

ITALIA-CROAZIA ORDINAMENTI A CONFRONTO

a cura di

Roberto Cosio Antonino Sgroi Vanja Smokvina



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2015 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-5942-1

*Il volume è stato realizzato con il contributo di:
AGI Sicilia; AGI Lazio; AGI Friuli-Venezia Giulia.*



Il volume è stato in parte finanziato dall'Università di Rijeka, Croazia, sotto il progetto numero 13.08.1.2.03.



**BIBLIOTECA
CENTRALE
GIURIDICA**

**MAG.
0300
32288**

M 88617

Composizione: La Fotocomposizione - Torino

Stampa: LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Gli Autori</i>	XIII
<i>Presentazione e ringraziamenti</i>	XV

Parte Prima

Il diritto come trait d'union tra Croazia e Italia

Capitolo I

Rapporto tra Italia e Croazia dal punto di vista del diritto internazionale pubblico – Protezione della lingua delle minoranze

Vesna Crnić-Grotić

1. Introduzione	3
2. La lingua croata nella Repubblica italiana	4
3. La lingua italiana nella Repubblica di Croazia	5

Capitolo II

L'attività degli avvocati stranieri nella Repubblica di Croazia

Iva Sunko, Ferri Marko

1. Note introduttive	11
2. Lo sviluppo del diritto al lavoro degli avvocati stranieri nella Repubblica di Croazia e l'introduzione della libertà di stabilimento e della libertà d'esercizio di prestazioni professionali	12
3. I termini in conformità dei quali gli avvocati stranieri sono autorizzati ad esercitare prestazioni professionali nella Repubblica di Croazia	16
4. I presupposti che devono essere raggiunti affinché un avvocato straniero possa esercitare prestazioni professionali nella Repubblica di Croazia	18

	<i>pag.</i>
4.1 I presupposti per l'esercizio della professione con la denominazione « <i>odvjetnik</i> » («avvocato»)	19
4.2 I presupposti per la registrazione nell'albo degli avvocati che esercitano prestazioni professionali con denominazione professionale dello Stato di provenienza	20
4.3 I presupposti per l'esercizio di prestazioni professionali singole (esercizio di prestazioni professionali singole sul territorio della Repubblica di Croazia)	23
5. La portata delle prestazioni professionali che un avvocato straniero è autorizzato ad esercitare nella Repubblica di Croazia	24
6. La responsabilità degli avvocati stranieri	26
7. Eguaglianza con gli avvocati locali	27
8. Gli uffici di rappresentanza degli studi legali stranieri	27
9. Note conclusive	29

Capitolo III

Adesione della Croazia all'Unione Europea: effetti previdenziali e adeguamento delle regole amministrative

Antonino Sgroi

1. Dall'applicazione della Convenzione di sicurezza sociale all'applicazione delle regole di diritto europeo sulla sicurezza sociale	33
2. L'adesione della Croazia alla Comunità Europea: effetti sul sistema di sicurezza sociale	34

Parte Seconda

Gli aiuti di Stato

Capitolo IV

Mercato unico, concorrenza e aiuti di Stato. La verifica del common law europeo

Fabio Fonzo

Premessa	41
1. La disciplina degli aiuti di Stato secondo il diritto vivente	42
1.1. L'art. 107 TFUE	42
1.1.1. Selettività dell'aiuto	44

	<i>pag.</i>
1.2. L'art. 108 TFUE	45
1.2.1. Gli aiuti preesistenti	45
1.2.2. Il perseguimento di un vantaggio	46
2. La natura pubblica dell'aiuto e l'obbligo di recupero degli aiuti illegittimi	49
3. Inadempimento di uno Stato alla decisione della Commissione	50
4. Il recupero degli interessi maturati	54
5. Il divieto degli aiuti di Stato nella crisi economica internazionale	55
<i>Bibliografia</i>	56

Capitolo V

Gli aiuti di Stato nella Repubblica di Croazia

Ana Pošćić

1. Considerazioni introduttive	57
2. Gli aiuti di Stato nella Repubblica di Croazia nel periodo antecedente all'ingresso nell'Unione Europea	58
3. Gli impegni assunti con il Trattato di adesione	61
4. Gli aiuti di Stato in Croazia in seguito all'ingresso nell'Unione Europea	64
4.1 Definizione di aiuto di Stato	68
4.2 Eccezioni rispetto alle misure vietate	71
4.3 L'approvazione degli aiuti di Stato nella Repubblica di Croazia	74
5. Considerazioni conclusive	78
<i>Bibliografia</i>	79

Capitolo VI

Aspetti fiscali delle forme selezionate di aiuti di Stato nella Repubblica di Croazia

Nataša Žunić Kovačević

1. Cenni introduttivi sugli aiuti di Stato e sulle agevolazioni fiscali	81
2. La complessità del quadro normativo degli aiuti di Stato di natura fiscale: prospettive europee e nazionali	82
3. Rassegna del trattamento fiscale di alcune forme fiscali di aiuti di Stato in Croazia	88
3.1 Un'indagine sul trattamento fiscale nazionale delle forme selezionate di aiuti fiscali	89
4. Osservazioni conclusive	95
<i>Bibliografia</i>	95

Parte Terza
Il mercato del lavoro

Capitolo VII

Gli incentivi per le assunzioni di giovani nel periodo di crisi economica in Croazia

Vanja Smokvina

1. Introduzione	99
2. La disoccupazione: un problema grave	101
3. Programma nazionale degli incentivi all'occupazione e politiche attive di collocamento al lavoro	105
4. Misure attive per il collocamento al lavoro	107
5. Incentivi e misure per l'assunzione di giovani nell'Unione Europea	109
6. Incentivi e misure per l'assunzione di giovani in Croazia	110
6.1. Specializzazione professionale per il lavoro senza l'istituzione del rapporto di lavoro	111
6.2. Misura "mezzo-mezzo per il primo impiego": incentivo per l'assunzione di giovani senza esperienza lavorativa	112
7. Conclusione	112
<i>Bibliografia</i>	113

Capitolo VIII

Flessibilizzazione del contratto di lavoro in Croazia

Siniša Baričević

1. Introduzione	117
2. Disposizioni generali sul contratto di lavoro (legge sul lavoro – nn. 149/2009, 61/2011, 82/2012)	118
3. Modifiche alle norme di legge sulla stipula del contratto di lavoro a tempo determinato. Testi delle norme di legge precedenti alle modifiche	118
3.1. Disposizioni della legge sul lavoro del 1995 (nn. 38/1995, 54/1995, 65/1995, 17/2001, 82/2001, 114/2003, 137/2004 testo emendato e 68/2005)	118
3.2. Disposizioni della legge sul lavoro del 2010 (nn. 149/2009, 61/2011, 82/2012)	119
4. Motivi per le modifiche alle norme di legge sul contratto di lavoro a tempo determinato	119

	<i>pag.</i>
5. Legge sulle modifiche ed integrazioni della legge sul lavoro del 18 giugno 2013 (n. 73/2013 del 18 giugno 2013)	121
6. <i>Segue</i> . Nuove disposizioni di legge sul contratto di lavoro a tempo determinato	122
7. Critica delle modifiche delle norme di legge sul contratto di lavoro a tempo determinato	123
8. La flessibilizzazione, era necessaria?	124
9. Cambiamenti: positivi o negativi?	126
<i>Bibliografia</i>	127

Capitolo IX

La risoluzione del rapporto di lavoro nella Repubblica di Croazia in prospettiva europea e comparata

Sandra Laleta

1. Introduzione	129
2. La risoluzione del rapporto di lavoro	130
2.1. La risoluzione consensuale del rapporto di lavoro	131
2.2. Il licenziamento individuale	132
2.3. Il licenziamento collettivo	134
2.4. Le principali tendenze a livello comparato	139
2.4.1. I requisiti legali per la risoluzione del rapporto di lavoro	139
2.4.2. I rimedi legali contro il licenziamento illegittimo	140
2.4.3. Il trattamento di fine rapporto	143
2.4.4. La giusta causa di licenziamento	143
3. Il contesto europeo delle riforme nelle legislazioni sulla risoluzione del rapporto di lavoro	145
4. I principi fondamentali europei sulla risoluzione del rapporto di lavoro e gli standard minimi internazionali in materia di lavoro	147
5. Il futuro del contratto di lavoro: più (in)sicurezza?	148
<i>Bibliografia</i>	150

Capitolo X

Il contratto a termine nel decreto Poletti

Enzo Morrico

1. Cenni storici	153
2. Ragioni giustificatrici la modifica dei contratti a tempo determinato	157
3. Conformità con la direttiva della Comunità Europea	160

	<i>pag.</i>
4. Percentuale	163
5. Disciplina prevista dall'art. 2, d.lgs. n. 368/2001	166
6. Proroghe	166
7. Regime sanzionatorio	168
8. Disciplina transitoria	170
9. Conclusioni	171
<i>Bibliografia</i>	172

Capitolo XI

L'ordinamento europeo del lavoro, i licenziamenti individuali e la legge n. 92/2012

Fabio Petracci

1. La materia dei licenziamenti individuali in ambito comunitario. Peculiarità	173
2. La disciplina (i principi) concernenti il licenziamento individuale in ambito comunitario	174
2.1. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione. La carta dei diritti fondamentali	174
2.2. L'art. 24 della Carta Sociale Europea (fonte del Consiglio d'Europa e non della UE)	177
2.3. La Convenzione OIL n. 158/1982	178
3. Il ruolo della normativa antidiscriminatoria	180
4. Le possibili ricadute sugli ordinamenti nazionali. Qualche cenno alle modifiche introdotte dall'ordinamento italiano all'art. 18, legge n. 300/1970	186

Capitolo XII

Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo nella riforma del mercato del lavoro

Roberto Cosio

1. Introduzione. Piano d'indagine	191
2. Le modifiche normative introdotte nella legge n. 92/2012. Il problema del fatto (materiale o giuridico)	192
3. <i>Segue.</i> La rilevanza del c.d. obbligo di <i>repechage</i> nella nuova disciplina	194
4. <i>Segue.</i> Il problema della " <i>manifesta insussistenza del fatto</i> "	195
5. <i>Segue.</i> La ripartizione dei carichi probatori fra il datore di lavoro ed il lavoratore	197
6. Il rafforzamento della tutela in caso di licenziamento discriminatorio	197

pag.

Capitolo XIII

La riforma "Fornero": la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo

Guido Vidiri

1. Il giudice del lavoro e la «giurisprudenza anarchica»	201
2. La nomofilachia e la certezza del diritto	202
3. La legge n. 92/2012: la riscrittura dell'art. 18 St. lav. ed i suoi effetti	204
4. La (in)certezza del diritto ed il licenziamento discriminatorio	207
5. ... e la tutela reale	211
6. La (in)certezza del diritto ed il licenziamento disciplinare	215
7. L'(in)certezza del diritto ed il licenziamento viziato proceduralmente	220
8. L'(in)certezza del diritto ed il licenziamento per ragioni economiche ed organizzative	222
9. Conclusioni	225

Capitolo XIV

Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa di difficile lettura

Guido Vidiri

1. Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa processuale di difficile interpretazione	229
2. Il nuovo rito ed il suo ambito applicativo	232
3. ... (continua)	236
4. Il nuovo rito e le due fasi del giudizio di primo grado	240
5. La fase sommaria del giudizio di primo grado	242
6. L'opposizione all'ordinanza e gli ulteriori gradi del giudizio	247
7. Conclusioni	251

Capitolo XIII

La riforma "Fornero": la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo

Guido Vidiri

SOMMARIO: 1. Il giudice del lavoro e la «giurisprudenza anarchica». – 2. La nomofilachia e la certezza del diritto. – 3. La legge n. 92/2012: la riscrittura dell'art. 18 St. lav. ed i suoi effetti. – 4. La (in)certezza del diritto ed il licenziamento discriminatorio. – 5 ... e la tutela reale. – 6. La (in)certezza del diritto ed il licenziamento disciplinare. – 7. La (in)certezza del diritto ed il licenziamento viziato procedimentalmente. – 8. L'(in)certezza del diritto ed il licenziamento per ragioni economiche ed organizzative. – 9. Conclusioni.

1. *Il giudice del lavoro e la «giurisprudenza anarchica»*

In una introduzione (datata 1 aprile 2000) al suo manuale di diritto privato – che come precisa lo stesso autore ha una platea di lettori comprensiva di laureati candidati ai concorsi e anche di qualche professionista e magistrato – uno dei più illustri civilisti del nostro tempo ha affermato di avere svolto con la sua opera una ricognizione in settori del diritto privato, non frequentati abitualmente, con letture «*proficue*» di diritto commerciale e «*deludenti*» di quel diritto del lavoro, un tempo affidato alle cure di illustri giuristi «*ed ora per lo più infarcito di chiacchiere, che alimentano un diritto reso bastardo da un legislatore inadeguato e da una giurisprudenza anarchica*». Lo stesso studioso, in una successiva introduzione ad altra edizione dello stesso manuale (datata 18 giugno 2007), dopo avere rimarcato un deprecabile desiderio di notorietà, riscontrabile non solo tra i giudici penali ma anche tra quelli civili, ha poi aggiunto che i giudici del lavoro dovrebbero riscattarsi da deprecabili pregiudizi ideologici «*che hanno reso non governabile questa materia, con ripercussioni gravissime sul mercato*»¹. Pur non condividendo l'eccessiva severità delle suddette critiche, è stato ripetutamente ricordato come non siano pochi coloro che ritengono il diritto del lavoro caratterizzato da una «*giurisprudenza anarchica*» e da «*pronunziati giurisprudenziali fortemente condizionati da pregiudizi*

¹ Così, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato, Introduzione*, Edizioni Scientifiche, Roma, 2009.

ideologici», ma nello stesso tempo è stato rimarcato come una siffatta opinione non debba provocare chiusure corporative volte a dare risposte sommariamente liquidatorie a problematiche che assumono rilevanza per la credibilità della giustizia nel suo complesso e che «devono indurre tutti coloro che operano nell'area giuslavoristica, e primi fra tutti i giudici, a chiedersi perché le suddette critiche abbiano ottenuto credito – e non importa in che misura – nella realtà fattuale»².

Una sede come la presente, in cui si intende procedere a prime riflessioni sulla «legge Fornero», non si presta ad affrontare *funditus*, e tanto meno con la presunzione di risolverlo, il complesso problema della scelta degli strumenti più adeguati ad assicurare la credibilità di una giustizia attraverso un magistrato che sia sempre indipendente e terzo e, quindi, non condizionato da pregiudizi ideologici o da radicate opzioni culturali che lo inducano ad assegnarsi il compito di «fare» giustizia e non invece di «amministrare giustizia».

Su queste premesse occorre esaminare il punto di maggiore rilevanza della recente legge 28 giugno 2012, n. 92, rappresentato dalla normativa sui licenziamenti che rischia di creare una «*giurisprudenza anarchica*» in un settore dell'ordinamento giuridico che, come osserva un illustre giurista «è sempre stato “valorista”, cioè volto a perseguire valori di fondo, quale quello della libertà e della dignità del lavoro»³.

La ricerca di generali e sicuri «*riferimenti valoriali*» è ora resa difficile in un assetto ordinamentale contraddistinto da una produzione legislativa come quella attuale che, per rivelarsi sempre più frequentemente lacunosa, priva di chiarezza e caratterizzata da indecifrabile ambiguità, costituisce terreno permeabile per percorsi interpretativi in qualche misura influenzati da rigide e immodificabili opzioni culturali con pericolose ricadute sull'immagine della intera magistratura e con conseguenze talvolta gravi ed imprevedibili per la collettività⁴.

2. La nomofilachia e la certezza del diritto

La *ratio essendi* della funzione monofilattica⁵ è stata da sempre correlata alla salvaguardia del principio contemplato nell'art. 3 Cost. in quanto l'uniforme inter-

² In questi termini G. VIDIRI, *Il contributo della Corte di cassazione all'evoluzione del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2010, I, 27.

³ In tali sensi si veda un frammento di un saggio di M. Dell'olio richiamato da P. GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 30 ss., che esaminando l'evoluzione storica del diritto del lavoro mostra di credere che nel futuro «la disciplina giuslavoristica possa meritare quell'appellativo che un nostro pensoso civilista Vittorio Polacco, dava al diritto commerciale, e cioè di essere il vero bersagliere del diritto privato».

⁴ Sul punto cfr. *amplius*: G. VIDIRI, *Creatività del giudice e processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1205.

⁵ G. VIDIRI, *Nuovo rito sui licenziamenti: «Giusto processo» ed «imparzialità» del giudice del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc. I, 2014, p. 17.

pretazione della legge si traduce in una garanzia di effettiva uguaglianza, o meglio di non irragionevole disparità di trattamento dei cittadini di fronte alla legge. Ed è stato pure evidenziato come sussista un reciproco e stretto collegamento tra nomofilachia, tempi del processo e certezza del diritto, non potendosi mettere in dubbio che la interdipendenza – o più precisamente la circolarità degli effetti – tra una significativa e non effimera durata dei *dicta* giurisprudenziali – ed i tempi del processo – contribuisca a rendere certo il diritto⁶, con ricadute positive non soltanto sul versante di una maggiore credibilità del servizio giustizia ma anche su quello socio-economico, nella misura in cui una risposta giudiziaria improntata ad un alto tasso di alea provoca nei settori portanti dell'economia effetti deleteri, disincentivando gli investimenti di capitali e ponendo seri ostacoli ad ogni iniziativa imprenditoriale, con conseguenziale riduzione della produttività e della occupazione.

In questa direzione è stato affermato più volte che la incertezza del diritto oltre a generare ripercussioni negative sul vivere sociale⁷, produce effetti sfavorevoli sul piano economico, giacché finisce per danneggiare la classe imprenditoriale e gli stessi lavoratori, intralciando qualsiasi iniziativa economica che voglia, come prescrive l'art. 41 Cost., perseguire «*l'utilità sociale*» nel rispetto della «*libertà e dignità umana*»⁸.

Da un celebre sociologo tedesco del secolo scorso si è osservato che l'economia del capitalismo ha bisogno «*di un diritto che si possa calcolare in modo simile ad una macchina*»⁹ e si è anche perspicuamente rilevato da altro autorevole studioso che nei sistemi incentrati sulla produzione di massa risulta indispensabile una «*matematica delle azioni*» che permetta a ciascun soggetto di un rapporto economico di valutare i vantaggi e gli svantaggi delle scelte da operare¹⁰.

⁶ Sul ruolo nomofilattico della cassazione – rafforzato a seguito del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 e della legge 18 giugno 2009, n. 69 – da ultimo, G. VIDIRI, *Il giudizio di cassazione*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Il diritto processuale del lavoro*, in *Trattato del diritto del lavoro*, diretto da F. Carinci e M. Persiani, IX, Cedam, Padova, 2011, 491 ss., spec. 526-530.

⁷ Con riguardo ai deleteri effetti di un diritto incerto ed oscuro osserva A. VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 8 ss. che la persona si scontra ogni giorno, in tutte le direzioni del suo agire, con l'incertezza del diritto dal quale non si sente più difesa, soffrendo, anzi, anche su questo versante, l'angoscia della incertezza che travolge la qualità della vita perché «*molti tra i più gravi pericoli per la libertà dello individuo vengono proprio dalla incertezza del diritto, che finisce per privilegiare i furbi e i forti nei confronti dei semplici e degli onesti*».

⁸ In questi termini, e sempre per quanto attiene all'incertezza nell'area giuslavoristica, cfr. amplius G. VIDIRI, *La certezza del diritto e l'interpretazione dei contratti collettivi*, *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, in *Quad. dir. lav.*, I, *L'interpretazione del contratto collettivo*, Giuffrè, Milano, 2004, 81 ss.

⁹ Cfr. in argomento M. WEBER, *Storia economica. Linea di una storia universale della economia e della società*, Donzelli, Roma, 1993, 298, cui adde, dello stesso Autore, ed ancora sulla «*calcolabilità*» del diritto moderno, *Economia e società. III Sociologia del diritto*, Edizioni di comunità, Milano, 1980, spec. 161 e 190.

¹⁰ Così N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Cacucci, Bari, 1995, 22.

3. La legge n. 92/2012: la riscrittura dell'art. 18 St. lav. ed i suoi effetti

Un esame della legge n. 92/2012 limitato alla sola materia dei licenziamenti illegittimi¹¹, impone un severo giudizio sulla intera riforma del lavoro e costringe ad affermare che la suddetta legge rappresenta un significativo momento della costante e veloce corsa verso un diritto incerto e, pertanto, foriero di una «*giurisprudenza anarchica*»¹².

La natura delle modifiche apportate su numerosi punti qualificanti dell'art. 18 St. lav.¹³, sì da «*sfigurarne*» l'iniziale immagine, ha già indotto la dottrina a nutrire su dette modifiche consistenti riserve, che sono state estese all'intero impianto della recente riforma, ravvivando un dibattito – in verità mai sopito sulla flessibilità in uscita del rapporto di lavoro – costantemente alla ricerca di un giusto equilibrio tra due diritti a copertura costituzionale (libertà di impresa e diritto al lavoro).

Da sempre molte disposizioni della norma statutaria sono state occasione per scontri – declinati spesso in maniera demagogica e non con una doverosa coscienza laica stante la rilevanza e complessità della materia – tra quanti avrebbe voluto estendere il diritto alla reintegra nel posto di lavoro anche ai dipendenti delle piccole imprese¹⁴ e quanti di contro hanno da sempre patrocinato il solo risarcimento dei danni subiti dal lavoratore illegittimamente licenziato sul presupposto che la reintegra finisce per tradursi per le imprese in una eccessiva rigidità in uscita con ricadute, non certo trascurabili, sotto il profilo occupazionale¹⁵.

Il dibattito presenta ora caratteri nuovi perché la riforma in esame – per avere inteso perseguire una difficile mediazione tra opposte concezioni sulle politiche del lavoro in tempi brevi – risente di una mancata riflessione sull'impatto destinato ad avere in concreto sul versante socio-economico anche in ragione di una disciplina

¹¹ L. CAVALLARO, *Il licenziamento disciplinare: una riconsiderazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, fasc. I, p. 13.

¹² Per uno studio della recente riforma, che ha il pregio di essere succinto e chiaro e nello stesso tempo indicativo di molti punti della recente riforma suscettibili di critica vedi S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 535 ss.

¹³ E. RAIMONDI, *Il rito per i licenziamenti tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, fasc. I, p. 83.

¹⁴ Per l'opinione volta a giustificare la rigidità in uscita cfr. per tutti M. RUSCIANO, *Diritto del lavoro (voce per una enciclopedia)*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 1046-1047. Sulla flessibilità in generale cfr. da ultimo L. LAZZERONI, *Flessibilità e lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, 171 ss., che dopo avere dato atto delle diverse e contrastanti posizioni dottrinarie in argomento, ritiene che allo stato sia difficile «*mollare la presa sul fattore flessibilità che comunque incarna l'impostazione corrente*» ma nello stesso tempo non esclude affatto che il «*processo di flessibilizzazione*» (come quello di precarizzazione) muti nel tempo perché la flessibilità «*nel sistema lavoro*» è solo questione di adattamento ai mutamenti del contesto socio-economico.

¹⁵ Per la necessità di una maggiore flessibilizzazione del mercato del lavoro anche ai fini di assicurare maggiori spazi occupazionali agli outsiders vedi tra i tanti P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996 cui *adde* per la necessità che i mercati non siano vincolati da meccanismi protettivi troppo invasivi e che le rigidità siano eliminate R. DAHRENDORF, *Quadrare il cerchio*, Laterza, Roma, 2000.

eccessivamente articolata, ambigua in molti passaggi e di difficile lettura e che, nel suo complesso, contiene più ombre che luci.

Tra queste ultime vanno annoverate l'introduzione dell'obbligo, da parte datoriale, di specificare con immediatezza i motivi del licenziamento, consentendo di individuare il *thema decidendum* in modo da renderlo subito noto alla controparte (cfr. comma 37, legge n. 92/2012); la modifica al comma 2 dell'art. 6 della legge n. 604/1996 che riduce il termine di decadenza per proporre ricorso da 270 giorni a 180 giorni, sicuramente congruo al fine di garantire il diritto di difesa di chi intende iniziare il giudizio (cfr. comma 38, legge n. 92/2012)¹⁶; sotto altro versante, l'unificazione sul piano sanzionatorio – ad opera dei primi tre commi del nuovo art. 18 St. lav. – di licenziamenti in precedenza diversamente disciplinati.

Ma nella riforma le luci sono poche e le ombre molte.

