

## Dal «fatto» al «fatto materiale» nel licenziamento disciplinare post d.lgs. n. 23/2015: spunti interpretativi di “importazione”\*

Riccardo Vianello

1. Breve premessa.	243
2. La questione: dal «fatto» al «fatto materiale».	244
3. Dicotomie interpretative dottrinali e univoci approdi giurisprudenziali: la scelta di campo della Cassazione dinanzi al novellato art. 18, co. 4, St. lav.	248
4. Fatto storico-naturalistico e fatto giuridico: uno sguardo al dibattito giurisprudenziale in sede penale.	254
5. Il «fatto» come «accadimento materiale» («fatto storico-naturalistico»), «scomposto nella triade di condotta, nesso di causalità, ed evento naturalistico», nella lettura di Corte cost. n. 200 del 21 luglio 2016.	259
6. La non coincidenza della nozione di «fatto» nel diritto processuale penale e nel diritto penale sostanziale: alle origini di un equivoco?	262
7. «Fatto materiale» e valutazione nel delitto di false comunicazioni sociali: coesistenza o incompatibilità?	264
8. Dal «fatto contestato» al «fatto materiale contestato»: quali insegnamenti trarre da un film già visto?	271
9. «Fatto materiale contestato», ampiezza della valutazione giudiziale e probabile illusorietà dell'obiettivo “anti-discrezionale” perseguito dal d.lgs. n. 23/2015: qualche riflessione di chiusura, a mo' di pronostico sulla “digestione” del concetto di “materialità” e sul futuro (e probabilmente immutato) orientamento della giurisprudenza di legittimità.	285

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 361/2018

## 1. Breve premessa.

L'esesesi, in ottica disciplinare, della nozione di «fatto» (con tutte le difficoltà che già l'uso del singolare comporta<sup>914</sup>) e la riflessione in merito alla sua successiva qualificazione tramite l'utilizzo dell'aggettivo «materiale», avvenuta dapprima in via ermeneutica e poi in virtù di espresso intervento normativo, rappresentano questioni che, dal 2012 a oggi, hanno quasi invaso le cronache dottrinali (e in parte, anche se paradossalmente in minor misura, giurisprudenziali), alimentando un intenso, quanto singolare, dibattito<sup>915</sup>: intenso per la quantità e la qualità dei contributi che si sono via via accumulati, spesso percorrendo peraltro, sia pure in direzioni confliggenti, i medesimi sentieri interpretativi; singolare per via del convincimento circa la novità delle problematiche affrontate, che, in realtà, è tale solo se valutata entro l'ambito della materia giuslavoristica, e, più in particolare, entro il perimetro delineato dagli artt. 18, co. 4, St. lav., e 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015.

E, in effetti, temi quali la definizione del concetto di «fatto» (in senso puramente “materiale” oppure “giuridico”) e la pretesa di circoscriverne i confini in termini rigorosamente storico-naturalistici, aggettivandolo come «materiale», lungi dal rappresentare una novità, costituiscono topoi piuttosto frequentati in altri contesti normativi, certo diversi dal diritto del lavoro, ma che offrono indubbiamente spunti per immaginare fertili occasioni di contatto, specie là dove si discute di *potestas puniendi* latamente intesa, e, a monte, di rilevanza, a fini sanzionatori, di determinati comportamenti ritenuti meritevoli di censura, e soprattutto là dove ci si interroghi in merito all'opportunità di sottrarre il più possibile (o, almeno, nei limiti del possibile) all'organo giudicante buona parte della discrezionalità valutativa che è insita nell'atto stesso del giudicare.

Naturalmente non sfugge una certa qual ritrosia (talvolta apertamente manifestata<sup>916</sup>, talaltra inconsapevole perché semplicemente frutto di pigrizia argomentativa) nei confronti della contaminazione tra diversi rami dell'ordinamento<sup>917</sup>. Ciò, però, non pare motivo bastevole per sottrarsi al confronto, vuoi perché una koinè non solo lessicale, ma anche concettuale è tutt'altro che ingiustificata, vuoi perché, anche per chi voglia limitarsi a volare più basso, è comunque utile osservare, sia pure in contesti diversi, quali possono essere le conseguenze interpretative ricavabili a) dall'attribuzione a un certo concetto (ai fini che qui interessano: di «fatto» prima, e di «fatto materiale» poi) di un determinato significato, b) dall'evoluzione normativa di un concetto, analizzata attraverso la particolare prospettiva offerta dalla sua aggettivazione (probabilmente pensata e voluta *ad excludendum*<sup>918</sup>), c) dalla finalità che induce il legislatore a intervenire per circoscrivere significato e portata di un concetto.

<sup>914</sup> In proposito v.: CARINCI F., *Complimenti, dottor Frankenstein. Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 19; CESTER C., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti individuali: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, pp. 569-570, e ID., *Le tutele*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da PERSIANI M. e CARINCI F., vol. V, *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato* a cura di GRAGNOLI E., Padova, 2017, p. 957.

<sup>915</sup> Secondo alcuni, peraltro, del tutto inutile, quanto meno ai fini della distinzione fra tutela reintegratoria e risarcitoria: così RIVERSO R., *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 965 ss.

<sup>916</sup> V., ad esempio, molto esplicitamente RIVERSO R., *op. ult. cit.*, p. 965.

<sup>917</sup> Afferma che «tra i vari ordinamenti giuridici (civile, penale, amministrativo) la relazione sia osmotica», senza, però, trarne particolari conseguenze interpretative (salvo, poi, differenziare l'accertamento del fatto in ambito penale e lavoristico), RICCHEZZA V., *Il decreto legislativo n. 23/2015: ambito di operatività e licenziamento per giusta causa*, in *Dir. relaz. ind.*, 2015, p. 1019 e p. 1027.

<sup>918</sup> Come si avrà modo di rilevare nelle pagine successive, allorché sarà esaminato l'uso che della medesima nozione viene fatto in altri settori dell'ordinamento, si tende a dire che «il richiamo al fatto materiale ha solo la portata di escludere le opinioni di natura soggettiva, i pronostici, le previsioni, ma non certo quelli che sono i dati di realtà sulla base dei quali le opinioni, i pronostici o le previsioni sono elaborati ed offerti e dai quali traggono la loro attendibilità»: così ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna,

Se, dunque, l'operazione cui ci si accinge appare nuova nei presupposti e nei possibili sviluppi, specie in sede di analisi della regolamentazione delle conseguenze del licenziamento disciplinare ingiustificato, è verosimilmente perché è stato dimenticato l'insegnamento di quel Maestro che, posta la perspicua distinzione tra accertamento dei fatti e valutazione in termini di rilevanza giuridica della fattispecie, osservava che una cosa è «accertare l'esistenza concreta di un fatto per se stessa», altra cosa è compiere quell'operazione per indagare «la sussumibilità del fatto sotto la legge»<sup>919</sup>: un insegnamento la cui eco ci pare sia rinvenibile solo in un passaggio della motivazione della (nel contempo enfaticata e bistrattata) sentenza della Corte di Cassazione n. 23669/2014 e soprattutto, in precedenza, in quell'elegante costruzione di autorevole dottrina che ha teorizzato la distinzione tra il giudizio sulla sussistenza/insussistenza del fatto nella sua dimensione storico-naturalistica (cioè «in base all'elementare distinzione tra l'essere ed il non essere») e «la qualificazione del fatto quale giusta causa o giustificato motivo»<sup>920</sup>.

## 2. La questione: dal «fatto» al «fatto materiale».

Tra le questioni che hanno maggiormente animato il dibattito successivo all'introduzione del contratto a tutele crescenti spicca, anche in virtù della cospicua dote ereditata dalla “legge Fornero” del 2012, quella riguardante l'interpretazione del concetto di «fatto materiale» (o, più correttamente secondo alcuni, di «fatto materiale contestato al lavoratore», con voluta accentuazione della “contestazione” rispetto alla “materialità”): concetto che delinea i contorni della fattispecie di cui all'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 (riguardante – come noto – le «ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa»), e l'«insussistenza» del quale comporta l'annullamento del licenziamento e la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotti *aliunde perceptum* e *aliunde percipiendum*.

2010, p. 280. Sul diverso versante giuslavoristico, per una lettura del «fatto» come «comportamento concreto tenuto dal lavoratore, commissivo od omissivo, da accertare “in natura”», e con esclusione di «ogni valutazione o qualificazione, lasciata al successivo momento dello *ius dicere*», v. CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 956.

<sup>919</sup> GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, p. 162.

<sup>920</sup> MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, p. 438 ss. (e, in particolare, p. 440), cui aderiscono PESSI R., *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 31; DE LUCA TAMAJO R., *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, *ibidem*, 2015, p. 272 ss.; e ID., *(In)sussistenza del fatto e canone di proporzionalità del licenziamento disciplinare*, in CARUSO B. (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. *Collective Volumes - 7/2017*, p. 72 ss.; RIVERSO R., *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, cit., p. 963, e (quanto al mantenimento del giudizio bifasico dopo il d.lgs. n. 23/2015) ID., *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd Jobs Act*, in *Questione giustizia*, n. 3/2015, p. 16. Pare, invece, teorizzare una sorta di giudizio trifasico l'ordinanza di Trib. Bologna 24 luglio 2013 (in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, p. 153 ss., con nota di DE SALVIA A., *Ancora sulle conseguenze sanzionatorie in caso di licenziamento disciplinare illegittimo dopo la legge n. 92/2012*), la quale distingue, muovendo dalla contestazione, la ricostruzione della dimensione storica del fatto addebitato al lavoratore, l'accertamento dell'effettiva esistenza del fatto contestato e la sua riferibilità, tenendo conto della regola sull'onere della prova posto a carico del datore di lavoro dall'art. 5, l. n. 604/1966, e, infine, la verifica della sussumibilità del fatto nella nozione astratta di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo. Sullo sdoppiamento tra l'accertamento della legittimità o no del licenziamento e l'individuazione delle conseguenze sanzionatorie v. altresì CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 1075 ss.

La disposizione rappresenta, per *communis opinio*, la (in)naturale evoluzione di quanto previsto dal 4° comma dell'art. 18 St. lav., come novellato dall'art. 1, co. 42, lett. b), l. n. 92/2012<sup>921</sup>, che, sempre trattando della medesima tipologia di licenziamento, utilizza in rapida sequenza il concetto di «fatto contestato» insussistente e di «fatto rientra[n]te tra le condotte punibili con una sanzione conservativa [...]», prospettando, in caso di ingiustificatezza del licenziamento, un apparato sanzionatorio pressoché analogo (annullamento del licenziamento nonché condanna del datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria)<sup>922</sup>. Ed è disposizione vistosamente influenzata dall'insoddisfazione del legislatore circa l'accoglienza riservata dagli interpreti (giudici di merito, *in primis*), appunto, al testo dell'art. 18 scaturito dalla «riforma Fornero» e soprattutto alla *ratio* a esso sottesa, innegabilmente volta a emarginare (o, meglio, a eliminare) la discrezionalità del giudice nelle ipotesi di sussistenza del «fatto contestato», relegandone l'esercizio, ai sensi del comma 5, ai soli casi di ingiustificatezza del licenziamento (per difetto degli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa) diversi da quelli di cui al comma 4: e ciò secondo una logica magari anche opinabile, ma tutto sommato lineare (almeno negli intendimenti del legislatore del 2012) perché ispirata al principio secondo cui se il «fatto» sussiste (l'offesa, la sottrazione di beni, l'aggressione al datore di lavoro o ai colleghi, la detenzione e l'uso di sostanze stupefacenti, in generale l'adozione di comportamenti più o meno sconvenienti, talvolta attinenti alla sfera sessuale<sup>923</sup>), ma comunque non

<sup>921</sup> Scettico circa la possibilità di trovare una «soluzione finale convincente, nonostante l'acuirsi dell'indagine e contributi impegnativi», già in relazione all'art. 18, co. 4, si mostra GRAGNOLI E., *Alcuni recenti sviluppi del dibattito sul licenziamento per inadempimento nel dialogo con la giurisprudenza*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, p. 920. PERSIANI M., *Presentazione*, in CARUSO B. (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali*, cit., p. 4, ricorda, poi, che l'art. 3 non è norma interpretativa dell'art. 18; parla non di «norma», ma di «lettura interpretativa» PESSI R., *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, cit., p. 30, secondo cui il Governo avrebbe inteso «educare» la magistratura» per indurla, tramite il decreto d.lgs. n. 23/2015, a ritornare alla *ratio* originaria della riforma del 2012, «recuperando, ai fini della concessione o meno della reintegra, la centralità della sussistenza o della insussistenza del fatto materiale posto alla base della risoluzione del rapporto» (negli stessi termini CHIETERA F., *Il fatto nel licenziamento disciplinare tra legge Fornero e Jobs Act 2*, in GHERA E. - GAROFALO D. (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Bari, 2015, p. 133, e soprattutto PISANI C., *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in PESSI R., PISANI C., PROIA G., VALLEBONA A., *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015, p. 26). SAMBATI S., *La qualificazione del "fatto" nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del "dialogo" aperto dal legislatore delegato*, in FIORILLO L. - PERULLI A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Torino, 2015, p. 186 si limita a formulare l'auspicio che l'art. 18 St. lav. venga letto alla luce delle disposizioni del d.lgs. n. 23/2015. Solo con una certa dose di ottimismo può, perciò, sostenersi che la nuova disciplina di cui all'art. 3, d.lgs. n. 23/2015 «si segnala per la sua chiarezza, sia terminologica che sistematica, contrariamente a quanto è avvenuto per la riscrittura dell'art. 18, legge n. 300/1970 a seguito della legge n. 92/2012»: così FIORILLO L., *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in FIORILLO L. - PERULLI A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, cit., p. 106.

<sup>922</sup> Art. 18, co. 4: «Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, [...]».

<sup>923</sup> Per evitare di prendere subito posizione in merito alla diatriba, a tratti stucchevole (PERSIANI M., *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo: limiti al potere del datore di lavoro e articolazione delle tutele*, in *Quaderni di Arg. dir. lav.* ordinati da PERSIANI M. e CARINCI F., *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti - Seminario in onore di Michele De Luca* a cura di BRUSATI S. e GRAGNOLI E., n. 12, 2014, p. 18, la definisce «oziosa, se non sterile»; conf. DEL PUNTA R., *Il "fatto materiale": una riflessione interpretativa*, in *Labor*, 2016, p. 343, e CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 1079), tra i sostenitori rispettivamente della tesi del «fatto materiale» e del «fatto giuridico», omettiamo volutamente qualunque riferimento alla *rubrica legis* di possibili reati: ciò che rischierebbe di ringalluzzire immediatamente, e perciò intempestivamente, la tesi del «fatto giuridico», peraltro sulla base di argomenti abbastanza irrilevanti. Sulla necessità di porre una particolare attenzione nella scelta delle parole in sede di contestazione disciplinare prima, e di licenziamento poi, v., ad esempio, la vicenda risolta da Cass. 22 marzo 2011, n. 6499, in cui è stato ritenuto illegittimo il licenziamento che, facendo seguito ad una contestazione disciplinare relativa alla constatazione di un «ammanco» di un certo quantitativo di merce semilavorata in oro, aveva richiamato altra ipotesi del CCNL, relativa al «furto» in azienda (in realtà dalla lettura della sentenza si

possono dirsi integrati gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa (evidentemente per motivi diversi da quelli di cui al comma 4<sup>924</sup>), ci potrà essere margine per il risarcimento (compreso tra un minimo e un massimo discrezionalmente determinabile dal giudice, fatto salvo l'«onere di specifica motivazione»), ma non per la reintegrazione.

Del resto, che il cuore della vicenda interpretativa risieda nella battaglia per il mantenimento/sottrazione (o, quanto meno, limitazione) della discrezionalità di giudizio<sup>925</sup> (in funzione della preservazione del massimo ambito di applicazione della tutela reintegratoria<sup>926</sup>, e quindi, secondo una certa opinione, in contrasto con l'intenzione del legislatore del 2012 di «escludere la tutela reale in tutti i casi di licenziamento intimato a fronte di un fatto disciplinarmente rilevante»<sup>927</sup>) lo si desume chiaramente dalla lettura della motivazione dell'ordinanza bolognese<sup>928</sup> che, per prima,

---

desume che la contestazione disciplinare riguardava la «constatazione di un “ammancio” di un certo quantitativo di merce semilavorata in oro – che avrebbe dovuto essere conservata in una cassetta di sicurezza di cui il lavoratore aveva la chiave – del quale non era stato in grado di fornire giustificazione», mentre «nella lettera di licenziamento veniva richiamata l'ipotesi di cui all'art. 23 lett. B del CCNL, relativa al furto in azienda»: il che consente al giudice di rilevare l'introduzione di «circostanze nuove e diverse rispetto a quelle originariamente contestate», cioè «la riconducibilità del fatto “esclusivamente” alla persona del lavoratore».

<sup>924</sup> Dunque, salvo vanificare il senso della distinzione tra i commi 4 e 5 dell'art. 18, per motivi che non possono consistere nella insussistenza del fatto contestato o nella riconducibilità del fatto tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi oppure dei codici disciplinari applicabili. Giunge, invece, a conclusioni diametralmente opposte, muovendo dall'esempio del furto, RIVERSO R., *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, cit., p. 977, il quale, peraltro, elabora un ragionamento difficilmente riproponibile nel nuovo contesto del d.lgs. n. 23/2015, e che, per l'esito cui conduce, spiega bene, sul piano – potrebbe dirsi – delle scelte politiche, il senso del tentativo di espungere il giudizio di proporzionalità: giudizio che (come ricordato da LISO F., *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in VALLEBONA A. (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, n. 1/2012, p. 47) può condurre a risultati diversi da quelli ipotizzati dalla contrattazione collettiva.

<sup>925</sup> Lo colgono lucidamente e senza remore RIVERSO R., *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, cit., p. 969, nonché MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, cit., p. 419, che ricorda l'esempio del furto di modico valore, nonché *Id.*, *Il licenziamento ingiustificato tra reintegrazione e indennità risarcitoria onnicomprensiva*, in FIORILLO L. e PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, vol. IV, Torino, 2014, p. 174. Sul punto v. anche: RIVERSO R., *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, in [http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up\\_463149437.pdf](http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_463149437.pdf), pp. 9-10, e in [www.altalex.com/documents/news/2012/11/22/alla-ricerca-del-fatto-nel-licenziamento-disciplinare](http://www.altalex.com/documents/news/2012/11/22/alla-ricerca-del-fatto-nel-licenziamento-disciplinare); SANLORENZO R., *Introduzione: il diritto (e i giudici) del lavoro alla prova del Jobs Act*, in *Questione Giustizia*, 3/2015, p. 10; COLOSIMO C., *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, in *Dir. relaz. ind.*, 2012, p. 1025; nonché, in termini più generali (e critici), PERULLI A., *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, *passim*.

<sup>926</sup> Secondo alcuni, tradendo «lo scopo primario della riforma [che] era proprio quello di abolire, come normale rimedio contro il licenziamento ingiustificato, la sanzione della reintegra»: così PROSPERETTI G., *L'elemento della malafede del datore nella nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, p. 248.

<sup>927</sup> Così TURSÌ A., *L'articolo 18 e il “contratto a tutele crescenti”*, in *Dir. relaz. ind.*, 2014, p. 929, secondo cui «il legislatore [ha] voluto non certo eliminare la rilevanza della sproporzionalità (che è una ipotesi di ingiustificatezza), ma sanzionare il difetto di proporzionalità con una misura indennitaria».

<sup>928</sup> Il riferimento è a Trib. Bologna, sez. lav., ord. 15 ottobre 2012, n. 2631 (confermata da App. Bologna 11 aprile 2013, n. 604), in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 907, annotata favorevolmente a p. 773 da CARINCI F., *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*; in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 1049, con note di CARINCI M.T., *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. lav. alla luce dei vincoli posti dal sistema* (a p. 1052), di DE LUCA TAMAJO R., *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura* (a p. 1064), e di ROMEI R., *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?* (a p. 1072); e in *Dir. relaz. ind.*, 2012, p. 1133, con nota parzialmente critica di TURSÌ A., *Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*; esprime apprezzamento nei confronti della decisione bolognese GHERA E., *Sull'ingiustificatezza aggravata del licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, p. 431-433, che, condividendo la teoria del “fatto giuridico”, afferma che il giudizio sulla sussistenza non è un giudizio sulla realtà, ma è un giudizio di valore, cioè non di esistenza, bensì di qualificazione del fatto. Rileva, invece, l'evidente esorbitanza del provvedimento bolognese rispetto al *thema decidendum* (singolarmente sottaciuta da tutti coloro che si sono, invece, affrettati a denunciare l'analogo “difetto” di Cass. 6 novembre 2014, n. 23669) CAVALLARO L., *Il licenziamento disciplinare: una riconsiderazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 228. Critico nei confronti della decisione bolognese è TREU T., *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Giornale dir. lav. relaz. ind.*, 2013, p. 39.

si è interrogata circa il significato dell'espressione "insussistenza del fatto contestato" di cui all'art. 18, co. 4, St. lav.<sup>929</sup>, pervenendo alla conclusione che la norma, «parlando di fatto, fa necessariamente riferimento al c.d. fatto giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell'*unicum* della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo»: infatti, se si legge la motivazione di quel provvedimento<sup>930</sup>, si può notare che il giudice giunge ad affermare l'inidoneità del comportamento addebitato ad integrare il concetto di giusta causa di licenziamento ex art. 2119 sulla base della «valutazione inerente la gravità del fatto»<sup>931</sup>, cioè, appunto, in virtù di un giudizio di proporzionalità, per sua natura discrezionale<sup>932</sup>.

E, in quest'ottica, non è un caso che anche la giurisprudenza successiva, di merito e di legittimità, al di là delle guerre di bandiera combattute sulla frontiera dell'interpretazione del «fatto» (se da intendersi, cioè, come fatto materiale o giuridico<sup>933</sup>), si sia, in realtà, concentrata essenzialmente

<sup>929</sup> In dottrina al medesimo risultato giunge chi, interpretando (non senza una certa dose di arbitrarietà) il termine «insussistenza» come distinto dal concetto di «inesistenza» (da intendersi evidentemente riferito al «fatto materiale»), ritiene che esso implichi «una valutazione del *fatto giuridico*, espressione quest'ultima che effettua una crasi tra la materialità del fatto storico e la sua colorazione giuridica, cioè la sua proiezione dinamica verso l'effetto giuridico»: così BUONCRISTIANI D., *Il licenziamento disciplinare. Tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici (Francia, Spagna, Germania)*, Padova, 2012, p. 136.

<sup>930</sup> Esercizio (quello della lettura della motivazione) forse non troppo praticato, se solo si consideri che non pare aver destato alcun particolare sussulto l'utilizzo, da parte dell'ordinanza bolognese, di passaggi argomentativi in cui si nega l'offensività dell'espressione «*maiale*» rivolta indistintamente al Gruppo di cui il lavoratore fa parte, e, di contro, si afferma «il contenuto implicitamente ed inutilmente denigratorio e contenutisticamente offensivo della professionalità» del lavoratore (*sic!*), insito nella frase «*Non devi confidare. Devi avere pianificato l'attività, quindi se hai dato come data il 24-07, deve essere quella la data di consegna dei dati. Altrimenti indichi una data diversa, che non è confidente ma certa, per favore*»: eppure sono probabilmente l'apatia e l'accondiscendenza nei confronti di queste valutazioni eufemisticamente sproporzionate (e di molte altre "curiose" vicende, che hanno dato origine ai severi giudizi di qualche cultore del diritto civile rammentati da VIDIRI G., *La riforma Fornero: la (in)certeza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 617, e che sono documentate, ad esempio, da DEL RE A., *In nome del popolo italiano?*, in BORNENGO M. e ORAZI A.M. (a cura di), *Art. 18: la reintegrazione al lavoro*, edito da Esculapio, Bologna, luglio 2012, citato e consultabile in [www.pietroichino.it/?p=22278](http://www.pietroichino.it/?p=22278); per altri curiosi esempi v. anche la rassegna *Sentenze anomale in tema di licenziamento*, in [www.pietroichino.it/?p=33490](http://www.pietroichino.it/?p=33490)) la principale causa della "controriforma" avviata negli ultimi anni in alcuni settori del diritto del lavoro (non a caso MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, cit., p. 419 parla condivisibilmente di «variegato e sconcertante panorama offerto dalla giurisprudenza»).

<sup>931</sup> «Né» (afferma il Tribunale di Bologna nel cuore della motivazione) «può ritenersi che l'espressione "insussistenza del fatto contestato", utilizzata dal legislatore facesse riferimento al solo fatto materiale, posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato, anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico, o addirittura privi dell'elemento della coscienza e volontà dell'azione».

<sup>932</sup> *Contra* TULLINI P., *Flessibilità in uscita: la nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in AA. Vv., *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro. Competizione versus garanzie*, Torino, 2013, p. 119, sia pure argomentando al di sopra del «limite normativo», cioè del «livello di adeguatezza o sufficienza della causale ai fini estintivi [...] fissato da norme imperative e specificato dai contratti collettivi in base al principio di proporzionalità»: in realtà, al di sotto di quel limite la graduazione proporzionale della sanzione, se non vincolata a rigidi criteri aritmetici, costituisce manifestazione tipica della discrezionalità, quand'anche esercitabile entro limiti minimi e massimi.

<sup>933</sup> Di «battaglia interpretativa, passata alla storia come quella del "fatto materiale" contro il "fatto giuridico", cioè, per dirla più semplicemente e chiaramente, della mera condotta contro la condotta imputabile e colposa» parla CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. relaz. ind.*, 2013, p. 324, cui si rinvia anche per i contrapposti riferimenti dottrinali (v., in particolare, la nota 52); v. anche ID., *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a' sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in CARINCI F. e TIRABOSCHI M., *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni - Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, Adapt Labour Studies e-Book series n. 37, 2015, p. 76. La contrapposizione fra le due nozioni non convince, invece, DEL PUNTA R., *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in PEDRAZZOLI M., *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Milano, 2014, p. 36, il quale, ragionando intorno al novellato art. 18, e rilevata una «indebita sovrapposizione tra un concetto normativo ed una nozione – quella di fatto giuridico – che appartiene alla teoria generale del diritto», osserva che «anche se il fatto inteso dal legislatore fosse quello "materiale", [...] tale fatto sarebbe pur sempre "giuridico"». La

sulla questione cruciale (più che del riconoscimento o disconoscimento della discrezionalità) dell'ampiezza della discrezionalità riconoscibile in capo al giudice (questione – a dire il vero – risolta sin dall'inizio in senso assai largheggiante, data la propensione dei giudici di merito a includere nella nozione di «fatto contestato anche l'elemento soggettivo»<sup>934</sup>).

### 3. Dicotomie interpretative dottrinali e univoci approdi giurisprudenziali: la scelta di campo della Cassazione dinanzi al novellato art. 18, co. 4, St. lav.

Posta dinanzi al testo del novellato comma 4 dell'art. 18 St. lav., e ben consapevole del dibattito dottrinale sviluppatosi intorno all'interpretazione del concetto di «fatto» ivi menzionato (se da intendersi, cioè, in senso materiale o giuridico<sup>935</sup>), la giurisprudenza di legittimità non ha avuto

---

«battaglia» è ridotta a «falso problema» da TURSI A., *L'articolo 18 e il "contratto a tutele crescenti"*, cit., p. 929, il quale ritiene «inconcepibile che possa ricollegarsi alcuna sanzione, né risolutoria né indennitaria, a un fatto che non costituisce inadempimento contrattuale, e che "fatto insussistente" sul piano disciplinare significa semplicemente "fatto che non costituisce infrazione disciplinare».

