

Cass. 16 maggio 2016 n. 10019 – Pres. Nobile – Est. Spena – P.M. Giacalone – O.V. (Avv.ti Carinci F., Inaudi, Corona) v. Coop. Adriatica s.c.a.r.l. (Avv.ti Venturoli, Borghesi)

Art. 18, l. 300/1970, come modificato dalla l. 92/2012 – Valutazione della sussistenza del fatto contestato – Fatto verificatosi nella sua materialità – Rilievo disciplinare – Imputabilità – Necessità.

Art. 18, l. 300/1970, come modificato dalla l. 92/2012 – Difetto di porporzionalità – Tutela meramente indennitaria.

L'ipotesi normativa della “insussistenza del fatto contestato” comprende non soltanto i casi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia rilievo disciplinare o quanto al profilo oggettivo ovvero quanto al profilo, soggettivo, della imputabilità della condotta al dipendente.

Diversamente, il difetto di proporzionalità rientra tra le “altre ipotesi” di insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo per le quali l'art. 18, l. 300/1970 prevede, al comma 5, la sola tutela indennitaria.

Cass. 20 settembre 2016 n. 18418 – Pres. Bronzini – Est. Balestrieri – P.M. Celentano – Elmas s.r.l (Avv.ti Amorese, Corvino, Belelli) v. Z.M. (Avv.ti Nappi, Arena)

Art. 18, l. 300/1970 come modificato dalla l. 92/2012 – Valutazione della sussistenza del fatto contestato – Antigiuridicità del fatto contestato – Necessità.

Art. 18, l. 300/1970, come modificato dalla l. 92/2012 – Difetto di porporzionalità – Tutela meramente indennitaria.

Esula dal campo del giudizio di proporzionalità, per essere attratto in quello della valutazione della sussistenza/insussistenza del fatto, la questione dell'antigiuridicità del fatto contestato, non potendo ammettersi che venga assoggettato alla sola tutela indennitaria un licenziamento basato su fatti (pur sussistenti, ma) di rilievo disciplinare sostanzialmente inapprezzabile.

★ ★ ★

Alessandro Di Casola

Il mosaico del “fatto” tra imputabilità e antigiuridicità

Sommario: 1. Attualità e rinvigorita problematicità della questione. 2. Antefatto: Cass. n. 23669/2014 e n. 20540/2015. 3. Insussistenza del fatto e “limiti” dell'imputabilità. 4. L'alternativa (secca) tra liceità ed illiceità. 5. Cenni al procedimento logico-giuridico che deve informare la valutazione giudiziale.

1. Attualità e rinvigorita problematicità della questione

A distanza di cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 92/2012 (meglio nota come legge Fornero) – indiscutibile rivoluzione copernicana in materia di sanzioni per il licenziamento illegittimo nelle imprese cui è applicabile l'art. 18, l. 300/1970 – non si può dire ancora sopito il dibattito intorno al significato della locuzione “insussistenza del fatto contestato” utilizzata dal 4° co. del novellato art. 18. Circostanza non di poco conto, se si considera che, proprio dall'interpretazione di questa locuzione, discende – in massima parte¹ – l'applicazione dell'innovativo schema di tutele differenziate che caratterizza la nota riforma del 2012². Insomma, tanto più ampia è

¹ Fatta eccezione cioè per la sola ipotesi della riconducibilità dello stesso “fatto” alle “condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili” (art. 18, co. 4, l. 300/1970).

² E cioè: reintegrazione “debole”, ovvero assistita da un'“indennità risarcitoria” limitata sia nel minimo sia nel massimo, indipendentemente dal tempo trascorso tra il licenziamento e la reintegrazione (comma 4), oppure sanzione meramente indennitaria, anch'essa costretta nell'ambito di *range* predefiniti e modulati in base alla “gravità” del vizio che affligge il licenziamento (commi 5 e 6).

l’accezione di “fatto contestato” che si accoglie, tanto minore sarà l’operatività della tutela meramente indennitaria prevista al comma 5 della disposizione (residuale, perché legata alle “altre ipotesi” in cui il giudice accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa); fino al punto in cui quest’ultima finirebbe addirittura per annullarsi in presenza di un’interpretazione del “fatto contestato” pienamente coincidente con la norma elastica (ad es., “notevole inadempimento degli obblighi contrattuali” ex art. 3, l. 604/66)³ o con le specificazioni che di tali clausole fanno le previsioni contrattual-collettive.

