

L'insussistenza del "fatto" nel sistema di tutele contro i licenziamenti illegittimi dell'art. 18 riformato

Paolo Sordi

1. Il problema del confine tra tutela reintegratoria attenuata e tutela indennitaria forte.	40
2. L'ipotesi di partenza: la distinzione tra il "fatto" e la sua incidenza sulla funzionalità del contratto.	40
3. Verifica dell'ipotesi: a) l'«insussistenza del fatto contestato» di cui all'art. 18, quarto comma.	41
4. segue: b) le «previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili».	43
5. segue: c) l'insussistenza «manifesta» del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.	44
6. segue: d) l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata in caso di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.	46
7. Una possibile obiezione.	47
8. Conclusioni.	49

1. Il problema del confine tra tutela reintegratoria attenuata e tutela indennitaria forte.

L'individuazione del confine tra le due forme di tutela "intermedie" (la tutela c.d. reintegratoria attenuata e quella c.d. indennitaria forte) previste dall'art. 18 l. n. 300 del 1970 novellato è condizionata essenzialmente dalla soluzione di quattro questioni interpretative, due riguardanti il licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, altre due concernenti il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Precisamente, si tratta di stabilire: 1) se integra gli estremi della «insussistenza del fatto contestato» di cui all'art. 18, quarto comma, il caso in cui il lavoratore sia responsabile dell'inadempimento addebitatogli dal datore di lavoro, ma questo non sia ritenuto dal giudice connotato da una gravità tale da poter integrare gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo di licenziamento; 2) come debba intendersi il riferimento, operato dallo stesso quarto comma dell'art. 18, alle «previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili»; 3) cosa distingue l'insussistenza «manifesta» del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui al settimo comma, secondo periodo, del nuovo art. 18, dall'insussistenza "semplice"; 4) come debba intendersi la previsione, espressa dallo stesso secondo comma del settimo periodo, secondo cui, in caso di manifesta insussistenza del predetto fatto, il giudice «può» applicare la tutela di cui al precedente quarto comma.

2. L'ipotesi di partenza: la distinzione tra il "fatto" e la sua incidenza sulla funzionalità del contratto.

Scopo del presente scritto è quello di verificare la possibilità di fornire alle predette quattro questioni soluzioni che, complessivamente valutate, definiscano un quadro del nuovo apparato di tutele caratterizzato da coerenza interna.

A tal fine si assume, quale base da cui prendere le mosse, la constatazione che le fattispecie legali di giusta causa e di giustificato motivo sono articolate su due elementi: un "fatto" e l'incidenza di tale "fatto" sulla funzionalità del contratto.

Nel giustificato motivo soggettivo (il «notevole adempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro») il "fatto" consiste nell'inadempimento del dipendente che, però, deve anche essere «notevole» e, cioè, tale da pregiudicare irreparabilmente l'interesse del datore di lavoro alla prosecuzione del rapporto, stante l'inaffidabilità della controparte contrattuale.

Nel giustificato motivo oggettivo, il "fatto" consiste in una ragione di tipo economico, ma poiché non qualsiasi ragione economica è qualificabile come giustificato motivo oggettivo, essa deve anche essere tale da imporre la soppressione del posto di lavoro e, cioè, tale da eliminare la convenienza del datore di lavoro alla persistenza del rapporto. Ovvero esso consiste in una vicenda personale del lavoratore (inidoneità psicofisica, provvedimento di autorità giudiziaria o amministrativa) che sia tale da rendere addirittura impossibile l'esecuzione del contratto di lavoro (così, non qualsiasi infermità permanente integra gli estremi di giustificato motivo oggettivo, ma solamente quella che, determinando l'incapacità del dipendente ad eseguire le proprie prestazioni, impedisce la funzionalità del contratto).

Infine, nella giusta causa, il "fatto" consiste in un inadempimento (ovvero in una condotta del dipendente di altro tipo) idoneo a far venir meno la fiducia del datore di lavoro sull'esattezza dei futuri adempimenti del lavoratore anche nel limitato periodo di durata del preavviso.

Così come in passato, anche dopo la novella del 2012 il controllo del giudice si estende su entrambi

gli elementi della fattispecie (ad esempio, nel licenziamento disciplinare, il giudice verifica tanto l'esistenza di un inadempimento imputabile al lavoratore, quanto la gravità di tale inadempimento, vale a dire la sua idoneità a rendere non più affidabile l'esecuzione del contratto). La differenza sta invece nelle conseguenze derivanti dall'esito negativo per il datore di lavoro di tale attività giudiziale di controllo. Nell'originaria versione dell'art. 18, la conseguenza era comunque la reintegrazione nel posto di lavoro con integrale risarcimento del danno, tanto nel caso in cui il giudice avesse ritenuto insussistente il primo elemento della fattispecie (ad esempio, nel licenziamento disciplinare, l'inadempimento imputabile), quanto nel caso in cui avesse ritenuto insussistente il secondo elemento (il carattere notevole dell'inadempimento)

L'ipotesi che qui si formula e che si sottoporrà a verifica postula che, oggi, la linea di confine tra la tutela reintegratoria attenuata e quella indennitaria forte coincide con la distinzione tra valutazione giudiziale negativa sull'esistenza del "fatto" e valutazione giudiziale negativa sull'incidenza di quel "fatto" sulla funzionalità del contratto.

