De Michele, "L'(in)compatibilità delle riforma dei licenziamenti nel jobs act 2 nel prisma del diritto dell'Unione europea", *Europeanrights*, 29.06.15; M. De Luca, "Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il jobs act alla prova della giurisprudenza", *Europeanrights*, 11.11.15; R. Cosio, "La nuova disciplina dei licenziamenti collettivi nello Jobs act e il diritto primario dell'Ue. Il ruolo del rinvio alla Corte di giustizia" *Europeanrights*, 30.10.2015; L. Tria, "Le nuove norme sui "licenziamenti economici" alla luce dei principi dettati dalla Costituzione, dalla normativa dell'Unione europea e dalle convenzioni internazionali", *Europeanrights*, 20.02.15; T. Orrù, "Strategia Europa 2020: a che punto siamo in Italia dopo il Jobs Act?", *Europeanrights*, 10.01.15.

6 Sentenza 8 novembre 2018, n. 194, in *Foro it.*, 2019, I, 70 con nota di richiami e nota di S. Giubboni, *Il licenziamento nel contratto a tutele crescenti dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*; in *Lav.giur.*, 2019, 153, con nota di C. Cester, *Il Jobs act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*; in *RIDL*, 2019, II, 1031, con note di P. Ichino, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Corte costituzionale e di M.T. Carinci, La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel Jobs act.: una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*; in *ADL* 2018, 1518, con commento di M. Martone, *Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice: a proposito della illegittimità costituzionale del Jobs act*; in *Diritti lavori mercati*, 2018, 633 (massima), con commento di R. De Luca Tamajo, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*; in *Giur.it.2018*, 2710, con commento di C.Romeo, *La Consulta e la rivoluzione sulla misura dell'indennità per licenziamento illegittimo. In dottrina v. anche: G.Fontana, "La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back"*, *Europeanrights*, 01.12.18; G. Zilio Grandi, *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (quello che le donne non dicono)*, in *Lavoro diritto Europa* n. 2 del 2018; L: De Angelis, *Sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e giudizi pendenti; Prime riflessioni*, in *C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - 3/7/2019 al quale si rinvia per riferimenti ulteriori*; M. De Luca, *"La tutela contro il licenziamento nel contratto a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale: alla ricerca del giusto risarcimento quando risulta esclusa la possibilità di reintegrazione nel posto di lavoro"*, *Europeanrights.eu*, 31.03.2019.

7 Vale, anche per questa ordinanza, in merito ai rapporti tra le alte Corti, quanto scritto in S. Galleano, *"La saga infinita dei precari pubblici senza tutele: gli insegnanti di religione in Corte di giustizia EU"*, *Europeanrights*, 01.03.19.

altri suoi colleghi, nella medesima situazione e con identica anzianità di servizio, ma assunti sin dall'inizio del rapporto a tempo indeterminato, avevano precedentemente potuto ottenere la reintegra nel posto di lavoro sulla base della vecchia disciplina, con la conseguente violazione di ben due direttive, la n. 70 del 1999 sul contratto a termine e la 59 del 1998 sui licenziamenti collettivi⁸.

Di fatto gli interventi del legislatore sono stati finalizzati alla drastica eliminazione della reintegra nel posto di lavoro nell'ipotesi di illegittimità del recesso, ormai limitata a situazioni eccezionali (licenziamento discriminatorio, ritorsivo, nullo o verbale, oltretutto intimato disciplinarmente per un fatto non avvenuto), laddove prima la ricostituzione del rapporto era la regola, che trovava eccezioni in poche ipotesi, ragionevolmente ancorate a ragioni oggettive che la giustificavano (dimensioni del datore di lavoro, tipologie particolari di rapporto, ecc.).

Ora la regola ordinaria è invece quella risarcitoria, peraltro del tutto insufficiente, tanto che si è dovuto recentemente intervenire con il D.L. 12 luglio 2019 n. 87 (cd. decreto dignità) per portare i relativi importi a livelli un po' superiori, comunque insufficienti, pur se ora sganciati da anacronistici automatismi dalla sentenza della Corte costituzionale 194/2018.

Per adeguare i livelli di tutela, in assenza di un ritorno alla ricostituzione di rapporti, dovrà comunque trovarsi una misura che consista in "un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione" come prevede l'art. 24 della Carta sociale europea, di cui si tratterà oltre.

