

QUADERNI DI ARGOMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO

Ordinati da Mattia Persiani e Franco Carinci

1. **Rappresentanze e contributi sindacali dopo i referendum.** A cura di Arturo Maresca, Giuseppe Santoro Passarelli e Lorenzo Zoppoli (1996).
2. **Nuove forme di retribuzione e attualità dei principi costituzionali.** Atti dell'incontro di studio, Roma 3 febbraio 1997 (1998).
3. **La Sezione Lavoro della Corte di Cassazione: una riflessione venticinque anni dopo.** Atti dell'incontro di studio, Roma 28 gennaio 1999 (1999).
4. **Parlamento e concertazione.** Atti dell'incontro di studio, Roma 18 febbraio 1999 (1999).
5. **Problemi della sicurezza nei luoghi di lavoro. Ricerche, giurisprudenza, e prospettive di riforma.** AA.VV. (2003).
6. **Previdenza complementare: esperienze e prospettive.** Giancarlo Falcucci (2004).
7. **Diritto del lavoro e riforme universitarie.** Stati giuridici, carriere dei docenti ed ordinamenti didattici. AA.VV. (2007).
8. **Lavoro autonomo e riforma delle professioni.** A cura di Sandro Mainardi e Andrea Carinci (2008).
9. **Tecnica e politica delle citazioni.** AA.VV. (2009).
10. **Percorsi di ricerca e di carriera: i convegni, i concorsi e le conferme.** AA.VV. (2011).
11. **E tu lavorerai come apprendista. (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi unico").** Franco Carinci (2012).
12. **Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti.** Seminario in onore di Michele De Luca. A cura di Stefano Brusati e Enrico Gragnoli (2014).



€ 00,00

ADL

UNA PRIMA ESPERIENZA SULLA NUOVA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI

CEDAM

QUADERNI DI ARGOMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO

Ordinati da Mattia Persiani e Franco Carinci

12

ADL

UNA PRIMA ESPERIENZA SULLA NUOVA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI SEMINARIO IN ONORE DI MICHELE DE LUCA

a cura di

STEFANO BRUSATI ENRICO GRAGNOLI



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2014

ADL - *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*. Seminario in onore di Michele De Luca

QUADERNI DI ARGOMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO

Ordinati da Mattia Persiani e Franco Carinci

12

ADL

**UNA PRIMA ESPERIENZA SULLA NUOVA
DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI**

SEMINARIO IN ONORE DI MICHELE DE LUCA

a cura di

STEFANO BRUSATI

ENRICO GRAGNOLI



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2014

Volume pubblicato con fondi iscritti al bilancio del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Parma.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Copyright 2014 Wolters Kluwer Italia Srl

ISBN 978-88-13-34108-4

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

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 riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato in Italia - Printed in Italy

Stampato da GECA s.r.l. - Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

INDICE

SALUTI

Dott. GIULIANO LUCENTINI, <i>Saluti</i>	pag.	VII
Prof. Avv. LUIGI ANGIELLO, <i>Saluti</i>	»	XI

INTRODUZIONE

Dott. STEFANO BRUSATI, <i>Introduzione</i>	»	3
--	---	---

RELAZIONI

Prof. Avv. MATTIA PERSIANI, <i>Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo: limiti al potere del datore di lavoro e articolazione delle tutele</i>	pag.	11
Dott. PIETRO CURZIO, <i>Licenziamento e processo</i>	»	31

INTERVENTI

Avv. LUCIANO PETRONIO, <i>Intervento</i>	pag.	65
Prof. Avv. LUCIA SILVAGNA, <i>Intervento</i>	»	73

CONCLUSIONI

Prof. Avv. FRANCO CARINCI, <i>Il licenziamento economico individuale nel contesto dell'art. 18 St.</i>	pag.	79
Dott. MICHELE DE LUCA, <i>Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi da uno storico monito della corte costituzionale alla recente riforma della tutela reale (legge n. 92 del 2012): principi per una lettura della riforma conforme a costituzione</i>	»	109

SALUTI

GIULIANO LUCENTINI
Presidente Corte d'Appello di Bologna

Un cordialissimo saluto, mio personale e di tutti i magistrati del distretto dell'Emilia Romagna, che ho l'onore di rappresentare quale Presidente della Corte di Appello di Bologna, rivolgo alla Università degli Studi di Parma, che ha organizzato questo incontro, agli illustri relatori ed a tutti coloro, magistrati ed avvocati, che sono qui presenti.

Sono presenti perché il convegno che sta per iniziare costituisce il più che doveroso omaggio ad un illustre collega recentemente andato a riposo, il Presidente della sezione lavoro della Corte Suprema di Cassazione, dott. Michele De Luca.

Quando, nel lontano 1996, fui destinato alla Corte di cassazione, ove, assegnato alla terza sezione civile, rimasi cinque anni, non conoscevo il collega De Luca, allora consigliere della sezione lavoro, né lo conobbi in seguito, ma ne sentii molto parlare, ed in termini addirittura entusiastici, da due colleghi, toscani come me, che prestavano pure essi servizio presso la sezione lavoro.

Mi dicevano che le sentenze da Lui redatte, pubblicate nelle più importanti riviste del settore, facevano scuola, ed erano talmente chiare nella esposizione, talmente lucide e talmente puntuali nel fare applicazione del diritto, da finire per convincere, al di là della forza della decisione, pure coloro che nella controversia erano risultati soccombenti.

Seppi anche, aliunde, successivamente, che quando era magistrato di merito, giudice del lavoro a Parma, le sue decisioni erano pressoché inattaccabili. I ricorsi per cassazione che erano proposti nella cause da Lui decise si concludevano con la conferma della Sua originaria decisione.

Oggi ho il piacere e l'onore di conoscere il Presidente Michele De Luca, il quale avrà certamente modo, non più preso da cogenti impegni di lavoro, di continuare a fare scuola nella materia che tanto egli ama, a studiarla, ad approfondirla.

Con sentimento di grande ammirazione verso di Lui, anche per tutto quanto ha dato alla Magistratura italiana, al Presidente De Luca va il mio affettuoso abbraccio.

LUIGI ANGIELLO
Presidente della Fondazione Forense di Parma

Ho accolto, con grande piacere, l'invito rivoltomi da Enrico Gragnoli a partecipare a questo Seminario in onore del Presidente Michele De Luca.

Mi limiterò a poco più di un indirizzo di saluto, a nome mio e degli avvocati parmensi che rappresento, ai numerosi partecipanti a questo evento, che rende omaggio ad un Magistrato che per tanti anni ha esercitato il proprio ufficio a Parma. Non entrerà, quindi, nel merito del tema del Seminario, se non con un cenno, conclusivamente.

Le mie parole saranno dedicate al De Luca "giovane", agli anni in cui visse la sua esperienza parmense, dapprima come Pretore nel campo civile e in quello penale e poi, dalla fine del 1973, quale Giudice del lavoro, ininterrottamente sino a che non approdò in Cassazione.

In quell'epoca ebbi modo di frequentare, quale giovane giuslavorista, Michele De Luca, che sin da allora rivelò spiccate doti di studioso, oltre a quelle di magistrato di vaglia.

Sull'attività di Giudice del lavoro a Parma, mi limiterò a ricordare una sentenza - risalente al lontano novembre del 1974, a pochi mesi dall'entrata in vigore della riforma del processo del lavoro - con la quale De Luca dichiarò, d'ufficio, la nullità del ricorso introduttivo per incertezza assoluta dei fatti posti a base della domanda.

La sentenza venne pubblicata nelle più importanti riviste giuridiche, specializzate e non. In vista del Seminario di oggi sono andato a rileggerla nel *Foro italiano* del 1975 e sono rimasto ancora impressionato ed ammirato dall'estrema chiarezza della motivazione e dalla soluzione adottata - in perfetta linea con il nuovo processo del lavoro che all'epoca fece un certo scalpore, non essendo stato ancora assimilata, da molti, la grande portata innovativa della novella del 1973.

L'attività di Pretore del lavoro di De Luca, durante il periodo parmense, fu molto vasta: egli si occupò dei temi più dibattuti (all'epoca) del diritto del lavoro adottando spesso soluzioni che trovarono poi conferma in Cassazione.

Ma di ciò vi parleranno tra poco diffusamente Luciano Petronio e Lucia Silvagna.

Passo ora a parlare riassuntivamente delle tante altre attività di De Luca giovane durante il periodo parmense.

Negli anni '70 Michele De Luca entrò a far parte della sezione dell'Emilia Romagna del Centro Nazionale Studi di diritto del lavoro Do-

menico Napoletano, fondata e presieduta dal compianto Prof. Aldo Cessari, sino alla Sua scomparsa, avvenuta nel luglio del 1984.

Dopo la scomparsa di Cessari, la presidenza della Sezione di Parma venne affidata a Michele De Luca, che si rivelò anche eccellente organizzatore di eventi culturali: basti per tutti il riferimento al Convegno internazionale, svoltosi a Parma nell'ottobre del 1985, sul "*Lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*", relatore principale il Prof. Federico Mancini, i cui atti vennero pubblicati nel 1988 da CEDAM.

Come è noto, il diritto comunitario del lavoro all'epoca non era stato ancora molto indagato. Proprio per questo (o anche per questo) venne organizzato il Convegno, fortemente voluto da Michele De Luca, la cui curiosità intellettuale lo portava – ma credo che lo porti ancora – ad orientare le proprie ricerche anche verso temi non molto esplorati.

Mi sovviene, in tale filone di ricerca, la monografia pubblicata nel 1988 su le "*Fonti regionali di diritto del lavoro*" (CEDAM).

Peraltro, De Luca giovane si occupò, durante il periodo parmense, anche di temi "classici" del diritto del lavoro collaborando, con articoli e note a sentenza, con le più importanti Riviste giuridiche specializzate e con il Foro italiano (collaborazione che è continuata nel corso degli anni e che continua ancora).

Il discorso su De Luca "giovane" potrebbe essere molto più lungo ed articolato ma credo che sia emerso dalle mie parole, con chiarezza, quali fossero, sin dai primi tempi, le doti di magistrato e di studioso di Michele De Luca; doti ch'egli ha poi successivamente sviluppato ed arricchito nella sua lunga permanenza in Cassazione e nella sua parentesi di impegno in Parlamento, nel quale si è dedicato, come è noto, assai proficuamente alla nostra materia.

Come ho detto, non tratterò del tema di oggi, di cui si occuperanno tra poco gli illustri relatori ed interventori qui presenti.

Vorrei, però, fare conclusivamente un'unica osservazione, collegata alla figura da me tratteggiata di Michele De Luca giovane, della sua competenza professionale, del suo rigore con il quale, come ho detto, applicava il processo del lavoro, appena entrato in vigore.

Ebbene, se penso al funzionamento del processo del lavoro di allora, caratterizzato dai principi della concentrazione e dell'oralità e raffronto quel processo con il c.d. rito Fornero, ho fortissimi dubbi (ma non sono il solo) sulla reale portata innovativa della novella del 2012, che sino ad ora si è rivelata, per molti aspetti, un gran pasticcio, come ha detto assai efficacemente il Presidente Brusati.

Buon lavoro a tutti.

INTRODUZIONE

STEFANO BRUSATI

Presidente della Sezione Lavoro della Corte d'Appello di Bologna

Quando all' inizio degli anni '80 dello scorso secolo (per non dire millennio) ho cominciato ad avvicinarmi (come praticante avvocato in uno studio civilistico in attesa dell'esito del concorso in Magistratura) al mondo della legge, il Presidente Michele De Luca era, a Parma, *Il Pretore del Lavoro*.

Scrivo tutto in maiuscolo perché già allora era opinione unanime che si trattava di uno dei piu' preparati e brillanti Magistrati del Lavoro in campo nazionale.

Ma su questo non voglio soffermarmi perché i provvedimenti e gli scritti del Presidente De Luca e tutto il suo successivo cursus honorum parlano da soli e molto meglio di quanto possa fare il sottoscritto.

Voglio solo evocare un semplice ricordo.

Ed il mio ricordo è dato dalla - diciamo- sorpresa che ho provato quando ho cominciato a frequentare le aule civili.

La sorpresa nasceva dalle modalità di svolgimento di tali udienze e, quindi, di trattazione dei singoli procedimenti.

Il tutto avveniva, in maniera generalizzata, in una comune e concitata pubblica udienza, con una pluralità di Avvocati in coda, piu' o meno ordinata, davanti alla scrivania di un Magistrato che, sostanzialmente, si limitava ad indicare le date dei rinvii (tralascio ogni anche piccola esemplificazione sulle ragioni di tali rinvii, così come tralascio i ricordi circa le modalità di assunzione delle prove) o tratteneva la causa in riserva o in decisione.

Tutto questo non avveniva affatto nelle udienze di lavoro davanti al Pretore del Lavoro Michele De Luca.

Certamente le norme del processo del lavoro erano ben diverse da quelle del processo civile. Ma non si tratta solo di questo.

Le norme (come le idee) camminano sulle gambe delle persone.

E la trattazione e decisione delle controversie da parte dell'allora Pretore Michele De Luca era frutto di una idea precisa e forte di modello di Magistrato, con conseguente prassi applicativa, in anni in cui nemmeno si parlava di *buone pratiche organizzative*.

Ed era l'idea che il ruolo del Magistrato nel processo non si caratterizza e si qualifica solo (per non dire unicamente) con la, pur giusta ed argomentata, decisione finale della causa.

Tale momento - ovviamente fondamentale, se necessario- deve rappresentare solo l'epilogo finale di una trattazione attiva e fattiva del

procedimento fin dal momento del deposito degli atti, con una conoscenza approfondita degli stessi, una interlocuzione altrettanto attiva e fattiva in udienza con le Difese e le Parti, volta prima di tutto alla piu' completa ricostruzione dei fatti oggetto di causa, con lo svolgimento di attività istruttoria nei casi in cui sia veramente necessaria e per fatti realmente oggetto di contestazione (anche se il c.d. principio di non contestazione non era ancora apparso sulla scena giuridica), nel rispetto del fondamentale principio del contraddittorio, il tutto finalizzato ad una risoluzione, anche conciliativa, della controversia in grado di coniugare al meglio due esigenze fondamentali, e non facilmente conciliabili, quali quelle della " *qualità*" (intesa in senso ampio) e " *rapidità*" della decisione.

Si tratta di una idea e di una prassi per quegli anni (per quanto di mia esperienza) assolutamente innovative ed altrettanto (pur troppo) minoritarie.

In realtà si era in presenza, al contrario, di un modello magistratuale assolutamente innovativo e moderno, che precorreva i tempi e che conserva ancora oggi, a distanza di decenni, la sua assoluta attualità ed efficacia, tanto piu' in tempi in cui temo che il pendolo della Giustizia si stia spostando troppo e troppo pesantemente verso pur sacrosante esigenze di celebrità.

Quando, poi, successivamente e progressivamente ha avuto modo di conoscere meglio il Presidente De Luca, sia personalmente sia ovviamente attraverso la lettura dei suoi provvedimenti e dei suoi scritti, mi sono reso conto che alla base di tale modello vi era anche una *idea alta*" di Magistratura.

Quando parlo di *idea alta* non intendo riferirmi ad una idea *sacrale* o ieratica di Magistratura. La costante disponibilità e curiosità intellettuale dimostrate nel corso degli anni dal Presidente De Luca sono quanto di piu' lontano e antitetico a tale idea.

Ugualmente non intendo fare riferimento ad una idea puramente e freddamente tecnocratica (che pure mi pare si stia attualmente diffondendo) del mestiere del Magistrato.

Per il Presidente De Luca - ne sono sicuro- la professionalità del Magistrato ed il suo continuo aggiornamento sono valori fondamentali ma non autoreferenziali, essendo valori e strumenti indispensabili per pervenire ad una decisione " giusta" e " rapida", il che significa dire che sono tra i valori fondanti della legittimazione, della indipendenza e della autonomia del Magistrato.

Quando parlo di *idea alta* intendo fare riferimento ad una *idea civile* del mestiere del Magistrato.

E con questo intendo la consapevolezza (che anch'essa di sembra di assoluta attualità) che la attività del Magistrato, come intesa e praticata dal Presidente De Luca, ha, tanto piu' in tempi incerti e schiodati come quelli che viviamo, una concreta centralità non solo istituzionale ma anche, ulteriormente per non dire soprattutto, per la vita dei cittadini, per i loro fondamentali diritti e doveri, per il buon funzionamento delle Istituzioni, tanto piu' in settori *sensibili* come quelli del lavoro, della previdenza e della assistenza.

Il che significa (senza esagerazioni) una centralità per lo stesso buon funzionamento e miglioramento della nostra democrazia.

Queste idee guida e questo modello penso ci possano essere di aiuto anche per affrontare la normativa oggetto di questo Convegno.

