



La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura *conforme* a costituzione

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 175/2013

© Michele De Luca 2013
Corte suprema di cassazione
micheledelucacass@tin.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura *conforme* a costituzione^{α αα}

Michele De Luca
Già Presidente titolare della sezione lavoro della
Corte suprema di cassazione

1. Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti: da uno *storico monito* della Corte costituzionale alla recente *riforma della tutela reale* (legge n. 92 del 2012)..... 2
2. Incidenza sulla tutela reale riformata di norme che non risultano investite dalla riforma: permanente vigenza del principio secondo cui *“il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (.....) o per giustificato motivo”* 9
3. Segue: permanente vigenza delle regole sul riparto dell’onere probatorio.....14
4. Licenziamenti discriminatori: fra conservazione della *tutela reale originaria* e riproposizione di vecchi problemi.16

^α Il testo ripropone, in sintesi, la rielaborazione – corredata di note essenziali – di: relazione al corso di formazione su *La disciplina del licenziamento fra tradizione e innovazione*, organizzato dalla Scuola superiore della magistratura (Villa di Castel Pucci, Scandicci, sede della Scuola, 25-27 marzo 2013); Conclusioni (spunti delle) al seminario *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, organizzato dalla Università di Parma – Dipartimento di giurisprudenza *“in onore di Michele De Luca”* (Parma, Aula magna, 19 aprile 2013).

^{αα} In corso di pubblicazione su ADL.

1. Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti: da uno *storico monito* della Corte costituzionale alla recente *riforma della tutela reale* (legge n. 92 del 2012).

In principio, è uno *storico monito* della Corte costituzionale: una sorta di *mito fondativo* del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti *illegittimi*.

Ne ispira la *fondazione*, appunto, e concorre ad ispirarne la evoluzione diacronica – che risulta affidata, essenzialmente, al fecondo dialogo tra Corte costituzionale e legislatore¹ – e ad integrare il parametro di valutazione del *cammino a ritroso*², che – al nostro sistema di tutela – è stato impresso dalla recente riforma della *tutela reale*.³

Si tratta, quindi, di ripercorrere – in sintesi – la *storia del passato*, per attingervi elementi utili alla *lettura* del presente e delle prospettive.

1.1. Correva l'anno 1965.

La Corte costituzionale⁴ aveva già espunto – dal novero dei *principi fondamentali*, che limitano la potestà legislativa delle regioni (anche) a statuto speciale⁵ – la *recedibilità ad nutum* del datore di lavoro (art. 2118 c.c.).

¹ Vedi M. DE LUCA, *La tutela differenziata contro il licenziamento illegittimo*, Milano, 1991, spec. capitolo primo; ID, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, Riv. It. dir. lav. 2013, I, 1ss., spec. § 6.

²Vedi F. MANCINI, Commento dell'art. 4 Cost., in Commentario della Costituzione a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 232 ss., spec. 240 ss..

³ Vedi, per tutti, M.DELUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: F. Vedi, per tutti, M.DELUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori – che costituisce lo sviluppo del (suo) pensiero, riprendendo ed ampliando quanto già scritto in saggi precedenti* – in corso di pubblicazione su WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT e su ADL, al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁴ Vedi Corte cost. n. 7 del 1958, in Foro it., 1958, I, 844.

⁵ Sui principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, quali limiti alla potestà legislativa delle regioni ad autonomia differenziata, oltre a Corte cost. n. 7 del 1958, cit., vedi: M.DE LUCA, *Il lavoro nel diritto regionale: tra statuto della regione siciliana e recenti modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione (note minime)*, in Foro it., 2002, V, 260, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; ID., *Il lavoro nel diritto regionale: recenti modifiche del titolo quinto della parte seconda della costituzione e regioni a statuto speciale*, in Dir.Lav., 2003, n.3, I, 199; ID., *Fonti di diritto regionale del lavoro*, Padova, 1988; E.

Veniva ora chiamata a scrutinarne la compatibilità con la garanzia costituzionale del *diritto al lavoro* (art. 4 Cost.).

1.2. La pronuncia fu di rigetto.⁶

E riposa sulla *ratio decidendi* seguente:

“L’art. 4 Cost., come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di una occupazione” – argomentava, infatti, la Corte a sostegno del rigetto della questione di costituzionalità dell’art. 2118 c.c. (12) – “così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico necessario presupposto”.

1.3. Tuttavia la motivazione – significativamente richiamata in dispositivo, quale *limite* della pronuncia di rigetto – reca un *monito* al legislatore del tenore letterale seguente:

“la garanzia costituzionale (art. 4) del “diritto al lavoro” esige che il legislatore, nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale, adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie – particolarmente per quanto riguarda i principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell’ordinamento giuridico con efficacia erga omnes, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tenere conto anche nell’interpretazione ed applicazione del diritto vigente – e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti”.

1.4. All’evidenza, non pare revocabile in dubbio che il legislatore sia stato *“stimolato ad agire dalla citata sentenza del 1965 – ambigua quanto si vuole, ma decisiva nella storia del nostro diritto del lavoro”⁷* – nell’introdurre, appena un anno dopo, la tutela c.d. «obbligatoria» (l. 604/66) e, quattro anni più tardi, la tutela c.d. «reale» (art. 18, 35 l. 300/70) contro i licenziamenti individuali, pur conservando, tuttavia, un’area residuale di recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro (art. 2118 c.c.).