Per limitarsi a qualche breve accenno alla nuova disciplina che deve precedere il licenziamento per giustificato motivo oggettivo – disposto da un datore di lavoro avente i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, comma 8, legge 20 maggio 1970, n. 300 – va sottolineato che la sua ratio è ravvisabile nell'intento di agevolare la conciliazione in controversie di non agevole soluzione. Alla stregua di quanto prescritto nel comma 40 dell'art. 1 della citata legge n. 92, il datore di lavoro deve attivare un percorso procedurale, che non si rivela né semplice né tanto meno celere per i numerosi adempimenti da compiere, e la cui ritenuta utilità si basa su una buona dose di ottimismo. Ad una fase iniziale, nella quale è prevista una comunicazione (contenente i motivi giustificativi del provvedimento) da inviare alla Direzione territoriale del lavoro (e per conoscenza al lavoratore interessato), segue ad opera di tale Direzione la convocazione delle parti (che possono essere assistite dalle organizzazioni sindacali cui sono iscritte o a cui hanno conferito mandato, o ancora da un componente della rappresentanza sindacale o infine da un avvocato o consulente del lavoro) davanti alla Commissione provinciale di conciliazione, che dovrà a sua volta impegnarsi per ricercare possibili soluzioni alternative al recesso.

Al di là della meritoria finalità assegnata ad una simile procedura – accertare cioè l'effettività delle ragioni oggettive addotte nella comunicazione in vista di un possibile accordo consensuale sulla risoluzione del rapporto con conseguenti effetti deflattivi – non può negarsi che la finalità medesima può risultare vanificata anche per il pericolo di un ritardato avvio della fase giudiziaria in virtù della introduzione

¹⁶ Ricorda A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, 44-45, che tale termine di decadenza si applica solo dopo l'entrata in vigore della nuova legge (art. 1, comma 39); che si tratta di un termine di decadenza sostanziale – come tale insuscettibile di sanatoria, interruzione o sospensione, neppure per incapacità o errore del lavoratore – da eccepire dal datore di lavoro nella memoria di costituzione e non rilevabile d'ufficio; che non è applicabile al licenziamento inefficace per vizi di forma – dal momento che il termine decorre dalla comunicazione scritta del recesso – mentre va applicato a tutti gli altri licenziamenti illegittimi ed anche all'impugnazione dei licenziamenti collettivi, ora ricondotta alla disciplina generale (art. 1, comma 46, che ha così novellato l'art. 5, comma 3, ultimo periodo della legge n. 223/1991).

di molteplici adempimenti da osservare entro termini della cui rigida osservanza è lecito dubitare nonché a seguito di legittimi e documentati impedimenti del lavoratore (ad es. per malattia)¹⁷.

Ben più accentuate riserve sollecita la disamina delle innovazioni introdotte in tema di licenziamento individuale illegittimo.

È noto che prima della legge n. 92, l'art. 18 St. lav. stabiliva che, accertata l'inefficacia o invalidità del licenziamento, il datore di lavoro fosse tenuto a reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro ed a risarcirgli il danno commisurato alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino all'effettiva reintegra, facendo salvo in ogni caso il minimo di cinque mensilità.

Ed è altresì noto come in nessun Paese dell'Occidente sia dato rinvenire un apparato garantistico così forte e rigido come quello sinora riscontrabile in Italia, giacché nelle altre Nazioni la sola reintegra non è prevista affatto o se prevista la sua applicazione non è frequente¹⁸.

Per di più, già in epoca risalente, la Suprema Corte ha più volte evidenziato come il citato articolo non fosse una disposizione di ordine pubblico, in linea con l'orientamento della Consulta secondo cui la tutela obbligatoria prevista dalla legge n. 604/1966 (così come modificata dalla legge 11 maggio 1990, n. 108) è idonea a garantire ugualmente una protezione efficace per il lavoratore non essendo la reintegra nel posto di lavoro «*l'unico paradigma attuativo*» dei principi Costituzionali¹⁹.

Il recente legislatore, modificando in punti nodali la precedente disciplina, ha inteso inserire nell'ampia area dei licenziamenti illegittimi una differenziazione delle tutele, operando così una graduazione del sistema sanzionatorio sulla base dello specifico vizio invalidante, con la volontà di limitare l'ambito di applicazione della reintegra nel posto di lavoro ai casi di maggiore gravità, e riconoscendo negli altri casi al lavoratore il diritto al risarcimento dei danni, seppure diversamente commisurato. Tuttavia non è da escludere che ancora una volta la finalità voluta non venga raggiunta giacché al cospetto di una tecnica legislativa approssimativa si finisce in concreto per fare del giudice, titolare di ampi poteri discrezionali, il vero legislatore nel definire con i suoi pronunziati l'ambito di operatività della tutela reale²⁰.

¹⁷ La nuova procedura ha trovato una fredda accoglienza in dottrina, essendosi scritto al riguardo anche «*che la disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo è arricchita (si fa per dire) dal colpo di genio di reintrodurre per le controversie il (fallimentare e, perciò, abrogato dalla citata legge n. 183/2010) tentativo obbligatorio di conciliazione davanti alla Direzione del Lavoro*», (così S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto*, cit., 537).

¹⁸ Per riferimenti di diritto comparato e giurisprudenziali in ordine alla natura derogabile della tutela reale del posto di lavoro cfr. G. VIDIRI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 125.

¹⁹ Cfr. al riguardo Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46, che richiama come precedenti attinenti all'esercizio della discrezionalità del legislatore nella scelta delle garanzie a tutela del lavoratore; Corte cost. 16 dicembre 1980, n. 189 e 129 ed ancora, in tempi più risalenti, Corte cost. 18 dicembre 1970, n. 104.

²⁰ Per la denuncia che il problema più acuto in materia di licenziamento è quello della incertezza

4. La (in)certezza del diritto ed il licenziamento discriminatorio

Le riserve mosse con riferimento alle recenti innovazioni apportate al disposto dell'art. 18 St. lav.²¹⁻²² – concretizzatesi già tra i primi commentatori in critiche particolarmente severe – ricevono sostanziale conforto dall'analisi delle distinte normative dettate per le singole tipologie di licenziamento illegittimo²³.

Il comma 1 del nuovo art. 18 ha regolato la nullità dei licenziamenti discriminatori ed ha poi esteso la relativa disciplina ad altri casi di licenziamento ricollegabile a condotte datoriali espressive di particolare disvalore, quali quelli: intimati in concomitanza di matrimonio (art. 35, d.lgs. n. 198/2006) e nel periodo di interdizione per maternità; della lavoratrice o del lavoratore in ragione della fruizione del congedo parentale o per malattia del bambino; del lavoratore durante il congedo di paternità e dei genitori adottivi o affidatari che si trovino nelle stesse condizioni (art. 54, d.lgs. n. 151/2001). Ad identica disciplina è stato ora assoggettato il licenziamento «*riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile*»²⁴.

delle condizioni che legittimano il recesso del datore di lavoro nel caso del licenziamento sia disciplinare sia per giustificato motivo oggettivo vedi A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 449, che evidenzia al riguardo come «*in ambedue i casi la discrezionalità del giudice sia molto ampia e spesso imperscrutabile*».

²¹ G. VIDIRI, *Nuovo rito sui licenziamenti: «Giusto processo» ed «imparzialità» del giudice del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc. I, 2014, p. 17.

²² R. SCOGNAMIGLIO, *Commento alla legge 28 giugno 2012, n. 92, Sulla riforma del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc. IV, 2013, p. 783.

²³ Per quanto riguarda il nuovo testo dell'art. 18 St. lav. parla di un «*pauroso passo all'indietro*» in ragione della riduzione della possibilità di reintegra nel posto di lavoro ad «*ipotesi del tutto marginali*» P. ALLEVA, *Informare per resistere*, 1° luglio 2012, che qualifica come menzogna «*odiosa*» l'assunto secondo cui la maggiore facilità dei licenziamenti sia stata compensata con un maggiore controllo del precariato e con la riforma degli ammortizzatori sociali, per essere la riforma Fornero «*drasticamente peggiorativa*» rispetto alla precedente normativa. Sulla base di divergenti premesse e considerazioni perviene però ugualmente ad una bocciatura (feroce ed) ugualmente totale della recente normativa S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto*, cit., 535 ss. che, esaminando con riferimento all'art. 18 St. lav. il disegno – tradottosi poi in legge – allora all'esame del Parlamento forniva il suggerimento di «*tenersi stretto il buon articolo 18, stagionato da oltre quaranta anni*», rammentando al riguardo il dialetto romanesco di un anonimo trasteverino, del quale si narra che – avendo sperimentato, «*dopo la caduta del fascismo, qualche mese della neonata democrazia repubblicana – tracciò su di un muro, la scritta: arridatece er puzzone*».

²⁴ Cfr. sulla nuova disciplina del licenziamento discriminatorio e verbale tra i primi commentatori, M. TATARELLI, *Lavoratore con tutele differenziate in caso di licenziamento illegittimo*, in *La riforma del lavoro, Guida normativa*, in *Il Sole 24 Ore*, Luglio 2012, 57-58; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 48 ss. cui *adde*, sempre sul nuovo impianto dell'art. 18 St. lav. M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 615-619, nonché in generale sulla necessità di modulare il regime sanzionatorio sul diverso disvalore attribuibile in misura differenziata ai comportamenti del datore di lavoro – tra loro anche molto variegati – che violano le norme (sostanziali o processuali) poste a tutela del lavoratore; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit., 423 ss.

Tutti i cennati licenziamenti vengono, quindi, ugualmente disciplinati dal rinnovato art. 18 St. lav. In precedenza in alcuni casi trovava applicazione il regime speciale di cui alla suddetta norma statutaria, mentre in altri casi si faceva riferimento alle generali regole di diritto comune, con la conseguenza che – nella articolata materia del recesso datoriale – alla eliminazione degli effetti del licenziamento e alla conseguente persistenza del rapporto lavorativo si perveniva attraverso l'applicazione di differenziate normative giuridiche²⁵.

Il nuovo sistema di tutela reale²⁶⁻²⁷ si traduce in tutti i ricordati casi di recesso, nella reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro «*indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro*» e si estende «*anche ai dirigenti*».

Il medesimo regime dei licenziamenti discriminatori si estende al licenziamento dichiarato inefficace, perché intimato verbalmente, pur non essendo contrario ad un divieto ma comportando solo una violazione di una prescrizione di forma²⁸. Il li-

²⁵ Così le generali norme di diritto comune trovavano applicazione in luogo della speciale disciplina dettata dall'art. 18 St. lav. per il licenziamento intimato alla lavoratrice dall'inizio del periodo di gestazione fino al compimento di un anno di età del bambino in violazione dell'art. 2, comma 2, legge n. 1204/1971 (cfr.: Cass. 15 settembre 2004, n. 18537, in *Dir. e prat. lav.*, 2004, 2855, nt. Quarto, Licenziamento della lavoratrice madre: qualificazione e conseguenze, che ha ritenuto viziato da nullità assoluta il licenziamento e per l'effetto giuridicamente pendente il rapporto, con la conseguenziale condanna al pagamento in favore della lavoratrice dei danni derivanti dall'inadempimento in ragione del mancato guadagno e successivamente, Cass. 10 agosto 2007, n. 17606); per tutti i restanti licenziamenti intimati nei periodi contigui al matrimonio ed alla maternità (cfr. *ex plurimis* e sempre per la radicale nullità e per il diritto della lavoratrice alla riammissione in servizio ed alla percezione delle retribuzioni sino alla effettiva riammissione, Cass. 10 maggio 2003, n. 7176, in *Orient. giur. lav.*, 2003, 428 e più di recente Cass. 16 febbraio 2007, n. 3620, in *Foro it.*, 2007, I, 1453); per il licenziamento per illiceità del motivo (Cass. 26 giugno 2009, n. 15093, che ribadendo la nullità del licenziamento e la sua inidoneità a produrre qualsiasi effetto ha riconosciuto al lavoratore, indipendentemente dai requisiti dimensionali dell'impresa, per intero le retribuzioni maturate in forza del rapporto di lavoro mai interrotto e la condanna del datore di lavoro a riammetterlo in servizio ed a versare i contributi previdenziali ed assistenziali dal momento del recesso). Anche con riferimento al licenziamento verbale hanno trovato applicazione i principi di diritto comune essendosi statuito che nei rapporti non rientranti nell'area della tutela reale, al licenziamento affetto da uno dei vizi formali di cui all'art. 2 legge n. 604/1966 e successive modificazioni – che per la sua inefficacia non produce effetti sulla continuità del rapporto – consegue il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, determinabile secondo le regole in materia di inadempimento delle obbligazioni sicché in considerazione della natura sinallagmatica del rapporto si richiede ai fini dell'adempimento dell'obbligazione retributiva che siano messe a disposizioni le «*operae*» e, cioè, l'offerta delle prestazioni lavorative (Cass. 30 agosto 2010, n. 18844 ed, in epoca più risalente, Cass., S.U., 27 luglio 1999, n. 508, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, 145, nt. OGRISEG, nonché *Mass. Giur. lav.*, 2000, 1061, nt. PAPALEONI).

²⁶ E. RAIMONDI, *Il rito per i licenziamenti tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, fasc. I, p. 83.

²⁷ Corte Giust. UE, grande sezione, 18 marzo 2014, n. 363.

²⁸ Osserva puntualmente al riguardo v. M. TATARELLI, *Lavoratore con tutele differenziate*, cit., 58, che il testo della disposizione induce a ritenere che la reintegrazione ed il relativo regime risarcitorio riguardino qualsiasi licenziamento verbale quale sia il numero dei dipendenti o la natura dell'attività svolta, perché se è vero che destinatario del rinvio non è il comma 1, che prevede la reintegrazione generalizzata ma «*il presente articolo*», è anche vero che i limiti numerici sono contempla-

cenziamento senza forma scritta è tuttora consentito nei casi di licenziamento libero già previsti e cioè per i lavoratori in prova (art. 10, legge n. 604/1966), i lavoratori domestici (art. 4, comma 2, legge n. 108/1990), i lavoratori con diritto a pensione (art. 4, comma 2, legge n. 104/1990)²⁹.

Conviene precisare che, nel nuovo assetto normativo, le sopra richiamate fattispecie di licenziamento rimangono identiche nel loro contenuto e nella loro precedente configurazione, sicché in relazione a ciascuna di esse è doveroso continuare a fare riferimento agli approdi giurisprudenziali cui sono pervenuti i giudici della Cassazione. Al riguardo – senza essere esaustivi di tutto il panorama giurisprudenziale – sembra utile ad esempio segnalare con riguardo alla lavoratrice madre³⁰: che non è sufficiente, ai fini della declaratoria di legittimità del licenziamento, che la condotta addebitata sia inquadrata dalla contrattazione collettiva come giustificato motivo soggettivo, essendo necessario verificare in concreto se la condotta stessa si connoti per una differente e maggiore gravità rispetto a quella prevista dalla disciplina pattizia³¹; che la deroga al divieto di licenziamento di cui all'art. 2, comma 2, lett. b), legge 30 dicembre 1971, n. 1204, perdurante dall'inizio della gestazione fino al compimento di un anno di età del bambino, non si applica alla cessione d'azienda, che non comporta la cessazione dell'attività dell'impresa, ma la prosecuzione del rapporto di lavoro con l'acquirente³²; che l'art. 14 del D.P.R. 25 novembre 1976, n. 1026 (regolamento di esecuzione della legge n. 1204/1971 sulla tutela delle lavoratrici madri), pur prescrivendo determinate formalità quanto alla redazione ed alla produzione del certificato di gravidanza, non collega alcuna sanzione all'inosservanza di tali requisiti formali, sicché la lavoratrice (illegittimamente licenziata) può allegare il predetto certificato al ricorso con il quale impugna il licenziamento³³.

ti dal comma 8 dell'art. 18 con specifico riferimento alle disposizioni dei commi da 4 a 7, che dettano il regime del licenziamento disciplinare e per giustificato motivo.

²⁹ Cfr. al riguardo A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 53.

³⁰ I.L. NOCERA, *Niente congedo di maturità per la madre che ha avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogato*, in *Dir. & Giust.*, 2014, p. 372.

³¹ Cfr. *ex plurimis* Cass. 29 settembre 2011, n. 19912, che evidenzia come la valutazione in concreto della prospettata colpa grave si risolva in un giudizio di fatto riservato al giudice di merito, come tale non sindacabile in sede di legittimità se sorretto da una motivazione logicamente congrua e giuridicamente immune da vizi; negli stessi sensi in precedenza Cass. 11 giugno 2003, n. 9405, *Dir. & Giust.*, 2003, 26, 19, nt. Bellomo.

³² In tal senso cfr. Cass. 22 giugno 2009, n. 1453, ed in termini analoghi Cass. 18 maggio 2005, n. 19391.

³³ Così Cass. 3 marzo 2008, n. 5749, e da ultimo con riferimento al rapporto di lavoro irregolare Cass. 20 luglio 2012, n. 12693, che ha riconosciuto alla lavoratrice in stato di gravidanza o puerperio, licenziata nonostante il divieto di legge, il diritto alle retribuzioni successive alla data di effettiva cessazione del rapporto indipendentemente dall'invio della certificazione medica, ove il datore di lavoro abbia avuto comunque conoscenza dello stato di gravidanza. In dottrina, sulle specifiche problematiche della lavoratrice madre e neocongiugata M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 2012, 336-344; G. VIDIRI, *La riscrittura del divieto di licenziamento della lavoratrice madre*, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 322 ss.

Per quanto attiene ai licenziamenti discriminatori può ricordarsi: che non costituisce violazione del divieto di trattamenti discriminatori il licenziamento disciplinare per colpa in vigilando disposto dal datore di lavoro nei confronti del dirigente di un'associazione religiosa, che abbia incautamente autorizzato quest'ultima a sottoporre i dipendenti ad un test attitudinale invasivo nei riguardi della loro vita privata, non essendovi alla base del recesso l'orientamento etico religioso dell'associazione di appartenenza, bensì soltanto i riflessi negativi della vicenda sul contesto aziendale e sulla serenità dei dipendenti³⁴; che l'art. 3, legge n. 108/1990, deve intendersi applicabile in genere ai licenziamenti nulli per illiceità del motivo ed, in particolare, a quelli che siano originati in maniera esclusiva da ritorsioni o da rappresaglie³⁵; che l'espressione «attività sindacali» va intesa in senso ampio, comprensivo non solo dell'attività esercitata per conto di un sindacato da parte dei suoi esponenti, ma anche di quei comportamenti che, al di fuori di iniziative formalmente assunte in sede sindacale, siano comunque diretti a far valere posizioni e relative rivendicazioni dei lavoratori dipendenti, con il consenso espresso o tacito di questi ultimi e in contrapposizione col datore di lavoro³⁶; ed infine che resta a carico del lavoratore provare l'intento discriminatorio o ritorsivo³⁷.

Malgrado l'introduzione di una procedura che risente di un eccessivo burocratismo, l'efficacia delle dimissioni e della risoluzione consensuale del rapporto dei lavoratori e delle lavoratrici (art. 4, commi 17-23, legge n. 92/2012) risulta sempre ancorata ai *dicta* giurisprudenziali secondo i quali, qualora il lavoratore deduca di essere stato licenziato verbalmente e faccia valere in giudizio la inefficacia del provvedimento espulsivo, mentre il datore di lavoro riconduce l'estinzione del rapporto alle dimissioni del lavoratore, il materiale probatorio deve essere raccolto, da parte del giudice di merito, tenendo conto che la prova gravante sul lavoratore è limitata alla sua estromissione dal rapporto, laddove la controdeduzione del datore di lavoro assume la valenza di un'eccezione in senso stretto, il cui onere probatorio ricade sull'eccepite ai sensi dell'art. 2697, comma 2, c.c.³⁸.

³⁴ Così Cass. 16 febbraio 2011, n. 3821, in *Arg. dir. lav.*, 2011, II, 399, nt. FERRUGA, e in *Lavoro e giur.*, 2011, 903, nt. DUI.

³⁵ Cfr. Cass. 1° dicembre 2010, n. 24347, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, 1141, nt. BORDONE, ed in precedenza Cass. 20 novembre 2000, n. 14982.

³⁶ In tali termini, Cass. 25 luglio 1998, n. 7331, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2751, nt. PERA, che precisa anche come il relativo accertamento sia rimesso al giudice di merito e sia insindacabile in sede di legittimità se sorretto da adeguata motivazione. Evidenzia M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale cit.*, 348, che l'espressione «partecipazione ad attività sindacale» di cui all'art. 15 St. lav. ha un significato ampio, nel quale rientrano non solo le attività svolte dai lavoratori sindacalisti, esercitate per conto del sindacato, ma anche quei comportamenti che, a prescindere dall'impulso sindacale, sono comunque diretti – come già detto nel testo – a far valere posizioni e rivendicazioni dei dipendenti, con il consenso espresso o tacito di essi ed in contrapposizione con il datore di lavoro.

³⁷ Cfr. in tal senso *ex plurimis* Cass. 14 luglio 2005, n. 14816, in *Orient. giur. lav.*, 2005, 541, e più di recente Cass. 5 agosto 2010, n. 18283.

³⁸ In questi precisi termini, Cass. 19 ottobre 2011, n. 21684 (ord.); Cass. 28 agosto 2007, n. 18087; Cass. 20 maggio 2005, n. 10651, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 454, nt. GIRARDI.

5. ... e la tutela reale

È stato affermato in relazione alle modifiche all'originario art. 18 St. lav. – la cui rubrica definita gloriosa e monotematica di «*reintegrazione nel posto di lavoro*» è stata modificata in quella onnicomprensiva di «*tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*»³⁹ – ed è opinione tuttora generalmente condivisa, anche con riferimento alla norma statutaria ora vigente, che nell'articolato sistema sanzionatorio l'indennità risarcitoria sembra rappresentare la regola, mentre la reintegrazione è destinata ad entrare in funzione solo in via resi duale in quanto la suddetta norma attribuisce prevalenza alla prima sanzione rispetto alla seconda⁴⁰.

Si è altresì sostenuto che, nel ridisegnato quadro sanzionatorio, la reintegrazione ad effetti risarcitori pare destinata ad esercitare una significativa forza attrattiva – anche al di là di una generale preferenza per la tutela indennitaria che pure traspare nell'impianto del summenzionato art. 18 – destando perplessità non tanto le non meglio precisate ipotesi di nullità del licenziamento previste dalla legge e neanche il riferimento al licenziamento nullo ai sensi dell'art. 1345 c.c., quanto piuttosto il fatto (voluto o non voluto?) che nella novella legislativa la sanzione della reintegrazione piena sia espressamente riferita al licenziamento connotato da «*motivo illecito determinante*» senza però alcun esplicito richiamo all'ulteriore requisito della «*esclusività*» del motivo illecito. Requisito pacificamente richiesto sino ad oggi dalla giurisprudenza proprio in applicazione dell'art. 1345 c.c.⁴¹.

Di tutto ciò non ha tenuto alcun conto il recente legislatore. Muovendo da queste constatazioni non è azzardato prevedere che si pervenga nella realtà fattuale a prospettazioni del dato normativo volte, anche attraverso la giurisprudenza, a «*creare nuove fattispecie di nullità del licenziamento*» onde approdare ad un ampliamento della sfera applicativa della reintegrazione. Per di più sembra facile ritenere che la lettera della norma ora scrutinata – nella parte in cui, con espressione non certo ineccepibile sul versante formale, sanziona di nullità «*il licenziamento determinato da un motivo illecito determinante*» senza alcuna ulteriore specificazione – induce ad avvalorare una esegesi contrastante con la giurisprudenza consolidata fondata sul presupposto che il motivo illecito per causare la nullità del licenziamento *ex art.* 1345 c.c., deve essere, oltre che determinante, pure esclusivo. Ed invero una opzione ermeneutica contraria a quella sinora costantemente seguita in giurisprudenza

³⁹ In questi termini A. MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., 428-429, che evidenzia come tale modifica sia volta ad evidenziare la svolta caratterizzante del nuovo art. 18, che è quella delle differenziazioni del regime delle tutele nei licenziamenti illegittimi.

⁴⁰ Così A. MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., 437, che ha anche aggiunto che una tale opinione si lascia preferire perché – almeno nei casi di giusta causa o giustificato motivo – la reintegrazione nel posto di lavoro risulta applicabile nelle sole ipotesi espressamente e tassativamente stabilite dal legislatore ed alle specifiche condizioni di volta in volta previste per dare ingresso a tale sanzione, mentre in tutti gli altri casi opera l'indennità risarcitoria nella misura piena.

⁴¹ Cfr. M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo*, cit., 615.

può essere accreditata dal significato attribuibile al silenzio del legislatore, il quale non poteva non conoscere i *dicta* giurisprudenziali che, in quanto ripetuti e conformi, sono divenuti diritto vivente⁴².

