Adalberto Perulli
Prof. ord. dell'Università di Venezia Ca' Foscari

FATTO E VALUTAZIONE GIURIDICA DEL FATTO NELLA NUOVA DISCIPLINA DELL'ART. 18 ST. LAV. *RATIO* ED APORIE DEI CONCETTI NORMATIVI

Sommario: 1. Premessa: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. – 2. La *ratio*: modulazione delle tutele. – 3. Le aporie: fatto e valutazione del fatto alla luce dell'art. 3, l. n. 604 del 1966. – 4. Un'esemplificazione degli incerti esiti: il *repechage*. – 5. Il regolamento di confini tra manifesta insussistenza ed altre ipotesi alla luce del diritto vivente.

1. – La riforma del mercato del lavoro attuata con la legge n. 92 del 2012 ha riguardato uno dei temi in assoluto più sensibili nell'attuale scenario del diritto del lavoro italiano ed europeo: le conseguenze del licenziamento illegittimo ed i poteri del giudice nell'ambito del controllo delle ragioni del recesso.

Nel novellare l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori il legislatore ha adottato una prospettiva metodologica del tutto peculiare, consistente nel mantenere inalterata la definizione di giusta causa e giustificato motivo, modificando invece il sistema rimediale ed affidando al giudice, di conseguenza, una inedita facoltà di modulazione delle tutele basata, come meglio vedremo, sulla distinzione o sdoppiamento di due piani relativi al *fatto*: il primo riguardante la sua sussistenza/insussistenza materiale al fine di applicare o meno la sanzione della reintegrazione, il secondo attinente alla riconducibilità del fatto ai criteri identificativi delle ragioni legittimanti il recesso.

Questa distinzione, apparentemente semplice e lineare, è in realtà densa di questioni al contempo teoriche e pratiche, sulle quali è opportuno soffermarci. Non prima, comunque, di avere sunteggiato i tratti della riforma e della sue peculiari innovazioni.

Per quanto concerne il licenziamento individuale, la disciplina previgente, applicabile alle imprese con più di quindici dipendenti, prevedeva, come è noto, la sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore illegittimamente licenziato, con l'integrale risarcimento del danno derivante dalla perdita delle retribuzioni e delle relative contribuzioni e con la facoltà, riconosciuta al solo lavoratore, di optare per la monetizzazione della reintegrazione consistente in un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione. La reintegrazione rappresentava, quindi, il solo ed unico rimedio azionabile dal giudice per reprimere un licenziamento sprovvisto di giusta causa o di giustificato motivo, qualunque fosse il vizio riscontrato (formale, sostanziale, procedurale). Benchè la legge differen-

ziasse, sotto il profilo della valutazione dell'invalidità dell'atto, il licenziamento nullo (perché discriminatorio: art. 4 l. n. 604 del 1966), inefficace (perché privo di forma: art. 2, co. 3), annullabile (perché carente di giustificazione), l'art. 18 St. lav. operava l'unificazione, *quoad effectum*, del disvalore attribuito ai comportamenti datoriali, sancendo l'obbligo di reintegrazione nel posto di lavoro per tutte le fattispecie considerate.

La nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. realizza un'inedita modulazione delle tutele che spezza l'originaria unitarietà della norma.

In particolare, vengono previste quattro diverse conseguenze sanzionatorie, due di tipo reale (reintegrazione piena, reintegrazione attenuata) e due di tipo obbligatorio (risarcimento pieno e risarcimento ridotto).

La reintegrazione forte, o piena, viene mantenuta per i licenziamenti nulli per motivi discriminatori (ai sensi dell'art. 3 della legge 11 maggio 1990 n. 108), intimati in concomitanza del matrimonio (ai sensi dell'art. 35 del d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198), per violazione dei divieti posti a tutela della maternità e paternità (art. 54, commi. 1, 6, 7 e 9, d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151), per motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del c.c., negli altri casi di nullità previsti dalla legge nonché in caso di licenziamento inefficace, individuale e collettivo, perché adottato in forma orale. In questi casi il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro; tale rimedio si applica anche ai dirigenti.

Alla reintegrazione, oltre all'integrale versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, si aggiunge un'indennità risarcitoria, commisurata all'*ultima* retribuzione globale di fatto (non più, come in passato, alla "retribuzione globale di fatto"), in misura non inferiore a cinque mensilità e consistente nelle retribuzioni maturate dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione.

Il regresso, sul piano della tutela, è evidente : se ai sensi del previgente art. 18 il lavoratore aveva diritto ad un risarcimento del danno pari alla retribuzione che egli avrebbe maturato eseguendo la prestazione di lavoro ([1]) – comprensiva degli aggiornamenti retributivi percepibili successivamente al licenziamento – con la nuova formulazione della norma la retribuzione-parametro è quella percepita prima della risoluzione del rapporto.

A tale indennità si dovrà detrarre l'*aliunde perceptum* (non anche l'*a-*

([1]) Cass., 27 ottobre 2009, n. 22649, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2009, pag. 749; Cass., 5 dicembre 2000, n. 15449, in *Mass. Giur. It.*, 2000.

liunde percipiendum) nel periodo di estromissione per lo svolgimento di altre attività lavorative.

Un secondo livello di tutela reale, che è stata definita "debole" o "depotenziata", e che continua ad operare in ragione dei requisiti dimensionali del datore di lavoro ([2]), riguarda il licenziamento disciplinare intimato per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo che integra una delle ipotesi tipiche previste dalla riforma: (i) il primo caso riguarda l'insussistenza del fatto contestato, (ii) la seconda consiste nella contestazione di un fatto sussistente ma riconducibile alle condotte punibili con una sanzione conservativa in base alle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili.