<sup>934</sup> In proposito v. in questo senso già la prima rassegna di giurisprudenza offerta da BIASI M., *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 1257 ss.: in particolare, v. l'elaborata argomentazione di Trib. Ravenna 18 marzo 2013 (in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, p. 549, con nota di BOLEGO G., *Il licenziamento disciplinare nel prisma della disciplina introdotta dalla l. n. 92/2012*; in *Lav. giur.*, 2013, p. 567, con nota di FERRARA M.D., *I licenziamenti individuali nel prisma dell'applicazione responsabile delle nuove norme processuali e sostanziali*; in *Dir. relaz. ind.*, 2013, p. 790, con nota di DEL FRATE M., *Rimedi al licenziamento disciplinare illegittimo e principio di proporzionalità*), che pare distinguere l'elemento soggettivo propriamente detto (dolo e colpa) dalla «imputabilità della condotta (che richiede la capacità naturale e con esclusione dei casi di forza maggiore o caso fortuito)». Per un'interessante rassegna di giurisprudenza sulle sentenze in tema di reintegrazione emesse dal Tribunale di Venezia nel 2012 (ultimo anno di vigenza del "vecchio" art. 18), poste a confronto con l'interpretazione del "nuovo" art. 18 «per verificare se mutano o meno le conclusioni del caso concreto», v. PERINA L. [e VISONÀ L.], *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo: dottrina e giurisprudenza alla ricerca di un punto di equilibrio nella nuova disciplina del novellato art. 18*, in FIORILLO L. e PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 238 ss. Ulteriori ampi riferimenti giurisprudenziali sul licenziamento disciplinare si trovano in: SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, p. 372 ss.; ID., *Il licenziamento disciplinare*, in *Giornale dir. lav. relaz. ind.*, 2014, pp. 366-367 e p. 375 ss.; GRAMANO E., *Illegittimità del licenziamento disciplinare e tutele del lavoratore nel nuovo art. 18 St. Lav.*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 1146, nota 1; BARBIERI M., *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, II, pp. 338-343; FERRARESI M., *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *Dir. relaz. ind.*, 2013, p. 338 ss.; AIELLO F., *Alcune questioni in tema di licenziamento per motivi disciplinari*, in *Giornale dir. lav. relaz. ind.*, 2014, p. 389 ss.; PICCININI A., *Licenziamento disciplinare: il fatto materiale tra legge Fornero e Jobs Act*, in *Lav. giur.*, 2016, p. 340, nota 5; SAMBATI S., *La qualificazione del "fatto" nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del "dialogo" aperto dal legislatore delegato*, cit., p. 179 ss.; OCCHINO A., *Le tutele versus il licenziamento illegittimo: una rassegna sulla giurisprudenza più recente dopo la novella dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. relaz. ind.*, 2014, pp. 765-767; CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 956, nota 575; nonché la rassegna di giurisprudenza curata da DE SALVIA A., in BARBIERI M., DALFINO D. (a cura di), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero aggiornato al D.L. 28 giugno 2013, n. 76 c.d. "pacchetto lavoro"*, Bari, 2013, p. 107. Per alcune prime specifiche applicazioni dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 v. Trib. Milano 3 novembre 2016 e Trib. Torino 16 settembre 2016 (che ravvisano l'insussistenza del fatto materiale contestato nel licenziamento per mancato superamento del periodo di prova in caso di nullità della relativa clausola) nonché Trib. Milano 5 ottobre 2016 (che giunge al medesimo risultato in caso licenziamento per asserita interruzione del rapporto fiduciario a causa di malattia prolungata, ma senza superamento del periodo di comportamento), tutte in *Dir. relaz. ind.*, 2016, p. 544, con nota critica di SANTINI F., *L'elaborazione giurisprudenziale in materia di "insussistenza del fatto materiale" ex articolo 3, comma 2, decreto legislativo n. 23/2015*.

Circa le conseguenze di questo orientamento giurisprudenziale, che si traduce in una «operazione interpretativa [...] che collide con le finalità della riforma ed il cui risultato pratico è di lasciare pressoché intatta l'area di applicazione della reintegra», v. SANTINI F., *I licenziamenti per motivi soggettivi dopo la legge n. 92/2012: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. relaz. ind.*, 2013, p. 1009.

Con riferimento all'art. 18 v. altresì la posizione di PALLADINI A., *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 674, il quale ritiene che dovrebbe distinguersi a seconda che l'elemento soggettivo sia «parte integrante dell'illecito contestato, quale risulta essere stato tipizzato dalla contrattazione collettiva (e a fortiori se univocamente connotato in termini dolosi)» oppure no, nel primo caso «l'appurato difetto (o la carenza di prova) di esso potrebbe seguire le sorti dell'accertata insussistenza del fatto», mentre nel secondo caso «la mancata ricognizione (ovvero l'apprezzamento di grado ridotto) di un atteggiamento antidoveroso della volontà del lavoratore dovrebbe incanalare la decisione del giudice verso l'applicazione della tutela meramente economica».

<sup>935</sup> Ampi riferimenti dottrinali contrapposti in SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, cit., pp. 369 e 381, rispettivamente note 96 e 102. Per un riepilogo, anche critico, delle varie tesi elaborate a proposito della

esitazioni e, fatto salvo un equivoco pronunciamento iniziale (il cui principale merito – a dire il vero – pare essere stato soprattutto quello di ispirare, se non addirittura influenzare<sup>936</sup>, il legislatore del 2015, «dilettante di sensazioni»<sup>937</sup>, dettando pressoché testualmente il contenuto dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015), ha preso nettamente posizione per una lettura inclusiva della norma, volta, cioè, non a restringere il concetto di «fatto» al semplice accadimento storico-naturalistico, ma a comprendere anche i profili di illiceità della condotta (in questi termini, infatti, si era polarizzato il dibattito dottrinale<sup>938</sup>).

Scrivo volutamente, in forma più criptica, di presa di posizione per una lettura inclusiva (o, se si preferisce, estensiva) dell'art. 18, e non – più direttamente e senza troppi fronzoli – di adesione alla tesi del “fatto giuridico” perché questa è espressione che viene utilizzata per la prima volta dalla Cassazione solo in una recente sentenza, la n. 13383 del 26 maggio 2017, in cui si legge, appunto, che «nella locuzione “insussistenza del fatto contestato” il fatto deve intendersi in senso giuridico e non meramente materiale»<sup>939</sup>. Di contro, nelle precedenti sentenze che affrontano la medesima problematica (risolvendola univocamente) è dato leggere spesso di «fatto materiale»<sup>940</sup> (espressione già sdoganata nel linguaggio della giurisprudenza di legittimità da Cass. 6

nozione di “fatto contestato” v. FEDELE I., *Il licenziamento disciplinare*, in DI PAOLA L. (a cura di), *Il licenziamento - Dalla legge Fornero al Jobs Act*, Milano, 2016, p. 160 ss.

<sup>936</sup> CARINCI F., *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a' sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, cit., p. 77.

<sup>937</sup> Secondo l'azzeccata citazione crociana di GIUBBONI S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 246/2015, p. 18. Anche RIVERSO R., *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd Jobs Act*, cit., p. 20, e ID., *I licenziamenti disciplinari tra Jobs act e riforma Fornero. (Basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)*, in [www.questionegiustizia.it/articolo/i-licenziamenti-disciplinari-tra-jobs-act-e-riforma\\_23-02-2015.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/i-licenziamenti-disciplinari-tra-jobs-act-e-riforma_23-02-2015.php), ritiene che, frutto di un «improvvido bluff», «la carta del fatto materiale [...] vale poco».

<sup>938</sup> Per i due diversi schieramenti dottrinali, sorti a proposito dell'interpretazione del novellato art. 18 St. lav. rispettivamente a favore della tesi del fatto come mero accadimento della realtà, da interpretarsi alla stregua dell'«elementare distinzione fra essere e non essere» (così MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, cit., p. 440) oppure come fatto giuridico, comprensivo del «momento valutativo e dunque coincidente con l'inadempimento e financo inclusivo, secondo taluni, del giudizio in ordine alla gravità dello stesso, nel rispetto del principio di proporzionalità», v. tra i molti, anche per i numerosi riferimenti bibliografici: CESTER C., *Le tutele*, cit., pp. 958-959 (note 582-584); DEL CONTE M. e FRATELLO B., *La nuova disciplina delle tutele in caso di licenziamento illegittimo: il licenziamento per ragioni soggettive*, in PERSIANI M. e LIEBMAN S. (a cura di), *Il nuovo diritto del mercato del lavoro - La legge n. 92 del 2012 (cd. “riforma Fornero”) dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, Torino, 2013, pp. 328-329 (note 29 ss.) e p. 332 ss.; SORDI P., *Il licenziamento disciplinare*, in ZILIO GRANDI G. e BIASI M. (a cura di), Padova, 2016, p. 187.

<sup>939</sup> Non mi pare, infatti, possa riconoscersi alcuna primogenitura al fugace passaggio rinvenibile nella motivazione di Cass. 7 maggio 2013, n. 10550, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1867, in cui, con riferimento al sistema introdotto dalla legge n. 92/2012, pure si menziona il «fatto (giuridico) che ha determinato il provvedimento espulsivo». Anche in dottrina al «fatto materiale» considerato nei suoi elementi oggettivi (azione/omissione, nesso di causalità, evento) e privo di qualsiasi connotazione legata alla condotta (intenzionalità, grado della colpa, ecc.) si è inizialmente contrapposto il «fatto inclusivo» anche degli aspetti connessi al comportamento del lavoratore sotto il profilo dell'elemento soggettivo (dolo, colpa, intensità di entrambi, ecc.), non ancora denominato “giuridico”: così SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 552-553.

<sup>940</sup> Cass. 20 settembre 2016, n. 18418. Riguarda, invece, non la questione della insussistenza del fatto contestato, bensì quella del fatto sussistente, che, però, rientra fra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base dei codici disciplinari applicabili Cass. 11 febbraio 2015 n. 2692, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, p. 633, con nota di CHIAROMONTE W., *La reintegrazione per licenziamento disciplinare sproporzionato fra riforma Fornero e Jobs Act: quali margini di apprezzamento per il giudice?* (che pure viene menzionata da CARINCI F., *Il licenziamento disciplinare*, in CARINCI F. e CESTER C., *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, ADAPT Labour Studies e-Book Series, 2015, n. 46, University Press, p. 82, e da SPEZIALE V., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, pp. 122-123, come pronuncia che avrebbe «implicitamente ribadito che un fatto, pur se sussistente, deve essere valutato anche nella sua componente soggettiva»).

novembre 2014, n. 23669<sup>941</sup>, che, peraltro, omette di darle una qualche definizione<sup>942</sup>, limitandosi a distinguere il concetto da quelli di giusta causa o giustificato motivo) o di altre locuzioni simili (ad esempio, «fatto materialmente accaduto»<sup>943</sup> oppure «insussistenza materiale del fatto contestato»<sup>944</sup>), ma mai di “fatto giuridico”<sup>945</sup>: il che – a ben vedere – può apparire anche abbastanza singolare ove si consideri che l’aggettivo «materiale», seppur presente *ab origine* nel dibattito dottrinale<sup>946</sup>, è di impiego recente nel linguaggio giuslavoristico e viene utilizzato, tra l’altro, non nella norma statutaria (oggetto delle decisioni della Suprema Corte), ma nell’art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015.

A ogni buon conto, la posizione che ormai può dirsi pressoché univoca della Cassazione è nel senso della preferenza dell’opzione interpretativa secondo cui la locuzione «insussistenza del

<sup>941</sup> In *Mass. giur. lav.*, 2014, p. 874, con nota di VALLEBONA A., *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto*; in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, p. 25, con note a p. 32 di DEL PUNTA R., *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, e a p. 39 di MARTELLONI F., *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e Jobs Act?*; in *Dir. relaz. ind.*, 2015, p. 229 ss., con nota di FERRANTE V., *La Cassazione si pronunzia per la prima volta sull’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori riformato: trovato il bandolo della matassa?*; in *GiustiziaCivile.com*, 6 maggio 2015, con nota di PESSI A., *Licenziamento disciplinare e fatto materiale*; in *Foro it.*, 2014, c. 3418, con nota di richiami di PERRINO A. e nota di DE LUCA M., *Il fatto nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di cassazione*; in *Arg. dir. lav.*, 2014, p. 1381 (e ivi, a p. 1279 ss., il medesimo saggio, riprodotto con diverso titolo, di DE LUCA M., *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*, il quale pone in rilievo come la Suprema Corte abbia applicato la reintegrazione «nonostante la sussistenza – sia pure parziale –, del fatto – addotto a motivazione del licenziamento – in dipendenza della insussistenza soltanto di alcuni elementi – del fatto medesimo – ritenuti indispensabili, tuttavia, per integrarne – quale nucleo essenziale, appunto – giusta causa o giustificato motivo soggettivo»; l’espressione «nucleo essenziale del fatto contestato», la cui mancanza configura, appunto, l’«insussistenza del fatto», è già in VALLEBONA A., *L’ingiustizia qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Dir. relaz. ind.*, 2012, p. 622). V. altresì CARINCI F., *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 82 ss., nonché RIVERSO R., *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd Jobs Act*, cit., p. 19, nonché Id., *I licenziamenti disciplinari tra Jobs act e riforma Fornero. (Basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)*, cit., il quale evidenzia i numerosi interrogativi lasciati aperti dalla Cassazione.

<sup>942</sup> Lo rileva già CARINCI F., *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti ex art. 18 Stat. lav. “versione Fornero”*, in *Lav. giur.*, 2017, p. 743 (il saggio è pubblicato anche in *Arg. dir. lav.*, 2017, p. 924 ss. con il titolo *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti ex art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 “versione Fornero”*); Id., *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a’ sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, cit., p. 77, il quale si mostra subito scettico circa la possibilità di utilizzare l’art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 per interpretare autenticamente la precedente formula di cui all’art. 18, co. 4, St. lav., osservando che «anzi la esplicita qualificazione del fatto contestato come “materiale” effettuata all’articolo 3, comma 2, potrebbe ben far supporre che *a contrario* quello considerato dall’articolo 18, comma 4, Stat. lav., vada considerato come “giuridico”, comunque si intenda tale contrapposizione» (così a p. 78).

<sup>943</sup> Cass. 16 maggio 2016, n. 10019.

<sup>944</sup> Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, p. 102, con nota di MAZZOTTA O., *Fatti e misfatti nell’interpretazione dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori* (che in altra sede definisce la sentenza “periana” perché ispirata a «buon senso»: v. Id., *Il licenziamento disciplinare alla prova di un giurista antropologo*, in *Lav. dir.*, 2017, p. 668), e in *Dir. relaz. ind.*, 2015, p. 1128, con nota di PELUSI L.M., *L’irrelevanza giuridica del fatto contestato equivale alla sua insussistenza materiale: un monito per il legislatore del Jobs Act?*; su questa sentenza (e anche su Cass. 13 ottobre 2015, n. 20545) v. pure ICHINO P., *Due sentenze di cassazione sulla disciplina dei licenziamenti*, in [www.pietroichino.it/?p=37694](http://www.pietroichino.it/?p=37694).

<sup>945</sup> Concetto impiegato, invece, nell’ordinanza di Trib. Bologna, sez. lav., 15 ottobre 2012, n. 2631. Di “fatto giuridico” non parla nemmeno Trib. Brescia 16 gennaio 2015, nonostante la massima riportata in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, p. 725 (con nota di ALOISI A., *Licenziamento disciplinare e valutazione circa l’insussistenza del fatto (giuridico) contestato al lavoratore*) utilizzi l’espressione «fatto accertato nella sua globalità e verificato alla luce della sua definizione giuridica e non meramente materiale» (in realtà, la decisione bresciana si caratterizza per l’identificazione del «fatto contestato» come «fatto “imputabile” al lavoratore», cioè commesso con «coscienza e volontà»).

<sup>946</sup> È un aggettivo usato già da MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei Lavoratori*, cit., p. 436 per indicare le ipotesi in cui «la verifica del giudice [sulla sussistenza del fatto che ha determinato il licenziamento] viene effettuata senza alcuna discrezionalità (il fatto c’è o non c’è)» (sul punto v. anche p. 438, ove l’Autore parla di riscontro del fatto «nella sua materialità», che poi «diviene oggetto di valutazioni discrezionali per quanto attiene l’ulteriore profilo della sua idoneità ad integrare una causa legittimante il licenziamento», nonché p. 441).

fatto contestato» comprenderebbe «anche quella del fatto materialmente sussistente, ma non illecito<sup>947</sup>, non essendo 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»<sup>948</sup>.

Muovendo dal presupposto che «il comma 4 deve intendersi come riferito a fatti ontologicamente disciplinari», gli argomenti che la più recente decisione della Suprema Corte adduce a conforto di quell'opzione sono tre<sup>949</sup>.

In primo luogo, l'irrelevanza giuridica del mero fatto «al di fuori della qualificazione che, in maniera espressa od implicita, ne fornisca una data norma»<sup>950</sup>.

In secondo luogo, sul versante processualistico, la configurazione di giusta causa o giustificato motivo di licenziamento come fatti impeditivi o estintivi del diritto del dipendente di proseguire nel rapporto di lavoro, cioè eccezioni che, in quanto tali, «sono composte da un fatto (inteso in

<sup>947</sup> Di «forza espansiva dell'“insussistenza del fatto contestato”» parla DEL PUNTA R., *I dolori del giovane 18: note sul licenziamento disciplinare*, in [csd.le.unict.it/Archive/OT/From%20our%20users/20180108-101254\\_I\\_dolori\\_del\\_giovane\\_18pdf.pdf](http://csd.le.unict.it/Archive/OT/From%20our%20users/20180108-101254_I_dolori_del_giovane_18pdf.pdf), p. 1.

<sup>948</sup> È stata, invece, di recente rimessa alle Sezioni Unite della Cassazione la questione della natura del vizio del licenziamento intervenuto in forza di contestazione tardiva: in proposito v. Cass. 21 aprile 2017, n. 10159, la quale evidenzia l'esistenza di «due orientamenti contrastanti: a) l'uno che ritiene che la tardività né della contestazione, né del licenziamento, collocandosi sul diverso piano di formazione al principio generale di correttezza e buona fede nell'attuazione del rapporto di lavoro (Cass. 16 aprile 2007, n. 9071), non attinga sotto alcun profilo all'insussistenza del fatto contestato, comunque ricorrente nella sua essenza ontologica, indipendentemente dalla sua accezione in senso materiale (Cass. 6 novembre 2014, n. 23669), piuttosto che giuridica (Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540); b) l'altro orientamento, cui può ricondursi la sentenza n. 2513/2017 [del 31 gennaio], secondo cui la contestazione intempestiva, indipendentemente dalla sussistenza della condotta, ne dimostra l'irrelevanza ai fini della prosecuzione del rapporto, dove la valutazione di irrilevanza proviene dallo stesso datore di lavoro, il quale pur consapevole dell'illecito tenuto dal lavoratore, non ritiene necessario richiedere giustificazioni, manifestando la volontà di prosecuzione del rapporto, così dimostrando, per fatto concludente, la scarsa importanza dell'inadempimento (art. 1455 c.c.). Se una condotta ritenuta di scarsa rilevanza non può considerarsi inadempimento, la contestazione tardiva deve ritenersi irregolare non soltanto sotto il profilo procedimentale, ma anche sotto quello sostanziale, perché di fatto comporta un mutamento di valutazione di gravità della condotta da parte del datore di lavoro che ha subito tale condotta, in un momento successivo a quello in cui era stato invece manifestato un disinteresse per l'inadempimento ed un interesse invece alla prosecuzione del rapporto» (più in particolare, secondo Cass. 31 gennaio 2017, n. 2513, il fatto contestato tardivamente è insussistente perché inidoneo a essere verificato in giudizio: critica nei confronti di questa decisione TULLINI P., *I vizi procedurali del licenziamento disciplinare*, in CARUSO B. (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali*, cit., p. 116). Con la sentenza n. 30985 del 27 dicembre 2017 le Sezioni Unite della Cassazione hanno preso posizione a favore della tesi dell'applicazione della tutela indennitaria forte, sul presupposto che l'inadempimento del datore non può essere una condizione che consente un'eventuale reintegra.

<sup>949</sup> Cass. 26 maggio 2017, n. 13383 è, in realtà, la prima sentenza che motiva la propria scelta di campo, limitandosi le altre decisioni a postulare l'equivalenza tra fatto insussistente e fatto sussistente, ma privo del carattere di illiceità e, perciò, irrilevante sul piano giuridico (così Cass. 31 maggio 2017, n. 13799; Cass. 20 settembre 2016, n. 18418; Cass. 16 maggio 2016, n. 10019; Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540). Cass. 14 dicembre 2016, n. 25745, poi, dilata il concetto di “insussistenza del fatto” (e conseguentemente l'area di applicazione della tutela reintegratoria) all'ipotesi di radicale difetto di contestazione dell'infrazione (che – si afferma – determina l'inesistenza dell'intero procedimento, e non solo l'inosservanza delle norme che lo disciplinano).

<sup>950</sup> Si rammenti che, anche secondo Cass. 13 ottobre 2015 n. 20540, «la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale»: a tale principio intende espressamente dare continuità Cass. 16 maggio 2016, n. 10019, che riconduce all'ipotesi dell'«insussistenza del fatto contestato» non solo 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 oppure quanto al profilo, soggettivo, della imputabilità della condotta al dipendente (da ultimo v. altresì, negli stessi termini, Cass. 5 dicembre 2017, n. 29062, e, quanto al «fatto fenomenicamente accaduto ma non attribuibile al lavoratore al quale è stato contestato», Cass. 18 luglio 2017, n. 17736). In dottrina v., fra gli altri, DEL PUNTA R., *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, cit., p. 36, secondo cui l'insussistenza del fatto materiale contestato non può non includere anche l'ipotesi in cui il fatto, risultato sussistente, non sia, però, imputabile al lavoratore, e TREMOLADA M., *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav. per la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 877, e ID., *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav.*, in CARINCI F. e MISCIONE M., *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, Supplemento a *Dir. prat. lav.*, n. 33 del 15 settembre 2012, p. 53.

senso storico-fenomenico) e dalla sua significatività giuridica (in termini di impedimento, estinzione o modificazione della pretesa azionata dall'attore)<sup>951</sup>.

In terzo luogo, «in un'ottica sostanzialistica e di coerenza interna del vigente art. 18 Stat. lav., nonché di compatibilità costituzionale», l'assunto secondo cui «se per insussistenza del fatto contestato si intendesse quella a livello meramente materiale si otterrebbe l'illogico effetto di riconoscere maggior tutela (quella reintegratoria c.d. attenuata di cui all'art. 18, comma 4) a chi abbia comunque commesso un illecito disciplinare (seppur suscettibile di mera sanzione conservativa alla stregua dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili) rispetto a chi, invece, non ne abbia commesso alcuno, avendo tenuto una condotta lecita», con conseguente «irragionevole disparità di trattamento, in violazione dell'art. 3 Cost., oltre che d'una intrinseca e inspiegabile aporia all'interno della medesima disposizione di legge»<sup>952</sup>.

Questa, allo stato, rappresenta la più avanzata spiegazione delle ragioni che fonderebbero la preferenza per la tesi del "fatto giuridico" nell'interpretazione del novellato art. 18<sup>953</sup>. Sennonché, come già annotato puntualmente da autorevole dottrina con riferimento, tra l'altro, a precedenti decisioni molto meno elaborate, anche questa sentenza omette completamente di rendere ragione della distinzione tra i commi 4 e 5 dell'art. 18<sup>954</sup>, e, cioè, della differenza che intercorre tra il fatto (inclusivo dell'inadempimento) insussistente e il fatto sussistente, ma non grave, ipotesi che condurrebbero entrambe alla tutela reale<sup>955</sup>: differenza recuperabile, in quell'ottica, evidentemente solo assecondando l'idea di Cass. 6 novembre 2014, n. 23669<sup>956</sup>, secondo cui la sussistenza del "fatto materiale" preclude al giudice di valutare la proporzionalità del licenziamento, che dunque, se sproporzionato, può condurre solo alla tutela indennitaria (un'idea – si badi bene

<sup>951</sup> In proposito Cass. 26 maggio 2017, n. 13383 afferma che «per sua stessa natura l'eccezione non ha mai ad oggetto un mero fatto, ma sempre un fatto giuridico».

<sup>952</sup> La Cassazione fa proprio il paradosso sostenuto anche da vari Autori (ad esempio, MAZZOTTA O., *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, p. 103, a commento di Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540), secondo cui, per i teorici del "fatto materiale", «al fatto materiale esistente, ma irrilevante disciplinarmente, può invece legittimamente essere collegata la sanzione esclusivamente economica»: in realtà, questa non è la posizione espressa dai sostenitori della tesi del "fatto materiale", ma è l'estremizzazione delle conseguenze di quella tesi operata dai sostenitori della contrapposta teoria del "fatto giuridico".

<sup>953</sup> La dottrina processualistica ha individuato un'ulteriore ragione a supporto della tesi del "fatto giuridico", affermando che, quando vengono in considerazione molteplici aspetti del fatto contestato, «con una variegata gradazione d'importanza» (e, dunque, si pone il problema di «stabilire quando può considerarsi integrato il nucleo del fatto contestato e quando, invece, si resta sotto la soglia della sussistenza del fatto contestato»), «rileva la proiezione giuridica del fatto», perché «è la valutazione giuridica del fatto (come mancanza o inadempimento) che fa da collante alle singole sfaccettature del fatto storico»: così BUONCRISTIANI D., *Il licenziamento disciplinare. Tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici (Francia, Spagna, Germania)*, cit., p. 135.

<sup>954</sup> Evidente esempio di questa difficoltà è la pur appassionata ed elaborata argomentazione di RIVERSO R., *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, cit., p. 8, che si rivela, appunto, poco persuasiva proprio nella parte dedicata all'individuazione del campo di applicazione del comma 5.

<sup>955</sup> Sul punto v. MAZZOTTA O., *op. cit.*, p. 106, il quale osserva che «se si fa coincidere la nozione di fatto con quella di fatto "valutato" in termini di inadempimento, tende a sfumare, pressoché integralmente, la distinzione fra tutela reale (dimidiata) e tutela economica, riproducendosi la logica binaria sussistenza/insussistenza dell'inadempimento»: non è chiaro, però, perché «se l'inadempimento c'è ed è grave il licenziamento è legittimo», e «se l'inadempimento non c'è il licenziamento è illegittimo», «in ambedue i casi scatta [...] sempre e comunque la tutela reale», posto che in caso di licenziamento legittimo non c'è ovviamente alcuna tutela reale.

<sup>956</sup> Fatta propria anche da Cass. 16 maggio 2016, n. 10019 (che colloca il difetto di proporzionalità nelle «altre ipotesi» di insussistenza della giusta causa – o del giustificato motivo soggettivo –, per le quali l'art. 18 prevede, al comma 5, la sola tutela indennitaria) e da Cass. 20 settembre 2016, n. 18418, che, però, esclude dal giudizio di proporzionalità, ritenendolo soggetto alla tutela reale, e non alla sola tutela indennitaria, «un licenziamento basato su fatti (pur sussistenti, ma) di rilievo disciplinare sostanzialmente inapprezzabile» (infatti, in questo caso – argomenta la Cassazione –, mancando il requisito dell'antigiuridicità, si esce dal campo del giudizio di proporzionalità).

– che sembra quasi più una premonizione o – se si preferisce – un suggerimento al futuro legislatore<sup>957</sup> – non a caso recepito nel d.lgs. n. 23/2015<sup>958</sup> –, che un'interpretazione dell'art. 18)<sup>959</sup>.

Dunque, riepilogando, l'orientamento giurisprudenziale che si è ormai venuto consolidando in sede di legittimità a proposito dei novellati commi 4 e 5 dell'art. 18 (con il conforto di buona parte della dottrina) può essere riassunto nei seguenti termini:

- il «fatto contestato», della cui insussistenza parla il comma 4, deve essere inteso in senso “giuridico”;
- la qualificazione del “fatto” in senso “giuridico” comporta necessariamente che l'indagine del giudice si estenda ai profili dell'illiceità della condotta, cioè presuppone la valutazione dell'inadempimento<sup>960</sup>;
- al contrario, della nozione di “fatto materiale” non viene offerta alcuna definizione, salvo un fugace cenno al concetto di «fatto (inteso in senso storico-fenomenico)», contenuto nella motivazione di Cass. 26 maggio 2017, n. 13383, solitamente intendendosi che il cosiddetto “fatto materiale” corrisponda al “fatto” senza aggettivi;
- l'ipotesi dell'«insussistenza del fatto contestato» comprende sia l'insussistenza del fatto materiale<sup>961</sup>, sia i casi di assenza di illiceità del fatto, pur esistente (cioè l'irrelevanza giuridica, e, dunque, disciplinare, per mancanza di inadempimento tale da configurare giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento), e di difetto di imputabilità del fatto al lavoratore: in realtà, l'ingresso dell'inadempimento è soprattutto frutto di un'operazione interpretativa compiuta dalla dottrina, posto che nelle motivazioni delle prime sentenze emesse dalla Cassazione quel concetto non compare mai;
- la differenza tra le ipotesi di cui ai commi 4 (tutela reale attenuata) e 5 dell'art. 18 (tutela indennitaria) è preservata e giustificata collocando nell'alveo del comma 5 il giudizio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato<sup>962</sup>.

<sup>957</sup> Cass. 25 maggio 2017, n. 13178 parla di anticipazione della soluzione poi recepita dal legislatore nell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015.

<sup>958</sup> Al momento non pare, però, abbia trovato conferma la previsione di PISANI C., *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 99 circa un utilizzo retroattivo, a fini ermeneutici, dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015.

<sup>959</sup> Ritiene, invece, che vi sia margine per il giudizio di proporzionalità MAZZOTTA O., *op. cit.*, p. 107, il quale, ispirandosi al parallelismo tra «(mancanza di) “giustificazione” e (mancanza di) “giustificatezza” del licenziamento del dirigente, applica la tutela reintegratoria attenuata in caso di assenza di rilievo disciplinare e anche quando vi è «una distanza siderale tra inadempimento e licenziamento (ad es. ove il lavoratore venga licenziato per un ritardo di pochi minuti)» (sulla ineludibilità del principio di proporzionalità v. anche *Id.*, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 19).

<sup>960</sup> In dottrina, fra i primi, v. SANTORO-PASSARELLI G., *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 232 ss.

<sup>961</sup> V., però, Cass. 7 maggio 2013, n. 10550, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1867, che parla nel contempo di «fatto (giuridico) che ha determinato il provvedimento espulsivo» e di «inesistenza della condotta addebitata».

