

Angelo Abignente

La valutazione giudiziale del fatto nel licenziamento rivisitato: profili di argomentazione giuridica*

Sommario: **1.** La modifica dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori: "l'insussistenza del fatto contestato". **2.** Una prima interpretazione giurisprudenziale: Cass. 6 novembre 2014, n. 23669. **3.** Il fatto nel processo: la prospettiva del realismo critico. **4.** Fatti bruti e Fatti istituzionali. **4.** Il fatto al cospetto dell'argomentazione giuridica.

1. *La modifica dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori: "l'insussistenza del fatto contestato"*

Nel riformulare il regime dettato dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, la l. 92 del 2012 ha previsto la sanzione della reintegrazione del lavoratore illecitamente licenziato, qualora il giudice "accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, *per insussistenza del fatto contestato*"¹. La dottrina si è immediatamente interrogata sulla decifrazione della espressione legislativa, *insussistenza del fatto contestato*, anche in occasione dei primi interventi applicativi della giurisprudenza di merito, spesso sottolineando la necessità di una lettura *olistica* della locuzione normativa che contempra, come integrativi del fatto, l'imputabilità del comportamento contestato e la proporzionalità della sanzione inflitta².

* Questo scritto è destinato agli *Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*.

¹ L. 28 giugno 2012 n. 92, art. 1, co. 42, lett. b.

² La letteratura saggistica sul punto è molto ampia. Senza pretesa di completezza mi limito pertanto a richiamare, tra i primi significativi contributi, MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 415 ss. che, già nel vigo della legge Fornero, proponeva una interpretazione restrittiva del "fatto" intendendolo

Intervenendo in questo dibattito e leggendo criticamente la pronuncia del Tribunale di Bologna, Raffaele De Luca Tamajo, nel riprendere e giustificare ulteriormente la distinzione tra le operazioni interpretativo-applicative della verifica della giustificazione causale del licenziamento e della sussistenza del fatto contestato, ritiene che “Solo spostando la focalizzazione degli elementi di contesto del fatto e il giudizio sulla gravità dell’inadempimento dalla ricognizione fattuale alla fase valutativa della causale legittimante il recesso è possibile conferire alle due operazioni concettuali, richieste dalla nuova normativa, l’alterità postulata dal legislatore”³. Un’affermazione che suscita l’interrogativo se, pur condividendo la duplicità di operazioni ermeneutiche enunciate, non sia riduttivo intendere il *fatto contestato*, a cui fa riferimento la norma, privandolo delle sue valenze di contesto o, in altri termini, ritenendolo riscontrabile nella sua oggettività nel mondo fisico.

L’interrogativo si radicalizza se si considera che, nel dettare la disciplina *parallela* del cd. “contratto a tutele crescenti” ma, presumibilmente, anche nell’intento di addurre una interpretazione della formula usata nella legge 92, il legislatore ha sancito la sanzione della reintegrazione del lavoratore “nelle ipotesi di licenziamento 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*”⁴.

in senso *materiale*. Tra i commenti alla sentenza del Tribunale di Bologna del 15 ottobre 2012, vedi particolarmente CARINCI F., *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*, in *RIDL*, 2012, II, spec. p. 1056 ss., dove, all’esito di un *excursus* delle varie ed articolate opinioni dottrinali, aderendo sostanzialmente all’interpretazione seguita dal giudice bolognese, sottolinea come non sia dato intendere restrittivamente l’espressione usata dal legislatore nella sua valenza *materiale* prescindendo dalla *rilevanza giuridica* dell’inadempimento contestato; ROMELI, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, in *RIDL*, 2012, II, p. 1072 ss., che, pur sottolineando la scissione dell’accertamento giudiziale nelle due fasi della valutazione della sussistenza del fatto e della sua gravità, incidente sul piano della proporzionalità della sanzione, richiama l’attenzione sulla ineludibile *qualificazione* del fatto come inadempimento, perché “Un certo comportamento materiale è privo di significato se non viene qualificato giuridicamente” (p. 1077). Per una disamina delle varie posizioni dottrinali ed una sottolineatura dell’imprescindibilità della valutazione di proporzionalità, anche con l’elaborazione di profili interpretativi che potrebbero dar luogo a questioni di costituzionalità, v. FONTANA, *Problemi applicativi dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in *RIDL*, 2012, I, spec. p. 285 ss.

³ DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *RIDL*, 2012, II, p. 1067.

⁴ D.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, art. 3, co. 2.

Le locuzioni utilizzate dal legislatore si rivelano complesse e problematiche per la loro concretizzazione giurisprudenziale, come rivela l'analisi e valutazione di una significativa pronuncia della Corte di Cassazione⁵ che, se non altro, ha avuto il coraggio di offrire per prima una opzione interpretativa della norma.

Muovendo dall'analisi critica di alcuni argomenti utilizzati dalla Corte (2) mi chiederò quale significato teorico possa essere attribuito al *fatto contestato* ovvero al *fatto materiale* a cui fa riferimento il legislatore, in una prospettiva neo-realista (3) e secondo la diade concettuale *fatti bruti/fatti istituzionali* (4), per giungere ad affermare che per il loro accertamento il giudice dispone di margini di discrezionalità tali da rendere necessaria una particolare attenzione argomentativa (5).

2. *Una prima interpretazione giurisprudenziale: Cass. 6 novembre 2014, n. 23669*

La questione che veniva sottoposta alla Corte è nota al lettore specialista: al direttore di una filiale di banca veniva irrogato il licenziamento disciplinare dopo avergli contestato *comportamenti continuati e divenuti abituali*, consistenti nell'incarico affidato ai dipendenti della filiale di svolgere in suo favore e per proprio profitto, durante l'orario di lavoro, compiti ed attività non confacenti con la loro prestazione lavorativa. La Corte, nel leggere il fatto originante il giudizio dalla sentenza della Corte di Appello, osserva che quest'ultima aveva ritenuto che "la contestazione aveva riguardo ad un 'modus operandi' del direttore che denotava un *atteggiamento perdurante* ed attuale di grave scorrettezza ed inadempienza nella gestione dell'ufficio e che, *solo intesa in questi termini* la condotta contestata, poteva ritenersi che la contestazione avesse ad oggetto comportamenti sufficientemente individuati e non generici". Su questa premessa la Corte rileva che il giudice di appello, all'esito dell'istruttoria, "aveva escluso la commissione delle condotte come contestate, ossia *con riferimento ai connotati dell'abitualità* che le rendeva più gravi rispetto ad una condotta occasionale, quale era quella emersa dalle prove espletate, che non era idonea a giustificare la massima sanzione disciplinare".

