

Cedant leges togæ. La gran confusione sull'insussistenza del fatto nel giustificato motivo oggettivo

di M. Verzaro - 14 Settembre 2024

La sentenza della Corte costituzionale 16 luglio 2024, n. 128 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 2, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 «nella parte in cui non prevede che si applichi anche nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale allegato dal datore di lavoro, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa il ricollocamento del lavoratore» (§ 18).

La norma, come noto, prescrive la sanzione della reintegrazione attenuata (con indennità risarcitoria fino ad un massimo di 12 mensilità) «nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrato in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento».

Si aggiungono, ora, le ipotesi del giustificato motivo oggettivo (g.m.o.), secondo la formulazione della Consulta, cadendo, così, uno dei punti che più avevano contraddistinto la riforma del *Jobs Act* con un'espansione della reintegrazione che supera l'espressa esclusione della delega legislativa *ex* art. 1, comma 7, lett. c), l. 10 dicembre 2014, n. 183 («escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro»), cui il legislatore delegato aveva dato conforme attuazione.

La Corte interviene sulla base delle questioni di costituzionalità sollevate dal Tribunale di Ravenna, con ordinanza del 27 settembre 2023, in riferimento agli artt. 1, 2, 3, commi 1 e 2, 4, comma 1, 24, comma 1, 35, comma 1, 41, commi 1 e 2, 76 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea, sull'art. 3, commi 1 e 2, d.lgs. n. 23/2015 in relazione ad un caso concernente un licenziamento per g.m.o. intimato da un'agenzia di somministrazione nei confronti di un lavoratore assunto a tempo indeterminato.

L'impresa aveva attivato la procedura di messa in disponibilità per mancanza di occasioni di lavoro (MOL), di cui all'art. 25 del Contratto collettivo nazionale di lavoro (CCNL) per la categoria delle Agenzie di somministrazione di lavoro del 15 ottobre 2019, e, stante l'esito negativo della stessa, aveva comunicato il licenziamento per g.m.o. al lavoratore.

Senonché, nel corso del giudizio era stato dimostrato che l'agenzia aveva stipulato molteplici contratti di somministrazione cui il lavoratore avrebbe potuto essere impiegato, considerata la sua professionalità e l'ambito territoriale di operatività degli stessi, e ciò «integrava una fattispecie idonea a configurare l'«insussistenza del fatto» posto a giustificazione del licenziamento, dimostrata direttamente in giudizio» (§ 1.2).

Orbene, il giudice *a quo*, dovendo fare applicazione dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, per il licenziamento per g.m.o. ingiustificato, «deduce che la disposizione censurata tutelerebbe in modo ingiustificatamente differenziato situazioni del tutto identiche, o almeno omogenee, sulla base della mera scelta del datore di lavoro di qualificare, come disciplinare o per giustificato motivo oggettivo, l'atto espulsivo, di cui il lavoratore è costretto a subire diverse conseguenze sostanziali, seppure adottato in entrambi i casi su fatti processualmente accertati come inesistenti» (§ 1.4).

La Corte rileva che per il licenziamento per g.m.o. «la verifica di effettività della ragione d'impresa posta a giustificazione della soppressione del posto di lavoro non interferisce con la discrezionalità delle scelte datoriali, ma costituisce un accertamento in concreto sulla veridicità e autenticità della ragione addotta dall'imprenditore» (§ 5.1) e che «il fatto posto a base del recesso si deve identificare con la decisione economica organizzativa con la quale il datore di lavoro intende giustificare l'interruzione del contratto di lavoro, sicché costituiscono elementi fondamentali del giustificato motivo, sia la soppressione di un posto di lavoro, sia il nesso causale tra la soppressione del posto e il lavoratore licenziato; prive di rilievo sono, invece, le ragioni economiche o produttive che sono a monte della soppressione del posto occupato dal lavoratore licenziato e che quindi non possono essere oggetto di sindacato del giudice» (§ 5.2).

