



**Riforma della *tutela reale* contro i
licenziamenti al tempo delle *larghe intese*:
riflessioni su un *compromesso necessario***

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 164/2012

© Michele De Luca 2012
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>



Riforma della *tutela reale* contro i licenziamenti al tempo delle *larghe intese*: riflessioni su un *compromesso necessario*^{α αα}

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

1. Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: ricadute sul testo normativo ed implicazioni, sul piano ermeneutico, della matrice compromissoria 3
2. Permanente vigenza di larga parte delle *norme sui licenziamenti individuali* (legge n. 604 del 1966): coordinamento con la riforma della tutela reale..... 6
3. 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”* 7
4. Segue: permanente vigenza delle regole sul riparto dell'onere probatorio.....13
5. Garanzia del diritto dei lavoratori, alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*, nella carta dei diritti fondamentali

^α Il testo ripropone, in sintesi, la rielaborazione – corredata di note essenziali – dei contributi a diversi convegni, quali: relazione conclusiva al Convegno nazionale sul tema *Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, organizzato dal Centro nazionale studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano (Pescara-Montesilvano, 11-12 maggio 2012); relazione introduttiva al convegno sul tema *La riforma del diritto del lavoro*, organizzato dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Roma (Roma, 26-27 settembre 2012); intervento al convegno nazionale dell'AGI – Avvocati giuslavoristi italiani sul tema *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro* (Ancona, 26-27 ottobre 2012).

^{αα} Contributo in corso di pubblicazione sulla Rivista Italiana di Diritto del Lavoro n. 1/2013

dell'unione europea: <i>prevalenza</i> sulle fonti degli ordinamenti interni, condizionata dalla <i>trattatizzazione</i> , quale unico limite alla discrezionalità del nostro legislatore ordinario.	16
6. Processo di erosione progressiva della recedibilità <i>ad nutum</i> del datore di lavoro: garanzia del <i>diritto al lavoro</i> nel fecondo dialogo tra Corte costituzionale e legislatore ordinario.	22
7. Conclusioni.	32

1. Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: ricadute sul testo normativo ed implicazioni, sul piano ermeneutico, della matrice compromissoria.

Non si tratta; beninteso, di un *"compromesso richiesto dal momento storico"*¹.

Né di *"contemperare le tendenze più opposteil catechismo e la dialettica marxista"*²: come pure si è detto, parimenti con riferimento al *compromesso costituzionale*.

Tuttavia la *matrice compromissoria* della recente *riforma del mercato del lavoro* (legge n. 92 del 2012) – ed in particolare, per quel che qui interessa, della *tutela reale* contro i licenziamenti (art. 18 SL, nel testo riformato) – *"risente dello stato dei rapporti di forza tra i portatori degli interessi in contrasto"*

E risulta *"comprensibile che il compromesso sia stato assai favorevole al lavoro nel 1970, e del pari comprensibile che il compromesso odierno lo sia assai di meno"*.

Coerente la conclusione che lo stesso Gino Giugni *"presumibilmente approverebbe la riformulazione dell'art. 18 concordata dai vertici politici"*.

Non saprei dire meglio – né con pari autorevolezza – del contributo, a prima lettura, di Umberto Romagnoli³.

Palesi ne risultano, poi, le ricadute della *matrice compromissoria* – diffusamente riconosciuta⁴ – sul testo della riforma.

¹ Così testualmente – tra gli altri – M.RUINI, *La nostra e le cento costituzioni del mondo. Come si è formata la costituzione*, Milano, 1961, 211.

² Così, testualmente, F.S.NITTI, nel testo riportato Da P.POMBENI, *La costituente*, Bologna 1995, 125

³ Vedi U.ROMAGNOLI, *Il Compromesso di Monti*, in *Il Manifesto*, 8 aprile 2012.

⁴ Di *compromesso* e, rispettivamente, di *compromesso ragionevole* parlano, ad esempio, i Senatori Castro (PDL) e Treu (PD), relatori sul disegno di legge di riforma (A.S. n. 3249), nella seduta del 18 aprile 2012 della Commissione lavoro del Senato.

In dottrina, vedi, per tutti, T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, WP CSDL E "Massimo D'Antona", 155/2012 ed in corso di pubblicazione sul n.1/2013 del Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, al quale si rinvia per la bibliografia, completa ed aggiornata, sulla riforma.

Vedi, tuttavia, P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al convegno nazionale del Centro studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano su *Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro* (Pescara-Montesilvano, 11-12 maggio 2012), ora in *Liber amicorum M. Pedrazzoli*, F. Angeli, Milano, 2012; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, relazione al medesimo convegno, ora in *Riv. It. dir. lav.*, 2012, I, 415; V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, relazione al medesimo convegno, ora ibidem, 521; R. Del Punta, *Licenziamenti individuali*, in *Il Libro dell'Anno del diritto Treccani*,

Infatti la *strana maggioranza*, che sostiene l'attuale governo – nella quale, come è noto, convivono “*portatori di interessi in contrasto*” – ha imposto il contenuto composito della *riforma*, nel quale confluiscono contributi di segno diverso, dei quali è agevole cogliere la ispirazione ideale, parimenti diversa.

Analoga influenza risulta esercitata, altresì, dalle contrapposte parti sociali, nonostante il palese ridimensionamento del loro coinvolgimento: in sede di *consultazione*, appunto, anziché di *concertazione*.

Del resto, conferma l'assunto l'evoluzione diacronica del contenuto della *riforma* : dalla *dichiarazione programmatica* del Governo⁵ – nella quale viene prospettata la *flexsecurity* , peraltro limitata ai “*nuovi rapporti di lavoro*” – al disegno di legge presentato in Parlamento (ed alla legge, che ne risulta approvata), che invece prevede – anche per i rapporti pregressi, ancora pendenti – una sorta di *tutela graduale* contro il licenziamento disciplinare ed il licenziamento economico (vedi *infra*).

In altri termini, a titolo meramente esemplificativo, risulta palesemente *pro labour* la *rigidità in entrata* – imposta a tipologie contrattuali flessibili – mentre di segno contrario pare la *flessibilità in uscita*, che risulta affidata – essenzialmente – alla sostanziale *destrutturazione* del sistema di *tutela reale* contro i licenziamenti *illegittimi*.

Non mancano, tuttavia, incursioni di *flessibilità* – nell'area della *rigidità in entrata* – quale, ad esempio, la *acausalità* del primo contratto a termine.

Analogamente non mancano incursioni di *rigidità* – nell'area della *flessibilità in uscita* – quale la estensione della tutela reale, rimasta immutata per i licenziamenti discriminatori, a licenziamenti nulli che, in precedenza, davano luogo soltanto alla continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro.⁶

Le prospettate ricadute della matrice compromissoria – sul testo composito della riforma – non è priva di rilievo sul piano ermeneutico.

di prossima pubblicazione; A.Vallebona, *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012; F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2012, 6, 529 ss.; M.Magnani- M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁵ Vedi la *dichiarazione programmatica* del Governo, nel capitolo intitolato, appunto, *Mercato del lavoro e flexsecurity*.

⁶ 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).

1.2. Intanto non pare agevole identificare – nonostante le enunciazioni esplicite in apertura e, persino, nel titolo del testo normativo – la *ratio legis* della riforma, come di ciascuna delle disposizioni che la compongono.

Né può risultare utile – a fini ermeneutici – il panorama comparatistico: il testo composito della nostra riforma, infatti, non trova riscontro in alcun modello di quel panorama.⁷

Tantomeno la riforma può giovare del *patrimonio costituzionale comune*⁸ – nel quale confluiscono fonti del diritto interno e degli ordinamenti soprannazionali (eurounitario ed internazionale) – quale parametro per la *interpretazione conforme*⁹.

Né gli ordinamenti soprannazionali, né la nostra costituzione garantiscono, infatti, la *tutela reale* contro i licenziamenti illegittimi, che risulta investita dalla riforma.¹⁰

1.3. Ciò non giustifica, tuttavia, la diffusa opzione della dottrina¹¹ per una interpretazione meramente letterale, peraltro limitata ai testi normativi introdotti dalla riforma.

Infatti ne risulta trascurata l'esigenza di coordinare tali testi con altri che, pur concorrendo ad integrare il nostro sistema di tutela contro i licenziamenti *illegittimi*, non hanno subito, tuttavia, alcuna modifica.