Dalla ricostruzione della Corte di legittimità emergono alcuni nodi

⁵ Cass. 6 novembre 2014 n. 23669, in *FI*, 2014, I, c. 3418.

problematici: la *abitualità* della condotta può di per sé intergere il *fatto contestato* richiesto dalla legge Fornero come parametro di legittimità del recesso? Ancor più, potrebbe integrare il *fatto materiale* a cui fa riferimento il decreto attuativo del *jobs act*? Ed ancora: qual è l'ambito interpretativo ed argomentativo demandato al giudice per il suo accertamento?

La Corte di Cassazione, attenendosi ai limiti dell'esame di legittimità e quindi assumendo come indiscutibili le questioni valutate dal giudice di merito, risolve il caso assumendo a presupposti della decisione norme di carattere sostanziale sull'esercizio del potere disciplinare e di carattere processuale sull'ampiezza ed i limiti del giudizio di impugnazione, specie di quello di legittimità: potrebbe, quindi, rivelarsi eccedente, un *obiter dictum*, l'argomentazione offerta in ordine alla novella disciplina dell'art. 18 per respingere il motivo del ricorso proposto dalla banca⁶.

Tuttavia essa, prefigurando le questioni che saranno anche in futuro sottoposte all'esame del giudice, di merito e di legittimità, ed i problemi interpretativi che ne potranno nascere, si presta ad una valutazione critica ed assume pertanto rilievo la motivazione con cui la Corte respinge il motivo di ricorso volto ad una qualificazione del licenziamento nel tipo del *giustificato motivo soggettivo*:

Il nuovo articolo 18 ha tenuto distinta (...) dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione. La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato.

Nei termini in cui è sviluppato, il ragionamento della Corte si rivela di tipo formale, logico-deduttivo, attestandosi sul piano della giustificazione interna senza dar conto del presupposto di diritto, l'interpretazione assunta della norma a cui intende dare applicazione. Si coglie infatti nel passaggio

⁶ In questo senso, tra i primi commentatori, DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, in *RIDL*, 2015, II, p. 35 ss.

della motivazione un'opzione interpretativa non giustificata che avrebbe dovuto piuttosto impegnare la Corte sul piano dell'argomentazione materiale in primo luogo nel restringere, ancor prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 23/2015, il *fatto contestato* al *fatto materiale*, respingendo quindi implicitamente quelle interpretazioni che portavano la dottrina ad intendere la locuzione della legge Fornero riferita al *fatto giuridico* che emerge da una ineludibile valutazione giuridico-normativa e, in secondo luogo, nell'affermare che sia possibile l'accertamento di un *fatto materiale* senza *valutazioni discrezionali*, prescindendo quindi da ogni considerazione dei suoi caratteri di contesto⁷.

⁷ PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, p. 785 ss., commentando la disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo introdotto dalla legge Fornero ed in particolare il riferimento alla "manifesta insussistenza" del fatto posto a base del licenziamento, rilevava che la novella legislativa sul punto è fallace già dal punto di vista logico, in quanto "il 'fatto', nella sua essenza fenomenologica, non è giuridicamente apprezzabile se non attraverso la sua valutazione alla luce dei parametri normativi (...) Altrimenti il fatto (la sua esistenza) è per definizione irrilevante per il diritto, e non può assurgere a criterio di selezione dell'effetto" (p. 794). Questo ineludibile collegamento tra fatto e sua valutazione che, nel riferimento alla norma, ne "media il valore", è per l'autore "formalmente assente" nella disciplina del licenziamento disciplinare in cui viene "ristabilito formalmente il necessario processo circolare e dialettico tra fatto e valutazione del fatto" (p. 795). Ritornando sul tema all'indomani dell'emanazione del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 e della pronuncia della Cassazione, PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, 2015, p. 34, ha avuto modo di ribadire che il *concetto atecnico* di *fatto materiale* non può che essere "inteso in senso giuridico, cioè come inadempimento contrattuale", ponendo opportunamente l'accento sull'aggettivo "contestato" che "inevitabilmente colora il fatto stesso dei componenti e corredi ambientali". Sostiene DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 35 che l'alternativa fatto materiale/fatto giuridico "non ha di per sé senso, giacché il legislatore, in astratto, può ben isolare la componente materiale di un fatto (consistente, come il diritto penale ci insegna, nei seguenti elementi: condotta anche omissiva, nesso di causalità, evento) per imputare ad essa un effetto, ed anche quel fatto 'materiale' sarà, in tal caso, 'giuridico', fatto salvo il sindacato sulla ragionevolezza di tale imputazione". Ad avviso dell'autore la vera questione è valutare se il "fatto contestato" debba considerarsi inclusivo della cd. componente soggettiva ed afferma che a suo avviso "il riferimento della norma al fatto "contestato" al lavoratore non possa che condurre ad includervi oltre all'elemento materiale, quello soggettivo, nonché, per estensione logica, quello dell'antigiuridicità del fatto in termini di illecito contrattuale/disciplinare (sì da catturare anche i casi in cui il fatto posto in essere sia ritenuto dal giudice di nessun rilievo disciplinare)". Senza in alcun modo addentrarmi nel complesso accertamento del fatto nel giudizio penale (ma basterebbe qui rilevare solo la delicatezza dell'accertamento dell'elemento soggettivo e del nesso di causalità che certo non si rivela a-problematico), o, più in generale, in categorie penalistiche che non ritengo peraltro conferenti con la questione in esame, osservo che proprio le componenti del fatto a cui fa ri-

