**Ufficio Giuridico** **Coordinamento UVL**

Roma, 5 novembre 2012

Oggetto: LICENZIAMENTO DISCIPLINARE DOPO LA RIFORMA DELL'ART. 18 STAT. LAV.
COMMENTO A ORD. TRIB. BOLOGNA 15 OTTOBRE 2012

## *1. Il fatto storico*

Per poter esaminare la questione affrontata dal Tribunale di Bologna con l'ordinanza 15 ottobre 2012, (Est. Marchesini) è indispensabile avere ben presente la vicenda sottoposta al suo esame che non ha avuto necessità di attività istruttoria risultando pacifico fra le parti.

Nello specifico il lavoratore aveva ricevuto, da un proprio superiore gerarchico, una comunicazione di posta elettronica del seguente tenore: «*Per favore controlla questi disegni, hanno modificato di novo i disegni(alcune cose). Tolleranze sono state modificate. Per favore fare misurare sulla base di questi ultimi disegni allegati. Buttare via i disegni che avevamo chiesto ieri*».

Dopo qualche giorno il lavoratore rispondeva inviando al suddetto superiore gerarchico una comunicazione di posta elettronica siffatta: «*Confido per martedì 24 luglio 2012 di avere i rilievi con le tempistiche di modifica dei programmi*».

Nello stesso giorno, il superiore rispondeva con messaggio di posta elettronica nel quale si leggeva: «*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*».

Infine, e qui sopraggiunge la frase incriminata, il lavoratore rispondeva, nella stessa data, con email nella quale affermava: «*Parlare di pianificazione nel Gruppo Atti è come parlare di psicologia con un maiale, nessuno ha il minimo sentore di cosa voglia dire pianificare una minima attività in questa azienda. Pertanto, se Dio vorrà, per martedì 24-07-2012, avrai tutto quello che ti serve*».

Il dipendente, nell'immediatezza del fatto, scriveva una lettera con cui dava atto dell'inopportunità della propria affermazione, ricostruiva la vicenda riconducendola ad un momento di stress lavorativo e porgeva le proprie scuse per il predetto comportamento.

Il datore di lavoro riteneva, però, che l'ultima email del dipendente avesse contenuto offensivo grave cosicché procedeva al licenziamento ex art. 2119 c.c. per giusta causa.

## *2. Espressioni offensive, giusta causa e previsione del ccnl*

Prima di entrare nel vivo delle questioni poste dall'ordinanza in commento, per motivi di ordine logico, occorre esaminare la valutazione del fatto storico eseguita dal giudice alla stregua degli art. 2119 c.c. ed 1 della l. 604 del 1966. Nella specie si trattava dell'espressione ingiuriosa, sopra riportata, utilizzata dal dipendente nell'ambito di una critica all'organizzazione aziendale.

In generale, affinché le critiche possano costituire una giusta causa di licenziamento, occorre che esse travalichino i limiti della correttezza e che il comportamento del dipendente si traduca in una condotta manifestamente riprovevole, così potendo riscontrarsi, sotto il profilo sia soggettivo che oggettivo, quella gravità necessaria e sufficiente a compromettere in modo irreparabile il vincolo fiduciario [cfr. Cass., 17 gennaio 2005, n. 775 ed altre].

L'ordinanza in commento dimostra un corretto utilizzo di tali principi giacché, a seguito della contestualizzazione del fatto storico, il giudice ha esaminato le circostanze di tempo e di luogo in cui l'episodio si è consumato, ha individuato l'esatta sequenza degli avvenimenti, ha valutato la situazione psicologica in cui si trovavano gli attori della vicenda e le condotte di altri soggetti che vi hanno partecipato, ha valutato le condotte precedenti e successive all'evento.

All'esito di questo compiuto esame il giudice, con succinta ma motivata pronuncia, ha concluso per la insussistenza di una giusta causa di licenziamento poiché ha rilevato la modestia dell'episodio in questione, la sua scarsa rilevanza offensiva, ed il suo modestissimo peso disciplinare.

