

ISSN 1121-8762

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

*Il decreto legislativo n. 23/2015:
ambito di operatività
e licenziamento per giusta causa*

Valentina Ricchezza

anticipazione

Pubblicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

N. 4/XXV - 2015



GIUFFRÈ EDITORE

Il decreto legislativo n. 23/2015: ambito di operatività e licenziamento per giusta causa

Valentina Ricchezza

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Ambito di operatività. – **3.** Licenziamento per giusta causa e nozione di fatto contestato. – **4.** Conclusioni.

1. Premessa

La legge delega n. 183/2014, nota alle cronache come “Jobs Act” – piano per di lavoro –, sta, progressivamente, scardinando le assi portati del diritto del lavoro collocandosi, con riferimento alla delega in materia di licenziamenti, sulla stessa scia della legge n. 92/12, di cui ha ripreso, amplificando, le scommesse.

La scommessa di partenza della legge 92/12, infatti, era stata quella di creare un’apertura sulla flessibilità in uscita dal mercato del lavoro al fine di garantire la stabilizzazione dell’occupazione e la crescita economica.

Tale spirito permea la legge delega n. 183/2014 e, segnatamente, il d.lgs. 23/2015, che rimodulando la disciplina giuridica in materia di licenziamenti sia individuali che collettivi, favorisce, appunto, l’uscita dal mercato del lavoro.

L’art.1 co. 7 lett. c) della legge delega pone quale obiettivo per il legislatore delegato la «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all’anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l’anzianità

** Giudice del lavoro presso il tribunale di Santa Maria Capua Vetere. Questo scritto costituisce la relazione tenuta in occasione dell’intervento al convegno sul tema Sistema impresa e diritto del lavoro alla luce del jobs act, Caserta, Camera di Commercio, 4 giugno 2015,*

di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

È evidente, dunque, il riformismo ablativo che il legislatore intende inere attraverso questo nuovo impianto dispositivo: riconoscere la possibilità di reintegra, esclusivamente, per i licenziamenti discriminatori, nulli e limitatamente a talune fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato e prevedere, per quelli economici e per i licenziamenti disciplinari illegittimi, solo un indennizzo crescente in relazione all'anzianità di servizio.

L'impianto dispositivo volto ad agevolare l'uscita dal mercato del lavoro è realizzato non solo attraverso, come vedremo in seguito, la previsione di una disciplina apparentemente "semplificata" rispetto al passato ma anche attraverso un ridimensionamento progressivo del sindacato del giudice sull'atto espulsivo, azzerando il suo potere discrezionale e contemplando in via preventiva e predeterminata l'ammontare dell'indennità economica attraverso parametri oggettivi e fissi (realizzando così un risultato molto simile a quello immaginato c.d. teoria del *firing cost* – predeterminare cioè il costo del licenziamento) ⁽¹⁾.

Prima di analizzare, senza pretesa di esaustività, le principali novità introdotte dal decreto in commento ed evidenziare un'area residuale per il sindacato dell'interprete, è opportuno, preliminarmente, illustrare alcuni profili di ordine formale la cui rilevanza si riverbera sugli aspetti sostanziali della disciplina.

Giova premettere che il decreto legislativo n. 23/2015, denominato *Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*, si pone in termini di discontinuità rispetto all'ordinaria tecnica di novellazione adottata dal legislatore perché non incide, modificando le disposizioni pregresse, ma sin dalla rubrica, sembrerebbe introdurre una nuova forma di contratto di lavoro a tempo indeterminato: quello a tutele crescenti.

A ben vedere, invece, il decreto non introduce una nuova forma di contratto a tempo indeterminato ma un contratto a tempo indeterminato che è soggetto ad una diversa disciplina giuridica nei casi di risoluzione del rapporto di lavoro, con riferimento ai contratti stipulati a partire dal

⁽¹⁾ F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, WP CDLSE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 252, 12 ss.

7 marzo 2015, modulata, stando al tenore letterale della disposizione, secondo il “sistema delle tutele crescenti”.

2. Ambito di operatività

Il decreto n.23, come innanzi evidenziato, non modifica l’art.18 della l. 300/1970 ma introduce una nuova forma di regolamentazione giuridica dei licenziamenti fondata non già, così come in passato, sul requisito numerico aziendale, bensì sulla data di stipula del contratto, per cui è necessario circoscrivere l’ambito di applicabilità delle nuove regole in presenza di un sistema giuridico differenziato delle tutele procedendo all’individuazione dell’ambito di operatività della novella sotto il profilo sia soggettivo che oggettivo.

L’art. 1, rubricato *Campo di applicazione*, delimita espressamente l’ambito di operatività.

Il primo comma recita «1. Per i lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo è disciplinato dalle disposizioni di cui al presente decreto».

È evidente, quindi, che il nuovo regime in materia di licenziamenti opera esclusivamente per i lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato dal 7 marzo 2015 (salva la previsione del co.3 che è innanzi esaminata), con conseguente moltiplicazione del sistema delle tutele differenziato in ordine alla data di stipula del contratto: tutela reale o obbligatoria, a seconda del requisito numerico aziendale, per i lavoratori assunti ante 7 marzo 2015 e regime delle tutele crescenti per i lavoratori assunti successivamente a tale data.

Dal tenore letterale della disposizione e, al contempo, dal suo inquadramento sistematico, sembrerebbe emergere anche un ulteriore elemento: l’esclusione dell’operatività del decreto n.23 nell’ambito del pubblico impiego privatizzato contrariamente alla l.92/2012.

All’indomani dell’entrata in vigore della c.d. riforma Fornero era emerso un contrasto sul punto, successivamente superato, tra la tesi negazionista e quella possibilista, attualmente prevalente, secondo cui la disciplina di cui alla l.92/12 trova attuazione anche per il pubblico impiego privatizzato. Milita a sostegno di tale tesi il “rinvio formale” contenuto nell’art.51 co.2 d.lgs. 165/2001 che, facendo riferimento alla legge «20 maggio 1970 n.300 e successive modificazioni ed integrazioni», rinvia all’art.18 così come modificato dalla l. n.92/2012.

Quest'argomentazione, alla luce delle considerazioni sopraesposte, non può essere mutuata per estendere la disciplina del d.lgs n.23/2015 anche al pubblico impiego privatizzato proprio perché il decreto legislativo n.23/2015 non modifica l'art.18 e non incide sullo stesso ma detta una disciplina "ulteriore".

Ulteriori argomentazioni giuridiche in senso ostativo sono connesse al dato costituzionale, letterale e sistematico.

Estendendo la disciplina del decreto n.23/2015 al pubblico impiego privatizzato emergerebbero dubbi di compatibilità della stessa con il dettato costituzionale, segnatamente in relazione all'art. 97 cost., perché avremmo due regimi diversi uno garantito da stabilità per le vecchie assunzioni e l'altro senza stabilità per le nuove assunzioni, contrariamente ai principi di buon andamento e di parità di trattamento dei pubblici impiegati.

