

Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il jobs act alla prova della giurisprudenza*

Michele De Luca

- Impostazione del tema d'indagine: Quale incidenza, sul *sistema di tutela* contro i licenziamenti, di riforme che ne modificano soltanto la disciplina della *tutela reale*? 643
1. Insussistenza del fatto contestato o del fatto materiale, nella lettura della giurisprudenza: considerazioni generali. 643
 2. Segue: la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà, perciò, luogo alla reintegrazione. 644
 3. Contenuto normativo delle riforme: limitato alla disciplina della tutela reale contro i licenziamenti, senza incidere sulla garanzia della loro giustificazione. 646
 4. Garanzia della giustificazione per qualsiasi licenziamento: coperture eurounitaria e costituzionale, coerenza con il canone ermeneutico *ab absurdo*. 648
 5. Brevi notazioni conclusive: la giustificazione per qualsiasi licenziamento – garantita da fonti sovraordinate – non è preclusa dalla contraria intenzione del legislatore storico, né può essere surrogata dall'asserito trasferimento della tutela dal rapporto al mercato del lavoro. 650

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 281/2015

Impostazione del tema d'indagine: Quale incidenza, sul *sistema di tutela* contro i licenziamenti, di riforme che ne modificano soltanto la disciplina della *tutela reale*?

Completato il quadro – con l'entrata in vigore degli otto decreti attuativi della delega – il *Jobs act* affronta, ora, la *prova della giurisprudenza*.

Ne risulta l'impostazione, che è stata data alla riforma: le innovazioni normative – con riferimento prevalente, per il momento, al regime di tutela contro il licenziamento – non sembrano tenere in considerazione adeguata il sistema giuridico nel quale sono inserite.

Ed una volta inserite nel sistema – in via interpretativa – quelle innovazioni sembrano tradire la *intenzione del legislatore storico*.

Né questa *intenzione* può essere, all'evidenza, recuperata – in via interpretativa – ostandovi il contenuto normativo delle riforme.

Mentre l'affidamento – ad una *riforma della riforma* – sembra incontrare limiti, che sono imposti da fonti sovraordinate.

1. Insussistenza del fatto contestato o del fatto materiale, nella lettura della giurisprudenza: considerazioni generali.

"*Tre parole modificatrici del legislatore e intere biblioteche diventano carta straccia*": è stato detto autorevolmente.²¹²⁰

Non possono incidere, tuttavia, sul *sistema giuridico* – nel quale le *parole modificatrici* sono inserite – quantomeno nella parte del sistema, che non risulti investita dalle *modifiche*.

Ora pare, proprio, questo il *caso* delle riforme recenti in tema di licenziamento.²¹²¹

1.1. La *insussistenza del fatto contestato* e, rispettivamente, la *insussistenza del fatto materiale* – che, previa contestazione, risulti addotto a motivazione di licenziamento disciplinare – sono, infatti, previste, quale *condizione* per l'accesso alla *tutela reale*, da entrambe le riforme.

Non ne risultano investite, tuttavia, *giusta causa* e *giustificato motivo*, quali ipotesi *tipizzate* – dal

²¹²⁰ Così, testualmente, J.H. von Kirchmann in un celebre *saggio discorso*, significativamente intitolato *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza (Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft)*, Stutgarnewd, Kohlhammer, 1938, traduzione italiana di P. Frezza, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, Pisa 1942.

²¹²¹ Si tratta, come è noto, della *legge Fornero* (n. 92 del 2012) e del decreto legislativo sul *Contratto a tutele crescenti* (decreto legislativo 81 del 2015). Vedi, per tutti: M. DE LUCA, *Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi da uno storico monito della Corte costituzionale alla recente riforma della tutela reale (legge n. 92 del 2012): principi per una lettura della riforma conforme a costituzione*, in *Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro*, n. 12, Padova, CEDAM, 2014, 109; ID., *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2013, 6, I, 1; ID., *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *Riv. It. dir. lav.* 2013, I, 3; ID., *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2015, 545. Agli stessi si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: G. AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato articolo 18 dello statuto dei lavoratori: tra giurisprudenza di legittimità e Jobs act*, RDL 2015, I, 427; C. CEIENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, *ibidem*, 377.

nostro ordinamento – della *giustificazione* che, per qualsiasi licenziamento, pare imposta dall'ordinamento dell'Unione europea.