La stessa sanzione di reintegrazione depotenziata è applicabile nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, quando il giudice accerti la "manifesta insussistenza" del fatto posto a base del licenziamento economico, ovvero nel caso in cui il lavoratore, nel corso del giudizio e sulla base della domanda da questi formulata, dimostri che il licenziamento è stato in realtà disposto esclusivamente per ragioni discriminatorie o disciplinari, ovvero qualora il licenziamento sia stato intimato per inidoneità fisica o psichica del lavoratore (anche ai sensi degli artt. 4, co. 4 e 10, co. 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68), in violazione dell'art. 2110 co. 2, c.c., o ancora se l'atto di recesso illegittimo per vizi procedurali, risulti, su domanda del lavoratore, privo di giustificazione, ed infine nel caso di licenziamento collettivo per riduzione del personale per violazione dei criteri di scelta.

In tutti questi casi il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto l'*aliunde perceptum* e – in tal caso – anche l'*aliunde percipiendum*.

In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non potrà essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato altresì al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative.

Il terzo livello di tutela consiste nell'indennità risarcitoria, stabilita dal

([2]) Per i di lavoro che non raggiungono la soglia dimensionale di cui all'art. 18, commi 8° e 9°, trova applicazione la sanzione della tutela obbligatoria di cui all'art. 8 della legge n. 604 del 1966.

giudice secondo i parametri indicati dalla legge, da intendersi come omnicomprensiva (quindi assorbente anche il profilo previdenziale) e consistente in un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità.

Possiamo definire questa sanzione come relativa ad un'indennità risarcitoria nella misura piena (o massima).

Il rimedio, di natura risarcitorio-sanzionatoria, trova applicazione "nelle altre ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro", "nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrano gli estremi del giustificato motivo oggettivo", ed infine in caso di licenziamento collettivo per riduzione del personale nel caso di violazione delle procedure di informazione e consultazione sindacale e di comunicazione *ex* art. 4, co. 12, legge 23 luglio 1991, n. 223.

In questi casi l'illegittimità del licenziamento non vale a scongiurarne l'efficacia, posto che il giudice "dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data di licenziamento".

Ovviamente, la questione interpretativa più rilevante attiene alla identificazione delle "altre ipotesi" in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo (o della giusta causa) ed oggettivo.

Per quanto concerne la prima fattispecie, l'ipotesi dovrebbe riferirsi al caso in cui il licenziamento è stato comminato sulla base di un fatto disciplinarmente rilevante e materialmente sussistente, ma non rientrante fra le tipizzazioni della contrattazione collettiva e non integrante, a parere del giudice, gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo.

Questa valutazione del giudice, relativamente alla non riconducibilità del fatto alla fattispecie legale tipica, sarà condotta in base al principio di proporzionalità di cui all'art. 2016 c.c. (l'inadempimento non è notevole *ex* art. 3 della legge n. 604 del 1966, ovvero il fatto non è tale da impedire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro *ex* art. 2119 cod. civ.); ai fini dell'applicazione della sanzione l'ambito di operatività di tale principio si riduce, tuttavia, ai soli casi in cui a) il fatto sussiste e b) non è contemplato dalle previsioni della contrattazione collettiva, posto che negli altri casi (insussistenza del fatto, o sussistenza del fatto ma sua riconducibilità alle previsioni della contrattazione collettiva) il criterio di proporzionalità risulta assorbito dalla previsione legale che impone la reintegrazione.

La fattispecie del giustificato motivo oggettivo è più delicata: infatti, come vedremo, il legislatore riferendosi alle "altre ipotesi" in cui il giudice ritiene non ricorrano gli estremi del predetto giustificato motivo oggettivo, spezza il binomio fatto/valutazione giuridica del fatto, riferendosi ai casi in cui il fatto posto a base del licenziamento, pur sussistente, non presenta le caratteristiche tali da integrare la fattispecie legale tipica (v. qui infra).

Vale rilevare che il legislatore offre al giudice una serie di parametri per la quantificazione dell'indennità, che infatti dovrà avvenire, con obbligo di specifica motivazione, "in relazione all'anzianità di servizio" del lavoratore (che rappresenta quindi l'indicatore prioritario di valutazione), e "tenuto conto" del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti; solo per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo il giudice, ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo ed il massimo previsti, dovrà tener conto, oltre che dei criteri sin qui indicati, anche delle iniziative assunte dal lavoratore per ricercare una nuova occupazione e del comportamento delle parti nella procedura preventiva di licenziamento ex art. 7, co. 6., l. n. 604 del 1966 (su cui infra).

L'ultimo e più debole livello di tutela obbligatoria riguarda l'indennità risarcitoria ridotta. Anch'essa di carattere omnicomprensivo, è stabilita dal giudice in misura variabile tra sei e dodici mensilità tenuto conto non solo dei criteri previsti per l'indennità piena ma anche della gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro. Infatti, questa misura riguarda i casi di licenziamenti viziati da errori procedurali: per difetto del requisito di motivazione di cui all'art. 2, co. 2, l. n. 604 del 1966 (licenziamento scritto ma privo della contestuale indicazione dei motivi, che è stata imposta dalla legge in riforma del previgente art. 2, co. 2), violazione della procedura di cui all'art. 7 St. lav., violazione della nuova procedura di conciliazione preventiva *ex* art. 7 delle legge n. 604 del 1966.

Questa forma di tutela ridotta, che potrebbe prestarsi a facili abusi, non opera nel caso in cui il giudice, su domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del recesso, nel qual caso si applicano, a seconda delle circostanze concrete, le tutele previste dai commi 4, 5 e 7 dell'art. 18 St. lav. (reintegrazione piena, depotenziata o indennità risarcitoria piena). In sostanza, se il licenziamento presenta i vizi formali sopra richiamati ma emerga, su domanda del lavoratore, l'ingiustificatezza del recesso – l'inesistenza di un giustificato motivo soggettivo, oggettivo o di una giusta causa il cui onere della prova, una volta che il lavoratore ha spiegato la sua domanda, resta comunque in capo al datore di lavoro ai sensi dell'art. 5 della legge n. 604 del 1966 – riprendono vigore le ulteriori tutele previste dall'art. 18, ovviamente in sostituzione di quella indennitaria ridotta e non in aggiunta ad essa.