Ostativo rispetto ad un'interpretazione possibilista è lo stesso dato letterale dal momento che nella legge delega non vi è alcun riferimento al pubblico impiego privatizzato.

Tutta la riforma, infatti, è concentrata sul settore privato; il primo comma dell'art. 1 del d.lgs. n. 23/15, nel descrivere le qualifiche di lavoratori, parla di operai, impiegati e quadri quest'ultimi non presenti nel pubblico impiego privatizzato; non vi è, inoltre, alcun riferimento ai dirigenti che, nel settore privato, a differenza di quello pubblico, non godono dell'art.18 ⁽²⁾.

Dal punto di vista sistematico l'art.2 co.1 d.lgs.165/2001 secondo cui i «rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa», rende incompatibile il regime del testo del decreto n.23 con quello previsto dal testo unico per i licenziamenti sia economici che disciplinari. I licenziamenti economici sono regolati dall'art. 34 ss. come gestione del personale in disponibilità mentre i licenziamenti disciplinari dagli artt. 55 ss. ⁽³⁾.

⁽²⁾ F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n.23/2015*, relazione tenuta presso la Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci (Fi), 13 aprile 2015.

Con riferimento ai dirigenti la mancata estensione del regime giuridico del contratto a tutele crescenti implicherà che, nei casi in cui trovi attuazione il disposto di cui all'art. 18 co.1 l. 300/1970, così come riformato dalla l. 92/2012, continuerà ad applicarsi il regime sia sostanziale che processuale di cui alla l.92/12 che, limitatamente al profilo processuale, è stato abrogato dal d.lgs. 23/2015.

⁽³⁾ F. CARINCI, *infra*.

Riepilogando, escluso, che tale decreto possa applicarsi al pubblico impiego, dal dato dispositivo emergono essenzialmente due elementi: la novella opera solo per il settore privato e per gli assunti dal 7 marzo.

Ulteriore concetto da chiarire è quello di *assunti*.

Ipotesi che potrebbe concretamente verificarsi è quella relativa all'individuazione del regime giuridico da applicare nel caso di un contratto di lavoro stipulato in data antecedente al 7 marzo ma con efficacia differita successiva.

Accedendo ad un'impostazione sostanzialistica, ai fini dell'individuazione della disciplina giuridica, dovrebbe attribuirsi rilevanza al momento in cui il contratto diventa efficace ma, ad avviso di chi scrive, è da prediligere l'orientamento secondo cui il momento in cui avviene la stipula cristallizza anche la disciplina giuridica da applicare, in presenza di un contratto scritto, considerato il principio generale dell'affidamento⁽⁴⁾.

Ulteriore profilo interpretativo dubbio è quello relativo all'applicabilità della nuova normativa al *socio lavoratore*.

Giova premettere che in seguito alla legge 142/2001 si è fatta strada una concezione dualistica del rapporto del socio-lavoratore⁽⁵⁾ in virtù della quale il rapporto di lavoro nelle cooperative sarebbe fondato su due contratti collegati⁽⁶⁾. Ne consegue, pertanto, che l'interprete si trova dinnanzi all'interrogativo se estendere o meno la disciplina giuridica prevista per il rapporto di lavoro anche al socio-lavoratore.

Sul punto è opportuno, preliminarmente, ricostruire in termini sintetici il quadro normativo di riferimento ed il dibattito giurisprudenziale sul punto ancora aperto.

L'art. 1, comma 3, della legge 3 aprile 2001, n. 142, statuisce che «Il socio lavoratore di cooperativa stabilisce con la propria adesione o successivamente all'instaurazione del rapporto associativo un ulteriore rapporto di lavoro», anche in forma subordinata.

⁽⁴⁾ I. FEDELE, *Ambito di applicazione del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *ilGiuslavorista.it*, 12 maggio 2015.

⁽⁵⁾ Un'ampia, approfondita disamina di tutta la riforma attuata dalla L. 142/2001 e succ. mod. ed integrazioni, da ultimo, in L. IMBERTI, *Il socio lavoratore di cooperativa*, Milano, 2012, ed ivi note di richiami bibliografici e giurisprudenziali. Sugli aspetti processuali della riforma, se vuoi, R. RIVERSO, *I profili processuali della legge n.142 del 2001*, in *Lavoro e Cooperazione tra mutualità e mercato*, a cura di L. MONTUSCHI e P. TULLINI, Giappichelli, 2002, 71 e ss., ed ivi note di richiami; nonché DE ANGELIS, *Il lavoro nelle cooperative dopo la l.n.142/2001: riflessioni a caldo su alcuni aspetti processuali*, in *LG*, 2001,816.

⁽⁶⁾ In tal senso vedi *ex multis* ordinanze Trib. Torino sez lavoro 27.11.2012; Trib. Torino sez. civile 1.3.2013.

L'art. 2 della legge n. 142 del 2001 statuisce che «Ai soci lavoratori di cooperativa con rapporto di lavoro subordinato si applica la legge 20 maggio 1970, n. 300, con esclusione dell'articolo 18 ogni volta che venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo» mentre l'art. 5, comma 2, della medesima legge recita «Il rapporto di lavoro si estingue con il recesso o l'esclusione del socio deliberati nel rispetto delle previsioni statutarie e in conformità con gli articoli 2526 e 2527 del codice civile». Quindi in base alla norma citata lo scioglimento del vincolo sociale determina automaticamente *ope legis* l'estinzione del rapporto lavorativo, quale che sia la natura di quest'ultimo (subordinata, parasubordinata, autonoma) e non richiede alcun ulteriore atto risolutivo.

L'art.2 cit. è stato oggetto, recentemente, di arresti della giurisprudenza di legittimità che interpreta la disposizione enunciando un principio di diritto dirimente «in tema di società cooperativa di produzione e lavoro, ove la società delibera, per ragioni disciplinari, l'espulsione del socio con conseguente automatica cessazione del rapporto di lavoro subordinato intercorrente tra il socio e la società stessa e il provvedimento espulsivo si sia dichiarato illegittimo, trova applicazione, in forza del rinvio operato dall'art. 2 della legge n. 142 del 2001, l'art. 18 St.lav., che comporta che, all'illegittimità della delibera di esclusione del socio consegue anche quella del licenziamento, con il ripristino sia del rapporto associativo sia di quello lavorativo» ⁽⁷⁾ (cfr. Cass. 23 gennaio n.1259 del 2015).