<sup>962</sup> In proposito, con chiarezza ancora maggiore rispetto a Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, v. Trib. Tivoli, ord., 14 novembre 2014 (in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1059, con nota di FELTRE A., *Proporzionalità del licenziamento disciplinare e regime sanzionatorio applicabile*): «Il giudizio di proporzionalità è limitato alla valutazione circa la congruità tra fatto e sanzione e, pertanto, è estraneo alla materialità dell'addebito: il fatto, invero, è già accertato onde il giudizio di proporzionalità è condotto in una fase successiva». Particolarmente critico nei confronti di un'interpretazione restrittiva dell'art. 18, co. 4, è CANNATI G., *Profili d'incostituzionalità della riforma sui licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 210 ss.

Questo percorso esegetico presenta una certa coerenza, ma incappa in due evidenti lacune: l'omessa definizione della nozione di "fatto materiale"<sup>963</sup>; la mancata spiegazione della collocazione del giudizio di proporzionalità all'interno del comma 5, omissione che non pare del tutto irrilevante ove si consideri che la valutazione di ingiustificatezza di un licenziamento, fondata sulla sproporzione tra fatto contestato (inteso come inadempimento) e sanzione espulsiva (valutazione che conduce all'affermazione dell'irrelevanza disciplinare del fatto contestato e, dunque, al riconoscimento della tutela reintegratoria di cui al comma 4, quando, appunto, il comportamento ha uno «scarsissimo rilievo disciplinare»<sup>964</sup>, cioè configura un «inadempimento» non «notevole» o una causa che consentirebbe la prosecuzione del rapporto), deriva pur sempre da un giudizio di proporzionalità (che però, in contrasto con l'assunto di partenza pensato proprio per differenziare i commi 4 e 5<sup>965</sup>, e nonostante se ne postuli l'ubicazione concettuale all'interno del comma 5, viene utilizzato operativamente nel contesto del comma 4).

Di qui la curiosità di indagare il significato di concetti quali "fatto", "materialità", "sussistenza/insussistenza" in contesti diversi dal diritto del lavoro (per di più caratterizzati, per natura, da una finalità punitiva) al fine di verificare quali percorsi logici abbia seguito il legislatore nel riempire di contenuti una certa nozione, nel modificarla, nel caratterizzarla con una determinata aggettivazione.

#### 4. Fatto storico-naturalistico e fatto giuridico: uno sguardo al dibattito giurisprudenziale in sede penale.

Che il concetto di «insussistenza del fatto» trovi il suo *habitat* naturale nel diritto penale (oltre che, naturalmente, nel diritto processuale penale) è francamente innegabile<sup>966</sup>: il rilievo è stato subito posto in luce dai più avveduti commentatori<sup>967</sup> (che, peraltro, si sono in genere limitati a

<sup>963</sup> Non sfugge alla domanda, invece, App. Brescia 12 maggio 2015, n. 173 (in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 988, con nota di CANGEMI V., *In bilico tra fatto materiale e fatto giuridico lungo il crinale della proporzionalità*), la quale include nel concetto di «fatto materiale contestato» (espressione anticipatrice dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015), oltre agli «elementi materiali dell'illecito disciplinare (condotta, nesso di causa ed evento)», anche, «recuperandoli» dal comma 5 dell'art. 18, «l'antigiuridicità, l'imputabilità, la volontarietà della condotta, l'elemento soggettivo ed infine il difetto di proporzionalità», cioè l'«insieme degli elementi del fatto», da valutare globalmente, «indagando l'elemento psicologico del lavoratore e gli elementi della valutazione giuridica»: è in tal senso emblematico l'esempio del furto, a proposito del quale, secondo la Corte bresciana, il fatto contestato deve dirsi insussistente non solo se il reato «non sia mai stato materialmente commesso, ma anche se l'impossessamento del bene altrui sia avvenuto a seguito di autorizzazione, oppure per errore o in stato d'incoscienza o per forza maggiore o senza fine di profitto».

<sup>964</sup> Per usare le parole di MAZZOTTA O., *op. loc. ult. cit.*

<sup>965</sup> Ché questa appare l'unica spiegazione pensata per giustificare quella collocazione topografica del giudizio di proporzionalità.

<sup>966</sup> V. infatti, con molta chiarezza, DEL PUNTA R., *Il "fatto materiale": una riflessione interpretativa*, cit., p. 344 («l'illecito disciplinare è modellato proprio sul prototipo dell'illecito penale»), critico nei confronti delle sdegnose ritirate di molti giuslavoristi «quando emergono, nella materia, connessioni con il diritto penale».

<sup>967</sup> CARINCI F., *Il licenziamento disciplinare*, cit., pp. 79-80; ID., *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, cit., p. 779; ID., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 1116; ID., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., pp. 326-327, sia pure con accenti particolarmente critici in ordine all'esportabilità della formula processual-penalistica; DE LUCA M., *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una disciplina conforme a Costituzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 1352; MARCIANÒ A., *Fatti contestati e formule assolutorie. Le ambigue soluzioni legislative in materia di licenziamento e le previsioni correlate del codice di procedura penale*, in *Lav. giur.*, 2013, p. 449 ss.; PONTIERO C., *Il licenziamento per motivi economici*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 75. Per una lettura estensiva della formula utilizzata dal legislatore nel novellare l'art. 18, da intendersi comprensiva di tutte le ipotesi proprie del processo penale di cui all'art. 530 c.p.p., v.: PEZZUTO R., *Brevi note sull'insussistenza del fatto, nel licenziamento disciplinare, in base al testo dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 siccome modificato dalla legge n. 92 del 2012 ("Legge Fornero")*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 279, nonché ID., *L'insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare dopo la Legge Fornero*, in *Lav. giur.*, 2013, p. 456; DI PAOLANTONIO A., *L'(in)sussistenza*

evidenziare l'assonanza con la formula utilizzata nell'art. 530 c.p.p.), e non ha mai incontrato alcuna valida obiezione, tale non apparendo quella di chi<sup>968</sup>, muovendo dalla constatazione dell'esistenza, nel codice di procedura penale, di varie formule (ulteriori rispetto all'insussistenza del fatto ex art. 530 c.p.p.) che conducono, per altre ragioni, all'assoluzione dell'imputato (che il fatto non sia stato da lui commesso; che non costituisca reato o non sia previsto dalla legge come reato; che il reato sia stato commesso da persona non imputabile o non punibile per altri motivi<sup>969</sup>), ne desume l'irragionevolezza (e la conseguente incostituzionalità) di una norma che prevedesse che l'insussistenza del fatto materiale sia sanzionata con la reintegrazione, a differenza delle altre ipotesi (che il lavoratore non abbia commesso il fatto o che il fatto, pur materialmente sussistente, non costituisca un inadempimento<sup>970</sup>), soggette semplicemente alla tutela indennitaria: è evidente, infatti, che da un ipotetico vizio della norma lavoristica (fosse anche vizio di costituzionalità), perché rea di non rispecchiare la simmetria del codice di procedura penale (che da identici presupposti fa derivare identiche conseguenze), non può inferirsi, a ritroso, la non utilizzabilità delle formule processual-penalistiche, sia perché non vi è controprova (o, quanto meno, essa non è offerta dalla dottrina contraria a quell'utilizzo) circa l'inconsapevolezza del legislatore in ordine alla asimmetria sanzionatoria (che, anzi, ben potrebbe essere frutto di una scelta consapevole e cercata, per quanto criticabile e, al limite, anche incostituzionale, ma non per questo ostracizzabile sino a quando quel vizio non fosse stato sancito), sia perché non si vede per quale ragione l'eventuale patologia della norma dovrebbe inibire l'impiego di concetti assunti nel significato fisiologico a essi tradizionalmente attribuito nel campo che è loro proprio.

Se, dunque, questo particolare angolo prospettico non è aprioristicamente trascurabile e, anzi, appare come un punto di osservazione privilegiato ai fini che qui interessano (come emergerà più chiaramente nel prosieguo, allorché si darà conto delle numerose disposizioni che utilizzano la formula «fatti materiali» in ambito penale: un ambito – sia detto per inciso – del tutto trascurato in sede dottrinale), non sarà superfluo rammentare che dell'identificazione del concetto di «fatto» si è ampiamente dibattuto, anche di recente, soprattutto ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p. («Divieto di un secondo giudizio»), che, com'è noto, stabilisce, al comma 1, che «l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può

*del fatto nel licenziamento*, in CARUSO B. (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali*, cit., pp. 80-81.

<sup>968</sup> BARBIERI M., *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in BARBIERI M., DALFINO D. (a cura di), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero aggiornato al D.L. 28 giugno 2013, n. 76 c.d. "pacchetto lavoro"*, cit., p. 33, in esplicita adesione, fra gli altri, a RIVERSO R., *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, cit., p. 965, e CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 326. V. altresì TULLINI P., *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giuridico di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 155 nonché in precedenza i numerosi scritti di Carinci richiamati nella nota 54.

<sup>969</sup> CARINCI F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, cit., pp. 1115-1116, evidenziando nel novellato art. 18, co. 4, l'utilizzo della sola formula assolutoria "perché il fatto non sussiste" ex art. 530 c.p.p. (secondo cui il fatto storico ricostruito attraverso le prove non rientra nella fattispecie incriminatrice dal punto di vista degli elementi oggettivi, non risultando presenti gli elementi contenutistici richiesti per integrare la condotta, l'evento o il rapporto di causalità), e ricordando che «questa formula è ben distinta dall'altra, "perché il fatto non costituisce reato", per cui il fatto sussiste solo nei suoi elementi oggettivi, ma non anche in quelli soggettivi (dolo, colpa, preterintenzione), oppure è completo, ma compiuto in presenza di una causa di giustificazione», afferma che «proprio dal tentativo di recuperare il presunto intento originario del nostro legislatore è nata la distinzione fra "fatto materiale" e "fatto giuridico", cioè fra condotta imputabile e condotta imputabile e colposa»: l'unica, la seconda, rilevante sul piano disciplinare, perché il «"fatto contestato" equivale a un comportamento commissivo od omissivo integrante a giudizio del datore un inadempimento, quindi completo del suo elemento soggettivo ed oggettivo».

<sup>970</sup> Come si è visto, assunto, quest'ultimo, completamente rigettato dalla Cassazione.

essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il *medesimo fatto*, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345»: norma da leggersi in parallelo con l'art. 669 («Pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona»), il cui comma 1 prevede che «se più sentenze di condanna divenute irrevocabili sono state pronunciate contro la stessa persona per il *medesimo fatto*, il giudice ordina l'esecuzione della sentenza con cui si pronunciò la condanna meno grave, revocando le altre».

E, in effetti, in una vicenda penale di grande impatto mediatico<sup>971</sup>, giunta dinanzi alla Corte costituzionale, il problema della corretta individuazione della nozione di «fatto» (nella specie, ex art. 649, co. 1, c.p.p.), identificata nell'elemento materiale del reato (costituito dalla triade «condotta - evento - nesso causale»), si è posto proprio alla luce della affermata non necessaria coincidenza tra fatto in senso storico-naturalistico e fatto in senso giuridico.

Eloquente in proposito è la capillare rassegna giurisprudenziale elaborata dal giudice *a quo* di quella vicenda (il G.U.P. del Tribunale di Torino), dalla quale emerge, con una certa frequenza, l'idea che all'unicità di un determinato fatto storico possa far riscontro una pluralità di eventi giuridici<sup>972</sup>: e ciò (si legge nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale) nell'ottica di un'interpretazione della «nozione di “stesso fatto”» avallata dalla giurisprudenza di legittimità, che, pur in apparenza ispirata ai canoni ermeneutici elaborati dalla Corte europea, «è, in realtà, saldamente ancorata a valutazioni che non apprezzano affatto, in via prioritaria, l'accadimento storico»<sup>973</sup> perché «la Suprema Corte, legando il concetto di “fatto” ad elementi di natura

<sup>971</sup> Si tratta del noto processo a carico del responsabile della gestione delle società del Gruppo Eternit s.p.a., esercenti gli stabilimenti di lavorazione dell'amianto in varie località: con ordinanza n. 262 del 24 luglio 2015 (in *G.U.* 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 48 del 2 dicembre 2015) il G.U.P. del Tribunale di Torino ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo «fatto giuridico», nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo «fatto storico» così come delineato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU; la Corte costituzionale, con sentenza n. 200 del 21 luglio 2016 (in *Giust. pen.*, 2016, I, p. 223, con nota di NOCITA P., *Ne bis in idem e concorso formale di reati*; in *Dir. pen. e proc.*, 2016, p. 1588, con nota di PULITANÒ D., *Ne bis in idem. Novità della Corte costituzionale e problemi aperti*; in *Giur. it.*, 2016, p. 2240, con nota di CALÒ R., *La dimensione costituzionale del divieto di doppio processo*; v. altresì SACQUEGNA M., *Bis in idem e Convenzione EDU. La Corte Costituzionale detta la semantica del “medesimo fatto”*, in [www.questionegiustizia.it/articolo/...\\_23-07-2016.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/..._23-07-2016.php), e ZIRULIA S., *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in [www.penalecontemporaneo.it/d/4913](http://www.penalecontemporaneo.it/d/4913), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale (del percorso argomentativo compiuto dal Giudice delle leggi si dirà nel paragrafo seguente).

<sup>972</sup> Cass. pen., sez. II, 4 marzo 1997, n. 10472, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3312; Cass. pen., sez. VI, 16 novembre 1999, n. 3755, *ibidem*, 2001, p. 2728 (s.m.).

<sup>973</sup> È il caso, in via esemplificativa, di Cass. pen., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Corr. merito*, 2006, p. 239, con nota di LEO G., *Ne bis in idem e principio di preclusione nel processo penale* (la quale afferma in linea di principio il primato del criterio storico-naturalistico, ma in sostanza – secondo il G.U.P. torinese – mettendo a confronto gli «elementi costitutivi» dei reati, secondo la classica tripartizione di «condotta-evento-nesso di causa», in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona) o di Cass. pen., sez. IV, n. 10180/2005 (che pure dimostra di condividere la (nuova) concezione storico-naturalistica di «medesimo fatto», salvo ricadere, a detta del giudice *a quo*, al momento di decidere la fattispecie concreta, nel recupero dei risalenti concetti legati alla «struttura del reato»). In un'ottica sostanzialmente analoga si pone Cass. pen., sez. II, 21 marzo 2013, n. 18376, secondo cui il «fatto» giudicato va considerato non solo sotto il profilo della sua materialità storica, ma anche con riferimento alla ritenuta «qualificazione giuridica» conferitagli nel giudizio. E analogamente (si legge nella menzionata ordinanza n. 262 del 24 luglio 2015), «la sovrapposizione del criterio astratto sul criterio storico-naturalistico è apprezzabile anche nella pronuncia n. 52215/2014, con la quale la V Sezione della Corte di Cassazione ha sancito che due processi hanno ad oggetto il “medesimo fatto”, “allorché vi sia una coincidenza dell'intera materialità del reato nei suoi tre elementi: condotta, evento, nesso causale (C. sez. 2, 18.1.2005, Rv. 230791; C. sez. 3, n. 11603 dell'11

strettamente giuridica (“condotta-evento-nesso di causa”) compie un’operazione ermeneutica che, pur se non incentrata esclusivamente sul confronto tra fattispecie astratte, finisce inevitabilmente per sovrapporre al fatto-storico i concetti propri della descrizione del “tipo” legale<sup>974</sup>. Perciò, ne deduce il G.U.P. torinese, «nonostante il richiamo ai criteri ermeneutici elaborati dalla Corte europea, nell’ordinamento italiano l’applicazione dell’art. 649 c.p.p. è, in realtà, costantemente guidata da criteri che analizzano il fatto storico alla luce della fattispecie astratta, cioè proiettando sull’episodio storico le categorie del “fatto giuridico”, scomposto nei suoi “elementi costitutivi”; di conseguenza, la norma applicata è confliggente con la norma che la Corte europea ha elaborato in relazione all’art. 4 Prot. 7 della CEDU, che adotta in via esclusiva il criterio storico-naturalistico e che ormai ha assunto i connotati del “diritto consolidato” (cfr. sentenza Corte Cost. 49/2015)»<sup>975</sup>: il che determina, appunto, un contrasto «tra i due ordinamenti, nazionale ed

---

novembre 1993, Rv. 196068. Nel vigore del vecchio codice: Cass., n. 11561 del 7/5/1982, Rv. 156448). Specificatamente, è stato rilevato che la locuzione “medesimo fatto” va intesa come coincidenza di tutte le componenti della fattispecie concreta onde tale espressione fa riferimento alla “identità storico-naturalistica del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi identificati nella condotta, nell’evento e nel rapporto di causalità in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona» (C.S.U., 28 giugno 2005, Rv. 231799; sez. 5, 1.7.2010, Rv 247895; sez. 2, n. 26251 del 27 maggio 2010; C. sez. 5, 11.12.2008, Rv. 243330)».

Particolarmente eloquente è, poi, Cass. pen., sez. II, 20 novembre 2014, n. 52645: «Per affrontare adeguatamente la questione [dell’applicazione dell’art. 649 c.p.p. nelle ipotesi di concorso formale di reati] occorre soffermarsi sulla nozione di “medesimo fatto” contenuta nell’art. 649 c.p.p. e nelle fonti internazionali citate [...]. Tradizionalmente, anche sotto la vigenza del vecchio codice di rito del 1930, si era affermato che il principio dell’inammissibilità di un secondo giudizio doveva trovare applicazione esclusivamente nel caso in cui l’identità del fatto concernesse l’intera materialità del reato nei suoi tre elementi, della condotta, dell’evento e del nesso di causalità (sez. 2 n. 13447 del 27/4/1989, Rv. 182236); il principio è stato costantemente riaffermato successivamente all’entrata in vigore del codice del 1988, ribadendosi che la preclusione del *ne bis in idem* sussiste solo se si verte in ordine ad un unico fatto il quale dia origine ad una pluralità di procedimenti penali e che, per verificare se il fatto in esame sia il medesimo, nei diversi procedimenti, occorre accertare se vi sia coincidenza degli elementi costitutivi del fatto stesso, identificabili nella condotta, nell’evento e nel nesso di causalità [...]. Certo il divieto di un secondo giudizio di cui all’art. 649 c.p.p. si riferisce al fatto storico, considerato da un punto di vista fattuale e giuridico, sul quale si è formato il giudicato e non al fatto come è stato giuridicamente configurato nel primo giudizio nei suoi elementi non essenziali [...]. La giurisprudenza, quindi, è pervenuta ad una concezione storico naturalistica dell’*idem factum*, in base alla quale la preclusione prevista dall’art. 649 c.p.p. opera nella sola ipotesi in cui vi sia, nelle imputazioni formulate nei due diversi processi a carico della stessa persona, corrispondenza biunivoca fra gli elementi costitutivi dei reati descritti nelle rispettive contestazioni, da considerarsi anche con riferimento alle circostanze di tempo, di luogo e di persona (sez. 5 n. 28548 del 1/7/2010, Rv. 247895)».

<sup>974</sup> Nell’atto di promovimento si percepisce chiaramente che, secondo il Giudice *a quo*, il «fatto materiale» deve essere inteso «sotto il profilo storico-naturalistico».

<sup>975</sup> Ai fini di una miglior comprensione di quella vicenda, specie nell’ottica della verifica della possibile rilevanza di alcune riflessioni elaborate, in quel pur diverso contesto, in tema di identificazione del concetto di “fatto” e della distinzione tra “fatto materiale” e “fatto giuridico”, sarà utile ricordare che il Giudice doveva decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio per omicidio doloso dello stesso imputato, già giudicato in via definitiva per la medesima condotta e già prosciolto per prescrizione dai reati di disastro doloso (art. 434 c.p.) e di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro (art. 437 c.p.) in danno di numerose persone, tra le quali 186 figuravano già nel primo processo come soggetti deceduti in conseguenza del comportamento dell’imputato ed erano indicate anche tra le 258 vittime dei delitti di omicidio, per i quali era stata nuovamente esercitata l’azione penale; riteneva, perciò, che il fatto materiale contestato nel processo fosse, sotto il profilo storico-naturalistico, indubbiamente il medesimo di quello già oggetto della sentenza divenuta irrevocabile (*idem factum*), e che, dunque, fosse necessario sollevare la questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p., per violazione dell’art. 117, co. 1, Cost. in relazione all’art. 4 Prot. 7 della CEDU, atteso che il divieto di doppio giudizio sancito dall’art. 649 c.p.p. ha, nell’ordinamento processuale italiano, un ambito di applicazione limitato ai casi in cui si riscontrino la coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato e dei beni giuridici tutelati (*idem legale*), e non opera, invece, in presenza del mero accertamento della coincidenza dei fatti storici oggetto delle successive e differenti imputazioni che siano state formalizzate ed esaminate in due distinti procedimenti: di qui il contrasto dell’art. 649 c.p.p. con l’art. 4 Prot. 7 della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, e conseguentemente con l’art. 117, co. 1, Cost., nella parte in cui limita l’applicazione del principio del *ne bis in idem* all’esistenza del medesimo “fatto giuridico” nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all’esistenza del medesimo “fatto storico” così come delineato dalla Corte europea con un orientamento consolidato, e impedisce di pronunciare sentenza di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p. nelle ipotesi «in cui si è certamente in presenza dell’*idem factum* ma non dell’*idem legale*», pena «un ampliamento della portata dell’art. 649 c.p.p.», che «finirebbe per assegnare alla disposizione interna

europeo, il primo dei quali tuttora fortemente ancorato a criteri che non apprezzano in via esclusiva il fatto storico e che, pertanto, è dissonante con l'orientamento consolidato della Corte europea che, invece, affronta la valutazione del *bis in idem* utilizzando in via esclusiva il criterio del raffronto tra i fatti storico-naturalistici oggetto dei due processi».

Presupposto del convincimento del giudice *a quo* è l'orientamento interpretativo della Corte di Strasburgo in merito all'art. 4 prot. 7 della CEDU, formatosi a partire dalla decisione n. 14939/03 del 10 febbraio 2009, pronunciata dalla Grande Camera nella causa Serguei Zolotukhine c. Russia, e volto ad affermare il «divieto di perseguire e giudicare una persona per un secondo reato quando all'origine di questo vi siano fatti identici o fatti "sostanzialmente" uguali a quelli all'origine del primo reato»<sup>976</sup>: orientamento rafforzatosi, poi, in varie altre pronunce<sup>977</sup>, tutte caratterizzate dall'affermazione secondo cui all'identificazione dei fatti si deve pervenire in virtù del criterio della «inestricabilità nel tempo e nello spazio» delle «concrete circostanze» che coinvolgono il medesimo imputato, sottoposto a secondo procedimento penale<sup>978</sup>, cioè attraverso la valutazione non degli elementi costitutivi delle fattispecie oggetto di addebito, ma degli accadimenti, cioè dell'insieme di circostanze fattuali inscindibilmente legate tra di loro, così come esse appaiono circostanziate, nello spazio e nel tempo<sup>979</sup>. Di qui, riassuntivamente, l'idea che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo persegue l'identificazione del fatto (specie ai fini della comparazione tra l'oggetto di diversi giudizi, cioè della individuazione dell'*idem*) unicamente in base al «nucleo fattuale del caso giudicato», cioè soltanto alla stregua del criterio storico-naturalistico<sup>980</sup>, che evidentemente distingue il (fatto materiale inteso come) "fatto storico"<sup>981</sup> dal "fatto giuridico" (il fatto inteso nei suoi aspetti giuridico-formali, che si compone dei vari elementi costitutivi, oltre che dei beni giuridici tutelati)<sup>982</sup>.

---

un significato "del tutto eccentrico" rispetto alla sua lettera e a come essa "vive" nell'ordinamento, compiendo un'operazione che la stessa Corte costituzionale ha censurato (cfr. sentenza n. 49/2015)».

<sup>976</sup> Il G.U.P. torinese tende a valorizzare la menzionata decisione, in particolare, nella parte in cui afferma la necessità di verificare non se vi sia coincidenza tra gli «elementi costitutivi degli illeciti», ma se vi sia sovrapposibilità tra i fatti oggetto delle diverse contestazioni perché riconducibili alla «medesima condotta».

<sup>977</sup> *In primis*, la nota decisione del 4 marzo 2014 (causa Grande Stevens c. Italia).

<sup>978</sup> V. le sentenze CEDU del 27 novembre 2014 (causa Lucky Dev c. Svezia) e del 27 gennaio 2015 (causa Rinas c. Finlandia): «It was therefore important to focus on those facts which constituted a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space». La documentata ordinanza torinese dà conto che «le medesime affermazioni si leggono, letterali, al paragrafo 33 della sentenza del 17/2/2015, pronunciata nella causa Boman c. Finlandia; al paragrafo 52 della sentenza del 20/5/2014, pronunciata nella causa Glantz c. Finlandia; al paragrafo 41 della sentenza del 20/5/2014, pronunciata nella causa Ilakka c. Finlandia; al paragrafo 42 della sentenza del 20/5/2014, pronunciata nella causa Nykanen c. Finlandia; al paragrafo 49 della sentenza del 20/5/2014, pronunciata nella causa Pirttimaki c. Finlandia».

<sup>979</sup> Sentenza CEDU 23 giugno 2015 (causa Butnaru et Bejan-Piser c. Romania).

<sup>980</sup> Secondo il G.U.P. torinese l'ordinamento nazionale è «tuttora fortemente ancorato a criteri che non apprezzano in via esclusiva il fatto storico» ed è, pertanto, «dissonante con l'orientamento consolidato della Corte europea che, invece, affronta la valutazione del *bis in idem* utilizzando in via esclusiva il criterio del raffronto tra i fatti storico-naturalistici oggetto dei due processi».

<sup>981</sup> Si noti che, in quel contesto, il fatto storico è circoscritto alla sola condotta dell'agente, cioè alla sua azione od omissione.

<sup>982</sup> Eloquentemente è il seguente passaggio dell'ordinanza torinese (critica nei confronti della giurisprudenza di legittimità): «La Suprema Corte, legando il concetto di "fatto" ad elementi di natura strettamente giuridica ("condotta-evento-nesso di causa") compie un'operazione ermeneutica che, pur se non incentrata esclusivamente sul confronto tra fattispecie astratte, finisce inevitabilmente per sovrapporre al fatto-storico i concetti propri della descrizione del "tipo" legale».

In realtà, una più approfondita lettura di quel provvedimento consente di rilevare che elementi identificativi del fatto materiale inteso in senso storico-naturalistico vengono considerati elementi tipici del reato, come la condotta (oltre, in quella vicenda, alle cariche rivestite dall'imputato in seno alle società del gruppo, agli stabilimenti interessati dalla lavorazione dell'amianto, ai profili di responsabilità gestionale all'interno degli stabilimenti, alle vittime); attengono, invece, al "tipo legale" la "struttura" del reato, il differente "ruolo" del (medesimo) evento morte all'interno della fattispecie, i beni giuridici tutelati.

## 5. Il «fatto» come «accadimento materiale» («fatto storico-naturalistico»), «scomposto nella triade di condotta, nesso di causalità, ed evento naturalistico», nella lettura di Corte cost. n. 200 del 21 luglio 2016.

La risposta che la Corte costituzionale offre con la sentenza n. 200 del 21 luglio 2016 è lapidaria («La tesi [del giudice *a quo*] è errata») e perviene sì alla parziale declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale<sup>983</sup>, ma sulla base di un percorso argomentativo del tutto diverso da quello ipotizzato nell'ordinanza di rimessione, e che può essere riassunto nei seguenti punti:

- «il fatto storico-naturalistico rileva, ai fini del divieto di *bis in idem*, secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento, perché l'approccio epistemologico fallisce nel descriverne un contorno identitario dal contenuto necessario. Fatto, in questa prospettiva, è l'accadimento materiale, certamente affrancato dal giogo dell'inquadramento giuridico<sup>984</sup>, ma pur sempre frutto di un'aggiunta di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi» (punto 4)<sup>985</sup>;

- «non vi è [...] alcuna ragione logica per concludere che il fatto, pur assunto nella sola dimensione empirica, si restringa all'azione o all'omissione, e non comprenda, invece, anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l'evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente» (punto 4);

- «la scelta tra le possibili soluzioni qui riassunte è di carattere normativo, perché ognuna di esse è compatibile con la concezione dell'*idem factum*», ma «questo non significa che le implicazioni giuridiche delle fattispecie poste a raffronto comportino il riemergere dell'*idem* legale» perché esse «non possono avere alcun rilievo ai fini della decisione sulla medesimezza del fatto storico», posto che «ad avere carattere giuridico è la sola indicazione dei segmenti dell'accadimento naturalistico che l'interprete è tenuto a prendere in considerazione per valutare la medesimezza del fatto» (punto 4);

- secondo la giurisprudenza consolidata della Corte EDU, nettamente a favore dell'*idem factum* (concezione naturalistica del fatto), il fatto non si restringe alla sola condotta dell'agente (azione

<sup>983</sup> Più in particolare, l'art. 649 c.p.p. è dichiarato incostituzionale, per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, nella parte in cui secondo il diritto vivente esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale.