Per tutte le ipotesi di licenziamento sin qui contemplate, nonchè in caso di licenziamento collettivo, la riforma ha introdotto l'istituto della revoca, da esercitarsi nel termine di quindici giorni dalla ricezione della comunicazione di impugnazione della risoluzione del rapporto di lavoro ; in tal caso il rapporto si intende ripristinato senza soluzione di continuità, con diritto del la-

voratore a percepire la retribuzione maturata nel periodo precedente la revoca, e senza che trovi applicazione la sanzione minima di cinque mensilità che, ai sensi della disciplina previgente, era in tali ipotesi dovuta (art. 18, co. 10).

2. – È evidente che la nuova disciplina del licenziamento, sin qui sommariamente descritta, apre una serie di questioni interpretative ed applicative per la soluzione delle quali si dovrà attendere gli esiti dell'elaborazione dottrinale e dell'applicazione giurisprudenziale.

Ciò non toglie che una prima valutazione di fondo porta non solo a dover rilevare l'inedita complessità del regime sanzionatorio, in origine unificato nella formula della reintegrazione, oggi frammentato in un ampio ventaglio di possibilità graduate, di cui è difficile stabilire il rapporto di congruità e di generalizzazione; ma pure a disvelare una serie di incognite applicative derivanti da una scelta legislativa poco controllata sotto il profilo logico-concettuale e della costruzione giuridica.

Per quanto concerne il licenziamento che maggiormente interessa le dinamiche regolative del mercato del lavoro, vale a dire il licenziamento per motivo economico – il giustificato motivo oggettivo *ex* art. 3 della l. n. 604 del 1966 – la riforma ha profondamente innovato i profili sanzionatori.

In precedenza, infatti, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo dichiarato illegittimo, il giudice, in applicazione dell'art. 18 dello St. lav. doveva disporre la reintegrazione del lavoratore. La riforma, aprendo una importante breccia al principio della stabilità reale del posto di lavoro, abilita il giudice a scegliere tra la reintegrazione e l'indennizzo, sulla base di una complessa valutazione circa la sussistenza o meno delle ragioni poste a base dell'atto di recesso.

Vale rilevare, anzitutto, che in questa materia, tanto sensibile alle istanze di deregolamentazione forte propugnate da visioni informate alla *law and economics*, non ha prevalso la logica della predeterminazione del costo del licenziamento, presente, ad esempio, nella originaria proposta sul contratto unico, nella versione formulata da Pietro Ichino. Quest'ultima ipotesi, finalizzata alla completa "sterilizzazione" dell'ufficio del giudice, non è stata accolta, ed il licenziamento per motivo economico continuerà ad essere un atto apprezzabile, nelle sue ragioni, da parte del giudice, così come accade in molti paesi europei.

L'innovazione non riguarda quindi il controllo del giudice, la cui latitudine e discrezionalità risultano immutate, se non addirittura ampliate, né la tipizzazione legale della causa di giustificazione del recesso (il giustificato motivo oggettivo), la cui nozione rimane invariata, quanto i rimedi su cui il prestatore potrà fare affidamento nel caso in cui il giudice si trovi a sanzionare un licenziamento illegittimo.

Secondo il nuovo sistema, il giudice, a fronte di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo in cui accerta la "manifesta insussistenza" del fatto posto a base dell'atto di recesso, *può* reintegrare il lavoratore; invece, negli altri casi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo oggettivo, applica senz'altro la disciplina risarcitoria.

Giusta la formulazione letterale della norma, ove ricorra la manifesta insussistenza, dunque, il rimedio *potrà* essere la reintegrazione del lavoratore.

Il giudice, quindi, non sarebbe obbligato a condannare il datore di lavoro a reintegrare il lavoratore, ma potrebbe anche decidere di applicare la disciplina del quinto comma, vale a dire la condanna al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità.

Questa soluzione interpretativa, basata sulla lettera della legge (il giudice "può altresì applicare la predetta disciplina …") lascia tuttavia insoddisfatti.

Da un punto di vista teorico, relativo alla struttura teleologica della norma, appare del tutto incongruente lasciare indeterminata la sanzione, che verrebbe rimessa alla mera discrezionalità del giudice, il quale potrebbe, ma anche no, disporre la reintegrazione del prestatore.

La struttura della norma, e soprattutto la sua valutazione finalistica operata dall'ordinamento giuridico, rimarrebbe aperta alle variabili ed imponderabili determinazioni giudiziali. La norma non fornirebbe quindi nessuna certezza giuridica sul piano interpretativo e applicativo. Peraltro il giudice sarebbe del tutto libero di decidere per la reintegrazione ovvero per altra sanzione, posto che la norma non prevede alcun parametro per governare, limitare o orientare la discrezionalità del giudicante.

Inoltre, la struttura della norma crea una vera e propria disparità di trattamento rispetto alla previsione relativa al licenziamento per giusta causa o giustificato motivo oggettivo: in quest'ultima fattispecie, infatti, il legislatore non ha usato una formula ambigua, disponendo che il giudice "annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro". Il giudice non "può" disporre una diversa sanzione, ma deve condannare il datore alla reintegrazione.

Questa disparità di trattamento integra, con ogni evidenza, una violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. ([3]). Non si capisce, invero, quale sia il ragionevole motivo che giustifichi un diverso trattamento per un licenziamento disciplinare fondato su un fatto inesistente (ove la sanzione è senz'altro la reintegrazione, vincolante per il giudice) rispetto ad un licenziamento economico fondato su un fatto manifestamente inesi-

([3]) Cfr. V. Speziale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 560.

stente (ove la sanzione può, ma anche no, essere la reintegrazione, secondo una valutazione discrezionale del giudice).