In altri termini, l'interpretazione – a fini applicativi¹² – del *nuovo sistema di tutela reale* non può essere limitata alle disposizioni – che ne

⁷ Vedi, per tutti, T. Treu, *op. cit.*

⁸ Per dirla con l'espressione usata dalla nostra Corte costituzionale nelle sentenze n.104 del 2006 (Foro it. 2006, I, 1267) e n. 182 del 2008 (ID., 2009, I, 2010).

In dottrina, vedi M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, Foro it., 2011, V, 216, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: E. DI STEFANO, *Verso un patrimonio costituzionale comune. Riflessioni a margine della sentenza n.102 del 2008*, in *consulta on line*.

⁹ 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 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.

¹⁰ Vedi *infra*, § 5 e 6.

¹¹ Sul punto vedi T. Treu *op. cit.*, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Vedi, altresì, P. ICHINO, *op. cit.*; A. MARESCA, *op. cit.*; A. VALLEBONA, *op. cit.*. Sembra discostarsene, tuttavia, V. SPEZIALE, *op. cit.*

¹² Vedi P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane (ESI), 2006, *passim*, in AA. VV., *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana* (settimo volume).

recano la disciplina specifica (articolo 18 SL, nel testo riformato) – senza considerare, altresì, le *norme sui licenziamenti individuali* (legge n. 604 del 1966).

Queste ne recano, infatti, la *disciplina generale* – oltre che il regime specifico della *tutela obbligatoria* – e, peraltro, risultano scarsamente investite dalla riforma.

2. Permanente vigenza di larga parte delle *norme sui licenziamenti individuali* (legge n. 604 del 1966): coordinamento con la riforma della tutela reale.

In principio, è l'intervento riformatore disomogeneo sul nostro *sistema di tutela* contro i licenziamenti *illegittimi*.

Essenzialmente impegnata ad incidere – in radice – sulla *tutela reale*, la riforma ne *sostituisce* larga parte della disciplina specifica (di cui ai primi sei commi dell'articolo 18 S.L., nel testo previgente).

Le *norme sui licenziamenti individuali* (legge n. 604 del 1966) – che ne recano le *regole generali*, appunto – sono modificate, invece, soltanto nella parte che risulta funzionale alla *tutela reale riformata*.

L'introduzione (art. 7 della legge n- 604 del 1966, come *novellato* dalla riforma) di un procedimento *amministrativo* preliminare – per i *licenziamenti economici* – si coniuga, in tale prospettiva, con la *legificazione* contestuale del procedimento preliminare per i *licenziamenti disciplinari* (di cui all'articolo 7 S.L., come *interpretato* dalla Corte costituzionale e dalla successiva giurisprudenza consolidata dei giudici ordinari)¹³.

Concorre, tuttavia, (anche) la modifica della disciplina – in tema di comunicazione del licenziamento (di cui all'art. 2 della legge n. 604 del 1966) – imponendone la *motivazione* quale requisito essenziale di *contenuto-forma*.

Palese risulta il rapporto funzionale – soprattutto (ma non soltanto) di questa ultima modifica – con la *tutela reale riformata*.

Infatti la *manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento*, da un lato, e la *insussistenza del fatto contestato*, dall'altro, segna (o concorre a segnare) – per i *licenziamenti economici* e, rispettivamente, per i *licenziamenti disciplinari* – il discrimine tra i *tipi*

¹³ 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.

di tutela alternativamente previsti: la *tutela* (anche) *reintegratoria* – che cumula la *reintegrazione*, appunto, con la *indennità* – e la *tutela meramente indennitaria*.

Su questa base riposa, essenzialmente, la diffusa opzione della dottrina – per una interpretazione, meramente letterale, peraltro limitata ai testi normativi investiti dalla riforma – che trascura, appunto, l'esigenza di coordinare tali testi con altri che, pur concorrendo ad integrare il nostro sistema di tutela contro i licenziamenti, non hanno subito, tuttavia, alcuna modifica.

In altri termini – secondo l'opzione ermeneutica in esame – la *manifesta insussistenza* o la *insussistenza* – che dà luogo (o concorre a dar luogo), per quanto si è detto, alla *tutela* (anche) *reintegratoria* – va riferita, esclusivamente, al *fatto* addotto a motivazione del licenziamento.

La configurabilità di giusta causa o giustificato motivo – nel medesimo fatto – assume, invece, rilievo al solo fine dell'accesso alla *tutela meramente indennitaria*.

La conclusione prospettata mal si concilia, tuttavia, con *regole generali* (di cui alla legge n. 604 del 1966), che – pur concorrendo ad integrare, appunto, il nostro sistema di tutela contro i licenziamenti – non risultano investite dalla riforma.

3. 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, infatti, 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*”.¹⁴

Parimenti non risultano riformate le regole sul riparto dell'onere probatorio (di cui all'art. 5 della stessa legge n. 604 del 1966)¹⁵, come estese dalla giurisprudenza, ora, consolidata¹⁶.

¹⁴ Articolo 1, in relazione all'articolo 3 della stessa legge ed all'articolo 2119 c.c..

¹⁵ Vedi M.De Luca, *Diritto delle prove e processo del lavoro nel nuovo corso della giurisprudenza*, in *Lavoro giur.*, 2009, 977..

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

3.1. Intanto – anche dopo la riforma – “*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*” .¹⁷

C'è da domandarsi, quindi, 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.

La risposta negativa pare imposta, tuttavia, dalla permanente vigenza della disposizione ricordata.¹⁸

Resta da conciliare, tuttavia, la conclusione – ora proposta – con l'esplicito collegamento della *tutela* (anche) *reintegratoria* alla *insussistenza* oppure alla *manifesta insussistenza* del fatto, addotto a motivazione del licenziamento (commi 4 e seguenti dell'art. 18 S.L riformato).

L'apparente *conflitto tra norme*¹⁹ – che ne risulta – può essere risolto, agevolmente, in via interpretativa.

3.2. Intanto il *fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – non può non integrare giusta causa o giustificato motivo.

Solo così, risulta, infatti, rispettata la disposizione – tuttora vigente – secondo cui “*il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (.....) o per giustificato motivo*”.

Coerentemente, la *insussistenza* o la *manifesta insussistenza* – che legittima l'accesso alla *tutela* (anche) *reintegratoria* – non può non riguardare il difetto – nel medesimo *fatto* – di elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo.

La conclusione proposta riecheggia – ovviamente, *mutatis mutandis* – il riferimento, al *fatto-reato*, della formula assolutoria penale *perché il fatto non sussiste*.

¹⁶ Vedi Cass., sez. un. Civ., 10 gennaio 2006, n. 141 (in Foro it., 2006, I, 710, con nota di A. Proto Pisani, *La prova del requisito dimensionale ex art. 18 l. 300/70: un grand arret delle sezioni unite*) e giurisprudenza conforme successiva.

¹⁷ Articolo 1 legge n. 604 del 1966, in relazione all'articolo 2119 c.c. ed all'articolo 3 della stessa legge, cit., appunto).

¹⁸ Articolo 1 legge n. 604 del 1966, in relazione all'articolo 2119 c.c. ed all'articolo 3 della stessa legge, cit., appunto).

¹⁹ Articolo 1 legge n. 604 del 1966, in relazione all'articolo 2119 c.c. ed all'articolo 3 della stessa legge, appunto, e commi 4 e seguenti dell'art. 18 S.L riformato.

Tale formula va adottata, infatti, nel caso in cui manchi un "elemento costitutivo della fattispecie astratta" del reato (cioè del *fatto-reato*).²⁰

E – *mutatis mutandis*, appunto – la *insussistenza* o *manifesta insussistenza* del *fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – consiste, per quanto si è detto, nel difetto – nel medesimo *fatto* – di un elemento essenziale della giusta causa o del giustificato motivo.

3.3. – La stessa conclusione, tuttavia, pare imposta dalla interpretazione – *conforme a costituzione*²¹ – della disciplina in materia (commi 4 ss. dell'articolo 18 riformato SL, cit).

In palese contrasto con il principio di uguaglianza (art. 3 cost.)²², pare, invero, la disattesa opzione ermeneutica di segno contrario.

Ne risulta, infatti, che la *tutela* (anche) *reintegratoria* dipende, esclusivamente, dalla *insussistenza* (o *manifesta insussistenza*) del *fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – a prescindere dalla *sussunzione* – nelle clausole generali di giusta causa e 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*.

Con l'esito – all'evidenza *assurdo*²³ – che la *tutela* (anche) *reintegratoria* sarebbe negata nel caso in cui – a motivazione di licenziamento disciplinare – fosse addotto un *fatto lecito*, del quale risulti la *sussistenza* (presumibilmente ammessa dallo stesso lavoratore licenziato).