La conciliazione – tra le *modifiche* e le *sopravvivenze* prospettate, nel nostro *sistema di tutela* contro il licenziamento – pare, quindi, alla radice della *querelle*, che la giurisprudenza sembra avviare a soluzione²¹²².

Si tratta, infatti, di stabilire se la *insussistenza* – benché riferita, esplicitamente, al *fatto contestato* o, addirittura, al *fatto materiale* – possa prescindere dalla sua *rilevanza giuridica*, che – trattandosi di *fatto*, addotto a *motivazione* di licenziamento disciplinare – si risolve nella sua *antigiuridicità*.

2. Segue: la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà, perciò, luogo alla reintegrazione.

“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, (.....). In altre parole, la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà, perciò, luogo alla reintegrazione ai sensi dell’articolo 18, quarto comma, (dello statuto dei lavoratori)”: così, testualmente, una delle due sentenze coeve più recenti.²¹²³

2.1. Le altre sentenze in esame, poi, ne ribadiscono – e ne sviluppano – le conclusioni.

A cominciare dalla sentenza coeva²¹²⁴, laddove si legge:

“Tale documento grave è parte integrante della fattispecie di illecito disciplinare in questione, onde l'accertamento della mancanza determina quella insussistenza del fatto addebitato al lavoratore, prevista, dall'articolo 18 (.....), quale elemento costitutivo del diritto al ripristino del rapporto.

Questo elemento deve infatti considerarsi esistente qualora la fattispecie di illecito, configurata dalla legge o dal contratto, sia realizzata soltanto in parte”.

Pare precisato, così, che la *parte integrante della fattispecie di illecito disciplinare* non solo è necessaria, in ogni caso, ma è anche sufficiente – ad integrarla – quando la stessa fattispecie *sia realizzata soltanto in parte*.

²¹²² Con le sentenze della Corte di cassazione, sezione lavoro – delle quali risulta estensore il Presidente titolare della sezione, Federico Roselli – n. 20640 e 20645 del 13 ottobre 2015; n. 17087 del 11 settembre 2015; n. 2692 del 11 febbraio 2015, in RIDL, 2015, II, 633, con nota di W. CHIAROMONTE, *La reintegrazione per il licenziamento disciplinare sproporzionato fra riforma Fornero e jobs act: quali margini di apprezzamento per il giudice*.

²¹²³ Vedi cass. n. 2640 del 13 ottobre 2015, cit.

²¹²⁴ Vedi cass. n. 2645 del 13 ottobre 2015, cit.

In tal senso, è stata letta²¹²⁵ – non senza contrasti²¹²⁶ – anche la prima sentenza in materia della Corte di cassazione.²¹²⁷

Né può essere, comunque, trascurata la rilevanza di tale precisazione.

Ne risulta, infatti, preclusa – anche (e, forse, soprattutto) nell'interesse del datore di lavoro – la configurabilità della *insussistenza del fatto* – nel caso di insussistenza soltanto parziale – ove il *fatto residuo* risulti, da solo, sufficiente ad integrare giusta causa o giustificato motivo di licenziamento.

2.2. Le altre sentenze in esame²¹²⁸ si concentrano, poi, sulla *proporzionalità* – quale *parte integrante* della fattispecie di illecito disciplinare, come tale indefettibile ai fini della *sussistenza del fatto* – e ne ribadiscono la differenza rispetto alla *proporzionalità* tra il *fatto sussistente* – nell'accezione prospettata – ed il licenziamento.

Coerente pare, quindi, la valorizzazione contestuale di quella *giurisprudenza risalente*, secondo cui *“la clausola di un contratto collettivo, che preveda un certo fatto quale giusta causa o giustificato motivo di licenziamento non esime il giudice dalla valutazione di proporzionalità fra il provvedimento espulsivo adottato dal datore di lavoro e la gravità del fatto addebitato all'incolpato (Cass. 4 febbraio 1983 n. 939, 2 febbraio 1990 n.690)”*.²¹²⁹

Ne risulta, infatti, sottolineato il ruolo del *diritto vivente*²¹³⁰ – trascurato, forse, dai recenti riformatori – quale fonte di formazione del nostro *sistema di tutela* contro i licenziamenti.