Il disposto in esame pone dunque una evidente questione di legittimità costituzionale. È necessario, di conseguenza, al precipuo fine di salvaguardare la norma e la sua *ratio*, proporre una interpretazione correttiva, che allinei la diversità terminologica impiegata nel comma 9 del nuovo art. 18 ("*può* altresì applicare la predetta disciplina nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo") alla formula usata nel comma 5 ("*condanna* il datore alla reintegrazione"). Il *puo*' si legge *deve*; di talchè il giudice, una volta accertata la sussistenza delle condizioni indicate dalla norma, dovrà in entrambe le fattispecie condannare il datore alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

Risolto questo problema interpretativo "incidentale", è massimamente importante ora cogliere, al contempo la *ratio* di questa sistematica e le sue aporie.

La *ratio* della distinzione tra le due fattispecie è facilmente individuabile: essa è volta a graduare la gravità delle conseguenze dell'atto in considerazione del disvalore attribuito dal legislatore al comportamento datoriale (qualificabile da un lato con la "manifesta insussistenza del fatto", dall'altro relativo alle "altre ipotesi" che non integrano il giustificato motivo oggettivo).

La comprensione di questo disposto presuppone, nondimeno, un chiarimento circa il concetto di licenziamento invalido perché il giustificato motivo oggettivo non sussiste, ossia "*non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo*", e il licenziamento invalido per "*manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento*" (art. 18, co. 7, st. lav.).

Il chiarimento circa questa inedita duplice prospettiva potrebbe, a prima vista, apparire piuttosto semplice. Si potrebbe, per esempio, sostenere che il primo caso, in cui *non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo*, si realizzi quando la motivazione del licenziamento riguardi una ragione economica, posta a base del licenziamento, in sé materialmente esistente, ma non integrante, nella valutazione dell'ordinamento, gli estremi del giustificato motivo: ad esempio nel caso in cui il licenziamento sia disposto per un motivo di riduzione di costi, o per mero incremento del profitto: fattispecie, queste, che nella comune valutazione giurisprudenziale non integrano gli estremi del GMO. Inoltre, potrebbe integrare l'ipotesi in esame il caso in cui il fatto (cioè la ragione economica del licenziamento) è sussistente, ma è carente il nesso causale con il recesso. In tali casi si dovrebbe ritenere non sussistente il giustificato motivo ("*non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo*"), pur sussistendo un sottostante motivo economico (la riduzione dei costi o l'incremento del profitto, addotti dal datore,

non sono fittizi): la conseguenza sarà l'indennizzo del lavoratore (da un minimo di 12 a un massimo di 24 mensilità).

Diverso è il caso della "*manifesta insussistenza del fatto*", ove è lo stesso fatto materiale, produttivo-organizzativo, posto a base del licenziamento che, nella logica del legislatore, non viene ad esistenza sul piano fenomenologico: ad esempio, il datore dispone un licenziamento per soppressione della funzione, quando, in realtà, il relativo posto di lavoro viene mantenuto in ambito aziendale; o per una riorganizzazione aziendale, ma in assenza di una vera e propria difficoltà economica cui far fronte.

In questi casi non solo non sussiste il giustificato motivo oggettivo, inteso come esito di una qualificazione giuridica del fatto, ma neppure è apprezzabile la ragione economica materiale posta a base del licenziamento: manca il *fatto materiale* in sé considerato, vale a dire, negli esempi fatti, la soppressione della funzione o la seria difficoltà aziendale.

In tali casi la conseguenza dovrà essere più onerosa per l'impresa, che per giustificare il recesso ha proposto una falsa rappresentazione della realtà, adducendo a giustificazione del recesso un fatto "manifestamente insussistente" (vale a dire, secondo questa prospettiva ricostruttiva, una motivazione palesemente infondata e pretestuosa).

3. – Così ricostruita la *ratio* della norma, e la sua interpretazione secondo le prime letture razionalizzanti fornite in dottrina ([4]), è opportuno soffermarsi sulle aporie che la nuova formulazione dell'art. 18 St. lav. suggerisce all'interprete.

La prima e più consistente aporia consiste nell'aver preteso di distinguere, nell'ambito della disciplina delle conseguenze del licenziamento illegittimo, tra "fatto" ("manifesta insussistenza del fatto") e sua "valutazione giuridica" (non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo oggettivo). Come si è visto, nella logica del nuovo art. 18 il licenziamento può essere illegittimo sia perché fondato su un fatto manifestamente insussistente, ossia su un fatto posto pretestuosamente a base del licenziamento ma non reale, sia perché fondato su un fatto reale ma sprovvisto degli elementi legali tipici del giustificato motivo oggettivo.

Questa distinzione – da cui la asserita distinzione tra momento cono-

([4]) Cfr. A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 1, pag. 435 e segg.; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, pag. 622 e segg.; P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Convegno del Centro nazionale di Studi di Diritto del lavoro "Domenico Napoletano", Pescara, 11 maggio 2012; T. Treu, *Polemiche e consensi dallo Statuto dei lavoratori alla legge 92*, in corso di pubblicazione in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*

scitivo della legittimità dell'atto e scelta della sanzione – è criticabile sotto il profilo della stessa logica giuridica: il "fatto", nella sua essenza fenomenologica, non è giuridicamente apprezzabile se non attraverso la sua valutazione alla luce di parametri normativi, ossia nella sua riconduzione al concetto normativo espresso dalla formulazione di cui all'art. 3 l. n. 604 del 1966, che, non a caso, indica le *ragioni* su cui il licenziamento deve trovare fondamento ([5]). Altrimenti il fatto (la sua esistenza) è per definizione irrilevante per il diritto, e non può assurgere a criterio di selezione dell'effetto.