<sup>984</sup> In questo senso il Giudice delle leggi esprime una posizione che, seppur in apparenza analoga, in realtà si discosta da quella di chi (PERULLI A., *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, p. 794 ss.; CARINCI M.T., *Fatto «materiale» e fatto «giuridico» nella nuova articolazione delle tutele ex art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1331) ritiene che «il fatto non può prescindere dalla sua valutazione giuridica» (p. 795): infatti, una cosa è ritenere che il fatto, pur nella sua materialità, deve essere identificato sulla base di una somma di elementi comunque selezionati dal legislatore, altra e diversa cosa è l'operazione di sussunzione del fatto, così determinato, all'interno di una fattispecie giuridica, secondo il già richiamato insegnamento di Massimo Severo Giannini (mi pare si avvicini a questa impostazione CAVALLARO L., *Il licenziamento disciplinare: una riconsiderazione*, cit., pp. 228-229, nota 39).

<sup>985</sup> Per una diversa nozione di «fatto materiale», come fattispecie semplicemente presa in considerazione «nella sua materialità», e «al verificarsi della quale l'ordinamento fa derivare la produzione di effetti giuridici», v. PERSIANI M., *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 10.

od omissione), ma abbraccia l'oggetto fisico, o anche l'evento naturalistico, «purché recepito con rigore nella sola dimensione materiale» (punto 5)<sup>986</sup>;

- l'identità del fatto presuppone, secondo la stessa giurisprudenza di legittimità<sup>987</sup>, la «“corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona”<sup>988</sup> (sentenza n. 129 del 2008)»<sup>989</sup>: il che conferma l'opzione «a favore dell'*idem factum*, sebbene il fatto sia poi scomposto nella triade di condotta, nesso di causalità, ed evento naturalistico» (punto 8)<sup>990</sup>;

- se i suddetti elementi sono «ponderati con esclusivo riferimento alla dimensione empirica», questo portato normativo è compatibile «con la nozione di fatto storico, sia nella sua astrattezza, sia nella concretezza attribuita dalla consolidata giurisprudenza europea», purché l'evento assuma «significato soltanto quale modificazione della realtà materiale conseguente all'azione o all'omissione dell'agente», e non acquisti rilevanza in termini giuridici, nonostante un orientamento minoritario della giurisprudenza di legittimità tenda a “corrompere” il fatto, sostenendo che «va tenuta in conto non solo la dimensione storico-naturalistica del fatto ma anche quella giuridica; ovvero che vanno considerate le implicazioni penalistiche dell'accadimento» (punto 8);

- «l'adesione ad una concezione rigorosamente naturalistica di condotta, nesso causale ed evento» espelle i «profili di apprezzamento sulla dimensione giuridica del fatto» (punto 11);

- «all'unicità della condotta non corrispond[e] la medesimezza del fatto, una volta che si sia precisato che essa può discendere dall'identità storico-naturalistica di elementi ulteriori rispetto all'azione o all'omissione dell'agente, siano essi costituiti dall'oggetto fisico di quest'ultima, ovvero anche dal nesso causale e dall'evento» (punto 12);

- ai fini indagati dalla Corte costituzionale nella decisione qui considerata (concorso formale di reati e applicazione del divieto di *ne bis in idem*), posta la «triade condotta-nesso causale-evento naturalistico», il fatto oggetto di un nuovo giudizio può essere affermato come identico solo se viene riscontrata «la coincidenza di tutti questi elementi, assunti in una dimensione empirica» (punto 12).

<sup>986</sup> Frequente è nella giurisprudenza della Corte EDU l'affermazione secondo cui il fatto è «un insieme di circostanze fattuali concrete [...] inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio»: così, ad esempio, le sentenze Nykanen c. Finlandia del 20 maggio 2014 e Lucky c. Svezia del 27 novembre 2014.

<sup>987</sup> In proposito il Giudice delle leggi richiama la già citata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 34655/2005.

<sup>988</sup> Passaggio argomentativo, questo, che pare consonante con quanto autorevole dottrina teorizza circa la necessità di un «approccio pluri-fattoriale» nella valutazione del fatto contestato: CARINCI F., *Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 323; *Id.*, *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti ex art. 18 Stat. lav. “versione Fornero”*, cit., p. 745.

<sup>989</sup> Nella sentenza n. 129 del 30 aprile 2008 (in *Giur. cost.*, 2008, p. 1506) la Corte costituzionale, relativamente a un giudizio avente a oggetto la costituzionalità dell'art. 630, co. 1, lett. a), c.p.p., riferisce la nozione di fatti «agli accadimenti ([...] naturalisticamente intesi) costituenti il presupposto “materiale” che deve essere “provato”, perché si generi un determinato effetto processuale» e precisa che essa «non può riferirsi alla disposizione processuale la cui applicabilità può scaturire dall'accertamento di quei fatti; e meno ancora alla valutazione che il giudice abbia effettuato in ordine alla congruità della prova di quegli stessi fatti e della relativa idoneità a porsi quale premessa per la (equa) applicazione della regola processuale che venga, volta a volta, in discorso».

<sup>990</sup> Sulla centralità del concetto di *idem factum* nella giurisprudenza interna ed europea e sulla sentenza della Corte costituzionale n. 200/2016 v. il paragrafo 5 della relazione di orientamento n. 26/17 dell'Ufficio del Massimario Penale della Corte di Cassazione datata 21 marzo 2017, e ivi (nota 14) relative indicazioni bibliografiche.

Così riassunti i pur numerosi concetti disseminati dalla Corte costituzionale per tracciare l'iter argomentativo volto a contrastare la soluzione alternativa prospettata in quella vicenda dal giudice *a quo*, emerge evidente, così almeno ci pare, se non una vera e propria contraddizione, quanto meno una latente e incomprimibile tensione tra due assunti: da un lato, l'insistita accentuazione dei profili della materialità del fatto, intesa in termini storico-naturalistici, cioè come accadimento storico preso in considerazione di per sé<sup>991</sup>, a prescindere dalle conseguenze giuridiche della fattispecie; dall'altro lato, l'idea che – come detto – il fatto storico-naturalistico rileva, comunque, secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento, sì che, nell'ottica del Giudice delle leggi, non sarebbe corretto presupporre in astratto un contenuto necessario del «fatto» utile, anzi indispensabile, ai fini dell'identificazione dello stesso, e ciò perché il «fatto» è sì un accadimento materiale «affrancato dal goglio dell'inquadramento giuridico» (chiosa icasticamente la Corte), ma è pur sempre costituito dalla somma di «elementi» selezionati «secondo criteri normativi». Con il che la «giuridicità» (ma sarebbe meglio dire la «normatività») del «fatto», apparentemente accompagnata alla porta, rientra a pieno titolo nel gioco della qualificazione della fattispecie, e non proprio dalla finestra, né da un accesso secondario.

Proprio perché accadimento materiale, poi, il «fatto», sebbene considerato unicamente nella sua dimensione empirica, non coincide riduttivamente con la sola azione od omissione<sup>992</sup>, cioè con la sola condotta, ma deve essere valutato nella sua composizione triadica, che comprende anche nesso di causalità ed evento naturalistico<sup>993</sup>, in linea con la nota teorica della concezione trifasica del reato, cui la Corte costituzionale pare chiaramente ispirarsi: e la precisazione è tutt'altro che secondaria, specie ove si consideri che uno dei maggiori equivoci in cui incappano i sostenitori della tesi del «fatto giuridico» (ben rappresentato dalla paradossalità di certe esemplificazioni estremistiche, spesso anche risibili, volte a ipotizzare, in chiave critica, la sussistenza del fatto legittimante il licenziamento nel caso di comportamenti leciti o addirittura posti in essere da un lavoratore diverso da quello colpito dal provvedimento espulsivo) è quello di ridurre la dimensione storico-naturalistica del fatto, appunto, alla sola condotta (o, ancor più inaccettabilmente, al solo evento), trascurando non solo e non tanto l'elemento soggettivo (ché, semmai, ciò può

<sup>991</sup> Per usare un'espressione di ALESSANDRI A., *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1481 (che a sua volta utilizza una formula di SEARLE J.R., *La costruzione della realtà sociale* (trad. it.), Torino, 2006, p. 37) potrebbe parlarsi di fatti oggettivi, empiricamente determinati, cioè i «fatti nudi e crudi, i fatti "bruti"». Termini icasticamente pressoché analoghi sono usati in Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio Penale, Relazione per la Quinta Sezione Penale (Riunione sezionale del 15 ottobre 2015), consultabile sul sito [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it): «Quanto al significato della locuzione "fatti materiali", lo snodo sembra essere quello concernente l'uso del termine "fatti", soprattutto se all'aggettivo "materiali" si attribuisce il significato proprio, che tende quindi a rafforzare il riferimento alla concretezza (vien quasi da dire alla fisicità) della "cosa della natura"».

<sup>992</sup> Così, a quanto pare, ORTIS S., *Il fatto e la sua qualificazione: dalla querelle della riforma Fornero ai nodi irrisolti del Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, p. 150, che riferisce l'elemento materiale alla sola condotta, attribuendo erroneamente all'opposta, e minoritaria, tesi la scelta di includere tra gli elementi oggettivi anche evento e nesso di causalità. In realtà, la consapevolezza che tra gli elementi materiali od oggettivi debbano ricomprendersi, appunto, pure evento e nesso di causalità, sulla scia dell'influenza penalistica, è ben più diffusa: v., ad esempio, CARINCI F., *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 80, e ivi la precisazione che comunque si tratta di «concetti giuridici»; RIVERSO R., *I licenziamenti disciplinari tra Jobs act e riforma Fornero. (Basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)*, cit.

<sup>993</sup> In proposito v. anche CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 964; TREMOLADA M., *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*, in CESTER C. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, pp. 119-120; ID., *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav. per la riforma Fornero*, cit., p. 877 (che esclude dalla nozione di «fatto» l'antigiuridicità e la colpevolezza, in linea con la concezione belinghiana, dunque ottocentesca, di *Tatbestand*); TATARELLI M., *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2015, p. 450.

essere addebitato ai sostenitori della tesi del “fatto materiale”<sup>994</sup>), quanto proprio gli altri elementi oggettivi cui si è accennato.

Dimenticanza, questa, non di poco conto perché impedisce di comprendere che il fatto (sia esso “neutro”, cioè privo di aggettivi, oppure “materiale” o “giuridico”) è insussistente non solo quando, tra gli elementi oggettivi, manca la condotta, cioè quando il lavoratore colpito dal licenziamento non ha posto in essere l’azione od omissione ritenuta meritevole della sanzione espulsiva (con buona pace di chi ha teorizzato “umoristicamente” il pericolo che il fatto possa dirsi, al contrario, sussistente – e che, dunque, nessuna reintegra possa mai esservi – quando la condotta è storicamente esistita come dato empirico, sebbene non sia stata realizzata dal lavoratore licenziato<sup>995</sup>), ma anche quando difettano l’evento e il nesso di causalità: cioè quando l’evento che sarebbe dovuto naturalisticamente scaturire dalla condotta del lavoratore licenziato non si è mai verificato, e, inoltre, quando l’evento è sì storicamente accaduto, ma non è riconducibile al lavoratore sulla base di un rapporto di causalità diretto<sup>996</sup> (del tutto irrilevante essendo la circostanza che l’evento sia, invece, a lui riconducibile sulla scorta di un rapporto di semplice occasionalità, cioè di causalità indiretta, o addirittura di casualità).

## 6. La non coincidenza della nozione di «fatto» nel diritto processuale penale e nel diritto penale sostanziale: alle origini di un equivoco?

I rilievi sin qui svolti, in quanto miranti a individuare la nozione di «fatto materiale» sfruttando la sponda offerta dalle definizioni elaborate in altri rami dell’ordinamento, necessitano, peraltro, di una precisazione.

La nozione di «fatto» sin qui enucleata, centrata sulla più volte rammentata triade di elementi (e, come si è visto, sostanzialmente condivisa dalla dottrina anche in ambito giuslavoristico, allorché essa si è cimentata nella ricerca di una definizione del concetto di «fatto materiale»), è mutuata dalla disciplina del processo penale e, in particolare, dalle formule di proscioglimento, ma, proprio perché autonoma, non coincide con quella di fatto illecito (penale): se, infatti, agli effetti di quelle formule «il “fatto” è costituito dalla condotta materiale cosciente e volontaria di cui all’art. 42 comma 1 c.p., dall’evento, dal rapporto di causalità tra condotta ed evento, nonché dalle qualifiche normative che riguardino la condotta», cioè comprende «gli elementi materiali del reato; ma

<sup>994</sup> Come rileva CARINCI F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, cit., p. 1113, il quale osserva come la prima giurisprudenza pronunciatisi sul novellato art. 18 abbia, invece, recuperato non solo l’elemento soggettivo, ma anche il criterio di proporzionalità.

<sup>995</sup> E ciò sul presupposto, apparentemente sillogistico (ma, in realtà, tanto bizzarro quanto inconsistente), secondo cui, dovendo la nozione di “fatto”, ove inteso in senso “materiale”, essere valutata con riferimento ai soli elementi oggettivi, e difettando in simile ipotesi l’imputabilità (che rientra, invece, nel novero degli elementi soggettivi), l’assenza della condotta (in quanto elemento oggettivo) a nulla rileverebbe e non determinerebbe il venir meno della responsabilità posta a base dell’addebito disciplinare. Ritiene che la «connotazione del fatto come materiale non esclude che nella considerazione della sua sussistenza possa assumere rilievo anche una valutazione degli elementi soggettivi, ovvero l’esigenza di una qualificazione giuridica del fatto», BOSCATI A., *Il licenziamento disciplinare nel contratto a tutele crescenti*, in *Dir. relaz. ind.*, 2015, p. 1048. In termini analoghi v. già DEL PUNTA R., *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, cit., p. 37, secondo cui il «fatto» di cui al novellato art. 18 «deve essere inteso come potenzialmente inclusivo di elementi non “materiali”», cosicché «dovrà ritenersi rilevante l’insussistenza di quegli elementi soggettivi del fatto che siano entrati nella contestazione dell’addebito» (analogamente anche BRIZZI M., *Il fatto nella configurazione del licenziamento disciplinare*, in *Quaderni di Arg. dir. lav.* ordinati da PERSIANI M. e CARINCI F., *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»* a cura di FERRARO G., n. 14, 2015, p. 63), e MARESCA A., *Il licenziamento ingiustificato tra reintegrazione e indennità risarcitoria onnicomprensiva*, cit., p. 172).

<sup>996</sup> Conf. CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 1087.

non tutti, perché ne restano fuori le condizioni obiettive di punibilità e quegli altri elementi materiali che attengono alle cause di giustificazione, di discolta e di esclusione della sola pena» nonché «gli elementi soggettivi, tranne la coscienza e volontà della condotta», «bisogna, però, evitare il pericolo di generalizzare questa nozione di “fatto” e di farne applicazione in altri settori del diritto processuale penale o, peggio, del diritto penale sostanziale»<sup>997</sup>.

In altre parole, si vuol dire che quella nozione non solo non è unica, ma (proprio perché circoscritta entro un ambito particolare delle vicende del processo penale) non è nemmeno detto che sia la più appropriata e la più esportabile.

E, in effetti, se si volge lo sguardo alle varie nozioni di «fatto» elaborate nel diritto penale sostanziale, ci si rende agevolmente conto che è ben raro che esse siano limitate agli aspetti meramente oggettivi.

Così, «chi riporta al fatto gli elementi che caratterizzano il particolare tipo di delitto vi comprende, di solito, il soggetto attivo, i presupposti della condotta, la condotta, l'evento, il rapporto di causalità tra condotta ed evento, nonché le finalità non realizzate (cosiddetto dolo specifico) che contrassegnano un particolare delitto».

Chi, invece, «intende il fatto come oggetto della qualifica di antigiuridicità obiettiva vi fa rientrare, oltre gli elementi sopra ricordati, anche le costanti da cui dipende, in generale, la lesività dell'interesse tutelato», con il risultato di includere in ogni fatto, come elemento negativo, «l'assenza delle cause di giustificazione».

«Se, poi, il fatto è configurato come l'oggetto della colpevolezza, esso viene a comprendere la condotta, l'evento, il nesso di causalità tra condotta ed evento nonché la assenza di scriminanti».

E, infine, chi elabora la nozione di «fatto di reato» sulla base del concetto civilistico di fatto «sorto dalla dottrina delle fonti delle obbligazioni e affermatosi poi nella teoria generale del diritto nonché in tutte le discipline giuridiche non penalistiche» è portato a ritenere che il fatto comprenda «tutti gli elementi strutturali oggettivi e subiettivi del reato»<sup>998</sup>.

Perciò, come si può ben intendere, la definizione che si è sinora ritenuto di dare del concetto di «fatto» (e più ancora di «fatto materiale»), desumendola dalla formula utilizzata in ambito processual-penalistico, non solo non è univoca, ma non è nemmeno detto che sia la più appropriata: anzi, come si è visto, se ci si orientasse per una delle nozioni elaborate nel diritto penale sostanziale, i profili soggettivi della fattispecie (comunque difficilmente accantonabili quand'anche ci si volesse arrestare alla triade tradizionale di elementi, se non altro per via del richiamo alla condotta) potrebbero entrare in gioco sotto molteplici profili.

<sup>997</sup> PAGLIARO A., *Fatto*. b) *Diritto processuale penale*, XVI, Milano, 1967, p. 962.

<sup>998</sup> Tutte le citazioni e la sintesi delle diverse nozioni di «fatto» nel diritto penale sostanziale sono tratte da PAGLIARO A., *Fatto*. a) *Diritto penale*, XVI, Milano, 1967, pp. 955-957.

## 7. «Fatto materiale» e valutazione nel delitto di false comunicazioni sociali: coesistenza o incompatibilità?<sup>999</sup>

Indagato, secondo una prospettiva “obliqua”, il significato del sostantivo (il «fatto»), è ora opportuno spostare l’attenzione sull’aggettivo («materiale»).

La vicenda normativa che induce il legislatore a qualificare un «fatto» come «materiale» è tutt’altro che nuova, rappresentando, al contrario, una storia già vissuta; e del pari tutt’altro che nuova è la nozione stessa di «fatto materiale», in realtà già nota al nostro ordinamento (sia pure in contesti differenti dal diritto del lavoro) e perciò, diversamente da quanto ritenuto da alcuni<sup>1000</sup>, dotata di uno specifico significato tecnico (sebbene – è opportuno precisarlo sin d’ora – contestato e inteso in maniera tutt’altro che univoca).

In questa sede si tratta di verificare se, oltre all’indubbia identità di lessico e al singolare parallelismo nell’evoluzione normativa verificatasi in altri contesti, sia rinvenibile anche una comunanza di concetti, di *rationes* e di finalità: se, cioè, l’esperienza che ha interessato altri settori dell’ordinamento sia stata riprodotta anche nell’ambito qui indagato; se quei concetti siano stati recuperati e riutilizzati nel medesimo significato; se il legislatore abbia inteso perseguire obiettivi identici o, quanto meno, analoghi a quelli che si era prefisso allorché, in passato, si è accinto a compiere lo stesso tipo di operazione, a un certo momento scegliendo di aggettivare il “fatto” come “materiale”.

Punto di partenza di questa operazione di verifica non può che essere la vicenda che ha interessato gli artt. 2621 e 2622 c.c., norme che – come noto – trattano del delitto di false comunicazioni sociali rispettivamente nelle società non quotate e quotate<sup>1001</sup>.

In particolare, l’art. 2621 stabilisce, al comma 1, che «fuori dai casi previsti dall’art. 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, consapevolmente espongono *fatti materiali rilevanti* non rispondenti al vero ovvero omettono *fatti materiali rilevanti* la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo

<sup>999</sup> Una risposta netta al quesito, in sede di esegesi del novellato art. 18 St. lav., proviene da uno dei primi e più coerenti sostenitori della tesi del “fatto giuridico”: v., infatti, SPEZIALE V., *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 366, il quale rileva l’«impossibilità di scindere “fatto” e sua valutazione».

<sup>1000</sup> TREU T., *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *Guida Lav.*, n. 3 del 16 gennaio 2015, p. 13; PERULLI A., *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, p. 422, il quale include nel «fatto» pure l’imputabilità, l’elemento psicologico-soggettivo, la volontarietà della condotta, e anche la sua antiggiuridicità; ID., *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in FIORILLO L. - PERULLI A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, cit., p. 33. CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 1084, obietta, però, che la conclusione volta a privilegiare la natura giuridica del fatto, sterilizzando l’aggiunta dell’aggettivo «materiale», «rischia di essere inutilizzabile se non si chiarisce in che cosa consista questa atecnicità».

<sup>1001</sup> Si noti che il percorso inverso, cioè il gioco di rimandi all’incontrario fra normativa penale e art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015, è compiuto anche da alcuni penalisti, i quali evidenziano che nella norma lavoristica «i fatti materiali sono oggetto di una *esclusione esplicita delle valutazioni*»: così ALESSANDRI A., *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 30, e, in precedenza, SEMINARA S., *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, nota a Cass. pen., sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774, *ibidem*, 2015, p. 1503 («la nozione è qui utilizzata nel senso di avvenimento storico, depurato da ogni valutazione: indipendentemente dalla sua praticabilità nella disciplina dei licenziamenti, non si vede proprio come essa possa applicarsi al bilancio»), che rammenta altresì la lettura offertane da Cass. pen. 6 novembre 2014, n. 23669.

concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni».

Analogamente il comma 1 dell'art. 2622 c.c. dispone che «gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell'Unione europea, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico consapevolmente espongono *fatti materiali* non rispondenti al vero ovvero omettono *fatti materiali rilevanti* la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da tre a otto anni».

Per completezza rammentiamo che la nozione qui indagata trova spazio anche nell'art. 2638 c.c. («Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza»), il cui comma 1 prevede, al primo periodo, che «gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali nelle comunicazioni alle predette autorità previste in base alla legge, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, espongono *fatti materiali* non rispondenti al vero, *ancorché oggetto di valutazioni*, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei sottoposti alla vigilanza ovvero, allo stesso fine, occultano con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte fatti che avrebbero dovuto comunicare, concernenti la situazione medesima, sono puniti con la reclusione da uno a quattro anni».

Come si può notare, quindi, siamo dinanzi a un concetto tutt'altro che nuovo («*fatti materiali*»), in alcuni casi ulteriormente integrato con l'aggettivo «*rilevanti*» (la cui assenza nelle norme lavoristiche, per le ragioni che approfondiremo, non è, però, decisiva), e nell'art. 2638 accompagnato da una puntualizzazione sistematicamente interessante perché volta a introdurre un innegabile margine di discrezionalità nel giudizio circa la veridicità/non veridicità del fatto, seppur inteso nella sua «materialità».

Ciò che, però, interessa ancor di più è osservare come l'evoluzione delle suddette norme abbia percorso gli stessi passi lungo i quali si sarebbe poi incamminato il legislatore nell'impiegare la formula di cui all'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015.

Infatti, il testo dell'art. 2621 che è stato riportato è quello risultante dalla novella di cui all'art. 9, l. 27 maggio 2015, n. 69, e in vigore dal 14 giugno 2015. In precedenza la norma era stata modificata dapprima dall'art. 1, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, e poi dall'art. 30, co. 1, l. 28 dicembre 2005, n. 262: ed è, appunto, all'art. 1, d.lgs. n. 61/2002 che si deve l'aggiunta, al sostantivo «fatti», dell'aggettivo «materiali».

Identico discorso vale per l'art. 2622 c.c.<sup>1002</sup> e per l'art. 2638 c.c.<sup>1003</sup>.

Dunque, come riassume efficacemente una decisione abbastanza recente della Suprema Corte<sup>1004</sup>, nell'evoluzione storica del testo si è passati dalla locuzione «fatti falsi» che figurava nel codice di commercio Zanardelli del 1882 a quella di «fatti non rispondenti al vero» introdotta dal legislatore del 1942, per giungere, poi, alla formula, utilizzata dal d.lgs. n. 61 del 2002, «fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni» (come si è visto, usata anche nella formulazione del delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza, di cui all'art. 2638 c.c.), da ultimo ridisegnata dalla l. n. 69 del 2015 nei suddetti termini («fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero»), mediante elisione dell'inciso «ancorché oggetto di valutazione» e aggiunta dell'aggettivo «rilevanti» al sintagma «fatti materiali».

Il quadro normativo di riferimento è, poi, completato dall'introduzione, ad opera dell'art. 10, l. n. 69/2015, di due nuovi articoli (2621-*bis* e 2621-*ter* c.c.), i quali prevedono rispettivamente, per quanto può qui rilevare, l'uno (al comma 1) una diminuzione di pena se i fatti di cui all'art. 2621 sono di lieve entità, tenuto conto della natura e delle dimensioni della società e delle modalità o degli effetti della condotta, e l'altro la non punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 131-*bis* c.p., qualora il giudice valuti, in modo prevalente, l'entità dell'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori conseguente ai fatti di cui agli artt. 2621 e 2621-*bis*.

È, quindi, in tale contesto che matura il quesito di diritto «se, a seguito della novella dell'art. 2621 c.c. [...], il falso c.d. valutativo o “qualitativo” rientri, tuttora, nella sfera di punibilità delle false comunicazioni sociali»: se cioè (come spiega la Suprema Corte), a seguito del menzionato intervento “ortopedico” sulla pregressa formulazione della norma, la soppressione del suddetto inciso «possa spiegare rilevanza sul versante sostanziale, comportando l'espunzione, dall'alveo dei fatti punibili, di quelli “valutativi” (*rectius*: di “quelli oggetto di valutazione”)), cioè delle attestazioni conseguenti a processi intellettuali di carattere, appunto, valutativo.

<sup>1002</sup> L'art. 2622 è stato dapprima sostituito dall'art. 1, d.lgs. n. 61/2002, poi dall'art. 30, co. 2, l. n. 262/2005, e, infine, dall'art. 11, l. n. 69/2015: anche in questo caso l'aggettivo «materiali» è stato aggiunto dall'art. 1, d.lgs. n. 61/2002.

<sup>1003</sup> L'art. 2638 è stato modificato dall'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 61/2002, poi dagli artt. 15, co. 1, lett. c), e 39, co. 2, lett. c), l. n. 262/2005, e, infine, dall'art. 101, co. 1, d.lgs. n. 180/2015: come per gli artt. 2621 e 2622, anche nell'art. 2638 l'aggettivo «materiali» è stato aggiunto dall'art. 1, d.lgs. n. 61/2002.

<sup>1004</sup> Il riferimento è a Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 890, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2016, con note di MASULLO M.N., *Falso in bilancio e valutazioni punibili? Altri e non meno rilevanti interrogativi* (p. 142), GUALTIERI P., *Le nuove false comunicazioni sociali: il punto di vista dell'economista aziendale* (p. 153), SCOLETTA M., *Le parole sono importanti? “Fatti materiali”, false valutazioni di bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale* (p. 163), MUCCIARELLI F., *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e ars interpretandi* (p. 174), e PULITANÒ D., *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo* (p. 204); in *Dir. pen. cont.*, 18 gennaio 2016, con nota di MUCCIARELLI F., *Falso in bilancio e valutazioni: la legalità restaurata dalla Cassazione*; in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 449, con nota di AMATI E., *Il nuovo falso in bilancio quale “eccezionale” veicolo di diritto penale giurisprudenziale*; in *Cass. pen.*, 2016, p. 1417, con nota di MASULLO M.N., *Oltre il dato normativo: la ragionevole punibilità delle false valutazioni*; in *Guida Dir.*, n. 7 del 6 febbraio 2016, p. 82, con nota di LANZI A., *Un audace tentativo per rendere punibili le azioni più insidiose. La stratificazione normativa è riassunta anche da Cass. pen., sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, in Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1463, con nota critica di ALESSANDRI A., *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite* (cui si rinvia anche per i numerosi riferimenti bibliografici); in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 1192, con note di DELL'OSSO A.M., *Rien ne va plus: le Sezioni Unite confermano la perdurante rilevanza delle valutazioni nei delitti di false comunicazioni sociali*, e di CINCOTTI C., *La rilevanza penale del falso valutativo tra contabilità, valutazioni e stime*; in *Cass. pen.*, 2016, p. 2784, con nota di D'ALESSANDRO F., *Le false valutazioni al vaglio delle Sezioni unite: la nomofilachia, la legalità e il dialogo interdisciplinare*; in *Dir. pen. cont.*, 27 giugno 2016, con nota di PIVA D., *Le Sezioni Unite sulle valutazioni: dai finti ai veri problemi delle nuove false comunicazioni sociali*; in *Guida Dir.*, n. 28 del 2 luglio 2016, p. 48, con nota di BRICCHETTI R., *Superato il rischio di sterilizzazione dei bilanci societari*.