Inoltre, la questione diviene ancor più centrale, e per altri versi allarmante, quando si voglia valutare la configurabilità di sensibili – e ingiustificabili⁴ – differenze di trattamento tra lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015, in considerazione della (parzialmente) diversa locuzione utilizzata dall’art. 3, comma 2, del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23⁵: norma di cui è da

³ Si esprime in questo senso, tra i primi commentatori della riforma, facendo leva sull’interpretazione della parola “fatto” da svolgersi in base a quanto stabilito dall’art. 12 delle preleggi, ZOPPOLI L., *Flex/insecurity*, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 135 ss.; della medesima opinione, tra gli altri, sulla scorta di Trib. Bologna 15 ottobre 2012, 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 imposti dal sistema*, in RIDL, 2012, II, p. 1052 ss.; recentemente, GALARDI, *La Cassazione e l’art. 18 Stat. Lav.: dal fatto materiale al fatto disciplinarmente rilevante*, in Nuova Giur. Civ., 2016, p. 390 ss.

⁴ Tra le tante voci critiche sulle differenze di trattamento in base alla data di assunzione, v. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie nel regime sanzionatorio dei licenziamenti: il c.d. contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona, IT, 2015, 256.

⁵ Che consente la reintegrazione, assistita da un risarcimento ancor più “debole” di quello ex art. 18, comma 4, l. 300/1970, “esclusivamente (...) 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”. Sul d.lgs. n. 23/15, con spunti di confronto con la l. 92/12, ex multis, v. AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in RIDL, 2015, I, p. 327 ss.; CESTER, *I licenziamenti fra passato e futuro*, in ADL, 2016, p. 1099 ss.; MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in ADL, 2015, p. 310 ss.; NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23/2015*, in ADL, 2015, p. 507 ss.; ORTIS, *Il fatto e la sua qualificazione: dalla querelle della riforma Fornero ai nodi irrisolti del Jobs Act*, in RIDL, 2016, I, p. 145 ss.; PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in RIDL, 2015, I, p. 413 ss.; PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in ADL, 2015, p. 26 ss.; PISANI, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in ADL, 2015, p. 97 ss.; SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in RIDL, 2016, I, p. 111 ss.; TULLINI, *Il contrappunto delle riforme nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in ADL, 2015, p. 789 ss.; VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare*

escludere una valenza interpretativa autentica dell'art. 18, l. 300/70 (come novellato dalla l. 92/2012). In estrema sintesi, almeno fermandosi al dato letterale, le due norme sembrano contenere un'accezione di "fatto" disomogenea, così facendo discendere la tutela reintegratoria – quantomeno in astratto, nei rispettivi regimi – da presupposti differenti.

Pur trattandosi di temi estremamente interessanti, si chiarisce sin d'ora che nel presente contributo ci si occupa solo dell'interpretazione della nozione di "fatto contestato" ex l. 92/2012, a cui si riferiscono altresì le due sentenze annotate (Cass. 16 maggio 2016, n. 10019 e Cass. 20 settembre 2016, n. 18418). Pertanto, eventuali riflessioni ulteriori, sia di carattere più generale sulla riforma del 2012 e sulla sua compatibilità col sistema lavoristico (ancor più alla luce dell'interpretazione di seguito proposta), sia sui rapporti tra l. Fornero e *Jobs Act*, sono rinviate a successive occasioni.