⁽⁷⁾ Si legge nella motivazione: «in base ad un indirizzo di questa Corte ormai consolidato, in tema di società cooperativa di produzione e lavoro, se la delibera di esclusione del socio è fondata esclusivamente sull'intervenuto licenziamento disciplinare, alla dichiarazione della illegittimità del licenziamento consegue la pari illegittimità della delibera di esclusione del socio. Pertanto, in base all'art. 2 della legge n. 142 del 2001 trova applicazione l'art. 18 St.lav. Infatti tale disposizione (l'art. 2) prevede che ai soci lavoratori di cooperativa con rapporto di lavoro subordinato si applica lo statuto dei lavoratori (L. 20 maggio 1970, n. 300), compreso l'art. 18 sulla reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore illegittimamente licenziato, salvo che venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo. Sicché, qualora non si abbia che il rapporto di lavoro si sia risolto in ragione della cessazione del rapporto associativo, ma al contrario che quest'ultimo sia cessato a causa dell'intimato licenziamento del socio lavoratore, non ricorre la fattispecie eccettuata dell'indicato art. 2 e quindi trova applicazione la disciplina ordinaria sulla reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore illegittimamente licenziato (vedi, per tutte: Cass. 6 agosto 2012, n. 14143; Cass. 18 marzo 2014, n. 6224; Cass. 11 agosto 2014, n. 17868). Il suddetto indirizzo risulta applicabile anche nella specie, benché sia stata l'esclusione dal rapporto sociale a comportare il licenziamento, e non viceversa. Infatti, ciò che rileva e che si sia avuta l'estromissione dalla società, con conseguente

La S.C. riconosce uno spazio di operatività residua per l'art. 18 l. 300/70 con la conseguenza che, se il licenziamento disciplinare è alla base della delibera di esclusione, il rapporto di lavoro non sarà sottratto alle garanzie dell'art. 18 l.300/70. È evidente, quindi, che viene demandato all'interprete il compito di individuare le ragioni sostanziali sottese al licenziamento e verificare la relazione teleologica tra i due atti: esclusione-licenziamento.

Al di là della condivisibilità di questa prospettazione ⁽⁸⁾ ciò che rileva in tale sede è il riconoscimento di uno spazio residuo di operatività

risoluzione del rapporto di lavoro subordinato, per ragioni disciplinari e non per ragioni attinenti al rapporto societario e che tali ragioni si siano rivelate inidonee a comportare detta estromissione, con illegittimità anche della risoluzione del rapporto lavorativo. In altri termini, ciò che conta è la sostanza e, nella sostanza, in questo caso, così come in quello esaminato dalle suindicate sentenze, si è avuto un licenziamento disciplinare illegittimo. Del resto, ragionando diversamente, alla Cooperativa sarebbe sufficiente comunicare l'esclusione dal rapporto sociale (implicante la risoluzione di quello lavorativo) per sottrarsi alle conseguenze di cui all'art. 18 St.lav., così violando quella che è la ragione principale della costituzione delle cooperative di produzione e lavoro, rappresentata dal permettere ai soci lavoratori di usufruire di condizioni di lavoro migliori rispetto a quelle disponibili sul mercato, sia in termini qualitativi che economici. Ne deriva che, diversamente da quanto ritenuto dalla Corte territoriale, la presente ipotesi - al pari di tutti i casi di estromissione dalla società del socio lavoratore subordinato, determinata da ragioni disciplinari con contestuale licenziamento- non rientra fra i casi in cui l'art. 2 della legge n. 142 cit. esclude l'applicabilità dell'art. 18 St.lav., dovendo tale esclusione essere limitata alle ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro derivante dalle cause di estromissione dalla società previste dallo statuto per ragioni attinenti al rapporto societario (diverse da quelle che possono determinare il licenziamento disciplinare), come, ad esempio, la mancata partecipazione ad un certo numero di assemblee, l'omesso versamento della quota sociale e così via.

Al rigetto del quarto motivo del ricorso principale, per quel che si è detto, consegue l'accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale, con affermazione dell'applicabilità nella specie applicazione, in forza del rinvio operato dall'art. 2 della legge n. 142 del 2001, dell'art. 18 St.lav., che comporta che, all'illegittimità della delibera di esclusione del socio consegue anche quella del licenziamento, con il ripristino sia del rapporto associativo sia di quello lavorativo».

⁽⁸⁾ Sul punto R. RIVERSO, in *Il socio lavoratore tra delibera di esclusione e licenziamento, profili sostanziali*, relazione presso la SSM, 14 aprile 2015. L'Autore evidenzia, in chiave critica che la legge sulle cooperative «Non valorizza le causali. Dice anzi il contrario: perché stabilendo l'estinzione automatica del rapporto di lavoro in base all'esclusione sociale ha reso evidente, non solo che un licenziamento non debba essere nemmeno intimato, ma altresì, che le causali lavoristiche non valgano nulla sul piano degli effetti estintivi, ricondotti dalla legge solo all'altro atto; e che pertanto non si applichino le relative tutele (addirittura sull'art.18 provvede espressamente». Precisa, altresì, che la scelta adottata dal legislatore «Si fonda su una valutazione della complessità della disciplina; ed è stata adottata attribuendo chiara

dell'art. 18 l.300/70, in passato del tutto escluso, stante il disposto di cui agli artt. 2 e 5 della l. 142/2001 così come modificata.

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 23/2015 ci si chiede se esso possa trovare applicazione. Orbene, accedendo alla tesi secondo cui la disposizione contempla una nuova disciplina per la risoluzione del rapporto nei contratti a tempo indeterminato, stipulati a far data da marzo 2015, non essendovi alcun rinvio formale o recettizio dovrebbe escludersi l'operatività del nuovo regime.

Laddove, invece, come è stato diversamente sostenuto, si ritenga che il d.lgs. 23 del 2015 ha efficacia implicitamente abrogativa del riferimento contenuto nell'art.2 della legge n.141 del 2001 allora la disposizione trova attuazione⁽⁹⁾.

Il co. 2 della disposizione in commento amplia la pletera dei soggetti che sono soggetti alla nuova disciplina, statuendo che «2. Le disposizioni di cui al presente decreto si applicano anche nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato».

L'*intentio legis* è evidente: favorire la conversione dei contratti di lavoro a tempo determinato / apprendistato in contratti a tempo indeterminato, assicurando sgravi fiscali.

Dal tenore letterale della disposizione, che parla di conversione successiva all'entrata in vigore del decreto, sembrerebbe riconoscersi una conversione produttiva di effetti *ex nunc* non già *ex tunc*, equiparando, sostanzialmente le conversioni dei rapporti alle assunzioni.

La conversione è solo quella negoziale o anche quella giudiziale?