²¹²⁵ Vedi M. DE LUCA, *Fatto materiale e fatto giuridico nella riforma della tutela reale* contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di cassazione, in ADL, n. 6/2014, I, 1267.

²¹²⁶ Cass. N. 20640 del 2015, cit., infatti, la considera – *parenteticamente*, quanto apoditticamente – un *caso di insussistenza materiale del fatto contestato*, sebbene la *insussistenza parziale* fosse stata, in tal *caso*, ritenuta sufficiente – per l'accesso alla tutela reale – solo in quanto il *fatto residuo* è stato ritenuto, da solo, insufficiente ad integrare giusta causa o giustificato motivo di licenziamento: vedi M. DE LUCA, *Fatto materiale e fatto giuridico...* cit.

²¹²⁷ Vedi Cass. n. 23669 del 6 novembre 2014, in Foro it., 2014, I, 3418, con nota di DE LUCA; MGL 2014, 874, con nota di VALLEBONA; Giur. it., 2014, 2788, con nota di FIORILLO; Lavoro giur., 2015, 152, con nota di BUCONI; Riv. giur. lav., 2015, II, 271 (m), con nota di CALVELLINI; Riv. it. dir. lav., 2015, II, 25, con nota di DEL PUNTA, MARTELLONI; Lavoro e prev. oggi, 2015, 215, con nota di VICECONTE; Dir. relazioni ind., 2015, 229 (m), con nota di FERRANTE.

²¹²⁸ Vedi Cass. n. 17087 e 2692 del 2015, cit.

²¹²⁹ Così, testualmente, Cass. n. 17087 del 2015, cit.

²¹³⁰ Sul *diritto vivente* – nella accezione accolta dalla Corte costituzionale – vedi, per tutti: G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', Giustizia costituzionale, Bologna, Il Mulino, 2012, 371 ss; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, 285 ss.; ID., *La dottrina costituzionale del diritto vivente*, Giur. Cost., 1986, I, 1148; R. LENZI, G. NAVONE, e G. PERLINGIERI, *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza* - Saggi su art. 28 l. not. e funzione notarile oggi, a cura di PAGLIANTINI S., Giappichelli, Torino, 2011, pag. VIII-156,00; V. CARBONE., Le difficoltà dell'interpretazione giuridica nell'attuale contesto normativo: il diritto vivente. Corriere giur. 2011, 183; A. S. BRUNO e M. CAVINO (a cura di), *Esperienze di diritto vivente - La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Milano, Giuffrè, 2011, *passim*; G. ALPA G., *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*. Sociologia dir. 2008, fasc. 3, 37V. V. SPEZIALE., *La giurisprudenza del lavoro ed il «diritto vivente» sulle regole interpretative*, Giornale dir. Lav. Relazioni ind.2008, 613; S. CHIARLONI ed altri, *La giustizia civile tra nuovissime riforme e diritto vivente*, Giur. It. 2009, I, 1599; S. EVANGELISTA, e G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*. Foro it., V, 82; A. ANZON, *Il giudice a quo e la corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente* (Nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138). Giur. Cost. 2008, 1082; ID., *La Corte costituzionale e il diritto vivente*, Giur. cost. 1984, I, 304; M. R. MORELLI, *Il diritto vivente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giust. Civ., 1995, I, 149...

2.3. Le sentenze esaminate²¹³¹ – benché siano state adottate con riferimento alla *legge Fornero* (n. 92 del 2012) – sembrano applicabili, tuttavia, anche alla riforma più recente del regime di tutela contro i licenziamenti (decreto legislativo 81 del 2015, in materia di *contratto a tutele crescenti*).²¹³²

La *ratio decidendi* – comune alle stesse sentenze – riposa, infatti, sul rilievo – all'evidenza, riferibile ad entrambe le riforme – che *“la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà, perciò, luogo alla reintegrazione (...)”*.²¹³³

Soccorre, tuttavia, il contenuto normativo delle stesse riforme, nella parte che – per quel che qui interessa – risulta comune ad entrambe.

3. Contenuto normativo delle riforme: limitato alla disciplina della tutela reale contro i licenziamenti, senza incidere sulla garanzia della loro giustificazione.