3. *Il fatto nel processo: la prospettiva del realismo critico*

Sensibile all'invito ad intraprendere un "lavoro di sistemazione dogmatica dell'istituto"⁸ e, quindi, nell'intento di offrire un contributo teorico al dibattito, ritengo che le espressioni utilizzate dal legislatore, *fatto contestato*, *fatto materiale* e la lettura proposta dal giudice di legittimità potrebbero apparire come concessione a quelle correnti neo-realistiche che, prendendo congedo dal pensiero costruttivistico post-moderno, predicano l'esistenza di una realtà inemendabile, quella dei fatti, che esistono autonomamente e che non possono essere mutati ricorrendo a schemi concettuali o cognitivi⁹. Verrebbe così segnata una distanza da quelle promettenti teoriche contemporanee che, facendo perno sulla psicologia sociale e sulla "filosofia costruttivista della mente" e pur non negando l'esistenza del reale, intendono criticare il tentativo di pervenire alla "conoscenza della realtà" in modo oggettivo e ne rivendicano piuttosto la dimensione costruttiva mediante l'uso di *categorie* che, culturalmente e storicamente condizionate e definite, "rappresentano il

ferimento Del Punta ed in particolare la considerazione dell'elemento soggettivo, così come delineato con precisione sintetica, rendono l'accertamento giudiziale oltremodo complesso, inclusivo delle valutazioni di contesto; sicché, come cercherò di illustrare nel testo, non si può in alcun modo prescindere dalla discrezionalità del giudice che è chiamato ad offrire le sue argomentazioni ad un controllo di ragionevolezza, come peraltro è ribadito dallo stesso autore. Accogliendo sullo sfondo la tesi del "fatto giuridico", in merito alla rilevanza della dimensione contestuale, RIVERSO, *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, in *RIDL*, 2013, I, p. 968, afferma opportunamente: "Non sembra possibile nemmeno accogliere il suggerimento di chi ritiene che per l'applicazione delle sanzioni (reale o indennitaria) si debba ripulire il fatto dal contesto: recuperare cioè una nozione "pura" del fatto; perché si tratta di operazione che non pare logicamente ammissibile dato che lo stesso datore deve pur sempre contestualizzare (per motivi sostanziali e per rispetto delle garanzie difensive) il fatto addebitato al lavoratore".

⁸ ROMEI, *op. cit.*, p. 1084.

⁹ Con lo sforzo sintetico necessario nell'economia del saggio, si può dire che le correnti neo-realistiche intendono contrastare quella lettura della dialettica realtà/verità fondata sulla centralità del modello epistemologico della conoscenza in base a modelli conoscitivi e concettuali atti a negare, nelle espressioni estreme, l'esistenza di una verità oggettivamente e universalmente riscontrabile. Per possibili approfondimenti, nell'ampia letteratura, mi limito a rinviare a: FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, 2012; ai contributi raccolti, a cura di DE CARO, FERRARIS, *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Einaudi, 2012 ed agli interventi di Corrado Ocone, Emanuele Severino e Gianni Vattimo, consultabili alle seguenti pagine web: <http://www.reset.it/blog/severino-vs-ferraris-il-nuovo-realismo-davanti-al-tribunale-della-ra-gione-filosofica>; <http://labont.it/wordpress/wpcontent/uploads/2012/08/Severino-16-settembre.pdf>; <http://labont.it/rassegna-nuovo-realismo>.

nostro modo di ‘teorizzare’ sulla realtà, in una modalità che risulti verificabile”¹⁰. Secondo questo punto di vista, quindi, nel processo la realtà, il fatto di cui si controverte, viene costruito narrativamente con l’uso del linguaggio e nell’interazione costante ed ineludibile delle parti, attori della narrazione, e delle parti con il giudice: si tratta quindi di un realtà non rappresentabile oggettivamente né separata o autonomamente conoscibile ma situata nel contesto storico, culturale e sociale di riferimento, *humus* delle scelte operate dagli attori e da queste dipendente¹¹.

Ma anche adottando l’opzione della Corte, non può trascurarsi che nella *Weltanschauung* neo-realista viene conservato quell’approccio critico e decostruttivo che alimenta l’interpretazione dei fatti sociali e che si apre ad una dimensione ermeneutica per non cadere nel realismo ingenuo.

Nello specifico del discorso giuridico, se ne trova una traccia in Taruffo, *realista critico*, come suole definirsi, che ha dedicato rilevanti studi alla questione dell’accertamento del fatto nel processo, elaborando quella teoria che viene generalmente riconosciuta e indicata come *modello epistemico*. Il processo, in quanto orientato alla “scoperta della verità”, si propone come “strumento epistemologicamente valido e razionale” rivelandosi come un “insieme strutturato di attività finalizzate a conseguire conoscenze veritiere dei fatti rilevanti per la soluzione della controversia”¹². Lo strumento di cui il giudice si avvale per rispondere a questo fine che gli viene consegnato è dato dal regime delle prove. Le prove *tipiche*, certamente, ma anche quelle *cd. atipiche* o *innominate* dal legislatore a cui sempre più anche il giudice civile ricorre per non “sbarrare la strada del processo alle numerose prove che il progresso scientifico e tecnologico mette a disposizione”¹³: si pensi, ad esem-

¹⁰ DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel “processo”*, Franco Angeli, 2008. Per una fondazione di questa teoria, applicata alla lettura delle sentenze della Corte Suprema americana, v. AMSTERDAM, BRUNER, *Minding the Law. How Courts Rely on Storytelling, and How Their Stories Change the Ways We Understand the Law - and Ourselves*, Harvard University Press, 2000.

¹¹ Afferma in proposito DI DONATO, *op. cit.*, p. 42: “Il linguaggio, inteso come ‘forme narrative, dà forma al mondo reale. Il racconto modella l’esperienza quotidiana, conferisce un titolo alla realtà: eventi, persone, oggetti non sono collocati in un mondo ‘indifferente’ ma in un mondo narrativo (...). Il linguaggio funge da mediazione nel rapporto di conoscenza tra soggetto e oggetto, organizza l’esperienza in forma narrativa, la struttura, creando un nesso tra gli avvenimenti”: sono queste le basi del movimento di *legal storytelling* che ha in Amsterdam e Bruner i suoi maggiori esponenti (DI DONATO, *op. cit.*, p. 66).

¹² TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, 2009, p. 135.

¹³ TARUFFO, *op. cit.*, p. 140.

pio, per il giudizio civile, alle questioni relative al riconoscimento di paternità o a quelle sui temi *caldi* dell'inizio e fine vita, della responsabilità medica, della tutela della posizione soggettiva dei portatori di handicap o, nell'ambito del diritto del lavoro, solo per un esempio, alle questioni in materia di amianto.