Ragionare diversamente significa dimenticare che l'elemento del *fatto* si collega necessariamente con l'elemento formale, qualificativo, che promana dalla norma e che del fatto media il *valore* ([6]). Come dire che fatto e valutazione giuridica del fatto sono – necessariamente – intimamente connessi nella determinazione del giustificato motivo oggettivo, così come accade in ogni sistema giuridico in cui fatto e valore costituiscono elementi imprescindibili dell'ipotesi normativa. Il fatto "non gode di un'esistenza autonoma che lo sottragga, sia pure in parte, ai caratteri che ad esso attribuisce l'ordine giuridico" ([7]): il fatto fenomenologicamente concepito (ossia la situazione produttiva o organizzativa che sta alla base del licenziamento) viene valutato ed apprezzato dall'ordinamento – grazie al *medium* dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale – per verificare se esso assuma o meno i caratteri tipici indicati dalla legge, ed assurgere quindi a *ragione* legittimante il recesso.

La nozione di *ragione* di cui all'art. 3 l. n. 604 del 1966 è infatti ontologicamente irriducibile alla dimensione materiale proprio in quanto, etimologicamente, esprime la *recta ratio*, ossia la razionalità organizzativa filtrata attraverso la statuizione della norma, che delimita i contorni del fatto rilevanti per il diritto e li apprezza alla luce del valore. Questa valutazione, al contempo fattuale *e* normativa, è condensata nella formula legale del giustificato motivo oggettivo. Per esempio una riorganizzazione aziendale che preveda la soppressione del posto di lavoro è anzitutto un "fatto" materiale-organizzativo, economicamente valutabile e, al contempo, giuridicamente qualificabile come giustificato motivo oggettivo: fatto e sua valuta-

([5]) Esprimono, nella sostanza, critiche alla distinzione tra fatto e valutazione, C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 573 e segg.; V. Speziale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 521 e segg.; M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione al XVII Congresso nazionale Aidlass, Pisa 7-9 giugno 2012.

([6]) Cfr. Cammarata, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, in Annali R. Un. Di Macerata, 1929, p. 421.

([7]) Cfr. B. De Giovanni, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, pag. 25.

zione, benché concettualmente separabili e posti su piani diversi (l'uno sul piano reale-materiale, l'altro su quello dell'astrazione giuridica, o del "dover essere" normativo) sono correlati e giuridicamente inscindibili. È questo il punto decisivo: l'individuazione del fatto, il suo essere rilevante o "qualificato" non avviene all'esterno dell'ordinamento, ma nel suo interno, in quanto è operata con i criteri posti dalla norma valutante.

Ora, con la nuova disciplina, sembra che questa stretta correlazione venga spezzata; da una parte il fatto materiale, di cui il giudice accerta la "manifesta insussistenza"; dall'altro il fatto materiale che integra le altre ipotesi in cui "non ricorrono gli estremi" del giustificato motivo oggettivo.

Sotto il profilo logico e metodologico questo modo di procedere è fallace nella misura in cui, nell'ambito dell'ordinamento giuridico, in entrambe le ipotesi il fatto non può prescindere dalla sua valutazione giuridica, ossia non è isolabile dall'apprezzamento secondo le previsioni normative (e loro interpretazione giurisprudenziale) e, quindi, dalla sua sussunzione (o meno) nella categoria normativa di giustificato motivo oggettivo.

Le fattispecie indicate rispettivamente come "fatto posto a base del licenziamento", di cui si accerta l'insussistenza manifesta, e quella indicata con riferimento agli "estremi del giustificato motivo", di cui si accerta la non ricorrenza, sono entrambe riconducibili alle "ragioni" di cui all'art. 3 della l. n. 604 del 1966, che non è stato affatto modificato dalla novella. Anche il caso della "manifesta insussistenza" presuppone la valutazione di un fatto che, in quanto fenomenologicamente inesistente (*rectius* "insussistente"), oggettivamente non integra gli estremi del giustificato motivo oggettivo; e ciò allo stesso modo in cui non integra gli estremi del giustificato motivo oggettivo un fatto che, pur materialmente sussistente, è carente degli elementi che, secondo l'interpretazione giurisprudenziale, connotano la fattispecie legale tipica (ad esempio, per riprendere i concetti tratti da una consolidata massima giurisprudenziale, una crisi di mercato che assume il carattere *contingente* e che non *impone* la soppressione del posto di lavoro, pur realmente esistente, non costituisce giustificato motivo oggettivo).

Non a caso, nella disciplina del licenziamento disciplinare, questa distinzione tra fatto e valutazione è, almeno formalmente, assente. In questo caso il giudice "accerta che non ricorrano gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, *per insussistenza del fatto contestato*" (art. 18, co. 5). L'insussistenza del fatto non è concepita come fattispecie materiale distinta dalla valutazione del fatto: infatti l'insussistenza del fatto fa venir meno la giusta causa e il giustificato motivo, così come la giusta causa (e il giustificato motivo soggettivo) è costituita dal fatto (che integra la giusta causa). Viene cioè ristabilito formalmente il necessario processo circolare e dialettico tra fatto e valutazione del fatto. Sarebbe inutile opporre a

questo ragionamento l'antico brocardo *ex facto jus oritur*, giacché "il diritto non sorge col fatto, ma con la qualificazione giuridica del fatto" ([8]).

Alla luce di quanto sin qui detto, riprendiamo l'esempio fatto in precedenza con riferimento al giustificato motivo oggettivo. Il caso in cui il licenziamento sia disposto per un motivo di riduzione di costi, o per mero incremento del profitto, rappresenta davvero una fattispecie riconducibile all'ipotesi di non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo oggettivo (perché, pur sussistendo un motivo economico – la riduzione dei costi o l'incremento del profitto, addotti dal datore, non sono fittizi – tale ragione non integra il giustificato motivo)?