Le due riforme, infatti, non hanno modificato – per quel che qui interessa – le *norme sui licenziamenti individuali* (legge n. 604 del 1966), laddove stabiliscono che *“il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del Codice civile o per giustificato motivo”*.²¹³⁴

Né può sfuggirne il rilievo al fine del discrimine – tra *tutela reintegratoria*, appunto, e *tutela meramente indennitaria* – per licenziamenti disciplinari *illegittimi*.²¹³⁵

3.1. Intanto – anche dopo le riforme – *“il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del Codice civile o per giustificato motivo”*.²¹³⁶

C'è da domandarsi, quindi, se il giudice possa prescindere, ai fini dell'accesso alla *tutela reintegratoria*, da qualsiasi scrutinio circa la *sussunzione* del fatto – addotto a motivazione del licenziamento – nella clausola generale di giusta causa o di giustificato motivo.

La risposta negativa pare imposta, tuttavia, dalla permanente vigenza della disposizione ricordata.

Infatti la negazione della *tutela reintegratoria* – nel caso di licenziamento disciplinare *motivato* da

²¹³¹ Vedi n. 20640 e 20645 del 13 ottobre 2015; n. 17087 del 11 settembre 2015; n. 2692 dell'11 febbraio 2015, cit.

²¹³² Non è un caso che la prospettata estensione – alla più recente riforma del regime di tutela contro i licenziamenti (decreto legislativo 81 del 2015, in materia di *contratto a tutele crescenti*) – sia sostenuta, con riferimento alle stesse sentenze esaminate nel testo (Cass. 20540 e 20545 del 2015, cit.), da fonti – non sospettabili di posizioni *pregiudizialmente pro labour* – quali:

- P. ICHINO, *Già due sentenze della cassazione sulla nuova disciplina dei licenziamenti* (in *pietroichino.it*, newsletter n. 366 del 2 novembre 2015), laddove si legge: *“interpretano la nuova disciplina, al pari della legge Fornero del 2012, equiparando la contestazione di un comportamento lecito alla insussistenza del fatto contestato, ai fini della reintegrazione nel posto di lavoro: un orientamento ragionevole”*;

- M. BIOLCHINI, S. FANTINELLI, *Licenziamento solo se il fatto è rilevante* (in *Il sole* 24 ore, 27 ottobre 2015, pag. 45), laddove si legge: *“La Corte ha pertanto fornito una nuova interpretazione di cosa debba intendersi per “fatto materiale” ai sensi dell'articolo 18 dello statuto dei lavoratori che (.....) 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 anche una rilevanza giuridica e un carattere illecito”*.

²¹³³ Così, testualmente, Cass. n. 2640 del 13 ottobre 2015, cit.

²¹³⁴ Articolo 1, in relazione all'articolo 3 della stessa legge ed all'articolo 2119 c.c.

²¹³⁵ Vedi, per tutti, M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, spec. § 3, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

²¹³⁶ Articolo 1 legge n. 604 del 1966, in relazione all'articolo 2119 c.c. ed all'articolo 3 della stessa legge, cit., appunto).

fatto lecito – equivale a *legittimazione* del licenziamento *ad nutum*.

Resta, tuttavia, da comporre il *conflitto apparente* tra la proposta conclusione e l'esplicito collegamento della *tutela reintegratoria* alla *insussistenza del fatto – contestato* e, rispettivamente, *materiale* (nella legge 92/2012 e nella riforma successiva) – addotto a motivazione del licenziamento disciplinare, restando soltanto la *tutela indennitaria* per ogni altro caso di *licenziamento ingiustificato*.

3.2. Intanto non si può, all'evidenza, prescindere dalla *sussunzione* dello stesso *fatto* – nella clausola generale della giusta causa o del giustificato motivo – senza che ne risulti posto in discussione il doveroso rispetto della disposizione – non investita dalla riforma – secondo cui *“il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (...) o per giustificato motivo”*.

Tuttavia pare, all'uopo, sufficiente che ne risulti integrato soltanto il *nucleo essenziale*.

In altri termini, *“qualunque definizione si dia del “fatto” richiesto per concedere o escludere la reintegra, questo resta sempre giuridico, in quanto assunto dall’ordinamento a fatto produttivo di un effetto rilevante al suo interno. Rimane che tale “fatto” deve essere selezionato nell’ambito della definizione di giusta causa o giustificato motivo soggettivo o oggettivo, secondo un processo selettivo condotto dal più al meno, che liberi per così dire il loro “nucleo essenziale”*.²¹³⁷

Di conseguenza, resta la *tutela meramente indennitaria* – in coerenza con il tenore letterale delle riforme – nelle ipotesi in cui lo stesso *fatto* non costituisca giusta causa o giustificato motivo, pur sussistendone il *nucleo essenziale*.