Inoltre il Tribunale ha coerentemente ritenuto che la comunicazione offensiva verso il superiore gerarchico rivestisse scarsa rilevanza offensiva e rientrasse nella previsione di cui all'art. 9 Sez. quarta, titolo settimo del c.c.n.l. per il settore Metalmeccanici del 2008 ove è prevista la fattispecie della c.d. «*lieve insubordinazione nei confronti dei superiori*» con conseguente applicazione, per questo motivo e per l'insussistenza del fatto contestato di cui si dirà appresso, della sanzione reintegratoria ex art. 18, comma 4, della legge n. 300 del 1970.

### *3. Ratio dell'intervento riformatore. La reintegrazione non è divenuta ipotesi residuale o addirittura eccezionale*

La ragione della riforma del sistema sanzionatorio del licenziamento ingiustificato è stata indicata [A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori, Riv. it. dir. lav.*, 2012, p. 444] nella necessità di arrivare a limitare le incertezze derivanti dalla valutazione della clausola generale (giusta causa/giustificato motivo) operata dai giudici agendo sulla riduzione delle sanzioni. D'altro canto, però, è stato osservato che l'intenzione di ridurre il giudice a mera *vox legis* si scontra con l'ineludibile certezza che dal processo non può che emergere esclusivamente un «fatto processuale» «*prodotto da un rito di cui il giudice era, ieri, sovrano costituzionale e, oggi, despota assoluto*» [F. Carinci, *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore, dattiloscritto*, p. 3]. Con il risultato che il potere discrezionale del giudice «*scacciato dalla porta, rientrerebbe dalla finestra*» [F. Carinci *ibidem*].

Ma allora, non essendo state toccate le causali, sembra cruciale capire se, in questa prospettiva, la reintegrazione sia stata relegata a sanzione eccezionale.

Com'è noto, per poter giungere ad applicare la sanzione della reintegrazione attenuata prevista dal quarto comma dell'art. 18 Stat. lav., il giudice deve accertare la «*insussistenza del fatto contestato*» ovvero che il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili.

Nelle *altre ipotesi* di insussistenza di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, come prevede il successivo comma quinto, il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Alla luce di ciò, alcuni autori hanno affermato che la reintegrazione sia divenuta la sanzione residuale giacché, ad eccezione delle due ipotesi di cui al quarto comma, in tutte le altre ipotesi si deve fare applicazione della indennità omnicomprensiva [M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_675700881.pdf ed anche in *Arg. Dir. Lav.*, n. 3, 2012, p. 612 e ss; M. Tremolada, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St, lav. per la riforma Fornero*, in Lav. Giur., 2012, p.876; A. Maresca, *op. cit.*, 437].

Di diverso e preferibile avviso, invece, sono coloro i quali, mettendo l'accento sul coinvolgimento della persona del lavoratore e sulla relativa tutela di rango costituzionale (artt. 2, 4, 35, 41 2° co., Cost.), pur in assenza di una tutela costituzionale della reintegrazione nel posto di lavoro [cfr. Corte Cost., 7 febbraio 2000, n. 46 che afferma, di contro, che è costituzionalizzato il principio di giustificatezza del recesso su cui è pienamente intervenuta la disposizione contenuta nell'art. 30 della Carta di Nizza], evocano la preferenza indicata dal nostro ordinamento alla tutela in forma specifica rispetto a quella per equivalente [V. Speziale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Intervento al Convegno nazionale Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro,* Pescara-Montesilvano, 10-12 maggio, dattiloscritto, p. 9 e ss.; G. Sozzi, *Il licenziamento disciplinare*, in M. Fezzi e F. Scarpelli (a cura di), *i Quaderni di Wikilabour, Guida alla riforma Fornero*, p. 109] principio al quale deve ispirarsi una corretta interpretazione della nuova disciplina.

### *4. Insussistenza del fatto contestato. Fatto giuridico. Coscienza, volontà ed elemento psico-logico.*

L'art. 18, comma 4, cit. utilizza l'ambigua espressione «*fatto contestato*» in merito al quale vi sono discordanti opinioni espresse in dottrina.