Non intendo soffermarmi specificatamente sulle novità della normativa, sui problemi che comporta, sulle possibili interpretazioni, tanto piu' in presenza di due Relatori come quelli ch ci onorano della loro presenza che rappresentano il meglio del mondo della Università (e della Avvocatura) ed il meglio del mondo della Magistratura.

Non intendo meno che meno dare un giudizio di valore sulle nuova normativa, anche perchè non è mio compito e credo esuli anche dalle finalità di questo Convegno.

Consentitemi una sola osservazione, anche perchè la stessa credo che riguardi un problema piu' generale con il quale tutti - da molto e troppo tempo- ci dobbiamo confrontare, e con il termine tutti non intende fare riferimento solo a chi professionalmente si occupa di diritto ma anche e prima ancora ai cittadini, ai lavoratori ed alle imprese.

La scelta del nostro legislatore si è tradotta dal punto di vista sostanziale (e credo che su questo tutti possiamo convenire) su di una diversificazione delle fattispecie e su di una diversificazione delle tutele previste in caso di illegittimità (uso il termine in senso ampio) di tali fattispecie.

C'è - semplifico al massimo- la fattispecie del licenziamento discriminatorio (con le ipotesi per gravità ad esso equiparabili).

C'è la fattispecie del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo (licenziamento disciplinare), con estensione della disciplina al licenziamento ex art. 2110. 2° comma c.c. ed al licenziamento intimato, anche ai sensi degli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999 n. 68, per motivo oggettivo consistente nella inidoneità fisica o psichica del lavoratore.

C'è la fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

C'è la fattispecie del licenziamento affetto da c.d. vizi formali.

Per ciascuna di tali ipotesi prevede tutele differenziate, anche notevolmente sia con riferimento al ripristino del posto di lavoro sia con riferimento alla entità del risarcimento del danno.

Dal punto di vista processuale, la scelta del legislatore (ispirata certamente da un piu' che lodevole intento di rendere obbligatoria quella c.d. corsia preferenziale per la trattazione e decisione delle controversie in tema di licenziamenti che le prassi piu' virtuose di vari Uffici giudiziari avevano già di fatto introdotto) si è tradotta nella previsione di un modello processuale articolato in due fasi in primo grado, con un giudizio di secondo grado definito come reclamo, di non facile gestione pratica, anche alla luce, sempre in estrema sintesi, di una non facile identificazione delle controversie che devono essere azionate con tale rito; di un non facile raccordo tra le due fasi del primo grado e la fase del reclamo (id est appello); di una sostanziale incertezza in ordine alle conseguenze circa l'errore nella scelta del rito.

Tale scelta è stata tradotta (ed anche su questo credo che tutti possiamo convenire) in una tecnica legislativa caratterizzata dall'uso di espressioni che giustificano diverse se non contrapposte interpretazioni.

Solo per fare un esempio: insussistenza del fatto contestato per la fattispecie del licenziamento c.d. disciplinare; manifestata insussistenza del fatto per il licenziamento per g.m.o.; il potere discrezionale del Giudice previsto, senza criteri di specificazione, per il licenziamento per g.m.o.; la non chiara demarcazione dei confini dei vizi formali che possono inficiare il licenziamento; la identificazione delle controversie da azionare con il nuovo rito e di quelle, diverse, ma fondate sugli identici fatti costitutivi.

Tutto questo si sta traducendo, prevedibilmente, in una oggettiva incertezza interpretativa ed applicativa, testimoniata, appunto, dalle plurime interpretazioni delle norme che sono state elaborate e dalle prime divergenti decisioni giurisprudenziali, rendendo ulteriormente aleatorio l'esito dei relativi contenziosi.

Si tratta di una oggettiva incertezza di cui penso nessuno sentiva il bisogno e, temo, destinata ad introdurre ulteriori elementi di confusione in un settore quale quello dei licenziamenti che, al contrario, esige naturalmente, per gli interessi in gioco non solo economici, scelte il piu' possibile chiare e distinte, tradotte in concreto in norme e regole anch'esse il piu' possibile chiare e distinte.

Quello cui siamo chiamati -Magistrati, Professori, Avvocati- è un compito certamente difficile.

Penso che uno dei modi per affrontare al meglio tale incertezza e tali problematiche, sempre con il fine di pervenire a decisioni nel contempo rapide, giuste e qualificate sia -per quanto riguarda il mio mestiere di

Magistrato- proprio quello di dare attuazione concreta alle idee ed ai valori che hanno sempre ispirato la vita professionale del Presidente De Luca.

RELAZIONI

MATTIA PERSIANI
Prof. Emerito dell'Università di Roma "La Sapienza"

IL LICENZIAMENTO PER GIUSTA CAUSA O GIUSTIFICATO MOTIVO SOGGETTIVO: LIMITI AL POTERE DEL DATORE I LAVORO E ARTICOLAZIONE DELLE TUTELE

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Difficoltà. - 3. Le nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo. - 4. Evoluzione giusta causa. - 5. Auspicata fine della fiducia. - 6. Nozione di fatto. - 7. I limiti al potere del datore di lavoro. - 8. Le clausole generali. Necessità. Pericoli. Rimedi. - 9. Disciplina sindacale e controllo del giudice. - 10. Il quinto comma del riformato art. 18 della legge n. 300 del 1970 - 11. Casi particolari relativi alla disciplina sindacale. - 12. Articolazione delle tutele. - 13. L'entità della indennità risarcitoria. - 14. Dubbi sulla reintegra affidata al giudice nel licenziamento economico. - 15. Nel licenziamento economico, se il fatto esiste, non è prevista sanzione alternativa alla reintegra. - 16. Conclusioni.

1. - Quando ho accettato l'invito a tenere una relazione sul testo riformato dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori già c'erano le avvisaglie, ma non erano ancora palesi le difficoltà che avrei incontrato e l'impegno che sarebbe stato richiesto.

Soltanto quando ho cominciato a leggere e a prendere appunti per costruire la mia relazione, mi sono reso conto di cosa mi aspettava.

Un primo elemento era già noto. Mentre il testo originario dell'articolo 18 ben può essere scritto in una sola pagina, quello dell'articolo 18 riformato ne occupa almeno tre.

Non era ancora noto, però, il secondo e più grave elemento.

Ed infatti, nel 1970, immediatamente dopo l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori, apparve ed ebbe rapida diffusione lo splendido, ma agile, commento (appena 200 pagine) di Nino Freni e di Gino Giugni. Soltanto nel 1975, e cioè cinque anni dopo l'entrata in vigore di quella legge, apparve il primo organico commentario, curato da Ubaldo Prosperetti, in due volumi (per un totale di 1300 pagine).

La legge Fornero, invece, a distanza di meno di un anno dalla sua entrata in vigore e senza contare i numerosi articoli apparsi sulle riviste, ha

già dato luogo a numerosi ed importanti commentari che, messi di piatto gli uni sugli altri, superano sicuramente il mezzo metro.

E a questi si aggiungerà, tra pochi giorni, un nuovo commentario quello diretto da Stefano Liebman e da me.

Per contro, c'è anche un elemento positivo. A differenza di quanto era accaduto, a suo tempo, per lo Statuto dei lavoratori, gli articolati e complessi commenti della riforma Fornero non sono redatti soltanto dai professori e, cioè, dalla giurisprudenza teorica, ma anche da numerosi ed autorevoli magistrati che sono sicuro apporteranno il fondamentale contributo della loro esperienza.

2. - I commenti al testo riformato dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori forniscono una serie ampia e, al tempo stesso, articolata e complessa di contributi quasi sempre illuminanti, spesso suggestivi e, comunque, idonei a suscitare attenta riflessione.

Stimolanti perché, come spesso accade per il diritto del lavoro, molti di loro sono orientati in un senso o nell'altro.

Se mai, è da dire che è stata già annunciata, in sede politica, l'intenzione di riformare la riforma Fornero che ha avuto il merito di soddisfare nessuno. E allora tutti i contributi diventeranno cartaccia.

In queste condizioni, non era consentito porsi come obiettivo (e, comunque, non ero in grado di proporvi) una relazione che si occupi di temi centrali della riforma (come sono i limiti al potere del datore di lavoro e, per converso, al potere dei giudici, l'articolazione delle tutele) offrendo soluzioni basate su solide argomentazioni giuridiche.

Il più che si poteva correttamente fare, e che ho tentato di fare, era di proporvi una relazione che, riprendendo, per così dire, le soluzioni che già erano state date a problemi tradizionali, ne verificassi la validità attuale alla luce delle nuove disposizioni.

Quasi a voler segnalare, cioè, le possibili continuità con l'esperienza passata.

3. - E, così, le mosse possono essere prese dalle nozioni di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo.

A prima vista, sul punto c'è poco da dire. I commentatori, infatti, sono unanimi nel ritenere che la legge Fornero non ha modificato (direi per fortuna) le nozioni di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo.

Quelle nozioni, quindi, sono rimaste così come erano state rispettivamente definite dall'art. 2119 Cod. Civ. e dall'art. 3 della legge n. 604 del 1966. Ciò

significa che possono continuare ad essere utilizzati gli importanti punti di riferimento forniti da una elaborazione teorica e giurisprudenziale importante perché pluridecennale e che, nel complesso, sono affidabili.

Ed è questa ragione per cui mi sembra ci sia poco da dire sulla nozione di “*giustificato motivo soggettivo*”.

Molto probabilmente, però, non è così, per il “*giustificato motivo oggettivo*” sia per la continua evoluzione delle situazioni che determinano le vicende dell’impresa e per l’estrema varietà dei modi con i quali quelle vicende si verificano onde sono richiesti continui aggiornamenti dell’elaborazione che si è venuta formando.

Tornando al giustificato motivo soggettivo, è a tutti noto che l’espressione “*obblighi contrattuali del prestatore di lavoro*” è inequivocabile. Ed infatti, fin dall’inizio, non ha posto problemi interpretativi nonostante quell’espressione avesse posto, rispetto al passato, un confine nuovo, rigoroso, quanto necessario, limitando, appunto, la rilevanza degli inadempimenti a quelli “*contrattuali*”.

Se mai, l’espressione “*notevole*” suscitò qualche problema. Ma possediamo, oramai, indicazioni precise sia nel confronto di quell’espressione con l’“*inadempimento di non scarsa importanza*” (art. 1455 Cod. Civ.) sia nel confronto con l’“*inadempimento di notevole importanza tale da menomare la fiducia nell’esattezza dei successivi inadempimenti*” previsto nella disciplina della somministrazione di cose (art. 1564 Cod. Civ.).

4. - Lo stesso dovrebbe dirsi, a ben vedere, con riguardo alla nozione di “*giusta causa*” rispetto alla quale anche la legge Fornero non ha apportato alcuna modifica.

Anzi, essendo contenuta nel Codice del 1942, quella nozione gode di una elaborazione, giurisprudenziale e dottrinarina, maturata in poco più (ma è tanto) di settanta anni.

Senonché, un’attenta dottrina (TREMOLADA), commentando la legge Fornero, ha riproposto una tesi che avevo formulato nel lontano 1971 e, cioè, proprio all’indomani dell’entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori.

A quanto mi risulta, quella tesi era rimasta del tutto inascoltata. Unica condivisione, non so se consapevole, è venuta da un’isolata sentenza del

Pretore di Genova che ebbi occasione di leggere, su *Il diritto del lavoro*, oramai tanto tempo fa e, più recentemente, da quella che mi sembra un'isolata dottrina (PISANI).

Trattasi della tesi secondo la quale, essendo il giustificato motivo soggettivo limitato all'inadempimento degli obblighi contrattuali, anche la giusta causa, per coerenza, sarebbe oramai costituita esclusivamente da un inadempimento agli obblighi contrattuali.

Pertanto, tra giusta causa e giustificato motivo la differenza sarebbe soltanto quantitativa.

Questa tesi è stata ora ripresa sotto il profilo che la riforma dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 ha ricondotto anche il licenziamento per giusta causa alla nozione di licenziamento disciplinare (GALARDI) con conseguente necessaria applicazione anche alla giusta causa del principio di proporzionalità (art. 2106 Cod. Civ.) che, non a caso, si limita agli inadempimenti contrattuali in quanto è esplicitamente riferito alle "*infrazioni*" e all'"*inosservanza*" e, cioè, all'inadempimento agli obblighi previsti dagli artt. 2104 e 2105 Cod. Proc. Civ..

Tremolada ha ragione.

Oltretutto, la disciplina attualmente vigente ha assimilato la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo avendoli intesi tutti e due come inadempimenti. Ne consegue che, se "*giusta causa*" non fosse soltanto inadempimento, mancherebbe del tutto una disciplina per quel licenziamento per giusta causa che non sia motivato da inadempimento. Nessuna legge, infatti, prevede quella disciplina, né prevede le conseguenze di quel licenziamento.

Senonché, a suo tempo, la tesi della necessaria evoluzione della nozione di "*giusta causa*" mi venne suggerita da altre, e diverse, considerazioni.

Mi venne, cioè, suggerita dalla considerazione che, per la prima volta, il legislatore dello Statuto aveva avvertito con vigore l'esigenza di limitare i poteri unilaterali del datore di lavoro e, in particolare, il potere di licenziamento.

Esigenza di limitare quei poteri che, in base al canone della totalità ermeneutica per il quale ogni nuova legge influisce anche sulla comprensione dell'intero ordinamento precedente, si imponeva, e si impone, anche in sede di interpretazione delle preesistenti disposizioni della legge.

Ne deriva che l'art. 3 della legge n. 300 del 1970 influisce inevitabilmente anche sull'interpretazione dell'art. 2119 Cod. Civ..

Orbene, dottrina e giurisprudenza insegnavano, e insegnano che, sulla base della formulazione del testo dell'art. 2119 Cod. Civ. (che usa l'espressione "*causa*") e per effetto della modificazione che quella disposizione aveva apportato all'art. 9 della legge sull'impiego privato (r.d. n. 1825 del 1924) a mente del quale giusta causa era la "*grave mancanza*", l'interpretazione da dare all'art. 2119 Cod. Civ. è nel senso che la "*giusta causa*" di licenziamento non è costituita soltanto dall'inadempimento del lavoratore agli obblighi contrattuali, ma anche da ogni altra causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto.

Pertanto, si ritiene, e si riteneva, che anche fatti o situazioni diverse dall'inadempimento e, soprattutto, inadempimenti del lavoratore ad obblighi diversi da quelli che derivano dal contratto di lavoro, possono legittimare il recesso per giusta causa.

Orbene, il legislatore del 1966, prevedendo che soltanto il notevole inadempimento agli obblighi contrattuali del lavoratore possa giustificare il recesso con preavviso, ha posto necessariamente lo stesso limite anche al recesso senza preavviso e, cioè, per giusta causa, dovendosi ritenere che, oramai, anch'esso è consentito soltanto per gli stessi motivi che consentono il licenziamento con preavviso.

Pertanto, la giusta causa può consistere soltanto in un inadempimento agli obblighi contrattuali del lavoratore così grave da non consentire nemmeno la continuazione provvisoria del rapporto.

Simmetria che si giustifica anche con ciò che l'effetto del licenziamento consiste, sempre e comunque, nella perdita del posto rispetto alla quale la perdita del preavviso (soprattutto da quando la giurisprudenza ne ha ulteriormente diminuito l'effettività ritenendone alternativo il godimento rispetto all'indennità di mancato preavviso) comporta un danno assai minore.

Pertanto, se il licenziamento comporta sempre la perdita del posto, è irrazionale che tra giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento esista una differenza qualitativa che finisce per assegnare rilevanza alla fiducia.

La fiducia, infatti, non è idonea a rendere conto della *ratio* che ispira i limiti al recesso del datore di lavoro; *ratio* desumibile da ciò che il diritto

al lavoro è un valore costituzionale e che il licenziamento, per giustificato motivo o per giusta causa, comporta sempre la perdita del posto di lavoro.

Pertanto, la giusta causa come il giustificato motivo soggettivo non possono consistere nella perdita di fiducia onde, la differenza è soltanto quantitativa e tutto dipende dalla gravità dell'inadempimento.

5. - Orbene, questa interpretazione della formula dell'art. 2119 Cod. Civ. mi convinse soprattutto perché consentiva di eliminare quello spazio di discrezionalità, del tutto emozionale e *praeter legem*, che i giudici hanno continuato a riservarsi quando

a) da un lato, finiscono per attenuare i confini tra giustificato motivo soggettivo e giusta causa in ciò agevolati:

aa) dalla prassi secondo la quale i datori di lavoro, per riservarsi un vantaggio nell'inevitabile trattativa che segue al recesso, licenziano, comunque, senza preavviso e, cioè, per giusta causa;

bb) dalla prassi di convertire il licenziamento per giusta causa in licenziamento con preavviso;

b) e, d'altro lato e di conseguenza, continuano a giustificare anche i licenziamenti per giustificato motivo soggettivo dando rilevanza, in un modo o nell'altro, alla fiducia del datore di lavoro.

