

Jobs Act e licenziamenti disciplinari secondo il decreto legislativo recante le disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.

IL “FATTO MATERIALE” CONTESTATO AL LAVORATORE

di Antonio BELSITO*

Sommario: 1. Introduzione. 2. La reintegra a seguito di licenziamento disciplinare illegittimo. 3. La riforma dell’art. 18 secondo l’art. 3 d.lgs. 4/03/2015 n. 23. 4. Conseguenze del ritorno della categoria del “*fatto materiale*”. 5. Inversione dell’onere della prova. 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Con uno dei cd. decreti attuativi della riforma dei lavori, l. 10/12/2014 n. 183 (suggestivamente chiamata Jobs Act), sono state introdotte disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.

A decorrere dall’entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 e cioè dal 07/03/2015 il datore di lavoro potrà assumere lavoratori a tempo indeterminato secondo il contratto a tutele crescenti.

Da ora in poi, quindi, i lavoratori assunti

a tempo indeterminato otterranno, in caso di licenziamento illegittimo, le tutele secondo le norme ed i limiti previsti nelle disposizioni del Jobs Act.

All’articolo 3 n. 2 di tale provvedimento (d.lgs. 4/03/2015 n. 23)¹ si legge che, soltanto nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giusta causa in cui sia dimostrato in giudizio l’insussistenza del “*fatto materiale*” contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la spropor-

* Avvocato giuslavorista, Direttore del Centro Studi Diritto dei Lavori.

¹ D.lgs. 4/03/2015 n. 23: Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183.

zione del licenziamento, il giudice annulla il licenziamento stesso.

Tale disposizione solleva non poche perplessità poiché, come si dirà in seguito, limitare la disamina al solo "fatto materiale" espressamente contestato al lavoratore significa rivedere una serie di interpretazioni più valide ed estensive che seguono la cd. teoria del "fatto giuridico".

Inoltre, non di poco conto, è la precisazione prevista dalla citata nuova norma che il Giudice non si deve disinteressare del requisito della proporzione tra il fatto accertato e la sanzione (del licenziamento) adottata.

2. La reintegra a seguito di licenziamento disciplinare illegittimo

L'istituto della reintegrazione nel posto di lavoro, introdotto con lo Statuto dei Lavoratori all'art. 18 (l. n. 300/1970) è stato negli anni oggetto di numerose diatribe.

Devastante è stato però l'intervento della l. n. 92/2012 (cd. riforma Fornero) che, in maniera tutt'altro che chiara, ha creato una serie di nuove ipotesi confusionarie al punto che neanche gli addetti ai lavori hanno potuto facilmente interpretare un articolo che prima era stato scritto in maniera semplice e chiara in 10 righe mentre ora è stato riscritto in maniera alquanto confusionaria in oltre tre pagine. Di tale risultato disastroso autorevole dottrina ne ha, a più riprese, messo in risalto le negatività.²

Considerato, però, che tali disposizioni si applicano alle aziende che hanno alle loro dipendenze più di 15 lavoratori³ (o più di

cinque se trattasi di imprenditore agricolo), non sono interessate la stragrande maggioranza delle ditte su cui si regge buona parte dell'economia nazionale. Infatti l'art. 9 del d.lgs. n. 23/2015 stabilisce che non si applicano le disposizioni di cui all'art. 3 nei confronti delle piccole imprese e delle organizzazioni di tendenza.

Semmai l'art. 18 ha penalizzato in maniera spropositata soltanto le aziende "colpevoli" di avere in quel momento alle proprie dipendenze appena 16 lavoratori che, in caso di illegittimità del licenziamento, hanno subito le stesse conseguenze di una grande società multinazionale.