Invero, il *fatto lecito* – (che fosse) addotto, appunto, a motivazione del licenziamento disciplinare – all'evidenza non "*rientra tra*

²⁰ Vedi, per tutte, Cassazione penale, sez. un., 25 maggio/20 ottobre 2011, n. 37954.

²¹ Sul punto, vedi M.DE LUCA, *L'interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, cit.; I. CIOLLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a costituzione*, cit.; E. LAMARQUE, *The Italian Courts and interpretation in conformity with the constitution, EU law and the ECHR*, cit.i.

²² Vedi Corte costituzionale 30 novembre 1982, n. 204, cit.

²³ Sull'argomento *ab absurdo* (o *apagogico*) di interpretazione della legge, vedi G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 369.

le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili".

Esula, quindi, la prevista ipotesi (di cui al comma 4 dell'articolo 18 riformato SL) di applicazione della *tutela (anche) reintegratoria* – per i licenziamenti disciplinari – nonostante la *sussistenza* del fatto addotto a motivazione.

Né può sfuggire che, in tale caso, risulterebbe violato, vieppiù, il principio di uguaglianza.

3.4. Le stesse previsioni – *"dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili"* – possono, poi, derogare – *in melius*, a favore del lavoratore – la nozione legale di giusta causa e di giustificato motivo.

Pertanto il *fatto addotto a motivazione del licenziamento* – ancorché sussista e costituisca, nel contempo, giusta causa o giustificato motivo – non preclude la *tutela (anche) reintegratoria*, ove risulti la prospettata deroga *in melius*.

Ben si concilia, quindi, con la proposta soluzione interpretativa, che – ai fini dell'accesso alla *tutela (anche) reintegratoria*, appunto – postula, bensì, la sussunzione dello stesso *fatto* – nella nozione legale di giusta causa o giustificato motivo – senza escluderne, tuttavia, la *derogabilità in melius*, a favore del lavoratore.

3.5. Profili ulteriori di incostituzionalità, parimenti per violazione del principio di uguaglianza²⁴, sembrano prospettarsi – per l'opzione interpretativa qui disattesa – laddove sembra accogliere la *nozione formalistica* – fondata, cioè, sulle *"previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili"* – di *"condotte punibili con una sanzione conservativa"*.

Tale *nozione formalistica*, infatti, assume rilievo – secondo la medesima opzione interpretativa – al fine di legittimare l'accesso alla *tutela (anche) reintegratoria* – nonostante la sussistenza del fatto, addotto a motivazione del licenziamento – ove il fatto medesimo rientri tra quelle *condotte*.

Ne risulta, invero, negato qualsiasi rilievo – allo stesso fine (dell'accesso alla *tutela (anche) reintegratoria*, appunto) – alla *nozione ontologica* di *"condotte punibili con una sanzione conservativa"*.

²⁴ Vedi Corte costituzionale 30 novembre 1982, con nota di M. DE LUCA., *I licenziamenti disciplinari dopo l'intervento della corte costituzionale: profili problematici e prospettive*, cit.. Vedi, altresì, M. DE LUCA., *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., 1 giugno 1987, n. 4823), cit..

La *nozione ontologica*, infatti, riposa esclusivamente sulla legge (art. 2106 c.c.), mentre prescinde da *“previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”*.²⁵

La proposta interpretazione alternativa risulta, invece, conforme alla costituzione, (anche) sotto questo profilo ulteriore.

Infatti – ai fini dell’accesso alla *tutela (anche) reintegratoria* – postula, bensì, la sussunzione del *fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – nella nozione legale di giusta causa o giustificato motivo

Dalla stessa nozione legale esulano, tuttavia, le condotte che rientrano nella *nozione ontologica* – parimenti fondata sulla legge (art. 2106 c.c.) – di *“condotte punibili con una sanzione conservativa”*.

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

3.6. Ai fini dell’accesso alla *tutela (anche) reintegratoria*, il testo originario (dell’attuale comma 4 riformato dell’art. 18 SL) postulava – per i licenziamenti disciplinari – la *“insussistenza del fatto contestato”* ovvero – alternativamente – che *“il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni della legge, dei contratti collettivi ovvero dei codicidisciplinari applicabili”*.

Il testo definitivo della stessa disposizione, tuttavia, risulta dalla approvazione – in commissione lavoro del Senato – di un emendamento soppressivo delle parole *“della legge”*²⁶.

Lo scopo di evitare *“il rischio che il riferimento a fattispecie sanzionate con la reintegrazione nel posto di lavoro “sulla base delle previsioni della legge” possa comportare una moltiplicazione dei casi di tutela reale”*²⁷ si coniuga – a sostegno dello stesso emendamento – con l’esigenza di *“discernere i casi di licenziamento fondati su fatti di maggiore gravità rispetto alle fattispecie minori”*.²⁸

Né può essere trascurato il contestuale *ritiro* di *subemendamento* – all’emendamento approvato, appunto – volto, essenzialmente, a *“ (...) premettere alle parole: «sulla base delle tipizzazioni», le seguenti: «perché il fatto non rientra tra le condotte punibili con una sanzione espulsiva»*”.²⁹

²⁵ Vedi riferimenti, di cui alla nota che precede.

²⁶ Emendamento 14.1000, d’iniziativa dei relatori, ed emendamento conforme 14.25, d’iniziativa della Sen. Sbarbati.

²⁷ Questa è la motivazione testuale del relatore Se. Castro, condivisa dal Governo.

²⁸ Così, testualmente. Il Sen. Ichino.

²⁹ Così, testualmente, il subemendamento 14.1000/2, d’iniziativa dei Sen. Sbarbati e D’Alia, del seguente tenore letterale: *“All’emendamento 14.1000, premettere alle parole: «sulla base delle previsioni di legge», le seguenti: «perché il fatto rientra tra le condotte punibili*

3.7. Palese risulta, tuttavia, la erroneità del convincimento, sotteso all'emendamento approvato, come al *ritiro* del subemendamento relativo.

Muove, infatti, dal presupposto che la nozione legale di "*condotta punibile con sanzione conservativa*" (art. 2106 c.c., cit.) – come quella di *giusta causa* e di *giustificato motivo* di licenziamento – non possano trovare applicazione, in difetto di esplicito rinvio, ai fini dell'accesso alla *tutela (anche) reintegratoria*.

Su tale convincimento erroneo, riposa, infatti, sia l'approvazione di *emendamento soppressivo* del riferimento alla *legge* (e, segnatamente, all'articolo 2106 c.c.), per la previsione di "*condotte punibili con una sanzione conservativa*".

Sullo stesso convincimento erroneo, tuttavia, riposa, altresì, il *ritiro* contestuale di subemendamento, che – per quanto si è detto – pare volto a legittimare, esplicitamente, l'accesso – alla *tutela (anche) reintegratoria* – nella ipotesi in cui, pur sussistendo, " (.....) *il fatto non rientra(i) tra le condotte punibili con una sanzione espulsiva*»"

3.8. Comunque, il *torto marcio* del datore di lavoro e la *pretestuosità* del licenziamento sembrano *legittimare* – secondo la *leale* ammissione di autorevoli sostenitori della opzione interpretativa qui disattesa³⁰ – l'accesso alla *tutela (anche) reintegratoria*, nonostante la *sussistenza* del fatto addotto a motivazione del licenziamento.

Pare, infatti, riconosciuto che – al fine dell'accesso alla *tutela (anche) reintegratoria* – non possa prescindersi da qualsiasi qualificazione o valutazione giuridica dello stesso fatto (sia pure entro i limiti, inspiegabilmente ristretti, del *torto marcio* del datore di lavoro, appunto, e la *pretestuosità* del licenziamento).

Peraltro l'opzione ermeneutica – qui proposta – sembra trovare riscontro nelle prime pronunce di giudici di merito³¹, che – nonostante la *sussistenza* del fatto, addotto a motivazione del licenziamento – ordinano (anche) la *reintegrazione nel posto di lavoro*, in dipendenza della *qualificazione giuridica* del fatto medesimo.

con una sanzione conservativa», e premettere alle parole: «sulla base delle tipizzazioni», le seguenti: «perché il fatto non rientra tra le condotte punibili con una sanzione espulsiva».

³⁰ Vedi A. Vallebona, *op. cit.* e, rispettivamente, A. Maresca, *op.cit.*.

³¹ Vedi Trib. Bologna, ord. 25 settembre e ord.15 ottobre 2012.

