

Trib. Trento, ord. 8 settembre 2020 – Est. Flaim – B.M. c. U.U.F.T.A.A. S.p.A.

Congedo parentale Covid – Assenza prolungata dal lavoro – Discriminazione – Licenziamento – Fatto inesistente e disciplinarmente irrilevante.

Il licenziamento irrogato a seguito di assenza prolungata dal lavoro a causa del Covid è annullabile per fatto giuridicamente inesistente in quanto disciplinarmente irrilevante, in ragione della insussistenza della giusta causa, essendo l'assenza risultata giustificata in considerazione del carattere di inesigibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile alla lavoratrice.

(Omissis)

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. In ordine alle domande di accertamento della nullità del licenziamento perché discriminatorio e perché ritorsivo

La ricorrente propone sia una domanda di accertamento della nullità del licenziamento perché discriminatorio, sia una domanda di accertamento della nullità del licenziamento perché ritorsivo, in ragione delle medesime allegazioni che seguono:

ella è madre di una bambina di nove anni con la quale convive senza la presenza di altro genitore;

a causa della sospensione delle attività didattiche disposta in ragione dell'emergenza COVID 19 si è trovata nell'impossibilità di svolgere le prestazioni lavorative dovute alla società datrice, trovandosi nella necessità di assistere la figlia minore che, altrimenti, si sarebbe trovata sola in casa, stante la mancanza di qualsiasi sostegno di parenti o di vicinanza.

Tuttavia le due domande devono essere esaminate, per ragioni giuridiche, distintamente.

1.1. in ordine alla domanda di accertamento della nullità del licenziamento perché discriminatorio

Di recente la Suprema Corte ha specificato (Cass. 5.4.2016, n. 6575) che il motivo discriminatorio discende direttamente dalla violazione oggettiva di specifiche norme di diritto europeo (direttiva 2000/43/CE del 29.6.2000 sull'attuazione del principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; direttiva n. 2000/78/CE del 27.11.2000 per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; direttiva n. 2006/54/CE del 5.7.2006 relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego) ed interno (D.Lgs. 9.7.2003, n. 215 per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; D.Lgs. 9.7.2003, n. 216 per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; D.Lgs. 11.4.2006, n. 198 e D.Lgs. 25.1.2010, n. 5 in tema di pari opportunità e parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego; in ordine al licenziamento discriminatorio: art. 4 L. 15.7.1966, n. 604; art. 15 St. lav.; art. 3 L. 11.5.1990, n. 108)), secondo le quali la discriminazione opera in modo oggettivo e consiste in un trattamento peggiore riservato al lavoratore in conseguenza del fatto di appartenere ad una categoria protetta tipizzata (età, genere, razza o origine etnica, orientamento sessuale, *handicap*, lingua, convinzioni religiose o politiche o personali,) e a prescindere da ogni intenzione datoriale di vessarlo per le stesse ragioni.

Inoltre ha precisato (nello stesso senso in precedenza Cass. 5.6.2013, n. 14206) che la nullità degli atti di gestione del rapporto di lavoro (compreso il licenziamento), che deriva dal divieto di discriminazione discende *ex se* dalla violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo, di talché la condotta discriminatoria, operando obiettivamente, a differenza del motivo illecito, è idonea di per sé sola a determinare la nullità dell'atto adottato in conseguenza della condotta tale sua efficacia viziante non è esclusa dalla concorrenza di ragioni lecite.

Nell'ambito delle specifiche norme che tutelano contro le discriminazioni, è fondamentale sottolineare il carattere tipico dei fattori di protezione introdotti dal legislatore a tutela di specifiche categorie (come si è appena visto: età, genere, razza o origine etnica, orientamento sessuale, *handicap*, lingua, convinzioni religiose o politiche o personali).

Deve, però, aggiungersi che secondo la consolidata giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. 3.12.2015, n. 24648; Cass. 18.3.2011, n. 6282, Cass. 3.5.1997, n. 3837) il divieto di licenziamento discriminatorio è suscettibile – in base all'art. 3 Cost. e sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritto antidiscriminatorio e antivessatorio, in particolare, nei rapporti di lavoro, a partire dalla introduzione dell'art. 13 nel Trattato CE, da parte del Trattato di Amsterdam del 1997 – di interpretazione estensiva, di talché, esemplificando in modo conferente al caso in esame, la protezione che il legislatore attribuisce ai portatori di *handicap* (i quali non possono essere trattati in modo più svantaggiato in ragione della loro condizione) può essere riconosciuta in via giurisprudenziale anche a coloro che risultano essere stati pregiudicati a motivo di uno stato di salute precario, anche se non propriamente riconducibile a una condizione di *handicap*.

Quanto al profilo probatorio, in via generale, ad avviso della Suprema Corte (Cass. 2.1.2020, n. 1; Cass. 12.10.2018, n. 25543; Cass. 5.6.2013, n. 14206), in tema di comportamenti datoriali discriminatori la disciplina nazionale (ad esempio l'art. 40 D.Lgs. 198/2006), in linea con quella europea (ad esempio l'art. 19 della direttiva CE n. 2006/54, secondo l'interpretazione data dalla Corte di giustizia nella sentenza 21.7.2011, in C-104/2010, *Kelly*, punti 29 e 30), non stabilisce un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'attenuazione del regime probatorio ordinario, prevedendo a carico del soggetto convenuto (ad esempio il datore di lavoro) l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, ma ciò solo dopo che il ricorrente abbia fornito al giudice elementi di fatto (desunti anche da dati di carattere statistico), relativi ai comportamenti discriminatori lamentati e idonei a fondare, in termini precisi (ossia determinati nella loro realtà storica) e concordanti (ossia fondati su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto), anche se non gravi, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori;

isticamente Cass. 14206/2013 cit. ha statuito che: “*dimostrati i fatti che fanno ritenere probabile la discriminazione, spetta alla controparte dimostrarne l'insussistenza*”.

Più specificamente, in tema di licenziamento discriminatorio, ad avviso della Suprema Corte (Cass. 27.9.2018, n. 23338; Cass. 5.6.2013, n. 14206;), in forza dell'attenuazione del regime probatorio ordinario introdotta per effetto del recepimento delle direttive n. 2000/78/CE, n. 2006/54/CE e n. 2000/43/CE, così come interpretate dalla CGUE (sentenze 17.7.08, C303/06 *Colemann*, 10.7.08 C-54/07 *Feryn*, 16.7.15 C-83/14 *Chez*), incombe sul lavoratore l'onere di allegare e provare il fattore di rischio, il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio, deducendo una correlazione significativa fra questi elementi che rende plausibile la discriminazione; il datore di lavoro deve dedurre e provare circostanze inequivoche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria del recesso, inquanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione.

Nel caso in esame la ricorrente si limita a sostenere che “*il comportamento datoriale si colloca nella fattispecie discriminatoria in danno di una madre sola*”.

Risulta, però, il carattere assolutamente generico dell’assunto, specie in riferimento all’individuazione del fattore di protezione tipico (seppur interpretato estensivamente) che assumerebbe rilievo nella vicenda in esame (essendo del tutto insufficiente l’allegazione della qualità di “madre sola”) e al nesso tra l’essere portatore di un fattore di protezione e il licenziamento intimato.

In definitiva, dal mancato assolvimento degli oneri allegatori (oltre che probatori) a carico della ricorrente discende il rigetto della domanda, da lei proposta, di accertamento della nullità del licenziamento perché discriminatorio.

1.2 in ordine alla domanda di accertamento della nullità del licenziamento perché ritorsivo

Ad avviso della Suprema Corte il licenziamento per ritorsione costituisce l’ingiusta e arbitraria reazione a un comportamento legittimo del lavoratore colpito o di altra persona a lui legata e pertanto accomunata nella reazione, con conseguente nullità ex art. 1345 cod. civ. del licenziamento, quando la finalità ritorsiva abbia costituito il motivo esclusivo e determinante dell’atto espulsivo (*ex multis*, anche di recente, Cass. 3.12.2019, n. 31527; Cass. 17.1.2019, n. 1195; Cass. 19.11.2018, n. 29764; Cass. 3.12.2015, n. 24648; Cass. 18.3.2011, n. 6282).

Ne consegue che, allorquando il lavoratore allegghi che il licenziamento gli è stato intimato per un motivo illecito esclusivo e determinante ex art. 1345 cod. civ., il datore di lavoro non è esonerato dall’onere di provare, ai sensi dell’art. 5 L. 15.7.1966, n. 604, l’esistenza della giusta causa o del giustificato motivo del recesso; quindi l’indagine in ordine alla sussistenza nonché al carattere esclusivo e determinante del motivo ritorsivo dovrà essere condotta successivamente a quella concernente il presupposto giustificativo addotto dalla società datrice a fondamento del licenziamento intimato e solo nell’ipotesi di accertata insussistenza della stessa; diversamente, infatti, il motivo ritorsivo non sarebbe, per forza di cose, esclusivo e determinante e quindi non renderebbe nullo il negozio estintivo.

(*Omissis*)

In definitiva l’indagine in ordine alla sussistenza nonché al carattere esclusivo e determinante del motivo ritorsivo addotto dovrà essere condotta successivamente a quella concernente il presupposto giustificativo addotto dalla società datrice a fondamento del licenziamento intimato (qui giusta causa) e solo nell’ipotesi di accertata insussistenza dello stesso (diversamente, infatti, il motivo ritorsivo non sarebbe, per forza di cose, esclusivo e determinante e quindi non renderebbe nullo il negozio estintivo).

2. In ordine alla domanda di annullamento del licenziamento *de quo* per difetto della giusta causa addotta “*per insussistenza del fatto contestato e/o per l’irrelevanza disciplinare dello stesso*”;

Anche questa domanda attiene alle medesime circostanze di fatto, ossia quelle oggetto degli addebiti disciplinari – che la società datrice ha contestato alla ricorrente con lettera del 24.4.2020 e posto a fondamento del licenziamento qui impugnato – consistenti nell’essere “*rimasta assente ingiustificata dal lavoro per 11 (undici) giorni consecutivi: 8 aprile 2020; 9 aprile 2020; 10 aprile 2020; 14 aprile 2020; 15 aprile 2020; 16 aprile 2020; 17 aprile 2020; 20 aprile 2020; 21 aprile 2020; 22 aprile 2020; 23 aprile 2020*”.