Vale a dire che il nuovo sistema di tutele contro il licenziamento illegittimo si caratterizza per la diversa rilevanza attribuita alla esistenza/inesistenza del "fatto" posto a base del recesso datoriale, da un lato, rispetto a quella connessa con l'incidenza di quel "fatto" sulla funzionalità del rapporto, dall'altro: se manca il "fatto" la conseguenza è la reintegrazione (nella sua forma attenuata); se il "fatto" sussiste, ma esso non è considerato dal giudice – contrariamente a quanto ritenuto dal datore di lavoro – come tale da pregiudicare definitivamente la funzionalità del rapporto (l'inadempimento non è né notevole, né notevolissimo, la ragione economica non giustifica l'espulsione del lavoratore dall'organizzazione aziendale), la conseguenza è la tutela indennitaria forte.

In altri termini, si tratta di un sistema di tutele nel quale alla coppia esistenza/inesistenza del "fatto" posto a fondamento del licenziamento corrisponde la coppia estinzione/prosecuzione del rapporto, mentre alla coppia esistenza/inesistenza degli altri elementi costitutivi del potere di recesso datoriale corrisponde la coppia insussistenza/sussistenza dell'obbligo di indennizzo.

Un apparato di tutele così congegnato comporta, in definitiva, che alla valutazione del giudice circa l'idoneità del fatto addotto dal datore di lavoro a sostegno del proprio recesso non consegue mai la reintegra nel posto di lavoro. Infatti, se la valutazione del giudice al riguardo coincide con quella del datore di lavoro (nel senso, cioè, che anche l'organo giudicante ritenga – al pari del datore di lavoro – che il "fatto" indicato a fondamento del licenziamento impedisca la prosecuzione del rapporto), il licenziamento non potrà che essere considerato legittimo, con conseguente estinzione del rapporto. Se, viceversa, la valutazione giudiziale dovesse essere di segno opposto a quella operata dal datore (ritenendo il giudice che il fatto, seppure esistente, non sia tale da pregiudicare definitivamente la funzionalità del contratto), il giudice, a norma dei commi quinto e settimo, secondo periodo, del nuovo art. 18, dichiarerà comunque risolto il rapporto e condannerà il datore solamente al pagamento di un'indennità.

3. Verifica dell'ipotesi: a) l'«insussistenza del fatto contestato» di cui all'art. 18, quarto comma.

L'impostazione qui propugnata comporta che per «insussistenza del fatto contestato» ex art. 18, quarto comma, deve intendersi il caso in cui in cui non sia configurabile, a carico del lavoratore, un inadempimento imputabile. Se, invece, il fatto addebitato al dipendente licenziato sia qualificabile come inadempimento a lui imputabile, ma il giudice ritenga che esso non sia né talmente

grave da impedire la prosecuzione anche temporanea del rapporto, né «notevole» ai sensi dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966, si ricade nelle altre ipotesi alle quali il quinto comma del nuovo art. 18 collega la mera tutela indennitaria forte⁶⁷.

Ulteriore conseguenza è che il giudizio di proporzionalità tra la gravità della condotta del dipendente e il provvedimento espulsivo non ha alcuna rilevanza ai fini dell'accertamento della «insussistenza del fatto contestato» di cui al quarto comma. Quindi, tutte le circostanze del singolo caso che la giurisprudenza ritiene rilevanti al fine di stabilire la “gravità in concreto” del fatto posto in essere dal lavoratore (l'intensità dell'elemento intenzionale o di quello colposo, la sussistenza o meno di precedenti disciplinari, l'assenza di danno per l'attività produttiva, la pregressa durata del rapporto di lavoro, ecc.), rilevando solamente al fine di qualificare l'inadempimento come «notevole» ovvero la condotta del lavoratore come tale da impedire «la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto», debbono essere prese in considerazione esclusivamente al fine di accertare se si verta in una delle «altre ipotesi in cui [...] non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro» di cui al quinto comma del nuovo art. 18.

L'esattezza di tali conclusioni è confortata sia da elementi di natura letterale, sia da considerazioni d'ordine sistematico.