Secondo una prima opinione esso si identifica col «*fatto materiale*» [A. MARESCA, *op. cit.*, p. 448], inteso nelle sue componenti di «*condotta, nesso causale ed evento*» [M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2012, p. 450], mentre secondo altri è necessario un comportamento qualificabile come «*inadempimento contrattuale*» [M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi, versione provvisoria*, in *www.aidlass.it /convegni/archivio/2012*, p. 30; F. CARINCI, *op. cit.* , p. 5] sicché, come meglio precisato [V. SPEZIALE, *op.cit*., p. 27], l'espressione va intesa come fatto inclusivo anche degli aspetti connessi al comportamento del lavoratore sotto il profilo dell'elemento soggettivo (dolo, colpa).

La tesi che tende a limitare l'espressione riducendola al fatto materiale è funzionale alla più generale impostazione secondo cui la reintegrazione risulterebbe una ipotesi residuale, ma essa presenta evidenti contraddizioni che la pronuncia del Tribunale di Bologna svela e risolve.

Nell'ordinanza in commento il Tribunale di Bologna rileva con estrema precisione «*che la norma in questione, parlando di fatto, fa necessariamente riferimento al cd. Fatto Giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell'unicum della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo*».

Aggiungendo che «*Né 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 cosciente volontà dell'azione*».

Il giudice fa buon uso del concetto di «fatto giuridico», inteso come esteriore manifestazione della volontà, come proiezione nel mondo esterno dell'atto volitivo.

Esso, come è stato esattamente individuato dalla dottrina penalistica, deve essere ricondotto alla duplice rilevanza della volontà: a) volontà dell'azione o omissione (art. 42 co.1, c.p.) b) volontà dell'evento (art. 42, co. 2 e 4). Nella dottrina civilistica si è precisato come l'inadempimento dell'obbligato lo esoneri da responsabilità laddove, pur trovandosi al cospetto di una causa imputabile (art. 1218 c.c.), dovendo tale criterio essere messo in correlazione necessaria con quello

della diligenza del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176 c.c., il debitore non abbia potuto evitare l'impossibilità della prestazione pur comportandosi con diligenza ossia, in altri termini, se l'impossibilità non sia imputabile alla carenza dell'elemento soggettivo del debitore [C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, p. 16].

Come si vede, correttamente il giudice ha precisato la nozione di «fatto», contenuta nell'espressione «fatto contestato», qualificandola come «fatto giuridico» giacché, diversamente opinando, si potrebbero introdurre nell'ordinamento lavoristico ipotesi di licenziamenti basati su «fatti» carenti di elementi essenziali che andrebbero irragionevolmente esenti dalla reintegrazione.

Si pensi, in concreto, al caso del licenziamento del dipendente il quale sia accusato di furto operato, in realtà, sotto la minaccia di un agente esterno che metta in pericolo la vita sua o dei suoi familiari. Sebbene il dipendente sia cosciente dell'azione che compie, è del tutto evidente che per l'ordinamento giuridico egli non vuole l'azione che compie.

In tal caso, seguendo la tesi del c.d. «fatto materiale», questo si è pienamente realizzato (nelle sue componenti di condotta, nesso di causalità ed evento) cosicché il dipendente conseguentemente licenziato, laddove nel processo provi la *vis maior*, non potrebbe irragionevolmente aspirare a riprendere il proprio posto di lavoro giacché non si potrebbe sostenere che il fatto «non sussiste» e la sua fattispecie verrebbe annoverata fra le «*altre ipotesi*» di insussistenza della giusta causa o giustificato motivo per le quali l'art. 18, co. 5, cit. prevede solo la sanzione della indennità omnicomprensiva.

Come si vede, con l'esempio riportato, che porta indubbiamente all'estremo la tesi confutata dal Tribunale di Bologna, viene posto in evidenza la insufficienza della tesi del c.d. «fatto materiale» poiché è necessario che l'inadempimento sia imputabile al dipendente e che l'azione integri una condotta eseguita con coscienza e volontà e l'evento sia prodotto da dolo o colpa.