Interpretando sistematicamente la disposizione, anche alla luce della ratio legis e degli scopi della riforma (stabilizzare i rapporti di lavoro), la conversione sarebbe esclusivamente quella negoziale.

predominanza sotto il profilo dell'estinzione al profilo societario del rapporto. Già la regola sull'inapplicabilità dell'art.18 l.300/70 quando il socio viene escluso dalla cooperativa era una specificazione del regime giuridico speciale. Non che fosse necessitata; ma così aveva voluto il legislatore della legge 142, in aderenza alla complessità del rapporto di cui si discute ed al collegamento che esiste tra i rapporti. Dopo la legge 30/2003 la stessa regola appare ancora di più in sintonia con l'altra introdotta nell'art.5 della l. 142 che testimonia l'assoluta irrilevanza giuridica del licenziamento in presenza di esclusione e la assorbente rilevanza del profilo associativo nella fase dell'estinzione della complessa posizione».

⁽⁹⁾ I. FEDELE, *Ambito di applicazione del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *ilGiuslavorista.it*, maggio 2015.

È evidente che, essendo generalmente la conversione produttiva di effetti *ex tunc*, la disposizione in commento ha finalità derogatorie rispetto alla disposizione generale ⁽¹⁰⁾.

Del resto nel caso in cui sia accertata l'illegittimità di una clausola del contratto a termine troverebbe applicazione, alla stregua del principio "*tempus regit actum*", la disciplina vigente al momento della stipulazione del contratto a termine; con la conseguenza, quindi, che ritenendo la norma operativa anche per i casi di conversione giudiziale ricadrebbe nell'alveo delle c.d. tutele crescenti l'ipotesi della conversione post 7 marzo 2015. Laddove, invece, il primo contratto dichiarato illegittimo sia antecedente a tale data troverà applicazione la disciplina giuridica del contratto a tempo indeterminato sic et simpliciter.

Tale ricostruzione dovrebbe, tuttavia, essere rivista alla luce della disciplina derogatoria di cui al co.2 perché se la conversione richiamata dalla norma è anche quella giudiziaria rileverà il momento in cui essa è pronunciata, quindi, si attribuiranno parimenti effetti *ex nunc*.

Il co.2 limita il suo ambito di operatività esclusivamente ai contratti a tempo determinato e ai contratti di apprendistato, per cui ci si chiede se il regime di cui al co. 2 possa operare anche per i contratti a progetto dichiarati illegittimi.

L'interpretazione possibilista si fonda essenzialmente su due dati: l'atecnicismo del riferimento al «contratto a tempo determinato» da un lato e dall'altro l'omnicomprensività dell'espressione "conversione" nel cui ambito potrebbero/dovrebbero rientrare anche le pronunce relative ai rapporti di lavoro a progetto.

L'interpretazione negazionista, condivisa anche dalla scrivente, si basa sia sul dato letterale che sistematico.

Nei casi di progetto illegittimo, contrariamente al rapporto di lavoro a tempo determinato il legislatore non parla di conversione. L'art. 69, co.2 del d.lgs. 276/03 così come riformato statuisce «Qualora venga accertato dal giudice che il rapporto instaurato ai sensi dell'articolo 61 sia venuto a configurare un rapporto di lavoro subordinato, esso si trasforma in un rapporto di lavoro subordinato corrispondente alla tipologia negoziale di fatto realizzatasi tra le parti. Salvo prova contraria a carico del committente, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, sono considerati rapporti di lavoro subordinato sin dalla data di costituzione del rapporto, nel caso

⁽¹⁰⁾ Sul punto cfr. C. CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, Relazione presso la SSM, 14 aprile 2015.

in cui l'attività del collaboratore sia svolta con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dell'impresa committente, fatte salve le prestazioni di elevata professionalità».

Aderendo alla tesi della natura costitutiva della sentenza è possibile escludere che possa trattarsi di conversione ⁽¹¹⁾.

Ancora più dirompente è la portata del comma 3 secondo cui «Nel caso in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, integri il requisito occupazionale di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, il licenziamento dei lavoratori, anche se assunti precedentemente a tale data, è disciplinato dalle disposizioni del presente decreto».

Secondo la previsione di questo comma la disciplina in materia di licenziamento di cui al decreto n.23 si estende anche ai lavoratori assunti precedentemente l'entrata in vigore del decreto se il datore di lavoro superi il requisito dimensionale a seguito di nuove assunzioni. Con questo comma si inverte la tendenza della riforma perché a rilevare non è più il profilo diacronico (il momento in cui il lavoratore è stato assunto) ma la scelta datoriale che, a valle, incide sul requisito dimensionale.

Nel concetto di assunti rientrano, infatti, anche quei lavoratori per i quali il rapporto di lavoro subordinato sia stato riconosciuto a seguito di una sentenza del giudice.

Secondo alcuni interpreti la disposizione presenta evidenti profili di incostituzionalità sotto il profilo dell'eccesso di delega, atteso il contrasto con il criterio direttivo di cui alla lett. c) evocato nell'epigrafe del decreto n.23 ⁽¹²⁾

Non può sul punto non effettuarsi una considerazione critica: sarà interessante monitorare nel lungo periodo l'andamento del settore perché è ben possibile che alcuni imprenditori possano, preordinatamente, effettuare nuove assunzioni allo scopo di raggiungere il requisito dimensionale per estendere la disciplina in materia di licenziamenti di cui al decreto in commento e, all'esito, procedere ai licenziamenti stante le minori garanzie riconosciute al lavoratore.

⁽¹¹⁾ L. DI PAOLA, *Le "tutele crescenti" in caso di accertamento della natura subordinata di un rapporto di lavoro*, in *ilgiuslavorista.it*, 15 aprile 2015.

⁽¹²⁾ C. CELENTANO, *op. cit.*

3. Licenziamento per giusta causa e nozione di fatto contestato

Al centro del dibattito giurisprudenziale già all'indomani della l. 92/12 è stata la figura del licenziamento cd. disciplinare e le possibili interpretazioni di fatto contestato.

Il decreto legislativo n. 23 all'art. 3, rubricato *Licenziamento per giustificato motivo e giusta causa*, traccia una nuova disciplina mutuando il sistema delle c.d. tutele "differenziate" già introdotto dalla legge Fornero.

Per una disamina compiuta della previsione è opportuno, considerata anche la vigenza di entrambe le disposizioni, ripercorrere, sia pure brevemente, il dettato della l. 92/12 sul punto, evidenziando, altresì, gli arresti giurisprudenziali di legittimità che hanno contribuito alla formulazione della lettera dell'art. 3.

A seguito dell'entrata in vigore della legge 92/2012 l'art.18 contempla non più un unico regime di tutela reintegratoria nel caso di licenziamento illegittimo bensì l'adozione di un modello che disciplina ben quattro regimi di tutela differenziata.

