

La tutela reale e la «coperta corta».
Note a margine di Corte Cost. n. 128/2024*

Alessandro Riccobono

1. Premessa	27
2. La correzione dell'asimmetria regolativa interna all'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015: l'innesto della tutela reale attenuata anche per i licenziamenti per g.m.o. fondati su un fatto materiale insussistente	29
3. L'estraneità del <i>repêchage</i> al «fatto materiale» (ma non alla nozione di g.m.o.) e le possibili ricadute sui licenziamenti cui si applica l'art. 18 Sta. Lav.	31

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 486/2024

1. Premessa

Le sentenze n. 128/2024 e 129/2024 della Corte Costituzionale, pubblicate contestualmente lo scorso 16 luglio¹³⁴, non hanno deluso le aspettative di quanti puntavano su una rivincita della reintegrazione anche per i licenziamenti assoggettati al regime delle tutele crescenti¹³⁵, al pari di quanto avvenuto nella storia più recente del novellato art. 18 Stat. Lav.¹³⁶.

Certo, ci sono voluti parecchi anni e ben tredici decisioni, di cui cinque emesse nel solo 2024, ma l'opera di razionalizzazione delle riforme scaturite dalla «Legge Fornero» e dal «Jobs Act» può dirsi sostanzialmente conclusa, eccezion fatta per il capitolo dei licenziamenti nelle piccole imprese ex art. 9, comma 1, d.lgs. n. 23/2015¹³⁷, su cui continua a pendere il monito della Consulta per un correttivo *de jure condendo* che tarda ad arrivare, complice un legislatore momentaneamente distratto da temi di maggiore *appeal* politico-elettorale.

In queste brevi note l'attenzione sarà concentrata esclusivamente sulla sentenza n. 128/2024, che ha dichiarato fondata la q.l.c. sollevata dal Tribunale di Ravenna con riferimento all'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015¹³⁸, dichiarando tale disposizione in contrasto con gli artt. 3, 4 e 35 Cost., «nella parte in cui non prevede che la tutela reintegratoria si applichi anche nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale allegato dal datore di lavoro, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa il ricollocamento del lavoratore».

Si può subito dire che l'intervento manipolativo della Corte, in questo caso di natura additiva e non ablativa, costituisce uno sviluppo coerente dei principi affermati dallo stesso giudice delle

¹³⁴ Per una primissima lettura a caldo di tali pronunce v. G. PROIA, *Jobs Act, si completa la "risistemazione costituzionale dei rimedi contro i licenziamenti"*, in *NT Plus, Il Sole 24 ore*, 2 agosto 2024; E.M. D'ONOFRIO, A. MARESCA, *Sanzioni più incerte per i licenziamenti ritenuti ingiustificati*, in *Il Sole 24 ore*, 18 luglio 2024.

¹³⁵ Cfr. S. GIUBBONI, *I rimedi contro il licenziamento economico illegittimo nel Jobs Act al vaglio della Corte Costituzionale*, in *RGL*, 2024, II, 39 ss.

¹³⁶ Sull'inversione del rapporto regola/eccezione tra tutela reale e tutela risarcitoria, che ha stravolto l'originaria fisionomia della l. n. 92/2021, attribuendo una rinnovata centralità alla sanzione ripristinatoria avverso i licenziamenti illegittimi sottoposti all'art. 18 Stat. Lav., siano essi di natura economica o disciplinare, cfr. A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento e le Alte Corti*, in *LDE*, 2023, 1; M. BARBIERI, *Statuto e tutele contro i licenziamenti illegittimi. Erosione e necessità della reintegrazione*, in *RGL*, 2020, I, 85 ss.; B. CARUSO, *Il rimedio della reintegra come regola o come eccezione? La Cassazione sui licenziamenti disciplinari nel cono d'ombra delle decisioni della Corte Costituzionale*, in *Biblioteca '20 Maggio' – 2/2022*, 84 ss.

¹³⁷ Cfr. Corte Cost. 22 luglio 2022, n. 183, in *ADL*, 2022, 1247, con nota di G. BOLEGO, *Licenziamento ingiustificato nelle piccole imprese: la Corte costituzionale censura, non decide e sollecita l'intervento del legislatore* e in *DRI*, 2022, 1135, con nota di C. ZOLI, *La Corte costituzionale prosegue la "controriforma": i licenziamenti nelle piccole imprese*.