In sintesi, per le ragioni esposte si può giungere, come è stato perspicuamente osservato, ad un esponenziale ampliamento delle fattispecie di licenziamento assoggettate alla tutela reale⁴³ in una materia che abbisognava di maggiori certezze in ragione dell'interesse non solo del datore di lavoro ma anche del lavoratore a programmare il rispettivo futuro⁴⁴. La qualcosa si traduce in una eterogenesi dei fini, in buona misura dovuta alla scelta – operata non di rado dal nostro legislatore, soprattutto nell'area giuslavoristica – di raffreddare l'accesa conflittualità tra opzioni ideologiche spesso inconciliabili mediante una voluta ambiguità del dato normativo finalizzata a devolvere alla magistratura e talvolta al sindacato scelte di politica socio-economica altrimenti destinate per la loro impopolarità ad essere pagate in termini di consenso.

L'attuale normativa fa sorgere dubbi anche in ordine alla indennità risarcitoria e alle ulteriori conseguenze derivanti dalla natura discriminatoria del licenziamento⁴⁵.

Dalla declaratoria di nullità scaturisce la condanna alla reintegra nel posto di lavoro nonché al risarcimento del danno commisurato «*alla ultima retribuzione globale di fatto*», maturata «*dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione*», dovendosi dedurre «*quanto percepito nel periodo di estro missione per lo svolgimento di altra attività lavorativa*» e fermo restando che la misura del risarcimento non potrà comunque essere inferiore alle cinque mensilità⁴⁶.

Contrariamente alla precedente lettera dell'art. 18 è cambiato il parametro di ri-

⁴² Tra le tante decisioni, cfr. Cass. 26 giugno 2009, n. 15093 cui *adde* Cass. 14 luglio 2005, n. 14815 cit. per la statuizione che il motivo illecito deve avere una efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo.

⁴³ E. RAIMONDI, *Il rito per i licenziamenti tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, fasc. I, p. 83.

⁴⁴ Per confortare l'assunto secondo cui la forza attrattiva della reintegrazione possa moltiplicare i casi di licenziamenti nulli per motivo illecito – al fine di ribaltare un indirizzo giurisprudenziale granitico su cui sinora si è fatto pieno affidamento nella regolamentazione del rapporto lavorativo – è sufficiente rimarcare come il nuovo testo dell'art. 18 St. lav. possa indurre ad incentivare il contenzioso attraverso la rivendicazione della declaratoria della nullità del licenziamento anche nei casi in cui il licenziamento è determinato – al di là del motivo discriminatorio – in misura prevalente o paritaria da condotte suscettibili da sole di configurare una giusta causa o un giustificato motivo di recesso, che non hanno garantito al lavoratore la tutela reale (cfr. in argomento Cass. 16 febbraio 2011, n. 3821, in *Arg. dir. lav.*, 2011, II, 399 nt. FERRUGLIA).

⁴⁵ L. CAVALLARO, *Il licenziamento disciplinare: una riconsiderazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, fasc. I, p. 13.

⁴⁶ Per la statuizione che l'importo pari a cinque mensilità della retribuzione globale rappresenta una parte in ogni caso irriducibile della obbligazione risarcitoria, dovuta quindi anche ove la reintegra intervenga a meno di cinque mesi dal licenziamento invalido cfr. tra le tante Cass. 14 settembre 2009, n. 19770 e più di recente Cass. 27 gennaio 2011, n. 1950, secondo cui non è richiesta neanche una specifica domanda.

ferimento per la quantificazione dell'indennità risarcitoria atteso che bisogna tener conto non più della «retribuzione globale di fatto» bensì «dell'ultima retribuzione globale di fatto». La ratio sottesa alla nuova disposizione sembra riconducibile all'esigenza di apprestare un criterio certo di determinazione del danno con conseguenziali effetti anche sulla riduzione del contenzioso. In quest'ottica riesce agevole sostenere che la «ultima retribuzione globale di fatto» si identifica con le voci retributive desumibili dall'ultima busta paga⁴⁷ con esclusione degli incrementi aggiuntivi che il lavoratore avrebbe potuto percepire successivamente al licenziamento e sino al momento della effettiva reintegra (premi di produzione, scatti di anzianità, ecc.)⁴⁸. Ma a ben vedere, sempre alla stregua dell'indicata ratio, dovrebbe escludersi qualsiasi rilevanza ai fini risarcitori di tutte quelle indennità che, ancorché non occasionali, vengono corrisposte con periodica frequenza e spesso anche con importi variabili (ad es. per lavoro straordinario, per lavoro notturno, ecc.); conclusione avvalorata da una evidente ed opportuna coerenza ordinamentale nella misura in cui il ripetuto uso dell'espressione «ultima retribuzione globale di fatto» – riscontrabile nel comma 3 nonché nei successivi commi 4, 5 e 6 dell'art. 18 – perseguirebbe l'obiettivo di fare cessare una perdurante incertezza nel computo delle suddette indennità anche per giungere in tempi brevi ad una non trascurabile riduzione del contenzioso in materia⁴⁹.

Dal risarcimento liquidato sulla scorta dell'accertata natura discriminatoria del licenziamento – la cui prova deve essere fornita dal lavoratore⁵⁰ – va detratto «quan-

⁴⁷ Sottolinea che a tale conseguenza porta una interpretazione letterale della nuova norma statutaria M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo*, cit., 618, che però prevede che la giurisprudenza tenderà ad assestarsi sulla retribuzione globale di fatto mediamente percepita dal lavoratore nei mesi precedenti al licenziamento per valorizzare la media dei compensi variabili corrisposti al dipendente in ragione delle concrete modalità di svolgimento del lavoro.

⁴⁸ Sostanzialmente negli stessi sensi sul punto M. MARAZZA, *op. loc. ult. cit.*, che evidenzia invece come ai sensi del vecchio art. 18 il lavoratore avesse diritto ad un risarcimento del danno che avrebbe maturato eseguendo le prestazioni di lavoro, potendo pure rivendicare gli aggiornamenti retributivi per il periodo successivo al licenziamento. Nella giurisprudenza cfr.: Cass, 22 settembre 2011, n. 19285, che con riguardo all'indennità risarcitoria da licenziamento illegittimo ha statuito che in essa vanno inclusi gli aggiornamenti delle retribuzioni.

⁴⁹ Per l'affermazione che nella indennità risarcitoria deve invece includersi non soltanto la retribuzione base, ma anche ogni compenso di carattere continuativo che si ricolleggi alle particolari modalità della prestazione in atto al momento del licenziamento: Cass. 17 febbraio 2009, n. 3787, cui *adde* per lo stesso principio *ex plurimis* Cass. 28 agosto 2003, n. 12628, che – dopo avere ribadito l'inclusione di tutte le voci stipendiali corrisposte al lavoratore subordinato, anche in via non continuativa (purché non occasionale), in dipendenza del rapporto di lavoro ed in correlazione ai contenuti e alle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa – evidenzia come non risulti rilevante neanche che tali voci siano qualificate come non retributive dal contratto o da una previsione di legge.

⁵⁰ In dottrina è stata di recente e per la prima volta rilevata – con riferimento al licenziamento discriminatorio – l'incostituzionalità per violazione dell'art. 24 Cost. delle regole sino ad oggi applicate sulla ripartizione dell'onere della prova e si è patrocinata una interpretazione «adeguatrice» di dette regole alla luce del principio della «disponibilità» o «prossimità» della prova, ponendo l'onere probatorio a carico del datore di lavoro (così M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi, ver-*

to percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività», fatto salvo il minimo risarcitorio di cinque mensilità. Nonostante che sia stata prospettata anche una diversa tesi⁵¹ va condivisa l'opinione che la detrazione non investe l'*aliunde percipiendum* – cioè tutto quanto il lavoratore avrebbe potuto guadagnare usando l'ordinaria diligenza (art. 1227, comma 2, c.c.) – perché quando il legislatore ha voluto riferirsi anche al percepibile l'ha detto espressamente⁵².

Una soluzione del genere resta accreditata dal rilievo che al cospetto di un licenziamento «odioso» si è inteso garantire un congruo risarcimento⁵³, anche se non può escludersi che sia riconducibile alla ratio della disposizione l'ulteriore finalità di rendere – in virtù della gravità della condotta censurata – più celere ed agevole la quantificazione del danno e di tutelare maggiormente i destinatari di condotte discriminatorie che ricevono sovente minori offerte di lavoro in ragione di ingiusti pregiudizi.

Sul piano processuale nulla è poi mutato, dovendo la prova dell'*aliud perceptum* essere fornita dal datore di lavoro. Benché non si tratti di una eccezione in senso stretto, pare innegabile che detta prova debba essere fornita con la dovuta tempestività giacché – alla luce del principio della ragionevole durata del processo – il datore di lavoro, dopo avere preso cognizione delle somme percepite dal lavoratore, ha l'onere di allegare, sotto pena di decadenza, i fatti di cui sia venuto a conoscenza nel primo atto difensivo successivo a tale cognizione⁵⁴.

Va inoltre rimarcato come il licenziamento discriminatorio sia non di rado fonte di ulteriori danni, quali quelli di natura non patrimoniale (esistenziale, morale ecc.),

sione provvisoria, Relazione al XVII Congresso nazionale Aidlass, Pisa 7-9 giugno 2012, dattiloscritto 23 ss.). Tesi questa che non è in alcun modo sostenibile, e viceversa presa in considerazione seppure con cautela da V. Speciale, La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 551-552 e nt. 94. In tal modo non si perviene ad una interpretazione «adeguatrice» della norma sull'onere della prova, ma ad una opzione «disapplicativa» della legge, e precisamente dell'art. 2697 c.c., derogabile solo con norme speciali e non certo in via giurisprudenziale.

⁵¹ Ritiene, infatti, M. TATARELLI, *Lavoratore con tutele differenziate*, cit., 58, che la detraibilità di quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione – formalizzata invece con riferimento alla pronuncia di annullamento del licenziamento disciplinare – non può essere adottata per sostenere che la stessa conclusione sia preclusa per il licenziamento nullo in quanto la deroga ai principi generali sul risarcimento del danno da inadempimento avrebbe richiesto una espressa previsione non potendo essere sorretta da una omissione ascrivibile ad una tecnica normativa non perfetta.

⁵² Per questa opinione cfr. per tutti A. VALLEBONA, *La riforma*, cit., 53-54; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 556.

⁵³ Evidenzia tale ratio, C. CESTER, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁴ In giurisprudenza cfr. tra le tante Cass. 16 settembre 2002, n. 13643 e più di recente Cass. 20 giugno 2006, n. 14131, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 137, nt. AMENDOLA, ed ancora Cass. 21 aprile 2009, n. 9464, secondo cui *aliunde perceptum* non integra una eccezione in senso stretto riconoscendone la rilevanza ad opera del giudice anche in assenza di un'eccezione di parte, ovvero al cospetto di un'eccezione intempestiva, sempreché la rioccupazione del lavoratore costituisca allegazione in fatto ritualmente acquisita al processo. Da ultimo per un esauriente panorama dottrinario e giurisprudenziale sulla questione cfr. M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale*, cit., 93-102.

che la giurisprudenza ha da ultimo mostrato – alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. – di voler risarcire integralmente, se provati, in quanto lesivi di diritti inviolabili della persona, valorizzando criteri personali di liquidazione⁵⁵.

Al lavoratore licenziato la norma statutaria ha riconosciuto infine «la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, una indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione mensile» aggiungendo che «la richiesta della indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, o dell'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione» (art. 18, comma 3). Disposizione questa criticata in base alla considerazione che il lavoratore può trovarsi nella condizione di dovere optare per le quindici mensilità sostitutive della reintegrazione senza prima conoscere la motivazione della sentenza e senza poterne esaminare con piena cognizione la tenuta in sede di gravame, finendo così per lasciare al datore di lavoro la facoltà di accorciare i tempi necessari per una scelta spesso sofferta, e comunque non facile, tra la continuazione del rapporto di lavoro e la richiesta delle suddette mensilità che – diversamente da quanto ritenuto in passato da un consistente indirizzo giurisprudenziale – non gli assicura neppure la copertura della contribuzione previdenziale in relazione alle mensilità medesime⁵⁶.

6. La (in)certezza del diritto ed il licenziamento disciplinare

Dubbi interpretativi nascono anche alla luce del comma 4 dell'art. 18 St. lav. che, avendo ad oggetto il licenziamento disciplinare, regola una «reintegrazione depotenziata», in quanto aggiunge una forma risarcitoria del danno che si caratterizza, da un lato, per abolire la misura minima delle cinque mensilità, e, dall'altro, per prevedere una condanna del datore di lavoro al pagamento di una indennità risarcitoria il cui ammontare – commisurato «all'ultima» retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione – non può superare le dodici mensilità.

⁵⁵ Cfr. in giurisprudenza, di recente, in questo senso, Cass. 21 aprile 2011, n. 9238. In dottrina cfr. da ultimo G. VIDIRI, *La liquidazione del danno non patrimoniale: declino delle tabelle e necessaria personalizzazione del danno*, in *Giust. civ.*, 2011, II, 141 ss.

⁵⁶ Cfr. in tal senso, M. MARAZZA, *L'art. 18 nuovo testo*, cit., 619. In precedenza il rapporto di lavoro veniva in giurisprudenza considerato risolto solo con l'effettivo pagamento della indennità sostitutiva della integrazione per spettare al lavoratore il risarcimento del danno per il periodo corrente dall'esercizio dell'opzione sino alla corresponsione della suddetta indennità, cfr. *ex plurimis* Cass. 28 luglio 2003, n. 11609, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 154, nt. AGOSTINI, L'opzione e il successivo pagamento dell'indennità sostitutiva *ex art. 18, comma 5, L. n. 300/1970*, quale «fattispecie bilaterale a formazione progressiva» di estinzione del vincolo obbligatorio, cui *adde* Cass. 16 novembre 2009 n. 24199.

È stato affermato che, nonostante l'infelice dizione della norma, il risarcimento forfezzato nel massimo vada a coprire solo il periodo precedente alla sentenza di primo grado e non invece quello successivo sino al concreto reinserimento del lavoratore⁵⁷. Una simile tesi, oltre a rispettare la ratio e la lettera dell'art. 18 – volte a delimitare con confini invalicabili l'area di operatività di ciascuna indennità risarcitoria – risponde ad evidenti ragioni di coerenza logico-sistematica, poiché in caso contrario si finirebbe per estendere, in violazione del generale criterio di proporzionalità delle sanzioni, le conseguenze del licenziamento discriminatorio a quelle dei licenziamenti contraddistinti da minore gravità⁵⁸. La differenza tra le due fattispecie di recesso datoriale si ridurrebbe alla mera detraibilità – su cui tra l'altro non si riscontrano opinioni concordi – dell'*aliunde perceptum* e dell'*aliunde percipiendum*, rimanendo sempre salva, anche per il licenziamento disciplinare, la possibilità di provare da parte del lavoratore danni ulteriori, come il danno biologico ed i danni non patrimoniali derivanti, ad esempio, da un licenziamento ingiurioso⁵⁹.

La reintegrazione depotenziata⁶⁰, ora descritta nelle sue componenti, opera nel caso di licenziamento disciplinare per giusta causa (causa che non consente la prosecuzione anche provvisoria del rapporto ex art. 2119 c.c.) o giustificato motivo soggettivo (notevole inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del prestatore di lavoro ex art. 3, legge 15 luglio 1966, n. 604), allorché il giudice accerti la insussistenza del fatto contestato o laddove l'infrazione rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle clausole dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari. Dal disposto del comma 4 dell'art. 18, da leggersi in stretta connessione con quello del successivo comma 5, si evince come per la stessa tipologia di licenziamento possa applicarsi la tutela reale nei termini sopra indicati o la condanna – dopo la risoluzione del rapporto lavorativo con decorrenza

⁵⁷ Così A. MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., 430, che a sostegno della sua opinione osserva come la contraria tesi – secondo cui il tetto delle mensilità opera anche con riferimento al periodo successivo alla sentenza che ha disposto la reintegrazione nel posto di lavoro quando il datore di lavoro non riammette in servizio il dipendente – non tiene conto che la reintegrazione è un effetto derivante direttamente ed automaticamente dalla sentenza con la quale viene ripristinato il rapporto contrattuale tra datore e prestatore di lavoro (e con esso l'obbligo retributivo del datore di lavoro), sicché per la reintegrazione non occorre la volontà del datore di lavoro o la sua collaborazione, richiesta invece per la riammissione in «*servizio attivo*» del lavoratore che è cosa diversa dalla reintegrazione.

⁵⁸ Non prende posizione sulla problematica in esame ritenendola ancora aperta C. CESTER, *Il progetto di riforma*, cit., 558-559, che però rileva come la previsione di una misura massima di risarcimento quantificata in dodici mensilità sia tale in molte situazioni da minimizzare il costo dell'atto illegittimo del datore di lavoro e da compromettere interessi anche vitali del lavoratore, e come nello stesso tempo la situazione del mercato ad alto tasso di disoccupazione possa privare, trascorsi i dodici mesi, di ogni sostentamento il lavoratore.

⁵⁹ In questi termini M. TATARELLI, *Lavoratore con tutele differenziate*, cit., 59-60, che a conforto del riconoscimento di ulteriori danni al di là del limite delle dodici mensilità, rileva come la indennità in questione neppure venga definita «*onnicomprensiva*», a differenza di quella prevista nei successivi commi 5 e 6 dell'art. 18 St. lav.

⁶⁰ G.P. PARRAVICINI, *Il rito Fornero: un labirinto senza uscita?*, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc. I, 2013, p. 289, nota a Trib. Roma 28 Novembre 2012.

dalla data del licenziamento – di «una indennità risarcitoria omnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità della ultima retribuzione globale di fatto», lasciando all'interprete il compito difficile – e non di rado condizionato da scelte ideologiche – di appurare il carattere residuale o meno della tutela reale.

Al fine di individuare la rispettivo area di incidenza si è cercato di fissare il confine tra le due diverse forme di tutela. Si è così sostenuto che la «*insussistenza del fatto*» – cui consegue la tutela reintegratoria – si concretizza in una accusa non vera in punto di fatto, mentre una condotta accertata, ma reputata di gravità insufficiente a fondare la sanzione espulsiva – e sintetizzabile con l'espressione «*fatto insufficiente*» – rientra nella ingiustificatezza non qualificata con tutela solo indennitaria. E si è poi aggiunto che la condizione alternativa per l'applicazione della tutela reale al licenziamento disciplinare è data dalla tipizzazione per contratto collettivo o per codice disciplinare dell'addebito contestato fra quelli punibili con sanzioni conservative. Ed è stato opportunamente rimarcato che la tipizzazione della «*insufficiente gravità*» del fatto non autorizza interpretazioni estensive né tanto meno analogiche giacché la sicura conoscenza preventiva da parte del datore di lavoro delle condotte idonee a giustificare il licenziamento finirebbe per essere vanificata in caso di ampliamento esegetico delle fattispecie tipizzate⁶¹.

Ed in una simile ottica si è anche detto che il comma 4 trova applicazione quando la procedura disciplinare «*risulti imbastita sul nulla o su grossi equivoci*» più o meno imputabili al datore di lavoro, ma in ogni caso non troppo difficilmente accertabili⁶².

La lettera del testo normativo suggerisce ulteriori considerazioni che giustificano la severa critica, da muoversi sotto altri profili, sulla regolamentazione del licenziamento disciplinare.

Fermo restando che in materia disciplinare le esigenze di riforma generalmente riconosciute (anche in un documento programmatico dell'attuale governo) e condivise dall'Unione Europea si identificavano con il bisogno di conferire maggiore certezza alle ragioni giustificative del licenziamento e maggiore prevedibilità agli esiti delle controversie, un attento giurista ha segnalato il tentativo di «*imbrigliare*» il giudice del lavoro imponendogli di «*tener conto*» delle ipotesi di giustificato licenziamento contemplate dal contratto collettivo⁶³.

Orbene, appare agevole immaginare che anche questa volta potrebbe verificarsi

⁶¹ In questo senso cfr. A. VALLEBONA, *La riforma*, cit., 57.

⁶² Così C. CESTER, *Il progetto di riforma*, cit., 570, che precisa anche come il comma 4 dell'art. 18 St. lav. debba trovare applicazione in situazioni nelle quali il licenziamento disciplinare illegittimo abbia finito con il ledere l'onorabilità della persona del lavoratore, in linea con la convinzione che la reintegrazione debba essere riservata, come nel primo comma della norma statutaria «*a garanzia dei diritti assoluti del lavoratore*».

⁶³ Cfr. *amplius* sul punto S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto*, cit., 535536, che qualifica tale tentativo un «*po' patetico*» perché nessun giudice ha mai disatteso apertamente un dovere così ovvio.

una eterogenesi dei fini in termini di certezza del diritto.

Come è stato già puntualmente rimarcato, risulta arduo individuare a che livello possa dirsi verificata l'insussistenza del fatto in quanto non sempre i fatti si prestano ad essere catalogati secondo la secca alternativa fra sussistenza ed insussistenza anche perché i fatti contestati possono essere più di uno e nel qual caso non è per nulla chiaro «quando scatti il requisito della insussistenza se per il venir meno anche di uno solo di essi ovvero là dove manchi quello principale con tutte le difficoltà di individuare un valido criterio al riguardo»⁶⁴.

A livello più generale deve dirsi che il giudizio sul binomio sussistenza/insussistenza del fatto non va formulato unicamente in senso oggettivo, dal momento che la situazione esistente nella realtà fattuale può essere inesistente o anche indifferente per il diritto.

Notevoli riserve vanno pure mosse in relazione alla scelta del legislatore di valorizzare la sanzione conservativa come parametro di riferimento per riconoscere al lavoratore licenziato la reintegrazione nel posto di lavoro – e non la sola indennità risarcitoria – nel caso in cui l'infrazione commessa sia punibile esclusivamente con la sanzione conservativa.

Se l'obiettivo era quello di limitare la discrezionalità del giudice per il timore che potesse trasformarsi in arbitrio, la soluzione accolta, oltre a non garantire affatto l'esito sperato, si rileva criticabile per vari motivi.

È fin troppo noto che qualsiasi codice disciplinare, nel determinare e graduare le sanzioni – seppure con una estesa tipizzazione degli illeciti – non può mai individuare in maniera esaustiva tutte le molteplici e variegate condotte riscontrabili in concreto, sicché una pur nutrita previsione degli illeciti sovente viene seguita da una clausola di chiusura diretta a regolare le residuali e infinite fattispecie che si sottraggono a qualsiasi catalogazione⁶⁵. Ed è altrettanto pacifico che spesso per identiche condotte vengono stabilite due sanzioni diverse (quali, ad esempio, sospensione e licenziamento), in ragione della gravità della condotta da sanzionare e da misurare alla stregua dell'elemento soggettivo che la sorregge e delle modalità con le quali si realizza. È prevedibile, quindi, che la finalità sottesa alla disposizione in esame, se non vanificata del tutto, venga quantomeno ridimensionata, attribuendosi il giudice ampi spazi di discrezionalità a fronte di specifiche clausole del contratto collettivo o del codice disciplinare.

Proprio in una materia che necessita di approdi legislativi affidabili per la sua

⁶⁴ In tali precisi termini C. CESTER, *Il progetto di riforma*, cit., 570, che aggiunge anche che in molti casi il fatto che viene contestato al lavoratore appare più o meno evanescente, e strettamente ancorato ad un profilo valutativo, come nell'ipotesi di scarso rendimento.

⁶⁵ Sul punto v. S. TRIFIRÒ, G. FAVALLI, *Flessibilità in uscita: i nuovi licenziamenti individuali e collettivi*, in *Giur. lav.*, n. 3, luglio 2012, I supplementi de Il Sole 24 Ore, Riforma del lavoro (legge 28 giugno 2012 n. 92), 45, che osservano tra l'altro che chi opera nel settore del diritto del lavoro sa bene che moltissimi contratti collettivi non prevedono una tipizzazione particolareggiata delle fattispecie punibili con l'una o l'altra sanzione, confortando anche l'opinione di quanti, praticando le aule di giustizia, hanno la possibilità di verificare la rarità di contratti collettivi che tipizzano la molteplicità delle fattispecie oggetto delle controversie.

indubbia rilevanza sociale, si finisce così per devolvere al giudice una difficile opera sistematica nei casi:

- in cui non trovi applicazione il contratto collettivo di categoria per mancata adesione del datore alle organizzazioni sindacali stipulanti;
- in cui si utilizzi per la normativa pattizia – in base al principio dell'autonomia negoziale delle parti sociali – un contratto diverso da quello della categoria concernente l'attività svolta nell'impresa, contratto che non sempre si dimostra idoneo a fotografare compiutamente la gravità dei fatti consumatisi nell'ambito aziendale⁶⁶;
- in cui la tipizzazione sia effettuata tramite accordi aziendali, stante l'assoluto silenzio (non si sa se voluto o meno) del legislatore dal quale era lecito attendersi una espressa, consapevole e coraggiosa presa di posizione in ordine ad una politica industriale volta – in linea con l'art. 8 della legge n. 148/2011 – al rafforzamento degli spazi operativi della contrattazione di prossimità soprattutto nelle materie – come quella in oggetto – che esigono, ai fini di una corretta gestione dei rapporti personali nella azienda, la conoscenza del contesto organizzativo in cui si lavora⁶⁷.

