39
2014

Diritto & Pratica del Lavoro

Settimanale di amministrazione, gestione del personale, relazioni industriali e consulenza del lavoro

Accordi quadro
Expo Milano 2015 e disciplina dei rapporti di lavoro

Successione di contratti
Riduzione dell'orario di lavoro: condizioni legittimanti

Riforma P.A.
Segretari e tecnici comunali: aboliti diritti di rogito e incentivi

Previdenza complementare
Educazione previdenziale e diffusione dei fondi

Percorsi di ottobre - novembre

LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI
M. Cicciù e A. Costa

Regno Unito
Sistemi beveridgeani

IN QUESTO NUMERO

Francia
Sistemi bismarckiani

Germania
Dicotomia est/ovest

Spagna
Decreto n. 16/2013

Svizzera
Sistema dei tre pilastri

Anno XXXI, 11 ottobre 2014, n. 39 - Direzione e Redazione: Strada 1, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI) -
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano

00149136
5 000001 491369

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Wolters Kluwer
Italia

CAMPAGNA RINNOVI RIVISTE 2015
RINNOVA IL MEGLIO OGGI STESSO
edicolaprofessionale.com/rinnovi

Sommario

Percorsi

Libera circolazione dei lavoratori

Francia: i sistemi bismarckiani
Maurizio Cicciù e Andrea Costa **2053**

Approfondimenti

Expo Milano 2015: disciplina dei rapporti di lavoro
Maria Rosa Gheido e Alfredo Casotti **2059**

Segretari e tecnici comunali: aboliti diritti di rogito e incentivi
Paola Cosmai **2068**

Riduzione dell'orario di lavoro: condizioni legittimanti
Salvatore Servidio **2077**

Articolo 18: la tesi del fatto giuridico non convince
Pietro Scudeller **2086**

Incentivi per assunzioni, imprenditoria giovanile e formazione
Alberto Giordano **2096**

STUDIO SCUDELLER
CONEGLIANO
16 OTT. 2014
RICEVUTO

Fondi pensione

Educazione previdenziale e diffusione dei fondi
Giuseppe Rocco **2102**

Giurisprudenza

Rassegna della Cassazione

Ricorso in Cassazione dell'interveniente adesivo: presupposti e limiti
Cass. sez. lav. n. 16930 dell'8 luglio 2013 ..... **2110**

Effetti della riforma in appello della sentenza esecutiva di primo grado
Cass. sez. lav. n. 16934 dell'8 luglio 2013 ..... **2111**

Licenziamento collettivo e criteri di scelta
Cass. sez. lav. n. 17177 dell'11 luglio 2013 ..... **2113**

Nei numeri di ottobre - novembre

Libera circolazione dei lavoratori

M. Cicciù e A. Costa

n. 38 4 ottobre 2014	***Regno Unito*** Sistemi beveridgeani
n. 39 11 ottobre 2014	***Francia*** Sistemi bismarckiani
n. 40 18 ottobre 2014	***Germania*** Dicotomia est/ovest
n. 41 25 ottobre 2014	***Spagna*** Decreto n. 16/2013
n. 42 1 novembre 2014	***Svizzera*** Sistema dei tre pilastri

Licenziamenti

Articolo 18: la tesi del fatto giuridico non convince

Pietro Scudeller - *Avvocato e Consulente del lavoro*

Nell'interpretazione del nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori, dopo la modifica della Riforma Fornero, una delle questioni più controverse rimane quella di stabilire quando vi sia «insussistenza del fatto contestato» nei licenziamenti disciplinari, ovvero «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» nei licenziamenti economici; per conseguenza, si tratta di stabilire quando, ricorrendo le suddette ipotesi, rimanga in uso il rimedio della reintegrazione effettiva nel posto di lavoro (quarto comma) e quando invece il licenziamento illegittimo debba essere sanzionato con la sola indennità pecuniaria (quinto comma).

In dottrina e giurisprudenza si scontrano due tesi ben diverse, che possono, sia pur riassuntivamente e semplificando, indicarsi come quelle del «fatto materiale» e del «fatto giuridico» (1).

Quest'ultima, tuttavia, non convince per una pluralità di ragioni, che si tenterà di mettere in luce, sottolineando invece alcuni argomenti a favore della prima.

Tesi del fatto giuridico: le critiche

Fatto non significa fatto giuridico

L'opzione interpretativa qui criticata pretende, innanzitutto, di dare alla parola «fatto» usata dal legislatore il significato di «fatto giuridico».

Ma in diritto il «fatto», sia materiale che giuridico, rimane sempre del tutto distinto dall'elemento psicologico del soggetto agente che lo compie.

Il fatto giuridico è definito, invero, come il fatto (materiale) di una qualche rilevanza giuridica; dice il Trabucchi: «i fatti della vita, che portano conseguenze giuridicamente rilevanti nelle relazioni tra gli uomini, si considerano fatti giuridici. La nascita, per esempio, è un fatto al quale la legge collega l'esistenza di molti diritti (...); una bastonata fa sorgere nella vittima il diritto al risarcimento, e così via» (2).

In relazione ad un singolo fatto, quindi, non vi può es-

Note:

(1) Si vedano, tra i tanti, gli interventi seguenti: *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, n. 1/2012, a cura di Antonio Vallebona, suppl. al n. 12/2012 di *Mass. giur. lav.*; *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, M. Persiani, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 1, 4; *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Antonio Vallebona, Giappichelli, 2013; *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di Cinelli, Ferraro, Mazzotta, *Il licenziamento disciplinare*, Raffaele Galardi, Giappichelli, 2013; *Complimenti dottor Frankestein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, Franco Carinci, in *Il Lav. nella giur.* n. 6/2012, p. 529; *Speciale riforma del lavoro*, AA. VV., in *Il Giusta del lavoro*, ago-set. 2012; *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, Arturo Maresca, in *R.I.D.L.* n. 2/2012, I, 415; *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, Raffaele De Luca Tamajo, in *R.I.D.L.* n. 4/2012, II, 1064; *L'insussistenza del fatto nel licenziamento dopo la legge Fornero*, Raffaele Pezzuto, in *Il lav. nella giur.* n. 5/2013, p. 454; *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repechage dopo la Riforma Fornero*, nota di Daniela Zanetto a commento di Trib. Milano 20 novembre 2012, in *Il lav. nella giur.* n. 6/2013, p. 581; *Licenziamento individuale per motivi economici e controllo giudiziario nella Riforma del lavoro*, Roberto Cosio, in *Il lav. nella giur.* n. 3/2013, p. 255; *I licenziamenti individuali nel prisma dell'applicazione responsabile delle nuove norme processuali e sostanziali*, nota di Maria Dolores Ferarra, a commento di Trib. di Ravenna 18 marzo 2013 in *Il lav. nella giur.* n. 6/2013, p. 567; *Manifesta insussistenza del fatto e violazione dei criteri di scelta nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, nota di Maria Giovanna Greco, a commento di Trib. di Modena 26 giugno 2013, in *Il lav. nella giur.* n. 8-9/2013, p. 805; *Rito Fornero: soluzione indennitaria se il licenziamento è solo sproporzionato*, commento a Trib. Voghera ord. 18 marzo 2013, in *Guida al lavoro* n. 22-24 maggio 2013, p. 28; *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo: l'interesse al profitto è insindacabile*, nota di Gabriele Franza a Cass. 9 luglio 2012 n. 11465, 8 ottobre 2012 n. 17087, 11 gennaio 2013 n. 579, in *Mass. giur. lav.* n. 4/2013, p. 226; *Accertamento del fatto contestato e sua valutazione nella modulazione delle tute previste dall'art. 18 St. Lav.*, nota di Elisa Giulino a commento di Tribunale di Bari 10 ottobre 2013, in *Mass. giur. lav.* n. 5/2014; *Ancora sulle conseguenze sanzionatorie in caso di licenziamento disciplinare illegittimo dopo la legge n. 92/2012* nota di Azzurra De Salvia, in *R.I.D.L.* n. 1/2014, II, a ord. Trib. Bologna 24 luglio 2013; *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, di Giorgio Fontana, in *R.I.D.L.* n. 2/2014, I, 273; ed ai numerosi richiami di ulteriore dottrina e giurisprudenza ivi effettuati.

(2) Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 30ª ed., Cedam, p. 110. Nello stesso senso cfr. Francesco Ruscello, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffré, 2011, p. 97 e ss.; Francesco Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, E.S.I. 2004, p. 81 e ss. (che distingue tra fatto ed effetto giuridico e che specifica che l'atto, non il fatto, presuppone la volontanetà di esso). La volontanetà dell'atto del lavoratore è l'unico elemento, quindi, che si richiede: si dovrà quindi escludere l'addebito e la «sussistenza del fatto» quando, ad esempio, il lavoratore lo abbia commesso in stato di incoscienza per essere stato drogato a sua insaputa.

sere giuridicamente alcuna distinzione tra fatto materiale e fatto giuridico, perché si tratta sempre dello stesso fatto, storico o materiale, che assurge, o meno, anche a rilevanza giuridica.
Per fatto giuridico si intende, dunque, quella fattispecie astratta che la legge considera al fine di ricollegarvi determinate conseguenze giuridiche; potendosi distinguere tra fattispecie semplici (come la nascita, che coincide con il fatto materiale) e complesse (come il matrimonio, che richiede una sequenza di atti, di fatti e formalità).
Quando si parla di «fatto», ci si riferisce sempre, quindi, al fatto reale, materiale, storico, che diventa giuridico in quanto preso in considerazione dalla legge a determinati fini, per stabilirne determinati effetti giuridici.
I sostenitori della tesi qui criticata ritengono che nel «fatto» citato dal legislatore si debbano considerare sia l'elemento materiale del comportamento del lavoratore, sia il suo elemento psicologico, sia il nesso causale, persino la gravità del medesimo o la proporzionalità della sanzione rispetto al comportamento: in altre parole essi descrivono non più il fatto, bensì l'inadempimento del lavoratore, considerato in tutte le sue necessarie componenti.
Se per «fatto giuridico» ci si riferisce quindi a quella fattispecie astratta che costituisce l'inadempimento del lavoratore, suscettibile di giusto licenziamento, allora si deve riconoscere che la tesi qui criticata pretende di leggere «inadempimento» laddove il legislatore ha scritto «fatto».
È evidente l'inammissibilità di una siffatta operazione interpretativa, in quanto essa finisce per modificare la lettera della legge (3).

Fatto contestato non coincide con fatto giuridico

In secondo luogo, l'operazione interpretativa suddetta si scontra con la descrizione del «fatto» operata dal legislatore, il quale ha qualificato il fatto, definendolo infatti non come «giuridico», ma come «contestato» dal datore di lavoro o «posto a base del licenziamento»: è quindi ancor più evidente, stando alla lettera della legge (come è doveroso fare, *ex* art. 12, primo comma, delle preleggi) che non è né ad una fattispecie concreta (il fatto materiale o storico, cioè quanto accaduto realmente), né ad una fattispecie astratta (il fatto come inadempimento, completo di tutte le caratteristiche giuridiche che esso deve avere per configurarsi come tale) che il legislatore ha voluto fare riferimento; ma a quel fatto che il datore di lavoro ha ritenuto di individuare nel comportamento del lavoratore, o che ha ritenuto di credere come esistente, e che ha cristallizzato, descritto nella sua lettera: di contestazione, nei licenziamenti disciplinari; ovvero di licenziamento in quelli economici.
Non si può dunque dimenticare la parola «contestato» quando si ha riguardo al «fatto», perché l'aggettivo esiste e qualifica chiaramente il fatto cui ha voluto riferirsi il legislatore.
Cosa significa allora aver riguardo al «fatto contestato»? A parere di chi scrive, il giudice è chiamato, come è già stato osservato in dottrina (4), a due distinti, sia logicamente che temporalmente, giudizi, ben diversi tra loro: nel primo giudizio egli opererà, come sempre, una valutazione di tutte le circostanze (fatti) del caso concreto, per stabilire se esse integrino gli estremi di un giusto licenziamento, oppure no; dovrà cioè operare un giudizio di legittimità o meno del licenziamento, semmai sulla base dei criteri elaborati dalla giurisprudenza e rispetto ai quali la Riforma Fornero, come è ben noto, nulla ha innovato.
In un secondo momento logico, invece, egli dovrà decidere quale sia la giusta sanzione da irrogare per il licenziamento che sia risultato, all'esito del primo giudizio, illegittimo: in questa fase egli dovrà aver riguardo al «fatto contestato»: poiché dunque il fatto contestato, cioè quanto il datore di lavoro ha contestato al lavoratore, insomma la contestazione messa per iscritto, è comportamento del datore di lavoro (e non più del lavoratore), il giudizio del giudice si sposta da una valutazione complessa, che coinvolge sia il comportamento del lavoratore che quello del datore di lavoro, ad una valutazione esclusivamente incentrata sul compor-