Quell'ipotesi non dovrebbe piuttosto ritenersi rientrante nel caso della "manifesta insussistenza" del fatto posto a base del licenziamento, in quanto il fatto addotto (pur fenomenologicamente sussistente) esula dal novero dei fatti che legittimamente possono essere posti a base del licenziamento? Per fondare il licenziamento il fatto, prima di essere *esistente* deve essere giuridicamente ammissibile, ossia *pertinente* e inerente alla struttura concettuale dell'enunciato normativo di cui all'art. 3 l. n. 604 del 1966. La rilevanza della "manifesta insussistenza" è circoscritta, e non può che esserlo, a quei fatti che siano giudicabili come pertinenti per fondare un licenziamento; altrimenti non avrebbe senso discutere di un fatto che in sé non può essere posto a base del licenziamento.

Orbene, se quel fatto posto a base del licenziamento, pur sussistente, non è legittimamente adducibile dal datore per giustificare il recesso, perché non considerarlo come *insussistente* con conseguente applicazione della sanzione della reintegrazione?

Invero, insussistenza del fatto posto a base del licenziamento e ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo sono giuridicamente la stessa cosa, perché unico è il prisma attraverso cui l'ordinamento giuridico valuta il fatto. Il prisma – o, se si preferisce la "norma valutante" – è dato dall'art. 3 della legge n. 604 del 1966, rimasta invariata.

Altrimenti ragionando, per attribuire cioè una diversa funzione al fatto a seconda della sua dimensione (fenomenologica o giuridica) bisognerebbe modificare il concetto, logicamente precedente, di ragione sostanziale che legittima il licenziamento, ossia le ragioni di cui all'art. 3 l. n. 604 del 1966; ciò che il legislatore non ha fatto (o, meglio, ha *surrettiziamente* fatto).

La verità è, dunque, che fatto e valutazione giuridica del fatto, alla luce delle ragioni indicate dalla norma definitoria di cui all'art. 3 l. n. 604 del

([8]) Cfr. Cesarini-Sforza, *Ex facto jus oritur*, in *Studi filosofici-giuridici dedicati a G. Del Vecchio*, Modena, 1930, vol. I, pag. 95.

1966 sono inscindibili nella dimensione normativa, e la loro separazione nella disciplina degli effetti del licenziamento illegittimo comporta incertezze applicative e ambiguità concettuali insostenibili.

Non si comprende come il legislatore possa introdurre una valutazione differenziata e graduata del giustificato motivo oggettivo, che invece, sul piano della valutazione giuridica del fatto operata in base ai criteri dell'ordinamento giuridico preesistente e non modificato (art. 3 l. n. 604 del 1966), dovrebbe essere giudicato, all'esito dell'accertamento giurisprudenziale, come sussistente o non sussistente (*tertium non datur*).

Per comprendere meglio la fallacia metodologica in cui è incorso il legislatore, può essere utile il confronto con l'esperienza comparata. In Francia la magistratura è chiamata non solo a verificare la sussistenza della causa di licenziamento, così come tipizzata dal legislatore, ma anche a verificarne il carattere *reale* (oggettivo, esistente ed esatto) e *serio* (cioè sufficientemente importante). In questo modo, attraverso il controllo della *cause réelle et sérieuse*, da un lato viene apprezzata la realtà materiale, attinente alle difficoltà economiche o alla minaccia della competitività dell'impresa (così, ad esempio, non sussiste una *cause réelle* se l'imprenditore ha fatto ricorso sistematicamente a contratti a termine per coprire il posto del lavoratore licenziato), dall'altro la serietà della ragione, vale a dire la sua gravità ed importanza, onde, nonostante il riconoscimento della causa in termini di realtà, è possibile negare la legittimità del licenziamento per carenza in punto di serietà dello stesso.

Questa valutazione della ragione del licenziamento contiene inscindibilmente in sé gli elementi del fatto (la sua *realità*) e della sua importanza (la sua *serietà*) alla luce di un'operazione valutativa complessa ma unitaria. Talvolta, a conferma della inestricabile connessione tra fatto e sua valutazione, la realtà e la serietà del motivo si confondono: così quando la Corte afferma che "né la realizzazione di una cifra di affari minore né la decrescita dei benefici realizzati nello stesso periodo sono sufficienti a caratterizzare la *realtà* delle difficoltà economiche allegate" ([9]). In tal caso, benché sia evidente che i fatti allegati sono reali, provati ed esatti, le difficoltà non sono state giudicare serie, tali da rendere il licenziamento realmente necessario; ciononostante la giurisprudenza parla di un deficit di *realtà* delle ragioni addotte.

Orbene: con la nuova disciplina dell'art. 18, che apparentemente non modifica lo schema causale e la sua tipizzazione legale, la giustificazione del licenziamento viene vagliata dall'interprete secondo parametri di mi-

([9]) Cass. 10 luglio 1999; vedi per altre esemplificazioni E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du Travail*, Dalloz, 2012, pag. 413.

nore o maggiore approssimazione tipologica del fatto (la ragione che giustifica il licenziamento) al concetto normativo di giustificato motivo oggettivo; tale approssimazione sarà minore (o nulla) quando il fatto è manifestamente insussistente, sarà maggiore (ma non comunque tale da giustificare il licenziamento) quando il giudice riterrà di ravvisare le "altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo". Del pari, nel licenziamento per giustificato motivo soggettivo la approssimazione sarà minore se il fatto contestato è insussistente, sarà maggiore nelle "altre ipotesi" in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro.