Anche a voler prescindere dall’efficacia vincolante per il legislatore – che connota, quantomeno sul piano politico, qualsiasi pronuncia della

LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, CEDAM, 2005, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; S. BARTOLE, Commento dell’art. 116 Cost., in Commentario della Costituzione a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1985, 107.

⁶ Vedi Corte cost. n. 45 del 1965, in Foro it., 1965, I, 1118.

⁷ Il rilievo è di MANCINI, op. cit., 239.

Corte costituzionale⁸ – non può sfuggire, infatti, la coerenza dell'intervento legislativo con il «monito» della corte.

L'introduzione del principio di «giustificazione» del licenziamento individuale – sia pure limitatamente all'«area delle tutele» – attuava, infatti, quelle «doverose garanzie» e quegli «opportuni temperamenti» auspicati dalla Corte (e realizzava ope legis, sia detto per inciso, un risultato sostanzialmente equipollente a quello perseguito, in dottrina, attraverso la «lettura costituzionale» dell'art. 2118 c.c. o la c.d. «concezione causale» del licenziamento)⁹.

La nullità del licenziamento discriminatorio – prevista sin dal primo intervento del legislatore (art. 4 l. 604/66) – attuava, poi, quella garanzia, che la stessa corte auspicava – «particolarmente» – per la tutela della libertà sindacale, politica e religiosa: la *nullità* dei *licenziamenti discriminatori* e la continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro – che ne consegue – costituisce, all'evidenza, una tutela più intensa rispetto alla *tutela obbligatoria* introdotta contestualmente.

Il «seguito» legislativo – al primo *monito* della Corte costituzionale – non ne esauriva il fecondo «dialogo» con il legislatore¹⁰, che – in tema di licenziamento – risulta successivamente intensificato ed esteso alla giurisprudenza ordinaria.¹¹

Alla *generalizzazione* della *giustificazione* dei licenziamenti individuali (ai sensi della legge 11 maggio 1990, n. 108), tuttavia, concorre – con i *moniti* della Corte costituzionale – l'*intenzione del legislatore* di *bloccare* il

⁸ Sul rapporto tra pronunce (anche «monitorie») della Corte costituzionale ed interventi «conseguenziali» del legislatore, vedi, per tutti: A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano, 1988; ID., *Storia di un «falso» - L'efficacia «inter partes» delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990; AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari. Laterza. 2012, *passim*.

⁹ Sulla «lettura costituzionale» dell'art. 2118 c.c. – proposta in dottrina, sin dagli anni '50 del secolo scorso – vedi, per tutti, la ricostruzione di F. MANCINI, *Commento dell'art. 4 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 232. A conclusioni sostanzialmente analoghe, tuttavia, sembra pervenire la c.d. «concezione causale» del licenziamento: v. A. CESSARI, «Iura» e «leges nella disciplina dei licenziamenti individuali», in *Riv. dir. lav.*, 1979, I, 105.

¹⁰ Sul carattere «dialogico» del c.d. diritto giurisprudenziale, vedi, per tutti, L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975, 465 ss.

¹¹ Vedi, per tutti, M.DE LUCA; *La tutela differenziata contro il licenziamento illegittimo*, Milano, Giuffrè, 1991, *capitolo I*.

referendum abrogativo volto, sostanzialmente, a *generalizzare* la tutela reale, rimuovendo ogni limite al campo di applicazione.¹²

1.5. L'intensificazione progressiva della *tutela* contro i licenziamenti – che ne aveva connotato l'evoluzione diacronica, in uno con la estensione del campo d'applicazione – subisce un brusco *cammino a ritroso* con la recente riforma della *tutela reale* (legge n. 92 del 2012).¹³

E ben vero, infatti, che la *tutela reale* (di cui all'articolo 18 S.L., nel testo originario) non solo è rimasta immutata per i licenziamenti *discriminatori*, ma risulta esplicitamente estesa ad altri licenziamenti *nulli* (commi 1-3 dello stesso articolo 18 SL *novellato*), compresi quelli che, in precedenza, davano luogo soltanto alla continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro.¹⁴

Per gli altri *licenziamenti illegittimi*, tuttavia, la *tutela* è stata ridimensionata.¹⁵

Ne risulta, così, riproposta la differenza di *tutela* – tra *licenziamenti discriminatori*, appunto, ed altri *licenziamenti illegittimi* – che aveva connotato – in sostanziale coerenza con lo *storico monito* della Corte costituzionale (ricordato in apertura) – la stagione (1966-1970) e, successivamente, l'area della tutela obbligatoria (vedi *retro*).

Il ridimensionamento della *tutela reale* – ora imposto, dalla recente riforma (legge n. 92 del 2012), per i *licenziamenti illegittimi* diversi da quelli *discriminatori* (o ad essi equiparati) – ne comporta, tuttavia, un brusco *cammino a ritroso*.

1.6. Eppure *“la liceità di un suo cammino a ritroso”* – che, allora, *“dati (i) rapporti di forza tra i grandi aggregati sociali e politici, sarebbe (stato)*

¹² Vedi M. DE LUCA M., *Licenziamenti individuali nelle «piccole imprese»: la nuova legge «blocca» il referendum* (Nota a Cass. uff. centr. referendum, [ord.], 21 maggio 1990, Comitato promotore referendum abrogativo art. 35 l. 300/70), in Foro it., 1990, I, 1875.