¹³⁸ Trib. Ravenna, sez. lav., ord. 27 settembre 2023, su cui, oltre S. GIUBBONI, *op. ult. cit.*, cfr. P. TOSI, E. PUCCETTI, *Le differenti tutele in caso di licenziamenti economici e disciplinari di nuovo al vaglio della Consulta*, in *RIDL*, 2023, II, 806 ss.; V. LUCIANI, *È incostituzionale la disciplina del licenziamento economico del lavoratore assunto a "tutele crescenti"?*, in *DLM*, 151 ss.; V. NUZZO, *Il contratto a tutele crescenti e le sanzioni per il licenziamento illegittimo: non tutte le bugie sono uguali*, *ivi*, 163 ss.

leggi nelle precedenti pronunce n. 59/2021¹³⁹ e 125/2022¹⁴⁰, avuto riguardo alla disciplina sanzionatoria dei licenziamenti per g.m.o. di cui all'art. 18, comma 7, Stat. Lav.: anche in tali occasioni, infatti, la Corte aveva chiarito che il vizio dell'insussistenza del fatto è identico sia nell'area dei licenziamenti disciplinari sia in quella dei licenziamenti per motivi economici, ragion per cui l'applicazione del rimedio ripristinatorio, garantito nel primo ambito, non poteva operare a condizioni diverse o più gravose nel secondo.

A comportamenti datoriali connotati dal medesimo disvalore ed equiparabili sul piano strutturale devono dunque corrispondere uguali trattamenti sanzionatori, e ciò vale anche per i rapporti di lavoro instaurati dopo il 7 marzo 2015, dove si registrava, prima dell'intervento dei giudici costituzionali, un'aporia di sistema ancor più manifesta di quella che affliggeva la formulazione originaria dell'art. 18, comma 7, Stat. Lav.: va infatti ricordato che, a differenza di quanto previsto dalla disciplina statutaria, l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, non contemplava il vizio dell'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per motivo oggettivo, né vi accordava rilievo ai fini dell'applicazione della tutela reale attenuata, ammettendo tale rimedio esclusivamente per i licenziamenti «per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento».

Le ricadute della nuova decisione del Giudice delle Leggi sono dunque dirimenti, perché annichiscono ancora una volta il retroterra ideologico in cui è maturata la riforma del 2015, smantellando il disegno legislativo finalizzato ad escludere la reintegrazione per i licenziamenti di tipo economico, con un intervento ancora più restrittivo di quello operato dalla «Legge Fornero»¹⁴¹.

La tutela reale torna dunque nel *Jobs Act* proprio laddove si intendeva abolirla, operando tutte le volte in cui la motivazione tecnico-organizzativa posta a base di un licenziamento economico si riveli inesistente o pretestuosa, esattamente come accade nel perimetro di azione della disciplina statutaria novellata dalla l. n. 92/2012.

Vi è però un fondamentale punto di discontinuità, se non proprio di rottura, tra la pronuncia in commento e la giurisprudenza costituzionale formatasi a proposito dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Ed infatti, diversamente da quanto accaduto nelle precedenti occasioni, questa volta la Corte ha precisato che nel concetto di insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per g.m.o. non rientra la valutazione sulla possibile ricollocazione del lavoratore, con la conseguenza che la

¹³⁹ Cfr. Corte Cost. 1 aprile 2021, n. 59, che ha eliminato la facoltatività della reintegrazione in forma attenuata prevista dall'art. 18, comma 7, Stat. Lav., in caso di licenziamento per g.m.o. basato su un fatto insussistente. Per un commento cfr., *ex multis*, GIUBBONI, *Il ritorno della reintegrazione. Noterella polemica sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza n. 59/2021 della Corte costituzionale*, in *GC*, 2021, 799 ss.; C. CESTER, *La corte costituzionale sul licenziamento per g.m.o.: più spazio per la tutela reale in caso di illegittimità*, in *LG*, 2021, 605 ss.; M.T. CARINCI, *La sentenza n. 59/2021 della Corte costituzionale: road map per una riforma?*, in *DLRI*, 2021, 289; E. GHERA, *Le tre sentenze della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, in *RIDL*, 2022, I, 3 ss.