Per rispondere al quesito la Cassazione si interroga innanzitutto sulla «valenza semantica della locuzione “fatti materiali”» alla luce dell’eliminazione dell’espressione «ancorché oggetto di valutazione», e perviene a risultati interpretativi fortemente divaricati con particolare riferimento alla questione della rilevanza penale dei cosiddetti “falsi valutativi”: tant’è che il dissenso interpretativo sfocia nella rimessione della questione alle Sezioni Unite<sup>1005</sup>, chiamate a decidere «se la modifica dell’art. 2621 c.c., per effetto della l. n. 69 del 2015, art. 9, nella parte in cui, disciplinando “Le false comunicazioni sociali”, non ha riportato l’inciso “ancorché oggetto di valutazioni”, abbia determinato o meno un effetto parzialmente abrogativo della fattispecie» (il quesito viene, poi, riassunto dalle Sezioni Unite nei seguenti termini: «se, in tema di false comunicazioni sociali, abbia ancora rilievo il falso valutativo»).

Da un lato, un primo orientamento, proprio valorizzando quella eliminazione, offre una risposta decisamente negativa («l’impiego dell’aggettivo “materiali” finisce per inequivocabilmente escludere ogni sorta di valutazione dalla sfera applicativa della fattispecie»<sup>1006</sup>), ferma restando la necessità di intendere «come “fatti materiali” solo quelli che si pongano “a monte” delle valutazioni e non anche quelli che si pongano “a valle”, quali risultati delle medesime, con esclusione della percepibilità di tale loro derivazione e con conseguente idoneità ad indurre in errore i terzi sulla loro stessa consistenza fisica»<sup>1007</sup>. In quest’ottica, ragionando intorno all’attributo «materiali», si ritiene, perciò, che «l’adozione dello stesso riferimento ai “fatti materiali non rispondenti al vero”, senza alcun richiamo alle valutazioni, e il dispiegamento della formula citata anche nell’ambito della descrizione della condotta omissiva, consente di ritenere ridotto l’ambito di operatività delle due nuove fattispecie di false comunicazioni sociali, con esclusione dei cosiddetti “falsi valutativi”». E più in particolare, riflettendo sull’«effetto combinato dei predicati “materiali” e “oggetto di valutazioni”», premessa l’idea di una «sostanziale elisione reciproca dei due predicati, per effetto della quale l’identificazione del riferimento oggettivo di tali condotte rimaneva conclusivamente affidato al più ampio significato del concetto di “fatti”, comprendente anche le valutazioni», si perviene alla conclusione che «al predicato della materialità dei fatti occorre conferire

<sup>1005</sup> Cass. pen., sez. V, 2 marzo 2016, n. 9186, in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2016, utile per riassumere i termini del dibattito giurisprudenziale in ordine al significato della locuzione «fatti materiali». In particolare, la Suprema Corte ricorda che, secondo la propria giurisprudenza (v. le sentenze della V Sezione penale n. 44702 del 28 settembre 2005 e n. 49362 del 7 dicembre 2012), «dal vero dei “fatti materiali”, indicati dall’attuale norma incriminatrice come possibile oggetto della falsità, vanno escluse soltanto le previsioni o congetture prospettate come tali, vale a dire quali apprezzamenti di carattere squisitamente soggettivo».

<sup>1006</sup> Cass. pen., sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774 (in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 449, con nota di AMATI E., *Il nuovo falso in bilancio quale “eccezionale” veicolo di diritto penale giurisprudenziale*; in *Riv. dir. trib.*, 2015, III, p. 97, con nota di CARACCIOLI I., *Il nuovo falso in bilancio ed i rapporti con i reati tributari: le conseguenze derivanti dalla riforma penale societaria e dall’orientamento della Cassazione*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1486, con nota di SEMINARA S., *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*), la quale pone il dubbio che «la locuzione “fatti materiali” possa ritenersi solo un’endiadi» (ritengono, invece, che l’aggettivo rinvii al meccanismo dell’endiadi senza, però, che da ciò derivi una specifica connotazione SEMINARA S., *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 813, e MUCCIARELLI F., *Le “nuove” false comunicazioni sociali. Note in ordine sparso*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 165). La medesima sentenza, ricostruito il dibattito nel quale gli interpreti a lungo erano stati impegnati nel confronto tra la disciplina introdotta nel 2002 e quella previgente, ricorda, poi, che «una parte della dottrina aveva finito per sostenere un’interpretazione molto restrittiva del termine “fatti” contenuto nell’art. 2621 c.c., n. 1, escludendo del tutto dagli stessi le valutazioni», ma «era prevalsa [...] la tesi che riteneva che pure queste ultime potessero rientrare nel generico concetto di “fatti”, sostenendone quindi la rilevanza penale».

<sup>1007</sup> Cass. pen., sez. V, 8 gennaio 2016, n. 6916, in *Riv. pen.*, 2016, p. 443, la quale ricorda che «l’espressione “fatti materiali” era stata già utilizzata dalla l. n. 154 del 1991 per circoscrivere l’oggetto del reato di frode fiscale di cui alla l. n. 516 del 1982, art. 4, lett. f), con il chiaro intento di escludere dall’incriminazione le valutazioni relative alle componenti attive e passive del reddito dichiarato» (ma in questi termini v. già Cass. pen., sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774, cit.).

valenza opposta all'inclusione delle valutazioni fra i fatti stessi, operazione ermeneutica quest'ultima, peraltro, non incoerente con la significazione letterale del termine "materiale"» perché «quest'ultimo, in effetti, non è leggibile solo come contrario a quello di "immateriale"<sup>1008</sup>, ma contiene anche un'accezione riconducibile all'oggettività dei fatti, in quanto tale estranea ai risultati valutativi»<sup>1009</sup>.

Dall'altro lato, la medesima Sezione della Suprema Corte<sup>1010</sup>, partendo dall'assunto in base al quale «un'indagine esclusivamente testuale, nella ricerca del più appropriato significato della locuzione "fatti materiali rilevanti", secondo la comune accezione dei termini usati, sarebbe inconferente e, persino, erronea» perché «le interpretazioni che, di volta in volta, si sono impegnate nell'analisi della formulazione linguistica, secondo la comune accezione dei lemmi che la compongono, sono incorse in macroscopico errore di prospettiva, non considerando che "materiali e rilevanti" sono termini squisitamente "tecnici" e non comuni, siccome frutto di mera trasposizione letterale di formule lessicali in uso nelle scienze economiche anglo-americane e, soprattutto, nella legislazione comunitaria, la cui originaria matrice non può, certamente, ritenersi dissolta nella detta traslazione» (e ciò, se non altro, perché «la disciplina civilistica del bilancio e delle altre comunicazioni sociali ha – già di per sé – connotazione eminentemente tecnica e non può, dunque, non avvalersi di strumenti linguistici propri della scienza contabile od aziendalistica, anche d'oltre confine»), e tenuto conto che, dunque, «la qualificazione materiale si riconnette al concetto tecnico di materialità (o *materiality*), che, da tempo, gli economisti anglo-americani hanno adottato come criterio fondamentale di redazione dei bilanci di esercizio ed anche della revisione», ne desume che il termine "materialità" «è, sostanzialmente, sinonimo di essenzialità»<sup>1011</sup>.

<sup>1008</sup> Anzi, secondo una certa dottrina (MUCCIARELLI F., *op. loc. ult. cit.*), la nozione di "fatto" rimarrebbe uguale, indipendentemente dall'aggettivo con cui si accompagna, tanto più che nel particolare contesto in cui esso viene utilizzato, cioè nel linguaggio giuridico, non avrebbe senso parlare, ad esempio, di "fatti immateriali" o di "fatti spirituali".

<sup>1009</sup> V. sempre Cass. pen., sez. V, 8 gennaio 2016, n. 6916, cit., la quale rileva altresì che «la diversa opzione interpretativa del termine "materiale" quale sinonimo di "rilevante", tratta dalla realtà anglosassone, trova un ostacolo difficilmente superabile proprio nella riforma qui esaminata, e in particolare nella precisazione per la quale la condotta deve riguardare "fatti", oltre che "materiali", anche "rilevanti"».

<sup>1010</sup> Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 890, cit.; condivide questo orientamento Cass. pen., sez. V, 30 marzo 2016, n. 12793, secondo cui la locuzione «fatti materiali» è espressione priva di un reale valore innovativo e atta ad «escludere dalla sfera della punibilità le sole opinioni di natura soggettiva, i pronostici, le previsioni, i progetti, le dichiarazioni di intenti ecc.».

<sup>1011</sup> La già menzionata Relazione dell'Ufficio del Massimario (Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio Penale, Relazione per la Quinta Sezione Penale [Riunione sezionale del 15 ottobre 2015]) ricorda che, secondo una certa dottrina (SEMINARA S., *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015; MUCCIARELLI F., *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, cit., p. 165; GAMBARDELLA M., *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1722), «"material" non equivarrebbe al termine *materiale*, come sinonimo di *reale* o *tangibile*, atteso che in tal senso il termine sarebbe sostanzialmente inutile in quanto coincidente con il termine fatto, ma varrebbe come *significativo* o *rilevante*, nel senso di significatività o rilevanza dell'informazione, in grado cioè di orientare le scelte di azione del destinatario del documento falso» e, dunque, «il termine "*material*" fungerebbe da criterio selettivo e distintivo rispetto a elementi di dettaglio, come tali non significativi, irrilevanti e non importanti».

Secondo Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 890, cit., «il principio della materialità è strettamente correlato a quello fondamentale – caratterizzante la legislazione comunitaria – della *true and fair view* (espressamente menzionato nell'art. 2, comma 3, della 4<sup>a</sup> direttiva CEE sul bilancio d'esercizio e nell'art. 16, comma 3, della 7<sup>a</sup> Direttiva CEE sul bilancio consolidato)», e, in linea con una certa interpretazione, potrebbe anche essere «diretta derivazione della tradizione giuridica romana, discendendo dal brocardo *de minimis non curat praetor*».

Fortemente critico rispetto a questa lettura/traduzione del concetto di "materialità", fatta propria dalle Sezioni Unite, è ALESSANDRI A., *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, cit., p. 1490, il quale parla di «grossolano errore linguistico e lessicale», ricordando che «i "fatti materiali", rispetti ai "fatti" del 1942, erano già presenti nello schema del 2002, con aspirazione restrittiva».

Analogo ragionamento la Suprema Corte svolge, poi, in relazione al concetto di “rilevanza”<sup>1012</sup>, e ciò al fine di dedurre (naturalmente nello specifico contesto del delitto di false comunicazioni sociali) che:

a) «le aggettivazioni materiali e rilevanti<sup>1013</sup>, ben lungi dal costituire ridondante endiade [*rectius*: endiadi], devono trovare senso compiuto nella loro genesi, finalisticamente connessa – per quanto si è detto – alla funzione precipua del bilancio e delle altre comunicazioni sociali, quali veicoli di informazioni capaci di orientare, correttamente, le scelte operative e le decisioni strategiche dei destinatari»;

b) «il lemma “fatto” non può essere inteso nel significato comune, ossia come fatto/evento del mondo fenomenico, quanto piuttosto nell’accezione tecnica, certamente più lata, di dato informativo della realtà che i bilanci e le altre comunicazioni, obbligatorie per legge, sono destinati a proiettare all’esterno»<sup>1014</sup>.

Di qui la conclusione della sentenza ora sintetizzata, di tenore diametralmente opposto rispetto all’orientamento precedentemente esposto: «Se “fatto” *lato sensu* è il dato informativo e se “materiali e rilevanti” sono soltanto i dati oggetto di informazioni essenziali e significative, capaci di influenzare le opzioni degli utilizzatori, anche le valutazioni, ove non rispondenti al vero, sono in grado di condizionarne, negativamente, le scelte strategiche ed operative» e, pertanto, «anche gli enunciati valutativi sono idonei ad assolvere ad una funzione informativa e possono, quindi, dirsi veri o falsi», non essendo la loro rilevanza penale esclusa dal «riferimento ai “fatti materiali” oggetto di falsa rappresentazione»<sup>1015</sup>.

Le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 22474/2016, optano per l’orientamento più rigoroso (e non abrogativo)<sup>1016</sup>, affermando la sussistenza del delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di valutazione, se, in presenza

---

Il medesimo Autore è, poi, particolarmente critico nei confronti della presunta irrilevanza della specificazione «materiali» e della negazione che essa abbia una portata tecnico-giuridica, affermando che «in diverse occasioni [...] il legislatore ha mostrato la volontà che il termine “fatti” o suoi equivalenti (“elementi”), inseriti in fattispecie sanzionatorie, fossero da intendere nella loro sostanza empirica, corporea, quale substrato sul quale non applicare le valutazioni», e, sebbene si mostri scettico nei confronti dell’uso della locuzione «fatti» (perché «chi parla non trasmette certamente «fatti» ma porge all’attenzione degli ascoltatori o dei lettori dati e informazioni che raffigurano e rappresentano, mediante il linguaggio (strumento sempre convenzionale), un messaggio, un’informazione»), ha osservato che la pur infelice formula («fatti materiali») «potrebbe, senza forzature, indurre l’interprete a ravvisare un restringimento della fattispecie, che si applicherebbe soltanto alle false rappresentazioni di “fatti” colti nella loro dimensione prettamente ed esclusivamente empirica, fenomenica» (ALESSANDRI A., *Le incerte novità del falso in bilancio*, cit., p. 27 ss.).

<sup>1012</sup> Sempre secondo Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 890, cit. (sul punto condivisa da Cass. pen., sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, cit.), «l’aggettivo “rilevante” è di stretta derivazione dal lessico della normativa comunitaria, riconnettendosi al concetto di rilevanza sancito dall’art. 2, punto 16, della Direttiva 2013/34/UE (relativa ai bilanci di esercizio, ai bilanci consolidati ed alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, recepita nel nostro ordinamento con d.lgs. 14 agosto 2015, n. 136, entrato in vigore il 16 settembre 2015)». V., però, le perplessità di ALESSANDRI A., *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, cit., p. 1490, il quale osserva che «è forse sfuggito, nonostante i ripetuti richiami alla normativa bilancistica, nazionale ed europea, che la nozione di rilevanza è un concetto, per così dire, a fisarmonica».

<sup>1013</sup> Comunque “indeterminate”, non avendone il legislatore puntualizzato «l’ambito applicativo».

<sup>1014</sup> Va da sé che una simile lettura del concetto di «fatto materiale» consentirebbe di superare di getto le perplessità espresse, ad esempio, da PONTIERO C., *Il licenziamento per motivi economici*, cit., p. 75 ss. (che, comunque, argomenta in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo).

<sup>1015</sup> In questi termini anche Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 3355.

<sup>1016</sup> La soluzione adottata dalle Sezioni Unite si ispira in più punti alle considerazioni svolte dall’Ufficio del Massimario: v., infatti, Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio Penale, Relazione per la Quinta Sezione Penale (Riunione sezionale del 15 ottobre 2015), consultabile sul sito [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente si discosti da tali criteri consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni.

Al netto delle critiche mosse dalla dottrina penalistica, il percorso argomentativo seguito dalla Suprema Corte è, comunque, piuttosto interessante anche ai fini che qui interessano e merita di essere sintetizzato.

Premesso che «non può esservi alcun dubbio sulla natura prevalentemente (e quasi esclusivamente) valutativa» del bilancio, sì che operarne una sterilizzazione «con riferimento al suo contenuto valutativo significherebbe negarne la funzione e stravolgerne la natura», la Suprema Corte denuncia fermamente «la fallacia della opzione ermeneutica che intende contrapporre “i fatti materiali”, da esporsi in bilancio, alle valutazioni, che pure nel bilancio compaiono; e ciò per l'ottima ragione che un bilancio non contiene “fatti”, ma “il racconto” di tali “fatti”»<sup>1017</sup>. Aggiungono, poi, le Sezioni Unite che, «per la tesi abrogazionista, “materiale” sarebbe sinonimo di “oggettivo” (e comunque di “a-valutativo”)», ma «così certamente non è» anche perché, se si esamina l'art. 2638 c.c. (in tema di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza), che prevede esplicitamente la condotta del soggetto attivo che esponga «fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria ecc.», si nota che, «per il legislatore, un “fatto materiale” ben può essere (e quasi sempre è) oggetto di valutazione in sede di bilancio»<sup>1018</sup>.

Ma vi è di più: le Sezioni Unite, infatti, richiamando pregressa giurisprudenza<sup>1019</sup>, precisano che, «una volta chiarita la irrilevanza della soppressione dell'inciso, perde rilievo, a sua volta, anche la questione su cosa si debba intendere per “materialità” del fatto, espressione atecnica che non può essere intesa come antitetica alla soggettività delle valutazioni», tanto più che «la *valutazione* – se fa obbligatorio riferimento a *criteri vincolanti e predeterminati* – è un modo di rappresentare la realtà non dissimile dalla *descrizione* o dalla *constatazione*, sebbene l'ambito di una sua possibile qualificazione in termini di verità o di falsità sia variabile e risulti, di regola, meno ampio, dipendendo “dal grado di specificità e di elasticità dei criteri di riferimento”» (corsivi nostri)<sup>1020</sup>.

<sup>1017</sup> Richiamando PADOVANI T., *Audizione alla commissione giustizia della camera del 7 maggio 2015*, Resoconto stenografico, p. 10, ALESSANDRI A., *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, cit., p. 1484, osserva che «una netta separazione tra fatti e valutazioni è difficilissima, foriera di grandi incertezze, presumibilmente destinate a essere enfatizzate da una consolidata tradizione interpretativa di segno contrario».

<sup>1018</sup> In proposito le Sezioni Unite ricordano che già sotto la vigenza della precedente normativa la Cassazione «non aveva mai dubitato della valenza meramente concessiva del sintagma “ancorché oggetto di valutazioni”», tant'è che Cass. pen., sez. V, 28 settembre 2005, n. 44072 aveva ritenuto sussistente il reato di cui all'art. 2638 c.c. anche nel caso in cui la falsità fosse contenuta in giudizi estimativi delle poste di bilancio, atteso che dal novero dei “fatti materiali” indicati dalla attuale norma incriminatrice come possibile oggetto di falsità vanno escluse soltanto le previsioni o congetture prospettate come tali, vale a dire quali apprezzamenti di carattere squisitamente soggettivo.

<sup>1019</sup> Il riferimento è a Cass. pen., sez. V, 9 febbraio 1999, n. 3552, in *Cass. pen.*, 2000, p. 377 e p. 2265, con nota di ANGELINI M., *Sulla falsità ideologica nei pareri rilasciati dalla commissione medica dell'INAIL*.

<sup>1020</sup> Naturalmente in una vicenda in cui si discute della violazione dell'art. 2621 c.c. le Sezioni Unite hanno buon gioco nell'osservare che «in bilancio vanno certamente esposti tutti quei “fatti” passibili di “traduzione” in termini contabili e monetari e, dunque, gli elementi di composizione del patrimonio aziendale, come valutati dal redattore del bilancio secondo i parametri – legali e scientifici – che lo stesso deve rispettare»: infatti, «l'atto valutativo comporta necessariamente un apprezzamento discrezionale del valutatore, ma si tratta – nel caso dei bilanci, non meno che in quello della materia urbanistica – di una discrezionalità tecnica» anche perché nelle scienze contabilistiche «la “valutazione” dei fatti oggetto di falso investe la loro “materialità”». Sulla fallacia dell'idea circa la certezza della disciplina contabile, specie in una fase (qual è quella attuale) in cui «i criteri di redazione del bilancio, soprattutto quelli di valutazione e classificazione, sono in una fase di profondo mutamento», v., però, ALESSANDRI A., *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, cit., p. 1485.

## 8. Dal «fatto contestato» al «fatto materiale contestato»: quali insegnamenti trarre da un film già visto?

Ammesse (ma probabilmente non concesse) la drasticità e la rilevanza (sostenute in dottrina) della separazione tra i concetti di “fatto materiale” e “fatto giuridico”, v'è a questo punto da chiedersi se e quali insegnamenti possano trarsi dalle esperienze normative e dalle vicende giurisprudenziali che hanno interessato settori dell'ordinamento certamente diversi, ma altrettanto sicuramente non così estranei come potrebbe, a prima vista, apparire, se non altro perché sia in ambito penale che nella materia giuslavoristica (allorché si discute di giustificazione del licenziamento disciplinare) si tratta pur sempre di attribuire rilevanza, a fini sanzionatori, a comportamenti ritenuti meritevoli di censura (che sfocerà nell'un caso nella sanzione penale, nell'altro nella “sanzione” civile).

Una prima indicazione di carattere didattico (e, perciò, utile per orientare le riflessioni che seguiranno) ci sembra possa essere la seguente: i concetti di “fatto” e di “fatto materiale”, di cui si è discusso sinora, più che vischiosi, appaiono liquidi, e dunque, come tali, instabili e nel contempo osmotici.

La sensazione è suffragata dalle vicissitudini e dalle contrapposizioni giurisprudenziali di cui si è dato conto ed è alimentata dalle variegate posizioni dottrinali: certo essa vale in ambito penale, ma non ci pare che, nel contesto giuslavoristico, posizioni e definizioni qualificatorie possano essere rispettivamente assunte ed enunciate con maggiore nettezza.

Ciò vale innanzitutto per la nozione di “fatto”, la cui “materialità” generalmente tende a coincidere – come si è visto – con l'elemento materiale dell'illecito, riassunto nella triade “condotta - evento - nesso causale”<sup>1021</sup>: con il che parrebbe essere espunto ogni profilo attinente all'elemento soggettivo, se non fosse che (e qui sì che potrebbe esservi la tentazione di mantenere distinti gli ambiti penale e civile) la giurisprudenza penale, quando ragiona intorno a detto elemento, pensa ovviamente al dolo e alla colpa, cioè a profili dell'illecito penale che, secondo una certa dottrina, non rilevano nell'inadempimento contrattuale<sup>1022</sup>, forse nemmeno – a ben considerare – sul piano dell'importanza dello stesso. Ma in senso opposto a queste considerazioni, e a riprova delle criticità delle scelte normative adottate dal legislatore, è pure doveroso ricordare che nella giurisprudenza di legittimità<sup>1023</sup> è tutt'altro che emarginata l'idea che il profilo soggettivo della colpa o del dolo non rilevi in punto di determinazione della gravità del comportamento del lavoratore: anzi, è proprio dalla gravità del comportamento (considerata nei termini “soggettivi” appena evidenziati) che si desume la sussumibilità della condotta contestata e sanzionata nella nozione di giusta causa o giustificato motivo soggettivo<sup>1024</sup>, cosicché appare evidente (e riconfermato), anche sul piano civilistico, che ogniqualevolta si tratta di prendere in considerazione la condotta (cioè

<sup>1021</sup> NOGLER L., *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 524, e in *Quaderni di Arg. dir. lav.* ordinati da PERSIANI M. e CARINCI F., *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, cit., p. 51.

<sup>1022</sup> Il rilievo è di TURSI A., *Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*, cit., p. 1140, il quale rammenta altresì (traendone, peraltro, conclusioni su cui è opportuna una rimeditazione) che è «necessario distinguere l'elemento psicologico, inteso come coscienza e volontà dell'atto (e, nell'inadempimento contrattuale, come non imputabilità dell'impossibilità della prestazione), dalla rilevanza che normalmente assumono in materia disciplinare aspetti attinenti alla gravità dell'elemento intenzionale-volontaristico del lavoratore nella commissione dell'illecito» (p. 1141).

<sup>1023</sup> E anche in dottrina: DEL PUNTA R., *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, cit., p. 37.

<sup>1024</sup> Con motivazione pressoché identica v.: Cass. 5 aprile 2017, n. 8826; Cass. 25 giugno 2015, n. 13162; Cass. 4 marzo 2013, n. 5280.

il modo di atteggiarsi di un determinato comportamento<sup>1025</sup>) l'inclusione dell'elemento soggettivo nell'operazione di valutazione è pressoché ineludibile, per non dire implicita<sup>1026</sup>, e per nulla esautorata dal richiamo alla "materialità" del fatto<sup>1027</sup>.

Vi è, poi, da considerare che il «fatto», nell'accezione senza aggettivi, è sovente inteso in senso puramente storico-naturalistico: ciò lo si è constatato a proposito del divieto di *bis in idem*, in cui la realtà del «fatto» è tale da non richiedere alcuna aggettivazione.

È, dunque, pacifico (perché empiricamente verificabile in altri rami dell'ordinamento) che sia ben possibile assumere, a determinati fini, una nozione di «fatto» intesa nella sua dimensione «materiale» (storica, appunto, o – se si preferisce – naturalistica), ma con una doppia precisazione: in primo luogo, che, sul piano normativo, non esiste un «fatto» che possa dirsi «materiale» *in rerum natura* perché, quando tale concetto (come qualunque altro concetto) viene preso in considerazione a determinati fini giuridici, esso rileva nel significato che il legislatore intende attribuirgli<sup>1028</sup> (questo è ciò che il Giudice delle leggi intende dire quando afferma che non esiste «un contorno

<sup>1025</sup> Riecheggia qui il concetto di «fatto-comportamento» (suscettibile di valutazione disciplinare) di cui parla MAZZOTTA O., *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 104, a proposito dell'art. 18, co. 4, St. lav. (a condizione, però, che risulti chiaro che il fatto non si identifica con il comportamento, ma si compone anche di esso); in un altro passaggio (p. 106) l'Autore usa la formula «fatto-inadempimento» (già impiegata da PERSIANI M., *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, cit., p. 3, e ora anche, tra i molti, da: GALARDI R., *Il licenziamento disciplinare*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Torino, 2013, p. 291 ss.; PISANI C., *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, cit., p. 102; ID., *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, cit., p. 30; e CARINCI M.T., *Fatto «materiale» e fatto «giuridico» nella nuova articolazione delle tutele ex art. 18 Statuto dei lavoratori*, cit., p. 1332), cioè «un fatto rispetto al quale è già stata operata una valutazione di rilevanza in chiave disciplinare», mentre «i restanti fatti – quelli che vengono definiti come «materiali» (essendo cioè insignificanti disciplinarmente) – sono da parificarsi a «fatti inesistenti»». In realtà, non mi pare che condotta/comportamento siano elementi identificativi, in via esclusiva, del «fatto giuridico», posto che la condotta (cioè l'azione o l'omissione che provocano l'inadempimento) è pacificamente una componente del «fatto materiale». Identifica il «fatto contestato» con «la condotta inadempiente di un obbligo contrattuale» TATARELLI M., *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., p. 217: opinione confermata anche dopo il d.lgs. n. 23/2015 (v., infatti, p. 530, nota 13). CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 1080, che pure ritiene che l'inadempimento contrattuale debba essere sussunto nel «fatto contestato», osserva, però, che l'insussistenza dell'inadempimento «non può ovviamente coincidere con l'assenza di giusta causa o giustificato motivo».

<sup>1026</sup> «L'elemento soggettivo è necessaria parte di ogni atto umano»: così Cass. 26 gennaio 2011, n. 1788, la quale (in un passaggio argomentativo che potrebbe essere riproposto oggi al fine di vagliarne la tenuta in un ben diverso contesto normativo) aggiunge che «sul piano probatorio, [...] se all'integrazione dei fatti giuridicamente legittimanti il licenziamento è necessario il dolo, l'onere datoriale di provare la sussistenza dei fatti si estende alla prova del dolo; e pertanto, ai fini della legittimità del licenziamento, la prova della sussistenza del fatto nella sua mera materialità è insufficiente».

<sup>1027</sup> In senso contrario, pessimisticamente, RIVERSO R., *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd Jobs Act*, cit., p. 18, e ID., *I licenziamenti disciplinari tra Jobs act e riforma Fornero. (Basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)*, cit., il quale, muovendo dal presupposto che il legislatore abbia utilizzato l'espressione in questione («fatto materiale»), «sapendo e volendo autorizzare i risultati che essa è in grado di conseguire», ritiene che «nella nuova disciplina dei licenziamenti per i cd contratti a tutele crescenti la mancanza di elemento soggettivo, o di antigiridicità, o di rilevanza disciplinare, o la presenza di forza maggiore, la mancanza di gravità già in astratto, dovrebbe condurre de plano all'estinzione del rapporto con tutela indennitaria (nel limite da 4 a 24 mensilità), poiché si tratta di casi che non comportano il venir meno del fatto nella sua dimensione materiale». Diversa, invece, sembrava essere l'opinione del medesimo Autore, elaborata a commento delle novità apportate all'art. 18 nel 2012, allorché osservava che «il «fatto contestato» dal datore alla base del licenziamento richiede per la sua integrazione come giusta causa la presenza di una caratterizzazione soggettiva della condotta» (v. RIVERSO R., *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, cit., p. 5).