Così si è creato un ingiusto squilibrio, purtroppo mai posto in discussione nonostante l'evidenza e ciò soltanto per mere

tuato non già nel momento in cui avviene il licenziamento, ma avendo quale parametro di riferimento la c.d. "normale occupazione" nel periodo antecedente (gli ultimi 6 mesi), senza tener conto di temporanee contrazioni di personale. Non sono computabili:

- tutti i contratti di apprendistato poiché esclusi l'art. 7, comma 3, del d.lgs. n. 167/2011, (che riporta quanto contenuto nell'art. 21 della L. n. 56/1987 ora abrogato);
- i contratti di inserimento (ormai abrogati dalla l. n. 92/2012 con decorrenza dal 2014) ed i contratti di inserimento ex art. 20 della l. n. 223/1991;
- i contratti per lavori socialmente utili o di pubblica utilità, secondo quanto previsto dall'art. 7, comma 7, del d.lgs. n. 81/2000;
- i contratti di somministrazione che non rientrano nell'organico dell'utilizzatore ex art. 22, comma 5, d.lgs. n. 276/2003.

Nella circolare ministeriale del 16/01/2013 n. 3 viene testualmente riportato: "Vanno, invece, compresi nell'organico aziendale i lavoratori delle società cooperative di produzione e lavoro che hanno sottoscritto un contratto di lavoro subordinato secondo la previsione contenuta nell'art. 1, comma 3, della l. n. 142/2001, i lavoratori a domicilio, i lavoratori sportivi professionisti che, in virtù dell'art. 4, comma 9, della l. n. 91/1981, rientrano nel computo dimensionale dell'azienda. Il computo parziale nell'organico non riguarda soltanto i lavoratori ad orario ridotto a tempo indeterminato - come riportato, esplicitamente, dalla norma ma anche gli intermittenti, in forza dell'art. 39 del d.lgs. n. 276/2003. che li calcola nell'organico dell'impresa «ai fini dell'applicazione di norme di legge, in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre» o quelli «in lavoro ripartito» computati complessivamente in relazione all'orario svolto e che vanno considerati come un'unità allorquando l'orario complessivo coincida con il tempo pieno".

² Cfr. anche F. CARINCI - M. MISCIONE, *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. Prat. Lav.*, suppl. n. 33, 2012; A. VALLEBONA, *La Riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, G. VENETO, *La Costituzione, il lavoro e il Sud*, in *Il Diritto dei Lavori*, Anno VII n. 1, Cacucci, Bari, aprile 2013.

³ Ai fini del computo i lavoratori a tempo parziale indeterminato sono calcolati "pro-quota" in relazione all'orario pieno contrattuale, mentre non si computano il coniuge ed i parenti entro il secondo grado, sia in linea diretta che collaterale. Il calcolo della base numerica deve essere effet-

tutele di interessi politico-sindacali riferiti ad aziende con centinaia o migliaia di subordinati.

Alle grandi aziende multinazionali il rischio della reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato non preoccupa affatto; chi lo teme è l'azienda che ha pochi dipendenti, ma in numero appena superiore a quindici unità.

Le conseguenze che ne sono derivate per queste piccole aziende sono drammatiche ma evidentemente non interessano ad alcuno.

Un legislatore meno politico e più avveduto avrebbe saputo graduare le conseguenze.

Premesso quanto innanzi, non certo si possono addebitare responsabilità all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori e, quindi, alla reintegra nel posto di lavoro per le varie problematiche insorte nelle aziende e per la grave crisi economica sia perché, come già accennato, nel nostro Paese la stragrande maggioranza delle aziende ha un numero inferiore ai 15 dipendenti, sia perché le aziende con un numero di dipendenti superiori a 100, in Italia, sono davvero poche.

Quelle poi con un numero dipendenti da 1.000 in su sono pochissime!

Tuttavia l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro non può essere concretamente eseguito, nel senso che tranne se il datore di lavoro non decida di adempiere spontaneamente non sarà possibile per l'ufficiale giudiziario eseguire materialmente la reintegrazione del lavoratore in azienda spostando fisicamente lavoratori o costringendo altrimenti lo stesso datore di lavoro, per il noto principio valido anche nel nostro ordinamento *"nemo ad factum cogi potest"*.

Le grandi aziende non hanno subito più di tanto danni a seguito dell'ordine di reintegrazione concretizzatosi sostanzialmente solo in un risarcimento danni.

3. La riforma dell'art. 18 secondo l'art. 3 d.lgs. 4/03/2015 n. 23

La nuova riforma nel coinvolgere lo stesso articolo 18 l. n. 300/1970 ha ridimensionato le ipotesi di reintegrazione nel posto

di lavoro ed ha stabilito che, per il licenziamento disciplinare ritenuto illegittimo, resti confermata la originaria tutela dell'art. 18 e si possa ottenere il provvedimento di reintegra.