Tuttavia Taruffo, pur rimanendo fedele alla sua concezione epistemica, non risparmia critiche a quelle teorie che, assumendo il carattere di "ideologia", disegnano con accenti prescrittivi l'"immagine", il modello statico del *buon giudice* come "macchina per sillogismi priva di discrezionalità e quindi priva di creatività"¹⁴ e vi contrappone il modello del *trial and error* ovvero della *abduzione e verifica* capace di rappresentare quella relazione dinamica e progressiva tra la norma ed il fatto che "non entra nel processo nella sua materialità empirica" ma nella forma di "enunciati che lo descrivono o, più spesso, sotto forma di insiemi ordinati di enunciati, ossia di *narrazioni*"¹⁵. Pur leggendo criticamente le teoriche costruttivistiche che, muovendosi sul sentiero del dialogo interdisciplinare tra diritto, sociologia, antropologia, psicologia, guardano al processo come "gioco dialettico che si svolge attraverso le narrazioni svolte dai vari protagonisti del gioco processuale, il quale termina con la scelta, da parte del giudice, della narrazione 'più buona', ossia della narrazione che risulta retoricamente più efficace in quanto appare più persuasiva secondo i canoni della normalità, della familiarità e della coerenza narrativa"¹⁶ e mantenendo quindi saldo il suo approccio epistemico, Taruffo non può omettere di sottolineare la delicatezza del compito giudiziale nel selezionare le narrazioni che gli sono proposte e, soprattutto, nell'individuare il *criterio* di questa selezione. Nella analisi delle plurime circostanze costitutive del fatto, assume rilievo non soltanto la loro "rilevanza giuridica", quel frutto ineludibile della comparazione con una norma che costituisce ciò che comunemente è indicato come *qualificazione del fatto*, ma anche ed ancor prima la loro "rilevanza logica", quel giudizio che viene svolto "in base a criteri di valore metagiuridici" e da qui la necessità del *controllo* di razionalità della scelta compiuta, *giustificata* da "motivazioni complete e coerenti, logicamente strutturate attraverso lo svolgimento di 'buone ragioni'"¹⁷.

¹⁴ TARUFFO, *Il fatto e l'interpretazione*, in *RFDSM*, 2010, 2, p. 196.

¹⁵ TARUFFO, *op. cit.*, p. 199.

¹⁶ TARUFFO, *op. cit.*, p. 201.

¹⁷ TARUFFO, *op. cit.*, pp. 204 e 207.

Tornerò successivamente sulla esigenza della corretta giustificazione e sulla argomentazione in base a *buone ragioni* che ne è il fondamento. Ma per ora occorre sottolineare che la consapevolezza del problematico proporsi del fatto nel processo e la discrezionalità del suo accertamento che proprio in base al controllo di razionalità evita di trasformarsi in arbitrarietà, emerge anche nell'ambito del *realismo critico* e nel modello da esso proposto della *verità epistemica*.

4. *Fatti bruti e Fatti istituzionali*

A conclusioni convergenti si perviene anche entrando nel *tempio* dei realisti ed incontrando l'opera di John Searle che, nella costante attenzione alla produttività del linguaggio, elabora la sua riflessione sulla distinzione tra *fatti bruti* e *fatti istituzionali*. In una definizione ricorrente nei suoi scritti, per *fatti bruti* egli intende quei fatti che “esistono indipendentemente da noi”, mentre per *fatti sociali* o *istituzionali* quei “fatti che dipendono da noi”¹⁸. La *indipendenza* dei *fatti bruti* comporta che per la loro esistenza non è necessaria alcuna istituzione umana perché la *realtà* che essi rappresentano non richiede consenso o accettazione: è l'esempio, divenuto classico, dell'esistenza della neve sul monte Everest. Non così i *fatti istituzionali* che “richiedono istituzioni umane speciali per la loro stessa esistenza” e, prima tra tutte, come dirò anche in seguito, il linguaggio. Non si tratta di una diade escludente perché *fatti bruti* ed *istituzionali* sono collegati in una strutturazione logica di tipo gerarchico per cui i primi hanno *priorità* sui secondi, costituiscono il “livello più basso la cui esistenza non è una questione di accordo umano”¹⁹. Ma il *fatto bruto* rimane di per sé silente finché non gli venga attribuita una *funzione* che ne determini la trasformazione mediante il linguaggio o, se si vuole usare il termine di Searle, uno “slittamento”, in *fatto istituzionale*, secondo la formula “X conta come Y nel contesto C”²⁰, dove è significativamente rappre-

¹⁸ SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Edizioni di Comunità, 1996, pp. 169 e *passim* ma già in precedenza ed in modo più diffuso, SEARLE, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Bollati Boringhieri, 1992 e, successivamente, SEARLE, *Creare il mondo sociale. La struttura della civiltà umana*, Raffaello Cortina Editore, 2010. Per una chiara ed al tempo stesso sintetica introduzione alla teoria di Searle, v. CELANO, *Fatti istituzionali: la teoria di Searle*, in CELANO, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, 2010, p. 15 ss.

¹⁹ SEARLE, *La costruzione della*, cit., pp. 44 e 67 ss.

²⁰ SEARLE, *La costruzione della*, cit., pp. 53 ss., 67 e 80 dove è detto: “Al livello più basso, lo

sentato che l'attribuzione del significato avviene in un contesto determinato. Si tratta di una "funzione di status"²¹ che rende intellegibile il valore attribuito al comportamento, una "funzione agentiva"²² come la definisce Searle per significare che l'atto linguistico ascrivito è posto *intenzionalmente* dagli agenti. È opportuno sottolineare l'accento posto da Searle sulla "intenzionalità"²³ per cogliere che essa non può risiedere in un'attribuzione di senso meramente soggettiva, collegata ad una preferenza dell'interprete, ma deve assumere il carattere di *intenzionalità collettiva*, nella forma non già del "Io intendo" ma del "Noi intendiamo", per essere condivisa e assunta da una pluralità di osservatori come "fatto sociale" e così permanere e rinnovarsi nel tempo²⁴. Allo stesso tempo, è importante riflettere sul collegamento che egli stabilisce tra *linguaggio* e *deontologia* per cui ogni atto linguistico ed in particolare l'atto intenzionale attributivo di un significato, implica l'"impegno" del parlante²⁵.