Vedi, altresì, F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" del 23 ottobre 2012 ed in corso di pubblicazione su Argomenti dir. lav.

3.9. Non risulta, comunque, frustrata – dalla opzione interpretativa, che ne viene proposta – la riforma in esame della *tutela reale* contro i licenziamenti.

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*.

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

Mentre la *sussistenza* 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.

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

Invero la riforma – come è stato ricordato – non ha inciso (arg., a contrario, ex art. 1, commi 37 ss., cit.) sulle *norme sui licenziamenti individuali* (legge n. 604 del 1966), laddove recano – per quel che qui interessa – le regole sul riparto dell'onere probatorio (di cui all'art. 5 della stessa legge)³², come estese dalla giurisprudenza, ora consolidata³³.

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, testualmente, 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 unite³⁴.

³² Vedi M.De Luca, *Diritto delle prove e processo del lavoro nel nuovo corso della giurisprudenza*, cit.

³³ Vedi Cass., sez. un. civ., 10 gennaio 2006, n. 141 e consolidata giurisprudenza conforme successiva, cit.

³⁴ Vedi riferimenti, di cui alla nota che precede.

Infatti il datore di lavoro è gravato, altresì, dell'onere probatorio, che risulta posto a suo carico in dipendenza della configurazione contestuale³⁵ 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.).

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, venne l'appello a non isolare i relativi problemi dai principi generali del diritto delle obbligazioni"*.³⁶

Palesi risultano, quindi, le conseguenze delle configurazioni prospettate sul riparto dell'onere probatorio: a carico del debitore 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.).³⁷

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.

4.1. Tuttavia le regole di *riparto dell'onere probatorio* debbono essere, in ogni caso, coordinate con il *principio di acquisizione*³⁸ – 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*³⁹ – in forza

³⁵ Vedi riferimenti, di cui alle note precedenti.

³⁶ Così, testualmente, Cass., sez. un. civ., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.

³⁷ 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*.

³⁸ Vedi, per tutte, Cass. 9 giugno 2008, n. 15162, in Notiziario giurisprudenza lav., 2008, 660, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

³⁹ 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.

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 *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.

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*.

Prima di concludere, resta da considerare, tuttavia, come la riforma della tutela reale contro i licenziamenti risulti rispettosa dei limiti, che – alla *discrezionalità* del legislatore ordinario – risultano imposti dal *patrimonio costituzionale comune*.⁴⁰

⁴⁰ Sul punto, vedi M.DE LUCA, *L'interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: I. CIOLLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a costituzione*, cit.; E. LAMARQUE, *The Italian Courts and interpretation in conformity with the constitution, EU law and the ECHR*, cit.

5. Garanzia del diritto dei lavoratori, alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*, nella carta dei diritti fondamentali dell'unione europea: *prevalenza* sulle fonti degli ordinamenti interni, condizionata dalla *trattatizzazione*, quale unico limite alla discrezionalità del nostro legislatore ordinario.

In principio, è la garanzia del diritto dei lavoratori – alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* – nella *carta dei diritti fondamentali dell'unione europea* (articolo 30, paragrafo 1).

Tale garanzia *prevale*, infatti, sulle disposizioni confliggenti di fonti – anche costituzionali – degli ordinamenti interni degli stati membri, in dipendenza dello *stesso valore giuridico dei trattati*, che – nelle materie di *competenza* dell'Unione – è riconosciuto alla *Carta* (articolo 6, paragrafo 1, TUE).

E costituisce, nel nostro ordinamento, l'unico limite – alla *discrezionalità* del legislatore ordinario – in quanto la nostra costituzione non solo non garantisce lo stesso *diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*, ma – ancor prima – non impone la *giustificazione* dei licenziamenti.

5.1. E' ben vero, infatti, che la *trattatizzazione* della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE) viene subordinata a precise *condizioni* – dalla nostra Corte costituzionale (che richiama, all'uopo, pronunce conformi della Corte di giustizia)⁴¹ – in base al rilievo che la stessa Carta non costituisce *“uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (tra le più recenti, ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, Mariano⁴²) che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*

⁴¹Vedi Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80, con note di Antonio Ruggeri, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in Forum di Quaderni Costituzionali; Alberto Randazzo, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, nella Rubrica “Studi” di Consulta OnLine

Nello stesso senso, vedi, altresì, Corte costituzionale 11 novembre 2011, n. 303, spec. § 4.2.2., concernente la disciplina dei contratti di lavoro a tempo determinato, recata dal c.d. *collegato lavoro* (legge n. 183 del 2010, articolo 32, commi 5 e 6).

⁴²Corte cost. ord. 17 marzo 2009, causa n. 217/08, in Foro it. 2009, IV, 446.

(sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, McB⁴³; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, Krasimir e altri)".

Tuttavia la garanzia (di cui all'articolo 30, paragrafo 1, della *carta dei diritti fondamentali dell'unione europea*) – del diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* – rientra nella *competenza* dell'Unione europea.

5.2. Infatti – per conseguire gli *obiettivi di politica sociale* (previsti dall'articolo 151 TUE) – l'Unione europea *"sostiene e completa l'azione degli stati membri nei (...) settori"*, elencati contestualmente, quale – per quel che qui interessa – la *"protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro"* (articolo 153, paragrafo 1, lettera d, TUE).

Tanto basta, infatti, per radicare la *competenza* dell'Unione europea nella soggetta materia.

5.3 Né rileva, in contrario, la previsione contestuale (articolo 153, paragrafo 2, lettera b, TUE) che il Parlamento europeo ed il Consiglio possono adottare – (anche) nel *settore*, che qui interessa, della *"protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro"* (di cui allo stesso articolo 153, paragrafo 1, lettera d, TUE, cit.) – *"le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro"*, mediante direttive deliberate secondo la procedura stabilita contestualmente.

La *competenza* dell'Unione europea nella soggetta materia costituisce, infatti, presupposto indefettibile sia della attribuzione dei compiti relativi agli organi dell'Unione, sia della procedura stabilita per le loro deliberazioni.

Parimenti, non rileva, in contrario, la previsione che le disposizioni della Carta si applicano *"nel rispetto del principio di sussidiarietà"* (articolo 51, paragrafo 1, della stessa *Carta*).

⁴³ Corte giust. 5 ottobre 2010, causa n. 400/10, § 50 ss.:

50. Al riguardo si deve ricordare che, conformemente all'articolo 6, n. 1, primo comma, TUE, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta, "che ha lo stesso valore giuridico dei trattati".

51. Anzitutto le disposizioni della Carta si applicano, ai termini del suo art. 51 n. 1, agli stati membri, esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, in virtù del n. 2 della medesima disposizione, la Carta non estende l'ambito di applicazione dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, "né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'unione, né modifica le competenze e i compiti e i compiti definiti nei trattati", Così la Corte è chiamata ad interpretare, alla luce della Carta, il diritto dell'Unione nei limiti delle competenze che le sono attribuite

Si tratta, invero, della mera riproposizione – che, all'evidenza, non incide sulla prospettata *competenza* dell'Unione nella soggetta materia – del generale *principio di sussidiarietà* (di cui all'articolo 5 TUE), con riferimento, appunto, all'applicazione delle disposizioni della *Carta* (compreso l'articolo 30, che qui interessa).

Tale principio, infatti, impone all'Unione di intervenire – nei settori *non di sua esclusiva competenza* – “soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario”.

Del resto le regole – che vi risultano stabilite per gli *interventi* dell'Unione – ne suppongono, all'evidenza, la *competenza*.

5.4. Pertanto la garanzia (di cui all'articolo 30, paragrafo 1, della *carta dei diritti fondamentali dell'unione europea*) del diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* si coniuga con la *competenza* dell'Unione – in materia di “*protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro*” (articolo 153, paragrafo 1, lettera d, TUE).

Ne risulta, di conseguenza, la *trattatizzazione*, appunto, della stessa *garanzia* (ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE).⁴⁴

5.5. Peraltro la definizione generica di *giustificazione* del licenziamento – che la *carta dei diritti fondamentali dell'unione europea* impone, mediante la prevista garanzia del diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* (articolo 30, paragrafo 1) – risulta coerente con la sua natura di *clausola generale*.⁴⁵

5.6. In coerenza con la base giuridica (art.11 cost.) – sulla quale riposa – il *primato* dell'ordinamento comunitario (ed, ora, *eurounitario*) – nelle materie di propria competenza – comporta., per quel che qui interessa, l'applicazione delle disposizioni eurounitarie – dotate di *efficacia diretta* – in luogo delle disposizioni interne configgenti.