E qui occorrerebbe iniziare a ragionare se non sia opportuno che, accanto all'indennità prevista dalla legge, il giudice sia autorizzato a valutare caso per caso e possa ristorare gli ulteriori danni occorsi in conseguenza del recesso illegittimo da parte del datore di lavoro, danni, questi ultimi che spetterà semmai al lavoratore provare. In tal senso, del resto, si muove il risarcimento dovuto al lavoro pubblico abusato nell'utilizzo dei contratti a termine.⁹

8 Su quest'ordinanza del 5 agosto 2019 si veda V. De Michele, "L'ordinanza del Tribunale di Milano sull'incompatibilità del jobs act con la normativa UE dei licenziamenti collettivi", in via di pubblicazione su Europeanrights.

9 Come è noto la sentenza S.U. 5072/2016, al fine di adeguare l'ordinamento nazionale alla Direttiva n. 70 del 1999 che prevede alla clausola 5 l'obbligo di una misura sanzionatoria per il datore che abusa dei contratti a termine, ha stabilito che al lavoratore pubblico abusato, non potendo procedersi alla conversione del rapporto per via dell'obbligo concorso, spetta il risarcimento del danno (cd. "comunitario") di cui all'art. 36 del d.lgs. 165/2001 costituito da un'indennità (modulata da 2,5 a 12 mensilità) che il lavoratore può ottenere indipendentemente dalla prova della sua esistenza e, in aggiunta il danno "ulteriore" (per perdita di chance) il cui onere della prova sull'esistenza e

Senza giungere all'ipotesi dei *punitive damage*, ben noti anche nel diritto del lavoro statunitense, per le resistenze presenti nel nostro ordinamento¹⁰, si tratta semplicemente di applicare l'istituto del *compensary damage*, presente nell'ordinamento statunitense e consistente in un risarcimento finalizzato alla reintegra del patrimonio del lavoratore danneggiato dal *wrongful discharge* (licenziamento illegittimo)¹¹.

Senza contare che una riforma di tal tipo non avrebbe dovuto prescindere dalla realizzazione di un corretto ed efficiente sistema di avviamento al lavoro, del tutto inesistente nel nostro paese e la materia attinente ai servizi di collocamento e alle politiche attive per il lavoro, la cui gestione amministrativa era del resto già stata trasferita alle Regioni dal d.lgs. n. 469/97, è sostanzialmente rimasta immutata¹².

Né le buone intenzioni del primo governo di questa legislatura hanno, allo stato, trovato concreta applicazione, tanto che, a tacer d'altro, sul sito del Ministero del lavoro e delle politiche sociali sul punto appare ancora nell'attualità la pagina predisposta a suo tempo per l'approvazione del jobs act e nessuna notizia certa si ha in merito all'avvio del nuovo sistema prefigurato nella recente legislatura.

3. Il problema del fatto materiale

Tra le tante questioni che sono nate a seguito della rivisitazione della materia qui in esame, una delle più dibattute è certamente quella sussistenza del fatto nell'ipotesi di licenziamento disciplinare, la cui materiale esistenza o meno costituisce condizione per l'applicazione della reintegra o la limitazione al trattamento risarcitorio in caso illegittimità del recesso.

sull'ammontare è a suo carico.

10 Sul punto si veda M. Tescaro, "I punitive damages nordamericani: Bundesgerichtshof, Cour de cassation e Sezioni Unite della Cassazione a confronto", il *Lavorodirittieuropa.it*, 27.11.17.

11 Sul punto v. il pregevole lavoro di A Zubin, "Il licenziamento nell'ordinamento statunitense", in *RGL*, I, 2018, pag. 167, che sfata il luogo comune che l'*at-will employment rule* (libertà di licenziamento) presente nell'ordinamento americano sia del tutto privo di sanzioni in caso di licenziamento illegittimo del lavoratore.