¹⁴⁰ Corte Cost. 19 maggio 2022, n. 125, che ha rimosso il vincolo della "manifesta" insussistenza del fatto ai fini dell'applicazione della tutela reale attenuata ex art. 18, comma 7, Stat. Lav. Per un commento cfr., *ex multis*, V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: le tutele all'esito delle pronunce di illegittimità costituzionale*, in *LDE*, 2023, 1 ss.; G. NATULLO, *La "manifesta" incostituzionalità dell'art. 18, co. 7, dello Statuto dei lavoratori*, in *DLM*, 2022, 383; F. PERRONE, *L'espansione del principio lavorista nelle sentenze costituzionali n. 59/2021 e n. 125/2022 sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *RIDL*, 2022, II, 395.

¹⁴¹ Sul tema cfr. già D. GAROFALO, *I licenziamenti economici tra scelte legislative e incursioni ideologiche*, in *ADL*, 2023, I, 1 ss.

mancata prova della sua inutilizzabilità in altre posizioni disponibili continuerà ad essere sanzionata con la tutela meramente indennitaria di cui all'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

Si tratta di un rilievo altrettanto denso di implicazioni sistematiche, che fa aggio su una lettura prettamente materialistica del «fatto» allegato dal datore di lavoro, valorizzando l'aggettivazione introdotta dal *Jobs Act* nell'ambito dei licenziamenti disciplinari per marcare le distanze rispetto all'insussistenza del fatto che abilita la reintegrazione ai sensi dell'art. 18, commi 4 e 7, Stat. Lav.: «fatto» che però, almeno fino a oggi, la giurisprudenza ordinaria ha stabilmente interpretato nella sua connotazione giuridica, assimilando le fattispecie previste nei due ambiti in forza di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015¹⁴².

Di seguito si cercherà di ripercorrere la sentenza nei suoi passaggi argomentativi più salienti, al fine di metterne in evidenza le possibili ricadute future.

2. La correzione dell'asimmetria regolativa interna all'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015: l'innesto della tutela reale attenuata anche per i licenziamenti per g.m.o. fondati su un fatto materiale insussistente

Nel pervenire alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, la Consulta riprende numerosi argomenti prospettati dal Tribunale di Ravenna e già messi in rilievo dalle richiamate sentenze n. 59/2021 e 125/2022, non a caso provocate da altrettante ordinanze del medesimo giudice emiliano.

Per quanto qui di interesse, quest'ultimo aveva osservato che la disposizione censurata tratta(va) «in modo ingiustificatamente differenziato (a livello di tutele) situazioni del tutto identiche (o almeno omogenee), ossia il licenziamento per motivi disciplinari e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui sia accertata in giudizio la mancanza di giustificazione per insussistenza del fatto»: solo al primo, infatti, è collegato il riconoscimento della tutela reale attenuata, mentre per il secondo l'insussistenza del fatto non è neppure contemplata, dovendosi perciò ricorrere alla sanzione indennitaria ex art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

Inoltre, sul piano della comparazione esterna, il Tribunale remittente aveva denunciato l'irragionevole differenziazione tra il sistema di graduazione delle tutele allestito dal *Jobs Act* e quello di cui al novellato art. 18 Stat. Lav., *a fortiori* dopo il duplice intervento costituzionale che aveva parificato ai fini sanzionatori l'insussistenza del fatto organizzativo all'insussistenza del fatto disciplinare.

La Corte Costituzionale risponde a queste sollecitazioni attraverso una motivazione che – come prevedibile – delimita la lesione del principio di uguaglianza all'interno della disciplina sul

¹⁴² Come è noto, in seguito ad un acceso dibattito dottrinale e ad alcune iniziali incertezze, la Corte di Cassazione afferma ormai costantemente che la tutela reintegratoria attenuata ex art. 18, comma 4, Stat. Lav., trova applicazione non solo nel caso in cui il fatto contestato al lavoratore non sia dimostrato nella sua materialità, ma altresì nel caso in cui esso, pur sussistente *in rerum natura*, sia privo di illiceità, offensività o antigiridicità tali da renderne apprezzabile la rilevanza disciplinare. Cfr., tra le prime pronunce in questo senso, Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540; Cass. 12 maggio 2016, n. 10019, in *DJ*. Tali principi sono stati ritenuti applicabili *tout court* anche all'ipotesi di insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore ex art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015. Cfr. Cass. 10 aprile 2019, n. 12174; Cass. 2 novembre 2023, n. 30469. In dottrina, da subito in questa prospettiva, F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18*, in *ADL*, 2013, 496 ss.; E. GHERA, *Sull'ingiustificatezza aggravata del licenziamento*, in *RDSS*, 2014, I, 431 ss.; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, 800 ss.; Cfr. V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 2012, I, 563 ss.

contratto a tutele crescenti, evitando di addentrarsi sul problema del diverso trattamento sanzionatorio riservato ai lavoratori sottoposti alle regole dell'art. 18 Stat. Lav., trattandosi di questione già risolta in termini di compatibilità con l'art. 3 della Carta fondamentale attraverso le precedenti sentenze n. 194/2018¹⁴³ e n. 7/2024¹⁴⁴.