2. Antefatto: Cass. n. 23669/2014 e n. 20540/2015

Non potendo qui soffermarsi sul nutrito dibattito dottrinale, accesi sin dai lavori preparatori della l. 92/12, sul significato del termine "fatto" e, segnatamente, sulla sua accezione in senso "materiale" ovvero "giuridico"⁶, va rilevato che la Cassazione ha posto il primo tassello del mosaico con la pronuncia n. 23669 del 6 novembre 2014⁷. In tale sede, a parere di chi scrive, la Corte – lungi dal prendere una posizione netta all'interno dell'analitico dibattito su cosa debba intendersi per "fatto materiale" o "giuridico" – ha

nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e (non poche) ombre, in *ADL*, 2015, p. 353 ss.; VILLA, "Sussistenza" e "insussistenza" del fatto nel licenziamento disciplinare, in *RIDL*, 2015, I, p. 661 ss.

⁶ La produzione dottrinarina in materia è sterminata e per lo più nota, o, comunque, di agevolissima reperibilità, considerato che si tratta di una riforma non dell'ultima ora. Di conseguenza, per ragioni "logistiche", in questa sede sono state omesse le citazioni su temi generali, limitando le stesse, pur senza pretesa di completezza per i motivi appena enunciati, ad aspetti specifici della disciplina.

⁷ In *RIDL*, 2015, II, p. 25 ss. con note di DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, p. 32 ss. e di MARTELLONI, *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e Jobs Act*, p. 39 ss., nonché in *DRI*, 2015, p. 229 ss. con nota di FERRANTE, *La Cassazione si pronuncia per la prima volta sull'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori riformato: trovato il bandolo della matassa?*, e in *GI*, 2014, con nota di FIORILLO, *Licenziamento disciplinare e tutela reale: la rilevanza del "fatto materiale"*. Trae spunto da tale pronuncia per una riflessione di ampio respiro sul tema, ABIGNENTE, *La valutazione giudiziale del fatto nel licenziamento rivisitato: profili di argomentazione giuridica*, in questa rivista, 2016, p. 13 ss.

inteso affermare il “primordiale” principio della scissione tra la sussistenza del fatto contestato (nel senso di “esistenza” dello stesso) e la valutazione della proporzionalità tra quest’ultimo e la sanzione espulsiva. Non v’è dubbio che i giudici di legittimità, facendo tale operazione, si siano discostati dall’opzione interpretativa più forte, che, in base all’art. 12 delle preleggi, interpretava la nozione di fatto alla luce de “l’istituto giuridico a cui si riferisce”⁸, ma è altresì vero che la Corte si è fermata alla distinzione tra sussistenza e valutazione della proporzionalità, senza in alcun modo prendere posizione circa le caratteristiche che il fatto deve avere per essere considerato sussistente o insussistente. In altre parole, la circostanza che i giudici, nell’illustrare la predetta dicotomia, abbiano parlato di “fatto materiale”, in contrapposizione alla “sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo”⁹, non vuole certo significare che gli stessi abbiano inteso propendere per un’accezione di “fatto contestato” come “fatto materiale puro”, scevro, cioè, da qualsiasi altra valutazione di contesto, oggettivo o soggettivo che sia.

Ulteriore tassello di tale ragionamento – oltre che indiretta conferma della tesi appena sostenuta – viene dal tenore della sentenza n. 20540 del 13 ottobre 2015¹⁰, presupposto di entrambe le sentenze annotate, con cui la Corte apre alla “illiceità” del fatto contestato, quale requisito fondamentale ai fini della sussistenza dello stesso¹¹. In base all’interpretazione seguita da

⁸ ZOPPOLI L., *op. cit.*

⁹ Aggiungendo poi, nel prosieguo, che “la reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell’accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo all’individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato”, Cass. 23669/14.

¹⁰ In *RIDL*, 2016, II, p. 102 ss., con nota di MAZZOTTA, *Fatti e misfatti nell’interpretazione dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, nonché in *DRI*, 2015, p. 1128 ss., con nota di PELUSI, *L’irrelevanza giuridica del fatto contestato equivale alla sua insussistenza materiale: un monito per il legislatore del Jobs Act?*, e in *ADL*, 2016, con nota di DE MICHEL, *Licenziamento disciplinare e insussistenza del fatto nella giurisprudenza di legittimità*.