Ma se si vuole scrutinare la tesi su un'ipotesi meno estrema, che riguardi la valutazione dell'elemento psicologico, si può considerare il caso di un'infrazione, non contemplata nel codice disciplinare come punibile con sanzione conservativa, della quale si possa dire che l'elemento psicologico sia certamente lieve.

Si pensi, ad esempio, alla fattispecie in cui il dipendente venga trovato addormentato sul posto di lavoro. Tale fattispecie (non certo rara) ove si realizzasse nel campo di applicazione del c.c.n.l. per i dipendenti delle aziende alimentari, vedrebbe l'applicazione dell'art. 69 che prevede espressamente una sanzione conservativa ma se si verificasse nel campo di applicazione del c.c.n.l. per i dipendenti da aziende del terziario vedrebbe l'applicazione dell'art. 225 che non prevede tale ipotesi.

Ebbene, in tal caso, ove il datore di lavoro fosse titolare di un'azienda commerciale, che applica il c.c.n.l. Terziario, ed adottasse un licenziamento, seguendo la tesi avversata, ci si troverebbe al cospetto di un irragionevole impossibilità di applicazione della sanzione reintegratoria di cui all'art. 18, co. 4, cit. poiché, com'è evidente, anche in questo caso il fatto materiale sarebbe sussistente così come sarebbe assente la previsione del c.c.n.l. che consentirebbe l'applicazione della sanzione conservativa.

Con ciò si realizzerebbe anche un'irragionevole disparità di trattamento fra lavoratori che, a parità di mansioni (ad esempio addetto alla contabilità), solo a seconda del settore in cui operano (per continuare nell'esempio, industria Alimentare o Terziario), vedrebbero applicata loro la sanzione della reintegra o quella indennitaria.

5. ***Insussistenza del fatto contestato. Fatto giuridico. Valutazione dell'elemento oggettivo e proporzionalità (art. 2106 c.c.)***

Il Tribunale di Bologna, nella pronuncia in commento, aggiunge che – per disporre o meno la reintegrazione - occorre esaminare anche la componente inerente l'elemento oggettivo giungendo a ritenere, nel caso di specie, l'episodio modesto, di sua scarsa rilevanza offensiva e connotato da modestissimo peso disciplinare. È del tutto evidente che, senza menzionarlo, il giudice ha fatto applicazione dell'art. 2106 c.c.

Secondo una parte della dottrina, però, l'esame la proporzionalità della sanzione avrebbe l'unico e limitato campo di azione costituito dalla valutazione sulla sussistenza della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo e non anche quello dell'individuazione della sanzione applicabile [A. Maresca, *op. cit*., p. 445]. In altre parole, siccome l'accertamento giudiziale si scinderebbe in due diversi momenti: da un lato la legittimità od illegittimità del licenziamento, dall'altro l'accertamento strumentale alla individuazione della sanzione applicabile al licenziamento [Così M. Marazza, *op. cit.*, p. 12; cfr. A. Maresca, *op. cit.*, p. 438 e ss ], secondo tale opinione, nella seconda

fase si dovrebbe eseguire solo una acritica verifica della sussistenza o meno dei due criteri indicati nel comma 4 dell'art. 18 cit, senza ricorso all'art. 2106 c.c.

La tesi è stata confutata da altra dottrina secondo cui, anche nella scelta della sanzione applicabile si deve tener conto del giudizio di proporzionalità poiché l'art. 2106 c.c. non risulta abrogato né esplicitamente né implicitamente [V. SPEZIALE, *op. cit*., p. 28] e quando il giudice si dovesse trovare di fronte alle previsioni del codice disciplinare di cui al contratto collettivo o, ancor più, alle previsioni contenute nel regolamento unilaterale predisposto dal datore di lavoro che prevedano o meno una sanzione conservativa per la fattispecie al loro esame, egli non potrebbe esimersi dall'eseguire un controllo giudiziale «*facendo ricorso all'unico criterio reso disponibile dall'ordinamento cioè quello della proporzionalità ex art. 2106 Cod. Civ.*» [Così F. CARINCI, *op. cit*., p. 6. ].