¹³ Vedi, per tutti, M. DELUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

¹⁴ La nullità dava luogo soltanto alla continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro, ad esempio, nei casi di licenziamento per causa di matrimonio oppure in periodo di divieto per gravidanza o puerperio : vedi, per tutte, Cass. 10 luglio 2009, n. 16305 (Foro it. 2010, I, 103, con nota di richiami, alla quale si rinvia) e, rispettivamente, Cass. 16 febbraio 2007, n. 3620 (ID, 2007, I, 1453, con nota di richiami, alla quale si rinvia).

¹⁵ Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., passim.

probabilmente condannato all'insuccesso" – era stata ritenuta "per lo meno controversa".

Infatti, ponendo l'articolo 18 dello statuto dei lavoratori, il legislatore *"non ha fatto che adempiere un preciso dovere prescrittogli (dall'articolo 4 della costituzione)o – per usare il più guardingo linguaggio della Corte costituzionale – (ha sostanzialmente adempiuto l'obbligo, impostogli dalla stessa norma costituzionale, di) "circondare di doverose garanzie (....) e di opportuni temperamenti i casi in cui si rende necessario far luogo a licenziamenti (Corte cost. n. 45/65)"*.¹⁶

Il rilievo risulta, tuttavia, trascurato – forse perché non prospettato – dalla Corte costituzionale.¹⁷

Infatti – negando la *costituzionalizzazione* della *tutela reale*, nella sentenza di *ammissibilità* della richiesta di referendum abrogativo della disposizione che ne reca la previsione (art. 18 l. 20 maggio 1970 n. 300, come modificato dall'art. 1 l. 11 maggio 1990 n. 108, secondo la riformulazione del *quesito referendario*, proposta dall'ufficio centrale per il referendum, costituito presso la Corte di cassazione, con ordinanza del 7-13 dicembre 1999)¹⁸ – ha sostanzialmente escluso, sia pure in forma implicita, che *"la liceità di un suo cammino a ritroso sarebbe per lo meno controversa"*.

Peraltro la garanzia della *carta dei diritti fondamentali dell'unione europea* (di cui all'articolo 30, paragrafo 1, *trattatizzato* ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE) copre, bensì, il diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*.

Non si estende, tuttavia, alla *tutela reale*, che resta, quindi, affidata – alla *discrezionalità* del nostro legislatore ordinario – anche nel vigore della *Carta*.¹⁹

Comunque, il *cammino a ritroso* – impresso, dalla riforma, alla *tutela reale* – non incide, tuttavia, sull'obbligo di *giustificazione* dei licenziamenti, che peraltro risulta ora garantito dalla *Carta*.

In altri termini – anche dopo la riforma – *"il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta (.....) o per giustificato motivo"* (ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 604 del 1966, in relazione all'articolo 2119 c.c. e dall'articolo 3 della stessa legge).

¹⁶ Vedi G.F. MANCINI, *Commento dell'articolo 4 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *commentario della Costituzione, Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, 199, ss., spec.240 ss.

¹⁷ Vedi Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46, in Foro it. 2000, I, 1401, con nota di M. DE LUCA, *Tutela reale contro i licenziamenti e referendum: dieci anni dopo*.

¹⁸ Vedi Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46, cit.

¹⁹ Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 5.

E la prospettata garanzia della *Carta* rende il diritto dei lavoratori – alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* – insuscettibile di qualsiasi *cammino a ritroso*.

Coerentemente, la *giustificazione* del licenziamento non può assumere – al fine dell'accesso alla *tutela forte*, fra quelle che risultano ora alternativamente previste (dal nuovo testo dell'art. 18 S.L., commi 4 ss.) per i *licenziamenti illegittimi* diversi da quelli *discriminatori* – una funzione subordinata rispetto alla *sussistenza del fatto*, che ne sia stato addotto a motivazione.

In altri termini, la *motivazione* del licenziamento non può, in nessun caso, *prevalere* – al fine dell'accesso alla *tutela forte* – sulla *giustificazione*, che risulterebbe, di conseguenza, deputata a *legittimare* soltanto l'accesso alla *tutela debole*.

1.7. La giurisprudenza costituzionale, tuttavia, offre elementi ulteriori – per l'interpretazione, *conforme a costituzione*, della riforma della *tutela reale* (legge n. 92 del 2012)²⁰ – anche laddove impone, sostanzialmente, il *canone della coerenza* – quale *espressione del principio di eguaglianza di trattamento* – tra (la disciplina di) sanzioni conservative e *licenziamenti disciplinari* – a prescindere da qualsiasi *richiamo* –assumendo, peraltro, la *nozione ontologica* degli *illeciti* rispettivamente sanzionati.²¹

Ne risulta, infatti, dichiarata la *illegittimità costituzionale* di alcune disposizioni (commi primo secondo e terzo) dell'articolo 7 dello statuto dei lavoratori (*sanzioni disciplinari*), *“interpretati nel senso che siano inapplicabili ai licenziamenti disciplinari, per i quali detti commi non siano espressamente richiamati dalla normativa legislativa, collettiva o validamente posta dal datore di lavoro”*.

E la *ratio decidendi* riposa sui passaggi essenziali seguenti:

- *“la risposta affermativa – alla questione d legittimità costituzionale, appunto – deve essere data da chiunque ravvisi il valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un Paese civile nella coerenza tra le parti di cui si compone; valore nel dispregio del quale le norme che ne fan parte degradano al livello di gregge privo di pastore: canone di coerenza che nel campo delle norme di diritto è l'espressione del*

²⁰ Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., *passim*.