A prescindere da tutte le aree di grande difficoltà ermeneutica che l'intero art. 18 presenta, la disposizione del comma 5, che sembra acquisire nel suo tenore letterale una operatività residuale (il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta ...), nelle situazioni concrete potrà invece assumere un'ampia portata, dovendo il magistrato ricorrere al giudizio di proporzionalità *ex art. 2106 c.c.* – sempre che non sussista il giustificato motivo soggettivo o la giusta causa – non solo ove non sia prevista una ripartizione tra infrazioni in base alla loro possibile rilevanza disciplinare, ma anche qualora la medesima infrazione sia diversamente sanzionata ai sensi del codice disciplinare in virtù della sua maggiore o minore gravità⁶⁸.

In definitiva, l'esegesi del dato normativo incentrata su di un criterio logico-sistematico conduce al risultato di assegnare notevoli spazi decisori al giudice che perciò si sottrae ai condizionamenti (diretti o indiretti) scaturenti dal libero eserci-

⁶⁶ Per la statuizione che il comma 1 dell'art. 2070 c.c. non opera nei riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune, che ha efficacia vincolante limitatamente agli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti e a coloro che, esplicitamente o implicitamente, al contratto abbiano prestato adesione, cfr. Cass., Sez. Un., 26 marzo 1997, n. 2665, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1199, nt. PERA, che evidenzia come nell'ipotesi di un rapporto di lavoro regolato dal contratto collettivo di diritto comune proprio di un settore non corrispondente a quello dell'attività svolta dall'imprenditore, il lavoratore non può pretendere l'applicazione di un contratto collettivo diverso, se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale, ma può solo richiamare tale disciplina come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione *ex art. 36 Cost.*, cui *adde ex plurimis* Cass. 23 giugno 2003, n. 9964, *Notiziario giur. lav.*, 2003, 678.

⁶⁷ Per un esame dell'art. 8 della legge n. 148/2011 e più in generale, per considerazioni sui contratti aziendali e sulla contrattazione di doppio livello, cfr. G. VIDIRI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 109 ss.

⁶⁸ Per tale assunto cfr. M. MARAZZA, *L'art. 18 nuovo testo*, cit., 625, che per fare un esempio di una condotta diversamente sanzionabile si richiama alla ipotesi di insubordinazione che può essere punita con il licenziamento se grave e con la sospensione se lieve.

zio dell'autonomia negoziale dei sindacati. In altre parole un approccio ermeneutico, che inquadri la disposizione da ultimo scrutinata nell'ambito dell'intero rinnovato quadro normativo sul licenziamento disciplinare, induce ad accreditare la tesi che demanda al giudice la scelta della sanzione da irrogare in ordine a tutte le ipotesi in cui i contratti collettivi (o i codici disciplinari) prevedano alternativamente la più afflittiva sospensione conservativa (la sospensione per lunga durata) o il licenziamento in virtù dell'elemento soggettivo che supporta la condotta addebitata e le specifiche modalità che la caratterizzano. In tali casi, all'esito della espletata istruttoria, il giudice non sarà tenuto ad imporre la reintegrazione, ma nell'ipotesi in cui reputi più adeguata – in ossequio al citato principio di proporzionalità – la sanzione della sospensione in luogo del licenziamento inflitto, potrà condannare il datore di lavoro ad una indennità risarcitoria compresa tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto; indennità da liquidarsi a seguito di un giudizio che, seppure equitativo, deve essere fondato su di una «specifica motivazione» e deve valorizzare – come si evince dal testo della norma – quale criterio prioritario l'anzianità lavorativa, pur dovendosi tener conto anche di tutti gli altri elementi espressamente indicati (numero dei dipendenti occupati, dimensione dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti), pena la ricorribilità in cassazione per violazione dell'art. 360, n. 3 c.p.c. (errata applicazione degli indicati elementi) o dell'art. 360, n. 5 (omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione).

7. L'(in)certezza del diritto ed il licenziamento viziato proceduralmente

Con il novellato art. 18 St. lav. il legislatore ha inteso – per quanto attiene i licenziamenti affetti da vizi formali e procedurali rientranti nell'area di applicazione dei commi 4-7 – assimilare sul versante sanzionatorio diverse tipologie di licenziamento. Ed infatti la stessa sanzione di natura indennitaria da sei a dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto è stata contemplata:

– per il licenziamento carente sotto il profilo della motivazione (ad es. per mancanza di specificità e di essenzialità) ex art. 2, comma 2, legge n. 604/1966, come novellato dapprima con la legge n. 108/1990 e poi dall'art. 1, comma 37, della legge n. 92/2012⁶⁹;

– per il licenziamento viziato da omessa comunicazione dei motivi contestualmente al licenziamento cui in precedenza scaturiva, in ragione della sua inefficacia ex art. 2, comma 3, legge n. 604/1966, una tutela reale⁷⁰;

⁶⁹ Cass., sez. lav., 18 giugno 2014, n. 13860; Cass., sez. lav., 22 aprile 2014, n. 9090.

⁷⁰ In questi sensi A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 44, il quale aggiunge che la mancata previsione da parte del recente legislatore delle conseguenze scaturenti dal difetto di comunicazione

– per il licenziamento disciplinare intimato in violazione dell'art. 7 St. lav.⁷¹;
 – nel caso in cui non venga osservata la procedura preventiva introdotta con riguardo al licenziamento per giustificato motivo oggettivo dall'art. 1, comma 40, della legge n. 92/2012 (che novella integralmente l'art. 7 della legge n. 604/1966), al rispetto della quale devono ritenersi assoggettati i datori di lavoro aventi i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, comma 8, della legge 20 maggio 1970, n. 300 (e successive modificazioni).

In proposito occorre precisare che, mentre i datori di lavoro minori non sono assoggettati al nuovo procedimento, per applicarsi ad essi il regime dell'art. 8 della legge n. 604/1966, tale procedimento viceversa si estende alle organizzazioni di tendenza, stante il significativo silenzio del legislatore sul punto – a fronte di una regolamentazione fin troppo minuziosa in tema di sanzioni scaturenti dalle diverse forme di licenziamento – ed ancora perché la procedura in esame, volta a limitare, attraverso la conciliazione, un contenzioso di difficile trattazione, va applicata per coerenza logico-sistematica anche alle controversie relative ai licenziamenti ingiustificati disposti dalle organizzazioni di tendenza, che si caratterizzano non di rado per la loro complessità e per il loro incerto esito⁷².

Per di più, la constatazione che nella riscrittura dell'art. 18 St. lav. non si faccia alcun riferimento – diversamente da quanto disposto dal comma 1 dell'art. 4 della legge n. 108/1990 – ai «datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto», accredita ulteriormente su di un piano generale la tesi di una nuova e più efficace tutela del dipendente giustificata, per un verso, dalla natura delle finalità che perseguono le associazioni di tendenza – dalle quali è lecito attendersi un compiuto rispetto della «*persona*» del lavoratore e dei suoi diritti fondamentali, e per un altro dalla realtà fattuale che attesta come spesso non sia agevole la verifica in concreto delle modalità di svolgimento dell'attività da parte delle predette associazioni onde escluderne il carattere imprenditoriale in riferimento al tipo di organizzazione e alla economicità della gestione, anche a prescindere dall'esistenza di un fine di lucro⁷³.

dei motivi del licenziamento per i datori di lavoro estranei all'area di applicazione dell'art. 18 St. lav. può essere colmata, in mancanza di una doverosa correzione legislativa, con una interpretazione costituzionalmente orientata per evitare che, a causa di una evidente dimenticanza, possa pervenirsi alla tutela reale unicamente per le aziende minori o per le imprese di tendenza.

⁷¹ Osserva ancora A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 65, che per il difetto di procedimento disciplinare non si pone per i datori di lavoro estranei alla nuova normativa alcun problema, perché ad essi si applica la c.d. sanzione d'area prevista per il licenziamento ingiustificato e, quindi, la tutela obbligatoria dell'art. 8 della legge n. 604/1966.

⁷² *Contra*, invece, A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 62, che dopo avere rimarcato che il recente legislatore ha espressamente dichiarato inapplicabile la procedura preventiva al licenziamento ai datori di lavoro estranei al campo di applicazione dell'art. 18 St. lav., ne fa conseguire per coerenza sistematica l'esclusione da tale procedura non solo dei datori di lavoro minori, ma anche delle organizzazioni di tendenza, anche esse sottoposte al medesimo regime (art. 2 e art. 4, comma 1, legge n. 108/1990).

⁷³ In giurisprudenza sulla difficoltà di accertamento del sovente labile confine tra organizzazione

La modestia del regime sanzionatorio riceve conferma dal rilievo che tale licenziamento viziato proceduralmente può sempre per lo stesso motivo essere ripetuto con il rispetto del procedimento in precedenza violato⁷⁴.

8. L'(in)certeza del diritto ed il licenziamento per ragioni economiche ed organizzative

Una pluralità di problemi, anche stavolta di consistente difficoltà, fa sorgere l'analisi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, e specificatamente quello adottato per motivi economici, regolato dal comma 7 dell'art. 18 St. lav.⁷⁵. Questa disposizione – trovando applicazione allorquando si rivelino carenti i motivi adottati a sostegno del provvedimento espulsivo – nella sua prima parte disciplina i licenziamenti, rientranti sempre nell'ampia area del giustificato motivo oggettivo, ma legati a ben precisate «*situazioni*» personali del lavoratore, cui consegue la tutela prevista dal comma 4 dell'art. 18 e cioè, la reintegrazione nel posto di lavoro unitamente alla condanna del datore di lavoro ad una indennità risarcitoria che non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto⁷⁶.

Un più articolato esame richiede il giustificato motivo oggettivo nella classica e nota configurazione del licenziamento intimato per ragioni economiche ed organizzative.

In proposito si è affermato che l'accertamento della «*manifesta*» insussistenza del giustificato motivo oggettivo non è sufficiente ad accreditare la tutela reale, perché occorre una ulteriore valutazione del giudice; e dopo tale premessa si è poi pre-

di tendenza e imprese operanti sulla base di principi di economicità di gestione cfr. *ex plurimis* Cass. 12 marzo 2012, n. 3868 cui *adde* Cass. 27 maggio 2011, n. 11777, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 178, nt. MARZANO, e *Giur. it.*, 2012, 785, nt. FESSI. Per un esauriente esame delle diverse questioni concernenti le organizzazioni si tendenza cfr. da ultimo M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale*, cit., p. 127 ss., per il quale l'esenzione dal campo di applicazione dell'art. 18 St. lav., sancito dall'art. 4 della legge n. 108/1990, non è esclusa allorquando il datore di lavoro persegua finalità ideali, come accade quando l'attività rimanga circoscritta alla sfera interna all'organizzazione e sia, quindi, pienamente funzionale all'assistenza degli associati senza essere rivolta ai terzi estranei.

⁷⁴ Cfr. al riguardo A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 65-65, che mostra di apprezzare la nuova normativa perché, escludendo sempre la tutela reale per i vizi procedurali, finisce opportunamente per accorpate in un solo processo l'esame di tutti i possibili vizi dello stesso licenziamento.

⁷⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *Commento alla legge 28 giugno 2012 n. 92 sulla riforma del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, fasc. IV, p. 783.

⁷⁶ Su tali licenziamenti nonché anche su quello intimato per violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c. cfr. per tutti C. CESTER, *Il progetto di riforma*, cit., 574 ss., nonché M. MARAZZA, *L'art. 18 nuovo testo*, cit., 530, che ricorda come la sanzione della reintegrazione sia prevista ove il giudice accerti il difetto di giustificazione del licenziamento, e come invece debba trovare applicazione il regime sanzionatorio indennitario ridotto allorquando si riscontrino vizi formali, relativi, ad esempio, alla completezza delle informazioni nell'ipotesi di licenziamento per superamento del comparto.

cisato che una motivazione al riguardo è necessaria e non può essere tautologica nel senso che non può fondarsi sul carattere manifesto della ingiustificatezza, costituente il presupposto stesso del potere equitativo del magistrato, da esercitarsi sulla scorta di altre circostanze⁷⁷.

Preliminarmente va ribadito che, se si è inteso, con la riforma Fornero, limitare l'eccessiva discrezionalità del giudice onde evitare che si traduca in arbitrio, una simile finalità non è stata raggiunta, perché qui più che altrove risultava indispensabile, per la rilevanza degli interessi in gioco, un testo normativo chiaro ed esente da lacune e perciò capace di pervenire ad approdi giurisprudenziali affidabili.

Nella prospettiva di avallare i precedenti rilievi nonché le censure mosse da più parti soprattutto sul versante della certezza del diritto, appare opportuno un breve cenno ad alcune delle diverse interpretazioni date alla espressione «*manifesta infondatezza del fatto*», che non poteva non essere all'origine, per il suo carattere criptico, di dubbi e, conseguentemente, di molteplici opinioni.

Un indirizzo dottrinale ha riconosciuto la capacità di rendere evidente la natura eccezionale della reintegrazione nel caso di licenziamento economico, sul presupposto che l'aggettivo «*manifesta*», lungi dal rafforzare il sostantivo «*insussistenza*», concerne la percezione, e non la sussistenza dei fatti, che esistono o non esistono⁷⁸; in una differente prospettiva si è invece posto l'accento sul carattere ridondante ed enfatico del predetto aggettivo «*che sembra aggiungere assai poco all'oggettivo riscontro della inesistenza del fatto proprio perché la materialità di tale constatazione non può arricchirsi dall'essere qualificata come "manifesta" (per la "contraddizione che nol consente")*»⁷⁹. Nella stessa direzione si muove chi, dopo aver ricordato che i criteri selettivi tra la sanzione reintegratoria e quella indennitaria non risultano in alcun modo puntualizzati o delimitati, ad onta delle più elementari esigenze di certezza, ritiene ancora più criticabile l'adozione di un criterio, quello della «*manifesta insussistenza*» della ragione oggettiva, che contraddice il comune rilievo secondo cui il motivo economico o esiste o non esiste, non essendo suscettibile di graduazione, diversamente dalla condotta umana, che può essere più o meno grave, sia sotto il profilo fattuale che psicologico⁸⁰. Infine, e ancora una volta in chiave critica si è detto che l'incertezza, e soprattutto l'imprevedibilità delle controver-

⁷⁷ Così testualmente A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 59, che aggiunge come ci si debba in materia affidare ad un duplice concorrente vaglio giudiziario, da effettuarsi con lealtà e fedeltà alla ratio della riforma, che considera la tutela reale una *extrema ratio*.

⁷⁸ Per tale opinione vedi F. CARINCI, *Complimenti dott. Frankenstein: il disegno di legge governativo di riforma del mercato del lavoro*, in *CSDLE*, Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro, cui fa riferimento M. MARAZZA, *L'art. 18 nuovo testo*, cit., 625, nt. 22.

⁷⁹ Così A. MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., 443.

⁸⁰ In questi esatti termini M. TATARELLI, *Lavoratore con tutele differenziate*, cit., 61, che a titolo esemplificativo osserva che, disposta l'esternalizzazione del servizio di trasporto della merce prodotta, se il licenziamento viene intimato per soppressione del reparto che vi provvedeva, è decisivo accertare se la corrispondente attività sia effettivamente cessata. Se in giudizio emerge il contrario, anche parzialmente, il motivo economico invocato giuridicamente non esiste.

sie sui licenziamenti non soltanto non sono ridotte, ma semmai aggravate dalla attribuzione al giudice di un inedito e non gradito potere-dovere di scelta discrezionale, privo di qualunque parametro oggettivo per distinguere fra «*infondatezza*» e «*manifesta infondatezza*»⁸¹.

Bisogna prendere atto che in materia di licenziamenti per ragioni economiche – nel contesto di una riforma che nel suo complesso manca di precisi riferimenti valoriali e che anche per l'urgenza che ne ha contraddistinto la nascita si caratterizza per un linguaggio abborracciato e non certo tacitiano – non sono facilmente decifrabili le finalità della recente novella né viene indicato con esattezza il percorso dell'*iter* motivazionale necessario per approdare ad una corretta decisione della lite.

Non può negarsi che tale percorso si rivela lungo, eccessivamente articolato ed irto di difficoltà interpretative, dovendosi dapprima collocare la fattispecie, identificabile con la contestazione dell'addebito, nell'area affollata dei diversi tipi (e sottotipi) di licenziamento, e successivamente valutare, all'esito dell'istruttoria, la «*manifesta*» infondatezza o meno delle ragioni poste a base del recesso. In una verifica del genere non è consentito soffermarsi soltanto sulla materialità del fatto, atteso che il principio di gradualità delle sanzioni impone di vagliare il comportamento del lavoratore incolpato tenendo altresì conto della componente soggettiva riscontrabile sempre nell'agire umano. Da qui il pericolo che in assenza di criteri legali, il potere discrezionale del giudice si trasformi nuovamente in arbitrio, soprattutto nei casi in cui la legittimità della condotta datoriale appare di difficile accertamento in fatto ed in diritto (si pensi ad es. alla prova del cd. *repêchage* nel licenziamento individuale per crisi aziendale) e quando si deve, all'esito della istruttoria, compiere una scelta tra due diversi tipi di sanzione⁸².

⁸¹ Così S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto*, cit., 537, il quale osserva anche che l'incertezza è accentuata dall'altra geniale idea di introdurre per tutti i licenziamenti – in vista della «*velocizzazione*» delle relative controversie – una procedura di accertamento sommario sul modello della repressione dell'attività sindacale con una scelta, che l'Autore ritiene oltre che inutile (per avere le cause di licenziamento già una corsia preferenziale), irrazionale (perché dette cause possono richiedere accertamenti complessi del tutto incompatibili con istruttorie sommarie), lesiva di esigenze elementari di contraddittorio e di difesa per il datore di lavoro, ed infine irrispettosa delle esigenze di studio della causa da parte del giudice e, pertanto, potenzialmente foriera per entrambe le parti di gravi ingiustizie.

⁸² Con riferimento all'obbligo di *repêchage* è opportuno rimarcare come si riscontrino in giurisprudenza indirizzi non uniformi, di cui deve, pertanto, tenersi conto, anche ai fini della scelta della sanzione da applicare. In giurisprudenza cfr., da ultimo, *ex plurimis* Cass. 8 febbraio 2011, n. 3040, secondo cui tale prova non deve intendersi in modo rigido, dovendosi esigere dallo stesso lavoratore che impugni il licenziamento una collaborazione nell'accertamento di un possibile «*repechage*», mediante l'allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli poteva essere utilmente ricollocato. *Contra*, invece, Cass. 5 marzo 2010, n. 5403, che pone esclusivamente a carico del datore di lavoro l'onere di provare, con riguardo all'organizzazione aziendale esistente all'epoca del licenziamento, l'impossibilità di adibire utilmente il lavoratore a mansioni diverse da quelle precedentemente svolte. In dottrina più in generale, per un ragionato *excursus* sui contrasti in tema di *repêchage*, cfr. da ultimo

Come è stato già ricordato, la mancata indicazione nella legge di qualsiasi parametro selettivo volto a differenziare «*la infondatezza*» dalla «*manifesta infondatezza*» della giustificazione del licenziamento genera l'incertezza e l'imprevedibilità dell'esito del giudizio. All'interno delle proposte avanzate per individuare nel licenziamento economico un praticabile criterio di scelta (tra la sanzione della reintegrazione e quella risarcitoria) può anche collocarsi quella secondo cui – dovendosi valutare la «*manifesta infondatezza*» del licenziamento ad istruttoria compiuta, e quindi alla fine della controversia – ben possono essere utilizzati i criteri che sovrintendono alla liquidazione dei danni *ex art. 96 c.p.c.* (malafede o colpa grave della parte soccombente ed «*inesistenza del diritto*» azionato in giudizio). Inoltre pare opportuno prendere in considerazione le circostanze che, nel procedimento preventivo al licenziamento (*ex art. 1, comma 40, della legge n. 92/2012*), emergano in relazione ai motivi del preannunciato recesso datoriale ed alle eventuali misure di assistenza alla ricollocazione, nonché il comportamento di ciascuna delle parti da valutarsi sia ai fini della misura della indennità «*risarcitoria*» per la ingiustificatezza non qualificata (*art. 18 St. lav., comma 7*) che del regime delle spese processuali⁸³.

9. Conclusioni

È prevedibile che l'incertezza applicativa del nuovo regime sanzionatorio avrà delle ricadute negative nella gestione del contenzioso sui licenziamenti illegittimi rientranti nell'area di applicazione dell'*art. 18 St. lav.*

Prima della riforma – in presenza dei requisiti numerici richiesti dalla suddetta norma statutaria – dal licenziamento illegittimo scaturiva sempre una tutela reale. Viceversa ora il lavoratore licenziato – stante la molteplicità dei regimi sanzionatori – sarà sovente spinto:

- a proporre una domanda principale per vedersi riconosciuto il regime di tutela reale del licenziamento invalido o inefficace *ex art. 18, commi 1-3*;
- a formulare, in subordine, una richiesta di reintegra per la ingiustificatezza qualificata del licenziamento *ex art. 18, commi 4 e 7*;
- in via ancora più gradata a reclamare la tutela indennitaria per ingiustificatezza semplice *ex art. 18, commi 5 e 7*.

G. VANACORE, *Licenziamento per crisi aziendale: la sezione lavoro ritorna sul c.d. repêchage*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 608 ss.

⁸³ Cfr. sul procedimento preventivo al licenziamento per tutti S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio*, cit., 62-64, secondo cui se il legislatore non fosse impotente dovrebbe prevedere un procedimento di autorizzazione preventiva del licenziamento in sede paritetica aziendale, e dovrebbe anche stabilire che in caso di autorizzazione l'eventuale successivo accertamento giudiziale della illegittimità del licenziamento determina solo una tutela indennitaria, riservando la tutela reale ai licenziamenti non autorizzati, manifestamente ingiustificati.

Per di più i molti dubbi che la lettura delle norme scrutinate fa sorgere ed il contestuale venir meno dei precedenti approdi giurisprudenziali – in ragione delle consistenti modifiche apportate alla disciplina sostanziale e formale dei licenziamenti – rendono concreto il pericolo che nell'area giuslavoristica il diritto divenga sempre più incerto, con la consequenziale formazione di una "giurisprudenza anarchica" e comunque non al riparo da decisioni "a sorpresa", con ricadute negative sul piano degli investimenti e, conseguentemente, sulla produttività delle imprese e sull'occupazione.

Attualmente il diritto al lavoro non è come si vorrebbe far credere – evocando spesso con enfasi e con accenti retorici la Carta costituzionale – un diritto potestativo, ma purtroppo si configura come un diritto pesantemente condizionato dalle perduranti difficili condizioni socio-economiche del Paese. La qual cosa porta a individuare nella certezza del diritto un valore che protegge oggi più di ieri il lavoratore che, nella generalità dei casi ha, per la situazione di debolezza economica in cui versa, la necessità di programmare il proprio futuro.

Un giurista del secolo scorso, che ha scritto forse le pagine più belle ed acute sulla certezza del diritto, ha affermato che «*l'astrattezza, la rigidità e la fissità della norma, contro le quali da tanti archi vengono lanciati miriadi di strali, mirano soltanto semplicemente a questo, a garantire in modo certo ed inequivocabile l'azione, in modo che gli uomini possano contare su ciò che verrà*»⁸⁴. E dopo avere intravisto nell'oscurità della norma, nella sua lacunosità, nella sua mancanza di semplicità, nella sua instabilità, nella molteplicità delle disposizioni in cui essa può articolarsi, nella pluralità delle leggi, nella difficoltà e nella lunghezza dei giudizi le minacce «*di fatto*» alla certezza del diritto, ha poi sottolineato come i pericoli maggiori per tale certezza vengano da quelle correnti di pensiero che conferiscono al giudice il potere di fare opera di finalità politica o che, credendo nel diritto libero, negano le reali conquiste della legalità nella storia e finiscono per dissociare la società dallo Stato⁸⁵.