Al centro del ragionamento si pone il principio secondo cui l'inesistenza della motivazione tecnico-organizzativa posta a base del recesso e la contestazione di un addebito disciplinare che non si è mai verificato danno luogo in ogni caso ad un licenziamento a-causale, ancor prima che ingiustificato, sicché le due fattispecie sono essenzialmente sovrapponibili.

Riprendendo quanto affermato con la sentenza n. 59/2021, la Corte osserva che la radicale assenza della ragione del licenziamento priva il provvedimento espulsivo della sua causa tipica, ponendosi in contrasto stridente con il principio di necessaria giustificazione del recesso del datore di lavoro, enucleato sulla base degli artt. 4 e 35 Cost.

Naturalmente questo argomento non basta per giustificare l'insorgere della tutela reale nei licenziamenti economici e smentire la scelta operata dal *Jobs Act*.

Ed infatti, come immediatamente puntualizza la Corte, l'individuazione dei rimedi avverso i licenziamenti illegittimi è affidata alla discrezionalità del legislatore, che può anche optare per una sanzione meramente compensativa, purché dotata di un sufficiente grado di dissuasività, dovendosi escludere che la tutela reale rappresenti l'unico paradigma attuativo compatibile con gli artt. 4 e 35 Cost.¹⁴⁵.

Il punto è che la discrezionalità legislativa incontra un limite invalicabile nel principio di eguaglianza formale ex art. 3, comma 1, Cost., ragion per cui, una volta che sia stato scelto di garantire la tutela reale nel caso dell'insussistenza del fatto materiale contestato a fini disciplinari, non aver previsto la stessa sanzione per i licenziamenti economici affetti dal medesimo vizio espone la disposizione censurata ad «un difetto di sistematicità che ridonda in una irragionevolezza della differenziazione».

Da qui l'intervento additivo sul testo dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 2015, che la Corte ritiene necessario anche per salvaguardare il principio lavorista che permea la Carta fondamentale,

¹⁴³ Corte Cost. 8 novembre 2018, n. 194, su cui, *ex multis*, A. ZOPPOLI, *La Consulta interviene sul Jobs Act ma ne evita il cuore: il nuovo bilanciamento nella disciplina del licenziamento*, in *DLM*, 2019, 219 ss.; M. MAGNANI, *Il "Jobs Act" e la Corte costituzionale. Riflessioni su Corte cost. n. 194/2018*, in *DRI*, 2019, 1 ss., E. BALLETTI, *Indennità per il licenziamento illegittimo nel contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *GI*, 2020, 1238 ss.; P. TOSI, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e il suo "dopo"*, *ivi*, 251 ss.; C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *LG*, 2019, 163 ss.; A. BELLAVISTA, *Discutendo con Carlo Cester su alcuni profili delle tutele contro i licenziamenti illegittimi dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*, in M. TREMOLADA, A. TOPO (a cura di), *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa: liber amicorum Carlo Cester*, Bari, 2019, 957 ss.;

¹⁴⁴ Cfr. Corte Cost. 22 gennaio 2024, n. 7, su cui R. SANTUCCI, *Tutela indennitaria del Jobs Act per violazione dei criteri di scelta dei lavoratori nel licenziamento collettivo e sostegno della Corte costituzionale (sent. n. 7/2024)*, in *DML*, 2024, 285 ss.; G. ORLANDINI, *La Corte costituzionale giustifica la disciplina dei licenziamenti collettivi prevista dal Jobs Act: resta il regime differenziato di tutela in caso violazione dei criteri di scelta*, in *D&L Flash*, 2024, 1, 4 ss.; A. MARESCA, *La legittimità costituzionale delle tutele crescenti si consolida: un pre-commento a Corte costituzionale, 22 gennaio 2024, n. 7*, in *RIDL.*, 2024, 1, 19 ss.; V. SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale n. 7 del 2024 sulla indennità prevista dal d.lgs. n. 23/2015 nel caso di violazione dei criteri di scelta in un licenziamento collettivo*, *ivi*, 49 ss.