12 Si veda M. Panaiello, "Da Treu a Di Maio: la parabola del collocamento pubblico", su *Jacobinitalia.it*, 17.12.18; M. Brollo, "Il Diritto del mercato del lavoro postmoderno", in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 4-5, pag. 856 e segg.; S. Papaleoni, "Norme diseguate sul modello europeo per eliminare sommerso e precariato", in *GD 2003* (dossier n. 9), 106; T. Bussino, "Collocamento privato e collocamento pubblico", in *Lav.Prev.* 2003 (11), 1701 ss

La problematiche interpretative sul concetto di insussistenza del fatto contestato (con la non felice definizione voluta dal legislatore del 2012) hanno portato a diverse interpretazioni da parte della dottrina e della giurisprudenza, aggravate dall'intervento con intenzioni chiarificatorie fatto nella legge 24/2015 che ha complicato la norma con l'introduzione del concetto di fatto "materiale"¹³, "intendendosi, sotto evidente influenza penalistica, la sola mancanza degli elementi materiali dell'illecito disciplinare (condotta, nesso di causa ed evento)"¹⁴.

A seguito della approvazione della legge "Fornero", è subito iniziato il contrasto sul significato della locuzione "insussistenza del fatto contestato" inserita nell'art. 18 dello Statuto con riferimento al licenziamento disciplinare (per giusta causa o giustificato motivo)¹⁵.

13 L'inserimento del termine, secondo R.Rivero, "I licenziamenti disciplinari tra jobs act e riforma Fornero (basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)", in *Questionegiustizia.it*, 23.02.15, sarebbe avvenuto attraverso il recepimento dei suggerimenti di V. A. Maresca, "Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori", in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 1, pag. 436 e segg.; M. Persiani, "Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato", in *ADL* 2013,1 ss, R. De Luca Tamajo, "Il licenziamento disciplinare nel nuovo art.18; una chiave di lettura", in *RIDL* 2112, 1064".

14 Così R.Rivero, "I licenziamenti disciplinari tra jobs act e riforma Fornero (basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)", cit.

15 Sul licenziamento disciplinare dopo la legge Fornero si veda, non esaustivamente: A. Palladini, "La nuova disciplina dei licenziamenti", in *RIDL*, 2012, 653; A. L. Terzi, "La disciplina dei licenziamenti disciplinari", in *La Legge* 92 del 2012 (Riforma Fornero) a cura di Fabrizio Amato e Rita Sanlorenzo, in *www.magistraturademocratica.it*; F. Carinci, "Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro", in *Lav. Giur.*, 2012, 6, pag. 529 e segg.; F. Carinci, "Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore", in *CDSLE*, 15.10.2012; A. Perulli, "Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi", in *Arg. dir. Lav.* 2012, V. Speciale, "La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia", *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012. 552 e segg.; C. Cester, "Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime osservazioni", in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, pag. 573 e segg.; M.T. Carinci "Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi della tutele previste dall'art.18 St. Lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema", in *RIDL* 2012 1052; R. Romei, "La prima ordinanza sul nuovo art.18 della l.n.300/1970; tanto rumore per nulla?" *ivi*, 1072; R. Pezzuto "L'insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare dopo la legge Fornero", in *il Lavoro nella Giurisprudenza* 2013,454; R. Rivero, "Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare", P. Sordi "Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro, in *CSDLE* 22.11.2012".

Secondo una prima corrente, la reintegrazione poteva operarsi solo ove emergesse la concreta insussistenza del fatto materiale oggetto della contestazione, ossia solo ove risultassero agli atti elementi di fatto che avvalorassero la non esistenza del fatto addebitato, mentre in tutte le altre ipotesi il giudice doveva ricorrere alla tutela indennitaria. Non veniva dunque in rilevanza, ai fini reintegratori, l'ipotesi in cui non ricorreva l'antigiuridicità, ove, cioè, il fatto contestato fosse giustificato da un'esimente, o non ricorresse volontarietà della condotta o, ancora, mancasse ogni ragionevole proporzionalità per assenza di inadempimento e, dunque, di rilevanza sotto il profilo disciplinare.

Secondo altri invece, avrebbe dovuto prevalere la teoria del fatto giuridico, poiché occorreva accertare non solo la sussistenza del fatto storico materialmente riconducibile alla volontà del lavoratore, ma anche la rilevanza giuridica del fatto che giustificasse il recesso.