La questione sottesa alla presente controversia consiste nello stabilire se l’assenza dal lavoro della ricorrente debba considerarsi o meno giustificata.

In caso negativo la domanda dovrebbe esser rigettata anche alla luce della disciplina collettiva, la quale sanziona con il licenziamento senza preavviso l’“*assenza ingiustificata oltre tre giorni nell’anno solare*” (art. 238 CCNL cit.).

Tuttavia vi sono molteplici ragioni che inducono a ritenere la ricorrente immeritevole della sanzione espulsiva che le è stata irrogata.

a) In primo luogo emerge *per tabulas* (doc. 9 fasc. ric.) che la ricorrente, all'epoca in cui iniziò l'assenza dal lavoro oggetto di addebito (8-23.4.2020), aveva a disposizione ancora 6,68 giorni di ferie e 70 ore di permessi (verosimilmente quelli *ex art. 158 CCNL cit.*).

Parte convenuta sostiene che la ricorrente non avrebbe formulato alcuna richiesta di fruizione di ferie e permessi.

L'assunto non è condivisibile.

Infatti risulta documentalmente (doc. 4 fasc. ric.) che la lavoratrice, con *mail* dell'13.3.2020, ore 12,16, formulò alla società datrice *"richiesta di ferie per tutto il periodo di sospensione delle attività scolastiche (come previsto dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri causa Covid-19) con l'impedimento di rientrare al lavoro finché non si ritornerà ad una situazione di normalità e alla riapertura delle scuole"*.

È vero che all'epoca la sospensione delle attività didattiche era stata disposta fino al 3.4.2020 (art. 2 co. 1 d.p.c.m. 9.3.2020); tuttavia questo termine è stato prorogato al 13.4.2020 con l'art. 1 d.p.c.m. 1.4.2020 e successivamente, senza soluzione di continuità, sostituito con il termine del 3.5.2020 con l'art. 1 co. 1 lett. k) e l'art. 8 co. 2 d.p.c.m. 10.4.2020.

Alla luce dell'esigenza, incontestatamente sussistente e ben nota alla società datrice (in ragione della fruizione, da parte della ricorrente, del congedo *ex art. 23 co. 1 D.L. 17.3.2020, n. 18 conv. in L. 24.4.2020, n. 27*, in relazione al periodo 9-23.3.2020), che induceva la lavoratrice a richiedere di fruire di ferie (assistenza in favore di una figlia di nove anni convivente senza la presenza dell'altro genitore), nonché dell'amplissima formula utilizzata dalla lavoratrice (*"per tutto il periodo di sospensione delle attività scolastiche...con l'impedimento di rientrare al lavoro finché non si ritornerà ad una situazione di normalità e alla riapertura delle scuole"*), la richiesta non poteva non essere considerata dalla società datrice – sulla base di un'interpretazione secondo buona fede (art. 1366 cod. civ.), in particolare dell'affidamento che, secondo quanto poteva ragionevolmente apparire alla società datrice, l'istanza suscitava nella sua autrice – come riferita a qualsiasi periodo di sospensione della attività didattiche disposto dall'autorità statale allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 sul territorio nazionale.

Inoltre, se è vero che i periodi di fruizione delle ferie vengono individuati dal datore *"tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro"* (art. 2109 co. 2 cod. civ.) e *"i permessi saranno fruiti individualmente in periodi di minore attività e mediante rotazione dei lavoratori che non implichi assenze tali da ostacolare il normale andamento dell'attività produttiva"* (art. 158 co. 2 CCNL cit.), tuttavia nel caso in esame, mentre il carattere impellente dell'esigenza, di cui la ricorrente era portatrice, appare manifesto in quanto essenziale alla tutela di interessi protetti a livello anche costituzionale (art. 30 co. 1 Cost.), la società datrice non ha allegato alcuna circostanza da cui sia possibile evincere un qualche impedimento di carattere produttivo a che la ricorrente fruisse nel periodo 8-23 aprile 2020 dei 6,68 giorni di ferie e 70 ore di permessi (ampiamente in grado di coprire gli undici giorni di assenza addebitati disciplinarmente), di cui la lavoratrice disponeva, allegazione(e prova) tanto più necessaria in considerazione del ruolo gerarchicamente modesto e quindi facilmente fungibile rivestito dalla ricorrente (operaia di 4° livello addetta al magazzino).

(*Omissis*)

In definitiva, la società datrice, anziché procedere disciplinarmente nei confronti della lavoratrice, avrebbe dovuto consentirle di fruire delle ferie e dei permessi già maturati e, compatibilmente con le esigenze produttive, anche di quelle maturande in relazione all'anno 2020 (come peraltro comunicato alla ricorrente dal responsabile delle risorse umane Rattin nella *mail* 11.3.2020, ore 12,51 *sub* doc. 4 fasc. ric.: *"Tramite il Suo responsabile, sig. CAU, siamo disponibili a valutare Sue richieste di ferie e permessi. Può attingere a quelle arretrate senza dover ricorrere alle ferie e permessi di nascente maturazione, che comunque potrà fruire come da piani-*

ficazione in armonizzazione allo stato del reparto”, alla quale la lavoratrice diede riscontro con la già citata mail dell’13.3.2020, ore 12,16).

b) L’art. 169 co. 1 CCNL cit. prevede: “Ai sensi e per gli effetti di quanto previsto dall’art. 4, 2° comma, della Legge n. 53/2000 e dagli artt. 2 e 3 del regolamento d’attuazione di cui al Decreto Interministeriale 21.7.2000, n. 278, il lavoratore, anche apprendista, ha diritto ad un periodo di congedo per i gravi motivi familiari espressamente indicati dalle richiamate disposizioni di legge, relativi alla situazione personale, della propria famiglia anagrafica e dei soggetti di cui all’art. 433 cod. civ. anche se non conviventi, nonché dei portatori di handicap, parenti o affini entro il terzo grado, anche se non conviventi”;

l’art. 4 co. 2 L.8.3.2000, n. 53 dispone: “I dipendenti di datori di lavoro pubblici o privati possono richiedere, per gravi e documentati motivi familiari, fra i quali le patologie individuate ai sensi del comma 4, un periodo di congedo, continuativo o frazionato, non superiore a due anni. Durante tale periodo il dipendente conserva il posto di lavoro, non ha diritto alla retribuzione e non può svolgere alcun tipo di attività lavorativa”;

l’art. 2 co. 1 d.m. 21.7.2000, n. 278 prevede: “1. La lavoratrice e il lavoratore, dipendenti di datori di lavoro pubblici o privati, possono richiedere, ai sensi dell’articolo 4, comma 2, della legge 8 marzo 2000, n. 53, un periodo di congedo per gravi motivi, relativi alla situazione personale, della propria famiglia anagrafica, dei soggetti di cui all’articolo 433 del codice civile anche se non conviventi, nonché dei portatori di handicap, parenti o affini entro il terzo grado, anche se non conviventi. Per gravi motivi si intendono: ...

b) le situazioni che comportano un impegno particolare del dipendente o della propria famiglia nella cura o nell’assistenza delle persone di cui al presente comma;”.

Appare indubbio che la necessità di assistere una figlia dell’età di 9 anni convivente senza la presenza dell’altro genitore, la quale, a causa dell’emergenza COVID 19 non possa avvalersi del servizio scolastico, integri un grave motivo familiare afferente a una situazione che comporta un impegno particolare della lavoratrice nell’assistenza della minore.

È vero che l’art. 169 co. 3 CCNL cit. prevede: “Il lavoratore dovrà presentare richiesta scritta specificando i motivi e la durata del periodo di congedo precisando, di norma, la durata minima dello stesso e documentare, anche attraverso dichiarazione sostitutiva nei casi consentiti, il legame di parentela, affinità o di famiglia anagrafica con i soggetti sopra indicati”.

Tuttavia per le stesse ragioni esposte *sub a*), in particolare alla luce dell’esigenza, incontestatamente sussistente e ben nota alla società datrice, che induceva la lavoratrice a richiedere di fruire di ferie (assistenza in favore di una figlia di nove anni convivente senza la presenza dell’altro genitore), la richiesta, formulata dalla lavoratrice con la mail dell’13.3.2020, ore 12,16, doveva essere considerata dalla società datrice – ancora una volta sulla base di un’interpretazione secondo buona fede (art. 1366 cod. civ.), in particolare dell’affidamento che, secondo quanto poteva ragionevolmente apparire alla società datrice, l’istanza suscitava nella sua autrice – come riferita a qualsiasi causa idonea a giustificare l’assenza dal lavoro cui la ricorrente era costretta dalla necessità di assistere la figlia di nove anni, che si trovava a essere sola a casa a seguito della sospensione delle attività didattiche disposta dall’autorità statale allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 sul territorio nazionale.

In definitiva, la società datrice, anziché procedere disciplinarmente nei confronti della lavoratrice, avrebbe dovuto consentirle di fruire di un congedo non retribuito per gravi motivi familiari ex art. 169 co. 1 CCNL cit. durante l’intero periodo di detta sospensione delle attività didattiche.

c) Un’ulteriore ragione di insussistenza della giusta causa, addotta a fondamento del licenziamento intimato alla ricorrente, è costituita dal carattere giustificato dell’assenza dal lavoro

oggetto di addebito in quanto dovuta a impossibilità di svolgere la prestazione per causa non imputabile alla lavoratrice.

L'art. 1218 cod. civ., pur onerando il debitore della prova che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, alla luce del coordinamento con l'art. 1256 cod. civ. (che prevede l'estinzione dell'obbligazione nel caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione), pone a carico del creditore (qui il datore) il rischio dell'impossibilità della prestazione e, in ragione del disposto *ex art.* 1463 cod. civ., a carico del debitore (qui il lavoratore) il rischio di perdere la controprestazione.