3.3. Peraltro le soluzioni disattese mal si conciliano con le garanzie che risultano assicurate da fonti sovraordinate: l'ordinamento dell'Unione europea si coniuga – in tale prospettiva – con la nostra costituzione.

Coerentemente, la soluzione proposta – oltre a risultare coerente con il tenore letterale delle riforme – pare funzionale, altresì, alla loro *interpretazione conforme* alle prospettate fonti sovraordinate (l'ordinamento dell'Unione europea, appunto, e la nostra costituzione).

²¹³⁷Così, testualmente, F. CARINCI, *Il licenziamento economico individuale nel contesto dell'articolo 18 statuto*, in S. BRUSATI, E. GRIGNOLI (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, Atti del seminario «in onore di Michele De Luca», organizzato dalla Università di Parma – Dipartimento di giurisprudenza (Parma, Aula magna, 19 aprile 2013), *Quaderno di Argomenti di diritto del lavoro* n. 12, Padova, CEDAM, 2014, 79 ss., spec. § 8, 94, 95.

Nello stesso senso, in precedenza, vedi: M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghitesse: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3, laddove si legge: *“la insussistenza o la manifesta insussistenza – che legittima l'accesso alla tutela (anche) reintegratoria – non può non riguardare il difetto – nel medesimo fatto – di elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo”*; ID., *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, cit.

In senso conforme – quantomeno sulla tesi del *fatto giuridico* – vedi R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: problemi del nuovo articolo 18*, cit. ed, ivi, riferimenti conformi a nota 96.

4. Garanzia della giustificazione per qualsiasi licenziamento: coperture eurounitaria e costituzionale, coerenza con il canone ermeneutico *ab absurdo*.

In principio, è la garanzia – imposta dalla *Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea* (articolo 30, paragrafo 1) – del diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*.²¹³⁸

Lo stesso valore giuridico dei trattati, nelle materie di competenza dell'Unione²¹³⁹ – che viene riconosciuto alla *Carta* (articolo 6, paragrafo 1, TUE) – ne comporta, poi, la *prevalenza* rispetto a qualsiasi fonte degli ordinamenti interni.²¹⁴⁰

Mentre il contenuto normativo, immediatamente precettivo, della disposizione – che reca la garanzia del diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* (articolo 30, paragrafo 1) – concorre ad integrarne la *efficacia diretta* – anche *orizzontale* – e, quindi, a comportare l'applicazione della stessa garanzia in luogo delle disposizioni interne confliggenti.²¹⁴¹

Palesamente coerente risulta, tuttavia, la disposizione del nostro ordinamento interno – secondo cui “il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (...) o per giustificato motivo” – come l'interpretazione e le implicazioni, che ne sono state ricavate.

4.1. Alla stessa conclusione conduce, altresì, la interpretazione *conforme a costituzione*²¹⁴².

Ne risulta, infatti, il contrasto – con il principio di uguaglianza (art. 3 cost.), anche sotto il profilo della *ragionevolezza* – della soluzione disattesa, laddove la scelta – fra *tutela reintegratoria* e *tutela indennitaria* – è fatta dipendere, in via esclusiva, dalla *sussistenza del fatto* – addotto a *motivazione* del licenziamento – mentre prescinde dalla *gravità del fatto* medesimo e, segnatamente, dalla sua sussunzione nella *clausola generale di giusta causa* o di *giustificato motivo*.

²¹³⁸ Vedi M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, spec. § 5; ID., *Diritti dei lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2013, 941 ed in C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.it-211/2014, spec. 1.5. ss., 1.8 e nota 22. Ad entrambi si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde C. Celentano, *op. cit.*

²¹³⁹ Quale, nella specie, la competenza attribuita all'Unione europea in materia di “protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro” (art. 5 in relazione all'art.153, par. 1, lett. d, TUE).