Ne consegue che il giudice, dopo avere accertato la riconducibilità del fatto accertato alla volontà del lavoratore, avrebbe dovuto valutare se la condotta addebitata fosse non solo imputabile (valorizzando quindi le eventuali esimenti) ma anche antigiuridica, costituendo così un effettivo inadempimento. In altri termini rientrava in gioco una valutazione di proporzionalità tra quanto contestato e la sanzione applicabile, così, del resto, come prevede l'art. 2016 del codice, che disciplina l'applicazione di sanzioni disciplinari "secondo la gravità dell'infrazione".

d) L'intervento a piedi uniti della Corte di cassazione

La giurisprudenza di merito aveva in gran parte aderito alla teoria del fatto giuridico¹⁶, ritenendo che, diversamente, il giudice si sarebbe visto costretto a convalidare il licenziamento ad ogni contestazione, anche priva di alcuna rilevanza disciplinare e giuridica, perché conseguente, ad esempio, a situazioni di necessità del lavoratore o poste in essere a fronte di situazioni addebitabili ad altri o, addirittura, al datore di lavoro stesso (si pensi alla reazione del lavoratore a fronte di una provocazione o ad un grave inadempimento del datore).

¹⁶ Cfr., in primo luogo, Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012, commentata da F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: "l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore"*, cit. Di seguito, fra le tante, Trib. Roma 14 gennaio 2013 (est. Valle); Trib. Milano 28 gennaio 2013 (est. Lualdi); Trib. Milano 1 marzo 2013 (est. Scarzella); Trib. Bologna 4 marzo 2013 (est. Marchesini); Trib. Ravenna 18 marzo 2013 (est. Rivero); Trib. Milano 20 marzo 2013 (est. Scarzella); Trib. Roma 4 aprile 2013 (est. Cosentino); Trib. Taranto 3 giugno 2013 (est. Magazzino); Trib. Prato 6 maggio 2014

Con la conseguenza di dover negare la tutela reintegratoria anche in caso di abuso dello strumento disciplinare e ove il fatto contestato dal datore avesse avuto motivazioni palesemente pretestuose con lo scopo di liberarsi del lavoratore a fronte di un fatto pur materialmente avvenuto - ad esempio l'appropriazione di un bene di inesistente valore (es.: uno spillo) o un ritardo di pochi minuti - ma compiuto dal dipendente, magari, per di più, per mero errore o forza maggiore.

La giurisprudenza di legittimità, complice il nuovo rito Fornero, si era però prontamente pronunciata (sentenza n. 23669 del 06/11/2014), peraltro con un *obiter dictum* nell'ambito di un procedimento altrimenti deciso¹⁷, nel senso che "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", decidendo un caso nel quale aveva comunque ritenuto che "[i]l primo regime[la reintegrazione], come già detto, viene in considerazione nelle sole tassative ipotesi in cui il giudice accerti che il fatto (che ha dato causa al licenziamento) non sussiste, ovvero nel caso in cui ritenga che il fatto rientri nelle condotte punibili con una sanzione conservativa, sulla base delle disposizioni del contratto collettivo applicato, ovvero dei codici disciplinari applicabili alla fattispecie in esame. Nelle suddette ipotesi continua ad applicarsi la tutela reintegratoria, unitamente a quella risarcitoria, con detraibilità dell'*aliunde perceptum* e dell'*aliunde percipiendum*"¹⁸.

17 Come osserva R.Riverso, "I licenziamenti disciplinari tra jobs act e riforma Fornero (basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)", cit.: "Una volta escluso che il fatto come contestato sussistesse, non si chiedeva alla Corte di Cassazione di chiarire quale fosse la corretta portata della stessa nozione ovvero se ai fini della reintegra fosse richiesta una lettura ristretta (fatto materiale) oppure estensiva (fatto giuridico) dell'elemento in questione. La ragione giuridica della decisione presa dalla Corte non dipendeva pertanto dall'analisi del concetto (materiale o giuridico) di fatto. Non c'era necessità di pronunciarsi sul punto".