Il comma primo e secondo dell'art.18 contempla una tutela reintegratoria piena (operante nei casi di licenziamento discriminatorio, nullo, per causa di matrimonio, maternità, retto da motivo illecito determinante, inefficace perché intimato in forma orale. In questi casi (a prescindere dal requisito dimensionale) le conseguenze sono: reintegra e risarcimento del danno⁽¹³⁾).

La tutela reintegratoria e con indennità limitata (co. 4 e 7) cioè con un indennizzo limitato al massimo alle dodici mensilità (scompare il minimo di 5 mensilità), con sottrazione oltre che dell'*aliunde perceptum* anche del *percipiendum* nei casi di a) licenziamento disciplinare valutato dal giudice 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

⁽¹³⁾ L'art. 18 l. 300/70 recita sul punto «Il giudice, con la sentenza di cui al primo comma, condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato inoltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali».

dei codici disciplinari; b) licenziamento economico per giustificato motivo oggettivo per manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento; c) licenziamenti illegittimi per giustificato motivo oggettivo consistenti nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore o ai licenziamenti intimati in violazione dell'art.2110 co. 2 c.c. (periodo di comporto).

La tutela indennitaria piena o forte (co.5 e 7) se il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo oggettivo è illegittimo ma non si configurano le ipotesi innanzi esposte (minimo dodici massimo ventiquattro mensilità che variano in base a diversi parametri di cui il giudice deve tenere conto: numero dei dipendenti, dimensioni dell'azienda, comportamento e condizioni delle parti).

La tutela indennitaria ridotta (co.6) nel caso di vizi formali della procedura cioè violazione dell'art. 7 della l. 300/70 ovvero dell'art. 2 co.2 della l. 604/66, in tal caso l'indennizzo va da 6 a 12 mensilità.

Molteplici sono i dubbi ermeneutici sorti all'indomani dell'entrata in vigore dell'art.18, così come riformato dalla l. 92/2012, soprattutto con riferimento alle ipotesi di licenziamento per giusta causa.

Il comma 4 dell'art.18 postula la possibilità di azionare la tutela reintegratoria attenuata o con indennità solo nei casi in cui non ricorrano 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.

Laddove, invece, il fatto sussista ma non ricorrano gli estremi della giusta causa ovvero del giustificato motivo soggettivo opera la tutela indennitaria forte, senza possibilità di reintegra.

È opportuno partire dal licenziamento disciplinare e dalle ipotesi previste integranti la reintegra per poter, poi, tracciare la linea di continuità/discontinuità rispetto all'art.3 del decreto n. 23.

La reintegra è prevista per «insussistenza del fatto contestato».

La formula sembra echeggiare il disposto di cui all'art. 530 c.p.p. che, tra le formule assolutorie, contempla quella del «fatto non sussiste»⁽¹⁴⁾

Tale formula viene adoperata per indicare che il fatto oggetto dell'imputazione non trova riscontro nelle risultanze probatorie in quanto non risultano provati gli elementi di fatto che dovrebbero integrare gli elementi costitutivi del reato: condotta, evento e nesso di causalità.

⁽¹⁴⁾ F. CARINCI, *op. cit.*

Il primo interrogativo che l'interprete è chiamato a risolvere è se il legislatore del 2012 richiamando la formula "fatto non sussiste" intendeva fare riferimento alla formula assolutoria di cui all'art.530 c.p.p.

Per poter fornire una risposta a quest'interrogativo, solo apparentemente banale, a mio avviso non può prescindersi da una premessa logico-giuridica di sistema.

È principio acquisito che tra i vari ordinamenti giuridici (civile, penale, amministrativo) la relazione sia osmotica. Gli ordinamenti interagiscono tra loro secondo un sistema dei vasi comunicati per cui è necessario stabilire quale sia il significato da attribuire in un diverso ordinamento giuridico a termini desunti da altri ordinamenti e propri di quest'ultimi.

In ordine alla relazione tra gli ordinamenti e l'adozione di termini mutuati da altri settori, allo stato, è dominante in giurisprudenza la teoria esegetico-sperimentale secondo cui, allorquando viene mutuato un termine proprio di altri ordinamenti giuridici, è necessario snidare l'esigenza di tutela che la norma persegue (SS.UU. 2011 n.37954) con la conseguenza che l'esegesi che l'interprete deve compiere deve essere filtrata attraverso le prerogative che il sistema di riferimento persegue.

Tale premessa ermeneutica ha i suoi riflessi, in ambito lavoristico, in ordine al dibattito sul fatto.

L'insussistenza del fatto attiene al fatto materiale o al fatto giuridico?

Secondo i fautori della tesi del fatto materiale occorre accertare che sussista il fatto inteso come condotta senza che debbano essere accertati l'elemento soggettivo o anche profili di imputabilità o di antigiridicità. Estremizzando la tesi de qua, come autorevolmente sostenuto ⁽¹⁵⁾ si arriverebbe a ritenere sussistente un fatto compiuto da un non imputabile o, addirittura un fatto lecito.

Agli antipodi si collocano i fautori della teoria del fatto giuridico secondo cui, invece, il fatto contestato per sussistere deve essere imputabile cioè riconducibile al suo autore e costituire un inadempimento giuridicamente rilevante. Il fatto contestato non è altro che l'inadempimento che, ai sensi dell'art. 1455 cc, di cui l'art. 18 ne costituisce una positivizzazione in termini di specialità, per costituire

⁽¹⁵⁾ F. CARINCI, *op. cit.*, che riporta quale esempio il fumare in un luogo consentito.

causa di licenziamento, ergo di risoluzione del rapporto, deve essere di non scarsa importanza ⁽¹⁶⁾.

Orbene l'art.18 al co.4 evocando le previsioni del contratto collettivo sostanzialmente specializza l'inadempimento di non scarsa importanza di cui all'art.1455 c.c.; se, quindi, l'inadempimento rientra, così come disposto dal CCNL o dal codice disciplinare, tra le condotte punite con una sanzione di tipo conservativo, darà luogo alla reintegra. È ben possibile, però, che il CCNL non contempli tale graduazione. In tale caso non potrà operare che la clausola generale della non scarsa importanza dell'inadempimento di cui all'art. 1455 c.c. stante la portata precettiva della previsione. In tal caso, quindi il giudice ben potrà ritenere che il "fatto contestato" consistente ad esempio in un ritardo di cinque minuti difetti di importanza come condotta inadempiente ossia difetti di proporzionalità in termini generali ed astratti rispetto alla sanzione espulsiva del licenziamento disciplinare.

L'accertamento della sussistenza del fatto si snoda attraverso due momenti la verifica in astratto innanzi evidenziata e la verifica in concreto in termini di sussistenza/insussistenza del fatto contestato.