Note:

(3) Quando pertanto A. Perulli (ripreso da M.T. Carinci, in *RIDL* 2012, II, *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* p. 1058, scrive che «nega infatti la stessa logica giuridica l'idea che un "fatto materiale", nella sua essenza fenomenologica ed al di fuori della sua qualificazione operata da una norma, possa rilevare nel mondo giuridico», fa un'affermazione corretta di principio, ma nel contempo fa di tale principio un'applicazione, a parere di chi scrive, sbagliata nell'individuazione della qualificazione operata dalla norma: quando pretende, cioè, di definire il «fatto» preso in considerazione dalla norma solo ai fini della sua sussistenza o meno, alla stregua di caratteristiche normative che non ad esso, in tale norma, si riferiscono, quanto piuttosto all'inadempimento. Come pure è stato giustamente osservato (da R. De Luca Tamajo, in *op. cit.*, 1068), infatti, «insussistenza» non significa «inconsistenza», termine che potrebbe aprire a valutazioni, di gravità o altro, sul fatto, quanto piuttosto «inesistenza»: quindi «il fatto c'è o non c'è» (A. Maresca, *op. cit.*, 436), *tertium non datur*.

(4) Cfr. De Luca Tamajo, Maresca, sopra citati, ed altri: ad esempio, da ultimo, Maria Dolores Ferrara, in *I licenziamenti individuali nel prisma dell'applicazione responsabile delle nuove norme processuali e sostanziali*, in *Il Lav. nella giur.* n. 6/2013.

tamento del datore di lavoro: sulla corrispondenza, cioè, tra quanto contestato e la realtà fattuale, storica, reale; il giudice dovrà, in altre parole, acclarare la sussistenza o insussistenza di quanto descritto nella lettera di contestazione.

È il «fatto contestato», dunque, quello che il legislatore chiede di valutare, per stabilirne la sussistenza o meno; ed è da questo giudizio che egli fa dipendere la scelta della sanzione da applicare al licenziamento (già giudicato) illegittimo.

Questa impostazione interpretativa è stata criticata: ad es. da M. V. Ballestrero, che ha scritto (5) che in ciò vi sarebbe un chiaro errore di prospettiva: «la graduazione delle sanzioni prevista dalla riforma opera non sul versante della ''punizione'' del datore (in ragione dell'entità della sua ''colpa'', ovvero della sua mala o buona fede) ma su quello dei presupposti che devono sorreggere il licenziamento perché sia legittimo».

Al contrario, si ritiene che l'errore di prospettiva sia addebitabile proprio ai sostenitori della tesi del «fatto giuridico»: esso consiste proprio nella intersecazione, con rischio di confusione, tra i due giudizi di cui sopra, tra i due momenti valutativi cui è chiamato il giudice (e l'interprete in genere): il primo, volto alla valutazione sulla legittimità o meno del licenziamento; il secondo volto alla verifica della sanzione da applicare al licenziamento illegittimo. Nella prospettiva qui sostenuta la graduazione delle sanzioni nulla ha a che vedere con i presupposti di legittimità del licenziamento, se non nel senso di presupporre che il licenziamento sia illegittimo.

Secondo i sostenitori della tesi qui criticata vi sarebbero alcuni riferimenti testuali che confermerebbero l'intenzione del legislatore di intendere il fatto proprio come inadempimento: «in primo luogo perché l'art. 18, comma 4, dello Statuto dei lavoratori allude al «fatto insussistente» non in una dimensione a sé stante ma solo in quanto determina la non ricorrenza degli «estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta» (causa), non determini cioè la mancanza dei presupposti di legittimità del licenziamento.

In secondo luogo, poi, perché il comma 4, nella sua seconda parte, allude ulteriormente alla nozione di fatto ma anche in questo caso viene inteso solo ed in quanto per esso la contrattazione collettiva o i codici disciplinari prevedano una sanzione conservativa.

È questa ... la riprova matematica dell'identificazione tra fatto ed inadempimento, dal momento che i codici disciplinari ed i contratti collettivi non tipizzano fatti nella loro materialità ma inadempimenti» (6).

Occorre allora analizzare questi due pretesi elementi testuali.

Al primo riferimento si deve subito obiettare che il fatto che il legislatore dia per scontato che alla insussistenza del fatto (materiale) si colleghi necessariamente la illegittimità del licenziamento non dimostra affatto ciò che è sopra sostenuto, bensì piuttosto che egli dà per scontato che l'indagine sull'insussistenza del fatto avvenga, come detto sopra, in un momento logico successivo a quello che già ha acclarato l'illegittimità del licenziamento, per cui non si darebbe luogo al secondo giudizio sulla sanzione da applicare, se il licenziamento non fosse (già stato giudicato) illegittimo. Ciò significa che la verifica dell'insussistenza del fatto consegue e necessariamente perciò si lega alla illegittimità, ma solamente nel senso che laddove manchi il fatto (materiale) è scontato che manchi anche l'inadempimento e quindi manchi la legittimità del licenziamento.

In altre parole è come se il legislatore, anziché aver scritto: «nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero ...», avesse scritto: «nei casi in cui il licenziamento è illegittimo, e ciò avviene per mancanza del fatto materiale ...».

Tale lettura, che pare la più corretta, fa venir meno il preteso collegamento tra fatto ed inadempimento.

Vi è poi un altro elemento testuale di cui i predetti sostenitori non sembrano tener conto: il periodo iniziale del quarto comma, laddove si dice «nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa» è sì legato ai periodi successivi «insussistenza del fatto contestato ovvero» e «il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa» da un «per» o un «perché», ma è altrettanto vero che di mezzo ci sta anche un «addotti dal datore di lavoro»: quest'ultimo periodo non sarebbe stato necessario, in quanto il licenziamento è illegittimo sempre, se giusta causa o giustificato motivo non sussistono,

Note:

(5) In *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *Lav. Dir.*, 2012, 3-4, 458.

