

L'(in)sussistenza del fatto nel licenziamento

Annalisa Di Paoloantonio

A distanza di anni dall'entrata in vigore della legge n. 92 del 2012, il dibattito sull'interpretazione dei commi 4 e 5 del novellato art. 18 non ha perso attualità, non solo e non tanto perché le pronunce della Corte di Cassazione, a partire dalla sentenza n. 23669 del 2014, sono state occasione per interventi critici o adesivi da parte dei sostenitori, in dottrina, delle diverse tesi a confronto, ma anche e soprattutto in ragione del nuovo intervento legislativo attuato con il d.lgs. n. 23 del 2015 che, se nelle intenzioni del legislatore doveva, tra l'altro, porre fine alla *querelle* interpretativa, in realtà si è rivelato fonte di ulteriori incertezze, in quanto non sono mancate voci dissonanti sulla natura innovativa o meno della nuova disciplina nonché sulla rilevanza che può spiegare in sede esegetica la contemporanea vigenza delle due norme.

Sul primo dei due aspetti si può dire che proprio la diversità delle discipline destinate a convivere porta ad escludere che, in difetto di una espressa volontà manifestata in tal senso dal legislatore, si possa attribuire alla nuova normativa anche una valenza interpretativa della norma preesistente.

Peraltro un tentativo di armonizzazione in sede esegetica delle discipline potrebbe essere fondato sulla necessità di evitare ingiustificate disparità di trattamento fra lavoratori addetti alla medesima unità produttiva e, quindi, di superare i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 3 del d.lgs n. 23 del 2015, avanzati da più parti anche sotto detto profilo.

Infatti la scelta del legislatore di ancorare il discrimine temporale alla data dell'assunzione piuttosto che a quella del licenziamento, comporta che la diversità di trattamento non possa essere giustificata con il richiamo al principio del *fluire del tempo*, quale valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche, perché il regime transitorio è incentrato sul momento genetico del rapporto e non su quello della valutazione del fatto.

È noto, però, che il limite alla interpretazione costituzionalmente orientata, che non può mai essere *contra ius*, è dato dalla formulazione della norma, sicché occorre confrontarsi con entrambi i testi normativi che vengono in rilievo.

Quanto all'art. 18, come novellato dalla legge n. 92 del 2012, si può dire, in estrema sintesi, che sul concetto di insussistenza del fatto il dibattito in dottrina si è polarizzato fra due tesi contrapposte: da un lato si è sostenuto che per fatto deve intendersi la sola condotta realizzatasi nella realtà fenomenica, comprensiva unicamente di azione o omissione, nesso di causalità ed evento, e, quindi, il fatto materiale; dall'altro si è, invece, evidenziato che il fatto perché possa assumere rilevanza disciplinare deve essere giuridico e cioè imputabile al lavoratore, qualificato da uno specifico elemento volitivo e di gravità tale da giustificare il recesso dal rapporto.

Entrambe dette tesi estreme prestano il fianco a critiche difficilmente superabili, posto che da un lato non sfugge alla censura di irragionevolezza un regime che neghi la tutela reintegratoria in caso di contestazione di una condotta, sussistente *in rerum natura* ma priva di ogni carattere di

antigiuridicità o non imputabile al lavoratore; dall'altro l'estensione del concetto di fatto fino a ricomprendere il giudizio di proporzionalità fra illecito e sanzione finisce per privare di qualunque significato la modifica legislativa; rende inutile la previsione della tutela reintegratoria nell'ipotesi in cui i contratti collettivi stabiliscano la sanzione conservativa, ipotesi che sarebbe già ricompresa nell'assenza di proporzionalità; sostanzialmente fa coincidere l'insussistenza del fatto con l'assenza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

Forse fuorviante, e tale si è rivelata perché sulla stessa il legislatore ha fondato il successivo intervento normativo, è stata la contrapposizione fra fatto materiale e fatto giuridico, perché è condivisibile la tesi di chi ritiene che nel momento in cui l'ordinamento fa discendere da un fatto una conseguenza giuridica, il fatto per ciò solo assume rilevanza per il diritto e cessa di essere meramente materiale.