slittamento dalla X alla Y nella mossa che crea i fatti istituzionali è una mossa dal livello bruto a un livello istituzionale (...) Ma non ci può essere nessun modo prelinguistico di rappresentare l'elemento Y, perché non c'è niente, prelinguisticamente, che si possa percepire o a cui altrimenti si possa prestare attenzione oltre l'elemento X (...) Senza un linguaggio, possiamo vedere l'uomo attraversare una linea bianca tenendo una palla (...) Ma non possiamo vedere l'uomo segnare sei punti (...) perché i punti non sono qualcosa che può essere pensato o che può esistere indipendentemente dalle parole o da altri tipi di segnali". Sulla essenzialità del linguaggio per la creazione dei fatti istituzionali, v. anche, più diffusamente, SEARLE, *Creare il mondo*, cit., pp. 80 ss. e 122 ss.

²¹ SEARLE, *La costruzione della*, cit., p. 51: "L'elemento chiave nella mossa dall'imposizione collettiva di funzione alla creazione di fatti istituzionali è l'imposizione di uno *status* riconosciuto collettivamente a cui è connessa una funzione. Dal momento che questa è una categoria speciale di funzioni agentive, definirò questa come *funzioni di status*".

²² Per SEARLE, *La costruzione della*, cit., p. 29, sono "funzioni agentive" le operazioni di collocamento ed assegnazione di una funzione *intenzionale* ad un oggetto; v. anche SEARLE, *Creare il mondo*, cit., p. 74 ss.

²³ "Uso 'intenzionalità' – avverte SEARLE, *La costruzione della*, cit., p. 13 – come un termine tecnico che sta a significare quella caratteristica delle rappresentazioni grazie alla quale esse sono *riguardo* a qualcosa e *dirette* a qualcosa".

²⁴ Sulla "intenzionalità collettiva" v. SEARLE, *La costruzione della*, cit., p. 33 ss.; SEARLE, *Creare il mondo*, cit., p. 53 ss., spc. p. 75 ss. dove, analizzandola in tutte le sue sfaccettature ed implicazioni, afferma tra l'altro: "le 'funzioni di *status*' sono sempre relative all'intenzionalità (...) esse hanno bisogno di intenzionalità collettiva sia per la loro creazione iniziale sia per prolungare la loro esistenza" e la lezione tenuta alla Scuola di Alta Formazione Filosofica di Torini, SEARLE, *Intenzionalità collettiva e realtà istituzionale*, in SEARLE, *Coscienza, linguaggio, società*, Rosenberg & Sellier, 2009, spc. p. 106 ss.

²⁵ Così SEARLE, *Creare il mondo*, cit., p. 105: "noi non comprenderemo una caratteristica

Ritournerò ancora su questo tema dell'*impegno* che l'uso del linguaggio genera ed implica perché esso assume caratteristiche particolari nell'ambito dell'argomentazione. Intanto, però, per riportare ricorsivamente le categorie sin qui esaminate alla questione presa in esame, ritengo che agevolmente il licenziamento possa rientrare nell'ambito dei *fatti istituzionali*²⁶ mentre il comportamento del dipendente, emergente nel giudizio dall'istruttoria, può essere inteso come il *livello più basso*, un *fatto bruto*. Ma esso non è ancora quel *fatto* a cui si riferisce il legislatore, pur nelle diverse aggettivazioni utilizzate, che piuttosto ritengo possa condividere con il licenziamento di cui è causa la natura di *fatto istituzionale*. Ritengo infatti che ciò che rileva, ai fini del giudizio, non è il comportamento in sé nel suo accadere fenomenico ma il valore che gli viene attribuito *intenzionalmente* dall'interprete, la sua *funzione* di atto illecito di rilievo disciplinare²⁷. Da ciò deriva una conseguenza di carattere logico, ancor prima che giuridico: poiché si è detto che l'atto linguistico di attribuzione della *funzione* coinvolge la *intenzionalità collettiva*, è necessario che esso venga compiutamente giustificato: qui si radica l'istanza argomentativa che prenderò in seguito in considerazione.

Ci si può chiedere se questo *slittamento* dal *fatto bruto*, il comportamento fenomenicamente posto in essere, al *fatto istituzionale*, l'addebito disciplinare, non finisca per assumere un carattere di soggettività che tradisca l'oggettività dell'evento accertato nel giudizio, nella sua materialità, all'esito delle emergenze istruttorie. Per articolare una possibile risposta a questo interrogativo può essere anche qui d'aiuto richiamare la distinzione che Searle elabora tra *oggettivo* e *soggettivo* in chiave *epistemica* e *ontologica*. Nel primo caso si tratta

essenziale del linguaggio se non vedessimo che esso implica necessariamente degli impegni sociali, impegni la cui necessità è derivata dal carattere sociale della situazione comunicativa cioè il carattere convenzionale del dispositivo usato e il carattere intenzionale del significato del parlante. È questa caratteristica che consente al linguaggio di costituire le fondamenta della società umana in generale".

²⁶ Lo afferma lo stesso SEARLE, *La costruzione della*, cit., p. 92 nella *generalizzazione* della sua analisi.

²⁷ Si tratta, del resto, di quel processo di qualificazione la cui essenzialità è da tutti condivisibile a partire dalla classica tesi di KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1952, p. 50 che il "fatto in quanto tale, come elemento del sistema della natura, non è oggetto specifico della conoscenza giuridica e in generale non è nulla di giuridico. Ciò che trasforma questo fatto in un atto giuridico è, non già la sua realtà di fatto, il suo essere naturale appartenente al sistema della natura e determinato causalmente, ma è bensì il senso oggettivo che è unito a questo atto: il suo significato".

di “predicati di giudizi”: i giudizi epistemicamente soggettivi dipendono da punti di vista, atteggiamenti, sentimenti; i giudizi epistemicamente oggettivi hanno invece alla loro base dei fatti indipendenti dal parlante e dal suo ascoltatore: “il contrasto tra oggettività epistemica e soggettività epistemica è una questione di gradi”. Ma alla oggettività/soggettività epistemica è “correlato” anche un senso “ontologico”: non sono in gioco qui giudizi ma “oggettivo” e ‘soggettivo’ sono predicati di entità e tipi di entità, ed essi attribuiscono forme di esistenza”, dipendono cioè dal modo in cui il soggetto percepisce le entità reali²⁸.