¹⁴⁵ Principio pacifico fin da Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 46, su cui P.G. ALLEVA, *Costituzione, diritti sociali e referendum radicali: i «referendum sociali» e il rapporto di lavoro*, in *RGL*, 2000, 1, 3 ss.. V. anche Corte Cost. 26 novembre 2020, n. 254, su cui V. SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale n. 254 del 2020 sui licenziamenti collettivi: una forma di «leale e costruttiva collaborazione» con la Corte di Giustizia europea?*, in *LDE*, 2021, 1 ss.

evitando che l'alternativa tra reintegrazione e compensazione economica possa essere rimessa alle valutazioni di opportunità del datore di lavoro, che potrebbe sempre aggirare la sanzione ripristinatoria invocando una ragione economica pretestuosa, ma in ogni caso sufficiente per interrompere definitivamente il rapporto di lavoro (seppure prezzo dell'indennità risarcitoria prevista dall'art. 3, comma 1).

3. L'estraneità del *repêchage* al «fatto materiale» (ma non alla nozione di g.m.o.) e le possibili ricadute sui licenziamenti cui si applica l'art. 18 Sta. Lav.

Se è vero che la nuova declaratoria di incostituzionalità del *Jobs Act* ha sancito il ritorno della reintegrazione laddove era stata esclusa, non può comunque sottacersi che tale risultato è stato raggiunto al prezzo di alcuni «effetti collaterali» tutt'altro che trascurabili.

Nella seconda parte del suo *iter* motivazionale la Corte precisa infatti che l'insussistenza del fatto materiale allegato come ragione d'impresa non ricomprende al suo interno la violazione dell'obbligo di *repêchage*.

Va detto immediatamente che siffatta conclusione non rinnega la tesi per cui la dimostrazione dell'impossibilità di ricollocare il lavoratore su un'altra posizione disponibile rientra tra gli elementi costitutivi della nozione di giustificato motivo oggettivo¹⁴⁶: il collegio afferma infatti che «l'onere di reimpiego del lavoratore in mansioni diverse (cosiddetto *repêchage*), sebbene non costituisca un requisito espresso a livello normativo, è stato elaborato dalla giurisprudenza sulla base del principio generale secondo cui il recesso datoriale deve rappresentare sempre una scelta necessitata e trova la sua giustificazione sia nella tutela costituzionale del lavoro, che nel carattere necessariamente effettivo e non pretestuoso della scelta datoriale»¹⁴⁷.

Tuttavia, i giudici aggiungono anche che «se il posto di lavoro è stato soppresso, ma il lavoratore avrebbe potuto essere ricollocato in azienda, il licenziamento rimane senza giustificato motivo oggettivo, e come tale illegittimo, anche se non può dirsi che esso si fondi su un fatto materiale insussistente».

È questo il passaggio argomentativo più delicato della pronuncia.

Bisogna infatti ricordare che le sentenze n. 95/2021 e n. 125/2022 avevano sposato una diversa prospettiva ermeneutica, affermando testualmente che «il fatto che è all'origine del licenziamento per giustificato motivo oggettivo include le ragioni tecnico produttive di cui all'art. 3, legge n. 604/1966 e, «in via prioritaria, il nesso causale tra le scelte organizzative del datore di lavoro e il recesso dal contratto, che si configura come *extrema ratio*, per l'impossibilità di collocare altrove il lavoratore»¹⁴⁸.

¹⁴⁶ V., da ultimo, M.T. CARINCI, *L'evoluzione della nozione di repêchage nel licenziamento individuale per gmo di tipo economico*, in *LDE*, 2023, 1 ss.; V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra "clausole generali", principi costituzionali e giurisprudenza della Cassazione*, in *DLRI*, 2018, 127 ss. In precedenza A. VALLEBONA, *Il repêchage fa parte del tutto*, in *MGL*, 2013, 750 ss.

¹⁴⁷ Cfr. *ex multis* Cass. 30 gennaio 2024, n. 2739, in *DJ*; Cass. 13 novembre 2023, n. 31561, in *RIDL*, 2024, II, 49, con nota di S. BRUN, *L'obbligo di repêchage tra fondamento giuridico e nesso (solo indiretto) con l'art. 2103 c.c.*; Cass. 25 gennaio 2021 n. 1508, in *LG*, 2021, 417 ss.

¹⁴⁸ Cfr. Corte Cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit., punto 8. In precedenza Corte Cost. 1 aprile 2021, n. 59, punto 5, secondo cui è sufficiente che la manifesta insussistenza riguardi uno di tali presupposti perché possa operare il rimedio della reintegrazione.

