

(In)sussistenza del fatto e canone di proporzionalità del licenziamento disciplinare

Raffaele De Luca Tamajo

1. La tesi della irrilevanza della proporzionalità del provvedimento espulsivo ai fini della conseguenza sanzionatoria. 28
2. L'equiparazione a "fatto insussistente" del fatto privo di rilievo disciplinare. 30
3. Le tesi che recuperano per intero il canone della proporzionalità. Critica. 30
4. Le pronunce della Corte di Cassazione. 32
5. L'incertezza del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. 32

1. La tesi della irrilevanza della proporzionalità del provvedimento espulsivo ai fini della conseguenza sanzionatoria.

Il tempo ristretto previsto per ciascun intervento in contrappunto al ricco e sofferto dibattito che si è sviluppato sul tema della in/sussistenza del fatto, quale fattore di selezione della sanzione prevista per il licenziamento illegittimo, impongono di andare subito al cuore del problema interpretativo, usando l'ascia e non il fioretto.

È allora opportuno esprimere subito una precisa opzione con riferimento ai due orientamenti che si contendono il campo, anche con l'ausilio del significativo contributo fornito *in progress* dalla Corte di Cassazione (sia pure per ora relativamente alla interpretazione della legge c.d. Fornero del 2012 e non ancora di quella del 2015).

Su un versante – che sin dalla prima ora ho ritenuto l'unico coerente con la lettera e la *ratio* della disciplina legale- si colloca il filone interpretativo secondo cui in presenza di un licenziamento privo di giustificazione causale la reazione dell'ordinamento è di tipo reintegratorio se il fatto contestato è insussistente ovvero privo di ogni riscontro probatorio (e, nel regime del 2012, se in base al contratto collettivo rientra tra le condotte punibili con sanzione conservativa); è di tipo indennitario (con risoluzione del rapporto) se il fatto contestato è sussistente, quale che sia la gravità o l'esiguità di quest'ultimo.

A prescindere da ogni valutazione di merito e di tecnica normativa sulla discutibile riforma dell'art. 18, bisogna necessariamente ritenere che il vaglio di proporzionalità del provvedimento espulsivo rispetto al fatto contestato resta cardine della indagine sulla legittimità del licenziamento, ma è del tutto estraneo alla verifica della sanzione applicabile (reintegra/indennizzo), imperniata sulla sola insussistenza/sussistenza del fatto contestato. Ciò è a dire che, in presenza di un licenziamento privo di adeguata giustificazione causale, se vi è prova che il fatto contestato si è verificato, a prescindere dalla sua gravità, la sanzione per il datore sarà solo economica, quantificata in un indennizzo pari a 12-24 mensilità di retribuzione nel regime della c.d. legge Fornero (con ampia discrezionalità per la determinazione giudiziale), viceversa in 2 mensilità per ogni anno di servizio (con un minimo di 4 e un massimo di 24) alla stregua del dettato del *Jobs Act* (che quindi annulla ogni discrezionalità del giudice in punto di quantificazione).

Se così non fosse, se cioè si postulasse che la verifica di proporzionalità rileva sia al fine del sindacato sulla legittimità del licenziamento che al fine della individuazione della conseguenza sanzionatoria, ogni licenziamento non proporzionato rispetto al comportamento del lavoratore produrrebbe sempre e soltanto un effetto reintegratorio (fatto non sufficientemente grave=fatto insussistente⇒reintegra).

Per evitare una simile conclusione, palesemente in contrasto con la lettera e la *ratio legis*, che intendeva introdurre una duplice e alternativa tipologia sanzionatoria del licenziamento illegittimo, occorre pertanto sganciare il piano della invalidità del recesso da quello dell'effetto sanzionatorio e procedere a due distinte operazioni applicative.

La prima, come è del tutto pacifico in giurisprudenza, consta di una verifica del comportamento del lavoratore alla luce del contesto e della specificità del rapporto, coinvolgendo una serie di fattori quali: la natura e tipologia delle mansioni, il grado di fiduciarità che esse implicano, il livello di diligenza richiesta dalla prestazione oggetto di contratto, le attenuanti e le aggravanti che possono indurre a diversa valutazione del comportamento sanzionato, il pregresso disciplinare

del lavoratore, lo stile gestionale della azienda, etc. Si tratta in sostanza di una valutazione multifattoriale, da cui emerga un giudizio in ordine alla gravità del comportamento e, conseguentemente, in merito alla proporzionalità della sanzione, in linea oltretutto con il precetto dell'art. 2106 c.c. e con l'elasticità delle clausole della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo.