⁴⁴ In senso contrario, pare, tuttavia, L. CALCATERRA, *Diritto del lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e costituzione italiana a confronto*, in WP C.S.D.L.E. “massimo D'Antona”, 58/2008, che – prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – sembra riposare, essenzialmente, su argomentazioni contrarie rispetto a quelle esposte nel testo e fondate, appunto, sullo stesso trattato (art. 6 e 153).

⁴⁵ Sul punto, vedi: F. ROSELLI, *Clausole generali. Iura novit curia. Contraddittorio*, Giur. It., 2011. 1701 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Non pare dubbio, infatti, che sia dotata di *efficacia diretta* – in dipendenza della *trattatizzazione* (ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE) , appunto, e del suo contenuto *immediatamente precettivo* – la garanzia (di cui all'articolo 30, paragrafo 1, della *carta dei diritti fondamentali dell'unione europea*) del diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*.

Come tale, la stessa *garanzia* deve essere applicata – per quanto si è detto – in luogo delle disposizioni confliggenti di fonti, anche costituzionali, degli ordinamenti interni degli stati membri.

5.7. Affatto diverso pare (sia detto per inciso) l'impatto – sugli ordinamenti interni degli stati membri – del rinvio (di cui al paragrafo 3 dello stesso articolo 6 TUE) alla convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Nel caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e la CEDU, infatti, il giudice nazionale – in difetto della *trattatizzazione* della stessa convenzione – non è tenuto (in forza del mero rinvio, di cui al paragrafo 3 dell'articolo 6 TUE, appunto) a dare diretta attuazione alle disposizioni della convenzione, disapplicando la norma di diritto nazionale confliggente, senza dovere previamente sollevare una questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale.⁴⁶

⁴⁶ Vedi Corte giust. (Grande Sezione) 24 aprile 2012, causa C-571/10, paragrafi 59-63, laddove si legge:

59 Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e la CEDU, il richiamo a quest'ultima effettuato dall'articolo 6 TUE imponga al giudice nazionale di dare diretta attuazione alle disposizioni di tale convenzione, nella fattispecie all'articolo 14 della medesima nonché all'articolo 1 del Protocollo n. 12, disapplicando la norma di diritto nazionale in conflitto, senza dovere previamente sollevare una questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale.

60 Ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali, così come garantiti dalla CEDU e quali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

61 Tale disposizione del Trattato UE consacra la giurisprudenza costante della Corte secondo la quale i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza (v., segnatamente, sentenza del 29 settembre 2011, *Elf Aquitaine/Commissione*, C-521/09 P, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 112).

62 Tuttavia, l'articolo 6, paragrafo 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale.

63 Si deve pertanto rispondere alla seconda questione dichiarando che il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa.

Resta, comunque, impregiudicato il *valore* della CEDU – quale fonte di diritto internazionale dell'UE – una volta che l'Unione aderisca alla convenzione (ai sensi dello stesso art. 6 TUE) ⁴⁷.

La conclusione – proposta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia – risulta coerente con il nostro *sistema costituzionale delle fonti*.⁴⁸

5.8. Quanto alle fonti di diritto internazionale, infatti, l'adeguamento automatico del nostro ordinamento interno – alle *norme di diritto internazionale generalmente riconosciute* (art. 10, primo comma, cost.) – concerne, esclusivamente, *principi generali e norme consuetudinarie* ⁴⁹, mentre non comprende le norme contenute in accordi internazionali, che non riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale.

Peraltro gli accordi – ai quali fanno riferimento altre norme della costituzione (art. 10, secondo comma, e 7) – riguardano, esclusivamente ⁵⁰, la *condizione giuridica dello straniero* e, rispettivamente, i *rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica*.

Pertanto le norme costituzionali citate (art. 10, primo e secondo comma, e 7) non possono, all'evidenza, essere applicate ad accordi internazionali diversi da quelli che ne risultano espressamente contemplati.

5.9. Per le fonti convenzionali di diritto internazionale – diverse da quelle fin qui considerate (quale, appunto, la CEDU) – la giurisprudenza

⁴⁷ Vedi Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80, cit.

In dottrina, vedi A. TIZZANO, *Les Cours europeenne e l'adhesion de l'Union à la CSDH*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2011, 38 s., nonché in www.europeanrights.it, spec. § 4, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁴⁸ Vedi, per tutti, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, 2011, 747 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Sul rapporto tra giurisprudenza della Corte di giustizia e giurisprudenza costituzionale, prospettato nel testo, vedi A. RUGGERI, *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012)*, www.consultaonline.it.

⁴⁹ Vedi, per tutte, Corte cost. n. 349 e 348 del 2007, cit..

⁵⁰ Vedi l'articolo 7 Cost.:

Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani. I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi.

Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale.

costituzionale⁵¹ pare consolidata nel senso che le norme – prodotte da tali fonti convenzionali – integrano, *quali norme interposte*, il parametro costituzionale (di cui all'art. 117, primo comma, Cost.), nella parte in cui impone la *conformazione* della legislazione interna (statale e regionale) ai vincoli derivanti dagli *obblighi internazionali*.

In tale prospettiva – ove si profili un (eventuale) contrasto fra norma interna e norma di diritto internazionale convenzionale – il giudice comune deve, innanzitutto, verificare la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla seconda (quale risulti, in ipotesi, dalla eventuale interpretazione, che ne sia stata data dalla rispettiva Corte).

Solo all'esito negativo della verifica, lo stesso giudice – non potendo, in questo caso, rimediare tramite la *disapplicazione* della norma interna contrastante – deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'indicato parametro (art. 117, 1° comma, cost., cit.).

Una volta che ne sia investita dello scrutinio, la Corte costituzionale – pur non potendo sindacare l'interpretazione che, della norma internazionale, sia data dalla Corte rispettiva (in ipotesi, la CEDU) – resta, tuttavia, legittimata a verificare se, così interpretata, la norma internazionale – la quale si colloca, pur sempre, ad un *livello sub-costituzionale* – si ponga in conflitto con altre norme della costituzione.

L'esito positivo di tale verifica configura – secondo la stessa Corte costituzionale⁵² – ipotesi eccezionale nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale ad integrare il parametro considerato (art. 117, 1° comma, cost., cit., appunto).

5.10. Per il nostro ordinamento, tuttavia, la garanzia del diritto dei lavoratori – alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* (di cui all'articolo 30, paragrafo 1, della *carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, trattatizzato* ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE) – rappresenta, altresì, l'unico limite alla *discrezionalità* del legislatore ordinario.

La nostra costituzione, infatti, non solo non garantisce lo stesso *diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*, ma – ancor prima – non impone la *giustificazione* dei licenziamenti.

Pertanto la tutela contro i licenziamenti ingiustificati, nel nostro ordinamento, risulta affidata – in via esclusiva – a leggi ordinarie.

⁵¹ Vedi Corte cost. 348, 349/2007, 80/ 2011, cit. ed, ivi, riferimenti ulteriori (quali le sentenze n.39/2008, 311 e 317/2009).

⁵² Vedi Corte cost. n. 80/2011, cit.

Coerentemente, la *discrezionalità* del legislatore ordinario, appunto, incontra – (anche) nella riforma dello stesso sistema di tutela – soltanto il limite imposto dalla *Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea* (art. 30, paragrafo 1, cit.).

Tale limite pare, tuttavia, rispettato dalla riforma in esame (art. 18 S, quale risulta, appunto, dalla riforma), che incide – per quanto si è detto – soltanto sulla tutela reale contro il licenziamento disciplinare ed il licenziamento economico.

Né la *discrezionalità* del legislatore ordinario incontra – nella stessa materia della *tutela reale* contro i licenziamenti – limiti imposti dalla nostra costituzione..

6. Processo di erosione progressiva della recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro: garanzia del *diritto al lavoro* nel fecondo dialogo tra Corte costituzionale e legislatore ordinario.

La *giustificazione* dei licenziamenti individuali, infatti, risulta *generalizzata* nel nostro ordinamento – all'esito di un lungo processo di erosione progressiva della recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro (art. 2118 c.c.) – soltanto dalla *riforma* in materia del 1990 (legge 11 maggio 1990, n. 108, *Disciplina dei licenziamenti individuali*).