Ora, secondo la Consulta, il fatto posto a base del recesso trova il suo fondamento nella «natura necessariamente causale del recesso datoriale, introdotta dal legislatore a seguito del monito di questa Corte (sentenza n. 45 del 1965) con la legge n. 604 del 1966, integrata poi dalla legge n. 300 del 1970; prescrizione cardine mai smentita, che tuttora è a fondamento della disciplina di tutela del lavoratore subordinato»; di guisa che «il licenziamento, salvo particolari e nominate ipotesi, non può essere senza causa, ossia acausale (*ad nutum*). Esso – per speciale prescrizione imperativa – deve fondarsi su una causa, declinata come “giusta causa” (*ex art. 2119 cod. civ.*) [...] oppure come “giustificato motivo”. Se il rapporto di lavoro cessa per volontà del datore di lavoro, la ragione del licenziamento appartiene alla causa di questa particolare forma di recesso, configurata come fattispecie legale tipica di atto unilaterale. Se mancano una giusta causa o un giustificato motivo, il licenziamento innanzi tutto viola la regola legale della necessaria causalità del recesso, prima ancora che quella della sua necessaria giustificatezza» (§ 8).

Ed è proprio «la radicale irrilevanza, a questo fine, dell'insussistenza del fatto materiale nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo a determinare un difetto di sistematicità che ridonda in una irragionevolezza della differenziazione rispetto alla parallela ipotesi del licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo soggettivo. Se il “fatto materiale”, allegato dal datore di lavoro a fondamento del licenziamento non sussiste, è violato il principio della necessaria causalità del recesso datoriale. Il licenziamento regredisce a recesso senza causa, quale che sia la qualificazione che il datore di lavoro dia al “fatto insussistente”, vuoi contestandolo al lavoratore come condotta inadempiente che in realtà non c'è stata, vuoi indicandolo come ragione di impresa che in realtà non sussiste (perché, ad esempio, il posto non è stato soppresso). Il “fatto insussistente” è neutro e la differenziazione secondo la qualificazione che ne dà il datore di lavoro è artificiosa; in ogni caso manca radicalmente la causa del licenziamento, il quale è perciò illegittimo. [...] La conseguenza, in termini di garanzia per il

lavoratore illegittimamente licenziato, non può che essere la stessa: la tutela reintegratoria attenuata prevista per l'ipotesi del licenziamento che si fonda su un "fatto materiale insussistente", qualificato dal datore di lavoro come rilevante sul piano disciplinare» (§ 13).

Questa identificazione del fatto posto a base del licenziamento con la causa dell'atto non mi sembra condivisibile. Il licenziamento è un atto unilaterale recettizio avente contenuto patrimoniale e, come tale, è soggetto alla disciplina del contratto in generale in quanto compatibile (art. 1324 c.c.).

Orbene, l'art. 1325 c.c. elenca i requisiti del contratto e gli stessi sono riferibili, tranne l'accordo delle parti che è ovviamente estraneo all'unilateralità dell'atto, anche al licenziamento secondo la qualificazione giuridica indicata. Di guisa che lo stesso ha come oggetto il rapporto di lavoro che si vuole estinguere e come forma quella richiesta dalla legge *ex art. 2, comma 1, l. 15 luglio 1966, n. 604*, a pena di inefficacia. Quanto alla causa, occorre, sulla scorta dell'insegnamento del Betti (E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952^{II}, 179-180), non considerarla estranea all'esercizio del diritto potestativo, di cui il licenziamento è diretta espressione.

Nel contratto di lavoro a tempo indeterminato è, infatti, la legge (art. 2118, comma 1, c.c.) a riconoscere a ciascuna delle parti il potere di recesso dal rapporto, salvo il solo preavviso (peraltro monetizzabile *ex art. 2118, comma 2, c.c.*). Sicché, «il dir. potestativo funge in pari tempo da causa del negozio e da titolo di legittimazione» (*Ibidem*, 179, nt. 9), qualora quest'ultima non sia affidata ad un presupposto prescritto dalla legge. In sostanza, dunque, la causa del licenziamento non è nient'altro che quella di estinzione del rapporto di lavoro, essendo questa la funzione che la legge assegna all'esercizio del diritto potestativo di recesso che riconosce al datore di lavoro.

Orbene, giusta causa e giustificato motivo rappresentano semmai la «"causa remota"»: vale a dire «un presupposto oggettivo della causa tipica che caratterizza il negozio» (*Ibidem*), ma la loro eventuale inconsistenza al controllo del giudice non rende il licenziamento acasuale, come sostenuto dalla Corte, poiché la causa, ossia l'estinzione del rapporto propria dell'atto di recesso, è comunque presente seppur il licenziamento risulta viziato in quanto esercitato in assenza del presupposto legittimante l'esercizio del potere.

Presupposto che, secondo la lettera dell'art. 3, l. 15 luglio 1966, n. 604, si identifica per il g.m.o. nelle «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» e di cui il cosiddetto "fatto materiale" costituisce il primo elemento delle stesse.