Com'è noto, in ordine al fondamento della responsabilità per inadempimento si fronteggiano due concezioni:

– l'una oggettivistica, secondo cui risiede nella mancata esecuzione della prestazione, di talché la responsabilità del debitore può essere esclusa soltanto quando egli dimostri l'avvenuta estinzione dell'obbligazione per sopravvenuta impossibilità, verificatasi, per una causa a lui non imputabile.

– l'altra soggettivistica, secondo cui la responsabilità del debitore si fonda sulla colpa intesa come mancata esplicazione della diligenza richiesta dall'art. 1176 cod. civ. e, conseguentemente, il debitore può non rispondere anche nel caso la mancata esecuzione della prestazione non sia dovuta a impossibilità sopravvenuta, qualora sia in grado di provare di aver posto in atto tutta la diligenza dovuta secondo le circostanze.

In riferimento all'obbligazione di lavoro, la cui disciplina attribuisce tutela non solo all'interesse del datore di ricevere la prestazione, ma anche a interessi attinenti alla persona del lavoratore (si pensi alla normativa in tema di malattia, infortunio, maternità e paternità), assume particolare rilievo la nozione di impossibilità della prestazione in termini di inesigibilità della prestazione secondo buona fede, che, secondo un insigne giurista, ricorre quando emerga una difficoltà nell'adempire che, alla luce del contenuto della prestazione dovuta e dei mezzi correntemente impiegati per eseguirla, non è corretto pretendere che il debitore superi.

Si ritiene che nella vicenda in esame le prestazioni di lavoro nelle giornate afferenti all'assenza oggetto di addebito fossero divenute inesigibili per la ricorrente e, quindi, impossibili per causa a lei non imputabile.

Questa statuizione trova riscontro in due dati legislativi che appaiono indicativi dell'esistenza di una situazione, in capo ai dipendenti genitori di figli in età scolare, che andava ben oltre la mera *difficultas* nell'adempire l'obbligazione di lavoro.

(*Omissis*).

Sciogliendo la riserva di cui al paragrafo 1.2., non si ritiene che il licenziamento, pur invalido per difetto della giusta causa addotta, sia affetto da nullità per ritorsività. Infatti la società datrice ha proceduto disciplinarmente nei confronti della ricorrente in ragione di una condotta che oggettivamente costituiva un'assenza prolungata dal lavoro e, quindi, non appariva una manifesta forma di esercizio di un diritto, ma che si è ritenuta giustificata solo a seguito di elaborate considerazioni di ordine giuridico.

Quindi il licenziamento, di cui alla lettera del 4.5.2020, è stato intimato dalla società (*Omissis*) al ricorrente B.M. per un fatto giuridicamente inesistente in quanto disciplinarmente irrilevante.

Ne consegue che ai sensi dell'art. 18 co. 4 St. Lav. (come novellato dall'art. 1 co. 42 L. 28.6.2012, n. 92):

il licenziamento deve essere annullato;

la società datrice va condannata alla reintegrazione del ricorrente nel posto di lavoro occupato al momento della cessazione del rapporto (stabilimento di Trento – fraz. Ravina);

la società datrice va condannata al pagamento, in favore del ricorrente, di un'indennità risarcitoria commisurata alla retribuzione globale di fatto che sarebbe maturata dalla data di cessazione del rapporto alla data odierna (secondo un importo mensile di € 1.828,44 risultante dal doc. 9 fasc. ric.), con le maggiorazioni ex art. 429 co. 3 cod. proc. civ. (con gli interessi legali dovuti sul capitale via via rivalutato ogni fine anno secondo quanto stabilito in Cass. S.U. 29.1.2001, n.38);

la società datrice va condannata al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione.

(*Omissis*)

ARIANNA AVONDOLA

Prof. ass. dell'Università Federico II di Napoli

L'ASSENZA DAL LAVORO PER CAUSE CONNESSE AL COVID: UNA "VARIANTE" DEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE?

SOMMARIO: 1. Il caso. 2. Una breve premessa. 3. Una conferma degli orientamenti consolidati in materia di licenziamento discriminatorio e ritorsivo. 4. Dall'insussistenza del fatto al fatto disciplinarmente irrilevante: la giurisprudenza indica le linee guida per la corretta applicazione del comma 4 dell'art. 18 L. n. 300 del 1970. 5. L'elemento psicologico nell'accertamento della sussistenza/insussistenza del fatto contestato: la colpa del lavoratore. 6. Lo sdoppiamento della procedura di accertamento e il valore dell'elemento volontaristico nel fatto disciplinarmente irrilevante.

1. Il caso.

Una lavoratrice impugnava il licenziamento disciplinare intimatole per un comportamento tenuto durante il cosiddetto primo *lockdown* dovuto alla pandemia da Covid-19. La ricorrente, madre di una bambina di 9 anni, con la quale conviveva senza la presenza di altro genitore (o di altri familiari), aveva fatto domanda di congedo parentale alla società datrice di lavoro, per poter rimanere a casa ad accudire la figlia, la quale – tra il 9 e il 23 marzo 2020 – non aveva potuto frequentare la scuola, a causa della sospensione delle attività didattiche disposta per l'emergenza epidemiologica. Essendo l'unica a poter assistere la figlia minorenne, che diversamente sarebbe rimasta da sola a casa, la lavoratrice si era trovata nell'impossibilità di svolgere la propria prestazione lavorativa. Sebbene il congedo fosse stato concesso ed usufruito dalla ricorrente, la società datrice di lavoro, ritenendo che tale congedo coprisse esclusivamente il periodo di assenza del mese di marzo, contestava alla dipendente di essere rimasta assente ingiustificata dal lavoro per ulteriori 11 giorni consecutivi, segnatamente dall'8 al 23 aprile, giorni in cui (si ricorda) la sospensione della didattica era stata prorogata per il dilagare

della pandemia. Ciò senza tenere in alcun conto il fatto che la lavoratrice potesse usufruire di ferie ancora non godute e che ne avesse fatto esplicita domanda di fruizione con una mail del 13.03.2020. In conseguenza di tale mancanza la lavoratrice veniva licenziata disciplinarmente, in quanto l'addebito addotto dalla datrice di lavoro individuava una violazione espressamente prevista nel contratto collettivo di categoria applicato in azienda.

La ricorrente, impugnando il licenziamento considerato illegittimo sotto diversi aspetti, domandava al giudice del lavoro che venisse accertata: a) la nullità del licenziamento *de quo* in quanto discriminatorio oppure b) in quanto atto ritorsivo; e domandava in subordine, c) l'annullamento del recesso per difetto di giusta causa "per insussistenza del fatto contestato e/o per l'irrilevanza disciplinare dello stesso, con l'applicazione della tutela prevista dal comma 4 dell'art. 18 Stat. Lav. Chiedeva, infine, in via gradata, d) l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento non ricorrendo agli estremi della giusta causa e l'applicazione del comma 5 dello stesso art. 18 Stat. Lav.

Il giudice, escluso qualsiasi intento discriminatorio o ritorsivo in capo alla società datrice di lavoro, annullava il licenziamento per mancanza di giusta causa, e condannava la stessa a reintegrare la lavoratrice nel posto di lavoro, nonché a corrisponderle una indennità risarcitoria ai sensi del comma 4 dell'art. 18 Stat. Lav., concludendo che il licenziamento era stato intimato per «fatto giuridicamente inesistente in quanto disciplinarmente irrilevante».

2. Una breve premessa.

La sentenza che si annota rappresenta una vera e propria "istantanea" del momento storico in cui stiamo vivendo.

Da un punto di vista strettamente giuridico, il giudice adito ripercorre buona parte degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari consolidatisi nell'ultimo decennio in materia di licenziamenti illegittimi, sia con riferimento a quelli discriminatori e ritorsivi, sia in merito alle dinamiche interpretative che riguardano l'accertamento del fatto contestato.

Sebbene tale disamina presenti qualche lacuna nella ricostruzione tecnico-giuridica, come si evidenzierà in seguito, le conclusioni cui perviene il Tribunale di Trento acquisiscono valore soprattutto per lo sforzo interpretativo proposto dal giudice, il quale, pur non favorendo un approccio sistematico veramente utile ai fini di una ricostruzione ragionata ed esaustiva degli istituti esaminati, appare mosso da una sorta di "investitura garantista", essendo il suo intervento (condivisibilmente) volto a tutelare la condizione della lavoratrice/ricorrente messa in grave difficoltà dalla pandemia.

La normativa sanzionatoria stabilita dall'attuale art. 18 Stat. Lav. viene così interpretata attraverso il filtro del principio della buona fede, criterio che viene

continuamente richiamato e utilizzato dal magistrato proprio per evidenziare come, in mancanza di una disciplina di protezione *ad hoc* (ovvero che sia specifica per i casi di assenza dal lavoro dovuta al susseguirsi di nuove regole dettate *in progress* a causa delle crescenti esigenze di contenimento del Covid-19), i canoni civilistici della correttezza e della diligenza del prestatore di lavoro finiscono per rappresentare un vero e proprio “paracadute sociale”, in grado di fornire un legittimo strumento di tutela per situazioni che si trovino sprovviste di specifiche garanzie.

Il licenziamento *de quo* – avvenuto durante il *lockdown* ed irrogato nei confronti di una lavoratrice, madre di minore, nonché unica convivente della figlia bisognosa di accudimento – incarna di per sé una fattispecie ad elevato grado di disvalore sociale, rispetto al quale il giudice indubbiamente non può restare insensibile.

È probabilmente proprio per questo motivo che nella sentenza in commento si può riscontrare una evidente propensione a valorizzare l’elemento psicologico del fatto contestato, che diviene fattore risolutivo ai fini della condanna del datore di lavoro alla reintegrazione della lavoratrice, considerata incolpevole dell’inadempimento contestato.

Benché pienamente condivisibile nella gran parte delle valutazioni espresse, e soprattutto rispetto agli esiti garantisti cui si perviene in conformità anche al dettato costituzionale ⁽¹⁾, la sentenza che si annota presenta, però, alcune incoerenze logiche, che fanno facilmente pronosticare una probabile impugnazione.