Tuttavia il Giudice non dovrà tener conto della proporzione tra quanto contestato e la sanzione adottata ma dovrà limitarsi ad accertare la sussistenza o meno dello stesso fatto contestato.

E' preliminarmente necessario evidenziare che gli orientamenti giurisprudenziali hanno sempre privilegiato la categoria del "fatto giuridico" ritenendo indispensabile, al fine di accertare l'illegittimità del licenziamento e ordinare la reintegra, esaminare tutti gli elementi del fatto contestato così da effettuare una sua valutazione globale, tenendo conto anche del comportamento psicologico del lavoratore.

Orbene, con il Jobs Act si ritorna a discutere del "fatto materiale contestato al lavoratore" in senso restrittivo ai fini dell'applicazione dell'art. 18 l. n. 300/1970.

Già dopo l'entrata in vigore della riforma cd. Fornero l'art. 18, così come modificato, preservava la tutela della reintegrazione nel posto di lavoro purchè non sussistesse il fatto contestato ai fini della giusta causa del licenziamento.

Di conseguenza perché il fatto contestato risultasse insussistente era sufficiente che nella contestazione mancasse qualche elemento e che, quindi, l'esame globale dell'intera vicenda offriva condizioni esimenti o ne riduceva la responsabilità del lavoratore licenziato.

4. Conseguenze del ritorno della categoria del "fatto materiale"

Anche la giurisprudenza di legittimità, a più riprese, aveva sottolineato la necessità di tener distinta, secondo quanto statuito dal nuovo testo dell'art. 18 l. n. 300/1970, la valutazione del "fatto materiale" dalla sua qualificazione. Pertanto, la tutela della reintegrazione trova spazio in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, verifica che si esaurisce

nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto condotto senza margini per valutazioni discrezionali.⁴

Stesso concetto veniva ribadito dalla giurisprudenza di merito secondo la quale il riferimento al fatto doveva necessariamente intendersi rivolto al "fatto giuridico" come globalmente accertato.⁵

Ed ancora, recentemente la giurisprudenza di legittimità ha nuovamente ribadito che: "La valutazione del requisito di proporzionalità del licenziamento disciplinare previsto dall'art. 2106 c.c. deve tenere conto di tutti gli elementi che caratterizzano la condotta oggetto del procedimento disciplinare".⁶

Invece, a seguito dell'introduzione dell'art. 3 d.lgs. n. 23/2015, in attuazione di quanto previsto dalla legge delega n. 183/2014, perché venga dichiarata l'illegittimità del licenziamento disciplinare, dovrà essere direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale e ciò a prescindere dalla proporzionalità del provvedimento adottato.

Il Giudice quindi non potrà statuire sulla sproporzione tra il fatto contestato e la sanzione del licenziamento adottata!

⁴ Cass. civ., Sez. lav., 6 novembre 2014 n. 23669: "Il nuovo art. 18 della legge n. 300/1970, come novellato dalla legge n. 92/2012 (legge Fornero), tiene distinta la valutazione del fatto materiale dalla sua qualificazione. Pertanto, la tutela della reintegrazione trova spazio in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, verifica che si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto condotto senza margini per valutazioni discrezionali (disposto, nella specie, il reintegro del lavoratore direttore di banca accusato di condotte inadempienti nella gestione dell'ufficio, atteso che l'istruttoria svolta aveva escluso la commissione delle condotte come contestate, ossia con riferimento ai connotati dell'abitualità che le rendevano più gravi rispetto ad una condotta occasionale, e perciò inidonee a giustificare la massima sanzione disciplinare)".

⁵ Tribunale di Bologna, Sez. lav., 15/10/2012.

⁶ Cass. civ., Sez. lav., 20 gennaio 2015 n. 854. Sempre secondo questo orientamento nel rivalutare il requisito della proporzionalità della sanzione non bisognava limitarsi "al solo accertamento del fatto materiale posto in essere dal lavoratore ed alla corrispondenza con le fattispecie per le quali il contratto collettivo nazionale applicabile prevede il licenziamento per giusta causa".