Se il fatto contestato è insussistente cioè il datore di lavoro non riesce a darne la prova allora il licenziamento disciplinare sarà illegittimo (con conseguente operatività del comma quarto dell'art.18) mentre se risulta sussistente allora si procederà a verificare, in concreto, l'ulteriore verifica della proporzionalità della sanzione espulsiva. In tale giudizio di proporzionalità, come autorevolmente sostenuto, rileva sia l'elemento soggettivo che ogni altro elemento sia oggettivo che soggettivo che faccia meglio apprezzare il (sussistente) fatto contestato ⁽¹⁷⁾.

A mio avviso è da prediligere sicuramente l'interpretazione dell'insussistenza del fatto contestato quale fatto giuridico. Tale interpretazione sarebbe suggerita dalla formula complessiva impiegata dal legislatore che fa riferimento al fatto di cui alla contestazione (rectius fatto contestato) che è l'inadempimento ovvero una condotta posta in essere dal lavoratore dotata di rilevanza disciplinare.

Il giudizio circa la insussistenza del fatto contestato non coincide con quello della presenza/mancanza della giusta causa e del giustificato motivo. Potrebbe obiettarsi che se il fatto contestato viene identificato

⁽¹⁶⁾ G. AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art.18 dello Statuto dei Lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e jobs act*, relazione presso la SSM, 13 aprile 2015.

⁽¹⁷⁾ G. AMOROSO, *op. cit.*, 9.

in toto con l'inadempimento richiesto per potersi parlare di giusta causa o giustificato motivo, una volta escluso che ci sia un tale inadempimento, ne seguirebbe al tempo stesso che il licenziamento è ingiustificato e il fatto contestato è insussistente, con un ritorno allo stato antecedente il nuovo art. 18 St., cioè di una reintegra come sanzione unica.

Tale obiezione può essere confutata perché la giurisprudenza in tema di esistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo ha sempre impiegato un approccio c.d. multifattoriale, consistente nel collocare il fatto nell'intero contesto, dal quale può derivare una serie di attenuanti quali costituite dalla assenza di precedenti disciplinari, dalla lunga anzianità di servizio, dalla disponibilità a scusarsi, dalla tenuità del danno e dall'offerta di risarcirlo, dalla complessità e irrazionalità dell'organizzazione del lavoro, dalla eventuale provocazione datoriale⁽¹⁸⁾.

Ma questo contesto se è rilevante per valutare l'esistenza di una causa o motivo di giustificazione, non è più tale per verificare la sussistenza del fatto contestato che, *prima facie*, deve essere valutato "nudo e crudo" così come contestato dal datore.

Altra ipotesi in cui è prevista la reintegra è il caso in cui il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili. Il contratto collettivo ed il codice disciplinare sono stati "battezzati" quale rete di sicurezza per il lavoratore.

La riconducibilità del fatto contestato ad una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare è stata diversamente interpretata.

I sostenitori della tesi del "fatto materiale" interpretano la lettera della legge in maniera rigorosa e, quindi, ritengono che il fatto contestato debba essere collocato in una casella del codice disciplinare specifica.

I fautori della tesi del "fatto giuridico", invece, ritengono che la disposizione debba essere interpretata in senso elastico per cui è sufficiente che il fatto contestato sia collocabile in una casella generale anche con ricorso al criterio di proporzionalità dal momento che l'art. 2106 cod. civ., non è stato né abrogato né reso inutilizzabile, costituendo un elemento intrinseco all'esercizio del potere disciplinare.

Ritengo che sia preferibile la seconda interpretazione anche alla luce della granitica giurisprudenza che ha considerato le ipotesi previste dai contratti collettivi e dai codici disciplinari esemplificative non tassative

⁽¹⁸⁾ Sul punto cfr. F. CARINCI, *op. cit.*; R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, in *ADL*, 2015, n. 2, 269 ss.

ed ha sempre relegato all'interprete il compito di verificare la proporzionalità tra inadempimento e sanzione irrogata⁽¹⁹⁾.

Il riferimento ai principi generali e alle disposizioni codicistiche assolve ad una funzione suppletiva allorquando in assenza di un codice disciplinare il giudice cerchi di riadattarne qualcuno comparabile, facendo ricorso al criterio di proporzionalità ovvero accertando 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.

Nel solco dell'interpretazione fatto materiale/fatto giuridico si è collocata una sentenza della Corte di Cassazione la n. 23669 del 6 novembre 2014 che, sia pure in un *obiter*, è intervenuta espressamente prendendo posizione sulla querelle interpretativa del fatto ed accedendo alla tesi del fatto materiale. Si legge nell'*obiter* summenzionato «Il nuovo articolo 18 ha tenuto distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione. 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 alla 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».

Scomponendo quest'*obiter* in due periodi emerge che nella prima parte la Suprema Corte afferma che il fatto materiale deve essere tenuto distinto dalla sua qualificazione come giusta causa/giustificato motivo ma ritorna il quesito di fondo: cosa si intende per fatto materiale?

In questo soccorre il secondo periodo che sembrerebbe definire ed identificare il fatto materiale con il fatto storico che prescinde da

⁽¹⁹⁾ Sul punto è stato osservato (Carinci) che «pretendere un millimetrico incasellamento del fatto contestato in una casella del codice disciplinare che preveda una sanzione conservativa, per poter ottenere la reintegra, significherebbe scaricare sul lavoratore il costo del come a tutt'oggi è costruito un codice disciplinare collettivo».

qualsivoglia valutazione dell'interprete che dovrebbe affermarlo o negarlo ⁽²⁰⁾

Ad una prima lettura della pronuncia sembra che non si consideri che il fatto contestato è l'inadempimento ma si consideri il fatto "nudo e crudo" privo di ogni caratterizzazione soggettiva (dall'imputabilità intesa come riconducibilità psicologica del fatto all'autore sino all'elemento soggettivo sub specie di dolo o colpa).

Cercando di interpretare l'*obiter* summenzionato, alla luce delle coordinate ermeneutiche tracciate, giova precisare che sebbene la Suprema Corte costruisca un'interpretazione restrittiva del fatto contestato quale fatto materiale tenendo fuori dalla valutazione dell'addebito il giudizio di proporzionalità in concreto della sanzione espulsiva al fine della tutela reintegratoria, non può prescindere dalla circostanza secondo cui il fatto contestato è una condotta materiale che si qualifica sempre come inadempimento degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro quindi, fatto materiale sì ma sempre giuridicamente qualificato, postulando l'inadempimento un giudizio di valore.

È evidente, quindi, che così interpretando la formula "ellittica" del fatto materiale come inadempimento atteso che la disposizione fa riferimento al fatto contestato che è la condotta giuridicamente qualificata *rectius* l'inadempimento degli obblighi derivanti dal rapporto, l'interprete può e deve qualificare tale inadempimento.