I rilievi innanzi sviluppati inducono a concludere che la legge in esame – per essere articolata in moltissime e spesso oscure disposizioni, in molti punti lacunosa, e per caratterizzarsi sul versante processuale da una normativa anche essa di difficile interpretazione – costituisce terreno privilegiato per la «*creatività del giudice*» e per letture ideologiche del dato normativo indirizzate a negare l'importanza della certezza del diritto. Tutto ciò – a fronte di un quadro normativo deludente rispetto

⁸⁴ Cfr. F. LÓPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto, Civiltà del diritto*, collana già diretta da F. CALASSO e curata da F. MERCADANTE, Giuffrè, Milano, 1968, vol. 19, 48, il quale aggiunge che «*in questo il diritto mostra la sua natura schiettamente umana, legata al mondo degli uomini e solo ad esso: gli uomini hanno bisogno, per la loro azione presente, di potere contare sulla loro azione futura, sulla portata della propria azione futura, e dunque anche sull'azione degli altri uomini*».

⁸⁵ Sul punto *amplius* F. LOPEZ DE ONATE, *op. loc. ult. cit.*, 81 ss.

alle legittime aspettative di una riforma che doveva essere strutturale e dai chiari contenuti valoriali – sollecita la riflessione, in qualche misura consolatoria, che è meglio avere leggi cattive e buoni giudici piuttosto che leggi buone e cattivi giudici, e che il male peggiore è vivere in un Paese che ha cattive leggi e nello stesso tempo cattivi giudici.

Capitolo XIV

Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa di difficile lettura

Guido Vidiri

SOMMARIO: 1. Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa processuale di difficile interpretazione. – 2. Il nuovo rito ed il suo ambito applicativo. – 3 ... (continua). – 4. Il nuovo rito e le due fasi del giudizio di primo grado. – 5. La fase sommaria del giudizio di primo grado. – 6. L'opposizione all'ordinanza e gli ulteriori gradi del giudizio. – 7. Conclusioni.

1. Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa processuale di difficile interpretazione

La legge 28 giugno 2012, n. 92 ha innovato la disciplina dei licenziamenti illegittimi ridisegnando il disposto dell'art. 18 St. lav. In precedenza detta norma stabiliva – in presenza del prescritto requisito numerico – che una volta accertata l'inefficacia o l'invalidità del licenziamento il datore di lavoro fosse tenuto a reintegrare il dipendente nel suo originario posto di lavoro ed a risarcirgli il danno nella misura commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino alla effettiva reintegra, salvo in ogni caso il minimo di cinque mensilità.

Con la nuova normativa il legislatore ha inteso invece inserire nell'ampia area dei licenziamenti illegittimi una differenziazione delle tutele, operando così una graduazione del sistema sanzionatorio sulla base dello specifico vizio invalidante, con la volontà di limitare l'ambito di operatività della reintegra nel posto di lavoro ai casi di maggiore gravità e riconoscendo negli altri casi il diritto al risarcimento dei danni, seppure diversamente graduato¹.

¹ Sui già numerosi contributi dottrinari in materia di licenziamento a seguito della «riforma Fornero» vedi per tutti G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la incertezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 617 ss.; S. MAGRINI, *Quel pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 535 ss. cui adde sempre sulle modifiche apportate all'originario testo dell'art. 18 St. lav.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2012, 415 ss.

Sulla recente riscrittura dell'art. 18 St. lav. non sono mancate in dottrina riserve, essendosi affermato che essa non offre soluzioni di facile comprensione per gli investitori stranieri e rischia di non agevolare la definizione transattiva di potenziali controversie per la difficoltà di predeterminare in modo certo la sanzione eventualmente applicabile al caso concreto, mancando al riguardo alcun parametro certo di riferimento per qualsiasi decisione imprenditoriale volta a fini conciliativi². Ed in un'ottica ancora critica si è manifestata una chiara preferenza per il vecchio art. 18 seppure «*stagionato da oltre quaranta anni*»³ e si è sostenuto che la riforma Fornero risulta «*drasticamente peggiorativa*» rispetto alla precedente normativa per configurarsi come una menzogna odiosa l'assunto secondo cui la maggiore facilità dei licenziamenti sia stata compensata con un maggiore controllo del precariato e con la riforma degli ammortizzatori sociali⁴.

Su un diverso versante si è poi rilevato che la riforma, per avere inteso perseguire una difficile mediazione tra opposte concezioni sulla politica del lavoro, risente di una mancata riflessione sull'impatto che essa è destinata ad avere nella realtà fattuale anche in ragione di una disciplina eccessivamente articolata⁵, ambigua in molti passaggi e di difficile lettura tanto da rappresentare un significativo momento della costante e veloce corsa verso un diritto sempre più incerto e conseguentemente foriero di una «*giurisprudenza anarchica*»⁶.

Considerazioni queste in certa misura estensibili anche all'esame del disposto dei commi da 47 a 69 dell'art. 1 della citata legge n. 92, che hanno ad oggetto le controversie sulla legittimità del licenziamento e che tendono a ridurre i tempi per ottenere giustizia; finalità che – al di là della opportuna riduzione del termine decadenziale da 270 giorni (fissato dalla legge n. 183/2010) a 180 giorni per la proposizione della relativa domanda giudiziaria⁷ – si è perseguita attraverso l'introduzione

² In tali esatti termini M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello statuto del lavoratore*, in *ADL*, 2012, 614.

³ Così S. MAGRINI, *Quel pasticciaccio brutto*, cit., 538.

⁴ Sul punto v. P. ALLEVA, *Informare per resistere*, 1 luglio 2012 cui *adde*, sempre per una critica su più punti anche per quanto attiene la tutela processuale, D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012 n. 92), Il giusto processo civile*, 2012, 762, il quale osserva che sul piano rimediabile la permanenza del criterio distintivo fondato sulla sussistenza del requisito dimensionale si riflette, senza alcuna ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, sulla tutela processuale esperibile, determinando l'esistenza di due differenti percorsi procedurali per la declaratoria dell'illegittimità del licenziamento.

⁵ Cass., sez. lav., 7 luglio 2014, n. 15434.

⁶ In argomento *amplius* G. VIDIRI, *La riforma Fornero*, cit., 620.

⁷ Resta fermo invece per impugnare il licenziamento in via stragiudiziale, il tradizionale termine di 60 giorni, rispetto al quale è consolidato il principio giurisprudenziale secondo cui l'atto di impugnazione spedito al datore di lavoro con missiva raccomandata a mezzo del servizio postale, deve intendersi tempestivo sempre che la spedizione avvenga entro il suddetto termine dalla comunicazione del licenziamento (o dei relativi motivi), non assumendo invece rilievo il tempo della avvenuta ricezione dell'atto. Cfr. Cass., Sez. Un., 14 aprile 2010, n. 8830, in *Foro it.*, 2010, I, 3416, nt. RUBINO, *Impugnazione del licenziamento, termine decadenziale e tutela del lavoratore*; più di recente, Cass. 24 marzo 2011, n. 6757; Cass., sez. lav., 7 luglio 2014, n. 15434.

di un nuovo *iter* processuale che si articola in due distinte fasi: una prima contraddistinta dalla sommarietà dell'istruttoria e che si conclude con ordinanza, ed una ulteriore fase che viene attivata dalla parte soccombente a seguito di ricorso in opposizione alla suddetta ordinanza⁸.

A tale proposito deve rimarcarsi come il rito sui licenziamenti illegittimi finisca per porre – stante una tecnica legislativa contraddistinta da disposizioni sovente lacunose e di non definita portata – complessi problemi interpretativi sì da giustificare una pluralità di soluzioni anche di opposto tenore.

Tutto ci induce a ritenere che alle già evidenziate incertezze sul versante del diritto sostanziale derivanti dalla riscrittura dell'art. 18 St. lav. finiscano per aggiungersi, come si è detto, ulteriori problemi interpretativi di particolare complessità sicché – come è facile prevedere – si perverrà a risposte giudiziarie differenziate, con ricadute negative sulla loro affidabilità.

È stato evidenziato più volte come sussista un reciproco e stretto collegamento tra nomofilachia – di recente rafforzata dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 e dalla legge 18 giugno 2009, n. 69⁹ – tempi del processo e certezza del diritto. Ed invero, non può mettersi in dubbio che la interdipendenza o, più precisamente, la circolarità degli effetti tra una significativa e non effimera durata dei *dicta* giurisprudenziali – necessaria in assenza del sopraggiungere di eventi significativi per un *revirement* – e la celerità dei giudizi contribuisca anche a rendere più certo il diritto, con positive conseguenze non soltanto sul versante istituzionale di una maggiore credibilità del servizio giustizia, ma anche su quello socio-economico. Una risposta giudiziaria che sia, infatti, improntata ad un alto tasso di alea, determina nei settori portanti dell'economia effetti deleteri, disincentivando gli investimenti di capitali e ponendo seri ostacoli ad ogni iniziativa imprenditoriale, con contrazione della produttività e, quindi, della occupazione¹⁰.

⁸ Da un esame complessivo della legge n. 92/2012 G. VERDE, *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'art. 18 Stat. lavoratori*, Relazione tenuta in Roma l'11 dicembre 2012 presso l'Aula Magna della Corte di Cassazione, sul tema La nuova disciplina dei licenziamenti, Incontro di studio in memoria di Pasquale Picone organizzato ad iniziativa dell'Ufficio dei Referenti per la formazione decentrata, *sub par.* 1 del dattiloscritto, il quale ricava l'impressione che il legislatore abbia costruito un primo grado di giudizio a struttura bifasica: la prima caratterizzata da una istruttoria sommaria i cui risultati, recepiti nella ordinanza decisoria, si consolidano per effetto della mancata tempestiva opposizione.

⁹ Per un esame delle singole norme della legge n. 69/2009 che hanno contribuito ad incrementare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione cfr. G. VIDIRI, *Art. 360 bis c.p.c. e nomofilachia: verso un diritto a formazione giurisprudenziale? (Considerazioni minime di un giudice del lavoro)*, in *Riv. dir. lav.*, I, 2009, 505 ss. Più in generale per le ragioni politiche, economiche e sociali che hanno indotto il legislatore a disciplinare il processo di Cassazione in funzione nomofilattica, R. CORONA, *La scelta politica della nomofilachia, Il nuovo giudizio di Cassazione*, a cura di G. IANNIRUBERTO, U. MORCAVALLO, Giuffrè, 2007, 6 ss.

¹⁰ È doveroso sul punto il richiamo all'opera classica di LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, a cura di F. MERCADANTE, Collana già diretta da F. Calasso, Giuffrè, Milano, 1986, vol. 19, 26-164, secondo il quale la mancanza della certezza è vista come negazione della legge, dell'ordinamento stesso, del mondo sociale, della libertà e dell'umanità dell'individuo e della stessa azione umana. Per

2. Il nuovo rito ed il suo ambito applicativo

L'esigenza di procedere ad una riduzione e semplificazione dei riti¹¹, che aveva già portato con la legge 18 giugno 2009, n. 69 ad abrogare il c.d. rito societario – che, introdotto con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 aveva dato luogo ad una serie di problemi interpretativi ed anche a numerosi pronunziati del giudice delle leggi¹² – è alla base del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 che, come emerge dal suo titolo, ha dettato disposizioni complementari al codice di procedura civile in attuazione del disposto dell'art. 54 della citata legge n. 69¹³.

Alla stregua della indicata normativa la semplificazione dei riti doveva articolarsi nel processo ordinario di cognizione, in quello sommario di cognizione e nel processo speciale del lavoro, per pervenirsi così ad un assetto ordinamentale incentrato su tre soli procedimenti, capaci di dare attuazione ai principi del giusto processo e della sua ragionevole durata (art. 111, commi 1 e 2, Cost.) allo scopo di rendere maggiormente efficiente l'amministrazione della giustizia.

La recente legge n. 92/2012 – con l'introdurre in materia di licenziamenti illegittimi un nuovo rito¹⁴ – ha operato per in evidente discontinuità con le già indicate esigenze di semplificazione. Ed infatti la condotta da sempre oscillante del legislatore e il moltiplicarsi di riforme settoriali non di rado prive di un adeguato coordinamento – stante la mancanza di una visione organica del processo, causa non ultima della sua crisi – sono nella materia scrutinata all'origine di una pluralità di disposizioni che, come deve ribadirsi, appaiono di oscuro contenuto tanto da rendere complessa la interpretazione ed incerta la risposta giudiziaria¹⁵.

una sottolineatura della rilevanza nella materia giuslavoristica della certezza del diritto la cui mancanza è, come è noto, una delle ragioni che ostacolano gli investimenti di capitali nel nostro Paese, cfr. A. VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2004, 8 ss.

¹¹ R. RIVERSO, *Il Volto del giudice del lavoro e la Costituzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, fasc. I, p. 156.

¹² A riprova delle numerose problematiche anche a livello della tenuta costituzionale che il rito societario ha fatto sorgere è sufficiente il richiamo a Corte cost. 29 marzo 2008, n. 71 e Corte cost. 12 ottobre 2007, n. 321. Sull'abrogazione del rito societario cfr. in dottrina, per tutti, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, Giappichelli, Torino, 2011, 349 ss. Più in generale e per una critica al proliferare dei riti cfr. A. PROTO PISANI, *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*, in *Foro it.*, V, 2012, 330-331, che a fronte di tale proliferazione riafferma di preferire la (diversa) differenziazione del rito ordinario a seconda della maggiore o minore complessità della singola concreta controversia, quale che sia il diritto sostanziale che ne costituisca l'oggetto.

¹³ Sulla semplificazione dei riti cfr. da ultimo P. PORRECA, *Il decreto legislativo sulla semplificazione dei riti: qualche osservazione iniziale*. (D. Lgs. 1 settembre 2011, n. 150), in *Giur. merito*, I, 2012, 30; A. SALETTI, *La semplificazione dei riti*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 727.

¹⁴ L. NOGLER, *L'interpretazione giudiziale del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc. I, 2014, p. 114.

¹⁵ Rimangono tuttora attuali le parole di un illustre processualista che alla metà del secolo scorso ebbe a dire che «la crisi del giudizio, la crisi del processo non è che un aspetto della grande crisi spirituale che è rilevabile in ogni campo della vita morale, nell'arte, nella filosofia, nella politica, perché è la crisi dell'uomo, di ciascuno di noi»; cfr. la relazione di S. SATTÀ, *La Tutela del diritto nel*

Va premesso che le nuove norme, risultando incompatibili con quelle del processo sommario di cognizione (norme inserite con l'art. 51, comma 1, della legge n. 69/2009 nel codice di procedura civile in prosecuzione della disciplina dei procedimenti cautelari), inducono di riflesso a ritenere queste ultime incompatibili anche con il rito speciale del lavoro, ponendo in tal modo fine al vivace dibattito sorto sul punto¹⁶.

Ma le disposizioni di cui al nuovo rito sono destinate a fare sorgere per il loro tenore letterale una prima rilevante problematica relativa all'interpretazione da dare all'art. 1, comma 47, della legge n. 92/2012, che riconosce l'applicabilità del suddetto rito «*alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni*».

Contro opzioni ermeneutiche ritenute – in assenza di specifiche disposizioni contrarie – ingiustificatamente selettive e riduttive della portata applicativa del rito in esame si è sostenuto che rientrano nell'area del procedimento scrutinato anche i licenziamenti collettivi¹⁷ in ragione del richiamo, operato dal comma 46 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 all'art. 18 St. lav., riferibile a specifiche fattispecie di illegittimità del licenziamento per riduzione del personale (mancanza di forma scritta; violazione delle procedure richiamate dall'art. 4, comma 12, della legge n. 223/1991; licenziamenti intimati in violazione dei criteri di scelta ex art. 5 della suddetta legge). E sempre nell'ottica di ampliare l'utilizzabilità del nuovo rito a tutti i casi in cui deve trovare applicazione il sistema sanzionatorio dell'art. 18 St. lav., si è sostenuto la sua estensione anche ai licenziamenti dei pubblici dipendenti rilevandosi al riguardo che il secondo comma dell'art. 51 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – con il prescrivere che «*la legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni ed integrazioni si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti*» – induce a ritenere applicabile anche al lavoro pubblico il suddetto art. 18 in quanto parte integrante dello Statuto dei lavoratori¹⁸.

processo, Congresso internazionale di diritto processuale civile tenutosi a Firenze nel 1950, ora in S. SATTA, Il mistero del processo, Adelphi, Milano, 1994, 79.

¹⁶ In dottrina in argomento è stato rilevato da G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Giappichelli, Torino, 2009, 104, che il giudizio sommario di cognizione si configura come rito alternativo per cui la parte può sempre optare per il procedimento ordinario ex art. 163 c.p.c. anche di fronte al tribunale in composizione monocratica. Osserva poi perspicuamente l'A. che questo risulta forse essere il maggior limite del nuovo procedimento sommario, del quale il legislatore avrebbe fatto meglio a prevedere l'obbligatorietà, se effettivamente intendeva dare maggiore impulso alla velocità di trattazione delle cause. Nella direzione auspicata dallo studioso menzionato sembra essersi mossa, come si vedrà, la normativa ora scrutinata. Sui dubbi sull'utilizzabilità del processo sommario ai riti speciali a cognizione piena cfr. di recente fra i numerosi contributi L. DE ANGELIS, *Il processo civile riformato*, a cura di M. TARUFFO, Cedam, Padova, 2010, 485; D. VOLPINO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, 53 ss.; G. VIDIRI, *Procedimento sommario di cognizione e rito del lavoro tra «provvedimenti presidenziali» ed «Osservatori sulla giustizia civile»*, in *Corriere giur.*, 2010, 1377.

¹⁷ E. RAIMONDI, *Il rito per i licenziamenti tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, fasc. I, p. 83.

¹⁸ Cfr. in tal senso da ultimo P. CURZIO, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, Relazione all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. sul tema «*La riforma del mercato del lavoro nella legge 28 giugno 2012 n. 92*», Roma, 29-31 ottobre 2012, 4-5.

Numerose ragioni giustificano la mancata condivisione delle opinioni ora esposte.

Un ordinato *iter* argomentativo rende opportuno premettere che da più parti il nuovo rito introdotto dalla legge Fornero va annoverato tra i procedimenti a cognizione sommaria¹⁹, unitamente a quello di cui al Capo III *bis* del codice di procedura (regolato da tre articoli: 702 *bis*, 702 *ter* e 702 *quater*) ed al procedimento societario ora abrogato, di cui all'art. 19, d.lgs. n. 5/2003, del quale è stato ritenuto precedente immediato il procedimento di cui all'art. 46 del cd. disegno di legge Mastella²⁰. Procedimenti tutti questi che sono stati distinti da quelli cautelari per non richiedere il presupposto del *periculum in mora* e per rappresentare strumenti efficaci di accelerazione delle controversie contraddistinte dalla rilevanza degli interessi in contesa e nello stesso tempo da un *thema decidendum*, che non richiede nella generalità dei casi né istruttorie su dati fattuali e condotte di difficile accertamento né l'esame di problematiche giuridiche di particolare complessità, come tali incompatibili con tempi brevi del processo²¹.

È stato di recente affermato che cogliere la distinzione tra processi a cognizione piena e processi a cognizione sommaria significa fare «una istantanea» in un ordinamento determinato da una realtà in movimento perché la distinzione tra tali processi «è un punto attuale che si inserisce in una linea storica caratterizzata da una notevole mobilità e permeabilità». In questa ottica, pur riconoscendosi che nonostante l'esperienza europea ci spinga a seguire – per evidenti ragioni di armonizzazione con la normativa di altri Paesi – la più semplice bipartizione tra processo ordinario e procedimenti speciali, si è poi rimarcato come attualmente a fronte di un processo ordinario, che è sempre a cognizione piena, si continui invece ad operare nel nostro assetto ordinamentale una distinzione tra procedimenti sommari da un lato, e procedimenti speciali a cognizione piena dall'altro, precisandosi al riguardo che – al fine di distinguere tra queste due differenti tipologie di procedimenti – debbesi far leva «sulle diversità strutturali (quanto a disciplina del procedimento, a contenuto del provvedimento finale, a tipo di stabilità degli effetti di quest'ultimo) e/o sulle loro differenze funzionali»²².

¹⁹ G. VIDIRI, *Nuovo rito sui licenziamenti: «giusto processo» ed «imparzialità» del giudice del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc. I, 2014, p. 17.

²⁰ Sul ddl Mastella cfr. per tutti M.F. GHIRGA, *La riforma della giustizia civile nei disegni di legge Mastella*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 441 ss.; F.P. LUISO, *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 805 ss.

²¹ Per puntuali considerazioni sugli elementi caratterizzanti i procedimenti di cognizione sommaria, estensibili anche al procedimento in esame, cfr. G.P. DEMARCHI, *Prime considerazioni sul disegno di legge Mastella: la revisione del processo civile in ottica acceleratoria*, in *Giur. cost.*, II, 2007, 117 ss. che tra l'altro evidenzia come gli operatori del diritto siano oggi disorientati dal susseguirsi di interventi parziali sul codice di procedura e dal continuo mutamento del quadro normativo di riferimento per cui faticano a stare al passo e come a tutto ci contribuiscano sia «l'intrecciarsi delle norme susseguitesi nel tempo, con inevitabili, quanto ovvi, problemi di coordinamento e di coerenza» sia «l'indisponibilità nell'immediato di fonti chiare e coordinate con le nuove disposizioni di legge»; così sul punto *op. ult. cit.*, 117.

²² In questi termini ancora R. CAPONI, *Dei procedimenti sommari*, cit., 203.

Allo stato, dunque, ed in linea con quanto in dottrina sostenuto, può affermarsi che i procedimenti a cognizione sommaria si caratterizzano rispetto al giudizio di cognizione piena per la loro più accentuata funzione acceleratoria e che, anche per il loro consequenziale effetto deflattivo, si presentano – a fronte di violazioni di diritti destinati ad avere pregiudizievoli ricadute sul versante socio-economico dell'intera collettività – come strumenti necessari a sanzionare in tempi brevi dette violazioni, rimuovendone gli effetti. Finalità queste che vengono perseguite con normative di gestione del processo deformalizzate e flessibili e da parametrarsi, di volta in volta, sulla specifica natura e rilevanza degli interessi in contestazione.

Le argomentazioni sinora svolte offrono le coordinate per patrocinare una interpretazione dell'art. 1, comma 47 della legge n. 92/2011 che, lungi dall'estenderne la portata contro la sua ratio, invece la riduce. Non può infatti negarsi che un esponenziale aumento del contenzioso sui licenziamenti, fondato su opzioni ermeneutiche estensive del dato normativo, ne rinnegherebbe la funzione acceleratoria perché finirebbe per riguardare – con ricadute negative sulla durata dei processi – anche quelle controversie che, per avere ad oggetto questioni giuridiche complesse e situazioni fattuali di difficile accertamento, vanno assoggettate ad un rito a cognizione piena, quale è quello speciale del lavoro. Né può, in contrario, obiettarsi che in tal modo verrebbero ad essere trascurate situazioni soggettive meritevoli anch'esse, se lese, di un tempestivo effetto reintegratorio, dal momento che queste rimangono comunque tutelabili attraverso il rito speciale del lavoro e, cioè, tramite una disciplina che assicura anch'essa sin dall'inizio la necessaria speditezza non disgiunta dalla possibilità di una trattazione istruttoria capace di compiutamente garantire l'accertamento della fondatezza o meno della domanda spiegata.

Corollario di quanto detto è che il nuovo rito non può trovare applicazione nel licenziamento collettivo non essendo a ci sufficiente il mero richiamo all'applicabilità del regime sanzionatorio previsto dall'art. 18 St. lav. operato dal comma 3 dell'art. 5 della legge n. 223/1991, così come modificato dall'art. 1, comma 46, della legge n. 92/2012. Soluzione questa che – al di là della complessità in fatto ed in diritto delle controversie riguardanti la riduzione del personale – deve ritenersi priva di giuridico fondamento sulla base della lettura del combinato disposto dei già richiamati commi 46 e 47 che, in ragione del loro contenuto e della loro rispettiva collocazione, attestano che per escludere l'applicabilità del nuovo rito ai licenziamenti collettivi risulta decisivo il riferimento operato dal comma 47 all'intero contenuto dell'art. 18 St. lav. (e successive modifiche), che ha da sempre riguardato i soli licenziamenti individuali che si differenziano ontologicamente da quelli collettivi, regolati invece dall'apposita normativa di cui alla legge n. 223/1991²³.