(6) Così Raffaele Galardi, in *Il licenziamento disciplinare*, a cura di Cinelli, Ferraro, Mazzotta, Giappichelli, 2013, p. 292.

indipendentemente da quanto «addotto dal datore di lavoro». Tale inciso invece conferma testualmente che, in presenza di illegittimità del licenziamento, la scelta della sanzione dipende dai motivi addotti dal datore di lavoro e sulla corrispondenza di tali motivi con la realtà dei fatti storici, quindi da un giudizio sul comportamento del datore di lavoro.

Quanto alla seconda osservazione, per cui la connessione si ripeterebbe anche con riferimento all'altra ipotesi relativa alle previsioni dei contratti collettivi o regolamenti, in quanto questi ultimi tipizzano abitualmente inadempimenti e non fatti storici, va detto che è sostenibile proprio il contrario: le descrizioni dei fatti più ricorrenti nei contratti collettivi sono proprio mere condotte comportamentali. Si vedano alcuni esempi, presi dal contratto dell'industria metalmeccanica: «venga trovato in stato di manifesta ubriachezza, durante l'orario di lavoro»; «fuori dell'azienda compia, per conto terzi, lavoro di pertinenza dell'azienda stessa;» «contravvenga al divieto di fumare, laddove questo esista e sia indicato con apposito cartello;» «esegua entro l'officina dell'azienda lavori di lieve entità per conto proprio o di terzi»; commetta: «rissa nello stabilimento fuori dei reparti di lavorazione;» «abbandono del posto di lavoro»; ecc..

Certo è vero anche che, talvolta, tali condotte sono qualificate da altri elementi («per disattenzione o negligenza», «senza giustificato motivo», ecc.), i quali ricondurrebbero più verso l'inadempimento, che verso il fatto materiale; ma tali qualificazioni sono eccezionali. Inoltre non si può non notare un altro elemento testuale che è senz'altro a favore della tesi del «fatto materiale» (rectius «fatto contestato»): il legislatore non ha fatto riferimento meramente «alle previsioni dei contratti collettivi», bensì, con effetto che induce ad escludere ogni identificazione possibile tra il fatto e l'inadempimento, ha aggiunto la parola «condotte» per identificare i fatti previsti come punibili con sanzione conservativa. Quindi, poiché «le condotte» non possono altro che essere comportamenti storici, esse tendenzialmente esulano da qualsiasi riferimento psicologico (oltre alla volontarietà: cfr. nota 2), dalla presenza di cause di giustificazione o meno, dalla gravità che solo alla luce di una complessità di fattori ulteriori può essere valutata, ecc.. In altre parole, le condotte sono solo uno degli elementi che compongono l'inadempimento: eppure il legislatore chiede di verificare se il fatto rientri «tra le condotte punibili ...» e non se esso rientri «tra le previsioni dei contratti collettivi» (o «tra i casi previsti ...», o «tra i fatti previsti ...», o «tra gli inadempimenti previsti ...»).

Si tratta quindi di una ulteriore conferma per cui «le condotte» non sono «le previsioni» dei ccnl e perciò i «fatti» non si identificano con gli «inadempimenti».

Licenziamento per fatto lecito o pretestuoso

I sostenitori della tesi del «fatto giuridico» obiettano contro la tesi del «fatto materiale» che essa condurrebbe ad un risultato aberrante, contraddittorio, paradossale: basterebbe, infatti, al datore di lavoro contestare una qualsiasi sciocchezza commessa dal lavoratore, un fatto pretestuoso, o persino un fatto lecito (ad esempio uno starnuto), per ... che cosa? Sottrarsi alla illegittimità del licenziamento? No, per sottrarsi alla reintegra.

Qui emerge il terzo aspetto critico della tesi del «fatto giuridico».

Qual'è il problema, infatti, ci si chiede, se il datore di lavoro «si può sottarrre» alla reintegra? Il licenziamento per fatto pretestuoso non diventerebbe lecito. Rimarrebbe e rimane comunque illegittimo e gravemente punito; con la sanzione indennitaria che il legislatore ha determinato nel massimo in ben ventiquattro mensilità di retribuzione.

Solamente una mentalità forgiata sulla necessarietà della reintegra come unica sanzione adeguata ad un licenziamento gravemente illegittimo può consentire di trarre quella conclusione (7); di trarre, cioè, la conclusione che una determinata opzione interpretativa sarebbe insostenibile in quanto condurrebbe ad una sanzione indennitaria a fronte di un licenziamento gravemente illegittimo.

Invero è ben noto che la reintegra non è l'unica sanzione possibile per un licenziamento gravemente illegittimo: «la tutela reale per il licenziamento ingiustificato non è costituzionalmente obbligata (Corte Cost. 7 febbraio 2000 n. 46, in Foro it., 2000, I, 699)» (8).

Note:

(7) Cfr. Antonio Vallebona, *Fatto e qualificazione del fatto: una distinzione elementare indigesta*, in *Mass giur. lav.* n. 12/2012, p. 955.

(8) Antonio Vallebona, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, 2013, p. 14. Cfr. anche A. Maresca, op. cit. p. 423: «nel nostro ordinamento si ritiene, oramai, costituzionalizzata (e ciò vale anche con riferimento all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ...) la garanzia del lavoratore ad essere licenziato solo a fronte di un motivo giustificato, mentre è rimessa alla discrezionalità politica del legislatore la valutazione in ordine alle conseguenze sanzionatorie applicabili nel caso di illegittimità del licenziamento».

Basti pensare, inoltre, al regime di tutela per i licenziamenti illegittimi presente nel nostro stesso ordinamento, da quasi cinquant'anni, senza scandalo, per i lavoratori di aziende fino a quindici dipendenti: anche il lavoratore di queste aziende, se licenziato per uno starnuto, non viene reintegrato, bensì solamente indennizzato.

Così pure nelle organizzazioni di tendenza (art. 4 legge n. 108/1990); per non parlare del permanere di un'area di libera recedibilità *ex* art. 2118 c.c. (per dirigenti, lavoratori pensionabili, in prova, domestici e sportivi professionisti).

Pare infatti incontestabile che la Riforma Fornero ha inteso estendere la sanzione indennitaria come rimedio più comune anche nelle imprese sopra i quindici dipendenti (rectius nel campo di applicazione dell'art. 18); limitando la conservazione della sanzione reintegratoria ad alcune ipotesi specifiche, singolarmente descritte.