18 Cfr. Cass. 6 novembre 2010 n. 23669, in Riv. It. Dir. Lav., 2015, I parte 2, 32, con nota di R. Del Punta. Vedi anche: V. Ferrante, "La Cassazione di pronuncia per la prima volta sull'art.18 dello Statuto dei lavoratori riformato: trovato il bandolo della matassa?", in Dir. relaz. ind., 2015, I, 229; L. Fiorillo, "Licenziamento disciplinare e tutela reale: la rilevanza del "fatto

Tale decisione, che sembrava aderire alla tesi più restrittiva nella rilevanza della sussistenza del fatto, non aveva comunque sedato l'aspro dibattito in corso, sostenuto da una parte dalla dottrina¹⁹ che faceva perno soprattutto sulla persistenza dei concetti di giusta causa e giustificato motivo soggettivo, che presupponevano necessariamente un concetto di "dolo o colpa" del lavoratore e quindi risultava imprescindibile per il giudice non fermarsi al semplice aspetto fenomenologico dell'esistenza materiale di un fatto se non legandolo ad una valutazione di imputabilità al soggetto che lo aveva posto in essere.

Non poteva poi dimenticarsi l'art. 3 della legge 604 del 1966 - che non è stato oggetto di riforma e che è tuttora vigente - che fa perno sulla necessità di un "notevole" inadempimento da parte del prestatore di lavoro ai suoi obblighi contrattuali.

Del resto l'art. 3 della legge 23/2015 fa riferimento espresso anche al "fatto contestato", sicché tale termine non può riferirsi in modo astratto al mero accadimento di un episodio, ma si porta necessariamente dietro la valutazione che ne ha dato il datore di lavoro, ovvero ad altri elementi non materiali ma legati all'esecuzione ed alla struttura del rapporto, all'interno del quale il fatto va inserito e considerato.

Tanto sotto il profilo esegetico. A ciò si aggiunga sotto quello concettuale, ovvero che il fatto in questione si inserisce in un contesto, quello del lavoro, che è alla base di tutti i rapporti sociali ed economici, senza il quale, infatti, non esisterebbe la struttura sociale dell'umanità stessa.

Tale valutazione è poi confermata anche sotto il profilo giuridico, non potendo prescindere dalla considerazione che il lavoro è il fondamento della nostra struttura istituzionale (art. 1, 4, 35, 36, ecc. della Costituzione) e che in tutto il mondo la regolamentazione del rapporto di lavoro è la regola (si pensi all'Oil ed ai trattati ed alle normative internazionali e all'esistenza di un diritto del lavoro) che, anche ove non codificata, è notoriamente retta da consuetudini alle quali tutti di attengono, pena l'applicazione di sanzioni o di conseguenze economiche o, comunque, di disvalore in caso di loro violazione.

materiale", in Giur. it., 2014, XII, 2788; A. Vallebona, "Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto", in Mass. giur. lav., 2014, XII, 874; R. Rivero, "I licenziamenti disciplinari tra jobs act e riforma Fornero (basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)", cit.

19 V.: A. Perulli, "Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?", in L. Fiorillo-A. Perulli (a cura di), Contratto a tutele crescenti e Naspi, Torino, 2015, 35-36.

Dunque, ogni avvenimento che si verifichi nel corso del rapporto di lavoro, in ragione delle reciproche obbligazioni, non può essere valutato in modo astratto e slegato al di fuori dalle regole che lo sorreggono, normalmente basate sulla fiducia reciproca della correttezza dello scambio che lo caratterizza: fornitura della prestazione e fedeltà (da parte del lavoratore) in cambio di retribuzione e sicurezza (in capo al datore).

Non ci si può dunque astrarre dall'influenza che il fatto materiale in discussione ha nel complesso dei reciproci rapporti e, dunque, la valutazione va effettuata su quanto, come e perché il fatto sia idoneo ad incrinare il rapporto di lavoro sino a renderne necessaria la cessazione.

L'inserimento del termine "materiale " si rivela, in quest'ottica, come del tutto irrilevante e non idoneo a mutare i criteri di valutazione del fatto contestato ai fini della congruità del recesso che, dunque, esiste in quanto sia idoneo a giustificare il recesso stesso.

e) il problema della prova

Ancorché la questione non formi oggetto della sentenza qui in commento, qualcosa può essere detta anche in merito al fatto che, secondo taluni, la prova dell'inesistenza del fatto materiale incomba sul lavoratore.

Anche qui la *querelle* nasce dalla cattiva espressione legislativa, dove si prescrive che la tutela reale è ammissibile solo se la prova dell'insussistenza del fatto materiale si direttamente dimostrata in giudizio.

Ora, va innanzi tutto ricordato che la nuova disciplina non abroga l'art. 5 della legge 604/1966 e dunque, l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento incombe sempre sul datore di lavoro.