Quanto ai primi, va rilevato che non è privo di significato che la norma faccia riferimento al fatto «contestato». Ora, è noto che ciò che deve essere oggetto di contestazione nel procedimento disciplinare sono le circostanze essenziali del fatto ascritto al dipendente, non anche quelle ad esso esterne che possono incidere sulla valutazione della gravità del fatto addebitato e contestato⁶⁸. Sembra dunque coerente con tale generale condizione di esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro concludere che il riferimento al fatto «contestato» debba intendersi circoscritto agli elementi che, secondo l'ordinamento (art. 7 l. n. 300 del 1970), debbono *necessariamente* essere contestati al lavoratore nel procedimento che sfocia nel suo licenziamento per motivi disciplinari.

Passando a considerazioni d'ordine più generale, è innegabile che l'opposta tesi secondo cui per «fatto contestato» dovrebbe intendersi il fatto inclusivo anche degli aspetti del comportamento del lavoratore sotto il profilo dell'elemento soggettivo inteso nel senso, non già solamente dell'esistenza del nesso psicologico (cioè del dolo o della colpa), ma anche della sua intensità nel caso concreto (gravità della colpa, intensità del dolo), comporta il pratico svuotamento della previsione delle «altre ipotesi» di mancata ricorrenza degli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro contenuta nel quinto comma del nuovo art. 18. Invero, una volta che si ritenga che la fattispecie della «insussistenza del fatto contestato» comprenda non solamente i casi in cui la condotta addebitata al dipendente non sussista o non sia imputabile al lavoratore, ma anche quelli in cui quella condotta, pur sussistendo e pur essendo imputabile al dipendente, non sia sufficientemente grave da integrare gli estremi di una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento, non si vede quali residuali fattispecie concrete

⁶⁷ Analogamente, per i fatti che, pur non costituendo inadempimenti contrattuali, sono comunemente compresi nella nozione di giusta causa, ricorre l'ipotesi dell'«insussistenza del fatto contestato» quando il fatto storico addotto dal datore di lavoro o non si sia verificato nella realtà o non sia imputabile al lavoratore ovvero sia di natura tale da non poter neppure essere ipotizzata — a prescindere da qualsiasi considerazione delle circostanze del caso concreto, quali la gravità della colpa o l'intensità del dolo — una sua incidenza sulla fiducia della parte datoriale sull'esattezza dei futuri adempimenti del dipendente.

⁶⁸ Cass., sez. lav., 29 marzo 2006, n. 7221; Cass., sez. lav., 28 marzo 1992, n. 3843.

possano essere incluse nella categoria di vizi del recesso datoriale cui il legislatore del 2012 ha collegato la tutela indennitaria forte.

Né pare riuscito lo sforzo di superare tale difficoltà compiuto da chi ha ipotizzato che la tutela indennitaria forte si applicherebbe nei casi in cui il fatto addebitato al lavoratore, pur non essendo talmente grave da giustificare il licenziamento, sia però di gravità maggiore di quella che giustificerebbe la sanzione della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione. In effetti, tale distinzione appare davvero artificiosa e finisce per rimettere ad una valutazione del giudice del tutto aleatoria l'individuazione della conseguenza (reintegratoria o meramente indennitaria) dell'illegittimità del licenziamento, alterando così in maniera radicale il senso della riforma dell'art. 18 operata dal legislatore. Né si vede sulla base di quali parametri il giudice possa determinare la gravità (per così dire *standard*) che corrisponderebbe alla sanzione della sospensione fino a dieci giorni; al riguardo i codici disciplinari contemplano inadempimenti molto vari tra loro ed è praticamente impossibile estrapolare da quelle previsioni un "quantum" di gravità idoneo a fungere da parametro discrezionale tra i licenziamenti che darebbero luogo a tutela reintegratoria attenuata e licenziamenti che darebbero luogo alla tutela indennitaria forte.

È, quindi, confermato, che l'interpretazione maggiormente attendibile dei commi quarto e quinto del nuovo art. 18 è quella che fa coincidere la distinzione tra «insussistenza del fatto contestato» e le «altre ipotesi» di mancanza degli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro con la differenza tra l'inesistenza dell'inadempimento imputabile e l'inidoneità del (sussistente inadempimento imputabile) a pregiudicare definitivamente la funzionalità del rapporto di lavoro.

4. segue: b) le «previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili».

La validità del risultato appena raggiunto sembrerebbe compromessa dalla previsione del quarto comma dell'art. 18 che, quanto a conseguenze, accomuna all'ipotesi dell'«insussistenza del fatto contestato» quella del fatto che «rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili». Qui, infatti, la norma collega la tutela reintegratoria a casi nei quali l'inadempimento imputabile sicuramente sussiste.