²¹⁴⁰ Vedi Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80 (con note di Antonio Ruggeri, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; Alberto Randazzo, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, nella Rubrica “Studi” di *Consulta OnLine*) – che richiama pronunce conformi della Corte di giustizia – secondo cui la Carta non costituisce “uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (tra le più recenti, *ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, Mariano*) che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (*sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, McB*²¹⁴⁰; *ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, Krasimir e altri*)”.

Nello stesso senso, vedi, altresì, Corte costituzionale 11 novembre 2011, n. 303, spec. § 4.2.2., concernente la disciplina dei contratti di lavoro a tempo determinato, recata dal c.d. *collegato lavoro* (legge n. 183 del 2010, articolo 32, commi 5 e 6).

²¹⁴¹ In senso contrario, pare, tuttavia, L. CALCATERRA, *Diritto del lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e costituzione italiana a confronto*, in WP C.S.D.L.E. “massimo D’Antona”, 58/2008, che – prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – sembra riposare, essenzialmente, su argomentazioni contrarie rispetto a quelle esposte nel testo e fondate, appunto, sul trattato (art. 6 e 153).

²¹⁴² Sul punto, vedi M.DE LUCA, *L'interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, cit.; I. CIOLLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a costituzione*, cit.; E. LAMARQUE, *The Italian Courts and interpretation in conformity with the constitution, EU law and the ECHR*, cit.i.

Proposta con riferimento alla *legge Fornero*²¹⁴³, la stessa conclusione può essere estesa, tuttavia, alla riforma più recente (di cui al decreto legislativo n. 81 del 2015).²¹⁴⁴

4.2. Nè può essere trascurato che, a sostegno della soluzione prospettata, sembra soccorrere il *canone ermeneutico* – e, ad un tempo, *argomento interpretativo – ab absurdo* (o *apagogico*).²¹⁴⁵

Ho avuto occasione di proporlo²¹⁴⁶ – sin dagli albori, per così dire, del dibattito sulla *riforma della tutela reale*.²¹⁴⁷ – ma sembra conservare, tuttora, piena validità.

Infatti l'opzione ermeneutica disattesa comporterebbe l'esito – all'evidenza *assurdo* – che la *tutela reintegratoria* sarebbe negata nel caso in cui – a motivazione di licenziamento disciplinare – fosse addotto un *fatto lecito*.

Infatti ne risulterebbe la *sussistenza*, presumibilmente ammessa dallo stesso lavoratore licenziato.²¹⁴⁸

²¹⁴³ Vedi M. DE LUCA, *op. ult. cit., spec. § 3.3. ss.*

²¹⁴⁴ Con riferimento alla quale, vedi G. AMOROSO, *op. cit., spec. 350-351*, laddove – nel condividere la soluzione disattesa nel testo – osserva:

“Si tratta di una scelta del legislatore delegato (.....) che chiama in causa, semmai, la verifica di conformità a parametri costituzionali (innanzi tutto, all'articolo 3, comma 1, della costituzione) perché non appare evidente – anzi, forse, appare dubbia – la ragionevolezza di accordare una tutela minore (quella indennitaria) in una fattispecie in cui il vizio del licenziamento è massimo e radicale – per essere il fatto contestato, prima ancora della verifica della sua sussistenza/insussistenza, inidoneo in generale a fondare il licenziamento disciplinare – rispetto alla fattispecie, in cui il vizio è meno evidente in quanto implica una valutazione delle risultanze di causa in ordine alla sussistenza/insussistenza del fatto contestato e non di meno, ove il datore di lavoro non riesca a provare la sussistenza del fatto contestato, è accordata al lavoratore illegittimamente licenziato la tutela maggiore (quella reintegratoria)”.

Resta da domandarsi, tuttavia, perché mai non sia stata sperimentata – in alternativa alla questione di legittimità costituzionale – la soluzione proposta nel testo, quantomeno, sotto il profilo della *interpretazione conforme a costituzione*

²¹⁴⁵ Sull'argomento *ab absurdo* (o *apagogico*) di interpretazione della legge, vedi G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 369.

²¹⁴⁶ vedi: M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese. riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3.3, 13; ID., *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, cit., spec. § 2.4., 10.