²¹ Vedi Corte costituzionale 30 novembre 1982, n. 204, in Foro it., 1983, I, 855, con nota di M. DE LUCA., *I licenziamenti disciplinari dopo l'intervento della corte costituzionale: profili problematici e prospettive*.

Vedi, altresì, M. DE LUCA M., *I licenziamenti disciplinari dalla corte costituzionale alle sezioni unite: opzione per la tesi «ontologica», chiara definizione di ruoli, coerente assetto di fonti* (Nota a Cass., sez. un., 1 giugno 1987, n. 4823), ID., 1987; I, 2012.

principio di eguaglianza di trattamento tra eguali posizioni sancito dall'art. 3".

- *Orbene, l'art. 7 comma primo ha sancito il principio fondamentale, per il quale chi è perseguito per una infrazione, deve essere posto in grado di conoscere l'infrazione stessa e la sanzione.*
- *L'art. 7 commi secondo e terzo, poi, raccoglie il ben noto sviluppo - ad un tempo socio-politico e giuridico formale - che ha indotto ad esigere come essenziale presupposto delle sanzioni disciplinari lo svolgersi di un procedimento, di quella forma cioè di produzione dell'atto che rinviene il suo marchio distintivo nel rispetto della regola del contraddittorio: *audiatur - lo si ripete - et altera pars.**
- *Rispetto che tanto più è dovuto per quanto competente ad irrogare la sanzione è (non già - come avviene nel processo giurisdizionale - il giudice per tradizione e per legge "super partes", ma) la una pars.*
- *Una volta introdotta con i commi secondo e terzo l'osservanza del contraddittorio tra datore e lavoratore quale indefettibile regola di formazione delle misure disciplinari, l'escluderne il licenziamento disciplinare sol perché la sua normativa non richiama l'art. 7 suona offesa dell'art. 3 pur a prescindere dalla maggiore gravità del licenziamento rispetto alle altre misure disciplinari.*
- *Né ad attingere opposto avviso vale richiamare la tradizione legislativa o collettiva caratterizzata dalla posizione di distinti principi per il licenziamento e le altre misure disciplinari perché siffatta tradizione, se può essere di qualche peso sul piano dell'interpretazione, non è idonea a fare della l. 604/1966 (e dell'art. 18 comma primo l. 300/1970) una norma di grado superiore, che valga a porre in forse l'applicazione del canone di coerenza".*²²

Palesamente in contrasto con il prospettato *canone di coerenza* – fra la disciplina di sanzioni conservative, appunto, e di licenziamenti disciplinari – risulta qualsiasi disposizione che, comunque, la subordini a previsioni o richiami espressi della *"normativa legislativa, collettiva o validamente posta dal datore di lavoro"* oppure a *nozioni formalistiche* – e non *ontologiche* – degli *illeciti disciplinari*, che ne risultino rispettivamente sanzionati.²³

²² Così, testualmente, Corte costituzionale 30 novembre 1982, n. 204, cit.

²³ Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3.

2. Incidenza sulla tutela reale riformata di norme che non risultano investite dalla riforma: permanente vigenza del principio secondo cui “il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (.....) o per giustificato motivo” .

La riforma non ha modificato (arg., *a contrario*, ex art. 1, commi 37 ss.) – per quel che qui interessa – le *norme sui licenziamenti individuali* (legge n. 604 del 1966), laddove stabiliscono che “*il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell’articolo 2119 del Codice civile o per giustificato motivo*”.²⁴

E la prospettata garanzia della *Carta* rende il diritto dei lavoratori – alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* – insuscettibile di qualsiasi *cammino a ritroso*.

Né può sfuggirne il rilievo al fine del discrimine – tra *tutela* (anche) *reintegratoria*, appunto, e *tutela meramente indennitaria* – per licenziamenti (disciplinari ed economici) *illegittimi*.

2.1. C’è da domandarsi, infatti, se il giudice possa prescindere, ai fini dell’accesso alla *tutela* (anche) *reintegratoria*, dalla *sussunzione* del fatto – addotto a motivazione del licenziamento – nella clausola generale di giusta causa o di giustificato motivo.²⁵

²⁴ Articolo 1, in relazione all’articolo 3 della stessa legge ed all’articolo 2119 c.c..

²⁵ Sul punto vedi A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, in Riv. It. dir. lav., 2012, I, 415 ss, spec. 436, 437, laddove si legge: “una sanzione più forte (quella della reintegrazione) più rigorosa ed incisiva se il fatto che ha determinato il licenziamento non sussiste, cioè quando la verifica del giudice viene effettuata senza alcuna discrezionalità (il fatto c’è o non c’è); mentre la sanzione è “ridotta” (l’indennità risarcitoria) allorché il giudice dovrà valutare se il fatto, pur esistente, sia tale da integrare o meno la causa legittimante il licenziamento. (.....). Infatti, a fronte di un licenziamento illegittimo per difetto di giusta causa o giustificato motivo, la reintegrazione può essere invocata solo in tre ipotesi individuate dal nuovo articolo 18 sulla base di specifiche caratteristiche. Per il licenziamento disciplinare, in caso di: a) insussistenza del fatto contestato; b) o se il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni della legge (il riferimento alla “legge”, tuttavia, risulta espunto nel testo definitivo della riforma: n.d.e.), dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili e, nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, c) allorché sia manifesta l’insussistenza del fatto posto a base di tale licenziamento”.