<sup>1028</sup> Torna qui alla mente l'insegnamento di FALZEA A., *Fatto giuridico*, *Enc. dir.*, XVI, 1967, p. 942, secondo cui il concetto di fatto può riguardare, tra l'altro, tutto ciò cui una norma giuridica attribuisce un effetto giuridico (dubita, però, dell'idoneità di questa nozione a cogliere l'essenza della fattispecie CATAUDELLA A., *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, 1967, XVI, p. 927 ss.). Su questa linea si pone DE LUCA M., *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 251/2015, p. 22, che, nel ragionare intorno al cuore della motivazione di Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, si mostra perplesso circa la «contrapposizione o, comunque, l'alternativa tra *fatto materiale* e *fatto giuridico* – in quanto il *fatto giuridico* è niente altro che un *fatto materiale*, assunto dall'ordinamento come *fatto* produttivo di effetti giuridici».

identitario dal contenuto necessario» nemmeno del concetto di «fatto storico-naturalistico»); in secondo luogo, che il «fatto materiale» che rileva ai nostri fini è sempre mediato, filtrato, perché nella contestazione disciplinare, cioè nell'atto con cui il datore di lavoro porta a conoscenza del lavoratore l'addebito che intende muovergli (il comportamento commissivo od omissivo di cui lo accusa) in vista dell'eventuale applicazione di una sanzione, non vi sono fatti, ma vi è la narrazione (la "contestazione", appunto), il racconto di fatti, elaborato attraverso la sensibilità (e, in particolare, la maggiore o minore soglia di tolleranza) del datore medesimo<sup>1029</sup>.

Per questo motivo, se da un lato la giurisprudenza penale, in sede di legittimità, ricorda che l'identità dei fatti (proprio in quanto materiali, cioè valutati in termini di accadimento storico) può essere apprezzata a prescindere dalla loro qualificazione giuridica, dall'altro lato la Corte costituzionale – come si è visto – rammenta che anche il fatto materiale è pur sempre frutto della somma di elementi selezionati secondo criteri normativi.

Rilevano queste prime considerazioni ai fini dell'interpretazione degli artt. 18, co. 4, St. lav., e 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015? Probabilmente sì, possono avere una loro pregnanza esegetica, per rivelare la quale, però, è opportuno svolgere una riflessione aggiuntiva sulla espulsione dei profili valutativi in ordine alla sproporzione del licenziamento, decretata dal menzionato art. 3.

Il comma 2 dell'art. 3 si riferisce alle «ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento».

L'obiettivo del legislatore è chiaro (e – diremo subito – in buona parte condivisibile, se e nella misura in cui esso mira a porre un freno alla esilarante casistica giurisprudenziale cui si è fatto cenno in precedenza); la costruzione sintattica del comma 2 dell'art. 3 è, però, traballante, per non dire oscura, e per nulla funzionale al raggiungimento di quell'obiettivo; infine, il raggiungimento dell'obiettivo (perseguito tramite l'aggettivazione del «fatto» e l'espunzione – *rectius*: l'affermata pretesa estraneità – di qualsiasi valutazione in merito alla sproporzione del licenziamento) è tutt'altro che pacifico<sup>1030</sup>.

Che l'obiettivo sia chiaro (sebbene non apertamente desumibile dalla norma) è circostanza francamente incontestabile<sup>1031</sup>: il legislatore sembra voler dire esplicitamente che se il fatto, inteso nella sua materialità, non sussiste, la sanzione per il licenziamento ingiustificato è, in primo luogo, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

Ciò che, però, è più interessante è quel che il legislatore sembra voler dire implicitamente, e suggerendo di leggere la norma in controluce: e, cioè, che se il «fatto materiale» sussiste, la sanzione è sempre espulsiva perché non potrà mai dirsi che essa è sproporzionata. In altre parole, la

<sup>1029</sup> In termini analoghi, sia pure riferiti al contenuto del bilancio, v. ALESSANDRI A., *Le incerte novità del falso in bilancio*, cit., p. 327: «Certamente nel parlare comune, ampiamente diffuso, ricorre frequentemente la locuzione "raccontare i fatti", "descrivere i fatti", "esporre i fatti distinti dalle opinioni": sono, però, formulazioni allusive, comodissime per gli usi del parlare quotidiano, non certamente precise».

<sup>1030</sup> V. NOGLER L., *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, cit., p. 510.

<sup>1031</sup> Di ciò è convinta anche TULLINI P., *Il contrappunto delle riforme nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 803.

sanzione deve essere commisurata rispetto alla sussistenza del fatto, in sé considerata, e non alla gravità dell'inadempimento<sup>1032</sup> (delibata – è il caso di aggiungere con particolare enfasi – da altri che non siano il datore di lavoro), così accogliendosi espressamente, nel contesto dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015, una tesi che era stata diffusamente argomentata, in maniera molto serrata, già a proposito del novellato art. 18, co. 4, St. lav.<sup>1033</sup>.

Su questa ricostruzione della *voluntas legis* ritengo vi siano pochi dubbi: è, in fondo, una ricostruzione che nasce abbastanza scopertamente in funzione di contrasto a decisioni giurisprudenziali spesso incontinenti e debordanti, e, dunque, non deve essere di per sé demonizzata perché, esemplificando, nella vita quotidiana di un'azienda anche un piccolo ammanco di cassa può ferire irreparabilmente la fiducia e anche un piccolo ritardo può provocare gravi disfunzioni organizzative e seri pericoli<sup>1034</sup>.

Il punto è, però, che la costruzione sintattica dell'art. 3 non aiuta. E non aiuta innanzitutto perché non è chiaro a chi debba essere riferita la locuzione «rispetto alla quale»: se, cioè, il pronome, declinato al femminile, debba essere collegato alla “dimostrazione in giudizio” o all’“insussistenza del fatto materiale”<sup>1035</sup> o (perché no?) alla “contestazione del fatto materiale al lavoratore”<sup>1036</sup>.

Ritengo che riferire l’“estraneità della valutazione” alla “dimostrazione in giudizio” o all’“insussistenza del fatto materiale”, in realtà, cambi poco: in entrambi i casi, infatti, in quella che mi sembra essere l’ottica del legislatore, si dovrà dire che, nella sua materialità, il fatto sussiste o non sussiste a prescindere dalla sua eventuale tenuità<sup>1037</sup>, e che, dunque, anche un fatto di poco conto, purché materialmente esistente, giustificherà il licenziamento; o (il che è lo stesso) che quel fatto è stato provato o non è stato provato se solo si sia data dimostrazione in giudizio della sua sussistenza/insussistenza, a nulla rilevando la valutazione circa la sproporzione tra il fatto (tenu) e la sanzione applicata (massima)<sup>1038</sup>.

<sup>1032</sup> V. anche MARAZZA M., *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 325, nota 38. In senso parzialmente difforme, se ben intendiamo, PISANI C., *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, cit., p. 104, nel contesto, però, di una riscrittura dell'art. 3, co. 2, e di una sostituzione del «fatto materiale» con l’«inadempimento» («l'effetto di escludere il giudizio di proporzionalità avrebbe potuto essere conseguito ugualmente anche facendo riferimento all'inadempimento e non al fatto materiale, semplicemente sostituendo la parola “sproporzione”, con la frase “il carattere notevole dell'inadempimento”»).

<sup>1033</sup> V. MARESCA A., *Il licenziamento ingiustificato tra reintegrazione e indennità risarcitoria onnicomprensiva*, cit., p. 173, secondo cui la valutazione della gravità dell'infrazione e della proporzionalità di essa con riguardo alla sanzione del licenziamento «deve considerarsi estranea alla verifica della sussistenza del fatto contestato».

<sup>1034</sup> V. gli esempi fatti da CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 1087.

<sup>1035</sup> In questo senso: CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 1082; DE LUCA M., *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, cit., p. 25; PERSIANI M., *Altra notareella su un problema di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. Dir. lav.*, 2015, p. 647.

<sup>1036</sup> Sintassi alla mano, non mi pare, invece, che la valutazione circa la sproporzione del licenziamento debba essere correlata alla «gravità dell'inadempimento» (SORDI P., *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 195): interpretazione, questa, certamente ragionevole, ma non supportata dal dato testuale dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 (nemmeno ove si voglia intendere che il giudizio circa la sussistenza/insussistenza del «fatto materiale» si estende, già di per sé, anche ai profili relativi all'inadempimento e all'imputabilità – come effettivamente l'Autore sostiene a p. 194 –).

<sup>1037</sup> Con riferimento al novellato art. 18 v. DEL PUNTA R., *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, cit., p. 38.

<sup>1038</sup> Sulle conseguenze della scelta legislativa di considerare ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento estranea al fine dell'individuazione della tutela applicabile v. BOSCATI A., *Il licenziamento disciplinare nel contratto a tutele crescenti*, cit., p. 1049 ss., secondo cui «il contenimento del ruolo del giudice produce anche l'effetto di un ridimensionamento della fonte collettiva».

Collegare la valutazione circa la sproporzione della sanzione alla insussistenza del fatto significa, dunque, che non può ricavarsi la sussistenza o insussistenza del fatto dalla maggiore o minore gravità dell'inadempimento<sup>1039</sup>: questa, però, è un'affermazione quasi banalmente scontata e, dunque, superflua perché il fatto, se è materiale nel senso più comunemente teorizzato (cioè se va inteso in senso storico-naturalistico), esiste (o non esiste) sempre<sup>1040</sup>, a prescindere da qualunque valutazione circa la sua ipotetica tenuità<sup>1041</sup> (tant'è che – come si è visto – una parte della giurisprudenza penale, muovendo dalla realtà/materialità del fatto in sé considerato [nel senso che ogni fatto, per ciò stesso, è reale], esclude che l'aggettivo «materiale» sia sinonimo di “tangibile” perché, se così non fosse, esso sarebbe inutile, essendo ogni fatto, già di per sé, reale); al contrario, solo rispetto a un “fatto giuridico” (inteso nel senso prospettato da ampia parte della dottrina) potrebbe imporsi l'accantonamento della valutazione circa la maggiore o minore gravità dell'inadempimento, accantonamento finalizzato all'affermazione dell'insussistenza del fatto ove esso non raggiunga una soglia minima di censurabilità sul piano disciplinare<sup>1042</sup>.

L'affermazione dell'estraneità di ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento rispetto alla questione dell'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore suggerisce, però, un'altra riflessione e, nel contempo, origina un ulteriore elemento di perplessità.

Com'è noto, nel diritto penale esiste ormai da tempo il concetto di «fatto [...] di particolare tenuità» (art. 34, co. 1, d.lgs. n. 274/2000 e, in precedenza, art. 27, d.p.r. n. 448/1988), misurata in relazione a determinati parametri prestabiliti dal legislatore («quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato»: così l'art. 34)<sup>1043</sup>. Negli stessi termini si esprime sostanzialmente l'art. 131-bis c.p. (inserito dall'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 28/2015), anche se, a dire il vero, la norma riferisce la «particolare tenuità» all'«offesa» (v. il comma 1), non al «fatto» (di cui parlano, invece, la *rubrica legis* e l'intitolazione del Capo I e del Titolo V del Libro I del codice penale).

<sup>1039</sup> Mi sembra che, pur analizzando la giurisprudenza di legittimità formatasi intorno all'art. 18, co. 4, St. lav., analoga conclusione sia formulata anche da CARINCI F., *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti ex art. 18 Stat. lav. "versione Fornero"*, cit., p. 745.

<sup>1040</sup> E, infatti, PERSIANI M., *Altra notareella su un problema di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., pp. 647-648, osserva che è naturale che, rispetto all'accertamento dell'inesistenza del fatto contestato, «rimanga estranea, e sia inutile, qualsiasi indagine sulla proporzionalità della sanzione» del licenziamento, indagine che rimarrebbe, invece, indispensabile ove riferita al fatto materiale contestato al lavoratore: con il che, peraltro, rimane da spiegare perché il legislatore abbia introdotto una norma che, a questo punto, rischierebbe di divenire superflua.

<sup>1041</sup> Negli stessi termini SANTINI F., *I licenziamenti per motivi soggettivi dopo la legge n. 92/2012: prime applicazioni giurisprudenziali*, cit., p. 1010, che osserva che «il criterio di proporzionalità deve dirsi incompatibile con la categoria della esistenza, la quale non può essere declinata in termini quantitativi».

<sup>1042</sup> Nelle prime applicazioni del novellato art. 18 St. lav. (Trib. Voghera 16 marzo 2013 e Trib. Milano 23 aprile 2013, in *Arg. dir. lav.*, 2013, rispettivamente p. 1138 e p. 1142) il sindacato di proporzionalità sembra essere utilizzato non per il giudizio sulla sussistenza/insussistenza del fatto, né per l'individuazione della sanzione applicabile, ma ai fini dell'accertamento dell'illegittimità del licenziamento.

<sup>1043</sup> La Relazione allo schema di decreto delegato che è, poi, divenuto il d.lgs. n. 28/2015 ricorda che «l'istituto della non punibilità per c.d. “irrelevanza del fatto” [è] già conosciuto nell'ordinamento minorile (art. 27 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 [«Durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e la occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto [...]»]) e in quello relativo alla competenza penale del giudice di pace (art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274)».

Questa particolare caratteristica “lenitiva” del fatto incide, però, non sulla sua sussistenza, ma sulla sua punibilità (in questo senso sono eloquenti la rubrica dei già richiamati Capo I e Titolo V e il tratto centrale del comma 1 di quest’ultima norma: «la punibilità è esclusa [...]»).

E in effetti, come evidenziato sin dalle prime sentenze di merito, l’art. 131-*bis* introduce nell’ordinamento non una condizione di procedibilità, ma una causa di esclusione della punibilità in senso stretto, che presuppone la sussistenza di un reato, integrato in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi.

Del resto, la già richiamata Relazione allo schema di decreto, nel delineare i tratti distintivi tra l’istituto della “irrelevanza del fatto” rispetto a quello della “inoffensività del fatto”, pone in evidenza che «quest’ultimo, come recepito dalla giurisprudenza costituzionale e comune ormai largamente prevalente, attiene alla totale mancanza di offensività del fatto che risulta pertanto privo di un suo elemento costitutivo e in definitiva atipico e insussistente come reato» (di qui il richiamo al reato impossibile di cui all’art. 49, co. 2, c.p.). «Diversamente» (prosegue la Relazione) «l’istituto in questione della “irrelevanza” per particolare tenuità presuppone un fatto tipico e, pertanto, costitutivo di reato ma da ritenere non punibile in ragione dei principi generalissimi di proporzione e di economia processuale».

Ciò premesso, quand’anche si ritengano risolti questi primi inciampi, i problemi interpretativi e applicativi non mancano.

Vi è, infatti, nella costruzione dell’art. 2 comunque un’asimmetria perché la “dimostrazione” della ragione giustificatrice del recesso grava sul datore di lavoro (nonostante i turbamenti suscitati dal dato letterale, che apparentemente condurrebbe verso un’inversione dei tradizionali canoni probatori), mentre la “valutazione” (cioè il giudizio di proporzionalità tra fatto contestato e sanzione applicata) è di spettanza del giudice. Certo anche il datore di lavoro compie una “valutazione” del fatto al fine di verificare se esso è passibile di contestazione disciplinare ed eventualmente di sanzione, ma è evidente che la “valutazione” che il legislatore vuole tenere fuori dalla porta è quella del giudice.

Pertanto, la stessa operazione critica (in senso etimologico, cioè di formulazione di un giudizio circa la rilevanza disciplinare di un fatto) è considerata in maniera diversa a seconda che essa sia compiuta dal datore di lavoro o dal giudice: nel primo caso ha diritto di cittadinanza (posto che è evidente che il datore di lavoro contesta al lavoratore non qualunque fatto – solo perché materialmente sussistente –, ma solo i fatti che, previa valutazione della rilevanza disciplinare, egli ritiene potenzialmente meritevoli di sanzione), nel secondo no. In altre parole, il datore di lavoro può valutare ciò che è, invece, sottratto allo scrutinio del giudice.

Ciò, però, non deve stupire perché è proprio l’obiettivo che il legislatore si prefigge: riservare l’esercizio della discrezionalità al datore di lavoro, e, di contro, sottrarlo al giudice.

E non deve stupire perché, in fondo, risponde allo spirito dei tempi: pare, cioè, che il legislatore del lavoro voglia attribuire alla sola valutazione del datore di lavoro la verifica circa l’importanza dell’inadempimento, in linea con (o, meglio, addirittura sopravanzando) alcune tendenze che si

sono manifestate in campo penale allorché si è iniziato a discutere delle modifiche all'art. 52 c.p. in materia di legittima difesa<sup>1044</sup>.

Questo rilievo sollecita, però, alcune ulteriori riflessioni di non poca importanza, la prima delle quali riguarda il significato dell'affermazione di estraneità della valutazione circa la sproporzione del licenziamento: in altre parole, ci si deve chiedere se il legislatore, quando dichiara che «resta estranea ogni valutazione [...]» (cioè quando lascia intendere che, appurata la sussistenza del fatto materiale, la scelta della sanzione espulsiva non deve essere condizionata dal giudizio di proporzionalità tra il motivo soggettivo o la giusta causa di recesso e la sanzione applicata), intende esprimere una constatazione (cioè vuole dire che l'estraneità delle valutazioni è *in re ipsa*, nel senso che è insita nella qualificazione del «fatto» come «materiale», che per sua natura sarebbe refrattario a qualunque giudizio) o formula un precetto (nel senso che enuncia una proposizione precettiva, un comando che impone di accantonare le valutazioni ogniquale volta si sia in presenza di un «fatto materiale»).

Per rispondere a questo quesito può essere utile recuperare alcuni spunti offerti dalla giurisprudenza penale che si è pronunciata sul delitto di false comunicazioni sociali di cui all'art. 2621 c.c.

Come si ricorderà, l'approdo interpretativo cui sono pervenute le Sezioni Unite della Cassazione è nel senso della negazione sia dell'equivalenza tra “materiale” e “oggettivo”, sia della contrapposizione tra “materiale” e “a-valutativo”: in altre parole, secondo le Sezioni Unite la materialità del fatto, non essendo sinonimo di oggettività, non si pone in antitesi con la soggettività delle valutazioni, cioè con la discrezionalità delle stesse.

Dunque, se si dovesse importare questa argomentazione della Cassazione penale, nella sua massima espressione, anche nel contesto qui esaminato, dovrebbe dirsi che se il legislatore del decreto legislativo n. 23/2015 ha immaginato che, in presenza di un «fatto materiale» (nel senso di reale, oggettivo, storico), qualunque valutazione, in quanto espressione di una discrezionalità soggettiva, sia, per ciò stesso, messa “fuori gioco”, ha commesso un errore di prospettiva: o, meglio, non ha considerato che quella impostazione è ben lungi dall'essere consolidata anche in rami dell'ordinamento in cui simili tematiche (in particolare, l'individuazione delle nozioni di «fatto» e «fatto materiale» nonché il loro rapporto con i giudizi valutativi) sono state affrontate da tempo,

<sup>1044</sup> Il riferimento è, in particolare, alla proposta di legge n. 3777 presentata il 26 aprile 2016 dai deputati Molteni e altri: la relazione di minoranza, opera dell'on. Molteni, indugia in più punti sull'insufficienza del testo dell'art. 52 c.p. a «garantire una possibilità di difesa da aggressioni violente, soprattutto nella parte in cui richiede, affinché ricorra la legittima difesa, la proporzionalità tra la difesa e l'offesa», sulla necessità di «procedere alla modifica della proporzionalità tra difesa ed offesa, non perché non si condivida la necessità di evitare reazioni spropositate per attacchi privi di una reale offensività, quanto piuttosto per la constatazione che tale norma si è nei fatti tradotta, anche attraverso la sua interpretazione giurisprudenziale [...], in una sostanziale inapplicabilità dell'esimente in esame», e, a determinate condizioni, sulla necessità di «riconoscere sempre la proporzionalità tra l'offesa e la difesa» (che è «scontata e doverosa», e non deve «essere sempre dimostrata dal cittadino onesto») perché, a fronte di «determinati elementi», la persona offesa deve «di diritto, cioè automaticamente, [...] essere tutelata attraverso l'applicazione della scriminante della difesa legittima». Sulla stessa linea si pone la relazione di minoranza dell'on. La Russa presentata alla Presidenza il 3 marzo 2016 sulla proposta di legge d'iniziativa dei deputati Molteni e altri del 18 febbraio 2015 (XVII Legislatura - Camera dei deputati - n. 2892-A-, Relazione della II Commissione permanente (Giustizia)), che pure, al dichiarato fine di migliorare il testo dell'art. 52 c.p., «definendone più adeguatamente gli ambiti», proponeva di «superare le discussioni sorte nell'ambito di discrezionalità che la legge riconosce ai giudicanti, individuando con più precisione le varie fattispecie e il conseguente relativo nuovo perimetro di discrezionalità riservato dal legislatore al potere giudiziario», e ciò tramite la più precisa individuazione e il rafforzamento della presunzione assoluta già stabilita dal legislatore nel 2006 per i casi indicati dai commi secondo e terzo dell'art. 52 c.p. (naturalmente si tratta di presunzione assoluta della proporzionalità rispetto all'offesa).

e hanno dato luogo a un fertile e vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che solo a fatica, e non senza contrasti (non completamente sopiti), è giunto ad approdi, peraltro ancora non del tutto tranquillizzanti.

Se questi passaggi argomentativi sono corretti, la risposta al quesito prima prospettato diviene, dunque, obbligata e la proposizione volta a sancire l'estraneità delle valutazioni di proporzionalità nei giudizi sulla sussistenza/insussistenza del «fatto materiale» astrattamente legittimante la sanzione espulsiva, lungi dal porsi come ineluttabile constatazione empirica, si mostra in tutta la sua portata precettiva e spiana la strada a quelle lucide ricostruzioni che anche di recente hanno nitidamente ribadito 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 sussistenza/insussistenza del fatto contestato»<sup>1045</sup>.

Ma in realtà, a dire il vero, di comando volto a tener fuori la valutazione di proporzionalità tra illecito disciplinare e sanzione può parlarsi solo se il destinatario ne sia il giudice, cioè colui il quale sarebbe chiamato a esprimere quel giudizio: solo in quel caso, infatti, la posizione giuridica evocata da quell'inciso verrebbe a configurarsi in termini di obbligo posto a carico del titolare del potere di giudicare circa il corretto esercizio dell'azione disciplinare.

Immaginare, invece, che destinatario di quel precetto sia il datore di lavoro significa collocarsi su un piano del tutto diverso nella teorica delle posizioni giuridiche soggettive, ché in tal caso dovrebbe allora evidentemente parlarsi, in termini più appropriati, non di obbligo (del datore di lavoro di non tener conto della valutazione di proporzionalità), ma di facoltà: di facoltà, cioè, concessa al titolare del potere disciplinare (il datore di lavoro) di dar corso al licenziamento senza essere tenuto a farsi carico, in sede di dimostrazione della ragione giustificativa del recesso (questa sì imprescindibile), anche della prova della proporzionalità tra il fatto contestato e la sanzione.

In entrambe le ipotesi, però, la scelta legislativa di emarginare la valutazione di proporzionalità dovrebbe dischiudere all'interprete lo sguardo sull'abisso<sup>1046</sup>: dovrebbe, cioè indurre a riflettere

<sup>1045</sup> DE LUCA TAMAJO R., *(In)sussistenza del fatto e canone di proporzionalità del licenziamento disciplinare*, cit., p. 71.

<sup>1046</sup> Sino al punto di dubitare della costituzionalità della norma per violazione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo della lesione del «*canone della coerenza* – quale espressione del principio di eguaglianza di trattamento – nel rapporto tra (la disciplina di) sanzioni conservative e licenziamenti disciplinari»: per questo motivo vi è chi ritiene che l'affermazione di estraneità non possa riguardare «il giudizio di proporzionalità, che deve correre tra il fatto medesimo ed il licenziamento», preferendo, appunto, un'«interpretazione adeguatrice o costituzionalmente orientata – in alternativa alla illegittimità costituzionale» dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 (così DE LUCA M., *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, cit., p. 25, secondo il quale dal canone di coerenza sembra discostarsi «qualsiasi disposizione, che – in materia di licenziamenti disciplinari – intenda negare rilevanza al principio di proporzionalità – che continua a trovare applicazione, invece, alle sanzioni disciplinari conservative (ai sensi dell'art. 2106 c.c.) – oppure, addirittura, alla circostanza che il fatto – sul quale il licenziamento si fonda – sia punibile con sanzione conservativa (in ipotesi, anche in forza di previsione della contrattazione collettiva)»).

Del resto, della possibile incidenza delle novità normative sui concetti di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo si era iniziato a parlare già a partire dal 2012. In proposito, conformi all'orientamento dottrinale dominante, secondo cui le modifiche apportate all'art. 18 St. lav. non avrebbero avuto alcuna ripercussione sui predetti concetti, sono DEL CONTE M. e LIEBMAN S., *Le premesse alla riforma dell'art. 18 st. lav.: uno sguardo d'insieme*, in PERSIANI M. e LIEBMAN S. (a cura di), *Il nuovo diritto del mercato del lavoro - La legge n. 92 del 2012 (cd. "riforma Fornero") dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, cit., p. 316. Più problematici, invece, CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 950, secondo cui, «per quanto la legge n. 92 del 2012 non abbia direttamente toccato la definizione né di giusta causa né di giustificato motivo soggettivo, l'introduzione di diversi esiti sanzionatori in caso di loro insussistenza ne suggerisce, ed anzi ne impone, una articolazione e differenziazione interna prima sconosciuta» (con particolare riferimento alla nozione di giusta causa v. anche pp. 952-953), nonché ID., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti individuali: prime riflessioni*,

sui concetti stessi di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo<sup>1047</sup>, i quali si caratterizzano per una ineludibile componente legata a precise valutazioni circa il grado di proporzionalità tra illecito contestato<sup>1048</sup> (componente talmente rilevante da partecipare alla qualificazione definitiva dei due concetti ora menzionati<sup>1049</sup>, quanto meno ove si voglia mantenere una differenziazione quantitativa tra gli stessi<sup>1050</sup>) e sanzione irrogata<sup>1051</sup>. In altre parole, si vuol dire che attaccare la valutazione di proporzionalità, imponendone l'estromissione in sede di giudizio circa la legittimità della sanzione disciplinare espulsiva<sup>1052</sup>, obbliga necessariamente a una riflessione in merito

cit., pp. 552-553; SPEZIALE V., *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP CSDL E "Massimo D'Antona".IT – 165/2012, p. 28; e soprattutto TULLINI P., *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giuridico di controllo*, cit., p. 155, la quale si dice perplessa «quando si osserva con tono tranquillizzante che le causali del recesso (giusta causa e giustificato motivo) non sono state modificate, ma restano intatte nel loro significato e contenuto giuridico». Ritiene che la disciplina introdotta nel 2012 avrebbe dovuto presupporre una modifica della «disciplina sostanziale dei presupposti di legittimità del recesso» SANTONI F., *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F., *La politica del lavoro del Governo Renzi - Atto II*, 2014 ADAPT University Press – Pubblicazione on-line della Collana ADAPT, p. 132. Con riferimento alle modifiche apportate nel 2012 all'art. 18 è, invece, categorico GHERA E., *Sull'ingiustificatezza aggravata del licenziamento*, cit., pp. 425-426, che già all'inizio della sua indagine si chiede se il nuovo art. 18 «abbia aggiunto o tolto qualcosa» alla previsione del giustificato motivo o della giusta causa, ma conclude subito per la risposta negativa (conf. MARAZZA M., *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 622).

<sup>1047</sup> Già MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, cit., p. 420, osservava che «la strada maestra [...] sarebbe stata quella di intervenire non sull'apparato sanzionatorio costituito dall'art. 18, ma sulle causali che legittimano il licenziamento oppure sulla valutazione delle prove che gravano sul datore di lavoro tenuto a dimostrare tali causali» (e, infatti, il medesimo Autore ritiene che il novellato art. 18 non abbia modificato le norme riguardanti la giusta causa o il giustificato motivo di licenziamento: v. MARESCA A., *Il licenziamento ingiustificato tra reintegrazione e indennità risarcitoria onnicomprensiva*, cit., pp. 167 e 168). Ma v. anche, ragionando intorno alle novità di cui al d.lgs. n. 23/2015, BRIZZI M., *Il fatto nella configurazione del licenziamento disciplinare*, cit., p. 68, che, peraltro, adottando la nozione di «fatto materiale» tradizionale utilizzata nella *vulgata* corrente, giunge a perorare una «tesi ricostruttiva finalizzata a smitizzare il senso del termine "materiale", interpretandolo alla luce del termine "contestato"»

<sup>1048</sup> Evidenza con molta chiarezza la questione PERSIANI M., *Altra notareella su un problema di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 646. In generale sul principio di proporzionalità v. PERULLI A., *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, cit., p. 101 ss.

<sup>1049</sup> Cass. 16 ottobre 2015, n. 21017: «Per stabilire in concreto l'esistenza di una giusta causa di licenziamento, [...] occorre valutare, da un lato, la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi ed all'intensità dell'elemento intenzionale; dall'altro la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione inflitta».

<sup>1050</sup> Secondo la nota impostazione, risalente ai primi anni '70, di PERSIANI M., *L'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in RIVA SANSEVERINO L. e MAZZONI G. (a cura di), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, II, Padova, 1971, p. 678 ss., e recentemente riproposta in ID., *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo: limiti al potere del datore di lavoro e articolazione delle tutele*, cit., p. 13 ss.; manifestano adesione alla tesi dell'illustre Autore: TREMOLADA M., *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*, cit., p. 111; e NOGLER L., *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, cit., p. 527.