L'apparente anomalia si spiega agevolmente, però, se si considera che, in tali casi, il datore di lavoro, facendo necessario riferimento al codice disciplinare contenuto nel contratto collettivo applicato al rapporto (applicazione che, vale la pena ricordare, è il frutto di una scelta volontariamente assunta dall'imprenditore) ha operato preventivamente e una volta per tutte la propria valutazione sull'inidoneità degli inadempimenti per i quali quel codice disciplinare prevede sanzioni meramente conservative ad incidere in maniera fatale sulla funzionalità dei contratti di lavoro da lui stipulati. Pertanto, tutte le volte in cui il giudice constata che il licenziamento sia stato motivato da un inadempimento per il quale il codice disciplinare applicato dal datore di lavoro preveda una sanzione conservativa, in realtà non sovrappone la propria valutazione a quella dal datore sull'idoneità di quel fatto a pregiudicare definitivamente la funzionalità del contratto, ma semplicemente verifica una contraddizione nel comportamento del datore, il quale, da un lato, ha previamente e in generale valutato quello stesso fatto come compatibile con la prosecuzione del rapporto e dall'altro, nella specifica fattispecie, ha ritenuto invece l'esatto contrario, ponendo quello stesso fatto a fondamento del proprio recesso.

Resta dunque confermato, anche rispetto a tale particolare previsione, l'assunto enunciato all'inizio e secondo il quale caratteristica fondamentale del nuovo assetto di tutele contro i licenziamenti illegittimi è quella secondo la quale, in caso di scostamento della valutazione del giudice da quella del datore sull'incidenza del fatto addotto a base del licenziamento sulla funzionalità del contratto, il rimedio è solamente di tipo economico; nella specifica ipotesi ora in esame, infatti, la conseguenza è quella reintegratoria perché qui la valutazione del giudice è perfettamente coincidente con quella a suo tempo preventivamente effettuata dal datore di lavoro ed è stato quest'ultimo a deviare da quanto da esso stesso stabilito nel momento in cui ha predeterminato le infrazioni punibili con sanzioni conservative.

5. segue: c) l'insussistenza «manifesta» del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Per quanto concerne il licenziamento per ragioni economiche, l'individuazione del confine tra tutela reintegratoria e tutela meramente economica richiede di chiarire, anzitutto, la distinzione tra insussistenza «manifesta» e insussistenza «semplice» del motivo addotto dal datore di lavoro a sostegno del proprio recesso.

Al riguardo la difficoltà deriva, ovviamente, dalla constatazione secondo la quale i fatti o esistono o non esistono, onde, sul piano logico, nulla distingue un fatto insussistente da uno manifestamente insussistente. Non risolvono tale difficoltà quelle proposte interpretative che si riducono a mere variazioni semantiche dell'espressione contenuta nella norma, come quelle secondo cui l'insussistenza sarebbe «manifesta» quando essa sia evidente ovvero facilmente verificabile o, ancora, quando sia riscontrabile un basso grado di coincidenza tra i fatti descritti nella lettera di licenziamento e quelli provati in giudizio. Infatti, dire che, affinché sia dato ingresso alla tutela reintegratoria, l'insussistenza del fatto posto a giustificazione del licenziamento debba essere "evidente" ovvero che essa consista nella notevole discrasia tra quel fatto e quanto provato in giudizio, nulla aggiunge alla formula del settimo comma dell'art. 18 e si finisce così con il lasciare tutto alle valutazioni individuali dei singoli giudici.

Esiti maggiormente solidi si conseguono, invece, se si muove dall'impostazione secondo la quale, in generale, il tratto unificante delle fattispecie di illegittimità del licenziamento per le quali è stabilita la tutela reintegratoria attenuata è costituito dalla circostanza che il vizio del recesso consiste nell'insussistenza dei fatti indicati dal datore a sostegno del proprio recesso.

Una simile impostazione è applicabile anche rispetto alla nozione legale di giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della l. n. 604 del 1966, la quale si articola sull'esistenza di determinate circostanze materiali («inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa») che debbono essere qualificabili come «ragioni» idonee a giustificare l'espulsione del lavoratore dall'azienda.

Anche in tal caso, è quindi possibile distinguere tra l'attività diretta all'accertamento del "fatto" indicato nella comunicazione del licenziamento quale motivo dello stesso e la valutazione di quel "fatto" come ragione di estinzione del rapporto di lavoro, vale a dire la sua incidenza sulla funzionalità del contratto.

Tale distinzione coincide con quella tra «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» e altre ipotesi in cui «non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo» dalla quale dipende l'applicabilità o meno della tutela

reintegratoria.

Ad esempio, nel caso in cui il datore di lavoro deduca, quale motivazione del suo recesso, una diminuzione del fatturato, tale fatto sarà “manifestamente insussistente” se si accerti che non vi sia stata una diminuzione di fatturato o questa non si sia verificata nei termini quantitativi dichiarati dal datore, con conseguente reintegrazione del lavoratore; se invece quella diminuzione si sia verificata effettivamente, ma il giudice ritenga che, valutate tutte le altre circostanze rilevanti al riguardo (ad esempio, la natura meramente congiunturale della crisi di fatturato), debba escludersi che essa sia tale da poter essere qualificata come impeditiva della prosecuzione del rapporto, si applicherà la tutela indennitaria di cui al quinto comma del nuovo art. 18.