3. Una conferma degli orientamenti consolidati in materia di licenziamento discriminatorio e ritorsivo.

Il primo punto affrontato dal giudice è rappresentato dall’accertamento relativo alla eventuale natura discriminatoria da attribuirsi al provvedimento espulsivo irrogato.

Sul punto, la sentenza in commento appare molto chiara nel ripercorrere gli orientamenti interpretativi, ormai consolidatisi nel tempo.

Si ribadisce innanzitutto che, per potersi parlare di discriminazione, è necessario fare riferimento a quelle fattispecie espressamente tipizzate dalle norme di diritto europeo e da quelle individuate dal diritto interno, che rappresentano «fattori di protezione introdotti dal legislatore a tutela di specifiche categorie». Stante la poliedricità dei casi concreti in cui si può manifestare un licenziamento discriminatorio, nel tempo la giurisprudenza ha ammesso interpretazioni esten-

(1) Sul punto, v. *amplius* L. ZOPPOLI, *Il licenziamento “de-costituzionalizzato”: con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, pag. 277 e segg.

sive rispetto alle ipotesi rigidamente previste per legge ⁽²⁾, individuando contemporaneamente alcuni requisiti essenziali ⁽³⁾ costitutivi della discriminazione.

Secondo tali fattori, la fattispecie discriminatoria deve realizzarsi indipendentemente dall'intento (discriminatorio) del soggetto agente, la condotta messa in atto deve, cioè, «operare in modo oggettivo» ⁽⁴⁾. Inoltre, mentre in passato la connotazione discriminatoria doveva riscontrarsi in base al suo carattere comparativo ⁽⁵⁾, doveva cioè emergere dal confronto con altre situazioni equiparabili e dall'esistenza di un trattamento meno favorevole con effetto pregiudizievole (seppure di non immediata evidenza) nei confronti solo di alcuni soggetti e l'atto datoriale doveva essere riconducibile direttamente o indirettamente ad uno dei fattori di discriminazione tassativamente previsti ⁽⁶⁾, oggi assistiamo ad un allargamento della nozione di discriminazione.

In particolare, un più attento uso dei dati statistici, l'analisi qualitativa e non quantitativa dell'impatto della discriminazione, l'equiparazione della molestia alla discriminazione hanno determinato una modifica del concetto stesso di tutela discriminatoria, che ha perso la sua connotazione relazionale-comparativa, per acquisire quella di garanzia del diritto assoluto alla dignità umana ⁽⁷⁾.

(2) Cfr. tra tante Cass. 3 dicembre 2015, n. 24648, in *De Jure*.

(3) Ne propone una sintetica, ma circostanziata, disamina M. NOVELLA, *Il licenziamento discriminatorio: fattispecie e ripartizione degli oneri probatori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2019, I, pag. 51 e segg.; R. SANTAGATA DE CASTRO, *Le discriminazioni sul lavoro nel diritto vivente*, Napoli, 2019.

(4) M.V. BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2016, pag. 242; A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di «paradigma» del diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO – A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Torino, 2015, pag. 39; P. CHIECO, *La nullità del licenziamento per vizi «funzionali» alla luce dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2014, pag. 338. Tra i giudici di merito, Trib. Milano 3 aprile 2018, in *De Jure*.

(5) M.V. BALLESTRERO, *Tra discriminazione*, op. cit., pag. 234. Cfr. inoltre, D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di «seconda generazione»*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2013, pag. 423 e segg.

(6) In giurisprudenza, Corte giust. Ue 18 dicembre 2014, C-354/13, FOA, in *Foro It.*, 2015, IV, col. 96; Corte giust. Ue 18 marzo 2014, C-363/2012, Z.; Corte giust. Ue 7 luglio 2011, C-310/2010, Ministerul Justietii; Corte giust. Ue 11 luglio 2006, C-13/2005, Chacon Navas, tutte in *De Jure*. Contra M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, I, pag. 148; A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, I, pag. 413, e segg.; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, I, pag. 111 e segg.

(7) Cfr., *amplius*, sul punto, AA.VV., *La tutela antidiscriminatoria. Fonti. Strumenti. Interpreti*, M. BARBERA e A. GUARISO (a cura di), Torino, 2019, *passim*, in cui si ricorda che, in passato, i divieti di discriminazione erano enumerati; la tutela era relativa e condizionata perché il giudizio era comparativo; i diritti coinvolti erano di carattere negativo. Oggi, invece, si riscontra un allargamento universalistico della tutela antidiscriminatoria; ci sono più concetti di discriminazione e si prescinde da una comparazione effettiva con l'attribuzione di diritti di contenuto positivo.

Tanto premesso sul piano sostanziale e stante la evidente difficoltà per il lavoratore di dimostrare, sotto il profilo probatorio, di aver subito un provvedimento discriminatorio, la legge prevede una parziale inversione dell'onere della prova, in virtù della quale il ricorrente dovrà fornire elementi di fatto, idonei a fondare la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, mentre spetterà alla parte datoriale provare l'insussistenza della discriminazione ⁽⁸⁾.

Nel caso di specie, la ricorrente si è limitata a denunciare il verificarsi di un comportamento discriminatorio sulla base di elementi generici, ovvero sul mero assunto della sua condizione di madre sola. Tale *status*, però, pur volendosi assecondare un'interpretazione estensiva rispetto alle fattispecie espressamente tipizzate dalla legge, non rappresenta in sé fattore di rischio; circostanza questa che porta il giudice, non solo ad escludere, per il caso di specie, l'accesso per la ricorrente alla specifica protezione fornita dall'ordinamento in caso di discriminazione, ma anche a rigettare la domanda di nullità per mancato assolvimento degli oneri probatori.

Per quanto riguarda, invece, l'intento ritorsivo, il giudice di Trento chiarisce subito che l'accertamento richiesto dalla ricorrente dovrà essere trattato autonomamente e a seguito della verifica della sussistenza o meno della giusta causa ⁽⁹⁾.

Per essere considerato ritorsivo, il licenziamento «deve costituire l'ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore» ⁽¹⁰⁾, ma, dato che l'intento ritorsivo deve costituire motivo esclusivo e determinante ai fini dell'irrogazione del licenziamento, l'indagine in ordine alla sussistenza di tale

(8) Sul punto M. NOVELLA, op. cit., sottolinea come «Il terzo elemento da provare è la sussistenza di una “correlazione significativa”, fondata su elementi presuntivi, tra il fattore di rischio e il trattamento meno favorevole (nel nostro caso, il licenziamento) tale da potere ritenere “plausibile” la discriminazione. Al ricorrente non è richiesto di provare la sussistenza di un nesso esclusivo tra motivo discriminatorio e licenziamento. La presunzione risulta fondata anche se gli elementi di fatto sono compatibili con una spiegazione differente rispetto alla realizzazione di una discriminazione: in ciò consiste l'agevolazione probatoria».

(9) In materia, v., *amplius*, M. BIASI, *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Padova, 2017. Dello stesso autore, cfr. anche *Il licenziamento ritorsivo nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema a tutele crescenti?*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma “Jobs Act”*, Padova, 2016, pag. 154, il quale sottolinea come sia stato significativo l'impatto delle nuove previsioni legislative sull'apparato sanzionatorio applicabile ai licenziamenti illegittimi, dal momento che l'ambito applicativo della nullità ha assunto una rilevanza maggiore rispetto al passato, non essendo più previsto, come nel testo originario dell'art. 18 L. n. 300 del 1970, lo stesso tipo di tutela del licenziamento ingiustificato. Per tale autore, inoltre, la nuova disposizione di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 23/2015 sarebbe semplicemente «più sintetica ed essenziale» dell'art. 18, primo comma, della L. n. 300/1970, ma non per questo non accoglierebbe le medesime ipotesi di nullità, tra le quali l'illiceità del motivo ex art. 1345 c.c.; A. ZOPPOLI, *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2015, pag. 291 e segg.

(10) Cass. 17 gennaio 2019, n. 1195, in *Dir. Giust.*, 2019, 11, pag. 13.

motivo non può che avvenire successivamente a quella relativa al presupposto giustificativo dell'atto espulsivo.

Se, infatti, dovesse sussistere una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento, il motivo ritorsivo non risulterebbe più né esclusivo né determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c.

Partendo da tale assunto, il giudice rinvia la decisione ad una fase successiva all'espletamento dell'accertamento relativo all'eventuale insussistenza del fatto contestato; decisione che, in questa sede, sembra opportuno anticipare per esigenze di economia espositiva, dal momento che la sentenza, alla fine, esclude anche la domanda relativa alla ritorsione.

Infatti, una volta rilevata l'insussistenza del fatto contestato per mancanza di giusta causa, il giudice adito ha rigettato la domanda di nullità relativa al motivo ritorsivo, limitandosi ad affermare che «...non si ritiene che il licenziamento, pur invalido per difetto della giusta causa addotta, sia affetto da nullità per ritorsività».

L'assunto assertivo e (eccessivamente) sintetico, cui si perviene nella sentenza, appare criticabile nella forma, ma non certamente nella sostanza. Le poche parole utilizzate per escludere l'intento ritorsivo danno per scontato il ragionamento che sottende la decisione, senza meglio specificare lo sviluppo logico dei motivi che hanno portato alla soluzione finale.

Secondo il giudice, infatti, nel caso di specie, non sarebbe possibile rinvenire l'intento ritorsivo, in quanto il licenziamento non appare sorretto da un intento punitivo. In particolare, il datore di lavoro avrebbe irrogato la sanzione disciplinare espulsiva senza considerare che, come chiarito all'esito di un lungo ragionamento interpretativo secondo buona fede, l'assenza prolungata addebitata alla lavoratrice, risultava di fatto giustificata, essendosi rivelata inesigibile. Circonstanza quest'ultima che avrebbe disvelato una condotta datoriale priva di motivo ritorsivo, ossia configurante un motivo illecito.

La soluzione proposta risente, certamente, di una conclusione un po' frettolosa e forse incompleta.