Va riconosciuto, peraltro, che potrebbe tuttavia rimanere il dubbio che risulti paradossale che alcuni casi di licenziamenti, di tutta evidenza gravemente ingiusti (come quelli per fatto lecito), non siano punibili con la reintegrazione, a fronte di una disciplina complessiva che ha riservato tale sanzione a svariati casi di licenziamenti meno o al pari gravemente scorretti: ciò tuttavia non può consentire di cambiare il senso letterale della legge; semmai ci si potrà dividere tra chi riterrà che si sia trattato di scelta voluta e condivisibile (ad esempio per la espressa, contemporanea previsione di affidamento alla contrattazione collettiva del compito di estendere o meno l'area della reintegrazione); chi riterrà che si sia trattato di svista del legislatore non rimediabile se non, ovviamente, con un nuovo intervento del legislatore (oppure rimediabile solo con un intervento della Corte Costituzionale); chi riterrà, semmai, che la svista sia rimediabile anche a testo invariato, con il ricorso a taluni istituti di carattere generale (come da taluno già proposto), quali la frode alla legge o l'abuso del diritto. Ciò che, a parere di chi scrive, di certo non si può fare è violare il principio del rispetto della volontà del legislatore e quindi dell'unica interpretazione letterale possibile (rispetto alla quale anche l'ultimo tipo di soluzioni proposte - il ricorso, cioè, alla frode alla legge o all'abuso del diritto - dovrebbe rimanere confinato a casi del tutto eccezionali e limitatissimi, di rara e difficile dimostrazione).

In ogni caso i licenziamenti per fatti leciti sono più casi di scuola, puramente teorici, che non casi pratici ricorrenti nella realtà: così come sono sempre rimasti confinati più alla teoria che alla realtà nell'ambito delle imprese con meno di sedici dipendenti. Se, dunque, non è pressoché mai accaduto che un datore di lavoro licenzi per uno starnuto, a fronte di un costo certo di sei mensilità di retribuzione, perché mai ciò dovrebbe accadere laddove il costo diventa addirittura di ventiquattro mensilità? Non è quindi sulla base della soluzione da dare a questi casi che si misura la bontà di una norma e la corretta interpretazione da dare ad essa.

Peraltro va osservato che una censura di incostituzionalità per disparità di trattamento tra situazioni uguali dovrebbe non solo superare l'ostacolo di dimostrare che le situazioni (ad es. di un licenziamento discriminatorio e di uno per fatto lecito) sono uguali, ma anche spiegare perché pari differenza di trattamento sia stata sempre (da quasi cinquant'anni) accettata nell'ambito delle imprese fino a quindici dipendenti (il che impedisce altresì di rendere necessaria una siffatta impostazione interpretativa, in quanto costituzionalmente orientata, che valga ad escludere la necessità di sollevare questione di costituzionalità della stessa; la tesi del «fatto materiale», infatti, non può essere tacciata di sospetta incostituzionalità, per quanto osservato supra: cfr. nota 6).

La tesi conduce al paradosso di annullare la riforma

Altra critica che si deve fare alla tesi del «fatto giuridico» è che essa, se rigorosamente intesa, conduce ad un risultato ancor più paradossale del paradosso attribuito (ma infondatamente, come appena visto) alla tesi opposta: cioè quello di rendere del tutto ininfluente la riforma dell'art. 18, come se non fosse mai intervenuta (9).

Se, infatti, si sostiene che il «fatto» avuto in mente dal legislatore deve essere il «fatto giuridico» così come inteso dai sostenitori della tesi in questione, la conclusione logica è che in tale fatto giuridico devono rientrare tutti gli elementi tipici dell'inadempimento e che, quindi, i due giudizi di cui sopra del giudice o dell'interprete,

Nota:

(9) Lo ammette anche G. Fontana, nell'*op. cit.* sopra: «a voler tendere l'interpretazione della norma fino al massimo recupero del potere valutativo del giudice, dovrebbe ammettersi che "gli altri casi" in cui il giudice, accertata la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, potrebbe e dovrebbe applicare la tutela meramente economica ai sensi del quinto comma dell'art. 18, si ridurrebbero a ben poca cosa (anzi, a ben pensare, forse proprio a nulla)».

quello sulla illegittimità del licenziamento e quello sulla scelta della sanzione da applicare al licenziamento illegittimo, coincidono esattamente.
Il che finirebbe con il rendere necessaria l'applicazione della sanzione reintegratoria a tutti i casi di insussistenza del fatto, inteso come insussistenza dell'inadempimento e cioè illegittimità del licenziamento. Sicché nessuno spazio residuerebbe per la sanzione indennitaria e l'art. 18 rimarrebbe sostanzialmente uguale a prima della riforma, continuando a prevedere la sanzione reintegratoria per tutti i licenziamenti illegittimi.
Questa è, d'altra parte, l'unica soluzione coerente, in effetti, con l'impostazione interpretativa del «fatto contestato» come «fatto giuridico» (*alias* inadempimento).
Tant'è che vi è stato già un caso giudiziario che è stato così risolto: il giudice Dottor Cacace del Tribunale di Rieti, infatti, nella sentenza 25 giugno 2013 (10), ha sostenuto proprio questo: «il fatto contestato sussiste quando esiste nella sua dimensione giuridica (oggettiva, soggettiva, notevole inadempimento e quindi gravità dello stesso); in tal caso il licenziamento è legittimo e va confermato. In difetto dei termini sopra indicati, il fatto non sussiste per cui l'unica tutela accordabile è quella reintegratoria, senza che possa farsi questione di una maggiore o minore gravità dello stesso. In assenza del parametro e della conseguente valutazione, tutte le volte che il giudice annulla il licenziamento per insussistenza del fatto inteso in senso giuridico, non potrà che applicare la reintegra, come già avveniva prima della modifica dell'art. 18».
La tesi è corretta e condivisibile nel portare alle sue (estreme ed) inevitabili conseguenze la tesi interpretativa del «fatto giuridico».
Ma, proprio per questo, ne rappresenta la palese dimostrazione di infondatezza.
È ancor più evidente, in tal caso, infatti, come essa contrasti con la lettera della legge, trascurando del tutto il fatto che il legislatore ha palesemente introdotto delle ipotesi nelle quali la sanzione deve essere quella indennitaria, anziché quella reintegratoria. Le «altre ipotesi» citate dal legislatore come quelle in cui applicare la sanzione indennitaria devono evidentemente esistere e l'interpretazione corretta della legge non può che essere quella che consente di individuarle e renderle ricorribili, ipotizzabili, verificabili.
Siccome la tesi del «fatto giuridico» fa venir meno il parametro per individuarle, facendole scomparire del tutto, essa è evidentemente da scartare.
È d'altronde parametro interpretativo ben noto quello per il quale, tra due interpretazioni possibili, se una di esse rende la norma *tamquam non esset* e l'altra la fa sopravvivere, è la seconda quella da preferire: mi riferisco alla norma di cui all'art. 1367 c.c., che, invero, è dettata per le regole contrattuali, non per quelle legislative; ma è evidente che per quelle legislative deve ritenersi altrettanto valida, anzi a maggior ragione.
Ritenere, infatti, che una complessa, ampia ed articolata Riforma come quella della legge Fornero, che - tra l'altro - proprio in tema di riforma dell'art. 18 è stata il risultato di spinte contrapposte, di lunga discussione e quindi di un compromesso finale, sia stata fatta solo per poter concludere che ... si è scherzato e tutto resta come prima, è tesi persino risibile.