Un riscontro, di portata limitata, ma significativo, della coerenza dell'impostazione qui propugnata con l'assetto generale delle tutele predisposte dal legislatore del 2012 per i casi di illegittimità dei licenziamenti intimati per motivi diversi da quelli disciplinari è rappresentato dal primo periodo del settimo comma dell'art. 18, dedicato alle ipotesi in cui il giudice «accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile». Qui la norma prevede comunque e senza eccezioni, l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata, senza lasciare spazi a quella meramente indennitaria.

La cosa si spiega se si considera che, rispetto alle ipotesi contemplate dalla norma appena menzionata, la disciplina del potere datoriale di recesso configura l'incidenza sulla funzionalità del contratto dei “fatti” posti a base del licenziamento in maniera diversa rispetto a quanto stabilito dall'art. 3 della l. n. 604 del 1966 per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

In particolare, nel caso di sopravvenuta inidoneità psico-fisica del lavoratore, il definitivo venir meno dell'utile prosecuzione del rapporto è *in re ipsa*, trattandosi di impossibilità sopravvenuta della prestazione, onde è chiaro che se il “fatto” (cioè l'inidoneità fisica o psichica) sussiste, il licenziamento è automaticamente legittimo, non essendo concepibile alcuna distinta ed ulteriore valutazione sull'incidenza di quel “fatto” sulla funzionalità del contratto.

Nell'altra fattispecie contemplata dal primo periodo del settimo comma dell'art. 7, nel caso in cui le assenze per malattia del dipendente superino un certo numero di giorni, l'ordinamento riconosce al datore di lavoro la facoltà, del tutto discrezionale, di risolvere il contratto; in altri termini, esso rimette all'insindacabile volontà del datore di lavoro la decisione circa la prosecuzione o meno del rapporto; ne consegue che, anche in questo caso, una volta accertata la sussistenza del “fatto” (vale a dire un numero di giorni di assenza per malattia superiore al comporto), non è neppure concepibile un controllo giudiziale sull'idoneità di quel fatto a pregiudicare la funzionalità del contratto, poiché la disciplina del potere datoriale di recesso per simili motivi rimette la valutazione all'insindacabile discrezionalità del datore di lavoro.

Insomma, l'analisi della disciplina dettata dal primo periodo del settimo comma dell'art. 18 conferma che, in generale, nel nuovo assetto delle tutele contro i licenziamenti illegittimi, la tutela indennitaria di cui al quinto comma è prevista nei casi in cui il “fatto” addotto dal datore di lavoro sussiste, ma tuttavia non sia riscontrabile anche la sua idoneità a pregiudicare definitivamente la funzionalità del rapporto; ciò, ovviamente, nei casi in cui la disciplina sostanziale del potere datoriale di recesso richieda, per il legittimo esercizio di quel potere, la sussistenza di quell'ulteriore requisito (vale a dire, nelle fattispecie di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo

soggettivo o oggettivo). Invece, nei casi in cui (come quelli della sopravvenuta inidoneità psicofisica del dipendente o quella del superamento del periodo di comporto) il legittimo esercizio del potere di recesso richiede solamente l'esistenza di certi "fatti" (e la loro incidenza sulla funzionalità del rapporto è presupposta dalla legge o è rimessa ad una insindacabile libera valutazione del datore di lavoro), non v'è alcuno spazio per la tutela indennitaria forte: se il "fatto" non sussiste opera, secondo quanto previsto anche rispetto al licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo, la tutela reintegratoria attenuata; se, invece, il "fatto" sussiste, il licenziamento è comunque legittimo, senza necessità di accertamenti di altro tipo.

Risulta, dunque, ulteriormente avvalorata l'attendibilità dell'interpretazione della locuzione «manifestamente insussistente» che riferisce la stessa ai casi in cui si accerti in giudizio che la ragione economica indicata dal datore di lavoro nella comunicazione del licenziamento non esiste nella realtà.

6. segue: d) l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata in caso di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Si tratta ora di precisare il significato della previsione del settimo comma dell'art. 18, secondo la quale nel caso in cui accerti la «manifesta insussistenza» del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il giudice «può» applicare la tutela di cui al quarto comma.

Com'è noto, in dottrina si contrappongono la posizione di coloro che affermano che il giudice disporrebbe del potere discrezionale di ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro piuttosto che la tutela di cui al quinto comma, e quella di quanti sostengono, invece, che, una volta accertata la manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento, il giudice deve comunque disporre la reintegrazione.