Ricorrendo alle categorie di Searle per la decifrazione delle espressioni del legislatore, può dirsi che il *fatto contestato* ed il *fatto materiale*, pur epistemicamente oggettivi in quanto la loro verità o falsità non dipende da un atteggiamento o da un sentimento dell’osservatore ma da ciò che viene provato nel corso del processo, dal punto di vista ontologico, essenziale per la decisione del giudice, sono soggettivi in quanto rilevano non già per una loro caratteristica intrinseca ma per le proprietà avvertite dall’osservatore che, attribuendovi intenzionalmente una valenza, li costituisce come *esistenti*. Essi, come ho affermato precedentemente, sono *fatti istituzionali* e “Tutti i fatti istituzionali sono, in questo senso, ontologicamente soggettivi, anche se in generale essi sono epistemicamente oggettivi”²⁹. Oggettività e soggettività, pertanto, lungi dal contrapporsi, si accompagnano e si intersecano in un tessuto che viene rappresentato nel giudizio in modo complesso e chiede di essere vagliato con attenzione critica e valutazioni giustificate.

Cercherò di illustrare questa affermazione attenendomi, sempre in via paradigmatica, al caso preso in esame da Cass. 23669/2014. Il giudice di legittimità prende atto che nel giudizio di merito era stata raggiunta la prova dei singoli fatti contestati al direttore della filiale ma, al tempo stesso, ritiene che non era stata raggiunta la prova della “*sussistenza della condotta abituale*”: può essere l’abitualità un *fatto bruto*? O piuttosto, per essere accertata e riconosciuta, ha bisogno di una convenzione umana rappresentativa³⁰? Le emer-

²⁸ SEARLE, *La costruzione della*, cit., p. 14 ss.

²⁹ SEARLE, *La costruzione della*, cit., p. 74 e SEARLE, *Creare il mondo*, cit., p. 20: “i fatti sociali esistono solo grazie ai nostri atteggiamenti soggettivi”.

³⁰ Condivido la lettura di CELANO, *Fatti istituzionali, consuetudini*, cit., p. 29 ss. che, pur prendendo atto della definizione della *intenzionalità collettiva* come “fenomeno biologico primitivo”, “forma primitiva di vita mentale” ne propone un possibile collegamento con il “paradigma convenzionalistico”, all’esito di un puntuale esame critico delle obiezioni sollevate in proposito da Searle.

genze istruttorie sulle singole condotte ascritte al direttore possono integrare il giudizio di oggettività epistemica quanto alla loro verità. Esse possono entrare a far parte del “presupposto di sfondo” che però implica la rappresentazione della *abitualità* del comportamento che non è immediatamente intellegibile come “comprensione normale” ma è piuttosto il frutto della percezione dell’osservatore³¹. Si potrebbe così dire che il *fatto istituzionale* della valenza lecita/illecita del comportamento implica l’esistenza, epistemicamente oggettiva, del *fatto bruto* ma non si riduca ad esso, richiedendo una necessaria attribuzione *intenzionale* di significato, ontologicamente soggettiva, che valga a costituirlo.

5. Il fatto al cospetto dell’argomentazione giuridica

La teoria dei *fatti istituzionali* di Searle è stata ripresa da Neil MacCormick, uno dei maggiori teorici dell’argomentazione giuridica, che, dopo averle dedicato attenzione in un testo divenuto *classico* del pensiero giuridico³², in uno dei suoi ultimi lavori giunge ad affermare che i fatti istituzionali sono *fatti interpretativi*, collocandoli in quello che Popper definisce il “Mondo III” in quanto essi esistono non come parte del mondo materiale ma come “elementi di significato inter-soggettivo disponibile alla comprensione umana attraverso l’interpretazione”³³. Volendo mantenere il riferimento alla “concezione pluralistica” popperiana dei tre mondi, può dirsi che nel caso che ha impegnato la Cassazione e che esemplarmente rappresenta le fattispecie che saranno portate in futuro alla cognizione giudiziaria, il “fatto contestato” non si presentava come “oggetto fisico” ma come “contenuto mentale” che solo attraverso il linguaggio si *oggettivizza* sì da “esercitare un

³¹ J SEARLE, *La costruzione della*, cit., p. 147, definisce il concetto di “sfondo” come “l’insieme di capacità non intenzionali o preterintenzionali che permettono stati intenzionali di funzione” e la realtà che secondo il realismo esterno si pone indipendentemente dalle rappresentazioni soggettive, “funziona come una parte dello Sfondo data per scontata”, uno “spazio di possibilità” che rende possibili le rappresentazioni (p. 204 ss.). Sulla necessaria interazione tra intenzionalità individuale e “capacità di Sfondo”, v. le osservazioni critiche di CELANO, *Intenzionalità collettiva, false credenze. Due aspetti problematici dell’ontologia sociale di J. Searle*, in CELANO, *Fatti istituzionali, consuetudini*, cit., p. 103 ss., spc. p. 113 ss.

³² MACCORMICK, WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, Giuffrè, 1990, p. 59 ss.

³³ MACCORMICK, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, p.

effetto causale” sulla esperienza reale e divenire “oggetto di un confronto critico”³⁴.

Nello specifico del giudizio, la mediazione linguistica che consente il passaggio dal *processo mentale* del giudice che impegna la sua soggettività e pertanto non può in alcun modo ritenersi privo di discrezionalità, al *contenuto mentale* che integra il *dictum* giudiziale che assume carattere oggettivo, stabilizzandosi nella sua permanenza e generando relazioni ed implicazioni solo in quanto frutto di quel processo mentale che gli ha attribuito un significato calandosi nella realtà contestualizzata nel tempo, nello spazio, nelle consuetudini ed anche nelle componenti culturali e sociali, è dato dall’argomentazione. Bisogna, però, intendersi su quale livello di argomentazione si debba sviluppare il ragionamento del giudice.