<sup>1051</sup> Ad esempio, v. molto chiaramente, da ultimo, Cass. 5 aprile 2017, n. 8826, la quale, ai fini della valutazione in ordine alla legittimità del licenziamento disciplinare, costruisce l'operazione di riconduzione della condotta sanzionata alla nozione legale di giusta causa proprio sulla base della «gravità del comportamento del lavoratore», e in motivazione richiama il conforme orientamento della Corte (tra le molte v.: Cass. 4 marzo 2013, n. 5280; Cass. 16 ottobre 2015, n. 21017; Cass. 25 maggio 2016, n. 10842), secondo cui, ai fini della valutazione in ordine alla legittimità del licenziamento disciplinare, occorre «sempre che la condotta sanzionata sia riconducibile alla nozione legale di giusta causa, tenendo conto della gravità del comportamento in concreto del lavoratore, anche sotto il profilo soggettivo della colpa o del dolo, con valutazione in senso accentuativo rispetto alla regola generale della "non scarsa importanza" dettata dall'art. 1455 c.c.». La soluzione propugnata dalla giurisprudenza di legittimità («secondo la quale il fatto inconsistente dovrebbe essere un fatto disciplinarmente rilevante rispetto al quale si possa ritenere che il licenziamento costituisca una sanzione proporzionata»), che finisce per far coincidere «l'inesistenza del "fatto contestato"» con «l'inesistenza del giustificato motivo soggettivo», è ritenuta, però, «inevitabilmente irrazionale» da PERSIANI M., *Introduzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, p. 844.

<sup>1052</sup> Di recupero surrettizio, per via giudiziale, di una «valutazione *lato sensu* di proporzionalità nel licenziamento disciplinare, ma collocata su un terreno esterno, neutro rispetto al perimetro di "regolazione" voluto dal legislatore (esterno cioè all'area del divieto di valutazione di proporzionalità del fatto)» v. CARUSO B., *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediabile tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, in CARUSO B. (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali*, cit., pp. 65-66.

all'incidenza di tale scelta sulla stessa struttura genetica delle nozioni in esame<sup>1053</sup>, essendo evidente che delle due l'una (ché non ci pare proprio siano ravvisabili terze vie interpretative): o la scelta legislativa è così eversiva da alterare, appunto geneticamente, gli stessi connotati dei concetti di giusta causa e giustificato motivo soggettivo<sup>1054</sup>, oppure quei concetti rimangono immutati sul piano definitorio<sup>1055</sup>, ma, per effetto di quella scelta normativa, giudice di essi diviene unicamente il datore di lavoro, cioè colui il quale, rilevata la sussistenza del «fatto materiale» (unica valutazione sottoposta al vaglio giudiziale), ai fini dell'intimazione del licenziamento può unilateralmente stabilire che quella causa non consente la prosecuzione del rapporto e che quell'inadempimento è di grado notevole; e ciò, quindi, per effetto non di una scomparsa, ma semplicemente di una soggettivizzazione (o, se si preferisce, di una "privatizzazione") della valutazione di proporzionalità (quanto meno, della valutazione di proporzionalità circa la legittimità o no della sanzione espulsiva in funzione della reintegra, posto che quella valutazione rimane, invece, in capo al giudice ai fini dell'applicazione della tutela indennitaria ex art. 18, co. 5, St. lav., e art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/2015<sup>1056</sup>).

Va da sé, però, che, anche così argomentando, il rischio (ammesso che di rischio si tratti, e non di obiettivo perseguito, più o meno coscientemente, dal legislatore) che all'eliminazione del giudizio di proporzionalità operato dal giudice (se e in quanto funzionale alla reintegra, e circoscritto, dunque, alla sola valutazione della spettanza del diritto all'indennità di cui all'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/2015<sup>1057</sup>) corrisponda una vera e propria aggressione, alla radice, del concetto stesso di licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo<sup>1058</sup> (e anche una diversa

<sup>1053</sup> Verosimilmente muove in direzione opposta chi, invece, ritiene che il criterio di proporzionalità rimanga «cardine del giudizio di legittimità del licenziamento»: v. DE LUCA TAMAJO R., *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, cit., p. 272.

<sup>1054</sup> Mi pare che intuisca perfettamente la questione MAINARDI S., *L'ordinamento italiano e le "tutele crescenti" contro i licenziamenti illegittimi*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, p. 856, là dove scrive che l'«"interpretazione autentica" di quanto previsto dalla Legge Fornero» operata dall'art. 3, d.lgs. n. 23/2015, «sembra lasciare sul terreno vittime eccellenti: l'art. 3 della l. n. 604 del 1966, il quale prevede che il licenziamento per motivi soggettivi avvenga per una fattispecie valutata, in senso giuridico, quale "notevole inadempimento" contrattuale; l'art. 2106 del codice civile italiano, almeno nella misura in cui si ritenga che la proporzionalità sia elemento costitutivo (anche) della sanzione del licenziamento». In termini analoghi v. anche FIORILLO L., *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, cit., p. 119, il quale, muovendo dal presupposto che, in base all'art. 3, «qualunque tipo di comportamento, rilevante sotto il profilo disciplinare e imputato al lavoratore, può esser causa del suo licenziamento senza che si possa disporre la tutela reale», ne deduce che «in tal modo si interviene anche sull'art. 2106 c.c.», e ciò nel senso che l'operatività del principio di proporzionalità viene esclusa anche «al fine di decidere se un determinato inadempimento contrattuale, in ragione della sua intensità, possa legittimare o meno la effettiva risoluzione del rapporto» e pure quando «venga accertato che quanto addebitato al lavoratore non costituisca giusta causa di recesso» (rimanendo in tal caso preclusa anche ogni graduazione nella determinazione dell'indennità).

<sup>1055</sup> Opinione comune: tra i molti v., ad esempio, COLOSIMO C., *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, cit., p. 1028.

<sup>1056</sup> Norme, queste, che mi pare possano essere riempite di contenuti alla stregua delle «circostanze del caso singolo che la giurisprudenza ha sempre ritenuto rilevanti al fine di stabilire la gravità in concreto dell'illecito disciplinare – come l'intensità dell'elemento intenzionale o di quello colposo, la sussistenza o meno di precedenti disciplinari, il grado di affidamento richiesto dalle mansioni del lavoratore, l'assenza di danno per l'attività produttiva, la precedente tolleranza manifestata dal datore di lavoro rispetto a condotte analoghe di altri dipendenti, eventuali condizioni lavorative disagiate in cui si è trovato ad operare il prestatore, la pregressa durata del rapporto →»: in proposito v. CAVALLARO L., *Il licenziamento disciplinare: una riconsiderazione*, cit., p. 230.

<sup>1057</sup> V. SORDI P., *Il licenziamento disciplinare*, in *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, cit., p. 190.

<sup>1058</sup> Da intendersi, quindi, tutt'altro che intaccate e inalterate, come ritiene la *communis opinio*: ad esempio, v., tra i molti e sulla scia dell'opinione dominante, FIORILLO L., *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, cit., p. 107, il quale, nonostante dia atto lucidamente che l'«"approccio alla materia è sicuramente dirompente"» (perché il giudice, sebbene non ritenga che «il recesso sia fornito dei suoi elementi costitutivi idonei, cioè, a configurare una giusta causa o un giustificato motivo sia soggettivo che oggettivo, dichiara comunque estinto il rapporto»), ripiega poi sull'idea dell'immutabilità dei concetti tradizionali.

configurazione del potere datoriale di recesso<sup>1059</sup>) è tutt'altro che remoto<sup>1060</sup>, specie ove si consideri che, se è pur vero che, secondo alcuni, la valutazione giudiziale della gravità dell'inadempimento imputato al lavoratore, «anche in base al giudizio di proporzionalità della sanzione all'illecito commesso ex art. 2106 c.c.<sup>1061</sup>, per stabilire se tale inadempimento può ritenersi o meno “notevole” secondo la regola dettata dall'art. 3, legge n. 604/1966 che, a tutela del lavoratore, si differenzia da quella generale della “non scarsa importanza” di cui all'art. 1455 c.c.»<sup>1062</sup>, è altrettanto vero che non manca chi, al contrario, ritiene impossibile separare accertamento della condotta e accertamento della giustificazione, posto che «la proporzionalità non brilla di luce propria ma, se c'è, riflette la notevolzza (la «non scarsa importanza» in senso accentuato) dell'inadempienza e viceversa»<sup>1063</sup>: pertanto, in quest'ottica, “privatizzazione” del giudizio di proporzionalità, soggettivizzazione<sup>1064</sup> e, dunque, relativizzazione dello stesso sono, in assenza di vaglio giudiziale, operazioni che si “tengono” tra loro, cioè sono inestricabilmente collegate e, imboccata quella via, non è, poi, così implausibile ipotizzare una pesante alterazione dei concetti di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo<sup>1065</sup> sino ad arrivare a ritenere che possano “lecitamente” essere

<sup>1059</sup> Contro la *vulgata* corrente, e in relazione già alla modifica dell'art. 18 St. lav. operata nel 2012, lo ipotizzano anche TULLINI P., *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo potere giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 147 ss. (che a p. 149 parla di riscrittura di «buona parte della disciplina sostanziale del potere di recesso», e a p. 150 di «rilevante modifica delle condizioni e delle regole d'esercizio del potere datoriale»), e SORDI P., *L'insussistenza del “fatto” nel sistema di tutele contro i licenziamenti illegittimi dell'art. 18 riformato*, in CARUSO B. (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali*, cit., p. 100, all'esito di una serrata argomentazione volta a sostenere che, anche secondo la novellata norma statutaria, la valutazione del giudice in ordine all'idoneità del fatto a consentire la prosecuzione del rapporto non può più scalzare la valutazione operata dal datore di lavoro e comportare il ripristino del rapporto, e ciò anche quando il «fatto contestato» non è incompatibile con la prosecuzione del rapporto di lavoro, «così come richiesto dalle nozioni legali di giusta causa e di giustificato motivo» (p. 99).

<sup>1060</sup> Del resto, già riflettendo intorno alle modifiche apportate nel 2012 all'art. 18 St. lav. si è affermato che «la linea di confine [...] fra un inadempimento che non risulta proporzionato né – per difetto – al licenziamento con preavviso, né – per eccesso – alla sanzione conservativa della sospensione di dieci giorni dal lavoro e dalla retribuzione, sembra assai sottile e mobile»: così CARINCI F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, cit., p. 1120. Sempre ragionando intorno all'art. 18, si pone completamente su un altro piano, in perfetta coerenza, MARESCA A., *Il licenziamento ingiustificato tra reintegrazione e indennità risarcitoria onnicomprensiva*, cit., p. 171, il quale, non a caso, ritiene che l'indagine sulla sussistenza/insussistenza del fatto può condurre all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento disciplinare (e conseguentemente alla reintegrazione) «senza neppure dover ricorrere alla fattispecie della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo» perché «l'insussistenza del fatto oggetto della contestazione disciplinare rende superflua, con tutta evidenza, la sua qualificazione in termini, appunto, di giusta causa o di giustificato motivo» (assunto, questo, che non pare, però, coerente con l'*incipit* del comma 4 dell'art. 18, che tende a qualificare il fatto contestato come uno degli elementi identificativi di giusta causa e giustificato motivo soggettivo).

<sup>1061</sup> Insiste particolarmente sulla inestricabilità tra giudizio di proporzionalità e ricognizione sulla sussistenza del fatto FONTANA G., *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 288 ss.

<sup>1062</sup> MARESCA A., *op. ult. cit.*, p. 168: naturalmente l'Autore argomenta in relazione alla novella dell'art. 18 per rafforzare la sua nota teoria basata sulla distinzione tra l'operazione interpretativa volta a valutare il carattere notevole dell'inadempimento (che rileva in ordine alla legittimità del licenziamento) e quella diretta a verificare se il fatto è insussistente o se è punito dai codici disciplinari con una sanzione conservativa (che rileva ai fini dell'applicazione della reintegrazione).

<sup>1063</sup> Così FONTANA G., *op. ult. cit.*, p. 290.

<sup>1064</sup> La soggettivizzazione di cui si parla è operazione diversa dall'auto-qualificazione dell'atto di licenziamento come di natura disciplinare, effettuata dal datore di lavoro e di cui parla, in senso critico, NOGLER L., *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, cit., p. 515.

<sup>1065</sup> In senso contrario AMOROSO G., *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo: fatto contestato (art. 18, quarto comma, l. 20 maggio 1970, n. 300) versus fatto materiale contestato (art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015)*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 891, il quale, peraltro, evoca poi (a p. 899) la possibile incostituzionalità dell'art. 3, d.lgs. n. 23/2015, per contrasto con l'art. 3, co. 1, Cost., non apparendo ragionevole la scelta di «accordare una tutela meramente indennitaria in una fattispecie in cui il vizio del licenziamento disciplinare è massimo e radicale ove il fatto contestato, che non sia insussistente, sia però idoneo in generale a fondare il licenziamento non costituendo in ogni caso un “inadempimento notevole”».

considerati “validi”<sup>1066</sup> (si badi bene: ai fini espulsivi e, dunque, nel senso di “non passibili di tutela reintegratoria”, o, in altri termini, di “produttivi di effetti caducatori del rapporto”) un licenziamento per una causa che pure consentirebbe la prosecuzione del rapporto, o un licenziamento per giustificato motivo soggettivo che consiste sì in un inadempimento agli obblighi contrattuali, ma non così grave al punto da essere considerato notevole<sup>1067</sup>, e ciò perché – come detto – unico soggetto autorizzato (facoltizzato) a formulare il giudizio di proporzionalità diviene esclusivamente il datore lavoro, che, in quest’ottica, e assecondando questa prospettiva, si erge a *dominus* assoluto di quel giudizio, nel senso che la sua scelta di intimare il licenziamento è, per ciò stesso, “legittima” in quanto insindacabile, proprio perché egli (e non altri: in particolare, non il giudice, cui ormai è impedita qualunque valutazione [di difetto] di proporzionalità che possa sfociare in una pronuncia reintegratoria) è in questo contesto l’unico soggetto cui è consentito esprimere quel giudizio, formulare quella valutazione<sup>1068</sup>.

Se, dunque, la duplicazione delle operazioni applicative (l’una volta a verificare il comportamento del lavoratore alla stregua di quello che è stato definito un approccio multifattoriale, l’altra orientata alla individuazione della sanzione applicabile) è verosimilmente coerente con l’impostazione del d.lgs. n. 23/2015<sup>1069</sup>, v’è, però, da chiedersi se si tratta di soluzione esegetica sostenibile *rebus sic stantibus*, a bocce ferme, cioè – come si è detto – mantenendo inalterati i concetti di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo; o se piuttosto non sia una soluzione certo condivisibile (quanto meno vuoi per chi approvi le opzioni di politica del diritto che l’hanno ispirata, vuoi più semplicemente per chi ritenga imprescindibile una reazione calmieratrice contro certe derive giurisprudenziali di cui si è dato conto in precedenza), ma da perseguire partendo dalle fondamenta,

<sup>1066</sup> Sia pure circoscrivendone la portata, usiamo volutamente (e forse anche provocatoriamente) questo termine, anziché quello di “efficaci”, ché pare evidente che, civilisticamente parlando, siamo in presenza di atti “invalidi”.

<sup>1067</sup> È l’approdo cui giunge anche, in senso critico, PERULLI A., *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, cit., p. 424. Negli stessi termini v. pure: SORDI P., *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 193, che nel caso di un «licenziamento [fondato su una infrazione che] non sia (neppure in astratto) così grave da poter essere qualificata come una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo» ritiene applicabile la tutela «indennitaria ex art. 3, comma 1 d.lgs. 23/2015», mentre, a fronte di un «licenziamento [...] fondato su un fatto di scarsissimo rilievo disciplinare (l’esempio classico è quello del lavoratore licenziato per aver fatto registrare un ritardo di pochi minuti), afferma che «sarebbe impossibile applicare la tutela reintegratoria, con conseguente estinzione del rapporto, «pur difettando palesemente un inadempimento di gravità tale da potere essere qualificato come “notevole”» (analogamente a p. 194 con riferimento al giustificato motivo soggettivo); VIDIRI G., *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs act tra luci e (non poche) ombre*, in *Arg. dir. lav.*, pp. 366-367 (e ivi nota 29), che, pur senza arrivare a ipotizzare vizi di incostituzionalità, si mostra critico nei confronti di una lettura dell’art. 3 volta a legittimare la risoluzione del contratto, difformemente da quanto ordinariamente prevedono gli artt. 1453 e 1455 c.c., e, capovolgendo la lettera della norma (tramite una valorizzazione non di ciò che l’art. 3 dice, ma di ciò che esso non dice), recupera, in virtù di un’interpretazione costituzionalmente orientata, il «generale ed inderogabile principio di proporzionalità delle sanzioni disciplinari».

<sup>1068</sup> Viene così a realizzarsi quello che qualcuno aveva ravvisato già nella disciplina del novellato art. 18 St. lav.: v. PONTIERO C., *Il licenziamento per motivi economici*, cit., p. 87. Trattando dell’art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015, CARINCI F., *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti ex art. 18 Stat. lav. “versione Fornero”*, cit., p. 746, parla di discrezionalità del datore di lavoro nella scelta tra sanzioni espulsive e conservative. Del tutto peculiare è, con riferimento al novellato art. 18 St. lav., la posizione di PROSPERETTI G., *L’elemento della malafede del datore nella nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 254, secondo il quale, sebbene il «fatto» non possa che essere l’inadempimento contestato, «la rilevanza del comportamento datoriale va valutata in ordine al suo eventuale intento discriminatorio», nel senso che «il datore può aver agito in buona o malafede ma solo in quest’ultimo caso è rilevante il suo intento discriminatorio e pertanto se il licenziamento dovesse essere per altri aspetti giudicato illegittimo non meriterebbe comunque la sanzione della reintegrazione»: la tesi è, poi, replicata dall’Autore anche a proposito dell’art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 (v. p. 261: «il giudice dovrà astenersi dal valutare il fatto dal punto di vista della concreta colpevolezza del lavoratore, rilevando, invece, essenzialmente il comportamento datoriale, per aver contestato un determinato fatto in buona o mala fede»).

<sup>1069</sup> Secondo DE LUCA TAMAJO R., *(In)sussistenza del fatto e canone di proporzionalità del licenziamento disciplinare*, cit., p. 72, è l’unica soluzione interpretativa «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». In termini analoghi DEL PUNTA R., *Il “fatto materiale”: una riflessione interpretativa*, cit., p. 347.

cioè da una rivisitazione di quei concetti (che paiono intrinsecamente postulare la «gravità» come «elemento costitutivo del fatto oggetto di contestazione»<sup>1070</sup>): operazione, questa che, del resto, non è per nulla impraticabile ed è, almeno nella casistica quotidiana, effettuata dalla stessa giurisprudenza di legittimità, com'è esemplificativamente comprovato, in altro contesto, dalla recente rivisitazione della nozione di giustificato motivo oggettivo<sup>1071</sup>.

Può apparire fortemente rivoluzionario ed eversivo<sup>1072</sup> l'approdo argomentativo illustrato, declinato sia nel senso di teorizzare una lettura praticamente annichilente dei concetti di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo (lettura che, rotti gli argini dell'importanza dell'inadempimento, perviene a giustificare una concezione sostanzialmente relativistica e, in fondo, anche latamente omogeneizzante degli stessi), sia preferibilmente nel senso di attribuire al solo datore di lavoro il ruolo di arbitro dell'importanza dell'inadempimento e conseguentemente della proporzionalità della sanzione<sup>1073</sup> (e ciò fermi restando i concetti normativi di base, e con l'unica precisazione che in questa operazione valutativa il giudice rimane estraneo e non viene coinvolto), per di più senza nemmeno l'argine rappresentato dal confronto con la sanzione applicata sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili<sup>1074</sup>. Ma si tratta di approdo conseguente a operazione che non deve in alcun modo sorprendere né sul piano empirico, né a livello normativo: sul piano empirico, perché essa risponde a un'esigenza di certezza da

<sup>1070</sup> Per usare le parole di DE LUCA TAMAJO R., *op. ult. cit.*, p. 73, che, peraltro, le adotta, in via eccezionale, con specifico riferimento a particolari previsioni contrattuali collettive. Per una panoramica della disciplina dei provvedimenti disciplinari nella contrattazione collettiva di rilevanza nazionale v. GAMBERINI G. - TOMASETTI P., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali alla prova della contrattazione collettiva*, in *Dir. relaz. ind.*, 2015, p. 1172 ss.

<sup>1071</sup> Il pensiero corre immediato a Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, che ha ricondotto entro i confini del giustificato motivo oggettivo le ragioni dirette ad una migliore efficienza gestionale o a un incremento della redditività, se determinano un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di un'individuata posizione lavorativa.

<sup>1072</sup> O, per alcuni, incostituzionale per violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.: v., ad esempio, PERULLI A., *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, cit., p. 424. Non mi pare, però, che possa dirsi che sia «il rilievo attribuito al “fatto materiale” lo strumento attraverso il quale si realizza la violazione del principio di eguaglianza» (p. 424), posto che ciò che rileva è, semmai, l'accantonamento del criterio della proporzionalità (così, infatti, a p. 425). Comunque, coerentemente con il sospetto di incostituzionalità il medesimo Autore (v. PERULLI A., *Una questione di “valore”. Il Jobs Act alla prova di costituzionalità*, *Working Paper Adapt*, n. 15, 2017) conseguentemente critica Trib. Roma 26 luglio 2017 (ord.), in *Lav. giur.*, 2015, p. 897 (si tratta dell'ordinanza che ha dichiarato «rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 7, lett. c, l. n. 183/2014 e degli artt. 2, 4, e 10, d.lgs. n. 23/2015, per contrasto con gli artt. 3, 4, 76 e 117, co. 1, letti autonomamente ed anche in correlazione fra loro»), nella parte in cui omette di rinviare alla Corte la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, co. 2, perché preclude al giudice di valutare la proporzionalità dell'infrazione (su tale rilievo v., però, la corretta obiezione di CARUSO B., *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediabile tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, cit., p. 47, nota 88, il quale ricorda, tra l'altro, che la fattispecie posta all'attenzione del giudice *a quo* riguarda un'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, cui si applica l'art. 3, co. 1, e rispetto alla quale il giudizio di proporzionalità del fatto nulla c'entra).

<sup>1073</sup> Il che, come si può ben intendere, è cosa assai diversa dalle ipotesi in cui il giudice si riserva comunque un ampio margine di valutazione in sede di giudizio di proporzionalità: si pensi, ad esempio, alla recente decisione n. 24014 del 12 ottobre 2017, in cui la Cassazione, in una vicenda risalente al 2009 (dunque, antecedente alle modifiche dell'art. 18), richiamando numerosi precedenti, rammenta che «la modesta entità del fatto può essere ritenuta non tanto con riferimento alla tenuità del danno patrimoniale, quanto in relazione all'eventuale tenuità del fatto oggettivo, sotto il profilo del valore sintomatico che lo stesso può assumere rispetto ai futuri comportamenti del lavoratore e, quindi, alla fiducia che nello stesso può nutrire l'azienda».

<sup>1074</sup> Sul recupero della proporzionalità consentito dal confronto con le previsioni collettive nel comma 5 dell'art. 18 v., ad esempio, RIVERSO R., *I licenziamenti disciplinari tra Jobs act e riforma Fornero. (Basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)*, cit., par. 3), il quale denuncia, invece, le «pesanti perplessità» e gli «aspetti di irrazionalità» connessi alla «mancanza di proporzionalità del licenziamento disciplinare» nell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 (par. 7). Nonostante il mutato contesto normativo (nel d.lgs. n. 23/2015, infatti, scompare il rinvio alle tipizzazioni delle condotte e delle sanzioni contenute nei contratti collettivi e nei codici disciplinari), per sopperire all'espunzione della valutazione circa la sproporzione del licenziamento perseguono la stessa via GAMBERINI G. e TIRABOSCHI M. (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo il Jobs Act*, Inserto *Il Punto di Guida Lav.*, n. 18 dell'1 maggio 2015, p. XIII ss.

più parti sentita e perorata (e che – si badi bene – non è detto corrisponda sempre a un'esigenza di giustizia), esemplificativamente riassumibile nel quesito se sia licenziabile per ragioni disciplinari il lavoratore che abbia leso la fiducia del datore di lavoro perché si è impadronito di un bene di infimo valore<sup>1075</sup> (è evidente, infatti, che, nella logica della novità normativa, probabilmente proprio affermando che il giudice è estraneo al giudizio di proporzionalità, cioè non se ne deve proprio occupare, si può rispondere affermativamente, e senza esitazioni, al quesito, mantenendo ferme le nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo, che potranno, perciò, essere valutate e confermate come tali solo se inquadrare con le lenti datoriali)<sup>1076</sup>; a livello normativo, perché quell'operazione (peraltro già abituale in sede di applicazione dell'art. 8, l. n. 604/1966 quando, pur a fronte dell'insussistenza degli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, si dà corso semplicemente al risarcimento del danno) è consonante (se non *de iure condito*, quanto meno *de iure condendo*) con un certo *mainstream* culturale, propenso ad attribuire al soggetto leso il potere di valutare l'entità della lesione (*rectius*: del grado di offensività) in funzione del(la reazione cui conseguirà il) tipo di sanzione da applicare.

A quest'ultimo proposito ritornano qui alla mente alcune considerazioni svolte in precedenza circa le recenti vicende parlamentari in tema di modifiche alla legittima difesa, allorché si sono evidenziati gli obiettivi che si prefiggono le parti politiche sostenitrici di una visione allargata dell'esimente, obiettivi che si possono riassumere nell'accentuazione del carattere di assolutezza della presunzione di proporzionalità della reazione rispetto all'offesa e nella limitazione della discrezionalità del giudice nel giudizio di apprezzamento della proporzionalità stessa (limitazione perseguita, appunto, espandendo l'ambito di applicazione della presunzione). In campo disciplinare, però, e con specifico riferimento al licenziamento, le scelte normative sono andate ben oltre (e sono scelte, qui, *de iure condito*, non *de iure condendo*): e ciò non tanto perché la presunzione di proporzionalità sia stata ancor più assolutizzata, quanto perché essa, seppur formalmente legata a parametri almeno astrattamente precisi (l'impossibilità di proseguire anche provvisoriamente il rapporto, nella giusta causa; la rilevanza dell'inadempimento, nel giustificato motivo soggettivo), è stata, più che limitata, in realtà eliminata perché sottratta al vaglio giudiziale (ciò che rende la presunzione di proporzionalità praticamente *legibus soluta*, cioè, quanto meno a fini espulsivi, non subordinata a nulla).

Ma vi è di più.

La scelta legislativa di espellere in sede giudiziale la valutazione di proporzionalità, ai soli fini della verifica della legittimità del licenziamento (o, meglio, della sussistenza del «fatto materiale contestato al lavoratore», che ha indotto il datore di lavoro a intimare il licenziamento), contribuisce a creare un solco ancor più ampio tra il giudizio sulla rilevanza dell'inadempimento che giustifica il recesso dal rapporto di lavoro e il giudizio sulla non scarsa importanza dell'inadempimento che,

<sup>1075</sup> V., molto chiaramente, DE LUCA TAMAJO R., (*In*)sussistenza del fatto e canone di proporzionalità del licenziamento disciplinare, cit., p. 74: «[...] anche una vicenda di lieve rilievo disciplinare (purché non frutto di mera invenzione del datore) rende sì illegittimo il licenziamento, per vizio di proporzionalità, ma vale a risolvere il rapporto», salvo l'indennizzo a favore del lavoratore licenziato.

<sup>1076</sup> In quest'ottica, a fronte dell'espunzione del giudizio di proporzionalità, potrebbe essere improbo pervenire, ad esempio, alla graduazione di risultati applicativi elencati nell'esemplificazione offerta, in caso di danneggiamento volontario di beni aziendali, da SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., p. 557.

ex art. 1455 c.c.<sup>1077</sup>, consente la risoluzione del contratto<sup>1078</sup>: e ciò in evidente e netta controtendenza rispetto al tradizionale orientamento giurisprudenziale che, da un lato, muovendo sempre dall'imprescindibile rapporto di proporzionalità tra sanzione e infrazione, legge la gravità del comportamento che connota la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo come un'accentuazione (a beneficio del lavoratore) della «non scarsa importanza» di cui all'art. 1455 c.c.<sup>1079</sup>, e, dall'altro lato, rispetto all'indicazione della giurisprudenza di legittimità che considera la gravità dell'inadempimento, ai sensi dell'art. 1455 c.c., una condizione dell'azione di risoluzione che, in quanto tale, deve esistere quanto meno al momento della decisione<sup>1080</sup>.

### 9. «Fatto materiale contestato», ampiezza della valutazione giudiziale e probabile illusorietà dell'obiettivo «anti-discrezionale» perseguito dal d.lgs. n. 23/2015: qualche riflessione di chiusura, a mo' di pronostico sulla «digestione» del concetto di «materialità» e sul futuro (e probabilmente immutato) orientamento della giurisprudenza di legittimità.