In base alla generale impostazione qui propugnata, la seconda delle due opinioni ora ricordate è quella preferibile, essendo coerente con la considerazione d'ordine sistematico secondo la quale tratto essenziale del nuovo sistema di tutele contro i licenziamenti illegittimi è il collegamento della reintegrazione nel posto di lavoro all'accertamento dell'insussistenza del fatto dedotto dallo stesso datore di lavoro a giustificazione del proprio recesso; un sistema, cioè, nel quale l'applicazione della reintegrazione nel posto di lavoro è svincolata dall'esito di valutazioni del giudice circa l'incidenza sulla funzionalità del contratto dei fatti adottati dal datore di lavoro.

Ammettere che, in caso di accertata manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per motivi economici, al giudice sia attribuito un potere discrezionale di disporre o meno la reintegrazione nel posto di lavoro (potere che non potrebbe essere esercitato se non sulla base di circostanze del caso concreto), significa introdurre nel sistema un fortissimo elemento di contraddizione con la sua caratteristica fondamentale.

Ed anche la mancanza nella norma di un sia pur minimo accenno ai criteri in base ai quali il giudice dovrebbe esercitare quel preteso potere discrezionale è indicativa del fatto che, in realtà, il sistema è tutto congegnato nel senso che, anche nel caso di manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento per motivi economici, l'applicazione della tutela reintegratoria (seppur nella sua forma attenuata) è obbligata.

In sostanza, per assicurare un minimo di coerenza al sistema, è necessario che il «può» disporre la reintegrazione (in caso di insussistenza del motivo oggettivo) si interpreti come "deve": non ha

alcun senso, in un ordinamento in cui alla coppia esistenza/inesistenza del “fatto” corrisponde automaticamente e senza alcun'altra intermediazione la coppia estinzione/prosecuzione del rapporto, sovrapporre – solo per una delle tante categorie di “fatti” in astratto rilevanti (quelli economici) – una valutazione del giudice la quale, evidentemente, non potrebbe essere operata altro che con riferimento a quella che è la sua idea circa l'impossibilità, nonostante l'insussistenza del “fatto”, che il rapporto possa proseguire utilmente per il datore di lavoro; con riferimento, cioè, a profili che invece, secondo il nuovo art. 18, non appartengono all'effetto estinzione/prosecuzione del rapporto, bensì alla esistenza/inesistenza dell'obbligo di indennizzo.

La validità della soluzione qui sostenuta è ulteriormente confermata dalla dubbiozza degli esiti cui è giunta la dottrina che si è fatta carico del tentativo di individuare i criteri che dovrebbero orientare il giudice nell'esercizio della pretesa sua discrezionalità nel concedere o meno la tutela reintegratoria.

Così, la proposta secondo la quale il giudice dovrebbe valutare, caso per caso, se sussista o meno un deterioramento dei rapporti tra le parti tale da impedire una proficua ripresa del rapporto offre il fianco alla facile obiezione secondo cui, se così davvero fosse, non si capirebbe perché un'analogia discrezionalità non sia prevista in caso di licenziamento disciplinare illegittimo per insussistenza del fatto o riconducibilità di questo alle infrazioni punite dal codice disciplinare con sanzioni conservative; ed infatti, è davvero agevole constatare che, semmai, è proprio nei licenziamenti intimati per motivi soggettivi che può ipotizzarsi un deterioramento dei rapporti tra le parti tale da ostacolare la ripresa di un'utile collaborazione tra le parti.

Quanto alla tesi che collega l'adozione della misura reintegratoria all'esistenza, nel caso concreto, di indizi di un motivo illecito del licenziamento, non si vede quale indizio maggiormente significativo dell'insussistenza (intesa nel senso prima precisato) del fatto indicato dal datore di lavoro a giustificazione del licenziamento per motivi economici si possa immaginare senza che si ricada automaticamente nell'ipotesi (non già di meri indizi, bensì) di prova dell'esistenza di un motivo illecito e, conseguentemente, nell'ambito di applicazione della tutela risarcitoria piena prevista dai primi tre commi dell'art. 18.

7. Una possibile obiezione.

All'interpretazione qui sostenuta potrebbe obiettarsi che essa consentirebbe al datore di lavoro di liberarsi di un dipendente (correndo solo il rischio del pagamento dell'indennità di cui al quinto comma dell'art. 18) contestando allo stesso un inadempimento palesemente insufficiente ad integrare gli estremi del giustificato motivo soggettivo ovvero indicando nella comunicazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo una ragione economica sussistente, ma priva di collegamento causale con il recesso. Ad esempio, nell'ipotesi del licenziamento disciplinare, ciò si verificherebbe quando il lavoratore fosse licenziato per aver fatto registrare un ritardo di pochissimi minuti sull'orario di inizio del lavoro: qui, essendo il “fatto” sussistente, qualificabile come inadempimento ed altresì imputabile al lavoratore, non potrebbe dirsi che il fatto non sussiste e, pertanto, sarebbe precluso l'accesso alla tutela reintegratoria. Rispetto al licenziamento per giustificato motivo oggettivo si potrebbe pensare al caso in cui il recesso datoriale fosse motivato con riferimento alla chiusura di una certa unità produttiva e il dipendente fosse invece addetto ad altra sede.