¹¹ Afferma Cass. 20540/15: “Quanto alla tutela reintegratoria, non è plausibile che il Legislatore, parlando di ‘insussistenza del fatto contestato’, abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione, restando estranea al caso presente la diversa questione della proporzione tra fatto sussistente e di illiceità modesta, rispetto alla sanzione espulsiva (Cass. 6 novembre 2014 n. 23669, che si riferisce ad un

questa pronuncia, il “fatto contestato”, per essere sussistente, non deve solo esistere nella realtà materiale (cfr. Cass. 23669/14, che non ha proceduto oltre nella definizione della fattispecie), ma deve altresì essere “illecito”, ovvero sia costituire un (seppur minimo) inadempimento contrattuale¹². Del tutto condivisibilmente, la sentenza si occupa del solo caso della “completa irrilevanza giuridica del fatto”, per affermarne l’insussistenza, lasciando da canto “la diversa questione della proporzione tra fatto sussistente e di illiceità modesta, rispetto alla sanzione espulsiva”, che, in base a quanto già sancito da Cass. 23669/2014, porta all’applicazione della sanzione meramente indennitaria prevista dal comma 5 dell’art. 18.

Unica eccezione a tale orientamento – sia detto per inciso – è costituita dalla sentenza n. 20545 del 13 ottobre 2015¹³, con cui la Corte, a parere di chi scrive, contraddice parzialmente quanto sin qui sostenuto e, in maniera non condivisibile, sovrappone la valutazione sulla sussistenza del fatto a quella dell’integrazione della causale del contratto collettivo richiamata nella lettera di licenziamento. E infatti afferma l’insussistenza del fatto contestato nell’ipotesi in cui la condotta, pur esistendo sul piano della realtà materiale ed essendo altresì illecita, non presenti tutti gli elementi richiesti dal contratto collettivo ai fini dell’irrogazione della sanzione espulsiva (nella specie, un “grave nocumento materiale e morale” per l’azienda)¹⁴.

caso di insussistenza materiale del fatto contestato). In altre parole la completa irrilevanza giuridica del fatto e equivale alla sua sussistenza materiale da perciò luogo all’integrazione ai sensi dell’art. 18, comma 4, cit.”.

¹² Per completezza, si segnala che, di recente, Cass. 31 gennaio 2017 n. 2513, in *DJ*, ha applicato la reintegrazione altresì con riferimento ad un licenziamento seguito a una contestazione disciplinare estremamente tardiva, equiparando tale ipotesi a quella dell’insussistenza del fatto contestato. La questione, al momento, è al vaglio del Primo Presidente della S.C., ai fini di un’eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, v. Cass. ord. 21 aprile 2017, n. 10159, in *DJ*.

¹³ Si badi che le due sentenze, pur avendo la stessa data di deposito delle motivazioni e il medesimo Relatore, si riferiscono a decisioni assunte dalla Corte in due udienze: la 20540/15 il 2.7.2015 e la 20545/15 il 9.7.15.

¹⁴ Afferma Cass. 20545/15 che “tale nocumento grave è parte integrante della fattispecie di illecito disciplinare in questione onde l’accertamento della sua mancanza determina quella insussistenza del fatto addebitato al lavoratore, prevista dall’art. 18 l. n. 300 del 1970, modif. dall’art. 1, comma 42, l. 28 giugno 2012 n. 92, quale elemento costitutivo del diritto al ripristino del rapporto di lavoro. Questo elemento deve infatti considerarsi esistente qualora la fattispecie di illecito configurato dalla legge o dal contratto sia realizzata soltanto in parte”; su tale pronuncia v. DI MARTINO, *Novità sul “fatto contestato” da parte della Cassazione*, in *LG*, 2016, p. 377 ss., nonché PELUSI, *op. cit.*

3. *Insussistenza del fatto e “limiti” dell'imputabilità*

Nel solco tracciato da Cass. 23669/2014 e da Cass. 20540/2015 si inseriscono le due sentenze qui annotate, ciascuna apponendo un tassello ulteriore al variegato mosaico del “fatto contestato”. Come si vedrà, il risultato è un quadro di certo più analitico del precedente, ma con diversi punti ancora dubbi.