²¹⁴⁷ Vedi V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 165/2012, pubblicato, con il diverso titolo *Il licenziamento per giusta causa eggiustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, Cacucci, 2013, spec. nota 77, laddove si legge: *“L'argomentazione del “fatto lecito” è stata espressa da Michele De Luca, Presidente titolare della Sezione Lavoro della Casazione, nel suo intervento orale al Convegno nazionale AGI (Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro: competizione versus garanzie?), svoltosi in Ancona nei giorni 26 e 27 Ottobre (2012)”.*

Tuttavia la stessa *argomentazione* è stata proposta in data precedente, addirittura, prima della pubblicazione della legge di riforma (legge 28 giugno 2012, n. 92, in Suppl. ordinario n. 136 alla Gazz. Uff., 3 luglio 2012, n. 153): vedi M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese. riflessioni su un compromesso necessario*, loc. ult. cit., che *ripropone, in sintesi, la rielaborazione – tra l'altro – della relazione conclusiva al Convegno nazionale sul tema Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro, organizzato dal Centro nazionale studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano (Pescara-Montesilvano, 11-12 maggio 2012)*.

²¹⁴⁸ Né rientrerebbe, all'evidenza, *“tra le condotte punibili con una sanzione conservativa (...)”*, integrando, così, la *condizione concorrente* – nella *riforma fornero* – ai fini dell'accesso alla *tutela reintegratoria*.

5. Brevi notazioni conclusive: la giustificazione per qualsiasi licenziamento – garantita da fonti sovraordinate – non è preclusa dalla contraria intenzione del legislatore storico, né può essere surrogata dall'asserito trasferimento della tutela dal rapporto al mercato del lavoro.

Sono agevoli, a questo punto, brevi notazioni conclusive.

Le *tre parole del legislatore* delle due riforme (*insussistenza del fatto contestato*, appunto, ed *insussistenza del fatto materiale*) hanno, bensì, *modificato* – con *tecniche legislative* diverse²¹⁴⁹ – la disciplina legale della *tutela reale*.

Non hanno inciso, tuttavia, sul sistema di tutela contro i licenziamenti, nella parte in cui stabilisce – con disposizione conforme, per quanto si è detto, all'ordinamento dell'Unione europea – che *“il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (...) o per giustificato motivo”*.

Tanto basta per concludere che la *insussistenza del fatto* – quale *condizione* per l'accesso alla *tutela reintegratoria*, stabilita da entrambe le riforme – non può prescindere dalla sussunzione dello stesso *fatto* – nel *nucleo essenziale* della giusta causa o del giustificato motivo – senza che ne risulti *legittimata* la recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro.

Le sentenze prese in esame sembrano condividere tale conclusione e meritano, quindi, seguito coerente nella giurisprudenza.

5.1. Non rileva, in contrario, la circostanza che ne possa risultrarne frustrata la *intenzione del legislatore storico*, che pare volta a perseguire una *rivoluzione copernicana*.²¹⁵⁰

Né questa *intenzione* può essere, all'evidenza, recuperata in via interpretativa, ostandovi – per quanto si è detto – il contenuto normativo di entrambe le riforme.

Mentre l'eventuale affidamento – ad una *riforma della riforma* – incontrerebbe limiti, che sono imposti – come pure si è detto – da fonti sovraordinate (l'ordinamento comunitario si coniuga, in tale prospettiva, con la nostra costituzione).

5.2. Peraltro, parimenti non sembra rilevare, in contrario, neanche l'asserito – e, sia detto per inciso, ancora inattuato – trasferimento della *tutela* dal rapporto al mercato.

Sembrano ostare, infatti, univoche suggestioni, provenienti dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.²¹⁵¹

²¹⁴⁹ Vedi M. DE LUCA, Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi, cit., spec.549 ss.

²¹⁵⁰ Ripetutamente *promessa* – o *minacciata*, secondo altra prospettiva – dal Presidente del consiglio dei ministri (vedi, per tutti, N. COTTONE, Renzi: *“Jobs act rivoluzione copernicana. Mille proroghe più light della soria”*, in Il Sole 24 ore, 24 dicembre 2014) ed emergente dai lavori preparatori (vedi, per tutti, riferimenti in M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese. riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3,6, ss)

²¹⁵¹ Sia pure con riferimento alla *parità di trattamento per i disabili in materia di occupazione e di condizioni di lavoro* (articolo 5 della direttiva 2000/78), la Corte di giustizia (sentenza 4 luglio 2013, in causa C-312/11), infatti, ha così concluso (punto 62):