In precedenza si è, in più occasioni, rammentato che, in linea di principio, e almeno secondo gli insegnamenti della giurisprudenza penale di legittimità (nella sua massima espressione), non esiste alcuna aprioristica incompatibilità tra la «materialità» del fatto e la valutazione giudiziale<sup>1081</sup>: una valutazione – si badi bene – che non è limitata al mero accertamento dell'essere/non essere<sup>1082</sup>, cioè alla pura e semplice constatazione oggettiva della sussistenza/insussistenza del fatto inteso quale accadimento storico-naturalistico<sup>1083</sup> (ché, anzi, una simile operazione avrebbe ben poco della valutazione), ma che attinge alla sfera della discrezionalità, tenuto altresì conto che anche nel diritto penale dell'economia «la materialità dei fatti, se può assumere un valore in senso negativo (di sottrazione), non appare un elemento capace di stabilire un argine sufficientemente preciso alle pressioni interpretative»<sup>1084</sup>.

<sup>1077</sup> Norma di cui TURSÌ A., *L'articolo 18 e il "contratto a tutele crescenti"*, cit., p. 930, propone il recupero in ottica giuslavoristica.

<sup>1078</sup> Lo rileva perspicuamente già NOGLER L., *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, cit., p. 508: e se è pur vero che lo «strumento del recesso nell'ambito dei contratti ad esecuzione continuata e per di più di collaborazione, strumento sostitutivo della risoluzione giudiziale», è guidato da logiche proprie (come osserva CESTER C., *Le tutele*, cit., pp. 1078-1079), è altrettanto vero che in quella particolare tipologia di contratti (che non siano contratti di lavoro) comunque operano i requisiti di cui all'art. 1455 c.c.

<sup>1079</sup> Cass. 5 aprile 2017, n. 8826, che in motivazione richiama il conforme orientamento della Corte (tra le molte v.: Cass. 4 marzo 2013, n. 5280; Cass. 16 ottobre 2015, n. 21017; Cass. 25 maggio 2016, n. 10842).

Per un cenno al possibile (ma tramontato) utilizzo dell'art. 1455 c.c. v. PESSI R., *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, cit., pp. 31-32.

<sup>1080</sup> Cass., sez. II, 11 giugno 2013, n. 14649.

<sup>1081</sup> In ambito giuslavoristico v. PERINA L. [e VISONÀ L.], *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo: dottrina e giurisprudenza alla ricerca di un punto di equilibrio nella nuova disciplina del novellato art. 18*, in FIORILLO L. e PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 231 («non risulta sempre vero che l'elemento valutativo è estraneo alla fase della ricostruzione del fatto contestato», essendovi «una certa difficoltà nell'enucleare il fatto materiale senza valutazioni o qualificazioni»), sulla scia di CESTER C., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti individuali: prime riflessioni*, cit., p. 547. Sul punto v. anche GALANTINO L., *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in PELLACANI G. (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Milano, 2012, p. 241.

<sup>1082</sup> Conf. DEL PUNTA R., *Il "fatto materiale": una riflessione interpretativa*, cit., p. 345, secondo cui «l'accertamento dei fatti non è mai, o quasi mai, una faccenda che si esaurisce nella mera verifica di una materialità empirica».

<sup>1083</sup> Come pure ritengono alcuni tra i più agguerriti critici dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015: v., ad esempio, GIUBBONI S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., p. 16.

<sup>1084</sup> ALESSANDRI A., *Le incerte novità del falso in bilancio*, cit., p. 32.

Si è, dunque, altresì rilevato che se l'obiettivo perseguito dal legislatore nel momento in cui ha inteso qualificare il «fatto contestato» come «materiale» era quello di tenere fuori dal giudizio la valutazione (e tutto ciò che a essa si richiama in termini di discrezionalità) e di circoscriverlo all'alternativa secca – come detto – tra essere/non essere (sulla scia di un ulteriore strisciante contenimento del sindacato di merito, ieri – ex art. 30, co. 1, l. n. 183/2010 – precluso sul fronte oggettivo delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, e oggi limitato, appunto, anche sul diverso piano del controllo di proporzionalità tra fatto materiale contestato e sanzione applicata), ebbene si tratta di obiettivo forse difficilmente raggiungibile per la sola via dell'aggettivazione del «fatto contestato» in termini di “materialità”, quanto meno nella misura in cui si ritenga che parte delle riflessioni sviluppate in sede penale siano utilmente impiegate anche sul fronte disciplinare.

Perciò nelle pagine precedenti si è osservato che l'espunzione della valutazione di proporzionalità dal vaglio giudiziale non può essere frutto di una ontologica incompatibilità tra la stessa e l'oggetto del giudizio (il «fatto contestato» in quanto definito «materiale»), bensì deriva da un ben precisa scelta di politica legislativa, sorta come reazione a talvolta evidenti e innegabili eccessi giurisprudenziali<sup>1085</sup> (nonché alla «tendenza ad attrarre nell'orbita della reintegrazione tutti i giudizi fondati sul principio di proporzionalità ex art. 2106 c.c.»<sup>1086</sup>), mirante probabilmente a evitare che il giudice debba applicare la reintegra qualora ravvisi un errore del datore di lavoro nella valutazione della proporzionalità tra mancanza e sanzione estintiva, e implicante, di fatto, una parziale privatizzazione del giudizio di meritevolezza/censurabilità dell'inadempimento ai fini della configurazione della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo: il che – detto in altri termini – significa che se il «fatto materiale contestato» dal datore di lavoro risulterà sussistente (essendo stato l'inadempimento ritenuto dallo stesso datore di lavoro ostativo alla prosecuzione del rapporto o di grado notevole, secondo una valutazione che non può che estendersi anche all'alternativa fra antigirudicità e irrilevanza disciplinare della condotta<sup>1087</sup>), questo convincimento, maturato nel foro interno (e, perciò, frutto di quella che abbiamo chiamato “privatizzazione” del giudizio), “farà stato” ai fini dell'indagine circa la sussistenza/insussistenza del fatto medesimo, nel senso che il fatto dovrà essere sempre considerato sussistente, sebbene in sede giudiziale emerga (non l'insussistenza del fatto nella sua “materialità”, ché in tal caso opererebbe ovviamente il comma 2 dell'art. 3 –, ma) una sproporzione tra la contestazione e il licenziamento, in quanto tale *deficit* di proporzionalità non potrà mai capovolgere il giudizio formulato dal datore di lavoro (convertendo la sussistenza in insussistenza) e potrà essere censurato solo applicando una sanzione diversa dalla reintegrazione. In questo modo, peraltro, è evidente che il giudice formulerà comunque un giudizio sulla proporzione/sproporzione della sanzione irrogata (che – a ben vedere – non potrà non presupporre a monte, questa volta nel foro interno del giudicante, un giudizio sulla inadeguatezza del fatto, accertato come sussistente, a non consentire nemmeno provvisoriamente la prosecuzione del rapporto o ad assurgere a notevole inadempimento degli obblighi contrattuali), ma non potrà desumere da quel giudizio alcuna conseguenza demolitoria della scelta espulsiva adottata dal datore di lavoro<sup>1088</sup>, in ideale continuità – come detto – con quanto già previsto dall'art. 8, l. n. 604/1966.

<sup>1085</sup> Conf. FIORILLO L., *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, cit., p. 126.

<sup>1086</sup> In questi termini, a proposito dell'art. 18, DEL PUNTA R., *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, cit., p. 44.

<sup>1087</sup> Per usare le parole di DEL PUNTA R., *op. ult. cit.*, p. 38.

<sup>1088</sup> MARAZZA M., *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, cit., p. 326.

Questa ci pare la differenza cruciale, e più significativa, tra la disciplina di cui all'art. 18, co. 4, St. lav. e quella di cui all'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015: una differenza, però, che nasce non dalla qualificazione del «fatto contestato» come «materiale», ma dal precetto che impone al giudice di astenersi dal giudizio di proporzionalità in sede di valutazione circa la sussistenza/insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo di licenziamento.

Perciò, per questo motivo in precedenza ci siamo chiesti se si possa proprio liquidare in poche battute l'idea che questo particolare meccanismo sanzionatorio del licenziamento ingiustificato abbia lasciato inalterati i concetti di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo, e ciò, più che nella loro definizione astratta, nella loro applicazione concreta.

A giustificazione del titolo del presente paragrafo è, però, opportuno svolgere alcune ulteriori considerazioni in ordine all'ampiezza del vaglio giudiziale, che anche nel contesto dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 deve comunque estendersi alla verifica della sussistenza/insussistenza del «fatto materiale contestato».

Il punto cruciale, perché suscettibile di disarticolare, quasi vanificandola, l'abbastanza scoperta *intentio legis*, risiede in ciò: se l'elemento soggettivo rientri (e, in caso affermativo, in quale misura) nella valutazione del giudice avente a oggetto un «fatto» definito, appunto, «materiale» e, dunque, in apparenza limitato ai soli profili oggettivi (come più volte ricordato in precedenza, condotta - evento - nesso di causalità)<sup>1089</sup>.

Pur nella consapevolezza dei rischi insiti in ogni operazione di ibridazione e contaminazione, riteniamo che, ancora una volta, stimolanti spunti interpretativi possano provenire, per l'analogia *ratio* "punitiva" che (pur con i naturali distinguo del caso) ispira norme penali e norme disciplinari, dalla lettura che del concetto di «fatto» viene data nell'interpretazione degli artt. 25, co. 2, Cost., nonché 1 e 2 c.p.: orbene, in questi casi è indubbio che il «fatto» (si noti: privo di aggettivi) sia nozione che include, oltre agli elementi oggettivi, anche quelli soggettivi, che non solo sono determinanti per valutare il disvalore di un comportamento, ma rappresentano altresì inderogabili criteri di imputazione della condotta al suo autore<sup>1090</sup>.

<sup>1089</sup> Tranciente, in senso negativo, PISANI C., *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, cit., p. 101. Sul punto v. anche BIASI M., *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema "a tutele crescenti"?*, in ZILIO GRANDI G. e BIASI M. (a cura di), cit., p. 165 ss., non ostile alle tesi che continuano «a riferirsi a quel fatto imputabile, volontario e disciplinarmente rilevante, ovvero a quel "fatto-inadempimento" ("non assolutamente irrilevante")».

<sup>1090</sup> Ricaviamo lo spunto da GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, parte I, *La fattispecie oggettiva*, Torino, 2000, p. 42: v. anche p. 45 (nella nozione di fatto di cui all'art. 1 viene compreso «anche l'elemento soggettivo») e p. 46 (in relazione agli artt. 47, co. 1, e 59, ult. co., c.p., «sono elementi del fatto quelli che, previsti come elementi che debbono essere positivamente realizzati, costituiscono oggetto di volontà e rappresentazione da parte del soggetto agente»). Sebbene ritenga che non deve «trarre in inganno l'adozione di una terminologia solo all'apparenza più vicina al diritto penale che al diritto (privato) del lavoro», singolarmente consonante con questa prospettazione è la posizione (mutuata dalla concezione tripartita del reato) di MAZZOTTA O., *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 105, secondo cui «si può anche dire che il fatto evocato dall'art. 18 include al suo interno anche la componente soggettiva e, insieme, il dato dell'antigiuridicità» (in termini pressoché analoghi MAZZOTTA O., *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro - dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, cit., p. 248, ove l'Autore afferma che la legge allude «alla esistenza di un inadempimento del lavoratore ed alla sua imputabilità al medesimo», nel contesto, peraltro, di una ingiustificata contrapposizione tra la verifica dell'«esistenza di un fatto nella sua materialità» e l'indagine sulla «verificazione concreta» di «una condotta», contrapposizione che non ha ragion d'essere perché anche nella terminologia classica del diritto penale la condotta è uno degli elementi della triade di cui si compone il fatto) e di DEL PUNTA R., *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, cit., p. 37.

D'altra parte, non sarà superfluo rammentare che nello stesso diritto penale il concetto di «fatto», inizialmente coincidente con il complesso degli elementi oggettivi che individuano e caratterizzano ogni singolo reato come specifica forma di offesa a uno o più beni giuridici (e che, come tali, si distinguono da quelli che connotano l'elemento soggettivo), si è evoluto: tant'è che da una concezione naturalistico-materialistica del reato, propria della dogmatica ottocentesca di derivazione germanica, in virtù degli sviluppi della teoria finalistica, si è passati alla valorizzazione degli aspetti psicologici dei fatti umani e alla conseguente inclusione delle componenti soggettive, al punto che il dolo è stato fatto rientrare a pieno titolo nella categoria del fatto tipico<sup>1091</sup>.

Se questa sponda “analogica” ha un qualche fondamento, ci si deve allora chiedere conclusivamente se, e in che termini, l'aggiunta dell'aggettivo «materiale» al sintagma «fatto contestato» rilevi in sede di valutazione dell'elemento soggettivo e, in caso affermativo, se il *deficit* di tale elemento sia irrilevante oppure implichi un giudizio di insussistenza del «fatto contestato», nonostante, appunto, la sua qualificazione come «materiale».

In proposito, evitando di indugiare troppo sulla varietà delle soluzioni, merita evidenziare che chi si è posto il problema senza rimanere troppo impigliato nel rigido schematismo “fatto materiale” - “fatto giuridico” (problema, peraltro, assai spesso citato tratteggiatamente, e senza adeguato approfondimento della reale portata dei concetti) ha offerto risposte assai diversificate<sup>1092</sup>.

Tra i critici dell'aggettivazione operata nel 2015 (che leggono la “materialità” del fatto come indice della volontà di estromettere l'elemento soggettivo dal giudizio, da recuperare per altra via, e, in particolare, attraverso la valorizzazione del riferimento alla “contestazione”) vi è, in primo luogo, la posizione di chi, accentuando, appunto, l'elemento della “contestazione”, amplia la nozione di «fatto materiale contestato» sino a includervi, senza troppi dilemmi, l'elemento soggettivo (e, in particolare, il profilo della colpevolezza evocativa dell'inadempimento): in questo modo quell'elemento torna protagonista della valutazione giudiziale (ai fini del giudizio sulla sussistenza/insussistenza del fatto) perché, sebbene espulso a causa del riferimento alla “materialità” del fatto, viene pressoché contestualmente recuperato grazie al richiamo alla “contestazione”<sup>1093</sup>. Questo orientamento, però, presuppone una lettura del termine «contestato» siccome inteso a esprimere la volontà datoriale di addebitare al lavoratore un fatto-inadempimento, la cui indagine necessariamente richiede lo scrutinio della imputabilità e dell'elemento psicologico-soggettivo<sup>1094</sup>; ma non tiene conto della possibilità alternativa di intendere quel termine, più

<sup>1091</sup> Ricaviamo questi spunti da LEINER G., *La struttura oggettiva della fattispecie (“Fatto”, “fatto tipico” e “fattispecie”)*, in *Trattato di diritto penale* diretto da CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Parte generale*, vol. II, *Il reato*, Torino, 2013, pp. 9-11, che ricostruisce l'evoluzione del concetto di “fatto” partendo dalla tesi di Beling (*Tatbestand* come somma degli elementi descrittivi di una specifica fattispecie criminosa, che prescindono dal dolo e dalla colpa e che coincidono con gli elementi materiali del reato) e ricorda come da quella tesi derivasse la rigorosa esclusione dell'elemento soggettivo e di tutti gli elementi implicanti giudizi di valore sulla condotta criminosa.

<sup>1092</sup> Per un riepilogo delle varie tesi v. CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 1083 ss.

<sup>1093</sup> V., ad esempio, SCARPELLI F., *Un primo commento alla nuova disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato: cambia profondamente il quadro delle tutele*, in *Wikilabour - Newsletter* n. 4 del 23 febbraio 2015, p. 7, secondo cui «il riferimento al fatto “contestato” impedisce di limitare la verifica di sussistenza alla “materia” intesa in senso fisico (e ovviamente della sua riferibilità al lavoratore), almeno tutte le volte in cui la contestazione inglobi un elemento di carattere soggettivo».

<sup>1094</sup> PERULLI A., *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, cit., p. 34. V. anche SANTORO-PASSARELLI G., *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 233, nonché l'ampia rassegna bibliografica di SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, cit., p. 371, nota 103.

modestamente, come semplice strumento per «delimitare il perimetro dell'indagine sulla materialità dell'azione/omissione, che deve essere svolta in relazione a quanto specificato nella lettera di comunicazione dell'addebito e non ad elementi ad essa estranei»<sup>1095</sup>.

Altra risposta dei critici dell'aggiunta dell'aggettivo «materiale» è quella di chi ha evocato il vizio di costituzionalità dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 per violazione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.: è, questa, una risposta (tra le più complete e avvolgenti, oltre che) sicuramente estremizzante, alla quale si può riconoscere nettezza di contorni e pure un certo grado di persuasività, in relazione ai termini di comparazione utilizzati e al percorso argomentativo attraverso il quale è stata raggiunta (l'inesistenza di differenze, tali da giustificare una diversità di trattamento, «tra un comportamento di rilievo disciplinare ma non commesso dal lavoratore e quello che, pur attuato dal dipendente, è del tutto estraneo a qualsiasi profilo, seppur minimo, di inosservanza degli obblighi contrattuali o di lesione del vincolo fiduciario»)<sup>1096</sup>, a condizione, però, che venga depurata da certe forzature esemplificative che risultano più di danno che di supporto.

In una posizione intermedia si colloca, poi, chi attribuisce all'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 «l'effetto di limitare la rilevanza del profilo soggettivo alla coscienza e consapevolezza della condotta in sé e per sé, e non anche della condotta come illecita» («essendo la colpevolezza, e poi il grado di essa, [...] oggetto di un accertamento e di una valutazione che non [...] poss[on]o riguardare ancora il fatto materiale, se non a prezzo di una evidente forzatura»): dunque, la novità produrrebbe l'effetto di espungere dal concetto di «fatto materiale contestato» non tutto, ma solo una parte dell'elemento soggettivo<sup>1097</sup>. Così argomentando, però, non è detto che si possa effettivamente parlare di inserzione di una sia pur limitata porzione dell'elemento soggettivo all'interno del giudizio sulla sussistenza o no del «fatto materiale» perché se «alla coscienza e consapevolezza della condotta in sé e per sé» (quasi una sorta di scolastica *aseitas*) equivale l'imputabilità della stessa, potrebbe obiettarsi che l'imputabilità è cosa diversa dal dolo e dalla colpa<sup>1098</sup>, che di quell'elemento costituiscono i connotati tipici. E ciò a tacere della circostanza che, già ragionando intorno al 4° comma del novellato art. 18 (dunque, ancor prima del d.lgs. n. 23/2015), altra dottrina riteneva che l'indagine sul «fatto» (privo di aggettivi), da un lato, non dovesse coinvolgere i profili dell'antigiuridicità e della colpevolezza dell'agente<sup>1099</sup>, e, dall'altro lato, contenesse un giudizio non valutativo, ma di mera sussistenza/insussistenza, non implicante alcuna valutazione in

<sup>1095</sup> SPEZIALE V., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, cit., p. 124, che ipotizza «delicati problemi interpretativi e di coerenza con la Costituzione». Ancor più radicale è il sospetto di incostituzionalità, sempre per violazione dell'art. 3 Cost., evocato da GIUBBONI S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., p. 16 ss., il quale afferma (a p. 16) la manifesta irrazionalità *ex se* della previsione normativa che preclude al giudice «qualsivoglia valutazione sulla "sproporzione" della sanzione estintiva del rapporto», ritenendo che l'espreso divieto del controllo di proporzionalità si ponga in insanabile contraddizione con i principi costituzionali. Per un riepilogo dei rilievi critici v. anche FEDELE I., *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 203 ss.

<sup>1096</sup> SPEZIALE V., *op. ult. cit.*, pp. 124-125.

<sup>1097</sup> Così CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 1090, che individua questa come l'unica «possibilità di allocare anche una parte soltanto dell'elemento soggettivo – e già è molto, in una formula normativa dove si parla di "fatto materiale" –, nonché p. 967.

<sup>1098</sup> È questa, ad esempio, la considerazione che, *a contrariis*, fa SPEZIALE V., *op. ult. cit.*, p. 123, rilevando che la non imputabilità è «elemento diverso dall'assenza di dolo o colpa»: l'assunto, del resto, è dato per scontato nel diritto penale, ove non si dubita che dolo e colpa possano esistere anche nei confronti di persone non imputabili. Nel senso della insussistenza del fatto materiale esistente, ma derivante da comportamento non imputabile o dovuto a causa di forza maggiore v. MARAZZA M., *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, cit., pp. 324-325.

<sup>1099</sup> È la tesi di TREMOLADA M., *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav.*, cit., p. 54. In proposito v. anche VALLEBONA A., *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, in LUIO F.P., TISCINI R., VALLEBONA A. (a cura di), *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013, p. 16.

ordine alla gravità del fatto medesimo<sup>1100</sup>: proposte interpretative, queste, che, se recuperate oggi, sterilizzerebbero il senso dell'aggiunta dell'aggettivo «materiale» o, quanto meno, obbligherebbero a percorrere altri sentieri per giustificare la differenza tra il semplice «fatto» di cui alla norma statutaria e il «fatto materiale» di cui all'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015.

Su sponda del tutto opposta, invece, si colloca chi ritiene che l'aggettivazione del «fatto» come «materiale» esprima «l'intenzione di chiarire l'irrelevanza di ogni elemento volto a qualificare o colorire la vicenda storica, assunta nella sua materialità», nel senso che «la ricognizione della sussistenza del fatto, per poter presentare un'autonomia concettuale, deve essere avulsa dai fattori di "corredo" ambientale e prescindere da ogni valutazione di gravità e proporzionalità»: e ciò per differenziare detta indagine da quella sulla giustificazione causale del licenziamento<sup>1101</sup>.

E, infine, non manca nemmeno chi, dopo aver offerto una sorta di interpretazione "autentica" delle decisioni emesse dalla Cassazione in merito al novellato art. 18 (ric conducendo nel concetto di «insussistenza del fatto contestato» non solo le ipotesi in cui il fatto non si è verificato nella sua materialità, ma anche la mancanza di illiceità della condotta, la non imputabilità dell'inadempimento, l'assenza di coscienza e volontà dell'azione, purché non addebitabile al lavoratore, lo stato di necessità, il caso fortuito, la forza maggiore, l'esercizio del diritto, l'assenza dell'elemento intenzionale), ritiene che, in fondo, nulla sia cambiato dopo il d.lgs. n. 23/2015, non potendosi valorizzare «oltre misura il tenore letterale della locuzione "fatto materiale", per escludere l'applicazione della tutela reintegratoria in tutte le ipotesi in cui la condotta sia stata realizzata nella realtà fenomenica»<sup>1102</sup>.

Questo, in sintesi, sul fronte dottrinale<sup>1103</sup>.

Sul versante giurisprudenziale<sup>1104</sup>, invece, bisognerà attendere le prime decisioni maturate sotto il vigore del d.lgs. n. 23/2015<sup>1105</sup>. Se, però, si presta attenzione al modo in cui la giurisprudenza di legittimità ha iniziato a muoversi dinanzi al novellato art. 18, emerge netta la sensazione che la sponda offerta dall'orientamento sviluppatosi in tema di falso valutativo potrebbe rappresentare

<sup>1100</sup> Questa è la posizione di VALLEBONA A., *La riforma del lavoro 2012*, Torino, p. 57.

<sup>1101</sup> DE LUCA TAMAJO R., *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, cit., pp. 278-279, il quale ritiene che, comunque, il fatto debba essere assistito da un pur minimo profilo di volontarietà, colpevolezza e rilievo disciplinare.

<sup>1102</sup> V. DI PAOLANTONIO A., *L'(in)sussistenza del fatto nel licenziamento*, cit., p. 82 ss., la quale ritiene che, pur in presenza di un fatto materialmente accaduto, la reintegra non possa essere esclusa nei casi di addebitabilità ad altri della condotta, incoscienza (difetto di coscienza e volontà), coartazione assoluta, completa irrilevanza del fatto sotto il profilo disciplinare (pp. 84-85), cosicché risulta sfumata «l'effettiva portata innovativa del riferimento al fatto materiale».

<sup>1103</sup> Secondo DEL PUNTA R., *I dolori del giovane 18: note sul licenziamento disciplinare*, cit., p. 2, «il riferimento al fatto "materiale" non [ha] una vera capacità di tenuta neppure là dove tale espressione è stata effettivamente impiegata da un legislatore influenzato dal dibattito sviluppatosi dopo la riforma del 2012, cioè nell'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015».

<sup>1104</sup> Peraltro le prime decisioni di merito sono già abbastanza significative dell'atteggiamento "impermeabile" della giurisprudenza: v., ad esempio, App. L'Aquila 14 dicembre 2017 (citata da FALASCA G. e FARGNOLI D., *Tutele crescenti tre anni dopo, un primo bilancio applicativo*, in *Guida Lav.*, n. 23 del 23 marzo 2018, p. 4), secondo cui l'insussistenza del fatto materiale contestato «deve essere intesa non solo nel senso di non esistenza del comportamento contestato, nella sua materialità, ma anche in quello di irrilevanza disciplinare dello stesso, sotto il profilo giuridico».

<sup>1105</sup> Secondo CARUSO B., *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 265/2015*, p. 18, «nulla impedisce che il fatto contestato nella elaborazione dei giudici [...] possa attestarsi su una via di mezzo tra fatto giuridico, attrattivo dei pregressi schemi di controllo giudiziale, e (mero) fatto materiale».

ben più che un *divertissement* accademico, e condurre così a cristallizzare lo *status quo*<sup>1106</sup>, con buona pace degli intendimenti del legislatore del *Jobs Act*: e dunque, per intendersi (e nonostante gli sforzi del legislatore del 2015), l'intervento ortopedico attuato mediante l'aggiunta dell'aggettivo «materiale» potrebbe non essere sufficiente, specie a fronte di decisioni (riferite a vicende in cui si discuteva dell'applicazione del novellato art. 18, ma pubblicate dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, e, dunque, a normativa attuativa del *Jobs Act* già nota) in cui la Suprema Corte ha affermato che «ogniquale volta 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»<sup>1107</sup>.

Certo è pur vero che non mancano decisioni che fanno rientrare la non proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato e accertato nel comma 4 dell'art. 18 quando questa risulti dalle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili, che stabiliscano una sanzione conservativa, «diversamente verificandosi "le altre ipotesi" di non ricorrenza del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa per le quali l'art. 18, comma 5, prevede la tutela indennitaria cd. "forte"»<sup>1108</sup>, e hanno ritenuto che, quanto alla tutela applicabile, verrebbe così ribadita l'espunzione del criterio di proporzionalità dall'area della insussistenza del fatto (cosicché quel criterio sarebbe riservato all'apprezzamento della contrattazione collettiva)<sup>1109</sup>: e ciò ancor più, e a maggior ragione, dovrebbe valere nel momento in cui, da un lato, il ruolo attribuito dal comma 4 dell'art. 18 alle tipizzazioni delle condotte e delle sanzioni contenute nei contratti collettivi e nei codici disciplinari scompare nel d.lgs. n. 23/2015, e, dall'altro lato, si afferma espressamente l'accantonamento della valutazione di proporzionalità.

Purtuttavia si deve, comunque, tener conto che il principio di proporzionalità è un principio di carattere generale che risponde a esigenze di civiltà giuridica<sup>1110</sup>, e che, in sede giurisprudenziale, estromesso dalla porta dei controlli sulla «insussistenza del fatto», è già stato fatto «rientrare dalla finestra del controllo sull'inidoneità della contestazione»<sup>1111</sup>.

<sup>1106</sup> Scettica, invece, BALLESTRERO M.V., *A proposito di rimedi: l'improbabile resurrezione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir.*, 2017, pp. 513-514, data la rarità dei casi di licenziamenti disciplinari «in cui il fatto materiale contestato è insussistente, malgrado gli sforzi della giurisprudenza per allargare una porta che il legislatore ha voluto fosse molto stretta».

<sup>1107</sup> Cass. 13 ottobre 2015, n. 20545 (in *Dir. relaz. ind.*, 2015, p. 1128, con nota di PELUSI L.M., *L'irrilevanza giuridica del fatto contestato equivale alla sua insussistenza materiale: un monito per il legislatore del Jobs Act?*, il quale a p. 1135 parla di «interpretazione sistematica, ai limiti della *interpretatio contra legem*, [...] necessaria per porre la nuova disposizione al riparo dal rischio di illegittimità costituzionale cui essa andrebbe incontro se ci si attenesse allo stretto dato letterale»); e si noti, tra l'altro, che, assai significativamente, il virgolettato riportato è contenuto non nella motivazione della suddetta sentenza, ma in quella di Cass. 25 maggio 2017, n. 13178 (che a Cass. n. 20545/2015 rinvia, elaborandone una sorta di massima).

<sup>1108</sup> Cass. 31 maggio 2017, n. 13799: «la minore o maggiore gravità (o lievità) del fatto contestato e ritenuto sussistente, implicando un giudizio di proporzionalità, non consente l'applicazione della tutela cd. reale».

<sup>1109</sup> In questi termini v. Cass. 25 maggio 2017, n. 13178, ripresa da Cass. 5 dicembre 2017, n. 29062.

<sup>1110</sup> PERSIANI M., *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo: limiti al potere del datore di lavoro e articolazione delle tutele*, cit., p. 23.

<sup>1111</sup> NOGLER L., *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, cit., p. 524.