All'indomani della pronuncia della Suprema Corte si registrano, comunque, pronunce di merito che non sposano la tesi dell'insussistenza del fatto contestato quale mero fatto materiale privo di qualsivoglia ulteriore caratterizzazione.

Sul punto, in termini analoghi a quanto innanzi evidenziato, si segnala la sentenza n. 173/2015 del 12 maggio 2015 della Corte di Appello di Brescia che, per quanto qui rileva, recita «La nuova formulazione dell'art.18 non restringe l'ipotesi del IV comma alla sola ipotesi di mancanza del fatto materiale contestato, per tale intendendosi la sola mancanza degli elementi materiali dell'illecito disciplinare (condotta, nesso di causalità ed evento), confinando conseguentemente nella categoria residuale delle "altre ipotesi" tutela indennitaria (così genericamente individuate nel 5° comma dell'art.18) tutti gli altri casi in cui fosse invece insussistente l'antigiuridicità, l'imputabilità, la volontarietà della condotta, l'elemento soggettivo ed infine il difetto di proporzionalità. E questo anche senza voler considerare che la mancanza di quest'ultimo requisito potrebbe ancora riportare alla

⁽²⁰⁾ F. CARINCI, *op. cit.*

reintegra per altra via, ogni volta che si venga a configurare la seconda ipotesi, in presenza della quale l'art.18, 4° comma, riformato dalla legge 92, prevede l'operatività della tutela forte per essere il fatto riconducibile ad una condotta disciplinare "punita con una sanzione conservativa" nei contratti collettivi e nei codici disciplinari.

Vanno, infatti, riportati all'interno della stessa tutela reintegratoria tutti i casi in cui il fatto neppure abbia rilevanza disciplinare (oltre ai casi in cui non sia imputabile al lavoratore, non sia assistito dall'elemento soggettivo contestato o dalla volontarietà della condotta, o sia privo di anti giuridicità in quanto giustificato). "Il fatto contestato" deve dirsi perciò insussistente anche se, nell'ipotesi in cui fosse stato contestato un furto, non solo esso non sia 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.

Quindi, ai fini della reintegra, occorre guardare all'insieme degli elementi del fatto, così come contestato, ed effettuare una valutazione globale del medesimo, indagando l'atteggiamento psicologico del lavoratore e gli elementi della valutazione giuridica. Anche perché, prescindendo dalla valutazione del comportamento alla luce della sua qualificazione giuridica, si finirebbe per autorizzare l'estinzione del rapporto per ogni sorta di contestazione, anche di fatti di nessun rilievo giuridico e disciplinare. Il che confina, ma non coincide, con il problema della proporzionalità.

A prescindere dal caso in cui ci si trovi in presenza di previsioni disciplinari più o meno tipizzate e tassative, deve escludersi che possa dar luogo alla tutela meramente indennitaria una qualsivoglia infrazione disciplinare di qualsiasi entità e valore (ancorché materialmente sussistente e di cui il lavoratore dovesse pure rispondere per la presenza di tutti i requisiti della responsabilità): perché una violazione minima, anche se non codificata nelle elencazioni che prelude alle sanzioni conservative, non potrebbe mai comportare, per comune interpretazione, la sola tutela indennitaria quando risulti evidente l'abbaglio del datore di lavoro, o il suo torto palese, o la pretestuosità della contestazione, ecc. D'altra parte, la stessa mancanza di proporzionalità del fatto rispetto alla sanzione – anche in casi meno eclatanti – conduce alla reintegra, attraverso il ragionato confronto che il giudice deve instaurare con le previsioni collettive per cui il caso del fatto lieve non regolato a livello disciplinare non può certo – per un elementare principio di giustizia – essere trattato peggio di un caso più grave, ma espressamente punito con sanzione conservativa».

Leggendo, invece, l'art. 3 del d.lgs. 23/2015 che disciplina il licenziamento per giusta causa (definito "disciplinare" nella legge delega con la positivizzazione della nozione) è evidente che la reintegra è ammessa solo nel caso isolato di cui al co.2 della disposizione e, al 1 co., vi è un meccanismo di tutela crescente con riferimento all'indennizzo parametrato agli anni di servizio.

Recita l'art. 3 «1. Salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un' indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità.

2. Esclusivamente nelle 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, il giudice annulla il licenziamento e condanna il 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, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione non può essere superiore a dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva. Al lavoratore è attribuita la facoltà di cui all'articolo 2, comma 3. 3. Al licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 1 non trova applicazione l'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni».

L'inciso di interesse «l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento» ricalca l'*obiter* contenuto nella sentenza della Suprema Corte del 6 novembre 2014, n. 23669 ⁽²¹⁾.

È inevitabile che un'interpretazione letterale della disposizione non può che condurre ad una mera interpretazione del fatto materiale non considerando alcun profilo attinente al giudizio di valore.

Accedendo, invece, ad un'interpretazione della disposizione che consideri anche i principi generali che, salvo il principio di specialità proprio della legislazione di settore, non sono, allo stato, abrogati, non può non porsi l'accento sul dato secondo cui il fatto materiale insussistente è quello contestato e la contestazione ha ad oggetto l'inadempimento, quindi, si è in presenza comunque, e non potrebbe essere diversamente, di una qualificazione giuridica.

Mutuando il metodo esegetico-sperimentale, a cui in precedenza facevo riferimento, la dizione di fatto materiale non può avere in ambito lavoristico la stessa caratterizzazione propria dell'ambito penale stante le diverse finalità perseguite dai due sistemi e non può essere interpretata quale fatto "nudo e crudo".

In ambito penale all'accertamento del fatto è immanente la valutazione della *suitas* cioè la riferibilità psicologica del fatto all'autore.

In ambito lavoristico tale elemento permea il fatto contestato *rectius* l'inadempimento per cui a mio avviso è difficile prescindere dalla riferibilità psicologica del fatto *rectius* della condotta all'autore allorquando si parla di inadempimento.

Resta, però, un dato introdotto dalla nuova disposizione: la mancata previsione del riferimento alla contrattazione collettiva ed ai codici disciplinari e l'inversione dell'onere probatorio.

La scelta di non contemplare il riferimento ai codici disciplinari ed ai contratti collettivi è stata interpretata come ulteriore tentativo di livellamento delle tutele, attuato anche attraverso il depotenzionamento della contrattazione collettiva ⁽²²⁾.

In ordine all'onere probatorio la disposizione recita «direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza materiale del fatto contestato».

⁽²¹⁾ In altri termini il dato letterale esplicita quel significato che nella disposizione andava letto contro luce, cioè che al giudice non è concesso di escludere la sussistenza del fatto contestato solo perché la sanzione del licenziamento risulterebbe eccessiva rispetto alla gravità dello stesso fatto.