Se il licenziamento a tale stregua viene ritenuto privo di adeguata giustificazione causale - e, quindi, illegittimo - occorre procedere alla ricognizione della sanzione applicabile e perché l'operazione cognitiva sia diversa dalla prima, il fatto va spogliato da tutte le circostanze e valutazioni accessorie di cui sopra, va sganciato da ogni elemento di contesto. Occorre verificarne la sola sussistenza, a prescindere stavolta da ogni rilievo di gravità e proporzionalità.

A ben vedere la soluzione interpretativa in parola è l'unica in linea con la lettera, la *ratio* e l'impianto sistematico della legge Fornero e ancor più con il dettato del D.lgs. n. 23/2015.

Quanto alla "lettera" va sottolineato che, nel porre una alternativa secca imperniata sulla sussistenza/insussistenza del fatto, il legislatore non utilizza il diverso termine di "consistenza", che semmai avrebbe potuto introdurre una suggestione di graduazione di gravità del fatto contestato. Ancora più conclusiva, del resto, è la dizione dell'art. 3, comma 2, del D.lgs. n. 23 del 2015 che allude alla "insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento".

Sul piano della *ratio* e delle regole di correttezza interpretativa risulterebbe, poi, gravemente lesiva la assoluta emarginazione della sanzione indennitaria in favore di un totale ed esclusivo recupero della tutela reintegratoria, esito peraltro inevitabile della alternativa interpretazione.

Ma è proprio la palese contraddizione con una opzione legislativa oggettivata nel testo e sbandierata in ogni sede (lavori preparatori, relazione di accompagnamento, etc.) a testimoniare che probabilmente l'orientamento qui contestato è soltanto il frutto della resistenza ad abbandonare una consolidata (e più agevole) equazione tra licenziamento illegittimo e reintegrazione, accreditata da 42 anni di art. 18, che hanno lasciato il segno nella cultura giuslavoristica; della difficoltà a concepire che un atto unilaterale invalido possa provocare un effetto meramente indennitario e non il ripristino dello *status quo ante* mediante la prosecuzione ininterrotta del rapporto.

Eppure il modello normativo che separa il piano della invalidità del recesso da quello della tipologia sanzionatoria, prevedendo una conseguenza solo indennitaria del vizio del licenziamento, è presente negli ambiti dimensionali minori, per i dirigenti e nella più parte degli Stati europei, senza che a tutt'oggi vi sia stato alcun anatema di matrice europea o costituzionale.

Per completezza, è opportuno segnalare che, talora in via di eccezione, il vaglio di gravità può essere proiettato anche sul piano della individuazione degli effetti del licenziamento illegittimo, in apparente deroga a quanto previsto dalla normativa legale: ciò accade solo ove la previsione di contratto collettivo invocata nella contestazione disciplinare faccia espresso riferimento alla "gravità" del nocumento morale o materiale inflitto alla azienda datrice dal comportamento del lavoratore. (v. esemplificativamente l'art. 54, sez. V, lett. c) e VI lett. c) del CCNL del 2011 per il personale di Poste Italiane nonché l'art. 64 lett. d) del CCNL del 2012 della mobilità - area Ferroviaria).

In tal caso infatti la gravità diviene elemento costitutivo del fatto oggetto di contestazione, sicchè, in assenza di adeguata prova, è proprio il fatto ad essere insussistente. In tal senso si è pronunciata la Corte di Cassazione con sent. 13.10.2015 n. 20545 (rel. Roselli) secondo cui nella ipotesi di previsione collettiva e di contestazione disciplinare che alludano alla "gravità" del comportamento del lavoratore, il grave nocumento *"è parte integrante della fattispecie di illecito disciplinare in questione, onde l'accertamento della sua mancanza determina quella insussistenza del fatto addebitato al lavoratore, prevista dall'art. 18 l. n. 300 del 1970, modificato dall'art. 1, comma 42, l. 28 giugno 2012 n. 92, quale elemento costitutivo del diritto al ripristino del rapporto di lavoro"*.

Analogamente se il profilo doloso del comportamento del lavoratore è richiesto dalla contrattazione collettiva ed è oggetto della contestazione del datore di lavoro, la mancata prova della "gravità soggettiva" equivarrà a insussistenza del fatto, conseguendone la tutela reintegratoria.

2. L'equiparazione a "fatto insussistente" del fatto privo di rilievo disciplinare.

Naturalmente, come in più occasioni chiarito anche dalla Suprema Corte (sentenza n. 10019/2015 e n. 18418/2016) perché il fatto sia ritenuto "sussistente" occorre che presenti un sia pur minimo rilievo disciplinare e sia accompagnato da coscienza e volontarietà del comportamento.