Trattasi di prassi ambigue perché, a ben vedere, hanno riguardo ad inadempimenti che, per definizione, non sono notevoli. Ed infatti, lo sarebbero soltanto perché avrebbero fatto venir meno la fiducia del datore di lavoro nei futuri adempimenti.

Orbene, questo tipo di motivazione consiste in un giuoco di parole perché, soltanto in apparenza, sembra che si continui ad assegnare rilevanza all'inadempimento del lavoratore agli obblighi contrattuali, ma, nella sostanza, è soltanto il venir meno della fiducia a giustificare il licenziamento.

Né una qualche legittimazione può derivare dalla circostanza che la legge, per definire l'inadempimento che consente la risoluzione della somministrazione di cose (art. 1564 Cod. Civ.), fa riferimento, appunto, alla fiducia nei confronti dei futuri inadempimenti. Questa disposizione, infatti, non può essere applicata, per analogia, al licenziamento perché, somministrazione di cose e prestazione di lavoro subordinato, non sono casi simili

né possono essere considerati materie analoghe (art. 13 disp. prel. Cod. Civ.).

Ed infatti, nella somministrazione di cose, trattandosi, appunto, di un contratto che ha oggetto “cose”, non vengono in considerazione i valori costituzionali che caratterizzano, invece, il contratto di lavoro in quanto, nella sua esecuzione, è implicato l'uomo che lavora.

Peraltro, il riferimento alla fiducia non è idoneo a costituire un ragionevole limite al potere di licenziare e, al tempo stesso, non è idoneo a garantire la certezza del diritto.

Soprattutto, il riferimento alla fiducia consente al giudice un inammissibilmente eccessivo spazio di discrezionalità valutativa. Al riguardo è indicativa la motivazione di una sentenza della Corte di Cassazione di Milano del 13 settembre 1892 (poco più di centoventi anni fa) che, però, potrebbe essere scritta ieri.

Sentenza, riportata con un commento adesivo, da Ludovico Barassi nella seconda edizione de *Il contratto di lavoro* (II, pag. 830) e secondo la quale, se la fiducia viene meno, viene meno il fondamento di tutto il rapporto di lavoro senza bisogno che ne siano addotte le ragioni “*imperochè la fiducia è un quid imponderabile è il portato di impressioni che l'animo ricava da circostanze diverse, per avventura vanghe e mal definite e apprezzate, ma che*” ... “*non cessano così dal determinare un senso di antipatia e di avversione verso le persone cui si riferiscono, sentimento che, da solo anche se errato, basta giustificare la sfiducia la quale perciò non potendo essere materialmente conterminata, neppure può essere costretto chi la subisca ad indicare, e meno che mai materialmente provare, le circostanze che quel sentimento di lui avrebbero generato*”.

In conclusione, dunque, soltanto a voler seguire la tesi, direi, recentemente ripresa è possibile ritenere che la legge Fornero rinnova e conferma la possibilità di sostenere un'interpretazione più rigorosa dell'art. 2119 Cod. Civ..

6. - Peraltro, è noto come un'ampia discussione si è aperta in dottrina in ordine al significato che deve essere attribuito all'espressione “*fatto*” contenuta sia nel quarto che nel settimo comma del riformato art. 18 della legge n. 300 del 1970.

Quella discussione, tuttavia, non ha riguardato, nemmeno indirettamente, la nozione di giusta causa e quella di giustificato motivo che, come già cennato, non sono state modificate, salvo quanto poc'anzi riferito con riguardo alla fiducia, dalla riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Ciò perchè, il legislatore della riforma ha utilizzato il termine "*fatto*" soltanto al fine di individuare in quali casi il giudice deve, o può, ordinare la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato.

Pertanto, la netta impressione è che quella discussione, da un lato, è, a ben vedere, oziosa, se non sterile, d'altro lato, poteva essere agevolmente evitata.

Discussione che sembra sterile sol che si consideri che:

a) nel licenziamento disciplinare la reintegrazione può essere disposta indipendentemente dall'esistenza, o no, del fatto contestato e, cioè, anche nel caso in cui, per l'infrazione contestata, la disciplina sindacale preveda soltanto una sanzione conservativa (e l'impressione che questo sarà il caso di più frequente verifica);

b) nel licenziamento economico, dovendo essere rifiutata l'ardita proposta di leggere l'espressione "*può*" come se fosse "*deve*", la reintegrazione è, oramai, condizionata esclusivamente alla discrezionalità del giudice sulla quale avremo modo di tornare.

Per contro, quella discussione avrebbe potuto essere agevolmente evitata perché nel licenziamento disciplinare si deve tener conto che, quando si intende il "*fatto*" come "*fatto giuridico*", si postula inevitabilmente che il giudice dovrebbe eseguire una doppia valutazione.

Una prima valutazione per accertare se ricorrono, o no, gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo e, per questa valutazione, esistono i criteri (art. 2119 Cod. Civ. e art. 3 legge n. 604 del 1966).

Una seconda valutazione per accertare, secondo la tesi criticata, se il fatto esiste nella sua qualificazione giuridica. Ma, allora, quali sono i criteri da utilizzare per eseguire questa seconda valutazione? Non ha senso che siano gli stessi già utilizzati per la prima e, allo stesso modo, non ha senso fare affidamento, posto che i criteri mancano, ancora una volta, ad una discrezionalità del giudice inammissibilmente ampia.

Risultato, dunque, poco convincente.

Nel licenziamento economico, senza esulare dal tema, direi soltanto che l'espressione "*fatto*" non pone tanto il problema di sapere se deve essere intesa in senso giuridico o in senso materiale.

Pone, soprattutto, il problema di sapere quale sia il suo significato una volta che di "*fatto*" si parla con riferimento alla nozione di giustificato motivo oggettivo. Questa nozione, infatti, è costruita dalla legge in termini di

“ragioni” e, quindi, più che da fatti è composta da valutazioni e, addirittura, da previsioni. Basti pensare alla rilevanza che è stata assegnata in molte sentenze alla prevedibile durata della crisi.

7. – Venendo, ora, a fare cenno dei limiti al potere di recesso del datore di lavoro deve essere subito osservato che, da un punto di vista formale, essi restano definiti soprattutto per effetto delle nozioni di giusta causa e di giustificato motivo che restano, come già riferito, confermate.

E’ stato, però osservato che i poteri del datore di lavoro sarebbero incrementati a ragione di ciò che, stante la pluralità di sanzioni previste a seconda del vizio che affligge il licenziamento, il datore di lavoro, scegliendo la causale del licenziamento, avrebbe il potere di condizionare la sanzione applicabile per il caso in cui il licenziamento risultasse illegittimo.

Il timore, però, mi sembra eccessivo.

Eccessivo, in primo luogo, perché avvertito con riguardo ad ipotesi marginali dovendosi ritenere che, nella regola, il datore di lavoro, quando si decide a licenziare, si preoccupa, se mai, di costruire motivazioni idonee a resistere alla inevitabile contestazione del lavoratore licenziato.

Eccessivo, in secondo luogo perché, a ben vedere, sembra quasi che il legislatore abbia previsto quell’inconveniente e approntato qualche rimedio in quanto:

a) il primo comma del riformato art. 18 della legge n. 300 del 1970, consente al giudice, nel caso di licenziamento ritorsivo, di intervenire “*independentemente dal motivo formalmente addotto*”;

b) il sesto comma del riformato art. 18 della legge n. 300 del 1970 consente al giudice, nel caso di licenziamento illegittimo per carenza di motivazioni, di applicare, se il lavoratore lo domanda, le più gravi sanzioni di cui ai commi quarto, quinto o settimo e, cioè, le sanzioni previste per il licenziamento non giustificato;

c) il settimo comma del riformato art. 18 della legge n. 300 del 1970, nel caso di licenziamento per inidoneità del lavoratore, superamento del periodo di comporta e per giustificato motivo oggettivo consente al giudice su domanda del lavoratore di applicare le tutele previste per il licenziamento discriminatorio.

Ne deriva che l'individuazione della sanzione applicabile non dipende dalla motivazione del licenziamento (SPEZIALE, M.T. CARINCI, MARESCA, CESTER, *contra* MARAZZA) che costituisce soltanto un punto di partenza per l'attività del giudice (SPEZIALE). La sanzione, infatti, dipende dalla motivazione del licenziamento che il giudice ha accertato essere quella reale.

Da un punto di vista sostanziale, invece, si può ritenere che i poteri del datore di lavoro siano stati incrementati soltanto perché, essendo la soluzione risarcitoria stata prevista per la maggior parte dei casi, il datore di lavoro ha il potere di estinguere, comunque, il rapporto di lavoro senza gravi conseguenze. Ciò è sufficiente a far ritenere che la legge abbia esaltato il principio dell'autorità aziendale.

8 - Il problema, se mai, è che i limiti al potere di recesso del datore di lavoro continuano ad essere ancora definiti facendo ricorso, come ha fatto da sempre il nostro legislatore, a clausole generali.

Facendo ricorso, cioè, come, appunto, accadde nella formulazione dell'art. 2119 Cod. Civ. ed è accaduto per l'art. 3 della legge n. 604 del 1966 a "*clausole generali*" o, se si preferisce, a "*disposizioni elastiche*", a "*norme aperte*" o a "*norme di contenuto generale*".

In questa sede conviene evitare i problemi teorici, che pure sono stati posti (MAZZOTTA, FERRARO, NOGLER) in ordine alla questione di sapere: a quale tipo queste disposizioni possono essere ricondotte; se sono riconducibili allo stesso tipo; quali sono le caratteristiche di quei tipi.

In questa sede, infatti, interessa sottolineare che, da un lato, la tecnica legislativa adottata indipendentemente da come possa essere definita, elimina i difetti propri di ogni disposizione analitica.

Ed infatti, poiché la realtà ha più fantasia del legislatore, questo non potrà mai prevedere tutte le possibili situazioni destinate a verificarsi in concreto, mentre una disposizione analitica non potrà, mai, essere continuamente e tempestivamente aggiornata per tener conto della costante evoluzione della realtà sociale.

D'altro lato, però, quella tecnica ha posto, da sempre, il problema di garantire la massima oggettività possibile alla decisione del giudice e,

soprattutto, il problema dei modi in cui può essere verificata la correttezza della decisione che a quella tecnica abbia dato concreta applicazione.

Ed infatti, il giudice quando applica una disposizione del tipo di quella che prevede una clausola generale, non decide, come avviene di solito, confrontando una fattispecie concreta alla fattispecie normativa astratta. Ed infatti, la legge lo chiama a decidere facendo affidamento soltanto alla sua sensibilità, alla sua prudenza, e al suo buon senso.

L'inevitabile conseguenza è il rischio di un decisionismo giudiziario che tolga certezza al diritto e, quindi, crei più problemi di quanti non ne consente di risolvere.

Del resto, consentire che il giudice decida esclusivamente sulla base delle sue personali valutazioni, a ben vedere, contrasta, in via di principio, con ogni civiltà giuridica e soprattutto contrasta, in concreto, con l'art. 101 Cost. che vuole il giudice soggetto alla legge.

Ed è noto che queste preoccupazioni sono state avvertite, più o meno a ragione, proprio nei confronti dei giudici del lavoro.

E' così accaduto che un legislatore preoccupato di evitare che i giudici eccedano limiti della loro discrezionalità, ma che potrebbe apparire anche poco fiducioso della loro prudenza, aveva già disposto, con il primo comma dell'art. 30 della legge n. 183 del 2000 (reiterato con la legge 276 del 2003), che il giudice, quando decide sul corretto esercizio dei poteri unilaterali del datore di lavoro, debba limitarsi all'accertamento dei presupposti di legittimità senza poter sindacare il merito delle valutazioni di competenza del datore di lavoro.

Con il terzo comma di quella stessa disposizione il legislatore aveva anche disposto che il giudice, quando è chiamato a valutare la legittimità del licenziamento, debba *“tener conto delle valutazioni accolte dall'autonomia sindacale”*.

Pertanto, il riferimento alle valutazioni dell'autonomia sindacale trova una ragion d'essere in quanto fornisce un punto di riferimento per il corretto esercizio del potere giudiziario.

Al tempo stesso, la dottrina, in presenza di clausole generali e di norme aperte o elastiche, aveva avvertito, da tempo, in termini generali l'esigenza di garantire il corretto esercizio del potere giudiziario.

Quella dottrina ha, infatti, ritenuto che quella esigenza può essere adeguatamente soddisfatta soltanto a condizione che il giudice possa utilizzare un catalogo di tipi normali di comportamento e, cioè, possa utilizzare *standards* valutativi socialmente accettati che forniscano linee direttive e criteri orientativi per la ricerca della decisione corretta.

E' stato, infatti, ritenuto che soltanto il riferimento a quegli *standards* eviterebbe il pericolo di decisioni basate esclusivamente su apprezzamenti soggettivi, come tali non controllabili.

Fatto è, però, che con riguardo all'esercizio dei poteri unilaterali del datore di lavoro non è possibile individuare "tipi normali di comportamento" dotati di una qualche tipicità sociale.

Ciò perché, l'organizzazione tecnica del lavoro non corrisponde a modelli costanti per la semplice, ma determinante, ragione che, come avvertiva già Gino Giugni, nel 1963 che quando dalla postulazione astratta si passi a valutare la realtà quale si svolge sotto i nostri occhi:

"le esigenze espresse dall'organizzazione del lavoro, assumono le tonalità più malcerte e sfumate. Ne deriva che, non essendo possibile tipizzare le esigenze dell'impresa, è da escludere la possibilità di valutazioni in ordine alla bontà del giudizio tecnico, alla sua congruità effettiva rispetto ai fini perseguiti o alla sua riferibilità rispetto ad altre soluzioni alternative".

Non assegnerai, invece, importanza alla nuova disposizione del comma quarantatreesimo del riformato art. 18 della legge n. 300 del 1970 che consente di ricorrere per cassazione avverso la sentenza del giudice di merito che abbia sindacato il merito delle scelte che hanno presieduto all'esercizio dei poteri unilaterali del datore di lavoro.

Quella disposizione, infatti, ha una valenza esclusivamente processuale e non comporta, come, invece, è stato ritenuto (TOMIOLA), un limite ai poteri del giudice che sono, e restano, quelli già previsti. Sono soltanto aumentati gli strumenti per reazione alla loro violazione.

9. - Anche la disciplina sindacale pone, quindi, limiti al potere di recesso del datore di lavoro.

Limiti efficaci soprattutto perchè costituiscono necessari punti di riferimento per il giudice che deve controllare la legittimità del licenziamento (SPEZIALE).

Si pone, però, il problema di sapere se il giudice debba applicare incondizionatamente la disciplina sindacale ovvero se abbia, o no, a sua volta, un potere di controllo dei punti di riferimento forniti dalla disciplina sindacale.

Controllo determinante perché la disciplina sindacale assolve a due funzioni tra loro connesse, da un lato, fornisce un punto di riferimento per l'accertamento dell'esistenza in concreto di una giusta causa o di un giustificato motivo, d'altro lato, condiziona la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato.

Orbene, a mio avviso un controllo del giudice sulla disciplina sindacale è legittimato, e anzi reso inevitabile, dalla necessaria applicazione del principio di proporzionalità (art. 2106 Cod. Civ.) principio che si impone anche alla disciplina sindacale.

Peraltro, il principio di proporzionalità, se pure dettato in materia disciplinare, deve essere considerato principio di carattere generale rispondendo ad esigenze di civiltà giuridica.

Non comprendo, infatti, le ragioni per cui è stata esclusa la rilevanza di quel principio sol perché nel corso dei lavori parlamentari è stato tolto il riferimento "legge". Quel principio non solo si imporrebbe anche se non fosse previsto, ma si impone, comunque, perché l'art. 2106 Cod. Civ. non è stato abrogato (SPEZIALE).

D'altro lato, e venendo al merito della questione, il controllo del giudice è necessario perché ho sempre ritenuto e continuo a ritenere che l'autonomia sindacale non possa legittimamente disporre del diritto che la legge ha attribuito ad ogni singolo lavoratore, quando ha stabilito che il licenziamento non può avvenire che per giustificato motivo o per giusta causa (art. 1 della legge n. 604 del 1966) e quando ha previsto le condizioni per la reintegra.

Ciò significa che la disciplina sindacale, sia che fornisca soltanto un punto di riferimento per accertare l'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, sia che ad essa il giudice debba aver riguardo ai fini di disporre la reintegra, non può disporre del diritto che la legge attribuisce a ciascun lavoratore.

Pertanto, se la disciplina sindacale riduce quel diritto, il giudice deve evitare di dare ad essa applicazione, se non altro perché *ultra vires* in quanto non si è limitata a specificare la nozione legale di giustificato moti-

vo soggettivo o di giusta causa, ma ha esteso e diminuito la tutela prevista dalla legge. Ha, cioè, variato il punto di equilibrio stabilito dal legislatore.