In sostanza, se in base alle prime due pronunce potrebbe sostenersi, senza tema di smentita, che il “fatto contestato” deve essere materialmente accaduto e illecito da un punto di vista contrattuale – dunque, disciplinarmente rilevante –, Cass. 10019/2016 chiarisce che il rilievo disciplinare di una condotta può apprezzarsi sia in relazione al “profilo *oggettivo*”, sia in relazione al “profilo, *soggettivo*, della imputabilità della condotta al dipendente” (miei i corsivi). Entrambi i profili, precisa la Corte, rilevano in punto di sussistenza/insussistenza del fatto, di talché il difetto anche di uno solo comporta l'applicazione della sanzione reintegratoria di cui al 4° comma dell'art. 18 St.lav.¹⁵.

Venendo all'argomentazione offerta sul punto, i giudici spiegano, in primo luogo, che i requisiti della necessaria sussistenza del fatto e della sua illiceità sul piano disciplinare discendono dal tenore letterale della norma, che non a caso parla di “fatto contestato”, così legando “la materialità del fatto alla sua rilevanza disciplinare”. In secondo luogo, “sotto il profilo logico”, la sentenza afferma la “assoluta sovrapponibilità (...) dei casi di condotta materialmente inesistente a quelli di condotta che non costituisca inadempimento degli obblighi del lavoratore ovvero non sia imputabile al lavoratore stesso”.

Ora, se il necessario rilievo disciplinare del fatto contestato era stato già ampiamente accolto, sia in dottrina, sia in giurisprudenza, l'inedito di Cass. 10019/16 sta nell'aver introdotto, a livello nomofilattico, il discorso dell'imputabilità della condotta e di aver coniato l'equazione (per il regime “Fornero”) fatto non imputabile = fatto non sussistente.

Se sul piano “logico” – ma, prima ancora, dei principi generali dell'or-

¹⁵ Il passaggio della sentenza è il seguente: “la ipotesi normativa della insussistenza del fatto contestato comprende non soltanto i casi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia rilievo disciplinare o quanto al profilo oggettivo ovvero quanto al profilo, soggettivo, della imputabilità della condotta al dipendente”.

dinamento: in base ai quali non può esservi responsabilità per un qualcosa che non si è provveduto in alcun modo a generare, o che si era nell'impossibilità di evitare – la predetta equazione non stupisce affatto, è pur vero che, sul piano giuridico-fattuale, qualche precisazione si rende doverosa.

Si è già accennato che, più si amplia l'area del "fatto contestato", più si accresce quella della sanzione reintegratoria, accentuando così il rischio di procedere a operazioni ermeneutiche che si pongano in contrasto con la *ratio* della riforma del 2012: perché eccessivamente restrittive dell'ambito applicativo del co. 5 dell'art. 18 – norma "chiave" del sistema sanzionatorio articolato che caratterizza la l. 92/12 –, se non, addirittura, implicitamente abrogative dello stesso. E invero, su questo fronte, mentre le operazioni legate alla "realtà oggettiva" presentano meno difficoltà logico-sussuntive, il discorso si presenta inevitabilmente più scivoloso quando si tirano in ballo elementi di natura soggettiva.

A parere di chi scrive, il requisito dell'imputabilità del fatto contestato ai fini della sua sussistenza (e in aggiunta all'illiceità dello stesso) ha senz'altro ragion d'essere nell'ambito dell'operazione ermeneutica di cui sopra, a condizione però che ciò non si traduca in indebiti sconfinamenti in zone del tutto estranee all'ordinamento lavoristico o, comunque, al diritto civile. È infatti da ritenersi che l'imputabilità che il giudice deve ricercare ai fini della verifica della sussistenza/insussistenza del fatto contestato sia analoga a quella sottesa al concetto di inadempimento colpevole, che, in base all'art. 1218 c.c., comporta il diritto dell'altro contraente al risarcimento del danno.