Ciò che rileva, in realtà, non è la qualificazione del fatto come giuridico o materiale ma è la sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta, il che presuppone la individuazione ad opera dell'interprete degli elementi che devono ricorrere perché possa dirsi realizzato "il fatto contestato".

E a tal fine non possono assumere alcuna rilevanza le formule assolutorie del processo penale, pure evocate da qualche commentatore, perché il legislatore, nella graduazione delle tutele in caso di licenziamento illegittimo, non ha tenuto conto della molteplicità delle situazioni che nel processo penale si esprime nelle diverse formule, sicché del tutto irragionevole sarebbe limitare la insussistenza del fatto alla omessa integrazione degli elementi che compongono la condotta, ed escludere, di conseguenza, dalla tutela reintegratoria le ipotesi previste dalle altre formule che nel processo penale si equivalgono sul piano degli effetti ed evidenziano l'assenza di antigiuridicità del comportamento, la non riferibilità dello stesso all'incolpato, la mancanza di imputabilità di quest'ultimo.

Credo si possa dire che la giurisprudenza della Corte di Cassazione non ha optato per nessuna delle due tesi estreme a confronto, perché il richiamo al fatto materiale, che pure si rinviene nella motivazione di alcune decisioni, non può essere avulso dall'ulteriore sviluppo motivazionale delle decisioni stesse, dalle fattispecie concrete nelle quali sono intervenute, dal tenore dei motivi accolti o rigettati dalla Corte.

Non a caso la recente sentenza 13178 del 25 maggio 2017, nel fare il punto sulla precedente elaborazione giurisprudenziale della Corte, ricostruisce in termini di continuità le pronunce, evidenziando che il principio affermato da Cass. n. 23669 del 6 novembre 2014 "è stato ripreso, sviluppandone l'effetto applicativo, da Cass. 13.10.2015 n. 20540, Cass. 20.9.2016 n. 18418 e Cass. 12.5.2016 n. 10019, secondo cui 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 che 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".

Che la Corte non abbia mai accolto l'accezione di "fatto materiale" nei termini sollecitati dalla prima delle due tesi alle quali si è fatto riferimento, emerge dalla lettura dell'intera motivazione della sentenza n. 23669 del 2014, pronunciata in una fattispecie nella quale il fatto era stato

escluso perché, contestata dal datore di lavoro l'abitudine di comportamenti scorretti, quest'ultima non era stata provata, avendo l'azienda fornito la prova di singole condotte, ma non del legame richiesto dalla contestazione. È significativo, poi, che in altra parte della motivazione si faccia riferimento al "fatto che ha dato causa al licenziamento" e che il richiamo al fatto materiale sia strettamente correlato al giudizio di proporzionalità, sul quale il motivo sollecitava la riflessione.

Sebbene diversa sia stata la percezione della decisione da parte della dottrina, mi sembra si possa dire che la linea di continuità sia stata rimarcata dalle successive pronunce nelle quali il precedente della Corte è stato, appunto, richiamato per sottolineare che la decisione, resa in un caso in cui era stata accertata "l'insussistenza del fatto contestato", aveva solo espunto dall'area dell'insussistenza la violazione da parte del datore di lavoro del principio sancito dall'art. 2106 c.c.

In tutte le pronunce richiamate si sottolinea la duplicità del giudizio che la norma chiama ad effettuare perché la prima valutazione da compiere è quella relativa all'assenza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo, rispetto alla quale nulla è innovato, sicché vanno apprezzati tutti gli elementi oggettivi e soggettivi del caso concreto per valutarne la idoneità a ledere il vincolo fiduciario; la seconda, che costituisce un *posterius* sul piano logico, è quella della individuazione delle conseguenze da ricondurre alla accertata illegittimità del licenziamento.