Questa sistemazione, avallata dalla Corte di Cassazione ancor prima che sopraggiungessero le sentenze sopra citate¹⁴⁹, aveva acquisito maggior forza in seguito al doppio intervento della Consulta, inducendo i giudici della nomofilachia a sanzionare senza tentennamenti la violazione del *repêchage* con la tutela reale attenuata ex art. 18, commi 4 e 7, Stat. Lav., sul presupposto della sua riconduzione al «fatto giuridicamente rilevante» che giustifica la soppressione del posto di lavoro¹⁵⁰.

Come osservato da attenta dottrina, alla base di detta soluzione si pone una considerazione di ordine logico: se si assume che il recesso per g.m.o. comporta la soppressione della posizione cui era adibito il lavoratore, è evidente che la mancata dimostrazione dell'impossibilità di «ripre-scarlo» esclude che il suo posto in organico sia stato realmente eliminato¹⁵¹.

La sentenza n. 128/2024 rimette in discussione questo approdo, avendo cura di sottolineare che «il fatto posto a base del recesso si deve identificare con la decisione economica-organizzativa con la quale il datore di lavoro intende giustificare l'interruzione del contratto di lavoro, sicché costituiscono elementi fondamentali del giustificato motivo sia la soppressione di un posto di lavoro, sia il nesso causale tra la soppressione del posto e il lavoratore licenziato».

Dall'elenco degli elementi costitutivi del fatto scompare dunque l'obbligo di «collocare altrove il lavoratore», che invece era stato espressamente incluso tra gli elementi coesenziali alla nozione onnicomprensiva di g.m.o. da parte della sentenza n. 125/2022, in coerenza con un approccio favorevole ad abilitare il rimedio della reintegrazione ogni qual volta il datore di lavoro avesse violato l'ontologia del licenziamento economico come *extrema ratio*.

La conclusione è che, qualora la ragione d'impresa allegata dal datore di lavoro coincida con un «fatto materiale sussistente», che però non avrebbe necessariamente richiesto l'espulsione del lavoratore licenziato, non potrà trovare applicazione la tutela reale attenuata di cui all'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, nemmeno nella versione resa conforme a Costituzione: opererà pertanto la sanzione indennitaria di cui all'art. 3, comma 1, che monetizza la perdita del posto di lavoro con una compensazione economica.

Si tratta di un cambio di rotta assai rilevante, quantomeno per la forte discontinuità rispetto al «diritto vivente» consolidatosi nell'area dei licenziamenti per g.m.o. assoggettati al novellato art. 18 St. Lav., che potrebbe trasformarsi in futuro «diritto morente».

Al riguardo è il caso di osservare che, sebbene gli effetti della sentenza n. 128/2024 siano vincolanti per i soli lavoratori assoggettati alla disciplina del contratto a tutele crescenti, non è da escludere che gli stessi possano produrre un qualche impatto conformativo anche ai fini

¹⁴⁹ Cfr. Cass. 2 maggio 2018, n. 10435, in *Labor*, 2019, 594, con nota di M. BORZAGA, *Le conseguenze sanzionatorie in caso di licenziamento economico per mancato rispetto dell'obbligo di repêchage*. Più recentemente, cfr. Cass. 12 maggio 2022, n. 15210; Cass. 23 febbraio 2021, n. 4894; Cass. 14 febbraio 2020 n. 3819.

¹⁵⁰ Cfr., da ultimo, 12 aprile 2024, n. 9937, in *DJ*. In precedenza, Cass. 18 novembre 2022, n. 34051; Cass. 18 novembre 2022, n. 34049; Cass. 20 ottobre 2022, n. 30970, in *RIDL*, 2023, II, 85, con nota di W. CHIAROMONTE, *L'applicazione della tutela reintegratoria in caso di licenziamento economico illegittimo per violazione dell'obbligo di repêchage: il dado è tratto*; Cass. 1 febbraio 2019, n. 3129 in *GI*, 2019, 1386 ss. con nota di C. GAROFALO, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e tutela applicabile*; Cass. 8 gennaio 2019, n. 181 in *RIDL*, 2019, II, 32 ss. con nota di V. LUCIANI, *Il giustificato motivo oggettivo (non) manifestamente insussistente e il licenziamento economico illegittimo nella somministrazione di manodopera*.