Infatti, si ricorda che la giurisprudenza in materia ha più volte ribadito come «sebbene spetti al lavoratore provare che il motivo illecito sia stato l'unico ed essenziale a determinare la volontà di recedere dal contratto, resta comunque necessario che il prestatore di lavoro indichi la sussistenza di una relazione causale tra specifiche circostanze e la volontà ritorsiva del datore di lavoro» ⁽¹¹⁾. L'insus-

(11) Così Cass. 23 agosto 1996, n. 7768, in *Mass. Giur. It.*, 1996, pag. 573; Cass. 5 agosto 2010, n. 18283, in *Rep. Foro It.*, 2010, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1053; Cass. 26 settembre 2007, n. 20170, *ivi*, 2007, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 956; Cass. 14 luglio 2005, n. 14816, in *De Jure*. In dottrina, tra gli altri, E. GRAGNOLI, *La nozione di licenziamento ritorsivo e le possibili motivazioni del recesso*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, II, pag. 65, afferma che «spesso, può non bastare lo stretto nesso di consequenzialità cronologica

sistenza di una legittima giustificazione in capo al provvedimento datoriale non implica, quindi, automaticamente la presenza del motivo illecito esclusivo, che deve essere puntualmente provato dal lavoratore. Prova che, nel caso esaminato, risulta carente, sebbene l'illiceità venga comunque dedotta dal giudice all'esito di un complesso ragionamento.

Ciò nonostante, seppure percorrendo altre vie, il giudice ha comunque rigettato la domanda di nullità del licenziamento, rilevando la mancanza dei presupposti tipici della ritorsione.

4. Dall'insussistenza del fatto al fatto disciplinarmente irrilevante: la giurisprudenza indica le linee guida per la corretta applicazione del comma 4 dell'art. 18 L. n. 300 del 1970.

Nodo centrale della sentenza in commento è certamente rappresentato dalla questione legata alla domanda di annullamento del licenziamento.

Sul punto, il giudice ha dichiarato che il licenziamento *de quo* risulta invalido, essendo stato intimato dalla società «per fatto giuridicamente inesistente *in quanto* disciplinarmente irrilevante» (il corsivo è dell'A.).

Per giungere a tale conclusione, il giudice di Trento si è avvalso del sostegno di una giurisprudenza ormai abbastanza consolidata in materia, che è il risultato di un percorso interpretativo che ha coinvolto per anni dottrina e giurisprudenza intorno alla nozione di “fatto” (e di “fatto contestato”), introdotta dalla nuova formulazione dell'art. 18 Stat. Lav. a seguito della cd. Riforma Fornero, e oggetto di ulteriore rivisitazione con il *Jobs Act*, che ha importato nel testo l'accezione di fatto materiale.

Non potendosi in questa sede ripercorrere tutto l'*iter* interpretativo registrato sul punto ⁽¹²⁾, appare utile ricordare almeno gli approdi ermeneutici a cui oggi si è giunti all'esito del richiamato dibattito.

Sebbene, infatti, una parte della dottrina abbia inizialmente sostenuto la tesi secondo cui per “fatto (materiale)” debba intendersi un fatto colto nel suo crudo dato esistenziale, senza alcuna connotazione o coloritura giuridica (ipotesi questa dettata da esigenze di conformità alla *ratio* della nuova disposizione statutaria, volta ad aumentare la flessibilità in uscita, che spingerebbe verso una limitazione dell'indagine da parte del giudice al mero profilo materiale dell'esistenza o meno

fra il comportamento sgradito al datore di lavoro e il successivo licenziamento e poco si può fare se non rinviare al prudente apprezzamento del giudice, che deve considerare tutti i fattori rilevanti nella formazione del suo convincimento».

(12) Tra i primi, cfr. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 415; nonché, R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 1064.

del fatto contestato ⁽¹³⁾), ha poi prevalso la tesi per la quale, al contrario, il fatto non esiste in sé, ma solo se preso in considerazione dalla norma.

Secondo quest'ultima tesi, il fatto deve essere inteso come "fatto giuridico" o giuridicamente rilevante ⁽¹⁴⁾, comprensivo sia dell'elemento intrinseco ed oggettivo dell'inadempimento, sia degli elementi estrinseci e soggettivi, quali il dolo e la colpa ⁽¹⁵⁾.

D'altro canto, la giurisprudenza, seppur dapprima propendendo per la teoria del fatto giuridico ⁽¹⁶⁾, ha, in seguito, avallato l'ipotesi del fatto materiale ⁽¹⁷⁾, interpretazione non più rivista, ma accompagnata nel tempo da ulteriori elaborazioni correttive, sfociate in una nozione di insussistenza del fatto contestato che «comprende non soltanto i casi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità, ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia [assunto] rilievo disciplinare, o quanto al profilo oggettivo o quanto al profilo soggettivo della imputabilità della condotta del dipendente» ⁽¹⁸⁾.

La Suprema Corte, in tal modo, ha di fatto ampliato l'ambito applicativo della tutela reintegratoria, evidenziando come «non sia plausibile che il legislatore, parlando di "insussistenza del fatto contestato", abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione (...). In altre parole, la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò seguito alla reintegrazione» ⁽¹⁹⁾.

Ai fini dell'applicabilità del 4° comma dell'art. 18 L. n. 300 del 1970, quindi, l'insussistenza del fatto contestato dovrebbe comprendere anche l'ipotesi del fatto

(13) A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio*, op. cit., pag. 415.

(14) O. MAZZOTTA, *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, II, pag. 104. Tale opzione interpretativa, secondo alcuni Autori, tra cui cfr. F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedibile innovatore ed il prudente conservatore*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 4, pag. 773, ha come conseguenza inevitabile di costringere il giudice ad effettuare il giudizio della legittimità del licenziamento basandosi sulla valutazione classica della proporzionalità della sanzione rispetto alla colpa e non sulla opzione "secca" sussistenza/insussistenza prevista dal legislatore della riforma. Imponendosi, in tal modo, una scaletta graduata riferita alla maggiore o minore scusabilità dell'errore commesso dal datore comminare il licenziamento. La tutela reintegratoria sarebbe così assicurata solo ai casi di assoluta inescusabilità per grossolana se non pretestuosa mancanza dei presupposti classici di legittimità del licenziamento. Sulla "manifesta" insussistenza del fatto v. anche, U. GARGIULO, *Il licenziamento economico alla luce del novellato art. 18*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2014, in particolare pag. 101 e segg.

(15) Sul punto cfr. ancora F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice*, op. cit., pag. 773.

(16) A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 4-5, pag. 785 e segg.; L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012 n. 92) prima, durante e dopo*, Napoli, 2012.

(17) Si veda per tutte, Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in *De Jure*.

(18) Cass. 12 maggio 2016, n. 10019, in *De Jure*.

(19) Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540, in *De Jure*. Per la dottrina v. R. DEL PUNTA, *Ancora sul regime del licenziamento disciplinare ingiustificato: le nuove messe a punto della Cassazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2019, I, pag. 512.

sussistente ma privo del carattere di illiceità disciplinare, ovvero il fatto sostanzialmente inapprezzabile sotto il profilo sanzionatorio oltre che il fatto non imputabile al lavoratore.

L'equiparazione della insussistenza del fatto alla completa irrilevanza dello stesso sotto il profilo disciplinare costituisce l'assunto dal quale muove anche il giudice della sentenza in commento, che accoglie la tesi secondo cui al fatto accaduto, ma disciplinarmente del tutto irrilevante, non può logicamente riservarsi un trattamento sanzionatorio diverso da quello previsto per le ipotesi in cui il fatto non sia stato commesso ⁽²⁰⁾.

Come già chiarito più volte dalla Suprema Corte, però, per individuare quale sia il regime sanzionatorio da applicare (ovvero per comprendere se ci si trovi innanzi ad una fattispecie disciplinata dal comma 4 o dal comma 5 dell'art. 18 Stat. Lav.), «il giudice dovrà procedere ad una valutazione più articolata circa la legittimità dei licenziamenti disciplinari (...)» ⁽²¹⁾, dovendosi, innanzitutto, accertare se sussistano o meno gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo di recesso ⁽²²⁾ e, in seguito, nel caso in cui sia stata esclusa la ricorrenza di una causa giustificativa del licenziamento, il medesimo giudice, per poter individuare la tutela applicabile, dovrà svolgere un'ulteriore disamina in merito alla sussistenza o meno delle condizioni previste al comma 4 dell'art. 18 Stat. Lav.

A norma di tale comma, infatti, per potersi accedere alla tutela reintegratoria, il magistrato del lavoro dovrà rilevare l'insussistenza del fatto contestato, oppure che il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili. In assenza di un'ipotesi assimilabile alle fattispecie descritte, il giudice dovrà applicare il regime sanzionatorio stabilito al comma 5 del medesimo articolo, che prevede una tutela indennitaria "forte".

Da un punto di vista metodologico, quindi, la Suprema Corte – nel tempo – ha indicato un percorso logico cui attenersi per poter individuare quale sia la più corretta sanzione da infliggere in caso di licenziamento viziato per mancanza di

(20) Cass. 8 maggio 2019, n. 12174, in *De Jure*, in cui si chiarisce inoltre che «ai fini della pronuncia di cui al D.Lgs. n. 23 del 2015, art. 3, comma 2, l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, comprende non soltanto i casi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità, ma anche in tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia rilievo disciplinare».

(21) Cass. 25 maggio 2017, n. 13178; Cass. 16 luglio 2018, n. 18823; Cass. 14 dicembre 2018, n. 32500, tutte in *De Jure*.

(22) Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2017, n. 30985, in *De Jure*, puntualizza che la riforma del 2012 non ha modificato le norme sui licenziamenti individuali, di cui alla L. n. 604 del 1966, laddove stabiliscono che il licenziamento del prestatore di lavoro non può che avvenire per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c. o per giustificato motivo.

giusta causa, dovendosi procedere attraverso due distinte valutazioni: l'una riguardante l'esistenza stessa della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo e l'altra relativa alla tutela applicabile ⁽²³⁾.