Riprendendo una consueta classificazione³⁵, può dirsi che la giustificazione richiesta non possa essere meramente *interna* o di primo livello, esaurendosi in un ragionamento logico deduttivo di mera applicazione della regola sul presupposto della a-problematicità della premessa fattuale. Proprio in quanto la premessa si rivela problematica è piuttosto necessaria una *giustificazione esterna* che dia conto della ragionevolezza delle premesse assunte ovvero della ricostruzione del fatto in tutte le sue componenti di contesto e di gravità. Contrariamente a quanto ritiene la Corte di Cassazione nel caso vagliato, la cognizione del *fatto contestato* o del *fatto materiale*, secondo le locuzioni usate dal legislatore, è intrisa di valutazioni discrezionali di cui il giudice è tenuto a dar conto sotto il profilo della “congruenza narrativa”³⁶. Proprio in quanto il fatto non si propone al giudice come un oggetto del

³⁴ Così POPPER, *I tre mondi. Corpi, opinioni e oggetti del pensiero*, il Mulino 2012, p. 73: “il passaggio da un pensiero non linguistico a un pensiero formulato linguisticamente è molto importante. Formulando un pensiero in una qualche lingua, lo rendiamo un oggetto del Mondo 3; così facendo, lo rendiamo un possibile oggetto di una discussione critica. Fintanto che il pensiero rimane un semplice processo del Mondo 2, esso è semplicemente una parte di noi stessi e non può facilmente diventare, per noi, oggetto di un confronto critico”. Per le precedenti citazioni nel testo, si v. pp. 23, 64, 46 e *passim*.

³⁵ WROBLEWSKI, *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche*, in *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, in GIANFORMAGGIO, LECALDANO, Laterza, 1986, ha introdotto la distinzione tra i livelli della *giustificazione interna*, dove si realizza un collegamento logico tra premesse e regola per pervenire alla decisione, e *giustificazione esterna*, in cui si dà ragione della correttezza delle premesse assunte. La distinzione è divenuta categoria costantemente utilizzata nella teoria dell’interpretazione ed argomentazione giuridica.

³⁶ V. sul punto GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, 2011, p. 261.

mondo fisico ma va ricostruito, in base alle emergenze del giudizio, nel suo accadere in un contesto culturale, storico, sociale definito, è nella giustificazione di secondo livello, la giustificazione delle premesse, che possono trovare ingresso le varie categorie della imputabilità, rilevanza disciplinare, gravità, proporzionalità³⁷. Si tratta, in altri termini, di far buon uso della cd. “regola di transizione”, ponte di collegamento tra argomentazione pratica e argomentazione giuridica, che consente in ogni momento di passare da un discorso teorico ad un discorso empirico, lasciando *aperto* il criterio razionale prescelto per la definizione dell’ enunciato empirico³⁸.

La complessità del giudizio sulla legittimità del licenziamento dove si presentano in gioco conflittuale le situazioni soggettive del datore di lavoro e del lavoratore, entrambe di rilievo costituzionale, non può quindi risolversi in una argomentazione formale di tipo logico deduttivo, sillogistico. Manuel Atienza, nell’ambito dell’unitario concetto di argomentazione, ha individuato tre dimensioni che non si elidono ma si intersecano nel loro svolgersi discorsivo e che ha definito *formale, materiale, prammatica*³⁹. L’attenzione a mio avviso va rivolta in modo prevalente, quand’anche non esaustivo, alla dimensione materiale dell’argomentazione che qui diviene non già operazione di risultato, come può dirsi per la dimensione formale, ma attività, rivelando il carattere *pratico* del diritto orientato alla decisione ed all’azione. Nel suo am-

³⁷ Commentando le novità introdotte in tema di licenziamento disciplinare dal d.lgs. 23/2015 ed in particolare l’inciso della disposizione normativa “resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento”, CURZIO, *Il licenziamento ingiustificato*, FI, 2015, V, p. 246, giustamente afferma che “La proporzionalità costituisce un criterio portante dei sistemi sanzionatori. Nell’assetto introdotto dal d. leg. 23/15 questo criterio viene eclissato, con un cambio di valori sottesi alla disciplina che pone problemi sul piano della ragionevolezza ed entra in tensione con il principio di uguaglianza”.

³⁸ La “regola di transizione” è individuata da ALEXY, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, Giuffrè, 1998 sia tra le regole del discorso pratico generale (p. 163) che dell’argomentazione giuridica che di essa, secondo l’autore, è un caso particolare. Indicandola tra le regole della giustificazione esterna, Alexy precisa che anche nell’argomentazione giuridica “deve rimanere una questione aperta il modo di procedere nel discorso empirico: Tanto nel discorso pratico generale quanto nel discorso giuridico sussiste il problema per cui il sapere empirico necessario spesso non può essere prodotto con la certezza desiderabile. In questa situazione sono necessarie regole della congettura razionale... In numerosi contenziosi giuridici la valutazione dei fatti gioca un ruolo decisivo. Se si è d’accordo sugli enunciati normativi da accettare, la decisione dipende solo da quali fatti siano da porre alla base di questa” (p. 184 ss.).

³⁹ ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell’argomentazione*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 55 ss.

bito convergono il *contesto di scoperta* ed il *contesto di giustificazione* sicché in ogni enunciato linguistico che viene pronunciato, la componente cognitiva deve proporsi congiuntamente alle ragioni che la sorreggono, perché “non si tratta semplicemente di enunciati ma di enunciati che esprimono un impegno”⁴⁰.

Nell’assetto giuridico contemporaneo in cui l’affermarsi dello stato costituzionale ha posto in primo piano il ruolo del giudice nella concretizzazione del diritto, è a mio avviso molto importante sottolineare questo *atteggiamento di impegno*⁴¹, a cui faceva riferimento anche Searle, che richiede all’interprete giudiziario di rendere esplicite, nell’ambito dell’argomentazione materiale, le *ragioni* del suo decidere. Ragioni che, espresse mediante il linguaggio, “non si identificano con le espressioni linguistiche né, ancora meno, con la forma con cui queste espressioni sono strutturate” ma rappresentano “i contenuti degli enunciati, ossia, ciò che gli enunciati significano, ciò che fa sì che essi possano essere considerati come corretti o veri”⁴².