¹⁵¹ V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: le tutele all'esito delle pronunce di illegittimità costituzionale*, cit., 12.

dell'interpretazione della nozione di «insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo», ai sensi dell'art. 18, comma 7, St. Lav.

Se ciò avvenisse, il nuovo regolamento di confini tra la nozione di giustificato motivo oggettivo (più ampia) e quella di insussistenza del fatto che lo connota (più ristretta) potrebbe portare ad un *revirement* in ordine alle conseguenze della violazione del *repêchage* nel campo di applicazione della disciplina statutaria, con un notevole arretramento delle garanzie sinora riconosciute ai lavoratori licenziati in violazione del tentativo di ricollocazione su altre posizioni libere, anche se a termine o di livello inferiore¹⁵².

Sarebbe così accolto il proposito di quanti¹⁵³ – compreso lo stesso consigliere redattore della pronuncia in commento¹⁵⁴ – auspicavano la necessità di un simile ripensamento, sul presupposto che la «Legge Fornero» intendeva limitare la reintegra in forma attenuata ai licenziamenti economici affetti dalle forme più gravi di invalidità, tra le quali non vi sarebbe la mancata dimostrazione dell'impossibilità di riutilizzare *aliunde* il lavoratore: e ciò anche per dare un senso alla sanzione indennitaria prevista dall'art. 18, comma 5, in relazione alle «altre ipotesi» in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo, che altrimenti sarebbe stata fagocitata dalla nozione onnicomprensiva di g.m.o., divenendo sostanzialmente inapplicabile, fatto salvo il caso marginale della violazione dei criteri di buona fede e correttezza nella selezione del lavoratore da licenziare in presenza di più posizioni fungibili¹⁵⁵.

Ora, non è possibile soffermarsi in questa sede sulle molte critiche a cui si espone la tesi in questione, che si scontra con il cristallino assetto delineato dalle sentenze n. 59/2021 e 125/2022 della Corte Costituzionale.

Si può dire, però, che l'inesco della reazione a catena più sopra ipotizzata non sembra un epilogo così scontato o inevitabile.

Ed infatti, è sufficiente osservare che il mantenimento di una differenza fra i trattamenti sanzionatori applicabili a «vecchi» e «nuovi assunti», pure a fronte del medesimo vizio consistente nella violazione del *repêchage*, sarebbe comunque consentita e non necessariamente in contrasto con l'art. 3 Cost., come dimostra l'esempio paradigmatico della violazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi, che abilita la tutela reale attenuata ex art. 18, comma 4, Stat. Lav., ovvero quella risarcitoria ex art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, a seconda della data di assunzione del lavoratore¹⁵⁶.

¹⁵² Sull'estensione del *repêchage* anche alle posizioni a termine o di livello inferiore all'inquadramento professionale del lavoratore cfr. Cass. 10 luglio 2024, n. 18904, in *DJ*; Cass. 22 febbraio 2021, n. 4673, in *DJ*; Cass. 27 gennaio 2020, n. 1802, in *LG*, 2020, 8-9, 835 ss. con nota di M. PIRONE, *L'obbligo di repêchage e il principio della extrema ratio del licenziamento per g.m.o.*

¹⁵³ Cfr. C. PISANI, *La violazione del repêchage dopo le «riforme» della Corte Costituzionale: tutela solo indennitaria se è accertata la soppressione del posto*, in *RIDL*, 2023, I, 95 ss.; A. MARESCA, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e reintegrazione (questa volta non più "recessiva" ma "espansiva")*, in *RIDL*, 2022, II, 738 ss.; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza della Corte costituzionale numero 125 del 19 maggio 2022*, in *RIDL*, 2022, I, 450 ss.; A. PRETEROTI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo le sentenze della Corte costituzionale: nuove soluzioni (applicative) generano nuovi problemi (di sistema)*, in *LDE*, 2022, 1 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *ADL*, 2013, p. 236 ss.; M. PERSIANI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage*, in *GI*, 2016, 1164 ss.

¹⁵⁴ Cfr. G. AMOROSO, *Articolo 18 statuto dei lavoratori. Una storia lunga oltre cinquant'anni*, Bari, 2022, 274.

¹⁵⁵ Cfr. Cass. 19 maggio 2021, n. 13643; Cass. 8 luglio 2016, n. 14021, in *DJ*.

¹⁵⁶ Cfr. Corte Cost. 22 gennaio 2024, n. 7, cit.