In sostanza, proprio la modulazione delle sanzioni contro il licenziamento illegittimo, con conseguente sanzione meramente indennitaria in corrispondenza del difetto di proporzionalità, fa sì che ci si debba riferire, nella fase di individuazione della sussistenza del fatto contestato, non alle regole dettate per la risoluzione del contratto¹⁶, bensì a quelle che, in via generale, determinano le condizioni affinché un inadempimento¹⁷ possa assumere rilievo a fini contrattuali, onde generare responsabilità (e conse-

¹⁶ Che riguardano il "tipo" di inadempimento o di condotta suscettibili di giustificare il recesso (in via generale, art. 1455 c.c., ma v. anche, con riferimento specifico al licenziamento, art. 2119 c.c. e art. 3, l. 604/66).

¹⁷ A cui va equiparata, sotto questo profilo, l'ipotesi di condotta extra-lavorativa in grado di incidere sul vincolo fiduciario tra lavoratore e datore di lavoro, ai fini dell'integrazione della giusta causa di licenziamento; *ex plurimis*, di recente, Cass. 23 agosto 2016, n. 17260 e Cass. 9 marzo 2016, n. 4633, entrambe in *DJ*.

guente obbligo di risarcimento) nei confronti dell’altro contraente: appunto, l’art. 1218 c.c.

Alla luce di ciò, nonché del tenore di tale ultima norma, l’interprete dovrà attenersi ad un’interpretazione del requisito soggettivo di carattere “minimale”: che sia, cioè, in grado di ricollegare l’evento (*i.e.*, fatto contestato) alla sfera cosciente ed elettiva del soggetto, senza contaminare tale ragionamento con categorie ulteriori, che si pongono alla stregua di indebite sovrastrutture.

Per fare un esempio, non è da ritenersi ammissibile dare ingresso a qualsivoglia elemento soggettivo “qualificato” (uno tra tutti, il dolo), tanto più se in accezioni mutate da branche del diritto diverse (*in primis*, il diritto penale), al fine di valutare la sussistenza del fatto contestato: ciò che conta è che il soggetto abbia posto in essere l’inadempimento in maniera cosciente e volontaria (ferma restando la conoscibilità del codice disciplinare *ex art. 7, l. 300/1970*).

Valutazioni ulteriori riguarderanno, al più, l’ambito della proporzionalità (e dunque potranno portare alla sanzione meramente indennitaria di cui al 5° comma dell’art. 18), ma è da escludersi che le stesse possano rilevare ai fini della sussistenza del fatto contestato. E ciò, si badi, anche – o forse soprattutto – nel caso in cui il contratto collettivo richieda un elemento soggettivo qualificato ai fini dell’irrogazione del licenziamento: l’eventuale difetto potrà – e dovrà – rilevare, ma soltanto ai fini del 5° comma, non potendo in alcun caso portare ad un accertamento di insussistenza del fatto contestato¹⁸.

In definitiva, il “fatto contestato”, per essere sussistente, deve semplicemente esistere quale “inadempimento risarcibile” alla luce dei criteri individuati dall’art. 1218 c.c., rilevando solo in un momento successivo le diverse questioni riguardanti sia la proporzionalità tra il fatto contestato e la sanzione espulsiva (con conseguenze sanzionatorie più miti, *ex co. 5, art. 18*), sia la sussumibilità del primo entro una previsione di sanzione conservativa contenuta nel ccnl o nel codice disciplinare (fattispecie che nel regime Fornero “riesuma” la reintegrazione)¹⁹.

¹⁸ *Contra*, Cass. 20545/15, cit., la quale valuta un elemento, sebbene non di natura soggettiva, ma comunque richiesto dal ccnl (grave documento dell’Azienda) ai fini della sussistenza/insussistenza del fatto e, accertatone il difetto, dichiara applicabile la sanzione reintegratoria.