²³ La diversa natura dei licenziamenti individuali da quelli collettivi e la differente normativa è costantemente riconosciuta dalla giurisprudenza come è attestato dalle numerose pronunzie dei giudici di legittimità che, nell'individuare l'ambito di operatività dell'art. 24 della legge n. 223/1991, ha distinto tra licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali plurimi. Cfr. tra le tante Cass. 1 febbraio 2003, n. 1526, in *Riv. giur. lav.*, 2004, 316, nt. MARCHESAN; Cass. 2 gennaio 2001, n. 5, in *Foro*

Ugualmente priva di fondamento è la tesi volta ad assoggettare al nuovo rito anche l'impiego pubblico privatizzato non essendo, a tal fine, sufficiente il richiamo – ad opera dell'art. 51 della legge n. 165/2001 – alla legge 20 maggio 1970, n. 300 in quanto – conformemente a quanto più volte ribadito in giurisprudenza – tra le pur numerose disposizioni dello Statuto dei lavoratori applicabili al pubblico impiego non può includersi il disposto dell'art. 18 e più specificamente la tutela reale prevista da detta norma a favore del lavoratore, perché il pubblico impiego, benché privatizzato, continua ad essere regolato da una normativa che presenta innegabili caratteri di specialità nella misura in cui devono privilegiarsi sugli altri i principi di efficienza, imparzialità e trasparenza dell'azione della Pubblica Amministrazione²⁴.

3. ... (continua)

L'individuazione delle coordinate nel rispetto delle quali va individuata l'area di operatività del rito sui licenziamenti porta ad affermare che la recente normativa trova applicazione, alla stregua dell'inciso finale del comma 47, ogni qual volta l'applicazione dell'art. 18 St. lav. debba passare attraverso la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro e cioè ogni qual volta che tra le parti si controverta unicamente sulla natura subordinata del rapporto e non invece quando se ne metta in discussione la stessa esistenza con una azione di accertamento.

Una diversa opinione finirebbe per vanificare – attraverso un eccessivo ampliamento della procedura in esame – la ratio della riforma rinnegandone la finalità che è quella di pervenire ad una rapida soluzione di alcune controversie meritevoli, per gli interessi da tutelare, di una corsia preferenziale e che si caratterizzano quindi – è bene rimarcarlo ancora una volta – per una celerità del giudizio più accentuata rispetto a quella garantita dal rito speciale del lavoro.

La normativa in esame risulta, dunque, applicabile alle domande aventi ad og-

it., I, 2002, 1186. In dottrina per l'applicazione del nuovo procedimento al licenziamento intimato ai sensi dell'art. 5, comma 3, legge n. 223/1991 come modificato dalla legge n. 92/2012, nella misura in cui trova applicazione l'art. 18 St. lav., D. DALFINO, *Il nuovo procedimento*, cit., 772.

²⁴ Per un più generale esame della specifica disciplina applicabile, in ragione della rilevanza degli interessi della collettività coinvolti, in relazione alla riammissione in servizio del pubblico impiegato pure a seguito della privatizzazione del suo rapporto lavorativo cfr. in giurisprudenza Cass. 13 gennaio 2012, n. 392, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 505, nt. CERASI, e, più di recente, Cass. 20 giugno 2012, n. 10127. Cass. 5 gennaio 2011, n. 190 che statuisce invece che tra le altre norme relative alla disciplina del rapporto di lavoro privato estensibili al rapporto di pubblico impiego va incluso anche l'art. 18 della legge n. 300/1970 per quanto attiene alla liquidazione del trattamento del danno in caso di recesso comunque infondato del datore di lavoro. In dottrina ritiene G. VERDE (*Note sul processo*, cit.) che la legge n. 92 ha reso manifesto che il rapporto di impiego pubblico presenta caratteri specifici che impongono trattamenti differenziati rispetto al rapporto di lavoro privato, sembrando rinviare ad atti futuri, anche normativi, tesi ad «armonizzare» le discipline. Ritiene invece il nuovo procedimento «con tutta probabilità» applicabile al licenziamento del pubblico dipendente D. DALFINO, *op. loc. cit.*

getto l'illegittimità del licenziamento *ex art. 18 St. lav.* allorché il rapporto tra le parti, pur qualificato diversamente (come lavoro autonomo, parasubordinato, lavoro in associazione in partecipazione, lavoro in cooperativa, lavoro in impresa familiare, ecc.) si configuri in concreto, per le modalità del suo svolgimento, come lavoro di natura subordinata, per avere ad oggetto il nuovo rito anche tutte le questioni che costituiscano un presupposto logico-giuridico per l'esame della domanda di illegittimità del licenziamento²⁵.

Con specifico riferimento al rapporto di lavoro a termine (subordinato o autonomo) è stato per affermato correttamente in dottrina – in linea con la giurisprudenza di legittimità²⁶ – che se l'estinzione del rapporto deriva dall'attuazione del termine, la controversia sulla nullità di questo se proposta come impugnazione di un inconfigurabile licenziamento non può essere assoggettata alla disciplina sui licenziamenti né può essere esaminata nel merito, per cui il ricorso non va rigettato²⁷, ma va dichiarato inammissibile stante il disposto dell'art. 1, comma 48 della legge n. 92/2012; disposizione questa che osta a che vengano proposte domande diverse da quelle volte – previa la qualificazione come subordinato del rapporto lavorativo – a far valere la tutela assicurata dal disposto dell'art. 18 St. lav. nella sua vigente formulazione²⁸.

Quanto detto porta a nutrire consistenti riserve invece sull'indirizzo che, invocando il principio del trascinamento nel rito speciale, estende la normativa scrutinata anche alla domanda di tutela debole *ex art. 8* della legge n. 604/1966 per «ingiu-

²⁵ Sul punto E. BOGHETIC, *Una fase necessaria, l'altra eventuale nel rito speciale per le impugnazioni, La riforma del lavoro*. Guida normativa, in *Il Sole 24 Ore*, luglio 2012, 64, che a titolo esemplificativo dichiara applicabile il «processo breve» in tutti i casi di contratti di collaborazioni coordinate e continuative; contratti a progetto, associazioni in partecipazione, collaborazione in regime di partita IVA, dei quali si voglia far riconoscere la natura di lavoro subordinato.

²⁶ In giurisprudenza per il principio che l'estromissione di un lavoratore dall'organizzazione aziendale per scadenza di un termine illegittimamente apposto al contratto di lavoro non è da equiparare al licenziamento ingiustificato e non configura una fattispecie di recesso cfr. Cass. 22 ottobre 2003, n. 15827, in *Arch. civ.*, 2004, 322, secondo cui l'azione del lavoratore volta a far valere la continuità del rapporto ha natura di azione di mero accertamento dell'effettiva situazione giuridica derivante dalla nullità del termine non soggetta come tale ad alcuna decadenza, cui *adde ex plurimis* Cass. 23 giugno 2006 n. 14611; Cass. S.U. 8 ottobre 2002 n. 14381, in *Mass. Giur. lav.*, 2002, 877.

²⁷ Così invece A. VALLEBONA, *La riforma*, cit., 73 e nt. 51.

²⁸ Va precisato che ogni volta che deve trovare applicazione l'art. 18 St. lav., in ragione dei richiami adesso effettuati da parte della legge n. 92/2012, la norma statutaria non può essere quella previgente ma quella da detta legge riscritta, ci valendo dunque anche per quanto attiene il lavoro pubblico privatizzato, dovendosi escludere che il vecchio testo dell'art. 18 debba intendersi sopravvissuto per il rinvio materiale «sino alla prevista armonizzazione» *ex art. 1*, commi 7 e 8 della nuova legge (così A. VALLEBONA, *La riforma*, cit., 55), dal momento che l'interpretazione non solo letterale ma anche quella logica sistematica delle citate disposizioni impone la conclusione che le norme previgenti devono essere in ogni caso coerenti con le garanzie di imparzialità e di trasparenza dell'azione amministrativa; tutto ci anche per il doveroso rispetto dei poteri di autorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, che si pone alla base di una specifica e differenziata disciplina sia per quanto riguarda l'inizio del rapporto lavorativo che la sua cessazione.

stificatezza» del licenziamento, nel caso in cui sia subordinata ad altra principale volta ad ottenere *ex art. 18 St. lav.* la reintegra nel posto di lavoro.

L'assunto che, condividendosi un diverso indirizzo, si porrebbe ad una «*assurda separazione tra domanda principale e domanda subordinata relativa allo stesso licenziamento*» appare non conferente, sia perché si finirebbe per giungere, per tale via, ad un ampliamento del *thema decidendum* con una consequenziale più complessa ed articolata istruttoria capace di incidere negativamente sui tempi del processo, sia perché più in generale la normativa sui licenziamenti si presenta, per i tratti caratterizzanti il processo di cognizione sommario, non permeabile a quella del rito del lavoro²⁹.

Il recente legislatore ha inteso, infatti, differenziare – in considerazione della natura degli interessi coinvolti sul versante degli elementi costitutivi della domanda e del correlato regime sanzionatorio – le diverse tipologie dei licenziamenti illegittimi come è attestato proprio dal licenziamento assoggettato alla legge n. 604/1966 la cui *causa petendi* (elementi di fatto e diritto posti a base della domanda) ed il cui *petitum* ben si differenziano, ad esempio, da quelli posti a fondamento della domanda volta a far valere l'illegittimità per condotta discriminatoria al fine di conseguire la tutela reale *ex art. 18 St. lav.*³⁰.

Alla stregua del combinato disposto dei commi 47 e 48 – incentrato sul principio della non assoggettabilità al nuovo rito di tutte le controversie non aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti *ex art. 18 St. lav.* «*salvo che siano fondate su identici fatti costitutivi*» – la domanda subordinata di tutela *ex art. 8* della legge n. 604/1966 va dichiarata dunque inammissibile.

Né può trovare seguito la tesi favorevole ad un'applicazione in via analogica in questo ed in altri casi degli artt. 426 e 427 c.p.c. o anche dell'art. 4 del d.lgs. n. 150/2011, sia perché quest'ultima disposizione – scritta e modellata sul presupposto della triplicità dei riti – è ora contraddetta dalla legge in esame aggiuntiva di un nuovo rito, sia perché ciascuna delle già menzionate norme codicistiche fa riferimento a riti a cognizione ordinaria (regolando l'art. 426 c.p.c. il passaggio dal rito ordinario al rito speciale ed il successivo art. 427 c.p.c., viceversa, il passaggio dal

²⁹ Sulla tesi del trascinamento nel rito speciale della domanda subordinata alla principale volta al riconoscimento della tutela reale cfr. tra gli altri A. VALLEBONA, *La riforma*, cit. 72-73.

³⁰ E sempre ed ancora per non avere dato il dovuto rilievo alla chiara lettera del comma 48 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 non sembra condivisibile l'assunto di chi, sul presupposto che nel più ci sta sempre il meno, sostiene che il giudice avanti al quale sia stata proposta domanda di tutela forte *ex art. 18 St. lav.* debba pronunciarsi anche sulle domande subordinate di tutela economica debole (cfr. R. RIVERSO, *Indicazioni operative sul rito Fornero*, Relazione all'incontro di studio sul tema *La riforma del mercato del lavoro nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit.), dal momento che ciascuna delle tipologie di licenziamenti (licenziamenti discriminatori, disciplinari, viziati proceduralmente, giustificati da motivi economici) si fonda su fatti costitutivi differenziati, sicché consentire in una stessa controversia la proposizione di più domande, destinate tutte, una dopo l'altra, ad essere esaminate nel merito finirebbe per ostacolare la celerità della risposta giudiziaria, elemento qualificante e caratterizzante del giudizio sommario in esame.

rito speciale a quello ordinario), laddove il rito sui licenziamenti illegittimi vuole assicurare una tutela efficiente e pronta agli interessi socio-economici coinvolti in alcune forme di recesso datoriale, ritenute per la loro gravità più severamente sanzionabili. L'applicazione delle citate norme codicistiche finirebbe, pertanto, predefinire una violazione del principio di economia processuale ed un ritardo nella definizione della controversia a seguito di un mutamento di rito di certo non agevole né celere per riguardare procedimenti profondamente differenziati sia per le forme prescritte che per il tipo di cognizione che li caratterizza³¹.

La soluzione patrocinata, come giustamente è stato osservato, è confortata dalla considerazione che se le regole sulla conversione del rito e sulla traslazione del processo non fossero state già previste nel 1973 e nel 1942 – e qui appunto tale previsione manca – la correttezza del rito ben avrebbe potuto essere configurata come presupposto processuale, la cui carenza implica l'inammissibilità della domanda e quindi la definizione del processo con la cd. assoluzione dall'osservanza del giudizio³².

È sempre nell'intento di identificare l'ambito di operatività del nuovo rito – ed al fine di dare un significato alla criptica espressione «domande diverse ... salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi» (art. 1, comma 48) – va patrocinata un'opzione ermeneutica incentrata sulla lettera e la *ratio* della legge in esame.

Va nuovamente ribadito al riguardo che dal dato normativo si evince che si è inteso vietare ogni possibile ampliamento dell'iniziale *thema decidendum* attraverso due o più domande distinte, in ragione di una diversa *causa petendi*, dal momento che ci comporta la necessità della allegazione di fatti nuovi rispetto a quelli già posti a base della iniziale domanda di illegittimità del licenziamento e della conseguente tutela *ex art. 18 St. lav. Assunto*, questo, che se da un lato determina, come visto, l'esclusione della praticabilità del rito di cui alla legge Fornero per la domanda subordinata, induce invece a legittimare una opposta soluzione con riferimento alle domande di quei danni – quali quelli non patrimoniali derivanti dal licenziamento

³¹ Sul punto e più in generale sull'assunto che il rito possa essere, stante la novità rappresentata dalla esistenza della corsia preferenziale introdotta dalla legge n. 92/2012, individuato dal giudice anche al momento della pronuncia di merito attraverso la qualificazione giuridica dell'oggetto della controversia come emersa all'esito del procedimento cfr. L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *WPCSDLE "Massimo D'Antona".IT.*, n. 52/2012, 15-16. In giurisprudenza sembra propendere per l'inammissibilità Trib. Milano, ord., 25 ottobre 2012, inedita. Si dichiara invece favorevole all'applicazione analogica delle regole generali sul processo del lavoro M. DE LUCA, *Procedimento specifico per i licenziamenti nella recente riforma del mercato del lavoro (l. n. 92 del 2012): note minime*, in *Foro it.*, 2012, V, 345-346, che a sostegno di tale opinione si richiama al generale principio dell'economia processuale impeditiva di uno spreco di attività, rimarcando al riguardo come, diversamente opinando, la soluzione delle stesse questioni pregiudiziali postulerebbe lo svolgimento dell'istruzione probatoria con evidente ritardo nella definizione della controversia.

³² In questo preciso sensi cfr. L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto*, cit., 16 e nt. 57 che richiama sul punto il pensiero di G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, ed. aggiornata da G. GUARNIERI, Giuffrè, Milano, 2008, 223. Contra invece in giurisprudenza, e cioè per il cambiamento di rito, Trib. Napoli 26 ottobre 2012 e Trib. Lecce 21 novembre 2012, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 81, nt. VALLEBONA.

discriminatorio – che scaturiscono direttamente proprio dalle condotte poste a base della domanda di reintegra; diversamente da quanto accade se i danni, per la loro liquidazione, richiedano invece la prova di fatti in precedenza non allegati nonché la risoluzione di problematiche ulteriori rispetto a quelle fondanti l'iniziale domanda. E proprio sulla base di siffatte considerazioni si è pervenuto in dottrina ad analoghe conclusioni, rilevandosi opportunamente che sarebbe in sé inammissibile una forzatura interpretativa che aggiungesse un «*anche*» dopo la parola «*fondate*», perché in tal modo si finirebbe per estendere, oltretutto a dismisura, l'ambito operativo della nuova normativa a tutte indistintamente le domande fondate anche sulla qualificazione del rapporto (ad es. differenze retributive pregresse)³³.

4. *Il nuovo rito e le due fasi del giudizio di primo grado*

Si è detto con riferimento al disegno di legge Mastella che il procedimento sommario da esso disciplinato costituiva un ibrido che oltre a partecipare dei caratteri del procedimento cautelare e del procedimento monitorio, presentava anche i caratteri del giudizio ordinario tanto da assumere una doppia natura, capace di creare, proprio per il suo carattere ibrido, più problemi di quelli che intendeva risolvere³⁴.

Pur in presenza di indubbie differenze riscontrabili a seguito della comparazione tra il ricordato procedimento e quello di cui alla legge Fornero, il riportato giudizio può bene attagliarsi al procedimento in esame per presentare anch'esso una duplice natura. Tale procedimento, come detto, si articola, infatti, in una fase sommaria per essere l'istruttoria limitata ai soli atti «*indispensabili*» (art. 1, comma 49), ricalcando sul punto quanto statuito nel comma 1 dell'art. 609 *sexies* c.p.c.³⁵; a tale fase può seguire l'opposizione avverso l'ordinanza di accoglimento o di rigetto del ricorso ini-

³³ Così testualmente A. VALLEBONA, *La riforma, cit.*, 73-74 che, per quanto riguarda la richiesta dei danni, rimarca l'esigenza che il nuovo rito non sia allargato «*a dismisura*»; esigenza, questa, non richiamata per dall'A. a fronte del principio di trascinamento nel nuovo rito delle domande subordinate, laddove il pericolo di uno «*snaturamento*» del processo di cognizione sommario è ben più accentuato. Sul punto cfr. anche D. DALFINO, *Il nuovo procedimento, cit.*, 782, secondo il quale rientra nella previsione di cui al terzo periodo dell'art. 1, comma 48, legge n. 92/2012 la domanda diretta alla condanna al risarcimento del danno non patrimoniale per lesione della dignità professionale determinata da un atto di licenziamento effettuato con modalità ingiuriose ovvero del danno alla integrità psico-fisica del lavoratore causata dal licenziamento illegittimo.

³⁴ Così G.P. DEMARCHI, *Prime considerazioni sul disegno di legge Mastella: la revisione del processo civile in ottica acceleratoria, cit.*, 121.

³⁵ Per l'opinione generalmente condivisa secondo cui la prima fase della procedura abbia natura sommaria ma non cautelare per non essere richiesta la prova del *periculum* in concreto cfr. R. RIVERSO, *Indicazioni operative, cit.*, foglio 6, cui *adde* negli stessi sensi termini A. VALLEBONA, *La riforma, cit.*, 73 che precisa anche come nella fase sommaria l'urgenza sia stata valutata una volta per tutte dal legislatore così come accade per il procedimento di repressione della condotta antisindacale disciplinato dall'art. 28 St. lav.

ziale, con l'introduzione di una ulteriore fase configurante un giudizio speciale a cognizione piena perché caratterizzato da un'istruttoria che, seppure deformalizzata, si contraddistingue per il ricorso a tutti gli «atti di istruzione ammissibili e rilevanti richiesti dalle parti nonché disposti d'ufficio, ai sensi dell'art. 421 del codice di procedura civile» (art. 1, comma 57), e perché consente al giudice del lavoro – non più tenuto alla lettura del dispositivo in udienza – di depositare la sentenza dopo una opportuna pausa di riflessione utile per un migliore accertamento della verità materiale e per una più meditata soluzione delle questioni da decidere³⁶.

Nella legge Fornero che regola nelle due diverse fasi il nuovo rito non mancano disposizioni che risultano, per un'approssimativa tecnica legislativa, di contenuto incompleto a fronte delle quali non vengono individuate le fonti integrative, da più parti ricercate nel rito del lavoro e, in mancanza, in quello ordinario, con una sorta di doppio passaggio³⁷, laddove sembra preferibile – al fine di rimediare alle riscontrate lacune – privilegiare un percorso interpretativo che dopo aver fatto riferimento ai principi del contraddittorio, del giusto processo ed a quelli generali dell'ordinamento processuale, sia poi rivolto – per quanto attiene alla fase sommaria iniziale – a individuare all'interno delle diverse tipologie di processi – e segnatamente nell'ambito di quelli sommari (cautelari e non) – le singole regole maggiormente compatibili con il nuovo rito e che meglio contribuiscono ad accelerare i tempi di giustizia, contestualmente liberando il processo stesso da inutili formalismi³⁸.

Tanto premesso, una riflessione che non pretende certo di formulare, in ragione della complessità delle tematiche da esaminare, esaustive considerazioni sui punti nodali del procedimento di cui alla legge Fornero, non può che iniziare con la lettura delle disposizioni riguardanti il primo grado del suddetto procedimento. Ciascuna delle sue due fasi imporrà al giudice scelte applicative che, stante le carenze e le

³⁶ Ritieni che la fase iniziale del nuovo rito ha carattere sommario mentre l'opposizione all'ordinanza conclusiva di detta fase introduce un giudizio ordinario a cognizione piena A. VALLEBONA, *La riforma*, cit., 74-77, cui adde, per l'affermazione che il ricorso iniziale con cui viene direttamente proposta la domanda di impugnazione del licenziamento, instaura un procedimento di natura sommaria non cautelare mentre con l'opposizione si ritorna nell'alveo dell'ordinario giudizio P. CURZIO, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, cit., 9-14. Parla invece, in una valutazione unitaria del rito di cui alla legge Fornero, di procedimento speciale di cognizione di natura decisoria a seguito di atto finale avente l'efficacia propria dell'art. 2909 c.c.; F.P. LUISO, *La disciplina processuale speciale della legge n. 92 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, cit., 2-4.

³⁷ È frequente la sottolineatura della somiglianza strutturale del procedimento in commento con quello previsto dall'art. 28 St. lav. Al riguardo cfr. F.P. LUISO, *La disciplina processuale speciale*, cit., 1-2, che per rimarca una differenza non secondaria, dal momento che mentre l'opposizione avverso l'ordinanza che chiude la fase sommaria del procedimento ex art. 28 St. lav. apre un processo che è regolato dal rito ordinario, nel nostro caso invece il legislatore ha introdotto un rito speciale per il primo e secondo grado di giudizio.

³⁸ Per l'opinione che le regole del processo del lavoro e successivamente quelle generali del processo civile costituiscano le fonti di integrazione delle lacune riscontrabili nel procedimento sui licenziamenti vedi *ex plurimis* P. CURZIO, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, cit., 1; P. SORDI, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente*, Relazione all'incontro di studio organizzato del CSM, Roma 29-31 ottobre 2012.

imperfezioni del dato normativo, risulteranno estremamente difficili e potranno inoltre sfociare in «una giurisprudenza anarchica» anche per la possibilità che nella gestione del processo e nell'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio trovino credito disinvolute opzioni ermeneutiche che mettano a rischio il principio della terzietà e della imparzialità del giudice³⁹.

5. La fase sommaria del giudizio di primo grado

La domanda che ha per oggetto l'impugnativa del licenziamento deve essere proposta davanti al giudice territorialmente competente ai sensi dell'art. 413 c.p.c. in funzione di giudice del lavoro⁴⁰. A seguito della presentazione del ricorso il giudice deve fissare entro quaranta giorni l'udienza, assegnando un termine per la notifica del ricorso e del decreto – anche a mezzo di posta elettronica certificata – non inferiore a venticinque giorni prima dell'udienza, nonché un termine non inferiore a cinque giorni prima della stessa udienza per la costituzione del resistente (art. 1, comma 48)⁴¹.

È stato sostenuto in dottrina che in questa prima fase il convincimento del giudice non può che essere superficiale per riguardare il solo *fumus* e che non essendo

³⁹ Il rafforzamento dei poteri istruttori dell'organo giudiziario, comune ormai a molti ordinamenti (cfr. al riguardo M.F. GIRGHA, *La riforma del processo civile*, cit., 444, che rileva come sistemi certamente liberali quali quelli del *common law* si stiano avviando anch'essi ad un rafforzamento dei poteri dell'organo giudicante, nello stesso senso S. CHARLONI, *Relazioni tra le parti, i giudici e i difensori*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 11 ss.), porta in sé particolarmente nel processo penale ed in quello del lavoro, aventi sovente rilevanti ricadute sugli interessi della intera collettività, il pericolo di un accrescimento di un uso anomalo, errato o talvolta finanche spregiudicato, dell'esercizio del suddetto potere se ad esso non consegua una concreta ed effettiva responsabilità di quanti con i loro provvedimenti causano alle parti del processo ingiusti danni, non di rado di natura sia morale che patrimoniale; cfr al riguardo G. VIDIRI, *Giusto processo, accertamento della verità materiale ed "imparzialità del giudice"*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1566 ss. Considerazione critica quest'ultima da accreditarsi alla stregua del rilievo che il cd. sistema autoreferenziale «*abita anche nella cittadella giudiziaria. sia pure in nome del principio costituzionale che sancisce l'autogoverno della magistratura*» e se si prende altresì atto, come è stato detto, che «*mentre fra il 1952 ed il 1962 il 52% dei giudici italiani and in pensione con il grado di appello e senza lamentarsene perché a quell'epoca la promozione non era un diritto sacro ed inviolabile*» oggi invece «*se i singoli giudici non fanno danni troppo eclatanti, se non scippano per strada una vecchietta, in 28 anni tondi hanno la garanzia di diventare generali (nel loro caso magistrati di Cassazione con funzioni direttive superiori)*»; cfr. in questi termini M. AINIS, *Privilegium. L'Italia divorata dalle lobby*, Rizzoli, Milano, 2012, 37-38.