La possibilità di una simile differenziazione, fra l'altro, sembra essere suggerita proprio dalla sentenza n. 128/2024, che opera un continuo raffronto che tra il regime di protezione introdotto dal *Jobs Act* e quello precedentemente allestito dalla «Legge Fornero», sottolineando in più punti che la disciplina sul contratto a tutele crescenti collega la tutela reale attenuata all'ipotesi dell'insussistenza del «fatto materiale» posto a base del licenziamento, che è nozione diversa e più ristretta rispetto all'insussistenza del fatto *tout court* prevista dall'art. 18 Stat. Lav., tanto ai fini del recesso per inadempimento che per quello di natura economica.

Ed infatti, è la stessa Corte a sottolineare che, nel regime della legge n. 92 del 2012, la nozione di «insussistenza del fatto», [...] non rimane isolata nel suo significato in senso stretto», riconoscendo, quanto al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che la mancata prova del *repêchage* «comporta – secondo la costante giurisprudenza, sopra citata (al punto 5.3) – l'illegittimità del licenziamento con tutela reintegratoria attenuata».

Se ci si colloca in questa prospettiva si può senz'altro sostenere che l'impossibilità di ripescare il lavoratore eccedentario rimane un elemento costitutivo del «fatto giuridicamente rilevante» ai sensi dell'art. 18, comma 7, St. Lav.¹⁵⁷, ma non del «fatto materiale» ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, che si identifica esclusivamente con la ragione d'impresa posta a fondamento della soppressione del posto di lavoro, così come adesso precisato dalla Consulta.

Questa conclusione, che avrebbe il pregio di inserirsi in modo armonico nella trama dei principi finora elaborati dalle Alte Corti, sembra anche quella più ragionevole: ed infatti, laddove si decidesse di omologare le sanzioni collegate all'inosservanza del *repêchage*, accomunandole in ogni caso sotto l'ombrello della sanzione risarcitoria (ex art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, ovvero ex art. 18, comma 5, Stat. Lav.), si finirebbe per forzare il concetto di «fatto materiale» introdotto *ad hoc* per il regime delle tutele crescenti, esportandolo surrettiziamente nella sfera di applicazione della disciplina statutaria. Sarebbe così tradita l'*intentio* del legislatore di graduare diversamente il concetto di insussistenza del fatto e le corrispondenti tutele nell'impianto sanzionatorio del *Jobs Act* e della «Legge Fornero».

Naturalmente è troppo presto per fare pronostici, ma non v'è dubbio che la sentenza n. 128/2024, così come anche la coeva n. 129/2024, riferita ai licenziamenti disciplinari, ripropone l'ambigua scissione tra «fatto materiale» e «fatto giuridico», accreditando una dicotomia che sembrava ormai seppellita all'insegna di una nozione olistica e unitaria in entrambi i contesti normativi, a cui è sempre collegata la reintegrazione in forma attenuata¹⁵⁸.

Bisognerà ricominciare tutto daccapo? Certamente si è lontani dalla fine della storia, anche perché la magistratura ordinaria si troverà presto davanti a un bivio sulla sorte da riservare ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 e colpiti da un licenziamento economico disposto in violazione dell'obbligo di *repêchage*.

Sul capitolo dei licenziamenti disciplinari la questione è ancora più complessa, anche se pare difficile immaginare che la Cassazione possa allontanarsi dall'indirizzo propenso a valutare la sussistenza del fatto addebitato in termini di inadempimento e non solo di evento realizzatosi nella

¹⁵⁷ In questi termini si era espressa Corte Cost. n. 125/2022, a conferma della necessità di leggere il riferimento al fatto posto a base del g.m.o. in chiave giuridica e non solo nella sua fenomenologia materiale.

¹⁵⁸ Cfr. la giurisprudenza cit. a nt. 8.

realtà fenomenica, tanto nel regime di cui all'art. 18 Stat. Lav., quanto in quello del d.lgs. n. 23/2015.

Insomma, nonostante gli interventi di razionalizzazione del Giudice delle Leggi, l'equilibrio del sistema sanzionatorio dei licenziamenti non smette di essere scosso da improvvise virate che alimentano il rompicapo sulle sanzioni da applicare in relazione alle due variabili chiave della tipologia del vizio recessivo e della data di assunzione del lavoratore.

Ci si può rallegrare del fatto che la reintegrazione faccia passi avanti, ma l'impressione è che la stabilità del posto di lavoro assomigli sempre di più alla classica «coperta corta»: se la si tira da una parte, si finisce per lasciarne scoperta un'altra.