Ciò non di meno, è stato prontamente osservato²⁰ che il giudice, una volta accertata la illegittimità del recesso, si appresti ad adottare la sanzione, ove rilevi che la prova dell'insussistenza del fatto si fonda sul solo su presunzioni o comunque su dati di non assoluta certezza, si troverà a dover scegliere tra la tutela reintegratoria o risarcitoria.

In altri termini, nel caso in cui il fatto materiale non sussista, ma la sua inesistenza non sia direttamente provata dal prestatore di lavoro, in quanto solo presuntiva, non potrebbe essere accordata la reintegra ma solo la tutela indennitaria.

20 V. R. Riviero, "I licenziamenti disciplinari tra jobs act e riforma Fornero (basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)", cit.

Quindi ai fini della reintegrazione rischia di non bastare l'insussistenza del fatto materiale, ove vi fosse carenza della prova che dimostri direttamente l'insussistenza del fatto. Tale interpretazione troverebbe fondamento anche nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 23/2015 presentata dal Governo, si precisa che "incomberà sullo stesso lavoratore fornire la prova della insussistenza del fatto materiale contestato, quale condizione imprescindibile per l'accesso alla tutela reintegratoria".

In realtà ci sembra che si tratti di un falso problema, anche se, in punto onere della prova, la Corte di cassazione non sembra sempre essere particolarmente attenta. Si pensi al caso degli insegnanti precari impiegati nell'organico di fatto della scuola per i quali il reiterato utilizzo di contratti a termine, anche oltre il periodo di 36 mesi, a differenza di quelli che hanno operato nell'organico di fatto, non sussisterebbe l'abuso, con conseguente negazione della sanzione (il risarcimento del danno).

Premesso che la regola generale in tema di contratto a termine è che l'onere della prova della sua apposizione spetta al datore di lavoro, secondo la sentenza 22552/2016 (ma anche le successive sono conformi, sino ad oggi) la ragione andrebbe ravvisata nella circostanza che l'impiego nell'organico di fatto si "presume" sia legittimo in quanto si tratta di sostituzioni di personale assente e quindi ricorre una ragione oggettiva per l'assunzione a termine.

Ciò nonostante l'organico di diritto venga stabilito dal datore di lavoro che poi lo integra con quello di fatto, a consuntivo. Spetta così, secondo la Cassazione, all'insegnante impiegato nell'organico di fatto dimostrare l'illegittimità dell'utilizzo in assenza di ragioni oggettive.

Il che è paradossale, perché le modalità e le ragioni dell'individuazioni dell'organico di diritto sono nella conoscenza del solo datore di lavoro (il Miur) e quindi non si comprende come possa il lavoratore assolvere all'onere addossatogli.

Le ragioni che già si sono opposte a tale giurisprudenza²¹ valgono anche per la prova del fatto materiale.

21 Si veda S. Galleano, "La Corte di cassazione sulla scuola: sintomi di criticità con la normativa europea?", Europeanrights, 12.01.18.

Come è di immediata apprezzabilità, in tale scelta interpretativa, così come nell'ipotesi si voglia seguire il medesimo percorso nel caso di licenziamento, vi è una palese violazione del principio di vicinanza alla prova (ormai pacificamente ribadito da anni dalla stessa Corte²²), per di più in chiaro contrasto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 6 della CEDU, essendo improponibile che il lavoratore possa sempre essere in grado di portare nel giudizio i dati di fatto utili a valutare la inesistenza del fatto materiale.

Senza contare la violazione dell'art. 3 comma 2 della Carta costituzionale, non essendo ragionevole che nella medesima situazione (due lavoratori che si sono visti dichiarare la illegittimità del recesso ma dal fascicolo di uno di essi l'inesistenza del fatto materiale risulti solo, ad esempio, da una serie di presunzioni) possano ottenere due tutele diverse: uno la ricostituzione del rapporto e l'altro un semplice risarcimento.

La soluzione non potrà che essere quella di ritenere che l'onere di cui all'art. 5 della legge 604/1966 resti a carico del datore di lavoro anche per quanto concerne la prova dell'inadempimento del lavoratore, salvo il passaggio alla Corte costituzionale o alla Corte di giustizia UE.

f) la sentenza in commento

La Corte di cassazione, con la sentenza in commento, ha condiviso le considerazioni sinora svolte in merito al fatto materiale.