Se mai, deve essere ricordato come la dottrina, specialmente dopo la riforma, già abbia più volte avvertito che la disciplina sindacale non sempre è idonea ad assolvere le funzioni tradizionalmente affidate dalla giurisprudenza e le nuove funzioni affidate ora dal legislatore.

Sembra, infatti, che, nel passato, la tendenza delle parti sindacali sia stata quella di attribuire scarso interesse e scarsa considerazione alla parte dei contratti collettivi che regola la materia disciplinare, forse per le difficoltà che si incontrano a prevedere tutte le infrazioni tipiche di un settore e a prevederne le varianti e, forse, per effetto della scarsa considerazione quella parte in cui era stata tenuta dai giudici.

Scarsa considerazione che ha avuto come conseguenza che, troppo spesso, la disciplina dei contratti collettivi che regola materia disciplinare è insoddisfacente nel senso che non è idonea a fornire sicuri punti di riferimento per la decisione del giudice.

Troppo spesso, infatti, quella disciplina si limita a previsioni di carattere generale e, quindi, di scarsa utilità per la decisione del caso concreto, ovvero, risente della vischiosità che caratterizza i rinnovi contrattuali. Rimane, così, legata a concezioni antiquate con riguardo a comportamenti dei lavoratori che, a ben vedere, non costituiscono inadempimenti agli obblighi contrattuali tant'è che esprime riprovazione moralistica (in termini, quindi, di fiducia e non di oggettiva gravità) nei confronti di comportamenti dei lavoratori ritenuti sintomi di indole aggressiva o di abitudini riprovevoli.

Valga l'esempio della rissa, anche quando non avviene in presenza del pubblico, o delle assenze del lunedì, oggetto di tradizionale riprovazione verso quelle che, una volta, erano le sbornie domenicali, ma che, oramai, possono essere determinate da anche innocenti disordini domenicali.

Resta che, l'indeterminatezza o l'inattualità della disciplina sindacale in materia disciplinare conferma l'opportunità di confermare l'affidamento ai giudici di poteri di controllo sulla disciplina sindacale.

Del resto la giurisprudenza, da un lato, ha saputo specificare le nozioni legali di giusta causa e di giustificato motivo inventando criteri che hanno consentito di dare costante applicazione al principio di proporzionalità.

D'altro lato, ha saputo soprattutto adeguare la decisione alle variabili caratteristiche di ogni singolo caso concreto utilizzando criteri ignoti alla disciplina sindacale come quelli che assegnano distinta rilevanza all'elemento soggettivo ed all'elemento oggettivo del comportamento del lavoratore o, addirittura, al *dolus bonus*.

10. - Le considerazioni fin qui svolte, da un lato, rendono ragione di ciò che la fattispecie prevista dal quarto comma è la seguente:

a) non ricorrono estremi di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo;

b) il fatto contestato esiste (o no);

c) mentre la disciplina sindacale non ha previsto il licenziamento per quel fatto ovvero ha previsto una sanzione conservativa che, però, risulta, nel caso di specie, non proporzionata (art. 2106 Cod. Civ.).

Ne consegue reintegra e indennità attenuata.

D'altro lato, rendono ragione anche del necessario controllo del giudice sulla disciplina sindacale che, applicato il principio di proporzionalità, può risultare troppo rigorosa o troppo permissiva.

A che serve, allora, il quinto comma che prevede e regola le “*altre ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro*”?

C'è chi ha ritenuto il quinto comma, che prevede solo un'indennità risarcitoria, costituirebbe la regola nelle sanzioni del licenziamento illegittimo, mentre il quarto, che prevede la reintegra, costituirebbe l'eccezione o viceversa. Questa, però, è una lettura che presuppone una concezione politica antropomorfa del legislatore. Ma un conto è l'*intenzione* del legislatore e un conto è *ratio legis*.

Determinante non è la prima perché la regola deve essere dedotta esclusivamente dalla legge nel suo significato obiettivo.

Il quinto comma, quindi, anche per la sua formulazione (“*nelle altre ipotesi*”), è norma di chiusura rispetto al quarto.

Qual'è un'altra ipotesi? Non possono essere vizi procedurali sia per la formulazione (accerta che *non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa*) sia perché quei vizi sono previsti dal sesto comma.

Ed allora la fattispecie del quinto comma (indennità senza reintegra) potrebbe essere quella in cui:

a) non ricorrono gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo;

b) il fatto contestato esiste dato che, se non esiste, si applica il quarto comma;

c) la disciplina sindacale ha previsto per quell'inadempimento il licenziamento, ma il giudice, nel caso concreto, non ha considerato proporzionata la sanzione espulsiva (art. 2106 Cod. Civ.) (SPEZIALE, GALARDI).

11. – Resta che, le altre ipotesi di cui al quinto comma non sono quelle in cui la disciplina sindacale non sia applicabile al datore di lavoro perché questo non è iscritto al sindacato stipulante.

Non sono nemmeno, però, le ipotesi rare, in cui il contratto collettivo applicabile non contenga una disciplina della materia disciplinare o quelle, ancor meno frequenti, nelle quali addirittura manchi una disciplina sindacale del settore.

Orbene, nel primo di quei casi, il giudice, a mio avviso, ben può, ed anzi deve, comunque, assumere come punto di riferimento delle sue valutazioni la disciplina dettata dal contratto collettivo che, se il datore di lavoro fosse iscritto al sindacato stipulante, sarebbe stato applicabile.

Il contratto collettivo, infatti, ancorché non applicabile, deve essere preso dal giudice a punto di riferimento delle sue decisioni perché non cessa di assolvere a quella funzione: basti pensare alla giurisprudenza che ha dato immediata applicazione al principio della retribuzione sufficiente, come, nel nostro caso, darebbe applicazione al principio di proporzionalità.

Diversamente sarebbe da dire, sempre a mio avviso, negli altri due casi e, cioè, nei casi in cui manchi una disciplina sindacale della materia disciplinare perché non prevista dal contratto collettivo applicato ovvero manchi un contratto collettivo del settore.

Orbene, in questi ultimi casi, a ragione della indeclinabile natura di atti di privata autonomia, ancorché collettiva, che deve essere assegnata ai contratti collettivi di diritto comune, ho sempre ritenuto debba essere esclusa la possibilità di procedere ad una loro applicazione analogica.

Opinione che dovrebbe essere rinforzata quando si tratta di sanzioni disciplinari e, tra queste, di licenziamento disciplinare.

Ciò perché, qui la disciplina sindacale viene in rilievo soprattutto ai fini dell'applicazione del principio di proporzionalità e, quindi, deve fornire punti di riferimento per la decisione del giudice con riguardo: alle concrete situazioni determinate dalle caratteristiche delle aziende che operano nei vari settori se non anche delle caratteristiche delle singole aziende.

Senonché, è necessario evitare l'assurdità delle conseguenze che deriverebbero dal ritenere che, ogni volta non esista un contratto collettivo o manchi alla disciplina sindacale della materia disciplinare, il giudice non disporrebbe di punti di riferimento per accertare l'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo o, peggio, per disporre la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato.

Pertanto, in mancanza di meglio, riterrei consentito al giudice far riferimento, comunque, alla contrattazione collettiva.

12. - A questo punto, resterebbe da dire dell'articolazione delle tutele e, cioè, resterebbe da affrontare la materia nella quale più vistose sono state le modifiche introdotte dal legislatore della riforma e più intense le critiche.

Senonché, deve essere subito fatto presente che, a ben vedere, la maggior parte delle tante, e molte volte efficaci e puntuali, considerazioni formulate dai commentatori, con riguardo all'articolazione delle tutele attengono o al tentativo di risolvere in qualche modo i nodi interpretativi determinati da una inadeguata formulazione del testo della legge ovvero alla critica delle soluzioni adottate dal legislatore nel momento in cui ha ridotto i casi in cui è prevista la reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore illegittimamente licenziato, per effetto della sproporzione delle sanzioni tra piccole e grandi imprese (GALARDI) o per gli imprevisi riflessi sulla prescrizione dei crediti di lavoro.

Problematica che assume rilevanza diversa e comporta soluzioni diverse a seconda che venga considerata nell'ottica limitata della stessa legge che la suscita, ovvero nell'ottica dell'ordinamento giuridico generale.

Pertanto, considerato, da un lato, il numero e la profonda diversità delle sanzioni previste per il caso in cui il licenziamento sia illegittimo e, d'altro lato, la stessa difficoltà di individuare correttamente distinguendoli tra loro, i vizi per i quali sono applicabili le singole sanzioni, devo ritenere che, a voler evitare considerazioni riguardanti le scelte di politica legislativa che hanno presieduto al regime delle sanzioni, non sia consentito in questa sede affrontate analiticamente la problematica ora accennata.

Mi limiterei, allora, a due considerazioni.

13. - La prima considerazione comporta venga prospettato un ulteriore sospetto di illegittimità costituzionale; ulteriore rispetto a quelli che già sono stati formulati dai primi commentatori.

Sospetto che deve essere formulato nei confronti delle disposizioni della legge che determinano l'ammontare dell'indennità risarcitoria nel modo che segue:

a) il quarto comma del riformato articolo 18 prevede e quell'indennità non possa essere superiore a 12 mensilità della retribuzione globale di fatto,

b) il quinto comma di quella disposizione prevede che l'indennità commisurata, come minimo, a 12 mensilità e, come massimo, a 24 mensilità della retribuzione globale di fatto;

c) il sesto comma prevede un'indennità tra un minimo di 6 mensilità e un massimo di 12 mensilità della retribuzione globale di fatto.

Orbene, da un lato, ben si può sospettare che queste disposizioni attribuiscono un'eccessiva discrezionalità al giudice.

Ed infatti: al secondo comma del riformato art. 18 della legge n. 300 del 1970 è posto esclusivamente il limite minimo (5 mesi) dell'indennità risarcitoria, ma non sono indicati i criteri che devono presiedere alla quantificazione; al quarto comma, invece, è posto soltanto il limite massimo (12 mesi) ancora una volta senza indicati i criteri di quantificazione; infine, al quinto e al settimo comma non sono indicati i criteri e al sesto soltanto è richiesta al giudice una “*specifica motivazione*” (quasi che negli altri casi non sia richiesta).

Ma v'è di più.

Il sospetto di legittimità costituzionale è, d'altro lato, avvertito anche perché:

a) da quell'indennità deve essere dedotto l'*aliunde perceptum*, se non l'*aliunde percipiendum*,

b) e rispetto al regime previgente prende luogo non solo della reintegrazione, ma anche di un risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni che sarebbero spettate per l'intero periodo che va dal licenziamento alla reintegrazione

c) non sempre possono essere chiesti e ottenuti risarcimenti per anni ulteriori (biologico, alla vita di relazione) perché l'indennità risarcitoria è definita dalla legge “*omnicomprensiva*” (eccetto commi 5 e 6) (TATTA-RELLI, SPEZIALE).

Pertanto, viene da sospettare che quelle disposizioni anche se l'indennità coprisse i danni fino alla sentenza (VALLEBONA, CESTER, GALANTINO, SPEZIALE):

a) violino l'art. 3 Cost. anche sotto il profilo della irragionevolezza e irrazionalità anche per effetto della contraddittorietà rispetto al principio generale di proporzionalità;

b) violino l'art. 4 Cost. in relazione anche alla Carta sociale europea ratificata con legge numero 30 del 1999 che, all'art.4 prevede il diritto dei lavoratori licenziati senza valido motivo “*ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione*” e, secondo quando ritenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 46 del 2000 (*referendum* su art. 18 statuto dei lavoratori) quell'indennizzo solo se fosse “*congruo*” sarebbe idoneo a sostituire la reintegrazione senza violare principi costituzionali.

Orbene, l'indennità risarcitoria prevista dalla riforma Fornero, appare tutt'altro che congrua sia in comparazione con la tutela reale e risarcitoria piena prevista dalla precedente disciplina; sia perché la Corte costituzionale, nella sentenza n. 303 del 2011 e nell'ordinanza n.112 del 2012, ha recentemente ritenuto che la drastica riduzione del risarcimento dei danni derivanti dall'apposizione al contratto di lavoro di un termine illegittimo trova giustificazione in ciò che ad essa fa riscontro la massima garanzia della conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato e, quindi, la garanzia della continuità dell'occupazione ed, invece, qui, all'esiguità del risarcimento fa riscontro la definitiva estinzione del rapporto di lavoro.

Del resto, dubbi derivano sia dal confronto con le valutazioni accolte dalla disciplina sindacale con riguardo al licenziamento ingiustificato dei dirigenti e tenendo anche conto che, in questo caso, non sono previste deduzioni sull'importo delle mensilità supplementari, sia in relazione a ciò che, nonostante l'introduzione di un rito breve, le conseguenze negative della durata dei processi finiscono per essere irragionevolmente poste a carico soltanto del lavoratore ingiustamente licenziato (GALANTINO, SPEZIALE, TATARELLI).

14. - La seconda considerazione è che, quando si parla di articolazione delle tutele, è inevitabile una certa qual comparazione fra quelle apprestate in caso di illegittimità del licenziamento disciplinare e quelle apprestate per il caso di illegittimità del licenziamento economico.

Orbene, così come con riguardo alle sanzioni per il licenziamento disciplinare è stato fatto cenno alle lacune esistenti con riguardo ai criteri per determinarne l'ammontare dell'indennità risarcitoria, per il licenziamento economico deve essere segnalata l'esistenza di ulteriori e più gravi vistose lacune della legge.

La legge dispone, infatti, che quando il giudice accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento economico, "possa" disporre la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato.

Ne consegue che la reintegrazione è rimessa alla discrezionalità del giudice che la esercita senza che sia previsto alcun criterio per il suo esercizio.

Discrezionalità, quindi, che ha una inammissibile ampiezza.

E già è stato detto come il *deficit* derivante da tale lacuna non possa essere sanato con un'ancor più gravemente illegittima alterazione del testo della legge come sarebbe quella che deriverebbe dalla proposta di leggere il "può" come se fosse un "deve".

15. *Nel licenziamento economico, se il fatto esiste, non è prevista sanzione alternativa alla reintegra.* - Ma v'è un'altra e, forse, più grave lacuna.

Cosa accade, infatti, nel caso in cui il giudice, accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento economico, ma non ritenga, però, di dover disporre la reintegrazione?

La legge nulla dice al riguardo posto che soltanto “*nelle altre ipotesi*” e, cioè, quando il fatto posto a base del licenziamento economico manifestamente sussiste, la legge ha previsto che il giudice applichi la disciplina di cui al quinto comma, cioè, si limita alla condanna del datore di lavoro al pagamento di indennità risarcitoria onnicomprensiva.

Quali sono, allora, i poteri del giudice nel caso in cui, non esistendo dubbi sull'inesistenza del fatto posto a base del licenziamento economico, non ritenesse di disporre la reintegrazione (MAIO)?

La legge nulla dice al riguardo onde sembra più ancora che irrazionale addirittura in contrasto con la civiltà giuridica lasciare al giudice non solo la più assoluta discrezionalità di disporre o no la reintegra ma anche la scelta *ad libitum* della sanzione alternativa alla reintegra.

16. - A voler trarre una considerazione riepilogativa delle considerazioni svolte, l'impressione è che il legislatore della riforma non ha radicalmente modificato né i limiti al potere di recesso del datore di lavoro né i poteri con i quali il giudice è chiamato a controllarne il rispetto.

Quei limiti e quei poteri sono rimasti strutturalmente gli stessi.

Come è noto le modifiche più rilevanti sono intervenute con riguardo alle sanzioni del licenziamento illegittimo. Da un lato, quelle sanzioni sono aumentate di numero ed hanno assunto strutture diverse rispetto all'unica sanzione della reintegrazione prevista dal testo originario dell'articolo 18 della legge n. 300 del 1970. D'altro lato, troppo ampi poteri sono stati attribuiti ai giudici per quanto attiene alla applicazione e alla determinazione delle sanzioni.

Orbene, il problema non è quello di sapere se i nostri giudici del lavoro continueranno a dare prova della loro saggezza e della loro prudenza.

Il problema, invece, è quello di sapere se il legislatore, in situazioni delicate come quelle determinate dal licenziamento, può abdicare al potere di dettare le regole che assicurano l'equilibrato temperamento degli opposti interessi.

PIETRO CURZIO
Consigliere della Corte di Cassazione

LICENZIAMENTI E PROCESSO

SOMMARIO: Premessa. 1. Procedimento giudiziario specifico e sistema processuale. - 2. Finalità della legge e criteri ermeneutici. - 3. Ambito di applicazione della disciplina processuale speciale. - 4. Questioni relative alla qualificazione del rapporto. - 5. Improprietà di domande diverse. - 6. Scelta del rito e domanda giudiziale. - 7. Mutamenti di rito. - 8. Indisponibilità del tipo processuale. - 9. Disciplina applicabile *ratione temporis*. - 10. La fase sommaria del procedimento. - 11. La fase di opposizione. - 12. Il reclamo. - 13. Il giudizio in Cassazione. - 14. Regole sull'organizzazione degli uffici.