Vedi, altresì, P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in *Liber amicorum M. Pedrazzoli*, F. Angeli, Milano, 2012; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012; T. Treu *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in corso di pubblicazione sul n.1/2013 del Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali.

In senso contrario, vedi: R. RIVERSO, *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, in corso di pubblicazione in Arg. dir. lav., Lav. Giur., Dir. Prat. Lav..

La risposta negativa pare imposta dalla permanente vigenza della disposizione ricordata ed – ancor più, se possibile – dalla sua *conformità* alla Carta.²⁶

Agevole pare, peraltro, *conciliare* la conclusione ora proposta, da un lato, e l'esplicito collegamento, dall'altro, della *tutela* (anche) *reintegratoria* alla *insussistenza* oppure alla *manifesta insussistenza* del fatto, addotto a motivazione del licenziamento (commi 4 e 7 dell'art. 18 S.L riformato).²⁷

Infatti la *insussistenza* o la *manifesta insussistenza* – per risultare conforme al principio secondo cui “*il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (.....) o per giustificato motivo*” – non può non riguardare il difetto – nel *fatto*, addotto a motivazione del licenziamento – di elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo.

2.2. La stessa conclusione, tuttavia, pare imposta dalla interpretazione – *conforme a costituzione*²⁸ – della disciplina in materia (commi 4 ss. dell'articolo 18 riformato SL, cit).

Vedi, altresì, V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP CSDLE “Massimo D'Antona. IT – 165/2012, in corso di pubblicazione, con il titolo *Licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, i F. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, Cacucci 2013;

F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 6, pag. 1103 e segg. e in *Lav. Giur.*, 2013, 1, pag. 5 e segg., prospetta, poi, una *via mediana*, che risulta così sintetizzata:

Parimenti sembra prospettare una *terza via* – sebbene si dichiari in linea con la “*tesi del mero fatto materiale, cui è estraneo ogni profilo valutativo*” (sostenuta da MARESCA e dalla dottrina conforme) – R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in in Riv. It. Dir. lav., 2012, 1, 1064.

Per riferimenti ulteriori sul medesimo punto, vedi:

M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese : riflessioni su un compromesso necessario*, cit., passim, spec.nota11, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

²⁶In tal senso, vedi, per tutti, M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese : riflessioni su un compromesso necessario*, cit., passim, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

²⁷ Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3.

²⁸ Sul punto, vedi M. DE LUCA, *L'interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, in *Foro it.*, 2009, V, 422, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: I. CIOLLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a costituzione*, in *Rivista telematica giuridica*

Palese risulta, invero, il contrasto – con il prospettato *canone della coerenza*, quale *espressione del principio di eguaglianza di trattamento* – di qualsiasi opzione ermeneutica contraria.

Infatti la *tutela* (anche) *reintegratoria* dipenderebbe, secondo l'opzione disattesa ²⁹, dalla *insussistenza* (o *manifesta insussistenza*) del *fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – a prescindere dalla *sussunzione* – nelle clausole generali di giusta causa o giustificato motivo – e, comunque, dalla gravità del fatto medesimo.

Lungi dal risultare *graduale* – in relazione alla effettiva gravità del *fatto* – la scelta, tra tutela *forte* e *debole* (anche *reintegratoria*, appunto, e *meramente* indennitaria), dipenderebbe – in via esclusiva – dalla *motivazione* del licenziamento.

In altri termini, la scelta del *tipo di tutela* – tra quelle alternativamente prospettate – resterebbe affidata al datore di lavoro.

Infatti la *motivazione* del licenziamento – da lui adottata – identificherebbe il *fatto*, dalla cui *sussistenza* dipenderebbe, in via esclusiva, la scelta del *tipo di tutela*.

2.3. Parimenti incompatibile – con il prospettato *canone della coerenza*, tra la disciplina di sanzioni conservative e licenziamenti disciplinari – sembra qualsiasi riferimento alla *nozione formalistica* rispettiva.

Tale ipotesi sembra ricorrere, invero, nel riferimento esplicito (di cui la comma 4 dell'articolo 18 S.L. *reformato*) – a "*previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*" – per stabilire se rientri – "*tra le condotte punibili con una sanzione conservativa*" – il *fatto* addotto a motivazione di licenziamento disciplinare e, come tale, dia luogo – nonostante la *sussistenza* – alla *tutela (anche) reintegratoria*.

Agevole pare, tuttavia, una interpretazione *conforme a costituzione* – che assegni rilievo alla *nozione ontologica* (di cui all'articolo 2106 c.c.) di condotta punibile con sanzione conservativa – senza risultare, per questo, inconciliabile con il tenore letterale della disposizione.

Il riferimento esplicito – a "*previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*" – ne potrebbe, infatti, riguardare (eventuali) deroghe – *in melius*, a favore del lavoratore – della nozione legale di giusta causa e di giustificato motivo.

dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC), n.1/2012, del 28 marzo 2012; E. LAMARQUE, *The Italian Courts and interpretation in conformity with the constitution, EU law and the ECHR*, ID. n. 4/2012, del 13 novembre 2012, al quale si rinvia per riferimenti aggiornati.

²⁹Vedi riferimenti a nota 25.

2.4. A sostegno della soluzione prospettata soccorre, tuttavia, anche il *canone ermeneutico* – e, ad un tempo, *argomento interpretativo – ab absurdo* (o *apagogico*).³⁰

Infatti la *tutela (anche) reintegratoria* sarebbe negata – alla luce della opzione ermeneutica disattesa – nel caso in cui – a motivazione di licenziamento disciplinare – fosse addotto un *fatto lecito*.