⁽²²⁾ F. CARINCI, *op. cit.*

La formula utilizzata per la ripartizione dell'onere della prova con riguardo all'insussistenza del fatto contestato è ben diversa da quella impiegata nell'art. 18, co. 4, l. 300/70.

Nell'art. 18 l'insussistenza deve essere giuridica cioè deve emergere dalle risultanze processuali e l'onere probatorio grava sul datore di lavoro.

Nell'art. 3 del d.lgs. 23/2015 la prova è incentrata sulla in-sussistenza del fatto.

È evidente che tale onere non può incombere sul datore (che potrebbe fornire solo la prova della sussistenza) ma sul lavoratore cioè è il lavoratore che deve fornire la prova dell'insussistenza del fatto per ottenere la reintegra, con la conseguenza che se il lavoratore non dispone di prove che dimostrino direttamente l'insussistenza del fatto non potrà essere reintegrato⁽²³⁾.

La disposizione chiarisce anche che la prova deve essere diretta "direttamente dimostrata", per cui non sono ammesse le presunzioni⁽²⁴⁾.

Che la lettera non tradisca l'intenzione del legislatore almeno con riguardo alla distribuzione dell'onere della prova, lo conferma la Relazione illustrativa del decreto n. 23/2015, che a proposito dell'art. 3, co. 2 recita «Fermo restando l'onere della prova a carico del datore di lavoro rispetto alla legittimità del motivo addotto per il licenziamento, l'onere della prova rispetto all'insussistenza del fatto materiale contestato (unica fattispecie di licenziamento per motivo soggettivo o giusta causa per cui può scattare la tutela reintegratoria) è in capo al lavoratore».

Va, quindi, osservato che la reintegra non può essere accordata sulla base della mancanza della prova dei fatti addebitati dal datore, per cui se il lavoratore non dispone di prove che possono dimostrare direttamente l'insussistenza del fatto non potrà essere reintegrato.

Questa scelta stride con i principi costituzionali ed in particolare con l'art.3 comma 2 cost. ponendo in crisi le prerogative del diritto del lavoro così come costituzionalmente riconosciute.

⁽²³⁾ F. CARINCI, *op. cit.*; M. MARRAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 236.

⁽²⁴⁾ F. CARINCI, *Il tramonto dello Statuto dei lavoratori (dalla l. n.300/1970 al Jobs Act)*, rielaborazione dell'intervento al convegno di Napoli del 27 febbraio 2015 sul tema *Il nuovo regime dei licenziamenti individuali e collettivi*.

Ferma l'eccezione della reintegra nei casi anzidetti l'unica forma di tutela in caso di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo illegittimo è la tutela indennitaria.

L'art. 3 co.1 recita «Salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità».

Anche in questa previsione è evidente la *voluntas legis* volta a sottrarre al potere giudiziario ogni discrezionalità nella determinazione del costo del licenziamento ancorandolo a parametri, essenzialmente, fissi e predeterminati e, sostanzialmente, riducendola.

Secondo il co. 5 dell'art. 18 l. 300/70 nel caso di licenziamento disciplinare ingiustificato che non dia luogo alla reintegra, il giudice può condannare il datore di lavoro «al pagamento di una indennità risarcitoria determinata tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo».

L'indennità risarcitoria passa da dodici/ventiquattro mensilità graduabili in base a vari criteri rimessi al potere discrezionale del giudice, sempreché sia in grado di motivarli, a quattro/ventiquattro, in ragione di incrementi annuali di due mensilità: sì che il minimo di dodici previsto dall'art. 18, co. 5 verrebbe raggiunto in sei anni, ed il massimo di ventiquattro mensilità in dodici anni.

Ulteriore innovazione è la base di calcolo dell'indennità, parametrata non all'ultima retribuzione globale di fatto come statuito dalla l. 92/12 ma all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, sempre nell'ottica di predeterminazione del "costo del licenziamento" ed azzerando qualsivoglia forma di discrezionalità per il giudice.

4. Conclusioni

All'indomani della riforma introdotta dal d.lgs. 23/2015 alcuni principi emergono in maniera chiara ed inequivoca: il depotenzionamento del ruolo del giudice, non più interprete dei fatti e garante dei contrapposti valori ma mero esecutore di un dato normativo *prima facie* inequivoco; concentrazione e apparente semplificazione del regime delle tutele che, in realtà, sono moltiplicate perché, come detto in apertura, ci troviamo in presenza di un regime differenziato a seconda della data di assunzione ⁽²⁵⁾; il definitivo superamento del regime di tutele differenziate e l'adozione della reintegra come eccezione; la scelta di ancorare l'indennizzo da corrispondere nei casi di illegittimità del licenziamento alla anzianità di servizio (unico aspetto crescente della tutela).

Restano sullo sfondo tutte le questioni legate all'interpretazione del "fatto materiale" che dopo la novella non sembra lasciare spazi all'interprete; la possibilità di deroga, attraverso la contrattazione collettiva ed individuale del regime delle tutele crescenti; il prevedibile incremento tra i vizi dedotti in sede di ricorso delle forme di licenziamento discriminatorio e, comunque, nullo al fine di ottenere la tutela reintegratoria.

L'interprete, rispetto a tale panorama, non può sconfinare i confini tracciati dalla legge perché come disse Calamandrei «Non vi è dubbio che il giudice ha sempre, anche quando la legge è chiara e precisa, un certo ambito di apprezzamento per stabilire i rapporti tra legge ed il fatto; ma è certo altresì che quest'ambito è delimitato dai termini posti dalla legge e che è proprio questa delimitazione posta dalla legge al giudice che costituisce la maggiore certezza del diritto e della libertà» ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Questo dato apparirà in tutta la sua evidente irragionevolezza nell'ambito delle procedure di licenziamento collettivo in cui, ad esempio, nel caso di violazione dei criteri di scelta si applicheranno tutele diverse ai lavoratori a seconda della data in cui sono stati assunti (reintegra per quelli *ante* jobs act mentre solo tutela indennitaria per quelli assunti successivamente).

⁽²⁶⁾ P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, Bari, 2013. Affermazione ricordata da G. VIDIRI, in *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del job act tra luci e (non poche) ombre*, nel testo dell'intervento tenuto al convegno di studi *Le nuove tutele contro il licenziamento illegittimo nel regime del jobs act*, Roma, 13 febbraio 2015, Aula Magna della Corte di Cassazione, il quale ne trae un monito per quanti «operano in settori ordinamentali di rilevante impatto sociale e su materie suscettibili, per gli interessi coinvolti, di essere demagogicamente declinati».

Questa frase si pone come monito per il magistrato e, in particolare per il giudice del lavoro che dovrà nei limiti posti dalla stessa legge sollevare, se necessario, questioni di legittimità costituzionale, astenendosi da interpretazioni che possano forzare il dato dispositivo.