Prima di affrontare il tema affidatomi, desidero ringraziare gli organizzatori del convegno per avermi dato il piacere e l'onore di essere relatore nell'incontro dedicato al Presidente De Luca.

A Michele De Luca mi lega un'amicizia profonda e di lunga data. La conoscenza personale fu preceduta dall'appassionata lettura delle sentenze del Pretore di Parma, che per stile e contenuti spiccavano nel panorama giurisprudenziale e che per un giovane magistrato costituivano un modello ed un punto di riferimento. Poi, dopo alcuni anni, ci conoscemmo frequentando la redazione de "Il foro italiano" e il "Centro studi Domenico Napolitano". Compresi subito che Michele non era solo un giudice ed uno studioso di particolare valore, ma anche un uomo speciale per intelligenza, affettuosità, ironia e simpatia. E così, ineluttabilmente, diventammo grandi amici. Le nostre strade si sono poi incrociate quando arrivai in Cassazione e, dopo un periodo di penale, passai alla Sezione lavoro. Michele era uno dei presidenti più stimati e poter partecipare ai collegi da lui presieduti è stata per me un'occasione preziosa di crescita professionale. In seguito è divenuto Presidente titolare e la collaborazione si è fatta ancora più intensa, anche sul piano della organizzazione della sezione. Posso dire che una parte molto importante della mia formazione come consigliere di cassazione sia stata segnata dall'insegnamento del Presidente De Luca, che considero, al tempo stesso, un amico ed un Maestro.

1. – Veniamo ora al tema assegnatomi, partendo dalla considerazione che la l. 28 giugno 2012, n. 92, nel ridisegnare la disciplina dei licenziamenti, detta anche nuove regole di diritto processuale, allo scopo, espres-

samente enunciato nell'art. 1, di «accelerare la definizione delle relative controversie».

Varie norme della legge sono riconducibili a questa finalità¹, ma è soprattutto attraverso la revisione della disciplina processuale, operata con i cc. 47-69 dell'art. 1, che il legislatore mira a tale risultato. Lo strumento utilizzato è la previsione di un procedimento giudiziario definito dal legislatore “specifico”, accompagnato da alcune disposizioni sull'organizzazione degli uffici giudiziari. Si configura un procedimento con regole speciali all'interno del processo del lavoro, che già di per sé costituisce un rito speciale, e tale procedimento viene collocato su di una corsia preferenziale.

Sotto questo profilo la legge si pone in controtendenza con l'esigenza, largamente sentita, di ridurre il numero dei procedimenti speciali e di semplificare i riti, che aveva portato il legislatore, meno di un anno prima, a emanare il decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (intitolato: “Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69, semplificazione dei riti”).

Le regole che integrano il “procedimento specifico” riprendono elementi da vari procedimenti speciali, senza assumere il modello di nessuno di essi in modo integrale. Vi è affinità strutturale con la procedura di repressione della condotta antisindacale dell'art. 28 st. lav.; in alcuni tratti della disciplina riecheggia il procedimento sommario di cognizione regolato dagli artt. 702-*bis* - 702-*quater* c.p.c.; la disciplina dell'istruttoria ripropone formule dei procedimenti cautelari delineati dall'art. 669-*bis* e ss. c.p.c. Ne scaturisce un procedimento ibrido, che mette insieme varie componenti, ma si distingue, connotandosi per una sua autonomia.

La dotazione normativa, però, non è completa e autosufficiente: molti elementi, necessari perché il procedimento funzioni, non sono regolati o sono regolati solo in parte, a volte minima. La necessaria integrazione della disciplina non potrà che fare riferimento alle regole del processo del lavoro dettate dal codice di rito, che a loro volta, quando manchi una previsione, vengono integrate con quelle generali del processo civile².

¹ Possono essere ricondotti alla finalità di pervenire a un giudizio rapido sulla legittimità del licenziamento anche il c. 37 dell'art. 1, che modifica l'art. 2 della l. 15 luglio 1966, n. 604, imponendo la specificazione dei motivi già nella comunicazione del licenziamento, nonché l'abbreviazione del termine per la proposizione dell'azione di impugnativa del recesso disposta dal c. 38 del medesimo articolo.

² C. CONSOLO, D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Giust. Civ.*, 2012, pag. 736; L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012.

Questa operazione porrà problemi di non poco momento, perché bisognerà verificare che una regola specifica manchi e che la regola generale del processo del lavoro, o ancor più generale del processo civile, da applicare, non sia incompatibile con le finalità e la struttura peculiare del procedimento.

2. – La nuova normativa, come si vedrà, pone problemi interpretativi delicati e complessi, rispetto ai quali il testo della legge e le connessioni con il sistema processuale civile in generale e del lavoro in particolare, sembrano a volte consentire più soluzioni.

In questi casi sarà opportuno tener sempre presente l'indicazione teleologica espressa dal legislatore nell'*incipit* della normativa. La chiarezza della disposizione ("procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione" delle controversie in materia di licenziamenti) e la sua collocazione all'inizio dell'art. 1, indicano che ogni volta che l'interpretazione letterale o sistematica del testo possa dare luogo a più soluzioni, bisognerà privilegiare quella che risponde meglio alla finalità della normativa.

L'enunciazione legislativa costituisce una declinazione accentuata del principio costituzionale della ragionevole durata del processo. Principio fondamentale, che non deve prevalere su ogni altro interesse costituzionalmente tutelato, come riconosce anche il legislatore, in particolare nella normativa sull'istruttoria laddove indica il limite del principio del contraddittorio, ma che segna il carattere dell'intervento legislativo e costituisce quindi per l'interprete un criterio guida.

Sul perché il legislatore compia una scelta così netta possono essere formulate molteplici riflessioni. Sicuramente non è una scelta a sostegno unilaterale di una delle parti del processo, come fu quella compiuta con l'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, funzionale ad una tutela rapida dell'interesse collettivo espresso dalle organizzazioni sindacali di carattere nazionale. In questo caso l'accelerazione è ricercata nell'interesse di entrambe le parti del giudizio, considerata la delicatezza della materia, e forse soprattutto di un interesse più generale a che i conflitti giudiziari concernenti i licenziamenti, così determinanti nei meccanismi del mercato del lavoro, pervengano in tempi ragionevoli a definizioni dotate di stabilità e certezza. Quali che siano le spiegazioni della scelta, essa costituisce la ragione di fondo dell'intervento sulla normativa processuale e quindi la sua cifra ermeneutica.

3. – Il procedimento giudiziario "specifico" si applica a una parte delle controversie di lavoro così delimitata dal c. 47: «controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18

della legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto».

Per stabilire le regole processuali da seguire si deve, pertanto, in primo luogo verificare se la domanda è di impugnazione di un licenziamento ai sensi dell'art. 18 st. lav. (oggetto della domanda deve essere, come si è visto, «l'impugnazione del licenziamento nelle ipotesi regolate dall'art. 18 St. lav.»).

Ovviamente bisogna considerare che la medesima legge, ai cc. 42 e seguenti, ha innovato profondamente l'art. 18, a cominciare dalla rubrica (ora: «Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo»). In sintesi, la nuova previsione dell'art. 18 ha sostituito la disciplina unitaria del licenziamento illegittimo con tutela reale dettata dalla norma previgente, con una disciplina differenziata.

La differenziazione dei tipi è basata sulle diverse conseguenze giuridiche dell'invalidità del licenziamento, che il nuovo testo dell'art. 18 st. lav. individua in relazione al contenuto della sentenza che conclude il giudizio.

I casi più gravi, previsti dal primo comma, portano a una sentenza con la quale il giudice dichiara la nullità del licenziamento o l'inefficacia del licenziamento orale. Accertate tali situazioni il giudice deve ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro, nonché la condanna al risarcimento integrale del danno. Una seconda categoria di situazioni comporta l'annullamento del licenziamento, con reintegra e condanna al risarcimento del danno mediante il pagamento di una indennità che non può essere superiore a dodici mensilità. Sono i casi previsti dal quarto comma e dalla prima parte del settimo comma. Una terza categoria, delineata dal quinto comma e dalla seconda parte del settimo comma, porta ad una sentenza con la quale il giudice, pur avendo accertato che il licenziamento è illegittimo perché privo di giustificato motivo o della giusta causa, tuttavia «dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento», e condanna il datore di lavoro a pagare una «indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto». Una quarta e ultima categoria, configurata dal sesto comma, prevede forme di illegittimità del licenziamento che portano anch'esse ad una sentenza con la quale il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento, ma condanna il datore di lavoro a pagare una indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata in misura ridotta, tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

La prima categoria prescinde dal numero dei dipendenti dell'azienda. Le altre tre portano alle sentenze di cui si è detto solo in presenza dei requisiti numerici fissati dall'ottavo e dal nono comma del medesimo articolo.

Per queste ultime situazioni, in assenza dei requisiti numerici, l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento comporterà le conseguenze previste dall'art. 8 della legge 604 del 1966.

In conclusione, un licenziamento di cui venga accertata l'invalidità, sarà soggetto a cinque regimi di conseguenze giuridiche, a seconda che rientri in una delle categorie su tratteggiate, determinate dall'incrocio di più elementi di valutazione: il diverso tipo di illegittimità e il numero dei dipendenti del datore di lavoro. La normativa previgente non differenziava la materia in base al tipo di invalidità del licenziamento e prevedeva solo una diversificazione di tutele, reale e obbligatoria, in base al numero dei dipendenti. Oggi la situazione è molto più complessa perché il tipo di invalidità incide sul tipo di sanzione e, come si è visto, incide anche sul rito da seguire.

Rientrano nel rito specifico, e quindi nella corsia preferenziale che esso comporta, le impugnative di licenziamento delineate dal primo comma (licenziamenti discriminatori, licenziamenti orali e alcuni altri specifici casi di particolare gravità, ma numericamente contenuti) quale che sia il numero dei dipendenti. In tutti gli altri casi l'applicazione del rito specifico è legata al numero dei dipendenti dell'azienda in una logica che ripropone la scelta differenziata dell'art. 18 previgente, estendendola alle regole processuali.

Definito l'assetto di fondo del rapporto tra tipo di invalidità del licenziamento e rito applicabile, è necessario approfondire il significato dell'espressione «impugnativa di licenziamento nelle ipotesi regolate dall'art. 18».

La legge usa il termine "regolate". Ma se si cerca una regolamentazione, cioè una disciplina della materia, nell'art. 18, si rischia di pervenire a soluzioni incomprensibilmente selettive, perché la disciplina che permette di stabilire se un licenziamento è legittimo o meno, ai fini dell'applicabilità dell'art. 18 st. lav., spesso è contenuta in altra sede normativa e nell'art. 18 è solo menzionata, non regolata. Dalla lettura sistematica della legge si evince che il legislatore ha utilizzato il termine "regolate" dall'art. 18 in senso ampio: nel senso che le conseguenze dell'invalidità del licenziamento, derivante dalla violazione di norme di legge quale che sia la loro collocazione, devono essere quelle dettate dall'art. 18. Ciò che rileva è che ad una determinata ipotesi di illegittimità del licenziamento si applichi l'art. 18 st. lav.

Questa interpretazione appare anche più coerente con la finalità della legge che, come si è visto, è quella di consentire un giudizio in tempi rapidi circa la legittimità o illegittimità di un licenziamento, quando l'illegittimità comporti conseguenze incisive come quelle previste dall'art. 18 st. lav. Se questo è il fine, la necessità di un processo accelerato vale

per tutti i casi ai quali si applica l'art. 18 e non solo per quelli espressamente menzionati nella norma.

La lettura proposta comporta che rientrano nell'area del procedimento specifico i licenziamenti collettivi, la cui disciplina è ancora contenuta nella l. 223/1991, ma per i quali il c. 46 dell'art. 1 della l. 92/2012, prevede, in caso di illegittimità, l'applicazione dell'art. 18³. Sarebbe veramente difficile rinvenire una *ratio* nella diversità di trattamento processuale tra licenziamenti collettivi ed individuali, alla luce delle finalità dell'intervento legislativo: la dimensione collettiva rende anzi più estesa ed incisiva la ripercussione degli effetti di questi licenziamenti e, di conseguenza, più intensa la necessità di una decisione chiara e rapida delle relative controversie.

Un altro tipo di licenziamenti che potrebbe dare luogo a dubbi è quello dei dipendenti pubblici. Deve ritenersi che anche l'impugnativa dei licenziamenti di questi lavoratori sia soggetta alle regole del rito specifico nella misura in cui anche a loro si applichi l'art. 18 st. lav., a causa del rinvio operato dal secondo comma dell'art. 51 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per il quale «la legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti»⁴. Di conseguenza, le relative controversie, se devolute al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro ai sensi dell'art. 63 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, saranno soggette al rito specifico.

La soluzione è coerente con le opzioni di fondo della riforma processuale: se la finalità della nuova legge è quella di dare certezze alle parti dei rapporti di lavoro ai quali si applichi l'art. 18 st. lav., non si vede perché il lavoro pubblico debba essere trattato diversamente. E questa considerazione non vale solo per i lavoratori, ma anche per le amministrazioni, che hanno anch'esse, al pari dei datori di lavoro privati, l'esigenza di sapere in tempi ragionevoli quale è l'esito di una controversia relativa al licenziamento di un dipendente.

Questa conclusione non sembra essere messa in discussione dalle disposizioni specifiche, il settimo e l'ottavo comma, che la legge 92/2012,

³ In senso conforme, D. DALFINO, Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento, (nella l. 28 giugno 2012 n. 92), in *Giusto Proc. Civ.*, 2012; L. CAVALLARO, La riforma c.d. Fornero: questioni processuali, relazione all'incontro di studio "la tutela del lavoratore tra novità normative e revirements giurisprudenziali", organizzato su base decentrata dal Consiglio Superiore della Magistratura in memoria di Rosario Livatino, Agrigento 21 settembre 2012; *contra*: A. CIRIELLO, M. LISI, *Disciplina processuale*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012 n. 92*, Milano, 2012.

⁴ Sul punto, da ultimo, Cass. 5 gennaio 2011, n. 190.

dedica al raccordo con la disciplina dell'impiego pubblico⁵. Il settimo comma afferma che “le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolamentazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'art. 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo. Restano ferme le previsioni di cui all'art. 3 del medesimo decreto legislativo”. Con una formula alquanto contorta, si afferma un principio di fondo per cui, a parte previsioni ‘espressamente’ indirizzate in senso contrario, le disposizioni della legge 92/2012 valgono come principi e criteri per la regolamentazione dell'impiego pubblico contrattualizzato. La previsione, quindi, quanto meno non contraddice la lettura per la quale il rito specifico, nei limiti su descritti, si applica anche alle controversie del settore pubblico. L'ottavo comma prevede che, al fine dell'applicazione del settimo comma, il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione”. Sino a quando tali iniziative non verranno prese e non si concretizzeranno in norme, deve ritenersi che il quadro regolativo sia quello prima descritto, comprese le implicazioni di carattere processuale.

Alle imprese di tendenza, cioè «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», per espresso disposto dell'art. 4 della l. n. 108 del 1990, non si applica l'art. 18 st. lav. Di conseguenza, non si applicherà il procedimento specifico. Tuttavia è opportuno ricordare che la Cassazione raccomanda una lettura di “stretta interpretazione” di tale norma⁶, che si rifletterà anche sulle conseguenze processuali.

⁵ Sulle quali cfr., V. PINTO, Il disegno di legge Fornero e la disciplina del lavoro pubblico, relazione al convegno “La disciplina dei licenziamenti alla luce del disegno di legge Fornero”, organizzato dall'Associazione Legali di Capitanata e dagli ordini degli avvocati di Foggia e di Lucera, Foggia 23 giugno 2012.

⁶ Cass. 2 dicembre 2010 n. 24437 ha affermato il seguente principio di diritto: «In tema di licenziamento, la disciplina stabilita per le cosiddette “organizzazioni di tendenza” dall'art. 4 legge 11 maggio 1990, n. 108, che esclude l'operatività della tutela reale stabilita dall'art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, è applicabile alle associazioni che svolgano senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione, non essendo necessario che dette attività presentino una “caratterizzazione ideologica”, che pure può connotare alcune di esse, fermo restando che detta norma, derogatoria alla regola generale di piena riparazione della lesione inferta al diritto soggettivo al lavoro di cui all'art. 4 Cost., ha carattere eccezionale ed è di stretta interpretazione. Ne con-

Ai dirigenti non si applica l'art. 18 st. lav. e quindi non si applicherà il rito specifico. Ma anche questa affermazione non è di portata generale. Il licenziamento discriminatorio del dirigente era soggetto all'art. 18 st. lav. per il tramite dell'art. 3 della legge n. 108 del 1990 e della giurisprudenza relativa⁷ e la regola viene confermata nel nuovo testo dell'art. 18: nel primo comma si afferma infatti «la presente disposizione si applica anche ai dirigenti»⁸. Entro questi limiti, pertanto, anche ai dirigenti si applica l'art. 18. Vi è poi tutto il complesso capitolo delle distinzioni tra dirigente e pseudo-dirigente che incide sull'individuazione della disciplina sulla invalidità del licenziamento applicabile⁹, con le relative implicazioni sul piano processuale.