Nella complessità delle fattispecie che vengono portate all’attenzione giudiziale, proprio in quanto correlate alla pluralità dei contenuti che devono esprimere, le ragioni non si presentano mai in forma isolata o assoluta ma in una graduazione che è raggiunta nel procedere argomentativo valutandone il *peso* o la *forza*⁴³. Ciò vale particolarmente in quelle occasioni – la questione del significato da attribuire al *fatto contestato* o al *fatto materiale* ne è una specie – in cui l’obiettivo è di pervenire ad una *definizione* che non è pre-data in modo incontrovertito, sì da costituire valido ed a-problematico supporto del ragionamento, ma richiede essa stessa un processo interpretativo⁴⁴, momento essenziale ed ineludibile per tradurre i fatti empirici o naturali in fatti istitu-

⁴⁰ ATIENZA, *op. cit.*, p. 203. Significativamente Atienza osserva: “Nella maggior parte delle occasioni, i giudici hanno la pretesa che le proprie giustificazioni siano sincere, di modo che, per loro, non si dovrebbe tracciare una distinzione tra ragioni giustificative ed esplicative; l’azione di giustificare (di motivare) una decisione implica l’accettazione del fatto che non si possono avere ragioni esplicative che non possono giustificarsi. Peraltro non si tratta solo del fatto che i giudici di solito procedono in questo modo ma del fatto che questa è anche la nozione di giustificazione che le nostre istituzioni riflettono, come è evidente con l’esigenza di indipendenza e imparzialità giudiziale” (p. 205). Per una definizione concettuale dei contesti di *scoperta* e *giustificazione*, v. *ivi*, p. 96 ss.

⁴¹ Diffusamente, ATIENZA, *op. cit.*, p. 200 ss.

⁴² ATIENZA, *op. cit.*, p. 212.

⁴³ ATIENZA, *op. cit.*, p. 220.

⁴⁴ ATIENZA, *op. cit.*, p. 225 ss.

zionali e prevenire alla formulazione di una corretta premessa di carattere *empirico*⁴⁵. In questo procedere l'argomentazione materiale si rivela non già operazione di *risultato* ma vera e propria *attività* perché il giudice esamina i fatti acquisiti e provati e li interpreta, attribuendo ad essi *rilevanza* e graduandoli in una relazione di *forza* e di *peso* tale che gli consente di giungere induttivamente ad una conclusione che si rivela *probabile*, non *necessaria*, perché reca al suo interno "frammenti di [un] ragionamento teorico"⁴⁶ sviluppato in base a criteri conseguenti alle definizioni raggiunte in via interpretativa, non desunte in modo stabile ed indefettibile da un testo o da una fonte: è il caso, per l'appunto, del *fatto contestato* e del *fatto materiale*, per la cui definizione, come testimoniano i primi interventi della giurisprudenza di merito ma anche una recente sentenza del giudice di legittimità⁴⁷, possono essere considerati requisiti di carattere soggettivo e contestuale, quali l'imputabilità e la proporzionalità.

Soltanto nella misura in cui i giudici, interpreti del fatto oltre che della disposizione normativa, sapranno farsi carico dell'onere dell'argomentazione materiale, si impegneranno nel rendere esplicite e quindi verificabili le ragioni che fungono da premesse delle loro decisioni, queste ultime potranno assumere un valore *pragmatico*, stabilizzando nel tempo definizioni e significati che possano "fare senso nel mondo" ed "all'interno del sistema giuridico"⁴⁸ per essere accolti nella dinamica delle relazioni sociali, contribuendo ad una certezza, pur relativa e mai definitiva, del diritto nei termini possibili della ragionevolezza giuridica.

Ma qui si aprirebbe un nuovo discorso e per ora si può solo prevedere che sarà ancora intenso il dialogo tra dottrina e giurisprudenza per l'interpretazione e l'applicazione di un testo normativo che si rivela ambiguo e complesso. Il tentativo di rispondere all'ansia di oggettività contenendo gli ambiti interpretativi, era già stato perseguito dal legislatore del 1941 quando, nel dettare le norme di disciplina dell'ordinamento giudiziario, con l'art. 65 attribuiva alla Corte di Cassazione il compito di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge" o quando, nel 1942, con l'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, prescriveva di attribuire alle leggi

⁴⁵ ATIENZA, *op. cit.*, p. 233.

⁴⁶ ATIENZA, *op. cit.*, pp. 206 e 244 ss.

⁴⁷ Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692.

⁴⁸ MAC CORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli, 2001, Torino, p.

“il senso fatto palese dal significato proprio delle parole”. La difficoltà di mettere in pratica questi precetti o forse finanche la loro implausibilità fa parte dell’esperienza comune dei giuristi. Di fronte a questo nuovo tentativo non è difficile intravedere che se il legislatore con i suoi interventi, dettati da ragioni di carattere preminentemente politico ed economico, mirava alla semplificazione e per questa via al contenimento del contenzioso, difficilmente il suo obiettivo sarà raggiunto in tempi brevi. Forse questa considerazione può costituire un timore per quanti intendono limitare le emergenti istanze di *giustizia manageriale* al contenimento dei flussi ma è una speranza per quanti credono nella tutela giurisdizionale dei diritti.

Abstract

La l. 92 del 2012 ha previsto all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato qualora il giudice accerti che il motivo soggettivo o la giusta causa addotti dal datore non ricorrano, “*per insussistenza del fatto contestato*”. Tale espressione è apparsa sin da subito ambigua, sì da richiedere operazioni ermeneutiche. In questo contributo si rilegge il *fatto contestato* da una prospettiva neo-realista e alla luce della distinzione tra fatti *bruti* e fatti *istituzionali* per poi focalizzare il ruolo dell'argomentazione come pratica di cui il giudice dispone per accertare i *fatti*.

The Law n. 92/2012 has required at the paragraph 18 of the Statute of the Workers the reinstatement of employee illegally dismissed if the judge verifies the absence of the subjective reason or the justified reason given by employer “*for the inexistence of the contested fact*”. This expression is ambiguous and asks hermeneutical operations for a better understanding. This paper aims to mean the contested fact from a neo-realist perspective and through the distinction between *brute facts* and *institutional facts*. Then it focuses on the role of the argumentation as a practice giving to the judge the possibility to verify *facts*.

Key words

Fatto contestato, fatti bruti, fatti istituzionali, neo-realismo, argomentazione, buone ragioni.

Contested facts, brute facts, institutional facts, neo-realism, argumentation, good rights.