Su tale solco si inserisce la pronuncia in commento che, nella scelta della sanzione, ha esplicitamente fatto riferimento a circostanze necessarie alla valutazione della proporzionalità con ciò facendo corretta applicazione dell'art. 2106 c.c.

È bene precisare che il giudizio di proporzionalità prevede la valutazione di elementi quali la rilevanza del danno prodotto, le circostanze attenuanti, la natura e tipologia del rapporto, la posizione delle parti, il grado di affidamento richiesto dalle mansioni, l'incidenza della violazione sull'ambiente di lavoro ecc. cui si aggiunge anche la valutazione della portata soggettiva del fatto ovvero dell'elemento psicologico e sua intensità [Cfr. M. TATARELLI, *op. cit*, p. 160].

Ma, anche a voler ritenere che l'art. 2106 c.c. non trovi applicazione nella individuazione della sanzione ciò non potrà condurre l'interprete ad espungere dall'esame che il giudice deve condurre, l'imputabilità al dipendente della condotta adottata e la sussistenza ed intensità dell'elemento psicologico giacché esse rientrano nella definizione di «fatto contestato» come bene indicato dalla pronuncia in commento e su cui si è detto nel paragrafo che precede.

### *6. Conclusioni.*

A questo punto si potrebbe sostenere che, seguendo l'impostazione abbracciata dal Tribunale di Bologna, sarebbe completamente vanificata la riforma che voleva impedire le incertezze generate dalle varie pronunce giudiziarie giacché non si capirebbe quando sarebbe applicabile la sanzione

della sola indennità omnicomprensiva in quanto il giudizio di gravità che conduca a valutare la insussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo porterebbe sempre alla sola sanzione reintegratoria.

Invero, se il giudice, al fine di applicare la reintegrazione, deve valutare il comportamento del dipendente, la presenza dell'elemento psicologico e la proporzionalità della sanzione con l'infrazione non sarebbe cambiato nulla rispetto al passato.

Ma la legge si interpreta per quel che è e per quel che risulta dal suo tenore; se quindi il legislatore innovatore si è rivelato «imprevidente» [così definito da F. CARINCI, *op. cit.*] e lo scopo prefissato si riveli irraggiungibile per le ineludibili contraddizioni presenti, come sopra evidenziato, allora si deve cercare di dare una ricostruzione dell'apparato sanzionatorio in tema di licenziamento disciplinare che appaia compatibile con il sistema giuridico.

Com'è noto fra giusta causa e giustificato motivo soggettivo vi è una differenza solo quantitativa nel senso che la fattispecie del giustificato motivo soggettivo si verifica in presenza di un inadempimento del lavoratore di minore gravità rispetto alla giusta causa di licenziamento [M. TATARELLI, *op. cit.*, p. 177].

Anche la ricostruzione della graduazione della sanzione potrà essere, quindi operata sulla base di un *continuum* logico fra la sanzione indennitaria e quella reintegratoria che si dispiegano su una linea continua i cui punti ove collocare il caso concreto dev'essere individuato dal giudice in virtù di un giudizio sulla gravità del fatto giuridico.

In sostanza il giudice una volta operata la valutazione della gravità dell'inadempimento affinché possa rientrare almeno nella fattispecie del giustificato motivo soggettivo, si troverà ad operare un'ulteriore valutazione circa la gravità del fatto giuridico con tutte le sue componenti soggettive ed oggettive.

Se fra questi casi vi rientra quello in cui il «fatto materiale» non sia sussistente, con la conseguente sicura reintegrazione, di certo esso non è l'unico caso in cui è possibile applicare la reintegrazione dovendosi fare ricorso alla nozione più ampia di insussistenza del «fatto giuridico».

In sostanza si può affermare che il giudizio di proporzionalità o adeguatezza della sanzione dell'illecito commesso si sostanzia nella valutazione della gravità dell'inadempimento imputato al lavoratore in relazione al concreto rapporto e a tutte le circostanze del caso [Prendendo in prestito l'opinione della Suprema Corte, espressa nel regime previgente. Cfr. fra le molte Cass., 24 luglio 2006, n. 16864].

Avv. Filippo Aiello