Una vicenda completamente priva di sostanza disciplinare (quale i mancati auguri al capo o l'aver tifato per una squadra diversa da quella sponsorizzata dal titolare della impresa) o non imputabile per difetto soggettivo non integra un inadempimento ed è pienamente equiparabile a "fatto insussistente".

L'equazione, pienamente condivisibile, non autorizza, però, a concludere, con palese fraintendimento logico-sistematico, che "la valutazione di proporzionalità della sanzione ...seguita ad essere compresa nel giudizio diretto all'accertamento della sussistenza del fatto contestato" e quindi rileva ai fini della sanzione che consegue al licenziamento illegittimo (così da ultimo Giubboni, ma già in precedenza vari Autori): in presenza di una condotta priva del carattere di inadempimento, non è in gioco un giudizio di gravità/proporzionalità, bensì la totale assenza di un fatto di rilievo disciplinare.

In definitiva anche una vicenda di lieve rilievo disciplinare (purchè non frutto di mera invenzione del datore) rende sì illegittimo il licenziamento, per vizio di proporzionalità, ma vale a risolvere il rapporto, salvo il predetto indennizzo in favore del lavoratore licenziato. Fa eccezione a tale postulato, ma solo nel regime Fornero e non in quello del D.lgs. del 2015, l'ipotesi in cui la non proporzionalità del recesso risulti espressamente dalle previsioni dei contratti collettivi che ricollegano alla condotta contestata una sanzione conservativa. Qui la diversa e più stringente sanzione della reintegrazione si giustifica per la consapevolezza a priori e *per tabulas* della sproporzione del provvedimento espulsivo, consapevolezza minore e, *ex post*, nel caso in cui sia il giudice a rilevare la sproporzione in assenza di dati testuali.

3. Le tesi che recuperano per intero il canone della proporzionalità. Critica.

A questa obbligata soluzione interpretativa si è opposta altra, coltivata da una parte della giurisprudenza di merito e da una dottrina comprensibilmente nostalgica, secondo cui non si può rinunciare al vaglio di proporzionalità di cui all'art. 2106 c.c. neanche ai fini della selezione delle conseguenze del licenziamento illegittimo.

La tesi, che tuttavia appare priva di qualsivoglia fondamento testuale e sistematico e palesemente influenzata da una resistenza ideologica, si affida principalmente a tre linee argomentative:

aa) Partendo dalla cennata e condivisibile premessa che equivale a fatto insussistente quello totalmente privo di rilievo disciplinare (con applicazione della tutela reintegratoria), viene forzata l'equiparazione in direzione del "fatto di rilievo disciplinare sostanzialmente irrilevante" (Cass. 13178/2017), per poi scivolare verso "il fatto di scarso rilievo disciplinare" e verso "il fatto di non proporzionato rilievo disciplinare", approdando così, attraverso una fuorviante sequenza, ad una verifica di gravità del fatto medesimo anche in ordine alla ricognizione della sanzione applicabile al licenziamento illegittimo.

In questa ottica la reintegrazione dovrebbe essere sancita non solo se l'accusa datoriale è del tutto infondata o inventata, ma anche se il fatto, pur sussistente e avente rilievo disciplinare, non assume rilevanza sufficiente a giustificare il licenziamento ovvero se non è di gravità tale da legittimarlo. Il che significherebbe reintrodurre, anche ai fini delle conseguenze del licenziamento illegittimo, una verifica di graduazione di gravità del comportamento.

La soluzione indennitaria - come già accennato - scomparirebbe così dall'orizzonte sanzionatorio (anche perché nell'ipotesi alternativa di un licenziamento "proporzionato" alla infrazione commessa, il recesso sarebbe pienamente legittimo e non darebbe luogo ad alcuna sanzione). Replicare lo stesso vaglio di proporzionalità e di gravità sulle due fasi del sindacato giudiziale (verifica di legittimità del licenziamento/selezione della sanzione) avrebbe, infatti, come inevitabile esito, che ogni licenziamento illegittimo per vizio di "sproporzione" sottenderebbe sempre un fatto privo di gravità e, come tale, secondo i sostenitori dell'orientamento qui illustrato, insussistente.

Con quale incoerenza con il dettato e la volontà legislativa, che postula conseguenze giuridiche alternative del recesso privo di giustificazioni, è stato già accennato.

bb) Ulteriore argomentazione in favore del recupero del criterio di proporzionalità anche ai fini della individuazione della sanzione viene rinvenuto nell'art. 1455 c.c. secondo cui "il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra", norma che allude con evidenza ad un canone di proporzionalità tra risoluzione e tipologia dell'inadempimento.