La decisione, dopo avere ripercorso il susseguirsi delle leggi, osserva come l'*obiter dictum* della sentenza 23669 del 2014 sia stato successivamente sviluppato sotto il profilo applicativo giungendo alla conclusione che "l'insussistenza del fatto contestato comprende anche l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità o rilevanza giuridica e quindi il fatto sostanzialmente inapprezzabile sotto il profilo disciplinare, oltre che il fatto non imputabile al lavoratore e da Cass. 13.10.2015 n. 20545, che ha chiarito come ogniqualvolta il fatto contestato presupponga anche un elemento non materiale (come la gravità del danno) allora tale elemento diventa anch'esso parte integrante del "fatto materiale" come tale soggetto ad accertamento, sicché anche in tale ipotesi l'eventuale carenza determina la tutela reintegratoria" (Pt. 4.5 della sentenza).

²² Ex multis: Cass. civ. Sez. III, 31/03/2016, n. 6209 (rv. 639386); Cass. civ. Sez. III, 25/03/2016, n. 5961 (rv. 639331); Cass. civ. Sez. V, 09/03/2016, n. 4623; Cass. civ. Sez. lavoro, 14/01/2016, n. 486 (rv. 638521); Cass. civ. Sez. V, 02/12/2015, n. 24492.

Più in particolare, la Corte osserva che "4.6. E' significativo osservare che, per pervenire a dette conclusioni, siano stati valorizzati da un lato il tenore letterale della norma, che fa riferimento al "fatto contestato", dall'altro, sotto il profilo logico, la assoluta sovrapponibilità "dei casi di condotta materialmente inesistente a quelli di condotta che non costituisca inadempimento degli obblighi contrattuali ovvero non sia imputabile al lavoratore stesso" (in questi termini, Cass. n. 10009²³ cit)".

Andando quindi ad affrontare la modifica operata dall'art. 3 del d.lgs. 23 del 2015, ovvero la nuova dizione consistente nel riferimento all'insussistenza materiale del fatto contestato, la sentenza prende atto del rinnovato dibattito dottrinale secondo il quale la nuova locuzione imporrebbe di interpretare la volontà del legislatore nel senso di ritenere "che la tutela reintegratoria, in quanto di carattere eccezionale, debba rimanere circoscritta alla sola assenza degli elementi costitutivi della condotta, come realizzatasi nella realtà fenomenica, senza che possa assumere alcun rilievo l'atteggiamento psicologico dell'agente²⁴".

La Corte ritiene assolutamente infondata tale valutazione.

Pur prendendo atto del diverso tenore letterale della norma, ritiene che la soluzione sia quella di ribadire il precedente orientamento della Corte, ricordando che "al fatto accaduto ma disciplinarmente del tutto irrilevante non può riservarsi un trattamento sanzionatorio diverso da quello previsto per le ipotesi in cui il fatto non sia stato commesso²⁵".

E ciò per diverse ragioni.

La prima per una lettura di natura costituzionale, secondo la quale ogni giudizio di responsabilità, in qualunque campo del diritto punitivo, non può essere scisso sotto il profilo soggettivo dalla riferibilità del fatto materiale all'agente e, sotto quello oggettivo, la sua riconducibilità "nell'ambito delle azioni giuridicamente apprezzabili come fonte di responsabilità²⁶".

23 Si tratta di un refuso: il collegio si riferisce a Cass. 10019/2016, citata in un passo precedente.

24 Punto 5.2 della sentenza.

25 Punto 5.4 della sentenza.

26 Punto 5.5 della sentenza.

La sentenza ripercorre quindi la giurisprudenza della Consulta, osservando come quest'ultima abbia affermato che il diritto al lavoro, pur non garantendo il diritto alla conservazione del posto comporti in ogni caso che " il legislatore (...) adegui (...) la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie (...) e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti". Questa esortazione, come è noto, fu accolta con l'approvazione della L. n. 604 del 1966, che sancì, all'art. 1, il principio della necessaria giustificazione del licenziamento, da considerarsi illegittimo se non sorretto da una "giusta causa" o da un "giustificato motivo"²⁷.

Non a caso, ricorda la Cassazione, è proprio in forza di questo monito contenuto nella sentenza 45 del 1965, il legislatore venne indotto all'approvazione della prima legge limitativa dei licenziamenti, la 604 del 1966.