Oltre a dare *seguito* – a ripetuti *moniti* della Corte costituzionale⁵³ – è risultata funzionale allo scopo di «bloccare» le operazioni referendarie per l'abrogazione della disposizione (art. 35, 1° comma, l. 300/70, limitatamente alle parole «dell'art. 18 e»), recante la definizione del campo d'applicazione della tutela reale contro i licenziamenti (art. 18 stessa l. 300/70).⁵⁴

6.1. Il lungo processo di erosione progressiva della recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro (art. 2118 c.c.) – portato a conclusione, appunto, dalla *generalizzazione* della *giustificazione* dei licenziamenti individuali (ai sensi della legge 11 maggio 1990, n. 108, cit.) – risulta

⁵³ Vedi Corte cost. 2/86 (Foro it., 1986, I, 1194,80 con nota di richiami, alla quale si rinvia), 181/89 (id., 1989, I, 2100, con nota di richiami, alla quale si rinvia).

⁵⁴ Vedi Cass., ufficio centrale referendum, ordinanza 21 maggio 1990, in Foro it., 1990, I, 1875, con nota di M. DE LUCA, Licenziamenti individuali nelle «piccole imprese»: la nuova legge «blocca» il referendum.

affidato, essenzialmente, al fecondo dialogo tra Corte costituzionale e legislatore ordinario.⁵⁵

La recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro (art. 1218 c.c.) è stata dalla Corte esclusa, quasi immediatamente⁵⁶, dal novero dei *principi fondamentali* dell'ordinamento dello Stato – che limitano la potestà legislativa (anche) di regioni (e province) ad autonomia differenziata⁵⁷ – mentre ha resistito allo scrutinio di *compatibilità* con la costituzione⁵⁸ e – solo all'esito di un lungo processo di riforma legislativa – ha perduto il ruolo – di *“regola del nostro ordinamento di efficacia generale”* – per assumere *“carattere eccezionale”*.⁵⁹

6.2. E' ben vero, infatti, che la *lettura costituzionale* della disposizione codicistica in tema, appunto, di recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro (articolo 2118 c.c.) – che risulta proposta in dottrina, non senza contrasti, sin dagli anni '50 del secolo scorso⁶⁰ – consentiva il controllo giudiziale sui motivi del licenziamento e ne subordinava la *legittimità* alla sussistenza effettiva degli stessi motivi.

⁵⁵ Vedi, per tutti, M.DE LUCA; *La tutela differenziata contro il licenziamento illegittimo*, Milano, Giuffrè, 1991, capitolo I.

⁵⁶ Con una delle prime pronunce del terzo anno di attività della Corte costituzionale: vedine la sentenza n. 7 del 1958, in Foro it., 1958, I, 844.

⁵⁷ 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. 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.

⁵⁸ Vedi Corte cost. n. 45 del 1965, in Foro it., 1965, I, 1118.

⁵⁹) Sulla «eccezionalità» della recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro, vedi Corte cost. n. 427 del 1989, in Foro it., 1989, I, 2685, con nota di M. DE LUCA, *Licenziamenti disciplinari nelle «piccole imprese»; la Corte costituzionale estende la garanzia del contraddittorio, ma restano alcuni problemi*. Vedi, altresì, Cass., sez. un. civ., n. 2249 del 1988, Foro it., 1989, I, 840, con nota di G. MASSETANI.

⁶⁰ 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, «lura» e «leges nella disciplina dei licenziamenti individuali», in Riv. dir. lav., 1979, I, 105.

Affatto diverso è stato, tuttavia, l'avviso espresso dalla Corte costituzionale ⁶¹.

6.3. *“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”*.

Tuttavia, la garanzia costituzionale (art. 4) del *“diritto al lavoro”* – osservava la Corte nella motivazione della stessa sentenza, significativamente richiamata in dispositivo quale *“limite”* della pronuncia di rigetto – *“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 circonda 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”*.

6.4. Né 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 – ”* ⁶² 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 Corte costituzionale ⁶³ – non può sfuggire, infatti, la coerenza dell'intervento legislativo con il «monito» della corte.

⁶¹ Vedi Corte cost. n. 45 del 1965, cit.

⁶² Il rilievo è di MANCINI, op. cit., 239.

⁶³ 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*

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)⁶⁴.

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.

Il «seguito» legislativo al primo «monito» della Corte costituzionale, tuttavia, non ne esauriva il fecondo «dialogo» con il legislatore, in tema di licenziamento, ma, anzi, lo intensificava e lo estendeva alla giurisprudenza ordinaria⁶⁵.

6.5. L'astratta previsione, nel nostro ordinamento, di due regimi distinti e profondamente diversificati di tutela (obbligatoria, appunto, e reale) contro i licenziamenti individuali e di un'area residuale di recedibilità ad nutum (art. 2118 c.c.) del datore di lavoro poneva, infatti, delicati problemi sia di *coordinamento* che di legittimità costituzionale.

Sul piano del coordinamento, tuttavia, la Corte costituzionale aderiva, sin dal suo primo intervento sul punto⁶⁶, alla c.d. teoria del *parallelismo delle tutele*, peraltro condivisa dall'orientamento, che – sia pure con qualche «incidente di percorso» – si è andato consolidando nella giurisprudenza di legittimità⁶⁷, nonché dalla dottrina prevalente⁶⁸, sì da

esperienze straniere, Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989.

⁶⁴ Vedi riferimenti a nota 28.

⁶⁵ Sul carattere «dialogico» del c.d. diritto giurisprudenziale, vedi, per tutti, L. LOMBARDI, Saggio sul diritto giurisprudenziale, Milano, 1975, 465 ss.

⁶⁶ Vedi Corte cost. 55/74, Foro it., 1974, I, 959.

⁶⁷ Sulla c.d. teoria del «parallelismo delle tutele» nell'acquis giurisprudenziale, vedi, per tutte, Corte cost. 55/74, cit., 189, 152/75 (Foro it., 1975, I, 1578, con nota di richiami); Cass., sez. un., 5050/85 (id., 1985, I, 2876, con nota di PRESTIPINO, alla quale si rinvia), annotata da ALLEVA, Il consolidamento dell'opinione giurisprudenziale sull'ambito di applicabilità della tutela contro i licenziamenti, in Riv. giur. lav., 1985, II, 438; G. GRECO, L'intervento della Corte costituzionale in materia di lavoro, in Mass. giur. lav., 1989, 513; L. MENGONI, Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro, in Lavoro. La giurisprudenza costituzionale, Roma, 1987; riferimenti, di cui alla nota che segue.

⁶⁸ Per una ricostruzione sistematica di dottrina (e giurisprudenza) sul coordinamento tra le tutele contro il licenziamento, vedi P. GENOVIVA, I licenziamenti, Torino, 1988, 19 ss. Adde, F. FOCARETA, L'art. 18 dello statuto dei lavoratori tra tendenze espansive e problemi irrisolti, in Quaderni dir. lav., 1989, fasc. 6, 251 ss.; M.V. BALLESTRERO, Ambito di

potersi considerare *ius receptum* nel nostro ordinamento ⁶⁹, alla data di entrata in vigore della riforma in materia del 1990 (l. 108/90).

6.6. La coesistenza – che risultava dal prospettato coordinamento – di due regimi affatto diversi di tutela (reale, appunto, ed obbligatoria) contro il licenziamento (art. 18 l. 300/70, 8 l. 604/66) con la recedibilità ad nutum (art. 2118 c.c.) del datore di lavoro – sia pure nell’ambito del campo d’applicazione rispettivo (art. 35 l. 300/70, 11 l. 604/66 ed area residuale) – non poteva non sollevare questioni di costituzionalità, sotto profili diversi, che la Corte costituzionale, tuttavia, ha ripetutamente ritenuto infondate.

Intanto l’asserita (rectius: ribadita) ⁷⁰ «discrezionalità» del legislatore ordinario – nella scelta dei tempi e dei modi, «in rapporto ovviamente alla situazione economica generale», per dare attuazione ai principî (di cui, soprattutto, all’art. 4 Cost.), che esprimono *“l’esigenza di un contenimento della libertà di recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro e, quindi, dell’ampliamento della tutela del lavoratore, quanto alla conservazione del posto di lavoro”* – induceva la Corte costituzionale ⁷¹ a ritenere non fondata la questione di legittimità dell’art. 8 l. 604/66, sebbene questo consenta al datore di lavoro, in caso di licenziamento non sorretto da giusta causa o giustificato motivo, l’alternativa tra riassunzione e pagamento di una indennità.

La disposizione impugnata (art. 8 l. 604/66) – *“avendo limitato il diritto al recesso del datore di lavoro, prima illimitato, ai casi di giusta causa e giustificato motivo, e sancito, in mancanza della riassunzione del lavoratore, il pagamento in suo favore di un’indennità”* – non poteva, infatti, non considerarsi, ad avviso della corte, *“espressione iniziale e non completa» dell’applicazione di quei principî costituzionali, sia pure con la «gradualità”* demandata alla scelta discrezionale ed insindacabile del legislatore.