Soltanto dopo aver escluso la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo del licenziamento, infatti, sarebbe possibile valutare se il fatto addebitato, e sussistente nella sua materialità, presenti o meno l'assoluta assenza di illiceità disciplinare che determina la tutela ripristinatoria.

Sulla base del metodo indicato dalla Cassazione, il giudice della sentenza in commento, per valutare la sussistenza/insussistenza del fatto contestato, ha proceduto innanzitutto ad una approfondita analisi, finalizzata espressamente a rilevare se il licenziamento irrogato fosse sostenuto o meno da una giusta causa, proponendosi, a tale scopo, di stabilire *in primis* se l'assenza dal lavoro della ricorrente potesse considerarsi effettivamente giustificata.

La risposta positiva a tale quesito sembrerebbe deducibile innanzitutto *per tabulas*, avendo la ricorrente presentato (in data 13 marzo 2020) una richiesta di ferie «per tutto il periodo di sospensione delle attività scolastiche». La formula utilizzata, secondo il giudicante, risulterebbe chiaramente riferita «a qualsiasi periodo» di sospensione dell'attività didattica, ricomprendendosi così nella domanda presentata anche i periodi di proroga di tale sospensione.

Infatti, sulla base di un'interpretazione realizzata secondo buona fede della richiesta formulata dalla lavoratrice, rappresenterebbero (se complessivamente valutati) fattori inequivocabili della mancanza della *voluntas non adimplendi* da parte della lavoratrice, sia la presenza di una normativa favorevole a concedere le ferie già maturate «per gravi motivi familiari» (come nel caso in cui vi sia la necessità di assistere una figlia di 9 anni, che non può rimanere da sola in casa a svolgere la DAD), sia il ruolo gerarchicamente modesto e quindi facilmente fungibile della ricorrente, nonché, il numero di giorni di ferie e le ore di permesso ancora fruibili dalla dipendente (unitamente a quelle ancora maturande).

Elementi che avrebbero dovuto spingere la società datrice a consentire la fruizione di un congedo non retribuito per l'intero periodo di sospensione delle attività didattiche, anziché indurla a procedere disciplinarmente con un provvedimento espulsivo.

Tanto precisato in merito alla documentazione esaminata, il giudice ha, quindi, ulteriormente rafforzato il proprio convincimento in merito all'insussistenza della giusta causa, sostenendo l'impossibilità da parte della ricorrente di svolgere la propria prestazione per causa alla medesima non imputabile, essendo emersa dall'accertamento effettuato «una difficoltà nell'adempiere che, alla luce del con-

(23) Cass. 10 febbraio 2020, n. 3076, in *De Jure*.

tenuto della prestazione dovuta e dei mezzi correntemente impiegati per eseguirla, non è corretto pretendere che il debitore superi».

La necessità di assistere la figlia, sorta a seguito della sospensione dell'attività didattica per contenere la diffusione del Covid-19, avrebbe reso "impossibile" o, meglio, "inesigibile" la prestazione lavorativa da parte della ricorrente; condizione quest'ultima che avrebbe – a sua volta – reso ingiustificato il licenziamento irrogato.

Tale conclusione, però, apre la strada ad un'ulteriore, inevitabile considerazione.

Avendo il giudice attribuito alla mancata prestazione lavorativa una connotazione di inesigibilità/impossibilità e avendo fatto seguire a tale qualificazione la più grave delle sanzioni (ovvero la reintegra nel posto di lavoro), probabilmente avrebbe dovuto rafforzare la propria decisione attraverso un supporto probatorio non meramente presuntivo.

Al fine di escludere completamente la colpevolezza della ricorrente, il giudice di Trento, compatibilmente con la fase sommaria imposta dal rito Fornero, prima di dichiarare la giustificabilità dell'assenza, avrebbe dovuto soffermarsi maggiormente sulla prova fornita dalla dipendente, la quale, invero, a sua volta avrebbe dovuto dimostrare in maniera più rigorosa di non essere stata in grado materialmente (e/o eventualmente anche economicamente) di trovare una persona – ad esempio una *babysitter* – che potesse sostituirla, restando a casa con la figlia durante le ore di lavoro.

5. L'elemento psicologico nell'accertamento della sussistenza/insussistenza del fatto contestato: la colpa del lavoratore.

Seguendo un'interpretazione secondo buona fede nell'accertamento relativo alla giusta causa, il Tribunale di Trento ha affermato che l'insussistenza del fatto sia deducibile dal «carattere giustificato dell'assenza (...) in quanto dovuta a impossibilità di svolgere la prestazione per causa non imputabile alla lavoratrice».

A fondamento di tale conclusione, il giudice premette innanzitutto una lunga digressione in materia di responsabilità per inadempimento, distinguendo una tesi oggettivistica (in cui si esclude la responsabilità del debitore, quando questi «dimostri l'avvenuta estinzione dell'obbligazione per sopravvenuta impossibilità, verificatasi per una causa a lui non imputabile»), da un'altra soggettivistica, che invece si fonda sulla colpa (intesa come mancanza di diligenza *ex art.* 1176 c.c.), la quale ultima non sarebbe rilevabile, come precisato precedentemente, nei casi in cui «emerge una difficoltà nell'adempimento che, alla luce del contenuto della prestazione dovuta e dei mezzi correntemente impiegati per eseguirla, non è corretto pretendere che il debitore superi».

Aderendo a questa (seconda) impostazione, il giudice adito ha ritenuto – nel caso di specie – che per l'emergenza Covid la prestazione di lavoro fosse divenuta

impossibile o, meglio, inesigibile per la ricorrente, per causa a lei non imputabile per mancanza di colpa.

Le conclusioni cui si perviene nella sentenza in commento, che attribuisce all'elemento della colpa ⁽²⁴⁾ una funzione determinante ai fini della decisione, sembrano risentire fortemente dell'orientamento interpretativo che attrae il fatto contestato nell'area del fatto "giuridico", proprio in ragione del ruolo assolto dall'elemento soggettivo per individuare la sussistenza o meno della giusta causa.

La tesi proposta ripercorre in massima parte le linee guida del noto orientamento, consolidatosi nella giurisprudenza di merito già all'indomani della cd. Riforma Fornero, secondo cui il fatto nella sua essenza fenomenologica non è giuridicamente apprezzabile se non mediante la valutazione attraverso parametri normativi ⁽²⁵⁾; richiedendosi, inoltre, ai fini di un corretto svolgimento dell'istruttoria processuale, l'accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo ⁽²⁶⁾, relativamente all'esame dell'adeguatezza del fatto a integrare una giusta causa di licenziamento.

Secondo questa interpretazione, per "fatto" deve intendersi, non solo il fatto materiale non avvenuto, ma anche il fatto avvenuto che non costituisce inadempimento imputabile al lavoratore ⁽²⁷⁾.

In particolare, una parte della dottrina ha chiarito come nel comma 4 dell'art. 18 L. n. 300 del 1970, in cui si parla di "fatto contestato", tale termine «non signifi-

(24) *Amplius*, in merito all'elemento della colpa, v. il recente lavoro di L. ZAPPALÀ, *La colpa del lavoratore*, Torino, 2020. Per una particolare attenzione all'elemento fiduciario, si veda, invece, L. ZOPPOLI, *La fiducia nei rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, Padova, 2005, pag. 846 e segg.

(25) Trib. Bologna, ord., 15 ottobre 2012, Trib. Milano, ord., 30 gennaio 2013, Trib. Ravenna 18 marzo 2013, Trib. Bari, ord. 19 novembre 2013, tutte in *De Jure*; in dottrina A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 4-5, pag. 794.

(26) Circostanza che, secondo numerosi autori, denota che alla nozione di fatto deve essere attribuita l'accezione di "fatto giuridico". Cfr. sul punto, F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, 2, pag. 322; M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema* (nota a Trib. Bologna ord. 15 ottobre 2012, cit.), in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 1058; C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, 4, pag. 1035; M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, I, *passim*; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza – Parte I*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2014, I, pag. 369; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, *passim*; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 1, pag. 547 e segg.; C. ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, 2, *passim*.

(27) Trib. Milano, ord. 28 gennaio 2013, cit.; Trib. Roma, ord. 13 febbraio 2014, cit.; in dottrina si vedano F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 6, pag. 1118; E. GHERA, *Appendice di aggiornamento a Diritto del lavoro*, Edizione 2011, Bari, 2013, pag. 477.

ca, come nel linguaggio corrente, mero accadimento di un fatto, ma significa condotta inadempiente (del lavoratore) e quindi [il fatto] si connota in ogni caso di una qualificazione giuridica che discende dalla nozione ontologica del licenziamento disciplinare ripetutamente affermata in giurisprudenza. Il licenziamento disciplinare è quello con cui il datore di lavoro addebita al lavoratore una “colpa” in senso lato e quindi un’inadempienza agli obblighi nascenti dal rapporto di lavoro. Se il datore di lavoro addebita al lavoratore un fatto che non costituisce inadempimento, viene meno in radice (nel senso che non è proprio configurabile) il licenziamento disciplinare» ⁽²⁸⁾.

Inoltre, secondo giurisprudenza da tempo consolidata: «Per accertare la legittimità di un licenziamento per colpa adottato nei confronti di un dipendente, occorre che il comportamento dello stesso sia valutato attraverso un giudizio globale che tenga conto dell’effettiva incidenza del fatto addebitato sul comportamento lavorativo» ⁽²⁹⁾.

Tali deduzioni sembrano pienamente condivise dal giudice *de quo*, il quale, esaminando il comportamento della lavoratrice nel suo complesso, considera il fatto che la ricorrente avesse presentato domanda di fruizione delle ferie, per poter restare a casa con la figlia, come rivelatore della mancanza di una esplicita volontà di non adempiere.

Seguendo tale approccio interpretativo, risulterebbe, così, accertato con chiarezza che la ricorrente, avendo anche presentato domanda di fruizione delle ferie, non avesse voluto assentarsi dal lavoro intenzionalmente, essendo piuttosto “costretta” da eventi avversi a restare a casa.