Ove ne risulti la *sussistenza* (presumibilmente ammessa dal lavoratore licenziato), il *fatto* stesso, all'evidenza, non "*rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa (....)*", integrando, così, la *condizione* concorrente per negare l'accesso alla *tutela (anche) reintegratoria* – per i licenziamenti disciplinari – nonostante la *sussistenza*, appunto, del fatto addotto a motivazione.³¹

2.5. Lo stesso *canone ermeneutico* – e, ad un tempo, *argomento interpretativo – ab absurdo* (o *apagogico*), tuttavia, può essere impiegato – anche con riferimento al *giustificato motivo oggettivo* – peraltro muovendo, in questo caso, da un precedente giurisprudenziale specifico.³²

Ne risulta stabilito, infatti, che – nel caso di licenziamento motivato da "*cessazione dell'appalto a cui era applicato*" il lavoratore licenziato – la "*impossibilità di reimpiegare(lo) in altri appalti*" concorre, bensì, ad integrare *giustificato motivo oggettivo*, ma il difetto di prova circa la sua *sussistenza* – della quale è onerato il datore di lavoro – non dà luogo, tuttavia, a *reintegrazione* – ma soltanto ad *indennità risarcitoria* – in quanto costituisce soltanto una "*conseguenza*" del *fatto* – addotto a *motivazione* del licenziamento – "*nel senso che il datore di lavoro – una volta venuta meno la posizione lavorativa – è tenuto, prima di recedere dal contratto, a verificare (secondo il principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto negoziale) se vi sia possibilità di ricollocazione del dipendente all'interno dell'azienda*".

Palesamente *assurdo* risulta, infatti, che la *tutela forte* (cioè, *(anche) reintegratoria*) possa dipendere, in via esclusiva, dalla inclusione nel *fatto* – addotto a *motivazione* del licenziamento – di un qualsiasi elemento – che risulti *insussistente* (quale, nella specie, il *repechage*) – a prescindere dalla circostanza che lo stesso concorra ad integrare *giustificato motivo oggettivo*.

³⁰ Sull'argomento *ab absurdo* (o *apagogico*) di interpretazione della legge, vedi G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 369.

³¹ Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3.

³² Vedi Trib. Milano, ord. 20 novembre 2012, in Foro it., 2013, I, 467.

Pertanto il livello di *genericità-specificità* della motivazione di licenziamento³³ risulterebbe determinante al fine dell'accesso alla *tutela forte*.

In altri termini, il *repechage* assumerebbe rilievo – al fine dell'accesso alla *tutela* stessa – in dipendenza esclusiva della inclusione nel *fatto* – addotto a *motivazione* del licenziamento – a prescindere dalla *sussunzione* nella clausola generale di *giustificato motivo oggettivo*.

Palese il sacrificio – che ne consegue – per la *gradualità* del sistema sanzionatorio e, con essa, dello stesso *principio di uguaglianza*.³⁴

Né soccorrono – a sostegno della opzione interpretativa, qui disattesa – le suggestioni dei lavori preparatori, che sembrano ispirarla.³⁵

2.6. Non risulta, tuttavia, frustrata – dalla opzione interpretativa, che ne viene proposta – la riforma in esame della *tutela reale* contro i licenziamenti (legge n. 92 del 2012).

Non viene, invero, riproposta – in contrasto, appunto, con la stessa riforma – la *reintegrazione automatica* – sia pure nella forma *novellata* (della *tutela (anche) reintegratoria*) – per tutti i licenziamenti *illegittimi*.

Solo la *insussistenza* o la *manifesta insussistenza* di *elementi essenziali* della giusta causa o del giustificato motivo – nel fatto addotto a motivazione del licenziamento – legittima, infatti, l'accesso alla *tutela (anche) reintegratoria*.

Resta, quindi, soltanto la *tutela meramente indennitaria* nelle ipotesi in cui lo stesso *fatto* non costituisca giusta causa o giustificato motivo, pur sussistendone gli *elementi essenziali*.³⁶

2.7. Tuttavia la configurazione di giusta causa o giustificato motivo dipende, esclusivamente, dalla *sussunzione* – nelle *clausole generali* rispettive – del fatto addotto a motivazione del licenziamento.

³³ Sulla *motivazione* del licenziamento, vedi E. GRAGNOLI, *introduzione*, destinata al volume sui licenziamenti del trattato (a cura) di M. PERSIANI e F. CARINCI, che ritiene – motivatamente – “*punto nevralgico*” della riforma (di cui alla legge n. 92 del 2012) non già “*la modificazione dell’art. 18 St. lav., ma quella dell’art. 2 della legge n. 604 del 1966, per la centralità della motivazione del licenziamento*”, appunto.

³⁴ Lo stesso *canone ermeneutico* – e, ad un tempo, *argomento interpretativo – ab absurdo* (o *apagogico*) può essere impiegato, vieppiù, nelle ipotesi di licenziamento per *giusta causa da comportamento extralavorativo*, nel quale non soccorre neanche il parametro delle obbligazioni contrattuali del lavoratore.

³⁵ Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3.6. e 3.7.

³⁶ Coerente con la tesi prospettata nel testo, pare la posizione di F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 6, pag. 1103 e segg. e in *Lav. Giur.*, 2013, 1, pag. 5 e segg., con riferimento, appunto, ai *licenziamenti disciplinari*.