¹⁹ Sul procedimento che deve informare la valutazione giudiziale, v. il par. 5.

4. *L'alternativa (secca) tra liceità e illiceità*

In maniera non dissimile dalla sentenza n. 10019/16, con la pronuncia n. 18418/16 la Cassazione si rifà al *dictum* della n. 20540/15 sulle ipotesi di insussistenza del fatto contestato, occupandosi – per dirla con le categorie usate da Cass. 10019/16 – del fronte “oggettivo” della condotta: vale a dire, della sua anti giuridicità.

Qui la Corte, pur ribadendo che un fatto contestato privo del carattere di illiceità va considerato non sussistente alla luce della *ratio* della norma del 2012, apporta delle precisazioni che è quanto mai opportuno analizzare.

In particolare, dopo aver affermato che la sentenza di merito, sottoposta al vaglio della S.C., aveva “accertato la sostanziale non illiceità dei fatti addebitati”, i giudici di legittimità hanno inteso chiarire che “non può ritenersi relegato al campo del giudizio di proporzionalità qualunque fatto (accertato) teoricamente censurabile ma *in concreto* privo del requisito di anti giuridicità, non potendo ammettersi che per tale via possa essere sempre soggetto alla sola tutela indennitaria un licenziamento basato su fatti (pur sussistenti, ma) di rilievo disciplinare *sostanzialmente* inapprezzabile” (miei i corsivi).

Ebbene, da quanto detto fin qui in relazione alla duplicità di sanzioni – correlata, rispettivamente, all’insussistenza del fatto contestato e al difetto di proporzionalità tra quest’ultimo e la sanzione irrogata – discende che l’indagine sulla liceità/illiceità del comportamento contestato comporti esclusivamente un’alternativa secca, senza graduazioni di sorta. Ciò implica che l’accertamento della liceità di un “fatto contestato” spalanchi inevitabilmente le porte alla reintegrazione (*ex art. 18, 4° comma, l. 300/1970*), mentre la pur minima illiceità dello stesso impedisca l’applicazione di tale sanzione.

Come visto in precedenza, ciò non vuol dire che, solo per questo, il licenziamento debba considerarsi legittimo. Soccorre, in questo caso, il difetto di proporzionalità: vizio che, però, comporta l’applicazione della sola tutela indennitaria *ex comma 5 dell’art. 18*.

Invero, non è chiaro se la Corte, con l’utilizzo delle espressioni prima riportate in corsivo (soprattutto la seconda) abbia inteso lasciare aperto qualche spiraglio di “insussistenza” a un fatto “minimamente anti giuridico”. Ragionando nell’ottica appena illustrata, rimarrebbe soggetto alla tutela meramente indennitaria anche il caso del fatto contestato sì (lievemente) illecito, ma di rilievo talmente scarso da risultare pretestuoso: ipotesi a cui sembra alludere la Corte nel passaggio in questione. Tuttavia, in casi del ge-

nere, la pretestuosità del licenziamento – che spesso cela un intento ritorsivo – è dimostrabile con ogni mezzo dal lavoratore (su cui incombe l’onere della relativa prova), facendo leva sul motivo illecito determinante, richiamato al 1° comma del novellato art. 18: *fattispecie* che apre le porte della tutela reintegratoria *old style*.

D’altra parte, non pare possa dubitarsi che consentire una qualsivoglia graduazione nell’apprezzamento dell’illiceità di un comportamento, al fine di ampliare, nei casi più lievi, l’area dell’insussistenza del fatto, genererebbe (oltre a quanto prima accennato in relazione alla compressione dell’ambito applicativo del co. 5 dell’art. 18 e al conseguente, possibile, contrasto con la *ratio* della l. 92/12) insormontabili incertezze applicative, con giudicati inevitabilmente contrastanti: inaccettabili, considerata la delicatezza della materia.