A ben vedere, quindi, la nuova disciplina si appalesa non solo quale espressa riscrittura dell'apparato sanzionatorio, ma anche surrettizia riscrittura del concetto normativo di giustificato motivo oggettivo. Mentre sino ad oggi questa nozione costituiva un *unicum* in cui fatto e valutazione giuridica del fatto erano inscindibilmente connessi alla luce delle "ragioni" di cui all'art. 3, l. n. 604 del 1966, ora il concetto di giustificato motivo oggettivo appare strutturato attorno ad una doppia e *disgiunta* concezione delle ragioni contemplate dalla fattispecie legale: prima quella fattuale, centrata sulla esistenza del fatto, indi quella normativa, centrata sulla riconducibilità del fatto ai parametri legali tipici del giustificato motivo oggettivo.

La prima valutazione (meramente fattuale) esclude in radice la rilevanza del fatto, in quanto insussistente sul piano fenomenologico. La seconda valutazione (tipicamente normativa) apprezza il fatto (in questo caso fenomenologicamente sussistente) per verificarne la congruenza con le categorie normative del giustificato motivo oggettivo. Il giudizio di approssimazione del fatto al tipo normativo di giustificato motivo oggettivo comporta non solo diverse conseguenze sul piano rimediale, ma pure una inedita scomposizione del concetto normativo di giustificato motivo oggettivo, apprezzabile disgiuntamente nella sua "realità materiale" (sussistenza/insussistenza sul piano fenomenologico) e nella sua "realtà giuridica" (il fatto fenomenologicamente sussistente ma non integrante gli estremi del giustificato motivo oggettivo).

Questa operazione di riscrittura surrettizia deve essere debitamente analizzata per disvelarne le aporie concettuali e correggerne interpretativamente gli esiti.

È necessario, cioè, ribadire che il fatto e la sua valutazione sono, e non possono che essere, elementi inscindibili della dialettica tra fatto e valore, traendone le dovute conseguenze ermeneutiche. È quanto ha fatto il Tribunale di Bologna con riferimento alla fattispecie del giustificato motivo soggettivo, in un'ordinanza che dimostra al contempo la ritrosia del giudice a valutare il fatto nella sua materialità, e la perdurante attitudine ad ap-

prezzare il fatto, non limitandosi a verificarne l'esistenza fenomenologica (e applicare la sanzione indennitaria) ma valutandone le caratteristiche alla luce dei principi generali dell'ordinamento civilistico, per trarne le conseguenze in termini di *inesistenza* del fatto contestato (e applicazione della sanzione di reintegrazione) ([10]). È evidente che il giudizio di inesistenza qui non ha nulla a che vedere con la constatazione fenomenologica del non – essere – del fatto, ma con la sua manchevole sussunzione nella fattispecie qualificata dalla norma. Ciò che più importa, di questo pronunciamento, è che il giudice ha espressamente affermato che la norma, parlando di fatto, fa necessariamente riferimento al "fatto giuridico", non al fatto materiale.

Proviamo allora a ripercorrere, sulla base di queste acquisizioni, il tema delle conseguenze del licenziamento illegittimo, con particolare riferimento alla questione della asserita riduzione dell'area della reintegrazione. Secondo le letture del nuovo sistema sin qui circolate, la sanzione indennitaria rappresenterebbe ormai il rimedio normalmente esperibile a fronte di un licenziamento illegittimo, mentre la reintegrazione si connoterebbe quale rimedio eccezionale, applicabile in via residuale, in quanto il nuovo art. 18 attribuisce prevalenza alla prima rispetto alla seconda. In questa prospettiva, la tassatività delle ipotesi in cui opera la reintegrazione rende quest'ultima un'eccezione rispetto alla regola.

La riforma avrebbe quindi pienamente realizzato il rovesciamento della prospettiva sin qui coltivata dal sistema giuslavoristico italiano, fondato sul risarcimento in forma specifica o per equivalente, di cui la Cassazione a Sezione Unite ha sottolineato la coerenza sistematica sia con i principi generali dell'ordinamento, sia con il diritto del prestatore al proprio posto di lavoro, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost; diritto che "subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma" ([11]).

Invero, alla luce del nuovo art. 18 in caso di licenziamento illegittimo per mancanza di giusta causa o di giustificato motivo la reintegrazione può essere disposta solo nelle tre ipotesi espressamente individuate dal legislatore: per il licenziamento disciplinare in caso di "insussistenza del fatto contestato" o se "il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili"; per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo in caso di "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento". Si tratta, come è stato osservato, di fattispecie caratterizzate

([10]) Trib. di Bologna, Sez. lav., ord. 15 ottobre 2012, in questo fascicolo, pag. 907 e segg., ed ivi le condivisibili considerazioni di F. Caringi, *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, pag. 773 e segg.

([11]) Cass. Sez. Un. 10 gennaio 2006, n. 141.

per la totale "pretestuosità" del licenziamento, ovvero di casi accomunati dal fatto che il datore ha preteso comminare il recesso giustificandolo con ragioni sprovviste di oggettivo riscontro fattuale.

Questa tesi, a prima vista convincente, non affronta minimamente il problema, sopra discusso, dello sdoppiamento, che si assume legislativamente avvenuto, tra fatto e sua valutazione, nel senso che tutto ciò che, in termini di giustificazione del recesso, riguarda la valutazione di un fatto realmente esistente, ma non integrante gli estremi della fattispecie legale tipica, automaticamente sfugge all'area della reintegrazione.

Se la giurisprudenza accoglierà la tesi della scomposizione tra fatto e sua valutazione, la prospettiva in esame risulterà confermata. Ma è possibile – e l'ordinanza bolognese lo conferma – che il diritto vivente smentisca questa ricostruzione, rendendo ben più incerta e problematica l'asserita prevalenza della tutela indennitaria rispetto a quella reintegratoria.