Come esemplificato anche dalla Consulta (§ 13), infatti, la sussistenza di tale fatto potrebbe essere «che il posto di lavoro sia stato effettivamente soppresso», così come che le mansioni siano state effettivamente riassegnate (cfr. Cass. 28 settembre 2016, n. 19185), sicché la sua insussistenza non consentirebbe la nascita di quelle ragioni che sono il primo degli elementi della fattispecie del g.m.o. Il licenziamento è, dunque, ingiustificato: non perché atto unilaterale privo della causa, bensì perché atto unilaterale esercitato in assenza del presupposto richiesto dalla legge.

Occorre, inoltre, notare che se il fatto insussistente coincidesse con la causa dell'atto, allora lo stesso sarebbe soggetto ad una nullità espressa – sebbene tale carattere non sia più rilevante dopo C. cost. 22 febbraio 2024, n. 22 – stante «la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325» (art. 1418, comma 2, c.c.) e, conseguentemente, il regime sanzionatorio sarebbe quello della reintegrazione piena *ex art. 2, comma 1, d.lgs. n. 23/2015*, applicabile anche alle piccole imprese *ex art. 9, comma 1, d.lgs. n. 23/2015*.

Mentre invece il legislatore considera diversamente tale vizio, ritenendo appunto il licenziamento ingiustificato e non nullo, e vi fa corrispondere una diversa sanzione, secondo una graduazione inaugurata con l'art. 1, comma 42, lett. b), l. 28 giugno 2012, n. 92, di riforma dell'art. 18, l. 20 maggio 1970, n. 300.

La Consulta ritiene, però, che (§ 13) «la discrezionalità del legislatore nell'individuare le conseguenze di tale illegittimità – se la tutela reintegratoria o quella solo indennitaria – non può estendersi fino a consentire di rimettere questa alternativa ad una scelta del datore di lavoro che, intimando un licenziamento fondato su un “fatto insussistente”, lo qualifichi, come licenziamento per giustificato motivo oggettivo piuttosto che come licenziamento disciplinare».

Tuttavia, sebbene la qualificazione giuridica sia la stessa (presupposto) per giusta causa/giustificato motivo soggettivo e giustificato motivo oggettivo, differente ne sono i contenuti e, conseguentemente, anche la «scelta del datore di lavoro» dovrebbe declinarsi – anche in termini probatori – assai diversamente.

Tanto da “inventare”, in un caso, una condotta addebitata al lavoratore di cui lo stesso non sia mai stato l'artefice e di cui, dunque, dovrebbe riuscire agile la prova (diretta) contraria e, nell'altro, un evento inerente all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa che consenta alla ragione di nascere e di cui la prova contraria risulta più ardua per il lavoratore che potrebbe non avere contezza dell'intera organizzazione aziendale e del suo sviluppo.

Tale prova deve, inoltre, essere, per previsione normativa, diretta e ciò dovrebbe escludere – complicando ancor più l'onere probatorio del lavoratore soprattutto in caso di g.m.o. – il ricorso a presunzioni.

La Corte ravvede (§ 15), poi, una vicinanza tra licenziamento ingiustificato per fatto insussistente e licenziamento discriminatorio che «richiede un *quid pluris* (il motivo discriminatorio), della cui prova è onerato il lavoratore; si tratta quindi di una fattispecie diversa (e più grave ancora), la cui astratta configurabilità non giustifica che, in mancanza di prova della ragione discriminatoria, la tutela degradi a quella unicamente indennitaria per il sol fatto che il datore di lavoro qualifichi il fatto materiale insussistente come (apparente) ragione d'impresa e quindi come (asserito) motivo economico di licenziamento».

Senonché, non credo che il mancato raggiungimento di una prova – il cui onere è per legge a carico del lavoratore (*ex art. 2697, comma 1, c.c.*) ed al quale la legge riconosce un'attenuazione di detto onere (*ex artt. 40, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 e 28, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150*) – basti a sovvertire la graduazione legislativa circa il regime sanzionatorio applicabile poiché se si seguisse il criterio della mera comparazione del vizio, la conseguenza sarebbe

quella della sanzione unica come per lungo tempo fu (art. 18, l. 20 maggio 1970, n. 300, nella sua versione originaria).