L'obiezione è sicuramente seria, ma può essere superata ove si ritenga praticabile il ricorso

all'istituto del negozio in frode alla legge (art. 1344 c.c.), come proposto da una parte della dottrina.

In effetti, si può sostenere che in simili casi il datore di lavoro, al fine di realizzare deliberatamente lo scopo (illecito) di espellere dall'azienda il dipendente nonostante l'insussistenza di una giusta causa e di un giustificato motivo di licenziamento, sceglie di porre in essere un negozio risolutivo del contratto di lavoro del tipo di quelli che gli consentono comunque di realizzare l'effetto estintivo del rapporto e ciò al solo fine di aggirare la sanzione reintegratoria stabilita dall'ordinamento per il caso di licenziamento illegittimo per insussistenza del "fatto".

Potrebbe opporsi che, nella fattispecie in esame, contrariamente a quanto è riscontrabile nelle classiche ipotesi di negozi in frode alla legge, la parte non pone in essere negozi apparentemente leciti, se atomisticamente considerati, i quali tuttavia, essendo tra loro collegati, determinano l'elusione di una norma imperativa; nel nostro caso, infatti, la parte datoriale compie un negozio che comunque, di per se stesso, è già illegittimo, perché l'inadempimento contestato al dipendente è meno che «notevole», oppure perché il motivo economico non ha alcun collegamento causale con la soppressione del posto del dipendente licenziato, come inderogabilmente richiesto dall'art. 3 della l. n. 604 del 1966.

L'obiezione può essere superata attribuendo adeguata considerazione ad una delle caratteristiche fondamentali del sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi definito dal nuovo art. 18. In particolare, esso ammette che uno stesso recesso datoriale possa essere affetto da una pluralità di vizi appartenenti ognuno ad uno dei gruppi ai quali corrisponde una delle diverse forme di tutela; la norma, poi, disciplina espressamente tali ipotesi esprimendo il principio generale secondo il quale si applica la tutela prevista per il vizio più grave.

Così, rispetto al licenziamento affetto da vizio formale o procedurale (che di per sé dà luogo alla tutela indennitaria debole), il sesto comma dispone che, ove il recesso presenti anche un difetto di giusta causa o di giustificato motivo, si applicano le più intense tutele di cui ai commi quarto, quinto e settimo.

Analogamente, nei casi di insussistenza del giustificato motivo oggettivo, il settimo comma dispone che, ove il recesso sia determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, operano le relative tutele.

Quanto, poi, al licenziamento disciplinare, occorre tener conto del fatto che il primo comma dell'art. 18 prevede che la tutela reintegratoria piena si applica, quando ricorrono le ipotesi in esso contemplate, «indipendentemente dal motivo formalmente addotto». Ciò significa, tra l'altro, che seppure, in base al motivo indicato dal datore di lavoro a giustificazione del proprio recesso, sia ravvisabile un vizio rientrante in qualcuna delle previsioni dei commi dal quarto al settimo, la tutela applicabile sarà comunque quella reintegratoria piena ove sussista anche qualcuno dei vizi elencati in quest'ultima disposizione.

Conseguentemente, è coerente con il nuovo sistema di tutele contro i licenziamenti illegittimi ammettere che un recesso datoriale di per sé illegittimo perché giustificato con un inadempimento meno che notevole oppure con un "fatto" economico privo di nesso causale con il recesso possa essere qualificato, contemporaneamente, anche nullo perché in frode alla legge in quanto diretto ad eludere l'applicazione della norma imperativa contenuta nel quarto comma dell'art. 18, la quale impone la tutela reintegratoria in caso di insussistenza dell'inadempimento.

Si vuole dire che, nel particolare sistema di tutele predisposto dal legislatore del 2012, da un lato l'intento fraudolento può essere ravvisato anche nel tentativo di porre le condizioni di un licenziamento cui si applichi un tipo di tutela meramente indennitaria piuttosto che una tutela di tipo reintegratorio (realizzando così l'effetto estintivo del rapporto) e, dall'altro, che è del tutto normale che un recesso datoriale, di per sé già idoneo ad essere qualificato illegittimo per un motivo che comporta l'applicazione di una tutela minore, possa contemporaneamente integrare gli estremi di un altro vizio contemplato dal legislatore come causa di applicabilità di una tutela più favorevole al lavoratore.

Da quanto detto discende che il licenziamento intimato per un inadempimento del tutto inconsistente oppure per una ragione economica non collegabile causalmente con la soppressione del posto, deve essere qualificato come nullo ai sensi dell'art. 1344 c.c. e, conseguentemente, trattandosi di uno degli «altri casi di nullità previsti dalla legge», si applicherà la tutela reintegratoria piena.