L’assenza di una *voluntas non adimplendi* e la conseguente assenza di colpa in capo alla dipendente rileverebbero in maniera risolutiva ai fini della individuazione della insussistenza del fatto contestato, il quale, non essendo imputabile alla ricorrente, renderebbe annullabile il licenziamento in quanto privo di giusta causa.

Pertanto, nel caso di specie, l’elemento della colpa appare determinante sia ai fini dell’accertamento dell’inadempimento contrattuale, sia in quanto fattore decisivo da cui far discendere l’assoluta mancanza di giusta causa nel provvedimento espulsivo invalidamente irrogato dalla società soccombente.

L’apertura (di credito) all’elemento “volontaristico”, effettuata dal giudice nella sentenza in esame, seppur in larga parte condivisibile, deve essere accolta con cautela, in quanto l’attenzione rivolta ai fattori soggettivi dell’inadempimento deve sempre tenere in debita considerazione il controverso dibattito sorto sul punto in

(28) G. AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, II, pag. 327.

(29) Cass. 13 aprile 1999, n. 3645, in *De Jure*.

giurisprudenza e soprattutto il dato normativo testuale. Il richiamo all'elemento psicologico nella valutazione di un licenziamento disciplinare illegittimo, infatti, se non adeguatamente argomentato, potrebbe agevolmente prestarsi a una critica di arbitrarietà, dovuta all'utilizzo (troppo) disinvolto di parametri soggettivi, che per loro natura consentono una certa discrezionalità tecnico-valutativa nel giudizio.

Già più volte, la Cassazione ha ritenuto di dover utilizzare una "ermeneusi morbida" ⁽³⁰⁾ e costituzionalmente orientata anche nei casi in cui l'illecito sia espressamente previsto dal codice disciplinare, procedendo con una valutazione che tenga in conto tutte le circostanze del caso concreto e dell'influenza anche del dolo o della colpa in senso attenuante della responsabilità del dipendente ⁽³¹⁾.

Sarebbe, quindi, da escludersi la configurabilità in astratto di qualsivoglia meccanismo automatico nell'irrogazione di sanzioni disciplinari, specie laddove queste consistano nella massima sanzione, tanto più se si considera che «il giudice delle leggi, esaminando diverse disposizioni legislative che prevedevano automatismi espulsivi, ha ritenuto che la privazione di una valutazione di graduazione della sanzione in riferimento al caso concreto vulnera i principi della tutela del lavoro (artt. 4 e 35 Cost.), del buon andamento amministrativo (art. 97 Cost.) e quelli fondamentali di ragionevolezza (art. 3 Cost.)» ⁽³²⁾.

Se, però, da una parte, la Suprema Corte ammette la verifica caso per caso della sussistenza dell'elemento intenzionale o colposo, ossia la valutazione relativa alla presenza di elementi che assurgono a "scriminante" della condotta tenuta dal lavoratore, tali da configurare una situazione di inesigibilità della prestazione lavorativa, per altri versi, ricorda come «in particolare, con riguardo all'assenza non giustificata, la tipizzazione *ex ante* effettuata, oneri il lavoratore di dedurre e fornire elementi che consentano (*in primis* al datore di lavoro e, successivamente ed eventualmente, al giudice) di valutare la ricorrenza di circostanze tali da impedire lo svolgimento dell'attività lavorativa, in tal senso comprendendo sia l'adempimento della prestazione principale sia tutto il corredo degli obblighi

(30) Cass. 26 gennaio 2016, n. 1351, in *De Jure*.

(31) Cass. 19 settembre 2016, n. 18326, in *De Jure*, seppur in riferimento a un caso verificatosi nell'ambito della pubblica amministrazione, la Suprema Corte ha sollecitato un maggiore rigore valutativo, dal momento che, anche nell'ipotesi in cui vi sia una specifica tipizzazione di fattispecie di illeciti disciplinari, per i quali è prevista l'applicazione del licenziamento, «si pone il problema di verificare se – una volta accertato che il lavoratore abbia commesso delle mancanze previste dalla norma – il licenziamento sia una conseguenza automatica e necessaria, ovvero se il datore di lavoro conservi il potere-dovere di valutare l'effettiva portata dell'illecito, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto e, quindi, di graduare la sanzione da irrogare, potendo ricorrere a quella espulsiva solamente nell'ipotesi in cui il fatto presenti caratteri propri del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa».

(32) Cfr. Corte cost. 14 ottobre 1988, n. 971 e Corte cost. 26 luglio 1996, n. 706, in *De Jure*, in materia di destituzione di diritto; Corte cost. n. 170/2015, in *De Jure*, in materia di trasferimento obbligatorio in caso di violazione di specifici doveri da parte dei magistrati).

strumentali di correttezza e diligenza, e tali, quindi, da giustificare la condotta tenuta dal lavoratore seppur coincidente con la tipizzazione (oggettiva)» ⁽³³⁾ prevista dal codice disciplinare.

Sta di fatto, quindi, che, allorché si intenda attribuire all'elemento soggettivo una funzione essenziale nella formazione del giudizio sulla sussistenza o meno del fatto contestato, sarà necessario porre particolare attenzione a tutti gli elementi del fatto che servono a costituire una corretta valutazione della fattispecie; accertamento che sicuramente deve risultare ancora più specifico e dirimente nei casi di licenziamento disciplinare.

Il rigore richiesto dalla Suprema Corte non sembrerebbe, però, aver contraddistinto pienamente l'accertamento condotto dal giudice di Trento, il quale, come già chiarito, sembrerebbe aver risolto la controversia sulla base di prove caratterizzate da una forte connotazione di presunzione.

6. Lo sdoppiamento della procedura di accertamento e il valore dell'elemento volontaristico nel fatto disciplinarmente irrilevante.

Seppure l'orientamento giurisprudenziale, testé richiamato, sia condivisibile nella parte in cui afferma che, per accertare la sussistenza o meno della giusta causa in un licenziamento disciplinarmente rilevante, bisognerà valutare anche se la sanzione espulsiva sia effettivamente fondata su un comportamento riconducibile alla sfera volitiva del lavoratore e lesivo dei suoi doveri contrattuali ⁽³⁴⁾, appare opportuno ricordare che una parte della dottrina ha sottolineato come tutti gli elementi che accompagnano il fatto, così come le operazioni di contestualizzazione del fatto storico addebitato e i giudizi di gravità del medesimo, dovrebbero rilevare soltanto «ai fini della legittimità/illegittimità del licenziamento e non al fine della comminazione della sanzione» ⁽³⁵⁾.

Secondo tale interpretazione, infatti, sarebbe sempre necessario procedere ad uno sdoppiamento dell'accertamento giudiziale, dapprima nella direzione di una verifica della legittimità del licenziamento e poi, eventualmente al fine di selezionare la sanzione, sulla base del criterio introdotto dal nuovo art. 18 L. n. 300 del

(33) Cass. 19 settembre 2016, n. 18326, cit.

(34) Cass. 25 ottobre 2012, n. 18287, in *De Jure*.

(35) In particolare, R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare*, op. cit., pag. 1065, il quale si domanda anche se: «...la peculiare natura della prestazione lavorativa, l'oggetto dell'obbligazione contrattuale, il grado di fiduciarità del rapporto, il grado di affidamento e di diligenza richiesto dalle mansioni, le attenuanti o le aggravanti del comportamento, più in generale le circostanze estrinseche che connotano la condotta dell'incolpato – elementi tutti concorrenti nella giurisprudenza consolidata alla formulazione del giudizio di gravità e proporzionalità – fanno parte del giudizio in base al quale un determinato fatto materiale integra la giusta causa il giustificato motivo soggettivo o costituiscono profili del fatto rilevanti ai fini della “sussistenza?”; nonché già A. MARESCA, *Il nuovo regime*, op. cit.

1970 ⁽³⁶⁾, onde evitare una indebita commistione tra fatto contestato insussistente e fatto disciplinarmente irrilevante.

A questo orientamento (da tempo consolidatosi anche in giurisprudenza ⁽³⁷⁾) sembrerebbe essersi ispirato – almeno di primo acchito – il giudice di Trento, il quale, nell'intento di realizzare la descritta sequenza valutativa bifasica, ha sintetizzato le proprie considerazioni distinguendo due diversi punti di analisi, il primo dei quali è stato dedicato esclusivamente all'accertamento giudiziale della sussistenza/insussistenza della giusta causa. Quando si è trattato di individuare, poi, i presupposti necessari per decidere quale sanzione irrogare ai sensi dell'art 18 Stat. Lav., però, il medesimo giudice, nel secondo punto di cognizione, sembrerebbe essere incorso in una vera e propria sovrapposizione delle due fasi della valutazione.

Infatti, mentre nella prima fase di accertamento il giudicante, evidenziando la mancanza di colpa in capo alla ricorrente, che involontariamente (ovvero a causa del Covid) si sarebbe trovata nell'impossibilità di svolgere il proprio lavoro, ha dedotto l'insussistenza della giusta causa nel licenziamento per l'inesigibilità della prestazione; diversamente, nella fase successiva, anziché occuparsi dell'accertamento della rilevanza disciplinare del licenziamento irrogato, è pervenuto direttamente alla condanna della società datrice *ex* comma 4, art. 18 L. n. 300 del 1970, affermando l'invalidità dell'atto di recesso, ritenuto illegittimo perché fondato su un fatto "giuridicamente inesistente *in quanto* disciplinarmente irrilevante".

Tale assunto disvela un vuoto nell'istruttoria condotta, in quanto l'ulteriore accertamento da svolgere, relativo alla rilevanza disciplinare del fatto contestato e all'individuazione della sanzione da infliggere, sembrerebbe essere stato completamente assorbito dalla prima fase, che, però, a sua volta, si fonda sull'assunto secondo cui l'impossibilità (sopravvenuta) alla prestazione, non essendo attribuibile a una colpa del lavoratore, determini sempre l'insussistenza del fatto contestato. Deduzione quest'ultima che, invece, non può considerarsi scontata.