La Corte esclude (§ 16), infine, che il mancato assolvimento del *repêchage* – del quale (§ 5.3), così come già la Cassazione (Cass. 12 gennaio 2023, n. 752, § 3), rileva che «non costituisc[e] un requisito espresso a livello normativo» – dia luogo all’insussistenza del fatto risultando il licenziamento comunque illegittimo, ma intimato sulla base di un fatto sussistente.

Ciò «in ragione di una scelta di politica del lavoro fatta dal legislatore con il cosiddetto *Jobs Act* (legge n. 183 del 2014), che ha ridotto la portata della tutela reale», e pertanto se si considerasse il *repêchage*, si starebbe fuori «dall’area della tutela reintegratoria attenuata del comma 2 dell’art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015, il cui perimetro applicativo, come nell’ipotesi del licenziamento disciplinare, è segnato dall’“insussistenza del fatto materiale”».

Ora, non mi pare che la volontà del legislatore delegante – peraltro, come detto, ormai decaduta e che escludeva *in toto* la reintegrazione per il g.m.o. – sia sufficiente ad escludere il *repêchage* dall’insussistenza del fatto poiché o il fatto sussiste quando ricorrono *tutti* gli elementi della fattispecie del g.m.o. – come affermato dalla Cassazione (cfr. Cass. 2 maggio 2018, n. 10435 e Cass. 18 novembre 2022, n. 34051) in relazione all’«insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» (art. 18, comma 7, l. n. 300/1970) sovrapponendo così tale vizio con l’altro della «non ricorr[enza] degli estremi del predetto giustificato motivo» previsto dalla medesima norma – oppure il fatto non sussiste quanto mancano solo *alcuni* (ragione e nesso) degli elementi della fattispecie del g.m.o. (cfr. A. Maresca, *Licenziamento ingiustificato e rimedi: spazi e limiti alla discrezionalità dell’interprete*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2020, 1, 103 ss.) o l’insussistenza del fatto materiale è, come sostiene chi scrive (sia consentito rinviare a M. Verzaro, *Fattispecie, estremi e fatto. Ricette sanzionatorie per il G.M.O. ingiustificato*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2022, 3, 2 ss.), qualcosa che si pone a monte del g.m.o. e che consente alla ragione di nascere [ad esempio, riassegnazione delle mansioni (questo è il fatto materiale), quel posto di lavoro diviene superfluo, viene quindi in essere la ragione inerente all’organizzazione del lavoro], identificandosi quindi come *parte* di uno (la ragione) degli elementi della fattispecie.

È una scelta che spetta all’interprete – che dovrebbe tener conto innanzitutto del senso «fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse» *ex art. 12, comma 1, prel. c.c.* – e che richiede una necessaria coerenza applicativa, pena la sua irragionevolezza in presenza di situazioni omogenee – stante il differente regime sanzionatorio che si viene ad applicare tra lavoratori assunti *ex ante* e lavoratori assunti *ex post* 7 marzo 2015 –, e su cui, dunque, dovrà intervenire la Cassazione nell’adempimento della sua funzione nomofilattica.

Quanto al caso all’attenzione del Tribunale di Ravenna, mi sia consentito sol rilevare che il licenziamento è intervenuto, stante la conclusione della missione (§ 1.2) ed a seguito del negativo esperimento della procedura di MOL, procedura che mira, appunto, al reimpiego del lavoratore.

Ora, tale procedura si svolge preventivamente al licenziamento, di guisa che, mi pare, possa assimilarsi molto – ma non del tutto stante l’*anormatività* dell’istituto e, dunque, la sua

assoluta incertezza – al *repêchage*. Sicché quale sarebbe il fatto materiale insussistente in questo licenziamento? Direi la missione, che era realmente venuta meno.

Ed allora? «La presenza di oltre cinquanta contratti di somministrazione relativi alla professionalità del ricorrente, stipulati con aziende del territorio realmente interessate ad utilizzare un lavoratore, senza che ad alcuna di esse venisse proposto il suo nominativo» (§ 1.5) rientra nell'insussistenza del fatto?

Mi pare che considerare le ulteriori occasioni di lavoro, e dunque la possibilità di reimpiego del lavoratore, come fatto materiale insussistente non rientri nella nozione individuata dalla Corte costituzionale «rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa il ricollocamento del lavoratore», e che, allora, il giudice dovrebbe fare applicazione dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

Matteo Verzaro, ricercatore nell'Università degli Studi Roma Tre

Visualizza il documento: [C. cost., 16 luglio 2024, n. 128](#)