È agevole rilevare, però, che una norma civilistica di carattere generale non può essere invocata per smontare un assetto normativo speciale, frutto di consapevole ed esplicita intenzione di superare l'egemonia assoluta della tutela reintegratoria.

cc) I sostenitori dell'orientamento in parola traggono altresì spunto dall'ipotizzato paradosso cui condurrebbe la soluzione interpretativa qui preferita. Essi si chiedono come può una condotta di lievissimo rilievo disciplinare (ad es. ritardo di pochi minuti) provocare la risoluzione del rapporto, sia pure accompagnata da un indennizzo in favore del lavoratore pretestuosamente licenziato.

Senonché la palese discrasia ben può essere "sanata", almeno nelle ipotesi di pretestuosità macroscopica, mediante il ricorso alle figure del motivo illecito, della frode alla legge o della discriminazione, poiché è evidente che nel caso in esame il recesso datoriale perseguirebbe una finalità ben diversa da quella sottesa al provvedimento disciplinare e rappresenterebbe una modalità surrettizia per sottrarsi al vincolo legale della reintegrazione.

4. Le pronunce della Corte di Cassazione.

La prima soluzione interpretativa qui argomentata trova un decisivo conforto nella crescente giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Già nella originaria pronuncia del 6.11.2014 n. 23699 (rel. Arienzo) la Suprema Corte aveva chiarito sia pure in modo incidentale che *"Il nuovo art. 18 tiene distinto dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo (...). La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, (...) 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"*. In termini molto simili si è pronunciata di recente Cass. 13178/2017 (rel. Ghinoy).

Al tempo stesso, nell'ottica di razionalizzare l'esito interpretativo, la Cassazione ha peraltro chiarito che *"L'assenza di illiceità di un fatto materiale pur sussistente, deve essere ricondotta all'ipotesi, che prevede la reintegra nel posto di lavoro, dell'insussistenza del fatto contestato, mentre la minore o maggiore gravità (o lievità) del fatto contestato e ritenuto sussistente, implicando un giudizio di proporzionalità, non consente l'applicazione della tutela c.d. reale"* (sent. 20.9.2016 n. 18418 rel. Balestrieri); analogamente Cass. 16.5.2016 n. 10019 (rel. Spena): *"La ipotesi normativa della "insussistenza del fatto contestato" comprende non soltanto i casi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia rilievo disciplinare o quanto al profilo oggettivo ovvero quanto al profilo, soggettivo, della imputabilità della condotta al dipendente. Ciò si ricava sotto il profilo letterale dall'uso della locuzione "fatto contestato", che lega la materialità del fatto alla sua rilevanza disciplinare e, sotto il profilo logico, dalla assoluta sovrapposibilità, sotto il profilo disciplinare, dei casi di condotta materialmente inesistente a quelli di condotta che non costituisca inadempimento degli obblighi del lavoratore ovvero non sia imputabile al lavoratore stesso"*; e già Cass. 13.10.2015 n. 20540 rel. Roselli: *"la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla reintegrazione ai sensi dell'art. 18, comma 4"*.

Ulteriore precisazione della Suprema Corte concerne l'equiparazione a "fatto insussistente" di una condotta pur fenomenicamente verificata, ma di cui non vi è prova della commissione da parte del soggetto incolpato (Cass. 18.7.2017 n. 17736)

5. L'incertezza del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo.

Se è vero che tra le finalità della duplice riforma della disciplina dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori vi era anche quella di fornire alle parti una maggiore certezza e prevedibilità delle rispettive situazioni giuridiche in ordine alla risoluzione del rapporto di lavoro, l'obiettivo non può certo dirsi raggiunto.

La problematicità del discrimine utilizzato per selezionare il regime sanzionatorio del licenziamento privo di giustificazione causale (in/sussistenza del fatto) ha consentito letture fortemente impregnate da elementi valutativi e palesi forzature logico-giuridiche, talora del tutto in contrasto con la palese intenzione e con i termini utilizzati dal legislatore.

Inoltre la pluralizzazione dei regimi giuridici che assumono a variabile discrezionale di volta in volta la data di assunzione, le dimensioni della azienda, la conclusione di conciliazioni in sedi "protette",

il carattere discriminatorio del recesso datoriale, la natura formale o sostanziale del vizio nonché il verificarsi o meno del fatto contestato fa sì che non sia agevole per le parti, per l'interprete e per il consulente districarsi al fine di conoscere in anticipo le conseguenze di un provvedimento risolutivo.

Insomma ce n'è abbastanza per confondere l'esperto giuslavorista, figurarsi l'investitore straniero che pure, nelle intenzioni, era uno dei destinatari privilegiati del processo di incremento della c.d. flessibilità in uscita.