Come si può notare, trattasi di uno stravolgimento della interpretazione anche giurisprudenziale offerta sino a qualche mese fa.

5. Inversione dell'onere della prova

Nei giudizi di impugnazione del licenziamento, a quanto pare disciplinare, con l'introduzione di questa norma, si inverte l'onere della prova dovendosi, secondo tale disposizione, accertare "l'inesistenza o insussistenza del fatto materiale".

È inevitabile che il datore di lavoro fornirà già per *tabulas* ed, eventualmente, con qualche prova orale la sussistenza dello stesso fatto contestato, a nulla rilevando che l'episodio debba essere inquadrato in un contesto ed in una vicenda ben più ampia e complessa.

Ciò significa che, inevitabilmente, il lavoratore sarà costretto, in caso di impugnazione del licenziamento, a dover provare l'insussistenza del fatto contestato.

Attenzione però, perché non è sufficiente una prova indiretta, bensì quella diretta.

Dalla lettura di tale norma, infatti, si evince che dovrà essere il lavoratore ricorrente a provare **direttamente** che il fatto contestato non esiste!

In questo modo si vanificano i principi processuali in tema di impugnazione del licenziamento che sinora hanno posto a carico del datore di lavoro l'onere di provare la liceità e legittimità del licenziamento.

Da sempre infatti il lavoratore in caso di impugnazione del licenziamento deduceva la sua illegittimità e chiedeva la reintegrazione nel posto di lavoro, mentre era onere del datore di lavoro provare la legittimità della risoluzione contrattuale.

Se la prova offerta sulla inesistenza del fatto dovesse essere insufficiente non potrà ordinarsi la reintegra.

Siamo di fronte ad uno stravolgimento processuale ai limiti della illegittimità costituzionale.

Con la nuova normativa il "fatto materiale" riprende spazio sulla teoria della valutazione del "fatto giuridico", perché la sua insussistenza non dovrebbe essere accertata

dall'esame dell'intera vicenda, bensì limitando la verifica esattamente a quanto riportato nel testo del fatto contestato.

Sarà quindi ipotizzabile anche una contestazione di un fatto per il quale il lavoratore non sia in grado di provarne l'insussistenza, vanificando così ogni possibilità di impugnazione del licenziamento.

6. Conclusioni

Questa interpretazione restrittiva imposta dalla norma ora esaminata impedisce un adeguato approfondimento delle vicende inerenti la contestazione perché, la disamina sia nel procedimento disciplinare sia nell'eventuale giudizio di impugnazione rimarrebbe contenuta allo specifico e verosimilmente limitato "fatto contestato" riportato nella missiva.

Qualora si finisse per privilegiare soltanto la verifica inerente la sussistenza dello specifico fatto contestato, si potrebbe cre-

are una vera ingiustizia sociale emergente proprio da questa teoria dell'esame del solo "fatto materiale".

Qualora si finisse per privilegiare soltanto la verifica inerente la sussistenza dello specifico fatto contestato, si potrebbe creare una vera ingiustizia sociale emergente proprio da questa teoria dell'esame del solo "fatto materiale".

Si renderà pertanto opportuno meglio chiarire quanto previsto dal n. 2 dell'art. 3 d.lgs. n. 23/2015 per consentire una uniforme applicazione della normativa che francamente, allo stato, non pare aver tenuto conto del costante autorevole insegnamento della giurisprudenza di legittimità.

D'altronde, una verifica giudiziaria limitata al fatto contestato (un po' come accade nel processo penale che si esamina soltanto quanto trascritto nella rubrica a carico dell'imputato) non risulterebbe corrispondere affatto ad una emancipazione di civiltà giuridica.

Abstract

L'autore evidenzia, nel suo contributo, come la limitazione della verifica giudiziaria alla disamina del solo "fatto materiale" contestato al lavoratore, come introdotta dalla novella legislativa, comporti una lesione ulteriore per il contraente debole, anche in ragione della previsione dell'inversione dell'onere della prova circa l'inesistenza del fatto.

The author points out, in his contribution, as the restriction of judicial examination to review of only "material fact" objected to the worker, as introduced by the new legislation, includes a further injury to the weak contracting, even due to the reversal of the burden of proof about the non-existence of the fact.