Mentre la *insussistenza o manifesta insussistenza* dello stesso fatto risulta – parimenti in via esclusiva – dall'esito delle prove acquisite.

Né pare privo di rilievo – in tale prospettiva – la permanente vigenza del precedente regime di riparto dell'onere probatorio.

3. Segue: permanente vigenza delle regole sul riparto dell'onere probatorio.

Invero la riforma non ha modificato (arg., *a contrario*, ex art. 1, commi 37 ss., cit.) neanche le *norme sui licenziamenti individuali* (legge n. 604 del 1966), che recano – per quel che qui interessa – le regole sul riparto dell'onere probatorio (di cui all'art. 5 della stessa legge)³⁷, come estese dalla giurisprudenza, ora consolidata³⁸.

3.1. Ne risulta, quindi, imposto – al datore di lavoro – non solo l'onere di provare la *“sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento”* – come è stabilito, esplicitamente, dalla disposizione in materia (art. 5 legge n. 604 del 1966, cit.) – ed il livello occupazionale dell'impresa, che aveva dato luogo al contrasto di giurisprudenza, composto dalle sezioni unite³⁹.

Infatti il datore di lavoro è gravato, altresì, dell'onere probatorio, che risulta posto a suo carico in dipendenza della configurazione contestuale⁴⁰ del licenziamento come inadempimento, da un lato, e della *reintegrazione nel posto di lavoro* come regola, dall'altro.

Sorregge, invero, quest'ultima configurazione il rilievo che, nel diritto civile, la tutela in forma specifica costituisce la regola e quella per equivalente l'eccezione (arg. ex art. 2058 c.c.).⁴¹

E *“questa conclusione valida sul piano generale serve a maggior ragione nel diritto del lavoro non solo perché qualsiasi normativa settoriale non deve derogare al sistema generale senza necessità (.....), ma anche perché il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma”*.

Tanto più ove si consideri che, *“in sede di fondazione del diritto del lavoro quale disciplina distinta dal diritto civile, or è circa un secolo,*

³⁷ Vedi M.De Luca, *Diritto delle prove e processo del lavoro nel nuovo corso della giurisprudenza*, cit.

³⁸ Vedi Cass., sez. un. civ., 10 gennaio 2006, n. 141 e consolidata giurisprudenza conforme successiva, cit.

³⁹ Vedi riferimenti, di cui alla nota che precede.

⁴⁰ Vedi riferimenti, di cui alle note precedenti.

⁴¹ In senso contrario, pare, tuttavia, F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., spec. § 9, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

*venne l'appello a non isolare i relativi problemi dai principi generali del diritto delle obbligazioni".*⁴²

Palesi risultano, quindi, le conseguenze delle configurazioni prospettate sul riparto dell'onere probatorio: a carico della parte inadempiente (ai sensi dell'art. 1218 c.c.) e, rispettivamente, a carico della parte che fa valere la *eccezione* (ai sensi dell'art. 2697 c.c.).⁴³

3.2. Pertanto grava sul datore di lavoro – quale parte inadempiente e/o, rispettivamente, quale parte che fa valere l'eccezione – l'onere di provare la *sussistenza* non solo del *fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – ma anche di tutti gli elementi per configurare – nello stesso *fatto* – la giusta causa o il giustificato motivo.

Coerentemente, grava sul lavoratore soltanto l'onere di provare la sussistenza del rapporto di lavoro e del licenziamento.

3.3. Tuttavia le regole di *riparto dell'onere probatorio* debbono essere, in ogni caso, coordinate con il *principio di acquisizione*⁴⁴ – che trova positivo riscontro in alcune disposizioni del codice di rito (quale l'articolo 245, secondo comma, c.p.c.), nonché *pregnante fondamento* nella *costituzionalizzazione* del principio del *giusto processo*⁴⁵ – in forza del quale le risultanze istruttorie – comunque acquisite al processo e quale che sia la parte ad iniziativa (o ad istanza) della quale si siano formate – concorrono tutte alla formazione del convincimento del giudice.

Ne consegue che il prospettato *riparto dell'onere probatorio* – lungi dall'esaurirsi nella imposizione di un comportamento a ciascuna delle parti, quale *condizione* per l'accesso a benefici (oppure per evitare pregiudizi), configurando l'*onere probatorio* come mera *posizione giuridica soggettiva* (di *onere*, appunto), nell'ambito dello stesso processo – si risolve, sostanzialmente, in *regola formale di giudizio* – fondata, appunto, sull'onere della prova – in forza della quale la soccombenza di ciascuna delle parti non consegue – alla mera inottemperanza dell'onere probatorio a suo carico – ma postula, in ogni caso, la insufficienza delle risultanze istruttorie – comunque acquisite al processo – per dimostrare i

⁴² Così, testualmente, Cass., sez. un. civ., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.

⁴³ Oltre i riferimenti, di cui alle note precedenti, vedi, da ultime, Cass., sez. lav., 3 maggio 2012, n. 6671 (in Guida al lavoro, 2012, fasc. 23, 57, con nota di S.IMBRIANI, *Restituzione di sgravi per Cfl: prescrizione e ripartizione dell'onere probatorio*) e 16 maggio 2012 n. 7640, sul riparto dell'onere probatorio in tema di *regola*, appunto, e di *eccezione*.