⁴⁰ Sul punto cfr. per tutti L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto*, cit., 17 che tra l'altro rimarca come in materia di competenza per territorio nel rito per i licenziamenti si debba, più che richiamare le regole del processo civile generale, fare riferimento al disposto dell'art. 413 c.p.c. per assicurare tale norma una maggiore vicinanza del giudice alla controversia al fine di renderne più agevole lo svolgimento, dovendosi pure tenere in considerazione le esigenze di celerità caratterizzanti il suddetto rito.

⁴¹ Cass., sez. lav., 21 maggio 2014, n. 11234.

i tempi della decisione strettissimi – anche perché quelli della fissazione dell'udienza sono riducibili di poco dovendosi comunque rispettare il termine di venticinque giorni a difesa del convenuto – non può in astratto escludersi il ricorso cautelare ex art. 700 c.p.c., precisandosi per al riguardo come il *periculum in mora* debba essere valutato con estremo rigore in quanto l'accentuata celerità, caratterizzante la suddetta fase, rende proponibile il ricorso solo in casi eccezionali in cui si configuri un pregiudizio talmente imminente da rendere il danno irreparabile.

Contro un tale indirizzo, generalmente condiviso in dottrina⁴², è per legittimo sollevare qualche riserva non essendo azzardato ravvisare in questa fase del procedimento un giudizio anch'esso di natura cautelare sulla base del rilievo che mentre nel ricorso per ogni provvedimento cautelare il *periculum in mora* deve essere provato in concreto, nel caso in esame il pericolo deve ritenersi invece presunto per essere stata l'urgenza valutata una volta per tutte dal legislatore, stante la natura dei danni scaturenti dalla illegittimità del licenziamento⁴³. Né sembra decisivo in senso contrario osservare che il nostro sistema è caratterizzato dalla tipicità delle misure cautelari previste e che, conseguentemente, il ricorso all'art. 700 c.p.c., per essere una misura cautelare con funzione sussidiaria e integrativa, risulta esperibile solo quando non si rinvenga – proprio come nella materia in esame – una misura cautelare specifica a tutela dei diritti in contesa. Se si considera che il disposto del comma 49 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 ricalca in buona parte in modo pedissequo il comma 1 dell'art. 669 *sexies* c.p.c. ed inoltre se si rileva per quanto riguarda il *periculum in mora* che si è qui in presenza di una sorta di presunzione legale, il riconoscere la natura cautelare della suddetta fase – dotata di una propria tipicità stante la speciale natura del diritto da tutelare – non sembra opinione priva di fondamento. Dalla disciplina relativa all'istruttoria emerge che ricorrono nel caso di specie tutti quelli che sono i requisiti delle misure cautelari che – oltre alla sommarietà o cognizione (in senso ampio) sommaria – si caratterizzano per la loro sussidiarietà da valutarsi con riferimento alle ulteriori fasi del processo a cognizione piena, nonché per la loro strumentalità che va individuata alla stregua del pericolo che durante il tempo occorrente per fare valere in via ordinaria il diritto questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile⁴⁴.

⁴² Cfr. per tutti A. VALLEBONA, *La riforma*, cit., 74-75 nonché F.P. LUISO, *La disciplina processuale speciale*, cit., 2 secondo cui la funzione non cautelare del nuovo procedimento è indubbia perché nessuna norma che lo riguarda fa riferimento al *periculum in mora* sicché la tutela cautelare con tale procedimento è pienamente compatibile. Contra invece G. VERDE, *Note sul processo*, cit., 3 per il quale non sembra esserci ragione per sostenere che art. 700 c.p.c. e nuovo rito speciale siano compatibili, dal momento che la tutela offerta da quest'ultimo è più ampia e comprensiva di quella che può offrire la tutela d'urgenza perché «se il ricorso al giudice presuppone che vi sia un "bisogno di tutela" da soddisfare il nuovo rito è in grado di soddisfarlo pienamente».

⁴³ Cfr. al riguardo ancora A. VALLEBONA, *La riforma*, cit., 75 il quale evidenzia che, nel procedimento in materia di licenziamenti, l'urgenza è stata valutata una volta per tutte dal legislatore come è accaduto anche per il procedimento di repressione della condotta antisindacale disciplinato dall'art. 28 St. lav.

⁴⁴ Sulla funzione e struttura dei provvedimenti d'urgenza cfr. MANDRIOLI, *Diritto processuale ci-*

Per di più non risulta inverosimile che il legislatore, consapevole della possibilità anche nella materia in esame di un uso improprio dei provvedimenti d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c., abbia inteso, stante l'estrema improbabilità del presupposto del danno irreparabile, assicurare con i commi 48 e 49 una fase cautelare all'interno di un unitario procedimento perseguendo per tale via i fini: di ammortizzare il pericolo dell'aumento di un contenzioso di non trascurabile entità⁴⁵; di non ritardare con la richiesta di un giudizio *ante causam* la definizione della controversia la cui celerità è stata appositamente graduata sulla natura del diritto che ne costituisce l'oggetto; e da ultimo di soddisfare esigenze di ordine sistematico introducendo nel nostro ordinamento processuale una ulteriore, specifica e tipica misura cautelare in tema di licenziamenti la cui disciplina in più punti lacunosa debba essere in primis integrata con quella generale dei provvedimenti cautelari contenuta nel codice di rito⁴⁶.

La fase di urgenza, come detto, si introduce con ricorso che deve avere i requisiti dell'art. 125 c.p.c. dovendo contenere l'indicazione dell'ufficio giudiziario, delle parti, dell'oggetto e delle ragioni della domanda o della istanza che si intende avanzare sicché non si richiede – diversamente da quanto prescrive l'art. 414 n. 5 c.p.c. – «l'indicazione dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi ed in particolare dei documenti che si offrono in comunicazione».

La genericità e la sinteticità del disposto dell'art. 125 c.p.c., che a ben vedere richiede solo una individuazione del *thema decidendum* attraverso l'indicazione della domanda e delle ragioni che la sostengono, senza effettuare alcun riferimento alle prove (comprese quelle documentali), trova la sua logica spiegazione in una fase processuale sommaria, deformalizzata ed estremamente semplificata, che si caratterizza per di più per elevare il giudice – seppure nel rispetto del principio del contraddittorio – a *dominus* delle prove, lasciando allo stesso l'esercizio d'ufficio dei poteri *ex art.* 421 c.p.c. ed attribuendogli, inoltre, un ampio potere discrezionale

vile, cit., 337-348 ed ancora tra le trattazioni specifiche E. VULLO, *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c., I procedimenti sommari e speciali*, a cura di S. Chiarloni e C. Consolo, Giappichelli, Torino, II, 2005, 1249 ss.

⁴⁵ In materia di licenziamenti può verificarsi infatti un aumento del contenzioso a seguito di una forma anomala di abuso del processo concretizzantesi nella richiesta di un provvedimento d'urgenza *ante causam* che, enfatizzando il *periculum in mora*, non solo tenta di ridurre di pochissimi giorni la risposta giudiziaria rispetto ad un giudizio, come quello in esame, già caratterizzato da massima celerità, e dall'altro sia volto a consentire il ricorso ad un secondo giudizio, pur esso a cognizione sommaria, funzionalizzato all'accoglimento della domanda con una ordinanza, immediatamente esecutiva, non suscettibile di sospensione e revoca e resistente nel tempo sino alla sentenza definitiva del giudizio «*instaurato ai sensi dei commi da 51 a 57*» (art. 1, comma 50, legge n. 92/2012).

⁴⁶ Cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 338-338 che ricorda come la legge n. 353/1990 non abbia modificato il sistema caratterizzato dalla tipicità delle misure previste e dalla loro integrazione con la previsione di uno strumento atipico e con funzione sussidiaria, essendosi limitata a dettare quell'ampia disciplina generale contenuta nella prima sezione del Capo terzo, che riguarda l'*iter* procedimentale (comprese le fasi di revoca, dichiarazione di inefficacia e reclamo) sia di tutti i procedimenti cautelari tipici ovunque disciplinati e sia di quelli atipici e con portata sussidiaria, ossia i provvedimenti di urgenza.

nell'ammissione – previa una sua preventiva e libera valutazione – degli atti istruttori richiesti dalle parti. Tutto ci induce a ritenere, in ragione della celerità cui deve essere improntato l'intero giudizio e, quindi, l'espletamento delle prove, che non è consentita la proposizione della riconvenzionale; che ugualmente non sembrano compatibili con questa fase sommaria del giudizio la chiamata in causa del terzo (art. 106 c.p.c.), la chiamata per ordine del giudice (art. 107 c.p.c.) e tanto meno l'intervento volontario (art. 105 c.p.c.)⁴⁷.

Inoltre non è prescritta una preventiva articolazione delle prove, che potranno essere chieste in udienza anche oralmente; non sono configurabili le preclusioni e le decadenze previste nel processo del lavoro⁴⁸; non può assegnarsi al principio di non contestazione lo stesso rilievo riconosciuto nel rito ordinario del lavoro; ed infine, il giudice, come detto, può fare largo uso dei poteri istruttori che, nel rispetto del principio dispositivo e del contraddittorio, non possono per essere esercitati sulla base del suo sapere privato e con riferimento a fatti non allegati dalle parti o non acquisiti al processo in modo rituale⁴⁹.

Ed ancora, e sempre per quanto attiene alle prove e, più in genere, agli atti istruttori, il criterio della indispensabilità di cui al citato comma 49 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 assume in questa fase un valore ed una portata differenti da quelli riscontrabili nel rito ordinario di cognizione (art. 345, comma 2, c.p.c.), nel rito speciale di lavoro (art. 437, comma 2, c.p.c.), nonché nel giudizio di appello di cui al processo in esame (art. 1, comma 59, della legge n. 92/2012). Ed invero nella fase sommaria la «*indispensabilità*» viene a significare che i mezzi istruttori vanno selezionati oltre che per la rilevanza, anche per la loro specifica capacità di accertare in modo celere la illegittimità del licenziamento al fine di pervenire con urgenza ad una ordinanza immediatamente esecutiva avente effetti anticipatori, laddove negli altri casi la nozione di indispensabilità va parametrata alla portata determinante delle prove (o degli atti istruttori) da porre a supporto di una sentenza che, all'esito di un

⁴⁷ Per l'assunto che nella fase sommaria non sia possibile proporre le domande previste dall'art. 106 c.p.c. cfr. F.P. LUISO, *La disciplina processuale speciale*, cit., 5 nt. 24 che precisa per che la parte che ha torto potrà, nella fase di opposizione, ottenere quella coerenza di decisioni cui l'art. 106 c.p.c. è strumentale.

⁴⁸ Cfr. in tal senso E. BOGHETIC, *Una fase necessaria, l'altra eventuale nel rito speciale per le impugnazioni* cit., 65; F.S. IVELLA, *Licenziamento, impugnazioni, rito speciale: ecco le novità prima degli approfondimenti*, *La Riforma del lavoro*, in *Il Sole 24 Ore*, luglio 2012, 51. Sulla innovativa fase cautelare di primo grado cfr. di recente C. ROMEO, *Licenziamenti e nuovo rito*, in *Mass. Giur. lav.*, 2013, 71-72.

⁴⁹ Per i limiti che incontrano i poteri d'ufficio del giudice del lavoro cfr. *amplius* Cass., Sez. Un., 17 giugno 2012, n. 11353, FI, I, 2005, 1135, nt. FABIANI, e *adde* Cass. 30 marzo 2006, n. 7543. Osserva in generale G. VERDE, *Diritto processuale civile. Procedimenti speciali*, Zanichelli, Bologna, 2010, 113-114 che un procedimento deformalizzato induce ad inclinare per una forte possibilità di intervento del giudice nella acquisizione della prova, ma ritiene tuttavia l'A. che, essendo il potere officioso del tutto eccezionale e, in un processo relativo a diritti disponibili ed a contraddittorio pieno, di dubbia costituzionalità, il giudice potrà acquisire prove soltanto se gli siano richieste dalle parti e potrà compiere gli atti istruttori d'ufficio soltanto se gli siano consentiti dalle norme sul processo ordinario.

giudizio a cognizione piena, si pronunzi su tutte le domande e le questioni oggetto della lite⁵⁰.

La decisione della fase in esame, come anticipato, viene presa con ordinanza che è «*immediatamente esecutiva*» e che non è suscettibile di sospensione o revoca «*fino alla pronunzia della sentenza con cui il giudice definisce il giudizio ai sensi dei commi da 51 a 57*».

Gli effetti anticipatori della ordinanza assumono, dunque, efficacia immediatamente esecutiva ma, nel caso in cui non vi sia stata opposizione, si determina una preclusione limitatamente alla declaratoria sul licenziamento, al suo eventuale effetto reintegrativo ed alla qualificazione del rapporto subordinato, che ne costituisce il presupposto. Detta preclusione non può per riguardare gli altri diritti immediatamente scaturenti da tale accertamento (ad es. quantificazione dei danni, compresi quelli non patrimoniali). A tale conclusione dovendosi pervenire alla stregua del disposto dei commi 47 e 49 dai quali si evince che la sommarietà dell'istruttoria, su cui si fonda la celerità caratterizzante la fase in esame, è diretta ad ottenere una pronta decisione sul licenziamento e sulla reintegrazione del lavoratore e non certo ad esaurire l'intero contenzioso in materia, con la conseguente impossibilità che si formi il giudicato su diritti sulla cui esistenza, può anche non esservi stato alcun atto istruttorio.

Ciò porta correttamente a parlare del verificarsi di un *minus* rispetto a quanto prevede l'art. 2909 c.c. per scaturire dall'ordinanza una mera preclusione da qualificarsi pro-iudicato e ci induce – anche per ragioni di coerenza e logica ordinamentale attestante un costante intento acceleratorio in materia di licenziamenti (comprovato da ultimo dalla riduzione del termine decadenziale da 270 a 180 giorni) – a concludere che al lavoratore venga preclusa la possibilità di impugnare nel futuro il licenziamento nel caso di mancata opposizione all'ordinanza che, all'esito della fase sommaria del giudizio, rigetti la sua domanda volta a far valere l'illegittimità del licenziamento, e che analoga efficacia preclusiva consegua all'inerzia del datore di lavoro che non potrà più far valere in altro giudizio le sue ragioni se non ha spiegato opposizione al provvedimento di accoglimento della domanda di controparte⁵¹.

⁵⁰ Più in generale sulla mobilità semantica che, con riferimento ai mezzi di prova o ai documenti, contraddistingue l'aggettivo «*indispensabili*» va segnalato che un primo indirizzo ritiene velleitario potere differenziare il requisito della «*indispensabilità*» da quello della «*rilevanza*», sempre necessario per l'ammissione in giudizio della prova. Cfr. al riguardo G. FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1974, 274. Altro indirizzo ha invece ritenuto che con la nozione di indispensabilità si sia inteso fare riferimento ad un requisito di «*intensa rilevanza*» equiparabile alla «*decisività*» delle prove, capaci come tali di consentire la proposizione della revocazione cd. «*straordinaria*» ai sensi dell'art. 395, n. 2 e 3, c.p.c., con la conseguenza che possono trovare ingresso in sede di gravame unicamente quelle prove che da sole possono giustificare una pronunzia, sia essa di conferma ovvero di riforma, della sentenza impugnata. Cfr. tra gli altri in questo senso C. VOCI, G. VERDE, *Appunti sul processo del lavoro*, Jovene, Napoli, 1986, 100. Per una epitome delle diverse posizioni riscontrabili in dottrina cfr. più di recente R. GIORDANO, *Nuovi documenti in appello*, R. GIORDANO, A. LOMBARDI, *Il nuovo processo civile*, Nel diritto Editore, Roma, 2009, 394 ss.; G. VIDIRI, *I poteri istruttori del giudice nel processo civile rinnovato*, in *Giust. civ.*, II, 2010, 152-154.

⁵¹ Parla di preclusione pro-iudicato tra gli altri A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale ci-*

A tale conclusione deve pervenirsi pure escludendosi la configurabilità di un giudicato e di tutti gli effetti da esso scaturenti stante nel caso di specie la sommarietà dell'istruzione limitata agli atti «*indispensabili*» per ottenere celermente un provvedimento nei termini sopra specificati⁵²; assunto questo da accreditarsi – nella censurabile assenza nella legge Fornero di un qualsiasi riferimento normativo sul punto – sulla base della più generale considerazione che si è ancora una volta, per quanto attiene alle controversie del lavoro, in presenza di specifici provvedimenti a cognizione sommaria e di portata meramente anticipatoria e che, assolvendo ad una funzione interinale, non sono suscettibili di passare in giudicato, per cessare la loro efficacia *ex art.* 336, comma 2, c.p.c., a seguito di una successiva sentenza⁵³.

6. L'opposizione all'ordinanza e gli ulteriori gradi del giudizio

A seguito della proposizione dell'opposizione avverso l'ordinanza di cui all'art. 1, comma 49 della legge n. 92/2012 si instaura⁵⁴⁻⁵⁵, con ricorso che deve contenere i requisiti di cui all'art. 414 c.p.c.⁵⁶, un giudizio ordinario a cognizione piena che termina con una sentenza che effettua un accertamento dei fatti di causa non solo ben più approfondito di quello effettuato in sede sommaria ma anche più esteso. In questa seconda fase del giudizio, infatti, oltre a prendersi in esame tutte le decadenze e preclusioni dell'ordinario rito del lavoro – al quale deve farsi riferimento allorché la recente normativa si presenti lacunosa – può essere proposta domanda riconven-

vile, Jovene, Napoli, 2010, 80-81. Per esaurienti riferimenti alla materia in esame anche per quanto riguarda il panorama dottrinario D. DALFINO, *Il nuovo procedimento*, cit., 789-790.

⁵² Ritengono eccessiva la tesi che l'ordinanza acquisti un'efficacia analoga a quella del giudicato C. CONSOLO, D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità sostanziali e processuali sui licenziamenti individuali*, in *Corriere giur.*, 2012, 753, che a tale affermazione pervengono in considerazione «*della forte informalità della fase sommaria e quanto meno per la parte debole del rapporto*». Contra invece L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 11; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 75 per il quale le statuizioni dell'ordinanza non opposta passano in giudicato, ed ancora F.P. LUISO, *La disciplina processuale speciale*, cit., 16 il quale rileva che allorché ad una fase ad istruttoria sommaria segua una fase a cognizione piena non vi è alcun ostacolo ad attribuire al provvedimento sommario efficacia di giudicato, negando il quale si finirebbe per rinnegare la ratio stessa del procedimento speciale che è quella di ottenere il più presto possibile una statuizione definitiva sulla reintegrazione o meno del dipendente licenziato.

⁵³ È opportuno rimarcare che l'ordinanza che conclude la fase sommaria deve contenere anche la statuizione sulle spese e che la sua efficacia esecutiva si conserva sino alla sentenza che chiude il giudizio di opposizione, analogamente a quanto prevede il comma 2 dell'art. 28 St. lav., mentre vien meno in caso di estinzione del giudizio.

⁵⁴ E. RAIMONDI, *Il rito per i licenziamenti tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc. I, 2014, p. 83.

⁵⁵ C. GAMBA, *Il rito speciale in materia di impugnazione dei licenziamenti e la imparzialità del giudice*, in *Dir. rel. ind.*, fasc. IV, 2014, p. 1132.

⁵⁶ Da parte sua l'opposto deve costituirsi «*con memoria difensiva a norma e con le decadenze di cui all'art. 416 del codice di procedura civile*» (art. 1, comma 53, legge n. 92/2012).

zionale (art. 1, comma 56, legge n. 92) e sono anche consentite l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei litisconsorti necessari (art. 102 c.p.c.), la chiamata nel processo di un terzo al quale una parte ritiene comune la causa o dal quale pretende di essere garantita (art. 106 c.p.c.) e la chiamata ad opera del giudice allorché questi reputi opportuno che il processo si svolga in confronto di un terzo al quale ritiene la causa comune (art. 107 c.p.c.) (art. 1, comma 54, legge n. 92).

Il fine del recente legislatore di conciliare nel giudizio di opposizione all'ordinanza e negli ulteriori gradi di giudizio la cognizione piena dei fatti di causa e la celerità del giudizio – ostacolata in verità da una normativa fonte di incertezze su alcuni suoi punti nodali – emerge con chiarezza sia dalla semplificazione e deformalizzazione dell'istruttoria che dal richiamo al disposto dell'art. 421 c.p.c., volto a rimarcare il rilievo che assumono i poteri d'ufficio del giudice per una risposta che si vuole veloce per la rilevanza degli interessi in contesa (art. 1, comma 57, legge n. 92). E tutto questo in un contesto in cui il giudizio introdotto con reclamo alla Corte d'appello viene regolato non come gravame diretto ad una rivisitazione generale del primo grado ma, invece, come una impugnazione in senso stretto⁵⁷, stante il divieto dei nova per essere consentito – nell'ambito del devoluto – il ricorso alle prove, anche documentali, solo se indispensabili all'accertamento della verità materiale e se non sia stato possibile proporre dette prove per causa alle parti non imputabile (art. 1, comma 59, legge n. 92)⁵⁸.

Ma il concreto approdo alle finalità perseguite dalla legge Fornero passa, come in precedenza detto, attraverso opzioni ermeneutiche riduttive della portata applicativa del rito in esame. Approccio questo da seguire anche nel caso di proposizione da parte dell'originario convenuto (che può essere opponente o opposto) di domande riconvenzionali che vengono escluse dalla fase sommaria ma che, divenute ammissibili nel successivo giudizio, devono risultare fondate «*su fatti costitutivi identici a quelli posti a base della domanda principale a pena di separazione*» (art. 1, comma 56, legge n. 92).

⁵⁷ Rileva L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 18 che la previsione del divieto dei nova in sede istruttoria, la mancanza di riferimenti normativi necessari per regolamentare alcuni aspetti del giudizio (rinunce, mancata comparsa delle parti, appello incidentale, ecc.), nonché la ratio di celerità che tale giudizio contraddistingue, fanno ritenere che il reclamo ha natura di impugnazione in senso stretto e sia quindi soggetto agli artt. 323 eseguenti c.p.c. e dalle regole dell'appello di lavoro.

⁵⁸ Con riferimento all'istruttoria in appello si è osservato in dottrina da E. BOGHETTI, *Una fase necessaria, l'altra eventuale nel rito speciale per le impugnazioni*, cit., 68 che sussiste il divieto di ammettere mezzi di prova o documenti e che questi ultimi sono espressamente indicati, come se si volesse cristallizzare l'arresto delle Sezioni Unite che con sentenza n. 8202/2005 hanno ribadito l'applicazione indifferenziata delle preclusioni sia per le prove costituite che per le costituite e si è anche aggiunto che l'eccezione a tale divieto è formulata da una parte sulla scorta di quanto previsto dall'art. 437, comma 2, c.p.c. (che lascia al Collegio la valutazione dell'ampliamento dell'istruttoria in quanto ritenuto indispensabile) e dall'altra alla non imputabilità dell'omissione prevista per la rimessione in termini (art. 153, comma 2 ed art. 294, comma 1, c.p.c.), ritenuta compatibile con il rito del lavoro e per la cui applicabilità si richiede la dimostrazione che la decadenza sia stata determinata da una causa non imputabile alla parte perché dettata da un fattore estraneo alla sua volontà, del quale è necessario fornire la prova.

Si è detto che appare assai difficile individuare domande del genere⁵⁹, ma sempre in una ottica riduttiva della operatività del dato normativo si rinviene l'elemento unificante delle due domande – quella principale e quella riconvenzionale – nella identità dei fatti costitutivi della domanda che permette così di riscontrare casi di ammissibile riconvenzionale, ad esempio, allorquando si chieda la restituzione delle somme a titolo retributivo che si assumono essere state indebitamente percepite per lo stesso inadempimento che avrebbe dovuto legittimare il licenziamento; ed ancora allorquando si chieda, ad ulteriore esempio, la restituzione del TFR corrisposto al lavoratore a seguito di condotte disciplinari che avrebbero dovuto integrare un giustificato motivo di licenziamento.