5. *Cenni al procedimento logico-giuridico che deve informare l’accertamento giudiziale*

La ricordata sentenza n. 10019/16 contiene pure un interessante passaggio sul procedimento ermeneutico-valutativo che, nella vigenza dell’articolato sistema sanzionatorio della l. 92/12, il giudicante deve seguire per valutare la legittimità o meno di un licenziamento. La S.C. accoglie una tesi, già autorevolmente sostenuta in dottrina²⁰, secondo cui tale operazione consisterebbe di due momenti: il primo – non dissimilmente da quanto avveniva in passato – volto alla verifica dell’integrazione della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo (dunque, teleologicamente orientato alla verifica della legittimità, *tout court*, del licenziamento); il secondo, eventuale e subordinato all’esito negativo della prima indagine, volto invece all’individuazione del vizio che affligge il recesso e all’applicazione della relativa sanzione (reintegrazione o mera indennità).

Siffatta impostazione appare senz’altro condivisibile. Innanzitutto, sulla base dell’intuitiva considerazione secondo cui, non essendo mutato il con-

²⁰ MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, in *RIDL*, 2012, I, pp. 438 ss.; DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *RIDL*, 2012, II, p. 1064 ss.; ID., *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, in *ADL*, 2015, p. 269 ss. *Contra*, TULLINI, *Stabilità del rapporto di lavoro e ruolo del giudice*, in questa rivista, 2013, p. 317 ss., qui p. 323.

tenuto delle clausole elastiche legittimanti il licenziamento disciplinare (giusta causa e giustificato motivo soggettivo), ma soltanto le sanzioni corrispondenti a ciascun vizio dello stesso, anche il procedimento logico-valutativo che deve portare il giudice a verificare la legittimità/illegittimità dell'atto di recesso non deve mutare²¹. In effetti, il *quid novi* richiesto al giudice dalla l. 92/12 è “isolare” il vizio che affligge il licenziamento e applicare la sanzione corrispondente. Per fare ciò – e ancor più alla luce delle peculiari connotazioni che il “fatto contestato” assume rispetto alla sua sussistenza/insussistenza – il giudice dovrà dapprima apprezzare la vicenda disciplinare nel suo complesso (incluso ogni elemento, anche solo di contesto), rilevante ai fini della integrazione della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo. Solo successivamente, qualora rilevi la mancata ricorrenza di questi ultimi, dovrà “sezionare” la vicenda disciplinare, scorporando dal “fatto contestato” tutto quanto non attiene alla sua illiceità e imputabilità. All'esito di tale indagine, dovrà verificare se lo stesso sussista oppure no, e, nel primo caso, qualora abbia altresì appurato che lo stesso non possa essere sussunto entro una fattispecie punita con sanzione conservativa dal codice disciplinare, dovrà procedere oltre, individuando il vizio che affligge il licenziamento e applicare la sanzione corrispondente (*ex art. 18, commi da 5 a 7*).

Tutte le operazioni descritte appaiono possibili solo a condizione che il giudice si sia previamente dotato dello “strumentario fattuale” a ciò necessario; e, dunque, abbia una visione completa della vicenda disciplinare, tale da poterla sviscerare conferendo il giusto peso a ogni possibile aspetto, oggettivo o soggettivo che sia.

La validità di tale impostazione riceve ulteriore, sebbene indiretta, conferma anche alla luce della considerazione secondo cui, in ogni caso, la domanda giudiziale (di provenienza datoriale) che punti unicamente all'accertamento della sussistenza del fatto contestato non può che essere una subordinata rispetto a quella di accertamento della legittimità del licenziamento, dal momento che, in caso contrario, la parte datoriale avrebbe *ab initio* ammesso l'illegittimità del licenziamento.

²¹ MARESCA, *op. cit.*

Key words

Licenziamento disciplinare, sussistenza del fatto, imputabilità, anti giuridicità, reintegrazione.

Disciplinary dismissal, event's subsistence, ascribable event, unlawful event, reinstatement.