Più specificamente, a ben guardare, la conclusione proposta sembrerebbe fondata su un assioma piuttosto sibillino, frutto di una mera deduzione logica, secondo cui la società datrice di lavoro avrebbe «proceduto disciplinarmente nei confronti della ricorrente in ragione di una condotta che "oggettivamente" costituiva un'assenza prolungata dal lavoro che però non appariva una manifesta forma di esercizio di un diritto, ma che si è ritenuta giustificata solo a seguito di elaborate considerazioni di ordine giuridico».

La condanna della società convenuta alla reintegrazione sarebbe, dunque, dovuta al fatto che l'assenza dal lavoro addebitata alla ricorrente, sebbene certamen-

(36) R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare*, op. cit., pag. 1065.

(37) Per la giurisprudenza cfr. *supra* sub par. 4.

te inquadrabile come mancanza disciplinarmente prevista dal CCNL applicato in azienda, sarebbe in realtà risultata giustificata, in quanto non si trattava di una mancanza, bensì di una manifestazione di un diritto legittimamente esercitato dalla lavoratrice. Proprio questa circostanza, come chiarito a seguito di «elaborate considerazioni», avrebbe reso anche disciplinarmente irrilevante il licenziamento irrogato alla dipendente.

La soluzione proposta dal giudice non sembra pienamente intellegibile, infatti, potrebbe apparire piuttosto frettolosa proprio nelle sue conclusioni, laddove tende ad archiviare con poche parole il licenziamento oggetto di giudizio come “fatto giuridicamente inesistente *in quanto* disciplinarmente irrilevante”.

È proprio la locuzione “in quanto” a lasciare perplessi, dal momento che sembrerebbe sottintendere una vera e propria coincidenza tra l'accertamento relativo al fatto “giuridicamente inesistente” e quello (successivo) del comportamento “disciplinarmente irrilevante”.

Nel caso di specie, infatti, l'attenzione del giudice risulta attratta prevalentemente (se non in via esclusiva) dall'accertamento relativo all'insussistenza del fatto contestato e alla mancanza della giusta causa per impossibilità/inesigibilità della prestazione lavorativa; mentre l'individuazione dell'irrilevanza disciplinare sembrerebbe essere relegata ad una mera deduzione logica, sintetizzata in un'unica formula interpretativa, in cui il fatto giuridicamente inesistente coincide con quello disciplinarmente irrilevante, il quale ultimo resta, però, privo di uno specifico accertamento.

Se, però, si sdoganasse questa identificazione delle due fattispecie da indagare, avallando una sorta di automatismo, ci si potrebbe trovare dinanzi ad un paradosso logico-giuridico, in cui qualunque fatto accertato e teoricamente censurabile, in quanto privo di giusta causa, ammetterebbe sempre la tutela reintegratoria, anche se in mancanza dell'elemento dell'antigiuridicità, in tal modo restringendosi enormemente (*rectius*, indebitamente) l'ambito applicativo della tutela indennitaria.

Come più volte chiarito dalla giurisprudenza, «l'assenza di illiceità di un fatto materiale pur sussistente, deve essere ricondotto all'ipotesi, che prevede la reintegra nel posto di lavoro, dell'insussistenza del fatto contestato, anche allorquando risulti di rilievo disciplinare nullo o sostanzialmente inapprezzabile, mentre la minore o maggiore gravità (o lievità) del fatto contestato e ritenuto sussistente, implicando un giudizio di proporzionalità, non consente l'applicazione della tutela cd. reale» ⁽³⁸⁾, rientrando invece nella tutela indennitaria.

In quest'ottica, appare certamente arduo considerare pacifica l'ipotesi secondo cui un fatto possa essere ritenuto giuridicamente insussistente (e anche discipli-

(38) Cass. 20 settembre 2016, n. 18418 e Cass. 31 maggio 2017, n. 13799, in *De Jure*.

narmente irrilevante) solo perché la prestazione sia divenuta inesigibile o impossibile, senza procedere ad un preventivo e specifico accertamento delle circostanze poste a fondamento del licenziamento.

Infatti, la giurisprudenza, pur nell'intento palese di allargare le maglie di accesso alla tutela reintegratoria, comprendendo nelle fattispecie sanzionabili ex art. 18, comma 4, Stat. Lav. «anche le ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere dell'illiceità o rilevanza giuridica, e quindi il fatto inapprezzabile sotto il profilo disciplinare, oltre che il fatto non imputabile al lavoratore»⁽³⁹⁾, ha, altresì, accompagnato tale elasticità ad un necessario rigore interpretativo, volto a ricomprendere in queste ipotesi di reintegrazione “allargata” solo i casi di «*completa* irrilevanza giuridica»⁽⁴⁰⁾ o di «*accertata* insussistenza»⁽⁴¹⁾ [il corsivo è dell'A.].

L'accesso alla tutela reintegratoria, quindi, avviene solo a seguito di un severo accertamento della fattispecie concreta, che individui casi veramente gravi, in cui il giudice, «procedendo ad un giudizio più completo e articolato rispetto al passato», rilevi «un grado [eclatante, *nda*] di divergenza della condotta datoriale dal modello legale e contrattuale legittimante»⁽⁴²⁾.

Il requisito dell'antigiuridicità, pertanto, deve sempre essere adeguatamente provato e non certo dato per scontato o considerato accertato sulla base di mere presunzioni e/o deduzioni logiche.

Nel caso di specie, invece, l'assenza reiterata dal lavoro addebitata alla lavoratrice, considerata elemento essenziale per rilevare la mancanza della giusta causa, in quanto inadempimento non imputabile alla dipendente incolpevole, è stata posta a fondamento non solo della desunta insussistenza del fatto contestato, ma anche (e automaticamente) della sua irrilevanza sul piano disciplinare.

Tale assunto, però, potrebbe avere una conseguenza paradossale, ovvero che tutte le ipotesi di licenziamento per cause genericamente connesse al Covid potrebbero essere automaticamente oggetto di impugnazione, in quanto fondate su una condizione (connaturata) di impossibilità/inesigibilità della prestazione di lavoro.

Infatti, una volta “scomodate” le categorie civilistiche dell'inadempimento contrattuale, la pandemia potrebbe rappresentare – a pieno titolo – una causa di forza maggiore, in presenza della quale potrebbe sempre dedursi una totale mancanza di colpa nell'inadempimento da parte del prestatore di lavoro.

Inoltre, parafrasando l'interpretazione proposta dal Tribunale di Trento, basata sulla buona fede: allorquando il lavoratore abbia utilizzato tutta la propria dili-

(39) Cass. 25 maggio 2017, n. 13178, in *De Jure*.

(40) Cass. 20 settembre 2016, n. 18418, in *De Jure*.

(41) Cass. 25 maggio 2017, n. 13178, in *De Jure*.

(42) *Ibidem*.

genza per evitare l'inadempimento, ma questo alla fine comunque si sia verificato per causa a lui non imputabile, il licenziamento dovrà considerarsi oltre che illegittimo per insussistenza del fatto addebitato, anche irrilevante disciplinarmente, o meglio illegittimo "in quanto" disciplinarmente irrilevante.

Secondo dottrina e giurisprudenza (summenzionate), però, mentre l'elemento intenzionale, nell'accertamento della mancanza della giusta causa, risulta determinante ai fini del rilievo della sussistenza/insussistenza di un fatto, ed è essenziale anche per blindare il requisito della proporzionalità della sanzione, al fine di soppesare la gravità della condotta del lavoratore ⁽⁴³⁾, la medesima condotta, per risultare rilevante sotto il profilo disciplinare, e per potersi poi procedere all'individuazione della tutela sanzionatoria applicabile alla fattispecie in esame, necessita di un ulteriore specifico accertamento, fondato su un rigoroso esame probatorio, soprattutto nel caso in cui la mancanza addebitata al dipendente sia espressamente qualificata come infrazione dal codice disciplinare, essendo frutto di una specifica disposizione contrattuale.

La sentenza in esame appare carente proprio in merito a questo duplice accertamento, sorvolando sulla prospettata differenziazione e fondendo in un unico grande processo interpretativo sia le risultanze istruttorie relative all'accertamento della sussistenza/insussistenza della giusta causa, sia quelle aventi ad oggetto la rilevanza/irrilevanza disciplinare del fatto contestato.

Tale impostazione, seppur basata prevalentemente su un'interpretazione secondo buona fede, essendo volta ad amplificare il valore dell'elemento volontaristico, se appare condivisibile per i suoi esiti, intesi a proteggere un soggetto fragile trovatosi sprovvisto di tutele a causa di avvenimenti imponderabili (quali la pandemia che stiamo vivendo) e a questi non imputabili, non sembra, in conclusione, altrettanto convincente e solida sul piano dello sviluppo logico.

Le conclusioni proposte, infatti, già scricchiolando sotto diversi profili, rischiano di aprire un pericoloso varco interpretativo nella direzione di un incontrollato ampliamento dell'area della reintegrazione, aggiungendo un'ulteriore piccola crepa ad un sistema profondamente minato dai numerosi dubbi ermeneutici sollevati nel tempo da dottrina e giurisprudenza.

(43) In merito, più volte, la giurisprudenza ha sottolineato il carattere di norma di ordine pubblico dell'art. 2119 c.c., e ha indicato gli aspetti del caso concreto di cui bisogna tenere conto nel valutare se la violazione delle norme etiche e del vivere civile abbia provocato la perdita di fiducia da parte del datore di lavoro. Tali aspetti sono: a) la natura e la qualità del rapporto, b) la posizione delle parti, c) il grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni, d) il nocumento eventualmente arrecato all'impresa, e) le circostanze del verificarsi dei fatti, f) i motivi e l'intensità dell'elemento intenzionale o colposo. Tra le altre, v. Cass. 16 ottobre 2019, n. 26023; Cass. 23 maggio 2019, n. 14062; Cass. 11 dicembre 2018, n. 32043; Cass. 27 aprile 2018, n. 10280; Cass. 28 gennaio 2016, n. 1595; Cass. 3 dicembre 2014, n. 25608, tutte in *De Jure*.