Si discute anche dell'assoggettabilità al rito specifico delle controversie in materia di nullità del termine nel contratto a tempo determinato, che costituiscono una parte ormai molto consistente del contenzioso del lavoro¹⁰. La soluzione, dovrebbe essere, di massima, negativa perché in queste cause si chiede l'accertamento della nullità della clausola che appone il termine e la conversione del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, oltre che le determinazioni sulle conseguenze economiche. Non si è dinanzi ad una impugnativa di licenziamento.

La ricostruzione su cui si fonda questo giudizio è consolidata quanto meno a partire dalla sentenza 6.7.1991 n. 7471 delle Sezioni unite, nella quale si affermò il seguente principio di diritto: «Nel caso di scadenza di un contratto di lavoro a termine illegittimamente stipulato e di comunicazione (da parte del datore di lavoro) della conseguente disdetta, non sono

segue l'inapplicabilità della disposizione ad un'organizzazione associativa di assistenza sanitaria il cui scopo dichiarato sia quello, del tutto vago, di favorire la cultura dell'*handicap*, ove manchi l'accertamento delle modalità di svolgimento dell'attività e si versi nell'impossibilità di escluderne il carattere imprenditoriale in presenza dell'erogazione di servizi a terzi che siano tenuti a pagare un corrispettivo proporzionale al valore dei servizi stessi».

⁷ Cass. 1 dicembre 2010 n. 24347 ha affermato che «la nullità del licenziamento discriminatorio, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 108 del 1990, e quindi anche del licenziamento determinato per esclusivo fine di ritorsione o di rappresaglia, comporta l'applicazione dell'art. 18 St. lav. quale che sia il numero dei dipendenti ed anche a favore dei dirigenti».

⁸ Per approfondimenti, cfr., P CHIECO (a cura di), *Felssibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*; Bari, 2013, cap. II, sez. IV.

⁹ V., da ultimo, Cass. 17 gennaio 2011 n. 897, anche per la ricostruzione della evoluzione della giurisprudenza nel suo complesso e delle Sezioni unite in particolare.

¹⁰ Per la soluzione negativa si sono pronunciati: A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, pag. 73; A. CIRIELLO, M. LISI, *Disciplina processuale, cit.*; L. CAVALLARO, *La Riforma Fornero: questioni processuali, cit.*, . In senso contrario: C. CONSOLO, D. RIZZARDI, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti, cit.*, pag. 735.

applicabili – tenuto conto della specialità della disciplina della legge n. 230 del 1962 (sul contratto di lavoro a tempo determinato) rispetto a quella della legge n. 604 del 1966 (relativa all'estinzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato) e della qualificabilità dell'azione diretta all'accertamento dell'illegittimità del termine non come impugnazione del licenziamento ma come azione (imprescrittibile) di nullità parziale del contratto – né la norma dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966, relativa alla decadenza del lavoratore dall'impugnazione dell'illegittimo recesso, né la norma dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 relativa alla reintegrazione nel posto di lavoro (ancorché la conversione del rapporto a termine nel rapporto a tempo indeterminato dia ugualmente al dipendente il diritto di riprendere il suo posto e di ottenere il risarcimento del danno qualora ciò gli venga negato)»¹¹.

Le Sezioni unite sottolinearono anche che questa ricostruzione non opera nei casi in cui il datore di lavoro «anziché limitarsi a comunicare (con un atto nel quale non è assolutamente ravvisabile un licenziamento) la disdetta per scadenza del termine, abbia intimato – nel presupposto dell'intervenuta conversione del rapporto a termine in un rapporto a tempo indeterminato – un vero e proprio licenziamento da quest'ultimo rapporto». In queste ipotesi, pertanto, applicandosi l'art. 18 st. lav. diviene applicabile il rito speciale per i licenziamenti. È questo il motivo per il quale, poc'anzi si è operata una riserva in ordine alla soluzione proposta, che vale “di massima”, salvo questo ristretto ambito in cui la soluzione dovrebbe essere diversa.

4. – Può essere che la domanda di applicazione dell'art. 18 st. lav. non si presenti in purezza, ma sia la conseguenza della qualificazione del rapporto come rapporto di lavoro subordinato.

Per espressa disposizione della legge anche tali domande rientrano nel rito specifico, in quanto il comma 47 dopo aver affermato che le disposizioni che seguono si applicano alle controversie in materia di licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18, prevede espressamente che ciò avviene “anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto”.

Si applica il rito specifico, quindi, per espressa previsione di legge, anche nei casi in cui, a monte dalla impugnativa *ex art. 18 st. lav.*, si sostiene che il rapporto tra le parti, sebbene qualificato in altro modo

¹¹ La ricostruzione delle Sezioni unite del 1991 è poi stata sempre costantemente ribadita, dalle stesse Sezioni unite nella decisione 8 ottobre 2002, n. 14381 e dalla Sezione lavoro, da ultimo con le sentenze 25 maggio 2009, n. 12011 e 12 marzo 2009, n. 6010.

(lavoro autonomo, lavoro parasubordinato, associazione in partecipazione, ecc.) era in realtà un rapporto di lavoro subordinato, con la conseguenza che l'atto di recesso della parte datoriale è un atto di licenziamento.

Non quindi per autonome azioni di accertamento della natura subordinata del rapporto, ma solo se tale azione è la premessa per una impugnativa del licenziamento *ex art. 18*. L'azione di accertamento viene attratta nel nuovo rito se ed in quanto sia funzionale alla decisione sulla legittimità del licenziamento.

Ci si potrebbe chiedere se possa considerarsi “questione relativa alla qualificazione del rapporto”, quella concernente la legittimità del termine apposto al contratto di lavoro a tempo determinato. La soluzione è negativa perché altro è qualificare come subordinato o meno un rapporto, altro è valutare la legittimità o meno della clausola di apposizione del termine ad un rapporto di natura subordinata. Una conferma del fatto che anche per il legislatore i due concetti sono distinti, la si rinviene nel comma 11 dell'art. 1 della legge, laddove, innovando l'art. 32, c. 3, lett. a) della legge 183 del 2010 in materia di decadenza dall'azione, si fa riferimento ai «licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla nullità del termine apposto al contratto di lavoro». La disgiuntiva “ovvero” indica la distinzione dei concetti e quindi delle questioni.

5. – Mentre il comma 47 determina in positivo le domande che possono essere proposte con il rito specifico, all'interno del comma successivo il legislatore statuisce che «con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo, salvo che siano fondate su identici fatti costitutivi».

La norma porrà problemi interpretativi delicati, consistenti nello stabilire se altre eventuali domande proposte con il medesimo ricorso siano o meno fondate sui medesimi fatti costitutivi di quelli dell'azione proposta ai sensi del comma 47.

Il legislatore richiede domande “diverse” con “identità” di fatti costitutivi, spingendosi ai limiti dell'ossimoro.

L'utilizzazione del concetto di “identità” di fatti costitutivi rende la selezione molto incisiva. Se al concetto di identità viene dato il significato di totale coincidenza di fatti costitutivi sembra davvero difficile individuare delle ipotesi che integrino tale requisito. Se, invece, facendo perno sul rilievo che deve trattarsi pur sempre di domande “diverse”, viene ammessa anche l'ipotesi di comunanza parziale di fatti costitutivi, in cui le domande ulteriori presentino “oltre” a fatti costitutivi identici a quelli

della domanda di impugnativa di licenziamento e di eventuale accertamento della natura del rapporto, anche altri fatti costitutivi, il quadro si allarga.

La scelta non è felice, per almeno due ragioni. In primo luogo perché si presta a dispute sottili, che complicheranno notevolmente le questioni da affrontare. In secondo luogo perché determinerà frammentazioni di cause relative a un medesimo rapporto di lavoro, che ragioni di economia processuale e di unitarietà della decisione, avrebbero dovuto indurre il legislatore a tenere unite, secondo una linea che peraltro era stata seguita in precedenti interventi legislativi¹².

La conseguenza di tutto ciò è che il ricorrente dovrà presentare più ricorsi per proporre domande che prima di questa legge avrebbe potuto proporre con un unico atto. Nel caso in cui il ricorrente ometta di farlo il giudice dovrà disporre la separazione dei procedimenti e la trattazione della domanda di impugnazione del licenziamento *ex art. 18* con il rito specifico e di quella o quelle fondate su altri fatti costitutivi con il rito ordinario del lavoro. Un esito che appare in contrasto con l'efficienza della giustizia del lavoro determinando duplicazioni di giudizi e incrementando le possibilità di disarmonie decisionali.

Diversa deve ritenersi la situazione quando il ricorrente proponga un ricorso contenente una domanda principale, rientrante nell'ambito di applicazione del procedimento specifico, nonché una o più domande subordinate in tutto o in parte estranee a tale ambito. È il caso, che potrà divenire sempre più frequente data la frammentazione della materia e le incertezze insite nel nuovo sistema, di impugnative di licenziamento in cui si chiede, in via principale, l'applicazione dell'art. 18 *st. lav.* prospettando una o più delle situazioni delineate dalla nuova formulazione di tale norma ed, in via subordinata, l'applicazione delle minori sanzioni previste dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966¹³. Deve ritenersi che anche le domande subordinate vengano attratte nel rito specifico¹⁴; soluzioni diverse sarebbero artificiose ed ultronee rispetto alle indicazioni normative.

6. – Il legislatore imposta la scelta del rito, come si è visto, sul contenuto della decisione richiesta, in ordine al tipo di vizio del licenziamento,

¹² Per una compiuta ricostruzione di tali orientamenti legislativi si rinvia a D. DALFINO, *Il rito speciale del lavoro come modello processuale*, in D. DALFINO (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Bari, 2011.

¹³ Per un'analisi delle ragioni che indurranno a formulare ricorsi articolando una pluralità di domande subordinate, cfr., P. CHIECO, *Flessibilità e tutele nel lavoro*, cit.

¹⁴ In tal senso: A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., pag. 73.

con la variante connessa al numero dei dipendenti. Ma tipo di vizio del licenziamento e numero dei dipendenti dell'azienda sono elementi il cui accertamento richiede di frequenti indagini complesse, che si identificano spesso con il contenuto della decisione o di una parte di essa.

Se si assume che il licenziamento è discriminatorio e che pertanto deve essere deciso con il rito specifico, perché l'art. 18 trova applicazione a prescindere dal numero dei dipendenti, si formula un'affermazione che ineluttabilmente sarà oggetto di contestazione della controparte e che potrà essere verificata solo al termine di una istruttoria, eventualmente complessa.

Se si assume che il vizio del licenziamento è di altro tipo e che il rito è quello specifico perché il datore di lavoro ha un numero di dipendenti che va oltre la soglia necessaria alla applicazione dell'art. 18 st. lav. si formula un'affermazione che, in molti casi, potrà essere oggetto di contestazione da parte del convenuto e potrà richiedere accertamenti più o meno articolati.

In altri casi, per stabilire quale rito applicare bisognerà verificare, come si è visto, se ad esempio, il datore di lavoro sia o meno una impresa di tendenza, o se il dirigente sia tale o non sia un pseudo-dirigente.

Si corre così il forte rischio di impegnare tempi e risorse del processo non per stabilire chi ha torto e chi ragione, ma semplicemente per stabilire quale procedura applicare. Il giudice dovrà perciò usare molta cautela. Solo la sperimentazione concreta permetterà di tarare i meccanismi.

Sarà importante non discostarsi dai principi generali dell'ordinamento e in particolare dal criterio per il quale la competenza si determina con riferimento alla domanda, indipendentemente dalla fondatezza della medesima, e deve porsi un problema di mutamento del rito solo quando dall'atto introduttivo stesso si evinca la erroneità di quello prescelto¹⁵ o quando la prospettazione della domanda appaia *prima facie* artificiosa¹⁶.

È una scelta che presenta il rischio di procedere con il rito specifico anche in qualche caso in cui ciò non sarebbe stato possibile. Analogo rischio si corre invero nel condividere la tesi per cui le domande subordinate

¹⁵ Cass. 16 febbraio 1993 n. 1916; ma v. anche Cass. 16 giugno 1983 n. 4156 e Cass. 17 giugno 1996 n. 5544. La giurisprudenza ha elevato a principio generale quanto previsto dall'art. 10 c.p.c. con riferimento alla competenza per valore (cfr., tra le tante, Cass. 3 marzo 2000 n. 2368; Cass., ord., 22 maggio 2003 n. 8121; Cass., ord., 18 gennaio 2007 n. 1122; Cass. 17 maggio 2007 n. 11415). Il principio vale a maggior ragione per situazioni in cui non si discute del giudice competente, ma semplicemente di rito che il giudice pacificamente competente deve seguire. L'interpretazione della domanda giudiziale è operazione riservata al giudice del merito (Cass. S.U., 25 febbraio 2011, n. 4617; Cass. 9 maggio 2012, n. 7097).

¹⁶ Così, in particolare, Cass. 11415/2007 cit. alla nota precedente.

sono attratte nel rito della domanda principale. Potrebbero essere proposti ricorsi articolati in modo da usufruire del rito specifico. È però un rischio che un'attenta lettura dei ricorsi, da un lato, e provvedimenti rigorosi sulle spese in sede di decisione definitiva (ad esempio quando venga rigettata la domanda principale ed accolta la subordinata), dall'altro, permettono di contenere. Mentre appare più consistente e pregevole di conseguenze negative sul sistema processuale la dispersione di energie per stabilire quale rito applicare che è insita in scelte di segno diverso.

Deve poi per completezza ricordarsi che, per giurisprudenza consolidata anche a sezioni unite, la scelta del rito è irreversibile nelle fasi successive del processo, perché la materia è regolata da principi che tendono, a quel punto, a privilegiare la certezza del diritto: il “principio della apparenza”, per il quale il regime di impugnazione, comprese le norme relative al computo dei termini per impugnare, va individuato in base alla qualificazione che il giudice “a quo” ha dato all'azione proposta in giudizio e non in base al rito applicabile¹⁷, nonché il “principio di ultrattività” del rito¹⁸.

7. – Un ulteriore problema è quello di stabilire, quando emerga un errore nella scelta del rito, quali conseguenze si determinino. Per il procedimento in esame il legislatore non ha dettato una regola specifica e l'ordinamento non detta una disciplina generale del mutamento di rito. All'interno del decreto legislativo n. 150 del 2011, l'art. 4 prevede che «quando una controversia viene promossa in forme diverse da quelle previste dal presente decreto, il giudice dispone il mutamento di rito con ordinanza» ed aggiunge con riferimento al caso in cui il passaggio debba avvenire “verso” il rito del lavoro, che il giudice deve fissare l'udienza di cui all'art. 420 c.p.c. e il termine perentorio entro il quale le parti devono provvedere all'eventuale integrazione degli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti in cancelleria.

Nel processo del lavoro gli artt. 426 e 427 c.p.c., dettano regole per il passaggio dalla competenza funzionale del giudice ordinario a quella del giudice del lavoro e viceversa.

La situazione ipotizzabile nel caso di passaggio dal rito specifico sul licenziamento al rito speciale ordinario del lavoro è diversa, ma in realtà meno complessa, perché la competenza funzionale è comunque del giudice del

¹⁷ Il principio è costantemente affermato. Tra le ultime, Cass., ord., 11 gennaio 2012 n. 171; Cass. 9.Novembre 2010 n. 22738; Cass. ord. 15. Ottobre 2010 n. 21363; Cass. 9 febbraio 2009, n. 3192. Cass. 9 novembre 2010 , n. 22738.

¹⁸ Cass. 21 maggio 2010 , n. 12524; Cass. 7 giugno 2011, n. 12290.

lavoro. Può sorgere al massimo un problema di ordine tabellare, risolvibile con meccanismi a ciò preposti, che non riguardano la competenza, ma solo la distribuzione del lavoro interna all'ufficio. L'elemento differenziale concerne solo le regole processuali da applicare: il rito specifico o il rito generale del lavoro.

Sono ipotizzabili due soluzioni: il giudice può dichiarare inammissibile il ricorso oppure emettere un provvedimento con il quale dispone la conversione del rito, conferendo un termine per la regolarizzazione degli atti, sempre che sia necessaria. La seconda strada è più aderente al principio di conservazione che impone al giudice, in presenza di un errore sul rito, di non azzerare il processo, ma di adottare i provvedimenti necessari per consentirne la prosecuzione. Principio generale che sicuramente viene rafforzato dalla finalità acceleratoria che guida il legislatore della riforma in esame.