Peraltro, la diversità di trattamento, che ne risultava, non era in contrasto, ad avviso della stessa Corte costituzionale ⁷², con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) – anche sotto i profili della «razionalità» e

applicazione della disciplina dei licenziamenti: ragionevolezza delle esclusioni, in *Lavoro e dir.*, 1990, 263.

⁶⁹ Anche autori, che lo hanno aspramente criticato, riconoscono ormai consolidato l’orientamento; v. ALLEVA, op. cit., 438; MAZZIOTTI, Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari, in *Giornale dir. lav.*, 1987, 491.

⁷⁰ Il principio risulta, infatti, affermato sin da Corte cost. 45/65, cit.

⁷¹ V. Corte cost. 194/70, *Foro it.*, 1971, I, 3.

⁷² Vedi riferimenti alle note 26 ss.

della «ragionevolezza»⁷³ – in quanto, asseritamente, giustificata dalla corrispondente diversità tra i campi d'applicazione rispettivi.

“Non è solo e non tanto il criterio della diretta fiducia personale che vale a qualificare il rapporto (di lavoro), nell'ipotesi di un numero inferiore di dipendenti” – argomentava, infatti, la corte⁷⁴ a sostegno della ritenuta infondatezza della questione di costituzionalità della previsione (art. 11, 1° comma, l. 604/66) di un livello occupazionale complessivo minimo (di almeno trentasei dipendenti) per l'accesso alla tutela c.d. obbligatoria – *“quanto il criterio economico suggerito per regolare gli interessi delle aziende aventi un minor numero di dipendenti, senza trascurare gli interessi dei lavoratori”*.

6.7. «Mancanza di attività lucrativa», poi, e «difetto di forme organizzative e di risorse finanziarie comparabili con quelle proprie delle attività imprenditoriali» concorrono – ad avviso della corte⁷⁵ – a giustificare l'esclusione, dalla tutela reale (art. 18 l. 300/70), dei datori di lavoro non imprenditori, esclusione sostenuta contestualmente dalla stessa corte – non senza contrasti⁷⁶ – essenzialmente sulla base dell'argomento *ab absurdo*⁷⁷ che l'opposta interpretazione della disposizione (art. 35 della stessa l. 300/70), sul campo d'applicazione di quella «tutela», comporterebbe, appunto, *“l'assurdo di un trattamento molto più favorevole per i lavoratori dipendenti di datori di lavoro non imprenditori, ai quali sarebbe sempre garantita la reintegrazione nel posto di lavoro congiuntamente al risarcimento del danno (cioè la tutela reale), indipendentemente dai criteri e limiti numerici che, in base all'art. 35, vi fanno ostacolo per i lavoratori delle imprese industriali, commerciali ed agricole, ed un tale regime comporterebbe, al tempo stesso, un più grave onere, proprio e soltanto per i non imprenditori, del tutto ingiusto e ingiustificabile”*.

6.8. Peraltro, «sensibili differenze organizzative e strutturali» tra imprese agricole ed imprese industriali o commerciali, «nella realtà economica e sociale del nostro paese», costituiscono – ad avviso della

⁷³ Sulle nozioni diverse di «razionalità» e «ragionevolezza», peraltro usate promiscuamente dalla Corte costituzionale, v. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 147 ss. Sull'impiego di tali nozioni, in relazione al tema del coordinamento tra le «tutele» contro il licenziamento, v. BALLESTRERO, op. cit., 268 ss.

⁷⁴ Vedi Corte cost. 81/69, Foro it., 1969, I, 1384.

⁷⁵ Vedi Corte cost. 152/75, cit.

⁷⁶ Per una ricostruzione sistematica di dottrina (e giurisprudenza) sul coordinamento tra le tutele contro il licenziamento, vedi riferimenti a nota 36.

⁷⁷ Sull'argomentazione *ab absurdo*, a sostegno della interpretazione della legge, v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 369.

corte ⁷⁸ – la «ragione» del diverso livello occupazionale (più di cinque e, rispettivamente, più di quindici dipendenti), che è richiesto (art. 35 l. 300/70) per la loro soggezione alla tutela reale.

6.9. Il riferimento, poi, di quel livello occupazionale alla «unità produttiva» – dalla stessa Corte costituzionale ⁷⁹ definita, non senza contrasti, come articolazione di una più complessa organizzazione imprenditoriale, dotata di «autonomia così dal punto di vista economico-strutturale, come da quello finalistico o del risultato produttivo» – rispondeva, sempre ad avviso della corte, al «prevalente e determinante valore» che il legislatore aveva attribuito alla *“esigenza di salvaguardare la funzionalità delle unità produttive, nell'intento di evitare in quelle con minor numero di dipendenti (. . .) il verificarsi di situazioni di tensione nelle quotidiane relazioni umane e di lavoro correnti tra il dipendente licenziato (e poi reintegrato nello stesso ambiente) ed i preposti dell'unità produttiva nonché gli altri lavoratori ad essa appartenenti”*. .

Del resto, la prospettata opzione del legislatore – osservava ancora la corte⁸⁰ – risulta confermata dalla ipotesi alternativa (di cui al 2° comma dello stesso art. 35 l. 300/70) del riferimento di quel livello occupazionale all'«ambito comunale» anziché all'unità produttiva.

In tale ipotesi, infatti, *“gli inconvenienti, derivanti dalla obbligatoria reintegrazione nel posto di lavoro, possono, senza apprezzabile pregiudizio per il lavoratore, evitarsi con il trasferimento da una unità produttiva ad un'altra, nell'ambito dello stesso comune”*.

Tuttavia – precisa la corte – l'incensurabilità della disciplina non uniforme dei licenziamenti *«sotto il profilo della ragionevolezza»* – in quanto dipende da «valutazioni discrezionali, aventi riguardo ad equilibri economico-sociali che ne hanno consigliato l'adozione nell'interesse generale» – non esclude interventi legislativi ulteriori, *“volti a migliorare», nell'interesse generale, sia la sostanza della normativa ora vigente, sia la formulazione di essa, onde agevolare il ruolo dell'interprete”*.

Coerentemente, la *discrezionalità* del legislatore ordinario nel dare attuazione *graduale* ai principî costituzionali (di cui, soprattutto, all'art. 4 Cost.) – che garantiscono tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro – non ne poteva procastrinare *sine die* quella *“espressione iniziale e non completa”* ⁸¹, che era rappresentata dall'introduzione (a cavallo tra gli anni '60 e '70) della tutela c.d.

⁷⁸ Vedi Corte cost. 152/75, cit.

⁷⁹ Vedi Corte cost. 55/74, 152/75, cit.

⁸¹ (35) Vedi Corte cost. 194/70, cit.

obbligatoria (l. 604/66) e, poi, della tutela c.d. reale (art. 18 l. 300/70) contro i licenziamenti individuali, nell'ambito del rispettivo campo d'applicazione (art. 11 l. 604/66, 35 l. 300/70), senza espungere dall'ordinamento, tuttavia, la recedibilità ad nutum (art. 2118 c.c.) del datore di lavoro.

Tantomeno compatibile con quei principî costituzionali risultava, poi, il sostanziale ridimensionamento dell'«area delle tutele», che era derivato dalla successiva esclusione ope legis – *nell'era della flessibilità*⁸² – dei giovani assunti con contratto di formazione e lavoro (art. 3, 10° comma, d.l. 726, conv. in l. 836 del 1984) e, poi, degli apprendisti (art. 21, 7° comma, l. 56/87) dal computo del livello occupazionale, (anche) ai fini dell'accesso alle tutele.⁸³

In entrambe le direzioni, quindi, la Corte costituzionale si è mossa – sia pure soltanto con «moniti» al legislatore – per scuoterne l'inerzia o, addirittura, per invertirne la tendenza (rectius: la controtendenza) in senso sostanzialmente riduzionistico delle garanzie per i lavoratori.

Pur ribadendo il rigetto delle questioni di costituzionalità concernenti il triplice regime giuridico dei licenziamenti individuali – in quanto tale regime risultava tuttora «giustificato, essendo ancora attuale la crisi economica che colpisce le imprese ed il paese e non essendo ancora sopite le tensioni del mondo del lavoro e non essendo ancora risolti i numerosi problemi» – la più recente sentenza in materia (n. 2/86) della Corte costituzionale⁸⁴, infatti, rivolge al legislatore un significativo «monito».