Distinzioni ingiustificate tra fatto giuridico e inadempimento

Alcuni sostenitori della tesi del «fatto giuridico» hanno precisato, anche al fine di evitare il paradosso sopra evidenziato, che nel secondo giudizio che il giudice è chiamato a fare, quello sulla sanzione da applicare, vi è un elemento dell'inadempimento che, pur facendo parte del «fatto giuridico» in linea generale, non apparterrebbe al «fatto giuridico» cui il legislatore si è riferito nella nuova formulazione dell'art. 18. Tale elemento sarebbe quello della gravità del comportamento tenuto dal lavoratore (11).
Ma anche questa opzione non convince, proprio perché priva di sostegni nella lettera della legge.
Secondo questa specificazione interpretativa, infatti, il fatto giuridico sussisterebbe anche se la gravità di esso non fosse tale da rendere legittimo il licenziamento (cosicché l'inadempimento non sussisterebbe e renderebbe illegittimo il licenziamento; ma sussisterebbe ugualmente il fatto giuridico, rendendo applicabile la tutela indennitaria anziché quella reintegratoria).
Il problema allora si sposta sul piano seguente: perché proprio la gravità? Perché proprio questo, e non altri, sarebbe l'unico elemento integrativo dell'inadempimen-

Note:

(10) In *Guida al Lavoro* n. 49 del 13 dicembre 2013, p. 39.

(11) Cfr., da ultimo, Tribunale di Bari 10 ottobre 2013, in *Mass. giur. lav.* n. 5/2014, con nota di Elisa Giulino, *Accertamento del fatto contestato e sua valutazione nella modulazione delle tutele previste dall'art. 18 St. Lav.*

to (alias «fatto giuridico») che potrebbe essere espunto, tenuto fuori dalla nozione di «fatto giuridico» qui pretesamente usata dal legislatore, e non altri?

Ma soprattutto: quale sarebbe l'elemento letterale che consentirebbe al giudice, e all'interprete in genere, di ritenere che la gravità del comportamento sarebbe esclusa dalla nozione di «fatto giuridico»?

La verità è, a parere di chi scrive, che non esiste alcun appiglio testuale o letterale per sostenere una siffatta distinzione.

Neppure esiste alcun appiglio testuale per fare riferimento al criterio della proporzione, quale elemento distintivo tra fatto giuridico ed inadempimento: secondo questa ulteriore specificazione della tesi qui criticata, il fatto giuridico potrebbe sussistere, infatti, pur non essendovi poi proporzione tra il medesimo e la sanzione del licenziamento, sicché si darebbe luogo a licenziamento comunque illegittimo, ma punibile solamente con la sanzione indennitaria.

Anche siffatta opzione non è accoglibile; i lavori parlamentari lo confermano: infatti, come è stato pure rilevato (12), tra le fonti di previsione delle sanzioni conservative, in origine, una delle bozze di riforma prevedeva anche «la legge»; invece poi, proprio per le lamentele delle parti datoriali che temevano che con tale riferimento si facesse rientrare anche l'art. 2106 del c.c., aprendo la strada alle più discrezionali valutazioni del giudice, che avrebbe potuto in ogni caso far riferimento al principio di proporzionalità, il riferimento alla «legge» è stato escluso dal testo finale: ciò conferma che anche il principio di proporzionalità, in questa sede di giudizio, cioè nella scelta della sanzione da applicare, rimane del tutto escluso (il che non significa che esso non rimanga in essere, ovviamente, nel giudizio sulla legittimità del licenziamento).

Né, quindi, pare corretta l'opzione interpretativa secondo la quale il criterio di proporzionalità, espunto dal giudizio sulla sanzione in quanto derivante dalla legge, possa poi rientrarvi in quanto magari previsto nel contratto collettivo.

S'è visto sopra, infatti, che non a qualsiasi previsione del ccnl si può guardare, anche ai principi generali che, ad esempio, vengano ivi richiamati, ma solo alle «condotte» (materiali) descritte nei ccnl ed alla riconducibilità del fatto contestato alle condotte medesime (a quelle punibili con sole sanzioni conservative).

Se quindi, in una data fattispecie in esame, tra le condotte esemplificate nel ccnl non rientra in alcun modo quella contestata al lavoratore, non si potrà far rientrare il fatto contestato tra quelli punibili solo con sanzione conservativa per effetto di un principio generale desumibile dal ccnl, come quello di proporzionalità; non si potrà quindi in tal caso ritenere che, laddove non vi sia proporzionalità, il fatto rientri tra quelli punibili solo con sanzioni conservative e, per l'effetto, sanzionare il licenziamento illegittimo con la reintegra; si dovrà invece usare il principio di proporzionalità, sia per disposto di legge che per eventuale disposto di ccnl, per valutare la legittimità o meno del licenziamento (13).

Peraltro è evidente che una tale interpretazione avrebbe anche il limite di rendere gravemente incerto il parametro, sia della gravità che della proporzione, da adottare: i datori di lavoro, così come tutti gli interpreti, non disporrebbero di alcun elemento per comprendere quando ricorrerebbe una gravità tale da rendere il licenziamento

Note:

(12) Cfr. p. 292 del citato Galardi.