A prima vista potrebbe sorprendere che casi come quelli ora in esame siano destinatari di una tutela maggiormente intensa di quella (stabilita nel quarto comma) applicabile in casi nei quali addirittura non è ravvisabile il "fatto" indicato nella comunicazione del licenziamento.

Ogni perplessità al riguardo è, però, destinata a venir meno ove si tenga adeguatamente conto della natura anche sanzionatoria (e non solamente ripristinatoria e risarcitoria) che caratterizza il sistema di tutele contro i licenziamenti illegittimi quale risultante dal nuovo art. 18.

Si consideri, al riguardo, che il legislatore ha previsto, per i casi maggiormente gravi (la lesione di valori fondamentali dell'ordinamento e la presenza di vizi – come quello dell'omissione della forma scritta – che impediscono al nuovo sistema di tutele di funzionare), misure che non solamente realizzano la completa elisione di tutte le conseguenze del recesso datoriale, ma che costituiscono anche vere e proprie sanzioni a carico del datore (ammontare minimo del risarcimento pari a cinque mensilità, non detraibilità dell'*aliunde percipiendum*, esclusione della riduzione degli oneri contributivi in caso di reperimento, da parte del lavoratore, di altra occupazione dopo il licenziamento: v. il secondo comma del nuovo art. 18).

In una simile prospettiva, non è affatto incoerente che in casi (come quelli in cui il datore di lavoro ha posto in essere negozi in frode alla legge) nei quali è certo il dolo della parte autrice dell'illecito, l'ordinamento preveda un'accentuazione dei profili sanzionatori della tutela accordata alla controparte contrattuale.

8. Conclusioni.

Volendo tirare le fila dell'indagine finora condotta, l'analisi del testo del nuovo art. 18 sembra convalidare la tesi secondo la quale la tutela reintegratoria attenuata è prevista nei casi in cui non sussiste il "fatto" addotto dal datore di lavoro a fondamento del proprio recesso, mentre quella indennitaria forte si applica quando quel "fatto" sussiste, ma esso non è tale da poter essere considerato come incompatibile con la prosecuzione del rapporto di lavoro, così come richiesto dalle nozioni legali di giusta causa e di giustificato motivo.

Come si è già accennato, nella prospettiva del controllo giudiziale del potere di recesso del datore di lavoro, ciò significa che, contrariamente a quanto accadeva in passato, ora le conseguenze per il datore di lavoro in caso di esito per lui sfavorevole del controllo giudiziale sulla legittimità del

licenziamento non sono più sempre le stesse. Infatti, se la valutazione del giudice è sfavorevole per il datore di lavoro in ordine all'esistenza del "fatto" indicato nella motivazione del licenziamento, la conseguenza sarà la giuridica prosecuzione del rapporto di lavoro e la reintegrazione. Se, invece, la valutazione giudiziale sia sfavorevole per il datore di lavoro con riferimento all'incidenza di quel "fatto" sulla funzionalità del contratto, l'effetto estintivo del rapporto connesso all'atto datoriale resterà fermo, applicandosi solamente misure di tipo economico.

Altrimenti detto: dopo la modifica dell'art. 18, se la valutazione del giudice in ordine all'idoneità del "fatto" a pregiudicare l'utile prosecuzione del rapporto non coincide con quella operata sullo stesso punto dal datore di lavoro, la conseguenza non può essere comunque la persistenza del rapporto di lavoro, il quale resta definitivamente estinto.

Ma, a ben vedere, una simile conclusione impone di riconsiderare anche la fisionomia del potere di recesso datoriale. E precisamente, se è vero che se manca il "fatto", la conseguenza è la reintegrazione, mentre se il "fatto" sussiste, ma esso non è valutato dal giudice – contrariamente a quanto ritenuto dal datore di lavoro – come tale da pregiudicare definitivamente la funzionalità del rapporto, la conseguenza è l'indennità risarcitoria, allora è anche vero che, in sostanza, il legislatore ha stabilito che, ricorrendo certi "fatti" (inadempimento imputabile, ragione economica) il datore di lavoro ha il potere di determinare l'estinzione del rapporto con l'onere, per lui, di pagare un certo indennizzo, onere dal quale egli si svincola se – sulla base dei parametri stabiliti dall'ordinamento (art. 3 l. n. 604 del 1966, art. 2119 c.c.) – si possa ritenere che quei "fatti" siano tali da compromettere definitivamente la funzionalità del rapporto e se rispetta le regole procedurali previste dalla legge (art. 7 l. n. 604 del 1966, art. 7 l. n. 300 del 1970).

Ed allora, l'affermazione, da tutti o quasi ripetuta, secondo la quale la modifica dell'art. 18 non avrebbe inciso sulla configurazione del potere di recesso del datore di lavoro non risulta poi così appagante.