Nonostante le diversità evidenziate, peraltro, anche in questo caso, varranno, e a maggior ragione, i principi affermati dalla Corte di cassazione con riferimento al più incisivo provvedimento previsto dall'art. 427 c.p.c. Quindi dovrà ritenersi che l'ordinanza non ha contenuto decisorio; non ha portata vincolante in ordine alla qualificazione del rapporto; non è impugnabile in Cassazione né con regolamento di competenza né con ricorso ordinario¹⁹.

Inoltre, il mancato cambiamento del rito, per giurisprudenza consolidata, «non spiega effetti invalidanti sulla sentenza, che non è né inesistente, né nulla» e l'errore consistito nella utilizzazione di un diverso rito processuale può essere dedotto come motivo d'impugnazione solo nel caso in cui abbia inciso sul contraddittorio o sui diritti della difesa²⁰.

Ancora, il giudice ha l'obbligo di provvedere al mutamento solo quando la controversia si presenti, sin dall'atto introduttivo del giudizio, estranea alla materia per la quale è previsto quello specifico rito e non quando l'estraneità emerga al momento della decisione di merito, come conseguenza dell'accertamento e dell'istruzione probatoria effettuati per pervenire alla decisione medesima²¹.

8. – Un problema connesso è quello di stabilire se il rito speciale per i licenziamenti debba essere obbligatoriamente seguito o invece la parte che promuove l'azione possa percorrere la via del processo del lavoro ordinario.

¹⁹ Cass. 18 settembre 2007, n. 19345.

²⁰ Cass. 24 dicembre 1997, n. 13038 e Cass. 9 ottobre 1998, n. 10030.

²¹ Cass. 17 giugno 1996, n. 5544.

Nelle prime letture emergono opinioni diverse²². La giurisprudenza sull'art. 28 st. lav. che consente il ricorso all'azione ordinaria per la proposizione della controversia in materia di condotta antisindacale²³ non sembra spendibile in questo caso, per più ragioni.

La prima è di ordine testuale: l'espressione utilizzata dal legislatore nel comma 48 («La domanda avente ad oggetto l'impugnativa di licenziamento di cui al comma 47 si propone con ricorso al Tribunale [...]») collega in modo univoco quel tipo di domanda al tipo specifico di processo. Si delinea una situazione analoga a quella per cui chi intende proporre una domanda sulle materie oggetto dell'art. 409 ss c.p.c. deve necessariamente seguire le regole del procedimento speciale per le cause di lavoro, senza possibilità di scegliere il rito civile ordinario, nel cui alveo pure si colloca il rito del lavoro.

Ma forse il rilievo più consistente è che l'interesse all'accelerazione del processo, perseguito mediante la predisposizione di un "procedimento specifico", considerato dal legislatore, non è unilaterale (come nell'art. 28 st. lav. che tutela l'interesse collettivo del sindacato), ma, come si è visto²⁴, riguarda entrambe le parti processuali e, più a monte, un interesse generale, il che induce a propendere per la tesi della indisponibilità del tipo processuale.

9. – Le nuove regole processuali dettate dai commi 47-66 si applicano alle "controversie instaurate successivamente alla data di entrata in vigore delle presente legge" (così il comma 67).

Il concetto di 'controversie instaurate' implica che deve tenersi conto dell'atto di avvio del processo, che, per giurisprudenza costante formatasi in casi analoghi²⁵, nel processo del lavoro si identifica con il deposito del

²² Per la disponibilità del rito si sono pronunciati C. CONSOLO, D. RIZZARDI, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali, cit.*, pag 735. Al contrario P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra rigidità in entrata e flessibilità in uscita nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, relazione svolta al convegno "La riforma del mercato del lavoro nel disegno di legge 324 A.S.", organizzato a Matera il 25-26 maggio 2012 dal Centro Studi Domenico Napoletano e dall'Università di Bari; L. DE ANGELOS, *Articolo 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni, cit.*; L. CAVALLARO, *La riforma c.d. Fornero: questioni processuali, cit.*, sostengono la tesi della vincolatività.

²³ Cass. 8 settembre 1995, n. 9503, in *Riv. Giur. Lav.*, 1996, II, Pag. 89, con nota di G. FRONTINI, *In tema di assoggettabilità al rito ordinario della controversia per condotta antisindacale*. La questione si è riproposta di recente, cfr. Cass. 15 novembre 2012, n. 20091.

²⁴ V. *supra*, par. 2.

²⁵ Ad esempio, analoga espressione ("giudizi instaurati") è utilizzata dall'art. 45 della legge 18 giugno 2009, n. 69, per disciplinare l'entrata in vigore delle modifiche introdotte

ricorso introduttivo del giudizio. Ciò vale per tutta la disciplina, anche nelle parti relative al giudizio di opposizione, di reclamo e di cassazione. Ad es. le nuove regole del giudizio di Cassazione dettate dai c.c. 62 e ss, si applicheranno solo quando giungeranno in Corte i processi instaurati con atti introduttivi del giudizio depositati dopo l'entrata in vigore della legge.

Al contrario, le modifiche dell'art. 18 st. lav. introdotte dalla prima parte dell'art. 1, ed in particolare dal comma 42, si applicano ai licenziamenti intimati dopo l'entrata in vigore della legge; così come, solo ai licenziamenti successivi all'entrata in vigore della legge si applicano le nuove regole sulla motivazione immediata e sulla riduzione da duecentosettanta a centottanta giorni del termine per proporre l'azione giudiziaria. Vale il principio generale in materia di efficacia della legge nel tempo dettato dall'art. 11 disp. prel. c.c.: le regole del gioco devono essere quelle del momento in cui si è operato, quindi del momento in cui il licenziamento è stato intimato. Le conseguenze di un licenziamento illegittimo sono quelle previste dalle norme vigenti al momento del licenziamento; l'obbligo di motivazione immediata non può dirsi violato se non era in vigore al momento del licenziamento la norma che lo ha introdotto. Meno scontata è la soluzione con riferimento alla riduzione dei termini per proporre l'azione giudiziaria quando il termine più breve introdotto dalla nuova norma riguardi un licenziamento intimato prima della entrata in vigore della legge, ma non sia ancora scaduto al momento della entrata in vigore della nuova disciplina; per eliminare ogni possibile dubbio il legislatore ha esplicitato che il nuovo e più breve termine si applica in relazione ai licenziamenti intimati dopo l'entrata in vigore della legge (comma 39).

A causa dell'applicazione di queste regole, nella fase di avvio della riforma non saranno infrequenti i casi in cui la disciplina sostanziale del licenziamento rimarrà quella previgente, essendo il recesso avvenuto prima della entrata in vigore della nuova legge, mentre la disciplina processuale sarà quella nuova, in quanto l'instaurazione del giudizio è avvenuta a legge già entrata in vigore.

10. – L'atto introduttivo del giudizio è un "ricorso". Al pari di quello del processo del lavoro con il rito speciale ordinario, si propone al Tribuna-

da quella stessa legge al codice di procedura civile. Cass. 4 maggio 2012, n. 6784, ha confermato che con espressioni di quel tipo il legislatore indica l'atto di avvio del giudizio di primo grado e non gli atti di impugnazione, con la conseguenza che le modifiche alle norme processuali si applicano ai giudizi in cui l'atto introduttivo viene compiuto dopo l'entrata in vigore della legge.

le in funzione di giudice del lavoro. La competenza funzionale, come si è visto, è la medesima.

Mancano disposizioni sulla competenza territoriale, ma non vi sono ragioni per non fare riferimento a quelle dettate in generale per il processo del lavoro dall'art. 413 c.p.c.²⁶

Quanto ai requisiti dell'atto, non viene richiamato l'art. 414 c.p.c., bensì l'art. 125 c.p.c. cioè la norma che disciplina in generale il contenuto degli atti di parte. L'art. 414 rientra in gioco, come si vedrà, solo in sede di opposizione.

Nel ricorso introduttivo devono, pertanto, ai sensi dell'art. 125, essere indicati: l'ufficio giudiziario, le parti, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni. L'atto deve essere sottoscritto dalla parte se sta in giudizio personalmente o dal difensore che deve indicare il proprio codice fiscale, l'indirizzo di posta elettronica ed il numero di fax.

Se si raffronta quanto richiesto dall'art. 125 con quanto richiesto dall'art. 414 c.p.c. si evince che in entrambi i casi devono essere indicati giudice e parti, nonché l'oggetto della domanda. L'art. 125 richiede l'indicazione delle «ragioni della domanda» e delle «conclusioni». L'art. 414 «l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali si fonda la domanda con le relative conclusioni». La differenza non è incisiva. La prima norma consente un'esposizione più generale e sintetica, ma richiede comunque l'indicazione della domanda e delle ragioni su cui la stessa si fonda.

La diversità più consistente riguarda la prova. Solo l'art. 414 c.p.c. richiede, al n. 5, «l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi ed in particolare dei documenti che si offrono in comunicazione». Niente di analogo vi è nell'art. 125. Sembra di doverne trarre la conseguenza che il rito speciale per i licenziamenti possa essere avviato anche senza l'indicazione specifica dei mezzi di prova. Il che trova riscontro nella disciplina dell'attività istruttoria definita dal comma 49, di cui si dirà.

Con il ricorso viene proposta direttamente la domanda di impugnazione del licenziamento; non si deve prospettare, né provare il *periculum in mora*. Il procedimento ha natura sommaria non cautelare²⁷.

²⁶ CSM, Parere sul ddl, in www.cosmag.it, 2012; P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra rigidità in entrata e flessibilità in uscita nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, cit.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit.; L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, cit..

²⁷ D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012 n. 92)*, cit, cui si rinvia per approfondimenti.

Si è aperta la discussione sulla compatibilità del procedimento specifico per i licenziamenti con la procedura d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* Sul piano strutturale non sembra che i due procedimenti si escludano e che la procedura d'urgenza sia per definizione inammissibile in questi casi. La legge n. 92 del 2012 non prevede nulla in tal senso e sono ipotizzabili situazioni estreme in cui nel tempo necessario per far valere il diritto in giudizio, anche nelle modalità del rito specifico, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile. Sul piano concreto, tuttavia, la collocazione della materia dei licenziamenti *ex art. 18 st. lav.* su di una corsia preferenziale e i tratti caratterizzanti la fase sommaria, dovrebbero comportare un'accelerazione dei tempi processuali tale da rendere ben più ristretto il "tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria" e quindi da restringere ad ipotesi del tutto eccezionali l'ammissibilità del ricorso all'art. 700 c.p.c.. Nel fare questa valutazione il giudice dovrebbe contestualizzare il giudizio, considerando non i tempi teorici previsti dal legislatore, ma quelli in concreto rispettati nel singolo ufficio²⁸.

A seguito della presentazione del ricorso il giudice deve svolgere una serie di attività. In primo luogo emette un decreto con il quale fissa l'udienza di comparizione delle parti. Il legislatore detta un termine massimo a tal fine: l'udienza deve essere fissata non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso.

Il giudice, inoltre, assegna un termine per la notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza non inferiore a venticinque giorni prima dell'udienza. Infine, fissa un termine, non inferiore a cinque giorni prima della udienza, per la costituzione del resistente. La notifica è a cura del ricorrente, che può provvedervi anche a mezzo di posta elettronica certificata.

La normativa nulla dice in ordine alla costituzione del resistente, se non che, come si è visto, egli avrà diritto a conoscere il ricorso almeno venticinque giorni prima dell'udienza ed il giudice deve fissargli un termine entro il quale costituirsi, non inferiore a cinque giorni prima dell'udienza.

Nulla si dice in particolare sulle modalità di costituzione. Deve ritenersi che valgano per il resistente le regole dettate dall'art. 125 c.p.c.

²⁸ La tesi della compatibilità in questa fase di avvio del dibattito sembra prevalere. In tal senso: A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., pag. 75; A. CIRIELLO, M. LISI, *Disciplina processuale*, cit.; C. CONSOLO, D. RIZZARDI, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., pag. 735 n. 31. Per la incompatibilità si esprime invece P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra rigidità in entrata e flessibilità in uscita nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*.

richiamate dalla legge per il ricorso; norme che in generale valgono anche per le comparse di costituzione. Quindi anche l'atto di costituzione del resistente dovrà indicare l'ufficio giudiziario, le parti, l'oggetto, le ragioni della parte che si costituisce e le sue conclusioni e dovrà ovviamente essere sottoscritto dalla parte se sta in giudizio personalmente o dal suo difensore, che dovrà indicare il suo codice fiscale, posta elettronica e fax.

Trattando del ricorso si è visto cosa implica sul piano ricostruttivo il richiamo dell'art. 125 c.p.c. ed il mancato richiamo dell'art. 414 c.p.c.. Per simmetria deve ritenersi che anche in materia di costituzione del convenuto, il mancato richiamo dell'art. 416 c.p.c. abbia un rilievo, quanto meno nel senso di escludere la parte della norma che prevede la decadenza per la mancata indicazione dei mezzi di prova. Ciò ha indotto alcuni processualcivili ad impegnarsi nella affermazione per cui «nella fase sommaria non maturano preclusioni»²⁹.

Il fatto che la costituzione tardiva non determini preclusioni non significa che il termine fissato per la costituzione sia irrilevante. Se la memoria viene depositata tardivamente sarà inammissibile. La parte resistente potrà ovviamente esporre in udienza le sue posizioni, ma la memoria sarà acquisibile al processo solo se depositata tempestivamente. La previsione legislativa del termine di almeno cinque giorni prima dell'udienza per il deposito della memoria è funzionale a che parti e giudice giungano in udienza conoscendo ricorso e memoria, quindi avendo un quadro completo delle posizioni, il che è indispensabile affinché l'udienza non debba essere rinviata per consentire controdeduzioni del ricorrente e possa svolgersi con cognizione di causa. La precisione con la quale i termini sono fissati e la finalità dell'intervento legislativo più volte richiamata non consentono prassi dilatorie.

Particolare stringatezza presentano le norme sull'attività istruttoria. Il legislatore dispone che il giudice «sentite le parti», «procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio ai sensi dell'art. 421 c.p.c.». Come si è detto, viene riproposta l'ampia formula dell'art. 669-*sexies* c.p.c. L'istruttoria è «deformalizzata».

Il limite alla libertà di movimento del giudice è costituito dal fatto che devono essere rispettate le formalità essenziali per il principio del contraddittorio. Lo si desume «a contrario» dalla disposizione per cui il giudice deve omettere, quindi guardarsi dal seguire, «ogni formalità non essenziale

²⁹ C. CONSOLO, D. RIZZARDI, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., pag. 736.

al contraddittorio”. La norma è strutturata nel senso che la regola imposta al giudice è di non seguire formalità procedendo nel modo che ritiene più opportuno, l’eccezione-limite riguarda il rispetto di norme essenziali al contraddittorio.

Si è già visto che il ricorso, e simmetricamente la comparsa di costituzione, non hanno vincoli di contenuto quanto alle richieste istruttorie. Nel ricorso potranno esservi ovviamente richieste istruttorie e allo stesso potranno essere allegati dei documenti³⁰. Analoga possibilità varrà ovviamente per il resistente. Ma ciò potrà anche non accadere. Le parti e il giudice potranno muoversi con totale libertà, salvo il rispetto del principio del contraddittorio.

Un altro incisivo limite a questa libertà di azione di desume però dal criterio della ‘indispensabilità’ degli atti di istruzione, che è più selettivo di quello della rilevanza. L’istruttoria, in questa fase, anche per coerenza con la celerità che la connota, deve essere la più asciutta possibile, limitata a ciò che è indispensabile ai fini della decisione.

La decisione viene adottata con ordinanza. Quindi con un provvedimento che, ai sensi dell’art. 134 c.p.c. deve essere motivato “succintamente”³¹. Il contenuto della decisione, per espressa previsione di legge, potrà essere “di accoglimento o di rigetto della domanda”. Il giudice, come si è detto, non emette un provvedimento cautelare, si esprime direttamente sulla domanda.

Ovviamente trova applicazione il canone dell’art. 112 c.p.c. e quindi il giudice ha l’obbligo di pronunciarsi “su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa”, nonché di non pronunciarsi d’ufficio su “eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti”.

Il provvedimento che conclude la fase sommaria potrebbe definire la controversia, perché, come si vedrà, la fase di opposizione è solo eventuale. Il giudice dovrà pronunciarsi anche sulle spese.

L’ordinanza in questione è “immediatamente esecutiva” e conserva tale efficacia sino alla pronuncia della sentenza che chiude il giudizio di opposizione³². Prima, per espressa previsione del comma 50. non è possibile

³⁰ L’ultima previsione del comma 48 impone alle parti, qualora ritengano di produrre dei documenti, di depositarli in cancelleria in duplice copia. La disposizione rischia di determinare problemi logistici di non poco conto. Si potrebbe forse intenderla nel senso che la seconda copia possa essere prodotta su supporto informatico.