⁴⁴ Vedi, per tutte, Cass. 9 giugno 2008, n. 15162, in Notiziario giurisprudenza lav., 2008, 660, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁴⁵ Sullo specifico punto, v. Cass., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Foro it.*, 2006, I, 1433, con note di BALENA, ORSINI, PROTO-PISANI e RASCIO; annotata da POLI, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1397.

fatti che la stessa parte – in base alle regole di riparto – aveva l'onere di provare.

Pertanto la soccombenza del datore di lavoro – nel giudizio di impugnazione del licenziamento – discende soltanto dalla insufficienza delle risultanze istruttorie – comunque acquisite al processo – per dimostrare la *sussistenza* del *fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – nonché di tutti gli elementi per configurare – nel medesimo fatto – la giusta causa o il giustificato motivo ed, eventualmente, il *livello occupazionale* rilevante al fine di negare l'accesso alla *tutela forte* (cioè, *anche reintegratria*).

Si tratta, infatti, di circostanze che lo stesso datore di lavoro, per quanto si è detto, ha l'onere di provare, in base alle prospettate *regole di riparto*.

4. Licenziamenti discriminatori: fra conservazione della *tutela reale originaria* e riproposizione di vecchi problemi.

Come è stato ricordato (vedi *retro*), la *tutela reale originaria* (di cui all'articolo 18 S, nel testo precedente la riforma) è rimasta immutata per i licenziamenti *discriminatori*.

Tuttavia la esplicita estensione della stessa *tutela* – (anche) al licenziamento *“determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile”* – ha comportato la riproposizione – sotto un profilo nuovo e, comunque, diverso – di un vecchio problema.

Se ne ricava, talora, la conclusione che il licenziamento discriminatorio non possa essere considerato una ipotesi di licenziamento nullo – perché *“determinato da un motivo illecito determinante”* – ma debba esserne accolta, invece, una *nozione oggettiva od ontologica*.

La conclusione prospettata, tuttavia, deve fare i conti con la contestuale definizione di *licenziamento discriminatorio*, che – anche nel nuovo testo dell'articolo 18 dello statuto dei lavoratori – risulta dal rinvio a disposizione (dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108), sulla quale si fonda la consolidata giurisprudenza di legittimità in senso contrario.⁴⁶

Resta, comunque, il problema.

La sua soluzione, tuttavia, non può essere affidata ad una riforma – concentrata, essenzialmente, sul *sistema sanzionatorio* – ma va ricercata nella definizione della *fattispecie* di licenziamento discriminatorio.

⁴⁶Vedi, per tutte, Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, in Riv. It. dir. lav., 2012, II, 362, con nota di PEDERZOLI, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

E questa deve essere attinta dall'ordinamento comunitario (ora eurounitario) e dalla giurisprudenza relativa ⁴⁷, dalle leggi nazionali – che ne danno attuazione – nonché da spunti della nostra giurisprudenza di merito ⁴⁸ – che si discosta, talora, dalla consolidata giurisprudenza di legittimità – e, perfino, della Corte costituzionale.⁴⁹

Non è questa la sede, tuttavia, per affrontare *funditus* la questione prospettata.⁵⁰

⁴⁷ Vedi, da ultima, Corte giust. 26 aprile 2013, causa C-81/12, che – pur occupandosi, essenzialmente, di riparto dell'onere della prova e sistema sanzionatorio in tema, appunto, di discriminazioni – ritiene, tuttavia, che – se sono dimostrati, dal lavoratore, “*fatti che consentono di presumere la sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta*” – incombe, sul datore di lavoro, l'onere di provare che, “*nonostante tale apparenza di discriminazione, non si è verificata alcuna violazione del principio della parità di trattamento (....)*”.

⁴⁸ Per una rassegna di giurisprudenza di merito, vedi A. GUARISO (a cura di), *Senza distinzioni. Quattro anni di contrasto alle discriminazioni istituzionali nel Nord Italia*, in *Quaderni di Apn*, 2012, n. 2.

⁴⁹ Vedi Corte cost. 27 gennaio 1987, n.17 (in foro it., 1987, I, 1003) – secondo cui “*è infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 1 l. n. 903 del 1977, sulla parità fra uomini e donne in materia di lavoro, e 15, ultimo comma, l. 20 maggio 1970, n. 300, nella parte in cui escludono la rilevanza del comportamento del terzo che abbia comunque indotto il datore di lavoro a procedere al licenziamento della lavoratrice per ragioni di sesso, in riferimento agli art. 3, 4 e 37 cost. (nella specie, si trattava del licenziamento di una lavoratrice dipendente da un istituto di vigilanza, conseguente al comportamento del committente che asseriva non più sussistenti posti assegnabili a personale femminile)*” – in base al rilievo che “*l'art. 37 Cost., il quale sancisce parità di diritti e di retribuzione, a parità di lavoro, tra la lavoratrice ed il lavoratore ed ha successivamente avuto specifica attuazione con la legge 9 dicembre 1977 n. 903, ha efficacia generale per tutti i cittadini che, pertanto, lo devono osservare*”.

⁵⁰ Anche dopo la riforma della *tutela reale* contro i *licenziamenti illegittimi*, tuttavia, ne risultano riproposte – in dottrina – le soluzioni alternative ricordate nel testo:

- per la nozione *soggettiva* di licenziamento discriminatorio – quale licenziamento per *motivo illecito determinante* – vedi F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., spec. § 10;

- in senso contrario – per la nozione *oggettiva* od *ontologica* di licenziamento discriminatorio – vedi M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in Riv. Giur. Lav., 2013, I, 138 ss.