È utile rimarcarlo perché, sebbene la duplicità dei piani possa apparire evidente, non di rado, soprattutto con riferimento al tema della tenuta costituzionale della normativa, si sollevano obiezioni che non considerano detta duplicità, ossia che un conto è la tutela del lavoratore a fronte del licenziamento illegittimo, ritenuta necessaria dalla Corte Costituzionale sin dalle prime pronunce degli anni '60, altro è la scelta, rimessa al legislatore, del tipo di tutela che, purché effettiva, non deve necessariamente comportare la prosecuzione del rapporto, come evidenziato dalla stessa Corte nella sentenza n. 46 del 2000.

In via conclusiva possiamo dire che la giurisprudenza di legittimità ha elaborato una nozione di insussistenza del fatto contestato che, come efficacemente sottolineato dalla sentenza n. 10019 del 2016, "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".

È significativo 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 sovrapposibilità "dei casi di condotta materialmente inesistente a quelli di condotta che non costituisca inadempimento degli obblighi contrattuali ovvero non sia imputabile al lavoratore stesso".

Una nozione di "fatto" che, valorizzando il richiamo alla contestazione, e, quindi, alla rilevanza disciplinare della condotta, porta a ricomprendere nella tutela reintegratoria, non solo quei casi estremi sui quali in dottrina si è fatto leva per censurare la tesi del "fatto materiale" rigorosamente inteso, ma tutte le ipotesi in cui sia da escludere in radice un inadempimento, anche sotto il profilo soggettivo, perché la condotta non è accompagnata dalla necessaria coscienza e volontà oppure è stata tenuta in un contesto in relazione al quale nessun addebito può essere mosso al lavoratore.

Ovviamente non va confusa l'assenza dell'elemento soggettivo necessario ad integrare l'illecito

disciplinare, che esclude in radice la configurabilità dell'inadempimento contestato, con la valutazione dell'intensità della colpa o del dolo, che rileva ai fini del giudizio di proporzionalità, ma che costituisce un *posterius* rispetto all'accertamento della sussistenza dell'imputabilità dell'inadempimento medesimo.

Per quanto le esemplificazioni possano a volte ingenerare equivoci, tanto più che le stesse difficilmente riescono ad essere esaustive, credo si possa dire che, una volta ricondotta all'assenza del "fatto contestato" sia la mancanza di illiceità della condotta, sia la non imputabilità dell'inadempimento, logico sviluppo del principio è l'estensione della nozione alle ipotesi di assenza di coscienza e volontà dell'azione, purché non addebitabile al lavoratore, dello stato di necessità, del caso fortuito, della forza maggiore, ma anche dell'esercizio del diritto, che priva di antiggiuridicità la condotta, e dell'assenza dell'elemento intenzionale, ogniquivolta questo caratterizzi l'illecito non in termini di gravità bensì nel senso di rendere il comportamento assolutamente neutro dal punto di vista disciplinare se non sorretto dall'elemento soggettivo qualificante.

Se la discrezionalità del legislatore incontra un limite nella ragionevolezza e nella non arbitrarietà delle differenziazioni operate, la norma non può che essere interpretata, estendendola oltre l'insussistenza del fatto materiale e ricomprendendo nella sua portata applicativa ogni ipotesi in cui debba essere esclusa in radice la antiggiuridicità della condotta o la addebitabilità dell'inadempimento.

Si tratta ora di valutare se alle medesime conclusioni si possa pervenire in relazione ai licenziamenti soggetti alla diversa disciplina dettata dal d.lgs. n. 23 del 2015 che limita la tutela reintegratoria all'ipotesi di "insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento".

In dottrina si sono ripresentate le tesi estreme perché da un lato i fautori della tesi del fatto materiale hanno ravvisato nella nuova locuzione normativa una conferma della esegesi sostenuta ed hanno riproposto l'interpretazione secondo la quale la tutela reintegratoria, in quanto di carattere eccezionale, deve 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'agente; dall'altro fra i fautori del fatto giuridico vi sono stati tentativi di mettere in evidenza il carattere atecnico della nozione di fatto materiale, di valorizzare il richiamo alla contestazione, di fare leva sul concetto di inadempimento per giungere alle conclusioni già espresse in passato.