(13) Erra quindi il Tribunale di Ravenna nella sentenza 18 marzo 2013 nel "caso Marcegaglia" (in *Il lav. nella giur.* n. 6/2013, p. 567): egli afferma, a sostegno della propria tesi: «non si potrebbe giustificare dinnanzi ad un fatto lieve un trattamento differenziato: non si capirebbe perché se il fatto lieve è previsto nel contratto collettivo si debba applicare la reintegra; mentre se un fatto lieve è accertato come tale dal giudice in carenza di una puntuale tipizzazione si debba applicare soltanto la tutela obbligatoria; tanto più se si pensa come in ogni campo del diritto la sanzione vada commisurata (come qui si ritiene) all'entità del fatto e non alla colpa del datore.»

Ebbene occorre replicare, innanzitutto, che la ragione del trattamento differenziato lamentato è ben spiegata e giustificata dal legislatore: *in primis*, proprio con la volontà di limitare la discrezionalità dei giudici (per quanto questo argomento possa sembrare ostico ai giudici stessi, ovviamente), al fine di favorire un mercato del lavoro più chiaro e trasparente, con maggiore certezza del diritto per gli operatori economici, che devono sapere a quali costi e rischi vanno incontro con le loro azioni; *in secundis* con la scelta di ritenere in ogni caso adeguata la sanzione economica per i licenziamenti illegittimi, salvi i casi espressamente e tassativamente previsti (ma la cui elencazione può essere estesa a dismisura dalle parti collettive: d'altronde in quanti altri casi non si potrebbero fare rimproveri di trattamenti differenziati alle previsioni o alle mancate previsioni dei ccnl? Può forse bastare questo timore, di possibili carenze dei ccnl, a dettare le ragioni di una interpretazione? A parere di chi scrive, ovviamente no). Solo in questi ultimi casi, nei quali alla illegittimità del licenziamento si sommi anche un comportamento del datore di lavoro particolarmente riprovevole, purché ed in quanto *ex ante* chiaramente comprensibile come gravemente illegittimo dal datore di lavoro stesso, il legislatore ha riservato la sanzione della reintegra.

Occorre altresì replicare al giudice ravennate che è lui stesso ad identificare la conseguenza del licenziamento illegittimo come «sanzione»: ma se così è, è evidente che, mentre la sanzione per il comportamento del lavoratore è quella disciplinare scelta dal datore di lavoro, la sanzione (cui fa riferimento il giudice ravennate) che il giudice applica in caso di licenziamento illegittimo è tale sicuramente e soltanto per il datore di lavoro (non per il lavoratore, per il quale costituisce semmai riparazione): quindi è perfettamente logico e congruo che la sanzione al datore di lavoro sia commisurata proprio al suo comportamento, e non alla maggior o minor gravità del fatto commesso dal lavoratore.

illegittimo sanzionabile con la sola indennità pecuniaria e quando invece la gravità sarebbe così modesta da renderlo sanzionabile con la reintegra.
Questa «delega in bianco» al giudice da parte del legislatore non trova alcun appiglio testuale sul quale poggiarsi; anzi nella Riforma si trovano molteplici indizi di una volontà del legislatore di limitare, semmai, la discrezionalità del giudice in questa materia (14).

Nell'ambito dei licenziamenti economici

La stessa confusione tra i due piani o momenti di giudizio si replicherebbe poi in tema di licenziamenti economici (per giustificato motivo oggettivo), laddove taluni sostenitori della tesi del «fatto giuridico» («posto a base del licenziamento») ritengono, ad esempio, che il mancato ricorso alla possibilità del repechage renda applicabile la reintegrazione, altri invece che tale elemento non rientri tra i requisiti del «fatto giuridico» e che quindi sia applicabile la sola indennità pecuniaria (15).
La stessa incertezza si ripete poi con riguardo all'eventuale mancato rispetto dei criteri di scelta del lavoratore da licenziare (16), ove pure gli interpreti giungono ad opposte conclusioni, ma anche in questi casi senza alcun appiglio testuale che le giustifichi.

Tesi del fatto contestato

Argomenti a sostegno

Terminato così l'esame delle critiche alla tesi del «fatto giuridico», si possono brevemente esaminare gli argomenti a sostegno della opposta tesi del «fatto materiale», ulteriori rispetto a quelli già finora citati (che peraltro andrebbe declinata meglio, come tesi del «fatto contestato»).
S'è detto, innanzitutto, che la nuova norma richiede un doppio giudizio da parte del giudice e che nel secondo giudizio ciò che diventa oggetto della valutazione del giudice è il comportamento del datore di lavoro. Ebbene che il giudizio del giudice debba spostarsi sul comportamento del datore di lavoro, posto in essere non nella fase dei fatti che hanno originato il licenziamento, bensì tenuto nella successiva fase di contestazione/irrogazione del licenziamento, è desumibile non solo nei licenziamenti disciplinari, per l'espresso richiamo al fatto «contestato», ma anche negli altri casi descrittivi delle ipotesi in cui scegliere la sanzione della reintegrazione piuttosto che quella indennitaria.
La necessaria non identità, infatti, tra fatto descritto nella lettera di irrogazione del licenziamento per ragioni economiche (giustificato motivo oggettivo) con le condotte descritte nei contratti collettivi e negli eventuali codici disciplinari implica che, qualora invece tale coincidenza ricorra, si dovrà concludere che è lo stesso datore di lavoro che s'è vincolato, in quei casi, a non licenziare. Egli stesso, infatti, predispone i codici disciplinari e quindi ''promette'' ai propri dipendenti che a determinate violazioni disciplinari corrisponderanno solo sanzioni conservative. È parso quindi al legislatore che, da un lato, il diritto del lavoratore alla conservazione effettiva del posto risulti ''rafforzato'' (anzi introdotto) dalla disciplina pattizia e, dall'altro lato, risulti imperdonabile l'errore del datore di lavoro che, nonostante queste limitazioni che lo stesso si è imposto, egli poi non le rispetti e decida diversamente: risultandone una scorrettezza grave, un abuso di potere evidente, da parte del datore di lavoro: il comportamento di quest'ultimo, gravemente scorretto, in tali casi, fa ritenere congrua la sanzione più grave della reintegra, in conformità ai patti esistenti tra le parti.
Analogamente avviene con i contratti collettivi, che sono pur sempre patti vincolanti che il datore di lavoro ha scelto di confezionare ed applicare, ancorché mediante i propri rappresentanti sindacali.
Anche in questa ipotesi, quindi, risulta evidente come sia al comportamento del datore di lavoro che occorre guardare nel momento della scelta della sanzione da applicare ad un licenziamento illegittimo.
Ciò conferma, quindi, che anche in relazione alla prima ipotesi esaminata della «insussistenza del fatto contesta-