In seguito, la Consulta ha rafforzato questo principio, richiamando anche, già nella pronuncia 41 del 2003²⁸, la Carta sociale europea la quale, all'art. 24, reca "l'impegno delle parti contraenti a riconoscere il diritto dei lavoratori a non essere licenziati senza un valido motivo" (sentenza nr 46 del 2000, punto 3., ultima parte, del Considerando in diritto) ed ha, inoltre, affermato che "la materia dei licenziamenti individuali è oggi regolata, in presenza degli artt. 4 e 35 Cost., in base al principio della necessaria giustificazione del recesso"²⁹.

Una seconda ragione è che la sentenza fa anche riferimento all'espresso richiamo che l'art. 3 del d.lgs. 24 del 2015 fa al fatto "contestato", così legando la valutazione di questo alla rilevanza dell'aspetto disciplinare che si aggiunge e si lega inscindibilmente all'esistenza del fatto.

27 Sempre punto 5.5 della sentenza.

28 Avente ad oggetto la valutazione di ammissibilità di un referendum promosso dalla Cgil su varie norme dello Statuto dei lavoratori con la finalità di aumentarne l'applicabilità.

29 Punto 5.6 della sentenza.

Infine, terza ragione, osserva la Corte che "la diversa soluzione lessicale adottata dal legislatore del 2015 – che ha implementato la formula che limita i casi di reintegrazione con l'aggiunta dell'aggettivo "materiale" in stretta connessione con l'esplicita estraneità di "ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento"- si spiega agevolmente con l'esigenza di dissipare per la nuova disciplina dubbi interpretativi che all'epoca erano ancora ben presenti nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale a proposito del comma 4 dell'art. 18 novellato"³⁰.

Sul punto la questione merita certamente qualche ulteriore approfondimento, posto che non può escludersi, ad esempio, che il codice disciplinare preveda per un certo comportamento una sanzione conservativa. In tal caso il giudice che dichiari l'illegittimità del licenziamento non potrebbe comunque accordare la reintegra, essendogli inibita ogni valutazione "circa la sproporzione del licenziamento". Dunque, secondo questa prospettiva, anche un abuso manifesto e consapevole nell'impiego dello strumento disciplinare potrà non portare alla ricostituzione del rapporto.

In realtà, in tal caso, è ben possibile che il giudice, a fronte di una palese discrasia tra il fatto accertato ed il provvedimento adottato, affronti la questione sotto il profilo del licenziamento pretestuoso o discriminatorio, con conseguente applicazione dell'art. 2.

Diversamente non potrà che rilevarsi la palese incostituzionalità e contrarietà alla normativa europea di una diversa interpretazione della norma, che porterebbe ad una palese carenza di tutele, legittimando il licenziamento anche in assenza di un valido motivo (come prevede l'art. 24 della carta sociale europea) e negando la tutela adeguata riconosciuta ad altri lavoratori nella medesima situazione.

In conclusione non può che ritenersi che la valorizzazione della Carta sociale europea – e più in generale della disciplina europea: si pensi solo al Pilastro sociale europeo, la cui rilevanza è ancora tutta da approfondire³¹ - porti a contenere la recente tendenza del legislatore a sposare tesi di liberalizzazione della disciplina dei licenziamenti che appare del tutto ingiustificata e che, allo stato, non ha portato a significativi benefici.

La stessa Corte costituzionale, nella citata sentenza 194 del 2018 sul jobs act, ha fondato sempre sull'art. 24 della Carta sociale, la sua decisione che cancellato l'obbligatorio meccanismo dell'anzianità di servizio per la quantificazione del risarcimento.

30 Punto 5.8 della sentenza.

31 Si veda comunque "Verso un pilastro sociale europeo" a cura di G. Bronzini, Fondazione Basso, 2018, con interventi di S. Giubboni, M. Monato, M. D'Onghia, B. Caruso, F. Guariello, G. Orlandini, V. De Michele, G. Allegri, E. Reviglio, S. Fabbrini e V. Dastoli.

Un'ulteriore buona ragione, quindi, per rivalutare l'appartenenza dell'Italia all'Unione, ove ve fosse necessità.

Sergio Galleano

Roma, 8 settembre 2019