“Resta auspicabile che il legislatore, per le suddette imprese (per quelle, cioè, per le quali opera ancora la recedibilità ad nutum del datore di lavoro), nell'attuazione di una politica sociale ed anche in attuazione ai principî ed alle indicazioni internazionali, possa nel futuro introdurre la previsione di una giusta causa o di un giustificato motivo a base del licenziamento dal datore di lavoro intimato”.

⁸² Su politica e diritto del lavoro nell'«era della flessibilità», vedi riferimenti in: M. DE LUCA, *Flessibilità del lavoro, in funzione della competitività nel mercato globale, e garanzia costituzionale dei diritti dei lavoratori*, in Foro it., 2009, V, 185; ID., *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in Foro it. 2011, V, 216; ID., *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali: profili problematici e prospettive*, in Foro it., 1990, V, 129, spec. note 56-58; ID., *Statuto dei lavoratori: prospettive del garantismo per gli anni '90*, in Dir. lav., 1989, I, 109; ID., *Il contratto di formazione e lavoro nel diritto regionale (con particolare riferimento all'ordinamento della regione siciliana)*, in Dir. lav., 1990, fascicolo n. 3; AA.VV., *Il diritto del lavoro negli anni '80*, Napoli, 1988.

⁸³ Vedi i riferimenti di cui alla nota che precede.

⁸⁴ Vedi Corte cost. 2/86, cit.

6.10. Coniugando principi e valori costituzionali (di cui, soprattutto, all'art. 4 Cost.) con l'attenzione, peraltro, non inconsueta⁸⁵, alle suggestioni di fonti del diritto sociale internazionale (attenzione che, nella specie, pare rivolta, prima di tutto, al principio generale di «giustificazione» del licenziamento, accolto dall'art. 4 della convenzione Oit n. 158 del 1982), il «monito» della Corte costituzionale, quindi, sembra portare a conseguenze ulteriori – anche se non ancora definitive – il lento processo di «delegittimazione costituzionale» della recedibilità ad nutum (art. 2118 c.c.) del datore di lavoro.

6.11. In perfetto parallelismo – esplicitamente sottolineato dal contestuale richiamo della pronuncia di rigetto e del «monito» ora menzionati – la Corte costituzionale (sent. 181/89)⁸⁶, poi, parimenti rigettava la questione di costituzionalità, concernente l'esclusione degli apprendisti (prevista dall'art. 21, 7° comma, l. 56/87) dal computo del livello occupazionale, (anche) ai fini dell'accesso all'«area delle tutele», ma indicava, contestualmente, al legislatore le prospettive di intervento.

Pur non essendo giustificata dalla «specialità» del rapporto di apprendistato né dalla «trasposizione automatica» delle ragioni, addotte a sostegno della costituzionalità del triplice regime giuridico dei licenziamenti, era, tuttavia, «non arbitraria» – ad avviso della corte – la scelta discrezionale operata dal legislatore, con la disposizione impugnata (art. 21, 7° comma, l. 56/87), di «incentivare» l'apprendistato – analogamente, peraltro, al contratto di formazione e lavoro⁸⁷ – attraverso la «restrizione dei comuni strumenti di garanzia».

Nel bilanciamento degli interessi, infatti, era «ragionevole», ad avviso della corte, che, «in presenza di una grave ed acuta crisi dell'occupazione giovanile e nella difficoltà di reperire in tempi rapidi mezzi d'intervento diversi, si sia operato un sacrificio di meccanismi di tutela pur così rilevanti».

In coerenza con la motivazione del rigetto, la corte sottolineava, poi, contestualmente – sulla falsariga, del resto, di suoi precedenti – che «l'esigenza di non obliterare la correlazione tra la straordinarietà delle situazioni di fatto (massiccia disoccupazione giovanile) e la deroga a fondamentali strumenti di garanzia vale a maggior ragione rispetto alla

⁸⁵ Per l'attenzione – sin da allora – della nostra Corte costituzionale alle fonti internazionali e comunitarie, vedi, per tutte, Corte cost. 103/89, Foro it., 1989, I, 2105, con osservazioni di M. DE LUCA.

⁸⁶ Vedi Corte 181/89, Foro it., 1989, I, 2100.

⁸⁷ Vedi Corte cost. 190/87, Foro it., 1988, I, 361, con nota di M. DE LUCA.

norma in discussione, che costituisce ampliamento di una deroga già esistente al generale principio di uguaglianza e ad altri valori di rilievo costituzionale».

Perveniva, quindi, alla conclusione, che si risolve, sostanzialmente, in un significativo monito al legislatore: *“il riconoscimento del carattere necessitato ed urgente di tale intervento, in vista della tutela del diritto al lavoro dei giovani, da un lato non può giustificare inerzia nella ricerca di altri strumenti che non incidano su tali valori, dall'altro non preclude una riconsiderazione della questione ove il sacrificio di questi si protragga troppo a lungo, pur in presenza di significative modificazioni della situazione considerata”*.

Con la configurazione – come pronuncia *rebus sic stantibus*⁸⁸ (45) – del rigetto della questione di costituzionalità, la corte coniuga, quindi, non solo la stigmatizzazione dell'eventuale inerzia del legislatore, ma anche l'indicazione al medesimo di univoche direttive di intervento, una volta che dovessero intervenire innovazioni significative nella situazione occupazionale considerata (massiccia disoccupazione giovanile).

6.12. E' stata, quindi, la Corte costituzionale a *stimolare* – con i propri *moniti* – la introduzione, nel nostro ordinamento, di un complesso sistema di tutela contro i licenziamenti – affidandone l'attuazione alla *discrezionalità* del legislatore ordinario – in difetto della garanzia, nella costituzione, del diritto alla stessa tutela ed, ancor prima, della imposizione della *giustificazione* per i licenziamenti.

Coerentemente, la stessa Corte ha negato la *costituzionalizzazione* della *tutela reale*, appunto, contro i licenziamenti – 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)⁸⁹ – negando, sia pure implicitamente, la incompatibilità – con la garanzia costituzionale del *diritto al lavoro*, che ne risulta attuata – di qualsiasi *cammino a ritroso*, rispetto allo stesso sistema di tutele.⁹⁰

⁸⁸ (45) Sull'efficacia nel tempo delle sentenze della Corte costituzionale, vedi 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.

⁸⁹ 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*.

⁹⁰ Sulla *compatibilità* di qualsiasi *cammino a ritroso*, rispetto al sistema di tutele contro i licenziamenti, con la garanzia costituzionale del *diritto al lavoro*, che ne risulta attuata, vedi

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) – per quanto si è detto – assicura soltanto il diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*.

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

7. Conclusioni.

Agevoli risultano, a questo punto, brevi conclusioni.

Intanto la *riforma* non intende abrogare la *tutela reale* (di cui all'articolo 18 S.L., nel testo previgente) – per nessun *tipo* di licenziamento – ma soltanto ridimensionarla, per i licenziamenti disciplinari ed economici.

Eppure nessun limite pare imposto sul punto, per quanto si è detto, alla *discrezionalità* del legislatore ordinario.

Il ridimensionamento prospettato si risolve, poi, nella graduazione della sanzione, in relazione alla *insussistenza* o *manifesta insussistenza* del *fatto* addotto a motivazione di licenziamenti disciplinari, appunto, ed economici.

Né può essere trascurata l'incidenza, che – parimenti ai fini dell'accesso alla tutela reale *riformata* contro gli stessi licenziamenti – pare destinata a svolgere, per quanto si è detto, la permanente vigenza, da un lato, del principio secondo cui *"il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (.....) o per giustificato motivo"* (art. 1 legge 604 del 1966) e, dall'altro, delle regole sul riparto dell'onere probatorio (art. 5 della sessa legge, come *esteso* dalla giurisprudenza ora consolidata).

Lungi dal trovare riscontro – in alcuno dei modelli del panorama comparatistico – o dal risultare effettivamente funzionale agli obiettivi – enunciati esplicitamente in apertura e, persino, nel titolo del testo normativo – la *riforma* sembra rispondere, essenzialmente, all'esigenza di risultare accettabile alle diverse componenti della *strana* maggioranza, che sostiene l'attuale governo.

Coerenti risultano, quindi, le ricadute sul testo normativo e le implicazioni sul piano ermeneutico, che sono state prospettate.

riferimenti in M.DE LUCA; *La tutela differenziata contro il licenziamento illegittimo*, Milano, Giuffrè, 1991, *passim*.