Note:

(14) Si fa riferimento alla previsione di cui all'art. 1, comma 43, della Riforma Fornero, ma, prima ancora, al fatto stesso di aver introdotto un'articolata previsione di tipi di sanzioni diverse (reale piena, reale attenuata, indennitaria forte, indennitaria debole, ecc.), che dunque vincolano il giudice all'applicazione della sanzione prevista per ciascun caso specifico. Così come risultano sicuramente finalizzate ad una maggiore certezza del diritto molte delle norme della Riforma in tema di contratti di associazione in partecipazione, di collaborazione a progetto, di partite Iva, ecc.

(15) L'elenco dei sostenitori dell'una e dell'altra tesi è fatto alle note 1 e 2 del commento *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repechage dopo la Riforma Fornero*, scritto da Daniela Zanetto a margine di Trib. Milano 20 novembre 2012, in *Il lav. nella giur.* n. 6/2013, p. 581 e ss.. Cfr. anche Trib Reggio Calabria 3 giugno 2013 in *Mass. giur. lav.* n. 4/2014, p. 229, con breve nota di Antonio Vallebona *L'inutilizzabilità aliunde fa parte del "fatto"*.

(16) Cfr. Marco Frisoni, in *Il Giurista del lavoro*, ago-set. 2012, *Speciale Riforma del Lavoro*, p. 47.

to», dovendosi parimenti guardare al comportamento del datore di lavoro, è alla descrizione della contestazione che occorre aver riguardo. Peraltro non si può escludere che gli elementi necessari ad integrare il fatto contestato risultino esattamente gli stessi necessari ad integrare l'inadempimento: ma perché ciò avvenga occorre ipotizzare che il datore di lavoro si metta a descrivere, nella contestazione (o nell'irrogazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo), anche, ad esempio, l'intensità dell'elemento psicologico del lavoratore (se, per esempio, si richiama la circostanza che egli abbia agito con dolo o con colpa), gli elementi del nesso causale, della gravità del comportamento, dell'assenza di cause di giustificazione, ecc. (e parimenti, dell'impossibilità di repechage, dei criteri di scelta adottati, ecc.), cosa che invece, di solito, non avviene.

In questa indagine, allora, sarà più che legittimo e doveroso verificare che il fatto sia accaduto in tutti i particolari o le caratteristiche che sono descritte nella contestazione; è qui, quindi, che, ad esempio, se il datore di lavoro ha fatto riferimento ad una particolare intensità psicologica del lavoratore nella commissione del fatto, si dovrà tener conto dell'eventuale assenza di essa nella realtà (per concludere, possibilmente, che il fatto contestato non sussiste).

Ovviamente anche questa indagine di corrispondenza dovrà svolgersi sì con rigore, ma con un rigore non eccessivo: non tutti i dettagli della descrizione fatta dal datore di lavoro dovranno essere necessariamente riscontrati, bensì tutti quegli aspetti, sia pur anche secondari, che, essendo stati descritti, siano però tali da poterne indurre la rilevanza nella determinazione del datore di lavoro al licenziamento (17).

Un'osservazione, infine, va fatta con riferimento alle ragioni per cui mentre nei licenziamenti disciplinari il legislatore si è riferito a fatti «insussistenti», nei licenziamenti economici ha richiesto che gli stessi siano «manifestamente insussistenti». È evidente che il legislatore ha voluto relegare la reintegra, nell'ambito dei licenziamenti economici, ad un ambito ancor più limitato di quanto non lo debba essere per i licenziamenti disciplinari. Tenuto conto, infatti, della ripetuta indicazione del legislatore ai giudici di non sindacare nel merito le ragioni organizzative, tecniche e produttive dell'imprenditore (o datore di lavoro più in generale) (di cui all'art. 30, comma 1 della legge n. 183/2010, rafforzato poi dal comma 43 dell'art. 1 della legge n. 92/2012), tenuto conto di quanto sia difficile, alla luce anche dell'esperienza concreta di molte sentenze, individuare l'esatto confine tra una indagine del giudice corretta ed una indagine di merito vietata in tale materia, il legislatore ha voluto evidentemente porre un ulteriore freno alle preoccupazioni del datore di lavoro che si appresti a dover licenziare un dipendente, limitando particolarmente, appunto, i casi in cui l'eventuale illegittimità riscontrata a posteriori di un siffatto licenziamento possa condurre addirittura alla sanzione reintegratoria.

In questo campo, infatti, la sanzione reintegratoria finisce con il rappresentare una vera e propria imposizione dell'organico aziendale all'imprenditore, contraria alla sua libertà di organizzazione dei fattori produttivi, riconosciutagli da numerose norme di legge (oltre a quelle appena sopra citate, l'art. 41 della Costituzione, gli art. 2082 e 2086 del c.c., ecc.) e quindi, qui più che mai, essa deve costituire *extrema ratio* di ogni possibile controversia.

La conferma di ciò starebbe nell'uso del verbo «può», anziché «deve» o «applica», con riferimento alla tutela reale attenuata in questo ambito (di licenziamenti economici); l'uso del verbo «può» andrebbe quindi letto come un voluto, ennesimo monito del legislatore al giudice di ricorrere alla tutela reale (attenuata), in quest'ambito, solamente con estrema prudenza ed in via residualissima; confermando così che la nuova regola per i licenziamenti illegittimi è quella della sanzione economica, relegata la reintegrazione, invece, ai casi residuali espressamente indicati.

Nota:

(17) Come sostenuto anche, ad esempio, da Antonio Vallebona, in *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, 2013, p. 16: «L'insussistenza del fatto che conduce alla tutela reale deve riguardare il nucleo essenziale del fatto contestato, mentre non rileva ai fini il mancato accertamento di circostanze marginali, confermative o di contorno».