Altri autori, che pure in precedenza avevano aderito alla seconda delle due tesi a confronto, ne hanno sostenuto la insostenibilità rispetto alla nuova normativa ed hanno percorso strade diverse, per lo più valorizzando le categorie civilistiche, per affermare che la contestazione di un fatto assolutamente privo di rilievo disciplinare si risolve in abuso del mezzo utilizzato o in una frode alla legge; altri ancora hanno mediato fra le tesi opposte, che presentano entrambe profili di criticità, ed hanno evidenziato che il fatto per avere rilievo a fini disciplinari deve pur sempre essere accompagnato da un minimo di volontarietà e di colpevolezza.

La varietà delle opinioni espresse è sintomatica della complessità della questione perché se è vero che occorre misurarsi con il tenore letterale della norma, è parimenti indubbio che la stessa debba essere interpretata avendo presente che la differenziazione delle tutele deve avere una base ragionevole e razionale, in difetto della quale la normativa non sfuggirebbe ad una possibile

illegittimità costituzionale, tanto più che, una volta consolidatasi nel diritto vivente l'interpretazione dell'art. 18 alla quale prima si è fatto riferimento, occorre anche confrontarsi con la problematica, accennata all'inizio della relazione, della disparità di trattamento che l'applicazione del diverso regime giuridico può determinare con riferimento a recessi intimati nel medesimo contesto spazio-temporale.

L'approccio, quindi, non può essere quello che valorizza oltre misura il tenore letterale della locuzione "fatto materiale", per escludere l'applicazione della tutela reintegratoria in ogni ipotesi in cui la condotta sia stata realizzata nella realtà fenomenica.

Penso che si possa concordare sulla necessità che il fatto, anche se apprezzato nella sua materialità, debba essere riferito al lavoratore e che, quindi, ai fini della graduazione delle tutele alla insussistenza debba essere equiparata la addebitabilità ad altri della condotta, il che già sposta l'indagine dal piano puramente oggettivo a quello soggettivo, ossia al legame che deve sussistere fra il soggetto e l'atto che si assume che lo stesso abbia posto in essere.

Si potrebbe sostenere che questo legame non può essere apprezzato solo sul piano oggettivo perché in tanto una condotta può essere riferita all'agente in quanto quest'ultimo abbia tenuto il comportamento con coscienza e volontà.

D'altro canto il giudizio di responsabilità, a qualunque fine venga espresso, presuppone una libera determinazione del soggetto che abbia tenuto la condotta ritenuta meritevole di sanzione, sicché potrebbe apparire irragionevole una differenziazione delle tutele fra l'ipotesi del fatto non riferibile all'agente ma ad altri, e quello del fatto, che per essere stato realizzato in uno stato di incoscienza o di coartazione assoluta, finisce per essere egualmente estraneo al soggetto, sia pure sotto il profilo soggettivo, perché non espressione della sua volontà.

Inoltre poiché anche l'art. 3, al pari dell'art. 18, fa riferimento alla contestazione, come si è visto valorizzata dalla Corte di Cassazione per equiparare alla insussistenza del fatto la completa irrilevanza dello stesso sotto il profilo disciplinare, si potrebbe sostenere che detta equiparazione possa trovare ingresso anche rispetto alla nuova disciplina, con la conseguenza che, alla luce delle pronunce che hanno ricondotto l'assenza di proporzionalità alla previsione del quinto comma dell'art. 18, sfumerebbe l'effettiva portata innovativa del riferimento al fatto materiale.

È doveroso esprimersi in termini dubitativi perché non mancano argomenti a favore dell'una e dell'altra tesi con i quali la Corte di Cassazione, qualunque sarà la soluzione adottata, dovrà confrontarsi.