L'esigenza di impedire un ampliamento eccessivo dell'ambito di applicazione della riforma al fine di non depotenziarne l'efficacia non viene disattesa neanche nei casi in cui si estende la partecipazione al giudizio ad un terzo con un ampliamento dell'iniziale *thema decidendum*, perché detta esigenza risulta contemperata, nel comma 54 dell'art. 1 della legge n. 92, da quella deflattiva volta ad impedire anche un possibile contrasto di giudicati; il che si verifica limitatamente a quelle ipotesi di litisconsorzio di cui all'art. 102, comma 2, c.p.c. nonché di comunanza di causa e di garanzia in controversie che, in ragione della inscindibilità dalle domande proposte, necessitano di un'unica ed esaustiva decisione⁶⁰.

All'esito di un giudizio, caratterizzato da una istruttoria deformalizzata e da incisivi poteri d'ufficio *ex art.* 421 c.p.c., la decisione viene presa – dopo eventuali note difensive se ritenute opportune – con sentenza che, come già ricordato, deve essere depositata entro dieci giorni dall'udienza di discussione e senza lettura del dispositivo (art. 1, comma 57), contro la quale è poi ammesso reclamo davanti alla Corte d'appello da proporre con ricorso da depositare, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriore (art. 1, comma 58).

Con riferimento al gravame in esame è opportuno chiarire come il cd. filtro, seppure applicabile anche al rito del lavoro (art. 436 *bis* c.p.c. introdotto dall'art. 54 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134), non può, invece, ritenersi operativo con riferimento alle controversie aventi ad oggetto

⁵⁹ Cfr. in tali termini A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 76 il quale osserva al riguardo che l'azione risarcitoria del datore di lavoro per i danni causati dal lavoratore con l'illecito giustificante il licenziamento presuppone il fatto costitutivo ulteriore, consistente appunto nei danni.

⁶⁰ Ritieni F.P. LUISO, *La disciplina processuale speciale*, cit., 15 che il legislatore vieta il cumulo fra la controversia prevista dal comma 47 ed altre cause, a meno che queste ultime non siano fondate su «fatti costitutivi identici» (commi 51 e 56) ovvero si tratti delle ipotesi previste dal comma 54 (litisconsorzio necessario, comunanza di causa, garanzia). Secondo G. VERDE, *Note sul processo*, cit., per comunanza di causa deve intendersi quella che potrebbe giustificare un intervento *iussu iudicis*, dovendosi invece escludere sia la possibilità di chiamare in causa un terzo che potrebbe proporre intervento senza domanda (perché in tal caso l'estensione soggettiva all'interventore sarebbe in contrasto con il carattere sostanzialmente chiuso del procedimento) sia la possibilità di chiamare il litisconsorte (perché se c'è litisconsorzio necessario questo deve essere rispettato anche nella prima fase per cui la violazione del contraddittorio, dedotta con l'opposizione, mai potrebbe dar vita ad una integrazione successiva con effetto sanante).

l'impugnazione dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni. Assunto questo che trova conforto nel combinato disposto dell'art. 436 *bis* e dell'art. 348 *bis* c.p.c. che attesta l'incompatibilità del filtro per la sua funzione acceleratoria e deflattiva con un rito caratterizzato anch'esso da celerità e la cui fase iniziale è per di più contraddistinta dall'urgenza del provvedimento richiesto per i suoi effetti anticipatori, e ci al di là dell'assorbente considerazione che il procedimento sui licenziamenti viene regolato da disposizioni che, per la loro indubbia specialità, non risultano certo permeabili alle recenti innovazioni della generale normativa del codice di rito⁶¹.

L'efficacia esecutiva della sentenza reclamata può essere sospesa dalla Corte d'appello se ricorrono giusti motivi (art. 1, comma 60)⁶², diversamente quindi da quanto previsto dall'art. 431, comma 3, c.p.c., secondo cui per la sospensione è richiesto, invece, che dalla esecuzione possa derivare all'altra parte un gravissimo danno⁶³.

La sentenza d'appello – che interviene all'esito di un giudizio in cui sono ammessi mezzi di prova solo se indispensabili ai fini della decisione o se non sono stati proposti in primo grado (art. 1, comma 59) ed in cui non sono ammesse né domande né eccezioni nuove – può a sua volta essere impugnata, a pena di decadenza, con ricorso per cassazione entro 60 giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione (art. 1, comma 62) oppure, in mancanza di entrambi i casi, nel termine di sei mesi dal deposito della sentenza previsto dall'art. 327 c.c. (art. 1, comma 64).

L'udienza di discussione è fissata dalla Cassazione «*non oltre sei mesi dalla proposizione del ricorso*» (art. 1, comma 61).

All'evidente scopo di agevolare la funzione acceleratoria⁶⁴⁻⁶⁵ del nuovo rito si è, infine, sul versante organizzativo – con disposizioni sulla cui efficacia ed utilità è per lecito dubitare – statuito anche che alle controversie sui licenziamenti siano riservati particolari giorni nel calendario delle udienze e che i capi degli uffici giudiziari debbano vigilare sull'osservanza di quest'ultima prescrizione (art. 1, commi 65 e 66, legge n. 92/2012)⁶⁶.

⁶¹ Sul presupposto che il cd. filtro è applicabile anche al rito del lavoro L. DE ANGELIS, *L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 18-19 ritiene invece che esso vada applicato anche nel nuovo rito sui licenziamenti stante la natura impugnatoria del giudizio davanti alla Corte d'appello.

⁶² Identica disposizione è prevista per l'inibitoria di sentenza resa in appello stante il richiamo del disposto del comma 62 a quello del comma 60.

⁶³ In questi termini L. DE ANGELIS, *L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 19 che osserva che il regime in esame è rapportato alla disciplina del codice di rito inerente la sentenza a favore del datore di lavoro (art. 431, commi 5 e 6, c.p.c.) sia in quanto si fa riferimento alla sospensione dell'efficacia della sentenza e non della esecuzione, sia al presupposto dei gravi motivi e non a quello del gravissimo danno. Sul punto in giurisprudenza cfr. Cass. 26 luglio 1984, n. 4424, in *Mass. Giur. lav.*, 1984, 436 ed anche in *Arch. civ.*, 1985, 720 la quale ha rimarcato come la statuizione di reintegrazione non fosse soggetta ad inibitoria ex art. 431 c.p.c.

⁶⁴ G. VIDIRI, *Nuovo rito sui licenziamenti: «giusto processo» a ed «imparzialità» del giudice del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, fasc. I, p. 17.

⁶⁵ E. BOGHETICH, *La c.d. riforma Fornero e il rito speciale*, in *Giur. merito*, 2013, fasc. V, p. 1091.

⁶⁶ È stato osservato da D. DALFINO, *Il nuovo procedimento*, cit., 762-763, che gli accorgimenti di

7. Conclusioni

Una delle questioni più dibattute tra i giuslavoristi nell'esame del nuovo rito sui licenziamenti attiene alla compatibilità del giudice che ha definito la fase sommaria a decidere anche la fase a cognizione piena introdotta con l'opposizione all'ordinanza di cui all'art. 1, comma 49, legge n. 92/2012.

Un primo indirizzo ha ritenuto che il giudice delle due fasi deve essere diverso facendo riferimento soprattutto al procedimento *ex art. 28 St. lav.* nel quale il giudice che ha emesso il decreto sulla condotta antisindacale non può essere lo stesso di quello che deve decidere il ricorso avverso il suddetto decreto, versando in una situazione di incompatibilità⁶⁷. Tesi, questa, seguita anche in sede di Presidenza di alcuni Tribunali e che ha portato, in ragione della rilevanza della tematica, ad auspicare sul punto un intervento in materia dell'Ufficio Studi del Consiglio Superiore della Magistratura, anche al fine di evitare una diversità di opinioni destinata ad avere ricadute non trascurabili sulla stessa tenuta della recente riforma⁶⁸. E proprio il pericolo che la ratio della celerità sottesa al nuovo rito possa essere in qualche misura ostacolata induce a ritenere, sulla base di numerose ragioni, che il giudice chiamato a decidere la fase sommaria possa essere lo stesso di quello della fase a cognizione piena.

Al riguardo va ricordato che tra i casi tassativi in cui il giudice ha l'obbligo di astenersi rientra quello in cui ha conosciuto «*come magistrato in altro grado del processo o come arbitro*» (cfr. art. 51, comma 4 c.p.c.), mentre nella fattispecie scru-

carattere organizzativo previsti sono destinati a produrre effetti virtuali davvero modesti sul piano della «*accelerazione*» se non addirittura pregiudizievoli della pronta definizione di controversie altrettanto meritevoli di tutela urgente che, inevitabilmente, passeranno in secondo piano.

⁶⁷ Con sentenza interpretativa di rigetto n. 387/1999 il giudice delle leggi ha rilevato che l'unica soluzione che sia in grado di rispettare la Costituzione è quella che preveda per la fase di opposizione *ex art. 28 St. lav.* la incompatibilità del giudice che ha emesso il decreto opposto, perché la necessità di rispettare il preminente principio della imparzialità del giudice postula «*come condizione necessaria per dover ritenere una incompatibilità endoprocedurale la sola preesistenza di valutazioni che cadono sulla stessa res iudicanda*»; cfr. Corte cost. n. 131/1996.

⁶⁸ Con riferimento al moltiplicarsi di provvedimenti presidenziali e di protocolli ad opera di organismi composti da avvocati e giudici volti ad individuare l'ambito di operatività del processo sommario di cognizione si sono di recente sollevate alcune riserve per il pericolo che, nel formulare utili proposte ai fini dell'organizzazione e dell'apprestamento di un migliore servizio della giustizia, possa finirsi a seguito di un non voluto fenomeno di eterogenesi dei fini anche per influenzare attraverso forme di «*interpretazioni collettive*» gli indirizzi giurisprudenziali che devono essere la risultanza di scelte dei singoli giudici del tutto libere, e da sottrarre, quindi, ad ogni pur non voluto pericolo di condizionamento. Cfr. in argomento *amplius* G. VIDIRI, *Procedimento sommario di cognizione e rito del lavoro tra "provvedimenti presidenziali" ed "Osservatori sulla giustizia civile"*, cit., 1383-1384. Considerazioni queste estensibili a possibili opzioni interpretative fatte proprie – in prossimità dell'entrata in vigore di norme di legge – dal Consiglio Superiore della Magistratura che, anche in ragione dell'autorevolezza dell'organo da cui provengono, possono finire per influenzare il formarsi degli indirizzi giurisprudenziali nonché il loro consolidarsi.

tinata si è in presenza – è bene ribadirlo – di un procedimento che, in primo grado, si articola in due fasi: una di cognizione sommaria e l'altra, eventuale, di cognizione piena⁶⁹, sicché con il condividere una diversa tesi si finirebbe per introdurre surrettiziamente un quarto grado di giudizio per le sole impugnative di licenziamento⁷⁰.

Ma altre ragioni confortano la tesi da seguire.

Il comma 2 dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. prevede il divieto del giudice che ha emanato il provvedimento reclamato di far parte del Collegio che deve decidere il reclamo, mentre il disposto del comma 51 della legge n. 92/2102 nulla dice con riferimento al ricorso in opposizione all'ordinanza che decide la fase sommaria, limitandosi a prescrivere che detto ricorso deve essere depositato «*innanzi al Tribunale che ha emesso il provvedimento*». Ci porta a ritenere che la mancanza di una espressa previsione di incompatibilità trovi qui la sua ragione nel fatto che un giudizio estremamente sommario come quello caratterizzante l'inizio del procedimento non può interferire in alcun modo con la cognizione piena della fase successiva (in cui si possono introdurre domande nuove, come riconvenzionali e domande di garanzie, ed in cui si verificano, diversamente dalla fase precedente, preclusioni e decadenze), al cui esito soltanto matura la decisione del merito sicché, come ha osservato il giudice delle leggi, l'ipotizzabile coinvolgimento in concreto di quel giudice nel merito della causa, al di là di quanto richiesto dalle esigenze della decisione cautelare, «*rappresenta una eventualità anormale che può essere effetto soltanto di un marcato allontanamento dalla struttura codicistica del processo cautelare e dalla funzione essenziale di questo*»⁷¹.

Né possono trascurarsi sia la considerazione che la tesi della incompatibilità non può avvalersi della giurisprudenza formatasi sull'art. 28 St. lav. perché essa si giustifica per la particolare natura del procedimento che tra l'altro prevede – stante gli interessi coinvolti – la sanzione penale in caso di inottemperanza al decreto di cessazione della condotta antisindacale (o alla sentenza pronunciata in sede di opposizione a detto decreto)⁷², sia il rilievo che la modificazione obbligato-

⁶⁹ In questo senso e, quindi, sempre per un primo grado di giudizio di natura bifasica cfr. anche M. DE LUCA, *Procedimento specifico per i licenziamenti nella recente riforma del mercato del lavoro (l. n. 92 del 2012): note minime*, cit., 345.

⁷⁰ In questo senso cfr. Trib. Palermo 22 novembre 2012 inedita che rimarca puntualmente come l'esistenza di un quarto grado di giudizio non emerga in alcun modo né dal testo della legge né dai lavori preparatori dove, invece, il rapporto tra fase sommaria e fase di opposizione viene tratteggiato in termini analoghi a quello tra fase cautelare e fase di merito. Cfr. nello stesso senso in precedenza Trib. Perugia 17 settembre 2012.

⁷¹ In tal senso Corte cost. n. 326/1997 e successivamente Corte cost. n. 220/2000 sempre per l'affermazione che non può strutturalmente porsi un problema di incompatibilità del giudice che tratti la fase del merito con quello che abbia in precedenza trattato la fase cautelare.

⁷² Osserva F.P. LUISO, *La disciplina processuale speciale*, cit., 5 e nt. 20 che la (parziale) somiglianza strutturale del nuovo rito con l'art. 28 St. lav. non deve trarre in inganno in quanto questa norma ha la finalità di creare e tutelare una situazione protetta di cui sono titolari le organizzazioni sindacali, mentre qui il procedimento speciale ha lo scopo di abbreviare i tempi necessari per arrivare ad una decisione nelle ipotesi in cui sullo sfondo c'è la possibilità di una reintegrazione, sicché tale procedimento tutela il diritto della parte in quanto tale (e quindi anche il soccombente) ad una decisione in tempi brevi.

ria della persona fisica del giudice finirebbe per porsi in contrasto con il principio di rilevanza costituzionale della ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.) ostacolando l'esigenza di celerità che costituisce l'elemento qualificante del nuovo rito⁷³.

Al di là delle già evidenziate lacune va anche segnalato come contrasti interpretativi continueranno ad aversi – sempre in ragione di una tecnica normativa in più punti carente – pure in relazione alla obbligatorietà del nuovo rito. Si lascia preferire per l'indirizzo che esclude qualsiasi possibilità di scelta tra l'ordinario rito e quello speciale in esame in considerazione del tenore letterale del comma 48 dell'art. 1 della legge n. 92/2002 («*la domanda ... si propone con ricorso al Tribunale*») e della ratio sottesa all'intero impianto della legge Fornero di certo individuabile nell'esigenza di privilegiare ad ogni costo la celerità del processo stante la rilevanza a livello socio-economico degli interessi in contesa⁷⁴.

E da dubbi interpretativi non è esente neanche la problematica sulla possibilità del datore di lavoro di proporre domanda ex comma 48, pur sembrando l'estensione anche a quest'ultimo dell'utilizzabilità del nuovo rito la soluzione più accreditabile, dovendosi per il principio della tutela differenziata dei diritti la specialità del rito basarsi, in questo come in altri casi, sulla natura degli interessi in contesa e sul-

⁷³ Va sul punto rimarcato come la sentenza n. 387/1999 della Corte costituzionale sull'art. 28 St. lav. si presenti, per quanto attiene al principio della incompatibilità del giudice nel processo civile, come un unicum, che non è pertanto estensibile al nuovo rito perché ne ostacolerebbe la celerità, rendendo inutilizzabile nel prosieguo del giudizio l'impegno profuso dal giudice per la soluzione nella fase sommaria di tutte le questioni proposte, al fine di rendere residuali con la propria decisione eventuali opposizioni. Da ultimo è intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 78/2015 che così ha statuito: «*Il carattere peculiare del rito impugnatorio dei licenziamenti, ridisegnato dal legislatore del 2012, sta nell'articolazione in due fasi del giudizio di primo grado. Il fatto che entrambe le fasi di detto unico grado del giudizio possano essere svolte dal medesimo magistrato non confligge con il principio di terzietà del giudice e si rivela, invece, funzionale all'attuazione del principio del giusto processo, per il profilo della sua ragionevole durata. E ciò a vantaggio anche, e soprattutto, del lavoratore, il quale, in virtù dell'effetto anticipatorio (potenzialmente idoneo anche ad acquisire carattere definitivo) dell'ordinanza che chiude la fase sommaria, può conseguire una immediata, o comunque più celere, tutela dei propri diritti, mentre la successiva, ed eventuale, fase a cognizione piena è volta a garantire alle parti, che non restino soddisfatte dal contenuto dell'ordinanza opposta, una pronuncia più pregnante e completa. Dal che la conclusione che la fase di opposizione – non costituendo una "revisio prioris instantiae" della fase precedente, ma solo una prosecuzione del giudizio di primo grado – non postula l'obbligo di astensione (del giudice che abbia pronunciato l'ordinanza opposta), previsto dall'art. 51, comma 1, n. 4), c.p.c.*», in *www.iusexplorer.it*, 2015, in *Dir. e Giust.* 2015, 14 maggio.

⁷⁴ Per tale indirizzo cfr. F.P. LUISO, *La disciplina processuale speciale*, cit., 9 che nell'escludere la possibilità che il dipendente licenziato possa "rinunziare" al procedimento speciale, sottolinea come la specialità non sia prevista nel suo interesse, nonché M. DE LUCA, *Procedimento specifico per i licenziamenti*, cit., 345 e nt. 2 che ritiene che l'obbligatorietà risulta, all'evidenza, coerente con la ratio di accelerare la definizione della controversia, ricordando peraltro come la facoltatività del rito sembri sostenuta dai giudici della sezione lavoro del Tribunale di Firenze. Sostiene in dottrina la facoltatività del rito sulla base di un articolato iter argomentativo G. VERDE, *Note sul processo*, cit., secondo cui l'imposizione di un rito deve trovare giustificazioni forti, capaci di caratterizzarlo e differenziarlo, condizioni queste che mancano, a giudizio dello studioso, nel procedimento sui licenziamenti.

le finalità generali che pure in termini di durata del processo si intendono perseguire, e non sulla specifica posizione della parte che inizia il giudizio⁷⁵.

La nuova normativa sui licenziamenti, che come si è visto risulta di difficile lettura e che determinerà per tale motivo incertezze interpretative anche a livello giurisprudenziale, induce a qualche riflessione sul diritto del lavoro oggi.

In uno saggio volto a ripercorrere a grandi linee l'itinerario nell'età repubblicana del diritto del lavoro – costantemente caratterizzato da una discontinuità volta a registrare i diversi contesti storici nei loro diversi valori ed interessi diffusi – è stato affermato che, soprattutto da parte del giuslavorista, va evitata la perversione nichilistica e si sono sottoscritte le parole di uno studioso da tutti compianto, Matteo Dell'Olio. Quest'ultimo, ha ricordato l'A., in un frammento tratto da un intervento del 2005, ebbe a dichiarare: «il diritto del lavoro non è mai stato nichilista, è sempre stato valorista, ha sempre perseguito dei valori e il valore di fondo ... è quello della libertà e della dignità del lavoratore, la tutela della libertà umana del lavoratore ...»⁷⁶. E conclusivamente è stato rilevato che, proprio in questo suo porsi nel combattuto crocevia fra etica, diritto ed economia, «la scienza giuslavoristica costituisce un momento riflessivo per l'intera scienza giuridica richiamando ogni giurista ai difficili ma non eludibili problemi connessi al suo ruolo»⁷⁷.

Il pericolo che l'eco di tali nobili parole possa divenire sempre più lontana e flebile in un contesto di generalizzato nichilismo giuridico⁷⁸ costituisce motivo di preoccupazione per tutti quei giuristi che nell'arco dell'intera vita lavorativa hanno sempre creduto – e vogliono ancora credere – che il diritto del lavoro continui a rappresentare la parte più nobile del diritto civile⁷⁹. Preoccupazione, questa, che

⁷⁵ Rileva che l'interesse specifico alla cui tutela è finalizzato il procedimento speciale – decisione rapida di una controversia sulla reintegrazione – non appartiene al solo lavoratore F.P. LUISO, *La disciplina processuale speciale*, cit., 8 e nt. 30 che ricorda anche come prima della modifica introdotta all'art. 6, comma 2, della legge n. 604/1966 dall'art. 32, comma 1, della legge n. 183/2010, fosse pacifico che – avvenuta l'impugnazione ad opera del lavoratore del licenziamento ai sensi dell'art. 6, comma 1 della suddetta legge – il datore di lavoro avesse interesse a proporre la domanda volta ad accertare la validità/efficacia del licenziamento. In giurisprudenza sul punto cfr. infatti da ultimo Cass. 9 maggio 2012, n. 7096, che ha ritenuto ammissibile la domanda del datore di lavoro diretta all'accertamento della legittimità del licenziamento, ancorché questo risulti essere già impugnato dal lavoratore con l'instaurazione di un precedente giudizio, salva in ogni caso l'applicabilità della disciplina della continenza delle cause ex art. 39 c.p.c., non essendo configurabile un abuso dello strumento processuale da parte del datore di lavoro, in considerazione della sussistenza di un interesse ad agire degno di tutela.

⁷⁶ Cfr. in tal senso P. GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2010, 30-31.

⁷⁷ Così P. GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, cit., 31.

⁷⁸ Per l'opinione che le norme vigenti sono ora erose dal «tarlo del nulla» per trovarsi oggi il giurista di fronte ad un diritto senza verità ed a norme non sorrette né da fede religiosa né dall'autorità della tradizione cfr. per tutti N. IRTI, *Nichilismo e concetti giuridici (intorno all'aforisma 459 di Umano, troppo umano)*, *Lectio magistralis* tenuta all'Istituto Suor Orsola Benincasa di Napoli il 19 maggio 2005, ora riportata in N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma, 2007, 34-41 cui *adde*, per diverse considerazioni su tale tematica, M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2006.

⁷⁹ Ammonisce P. GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, cit., che il cultore del diritto del lavoro, lungi dal rinserrarsi in un comodo bozzolo tranquillizzante, non può non sentirsi all'avanguar-

appare oggi più che in passato concreta in presenza di leggi quale quella qui annotata che, per essere fonte inesauribile di incertezze, ha finito per alimentare in ampi settori dell'opinione pubblica consistenti riserve verso un governo tecnico che, chiamato come tale ad attuare una riforma strutturale del lavoro, a tale compito si è sottratto con il ricercare a tutti i costi una impossibile mediazione fra forze politiche contrapposte. Condotta, questa, che è responsabile di una riforma – di cui quella sui licenziamenti e sul nuovo rito ne è parte rilevante – che attesa soprattutto per agevolare l'ingresso al lavoro dei giovani e per ridurre forme di eccessiva rigidità capaci di disincentivare gli investimenti produttivi, si è poi tradotta in una normativa di corto respiro e priva di chiari valori di riferimento per effetto di un calcolato rifiuto di necessarie scelte strutturali di indubbia utilità ma che avrebbero potuto avere, nell'immediato, ricadute in termini di perdita di consensi e di popolarità⁸⁰.

dia in una trincea aperta nello sviluppo rapido della nostra civiltà. Afferma poi di credere che *«la disciplina giuslavoristica meriti quell'appellativo che un nostro pensatore civilista, V. POLACCO, dava al diritto commerciale, e cioè di essere il vero bersagliere del diritto privato»*.

⁸⁰ La lettura della legge Fornero porta alla memoria uno scritto, *La bellezza della lotta*, ritenuto fondamentale per lo sviluppo del liberalismo antagonistico e tuttora di viva attualità (scritto riportato ora in L. EINAUDI, *In lode del profitto ed altri scritti*, a cura di A. GIORDANO, in *Mercato, diritto e libertà*, diretta da L.M. Bassani, N. Iannello, C. Lottieri e S. Ricossa, IBL Libri, Torino, 2011, 49 ss.) in cui l'illustre economista piemontese, dopo avere affermato che nella risoluzione delle questioni del lavoro l'equilibrio stabile è più facilmente raggiunto dal tecnico che dal politico, giustifica tale assunto rilevando *«che la soluzione, a cui quest'ultimo tende, è in funzione dell'equilibrio politico e non di quello economico»*, e ci accade perché *«entrano in gioco fattori di tranquillità esteriore, di accaparramento elettorale, nonché di propiziazioni di gruppi politici»*.