4. – Per quanto concerne il licenziamento per giustificato motivo oggettivo molto dipenderà, in particolare, dalla collocazione del *repechage* nell'una o nell'altra dimensione (fatto o sua valutazione). Posto che l'obbligo di *repechage* continua a rappresentare un presupposto di legittimità del licenziamento – un " elemento costitutivo della fattispecie del giustificato motivo oggettivo sulla quale il legislatore non è intervenuto "([12]) – il datore di lavoro dovrà dedurre tra i fatti posti alla base del recesso anche l'impossibilità di ricollocare il dipendente, fornendo la prova dell'inesistenza di posizioni di lavoro alternative cui adibirlo, anche mediante "elementi presuntivi ed indiziari" (mentre il lavoratore dovrà contribuire all'accertamento del *repechage* "mediante l'allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli poteva essere utilmente ricollocato") ([13]).

Orbene, qualora venga accertata che la realità della soppressione del posto di lavoro, ma non adempiuto l'obbligo di *repechage* (avendo il lavoratore allegato l'esistenza di altre soluzioni occupazionali all'interno dell'azienda che consentono la sua assegnazione a mansioni equivalenti), la fattispecie si colloca nell'area della "manifesta insussistenza" del fatto posto a base del licenziamento, ovvero in quello delle altre ipotesi che non integrano gli estremi del giustificato motivo oggettivo? Come si è visto, una soluzione nel primo senso è fondamente sostenibile. Benché di origine giurisprudenziale, il *repechage* può infatti dirsi per diritto vivente un attributo normativo sostanziale nella definizione di giustificato motivo oggettivo:

([12]) Marazza, op. cit.

([13]) Cass. 8 febbraio 2011, n. 3040, in *CED Cassazione,* 2011; Cass. 18 marzo 2010, n. 6559, in *CED Cassazione*, 2010; Cass. 22 ottobre 2009, n. 22417, in *Mass. Giur. It.*, 2009.

non adempiendo all'obbligo di ricollocare utilmente il lavoratore nell'organizzazione produttiva, il datore pone in essere un recesso illegittimo per carenza di giustificazione.

Nella nuova cornice normativa si può sostenere che il *repechage*, in quanto attinente alla dimensione del "fatto" organizzativo, rimane coessenziale alla valutazione della "manifesta insussistenza" del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo: se il *repechage* è possibile, il fatto posto a base del licenziamento dovrebbe essere valutato come manifestamente insussistente. Infatti, qualora il *repechage* venga utilmente realizzato, il "fatto" posto a base del licenziamento (cioè la soppressione del posto di lavoro) viene materialmente meno, in quanto risulta materialmente e giuridicamente assorbito nella utile ricollocazione del prestatore in altra postazione aziendale ([14]). Si faccia l'esempio classico del licenziamento per soppressione di una funzione aziendale: se il *repechage* è materialmente possibile, il fatto posto a base del licenziamento è insussistente, in quanto la soppressione della funzione aziendale in realtà è di fatto annullata dalla nuova postazione di lavoro cui il lavoratore viene adibito. Questa visione non dovrebbe contrastare con la *ratio* del disposto, in quanto la "manifesta insussistenza" del fatto posto a base del licenziamento deve essere giudicata in una prospettiva che tenga conto della struttura teleologica della norma, che è rimasta immutata, in quanto volta ad identificare delle ragioni tecniche-organizzative che giustificano l'esercizio del potere imprenditoriale ([15]).

5. – Decisivo sarà, inoltre, il "regolamento di confini" tra le due dimensioni (quella della "manifesta insussistenza" e quella riferibile alle altre ipotesi), da cui dipenderà la collocazione nell'una o nell'altra dimensione delle singole fattispecie concrete individuate dalla giurisprudenza. Per esempio: secondo costante giurisprudenza il licenziamento per *riorganizzazione aziendale* è consentito, ma non per mero intento di incremento dei profitti, in quanto il giustificato motivo deve essere determinato "non da un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale, ma dalla necessità di procedere alla soppressione del posto o del reparto cui è addetto il singolo

([14]) Per F. Scarpelli, *Il licenziamento giustificato motivo oggettivo*, il repechage è un elemento di fatto; anche V. Speziale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. It. Di. Lav*., 2012, 3, I, pag. 552 e segg., sulla scorta dei principi costituzionali, giunge a ritenere che il mancato repechage comporta la sanzione della reintegrazione; contra T. Treu, op. cit.

([15]) Anche in Francia il *reclassement* consacrato dall'art. L. 1233-4 del C. Trav.) è condizione per il giudizio di esistenza di un causa reale e seria, subordinata alla dimostrazione da parte dell'imprenditore dell'impossibilità di ricollocare il lavoratore licenziato.

lavoratore, soppressione che non può essere meramente strumentale a un incremento di profitto, ma deve essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti" ([16]).

Orbene, il caso del licenziamento per mero incremento del profitto, sino ad oggi considerato motivo illegittimo di licenziamento, rientrerà tra i fatti manifestamente insussistenti o tra le altre ipotesi che non integrano il giustificato motivo oggettivo? Ancora: in caso di riorganizzazione aziendale, ma in assenza di una grave difficoltà economica cui far fronte, il rimedio dovrà essere la reintegrazione del lavoratore o il semplice indennizzo?

I quesiti potrebbero riproporsi per tutte le tipizzazioni di giustificato motivo oggettivo sedimentate dal diritto vivente nei lunghi anni di applicazione dell'art. 18 vecchio testo. Dalle risposte a questi quesiti dipenderà, in concreto, il grado di innovazione del legislatore "imprevidente" di fronte al giudice, "prudente conservatore" (per riprendere il titolo del saggio di F. Carinci). È evidente che nella nostra prospettiva, in cui la artificiosa distinzione tracciata dal legislatore tra fatto e sua valutazione deve essere ricomposta dalla giurisprudenza alla luce della nozione di *fatto giuridico*, il regolamento dei confini non va nella direzione di un deciso ampliamento della tutela indennitaria rispetto a quella reintegratoria, ma, al contrario, in una più equilibrata coesistenza tra le due prospettive rimediali.

([16]) Cass. 12514/2004 e di recente 19616/2011.