³¹ Sempre a norma dell’art. 134, l’ordinanza, se viene adottata in udienza, sarà inserita nel processo verbale, se viene pronunciata fuori udienza dovrà essere comunicata alle parti dal cancelliere.

³² Come nella procedura *ex art. 28 st. lav.*, il cui secondo comma contiene analoga previsione.

né sospenderne l'efficacia, né revocarla. Eventuali istanze in tal senso dovranno pertanto essere dichiarate inammissibili.

11. – La legge prevede la possibilità di proporre opposizione all'ordinanza, aprendo una nuova fase processuale. La fase di opposizione è quindi eventuale, rimessa alla scelta di chi ha ricevuto una pronuncia negativa, in tutto o in parte, in sede sommaria. L'opposizione potrà essere proposta tanto nel caso in cui l'ordinanza sia di accoglimento che di rigetto della domanda. Quindi, tanto da parte del ricorrente che si è visto rigettare la domanda che da parte del resistente in caso di accoglimento. Situazioni più complesse potranno delinearsi in caso di accoglimento parziale della domanda e di soccombenza reciproca. Saranno in tal caso ipotizzabili opposizioni di entrambe le parti³³.

L'opposizione si propone con ricorso, che, per espressa previsione della legge, deve presentare i requisiti di cui all'art. 414 c.p.c.

Il termine, indicato a pena di decadenza, per la proposizione di tale ricorso è di trenta giorni, che decorrono “dalla notificazione” della ordinanza o dalla “comunicazione se anteriore”. L'atto da compiere nei termini è il “deposito” del ricorso nella cancelleria del giudice.

L'ufficio giudiziario dove il ricorso deve essere depositato è il “medesimo Tribunale che ha emesso il provvedimento opposto”. La competenza territoriale, oltre che funzionale, è quindi guidata dal provvedimento oggetto di opposizione.

Come si è detto, per il ricorso in opposizione la legge richiede espressamente il rispetto dei requisiti di cui all'art. 414 c.p.c. Si è anche visto in precedenza come gli stessi siano più ampi ed articolati di quelli richiesti dall'art. 125 c.p.c., in particolare con riferimento al punto n. 5, in materia di prove. Si torna quindi, in sede di opposizione, nell'alveo dei requisiti richiesti per qualsiasi ricorso in materia di lavoro.

Quanto al contenuto, il ricorso, essendo un atto di opposizione ad una ordinanza di accoglimento o di rigetto della domanda, deve parametrarsi sul contenuto dell'ordinanza. Se l'ordinanza ha rigettato la domanda del ricorrente, con l'opposizione questi ne chiederà l'accoglimento. Se la domanda è stata accolta, sarà il resistente che con il suo ricorso in opposizione ne chiederà il rigetto.

Ma le cose non sono semplici neanche sotto questo profilo. Il legislatore ha previsto che la domanda possa essere ampliata in sede di opposizio-

³³ Sulle opposizioni incidentali, cfr. *ampie*, P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra rigidità in entrata e flessibilità in uscita nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, cit.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., pag. 75.

ne. La formula utilizzata è alquanto contorta, ma non equivoca. Si prevede che con il ricorso in opposizione «non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi e siano svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti».

Il legislatore consente quindi l'ampliamento dell'azione non solo con l'aggiunta di domande su fatti costitutivi identici (non proposte in fase sommaria, ma che avrebbero potuto essere proposte già in quella fase), bensì anche con l'ulteriore aggiunta di domande che, oltre a presentare tale requisito, siano «svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti».

La fase di opposizione non costituisce quindi un nuovo giudizio sul medesimo tema della decisione definito in sede sommaria, ma consente l'ampliamento del tema e l'ampliamento dell'ambito soggettivo del processo.

Ulteriore indizio del fatto che con l'opposizione si torna nell'alveo dell'ordinario giudizio di lavoro, è costituito dalla circostanza che l'udienza viene definita "di discussione".

Anche i termini sono analoghi a quelli di un ordinario processo del lavoro, in quanto «il giudice fissa con decreto tale udienza non oltre i successivi sessanta giorni, assegnando all'opposto termine per costituirsi fino a dieci giorni prima dell'udienza».

Ricorso e decreto devono essere notificati dall'opponente all'opposto, anche a mezzo di posta elettronica certificata, entro trenta giorni prima della data fissata per la costituzione.

In parallelo con il richiamo dei requisiti dell'art. 414 c.p.c. per il ricorso, la costituzione dell'opposto deve avvenire ai sensi dell'art. 416 c.p.c., quindi nel rispetto delle regole dettate da tale norma e con le decadenze dalla stessa previste.

Non potrà non avere rilievo però il fatto che questo atto dell'opposto, come del resto il ricorso in opposizione, non sarà il primo atto con il quale la parte entra nel giudizio e quindi molte prese di posizione richieste dalla norma saranno state già assunte nella fase sommaria. Così come avrà conseguenze il fatto che, nel caso in cui l'ordinanza sia stata di accoglimento della domanda, i ruoli nel giudizio di opposizione saranno invertiti e sarà ricorrente colui che nella fase sommaria era resistente. Questi elementi influiranno spesso nei meccanismi processuali e richiederanno una più attenta valutazione da parte del giudice, ad esempio in materia di applicazione del principio di non contestazione o anche di ammissione delle richieste istruttorie.

Il motivo per cui nella fase sommaria non si è prevista la possibilità della chiamata in causa è chiaramente connesso alle esigenze di celerità

che la caratterizzano. Con il rientro nell'alveo dell'ordinario processo del lavoro questa esigenza si attenua. Come si è visto, in sede di opposizione, possono essere convenuti anche soggetti ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti (comma 51).

Il comma 54 consente espressamente l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei litisconsorzi necessari (art. 102 c.p.c.), la chiamata in causa di un terzo al quale la parte ritiene comune il processo o dalla quale pretende di essere garantita (art. 106 c.p.c.), l'intervento per ordine del giudice quando questi ritenga opportuno che il processo si svolga in confronto di un terzo al quale la causa è comune (art. 107 c.p.c.).

In tali casi il giudice fissa una nuova udienza entro i successivi sessanta giorni e dispone che siano notificati al terzo, ad opera delle parti, il provvedimento nonché il ricorso introduttivo e l'atto di costituzione dell'opposto, con l'osservanza dei termini per la costituzione previsti dal comma 52. Il terzo chiamato in causa deve costituirsi non meno di dieci giorni prima dell'udienza fissata, depositando la propria memoria a norma del comma 53 e quindi ai sensi dell'art. 416 c.p.c.

Il richiamo dell'art. 416 c.p.c. con riferimento alla costituzione del convenuto (opposto) implica anche che questi con la memoria di costituzione deve, a pena di decadenza, proporre eventuali domande in via riconvenzionale.

Peraltro, non solo nella fase sommaria ma anche in quella di opposizione, le domande proponibili sono solo quelle di cui al comma 47, con l'aggiunta di quelle considerate dal comma 48, che consente la proposizione di domande diverse a condizione che siano fondate sui medesimi fatti costitutivi. Ciò vale anche per le domande riconvenzionali. Di conseguenza, il comma 56 dispone che «quando la causa relativa alla domanda riconvenzionale non è fondata su fatti costitutivi identici a quelli posti a base delle domanda principale il giudice ne dispone la separazione».

Le perplessità già espresse su questa scelta di frammentare processi che ragioni di economia processuale imporrebbero di trattare unitariamente, valgono anche con riferimento a tale disposizione.

Il fatto che questa previsione sia inserita nella parte che disciplina l'opposizione, unitamente al mancato richiamo per la fase sommaria dell'art. 416 c.p.c. deve probabilmente indurre a ritenere che, anche se fondata su fatti costitutivi identici, la domanda riconvenzionale possa essere proposta solo in questa fase e non nella fase sommaria³⁴.

Ci si è chiesti se, nel silenzio del legislatore, trovi applicazione la norma generale del processo del lavoro dettata dall'art. 418 c.p.c., impli-

³⁴ In senso conforme: A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012, cit.*, pag. 76.

cante la fissazione di una nuova udienza in caso di riconvenzionale. L'opinione che ritiene tale disciplina incompatibile con la finalità acceleratoria del rito specifico³⁵ appare eccessiva, posto che l'opposizione è una fase in cui il ritmo processuale diviene meno sostenuto e considerate le esigenze di garanzia del contraddittorio sottese alle regole dell'art. 418 c.p.c.

L'attività istruttoria non è disciplinata in modo analogo al giudizio del lavoro ordinario, ma ricalcando quanto previsto per la fase sommaria, salvo una importante differenza. «Il giudice, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammissibili e rilevanti richiesti dalle parti nonché disposti d'ufficio, ai sensi dell'art. 421 c.p.c. ».

Come nella fase sommaria il giudice, sentite le parti e, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede «nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione». Fin qui le espressioni legislative sono perfettamente coincidenti. Valgono quindi le considerazioni già fatte. Anche in ordine all'impulso dell'attività istruttoria, le disposizioni sono coincidenti, perché si può trattare, indifferentemente, di atti «richiesti dalla parti nonché disposti d'ufficio, ai sensi dell'art. 421 c.p.c.».

La differenza concerne il tipo di atti di istruzione: mentre nella fase sommaria devono essere compiuti solo gli atti istruttori “indispensabili”, in sede di opposizione devono essere compiuti gli atti istruttori “ammissibili e rilevanti”. L'istruttoria della fase di opposizione ha quindi un raggio di azione più ampio perché il criterio selettivo passa dalla indispensabilità alla rilevanza³⁶.

Sotto il profilo istruttorio l'opposizione si propone come una fase di ampliamento e completamento dell'attività di acquisizione e formazione della prova. Lo si deduce dal fatto che nella fase sommaria non si determinano preclusioni, sicché non vi sono cesure tra le due fasi del giudizio di primo grado, e che in sede di opposizione il raggio di azione istruttoria è più ampio perché i criteri di ammissione della prova si dilatano e anche perché il tema della decisione, come si è visto, può essere a sua volta ampliato, tanto sotto il profilo contenutistico che soggettivo.

Terminata l'istruttoria può procedersi direttamente alla discussione (l'udienza, come nel processo del lavoro ordinario, è definita, dal comma 51, di discussione) oppure il giudice può differire la discussione, assegnando alle parti, se lo ritiene opportuno, un termine per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione.

³⁵ S. TOFFOLI, *Le novità processuali. Un altro rito speciale?*, dattiloscritto, 2012.

³⁶ Sul concetto di indispensabilità degli atti istruttori, si tornerà, *ampie*, al par. 12.

Il giudizio di opposizione viene chiuso da una sentenza. Quindi da un provvedimento che deve presentare gli elementi richiesti dall'art. 132 c.p.c. e dall'art. 118 disp. att. c.p.c.

Anche sul punto viene dettata una regola peculiare: «la sentenza, completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione».

È un regime differente da quello della sentenza che conclude l'ordinario rito del lavoro, per il quale «il giudice terminata la discussione, pronuncia sentenza con cui definisce il giudizio dando lettura del dispositivo e della esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione. In caso di particolare complessità della controversia, il giudice fissa nel dispositivo un termine, non superiore a sessanta giorni, per il deposito della sentenza» (art. 429, c. 1, c.p.c.).

La soluzione adottata, si discosta, ma il grado di scostamento dovrà essere indagato in tutte le sue implicazioni, da entrambe le possibilità previste dall'art. 429, primo comma. È una scelta intermedia, fatta ritenendo evidentemente complessa per definizione la controversia e quindi abbandonando il meccanismo di decisione al termine della discussione con lettura del dispositivo e delle ragioni della decisione, ma altresì imponendo un termine massimo per il deposito della sentenza, completa di motivazione, di soli dieci giorni, in ragione delle esigenze di rapidità che connotano le intenzioni del legislatore in materia di giudizi sui licenziamenti *ex art. 18*.

L'inciso «completa di motivazione» implica il rinvio alla regole sulla motivazione delle sentenze, dettate dal n. 4 dell'art. 132 c.p.c. («concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione») ed integrate dall'art. 118 disp. att. c.p.c. sotto la rubrica «motivazione della sentenza» (definita dalla norma codicistica, novellata dalla legge n. 69 del 2009: «succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi», nella quale «debbono essere esposte concisamente ed in ordine le questioni discusse e decise [...] ed indicati le norme di legge ed i principi di diritto applicati»).

La sentenza potrà essere, specifica il legislatore con affermazione forse superflua, di accoglimento o di rigetto della domanda. Poiché è una sentenza che chiude la fase di opposizione, il dispositivo sarà probabilmente più complesso perché il giudice dovrà esprimersi sull'accoglimento o rigetto della opposizione e, quindi, di conseguenza, sull'esito della domanda o delle domande originarie, nonché delle eventuali nuove domande.

La sentenza è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

12. – Contro la sentenza è ammesso il reclamo dinanzi alla Corte d'appello (in funzione di giudice del lavoro). La dottrina processualciviltica ha subito rilevato che questo gravame, «denominato reclamo per tributo semantico alla celerità, è nella sostanza un appello e che per tutti i profili non regolati dalle scarse disposizioni specifiche, varrà la disciplina dell'appello nel rito del lavoro, che del resto più comprovatamente realizza la *mix* tra celerità ed affidabilità tra i riti modello del d.lgs. n. 150 del 2011, oltre ad essere il più vicino per materia»³⁷. È opportuno allora ricordare che tali norme sono state recentemente riformulate, in più punti ed in maniera incisiva, dall'art. 54 del decreto legge 22 giugno 2012 n. 83, convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012 n. 134³⁸.

Le disposizioni specifiche per il rito dei licenziamenti dettate dalla l. 92/2012 sono le seguenti. Il reclamo si propone con un ricorso, da depositare, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione della sentenza o dalla notificazione se anteriore. Quindi, contrariamente a quanto previsto in generale dall'art. 326 c.p.c., il termine non decorre esclusivamente dalla notificazione, ma anche dalla comunicazione della sentenza se avviene prima della notificazione³⁹. In mancanza di comunicazione o notificazione della sentenza, si applica l'art. 327 c.p.c., in forza del quale le impugnazioni, in ogni caso, non possono essere proposte oltre il termine massimo di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza⁴⁰. La norma, invero, menziona espressamente l'appello (nonché il ricorso per cassazione e la revocazione), ma la sua applicabilità al reclamo del procedimento specifico per i licenziamenti non può essere posta in discussione, stante l'espresso

³⁷ Così si esprimono C. CONSOLO, D. RIZZARDI, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., pag. 736. L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, cit., ritiene che il reclamo abbia natura di impugnazione in senso stretto e sia quindi soggetto agli artt. 323 ss. c.p.c. ed alle regole sull'appello di lavoro. Pur non impegnandosi in affermazioni di ordine generale, anche D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012, n. 92)*, cit., ricostruisce la disciplina integrando le previsioni specifiche con le norme del codice di procedura sull'appello nel processo del lavoro.

³⁸ Per approfondimenti si rinvia a G. COSTANTINO, *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del filtro*, in <http://www.treccani.it/magazine/diritto/>, 2012.

³⁹ Per tale motivo il CSM, nel suo parere sul disegno di legge cit., sottolineò «l'opportunità di prevedere che le comunicazioni della cancelleria, oggi effettuabili a norma del codice di rito anche mezzo di posta certificata, riportino non solo l'estratto del provvedimento ovvero il solo dispositivo, ma anche, al pari della notificazione, l'intera parte motiva, onde effettivamente porre in condizione tutte le parti di usufruire per intero del termine di trenta giorni per riflettere sulle possibili opzioni da adottare».

⁴⁰ Lo stesso art. 327 c.p.c. fa salvi però i casi in cui la parte contumace dimostri di non aver avuto conoscenza del processo per nullità della citazione o della notificazione di essa o per nullità della notificazione degli atti di cui all'art. 292 c.p.c.

richiamo, né sembra sostenibile che in questo caso quello da proporre sia un ordinario appello.

La Corte d'appello (ma si deve intendere il suo presidente) fissa con decreto l'udienza di discussione nei successivi (rispetto al deposito) sessanta giorni. Si applicano i termini previsti dai commi 51-53 per il giudizio di opposizione.

È possibile ottenere la sospensione dell'efficacia della sentenza. Una regola specifica è dettata dal secondo periodo del c. 60. Il provvedimento di sospensione dovrà essere adottato, precisa la norma, "alla prima udienza". Il meccanismo e i requisiti sono diversi da quelli previsti in generale dall'art. 431 c.p.c.

Il fatto che l'art. 431 c.p.c. faccia riferimento alle sentenze di condanna "per crediti derivanti dal rapporto di lavoro" aveva indotto la giurisprudenza ad affermare che non poteva sospendersi l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro⁴¹; la disposizione in esame, dettata nell'ambito di un procedimento specifico per i licenziamenti *ex art. 18*, sembra comportare il superamento di tale orientamento⁴². La norma specifica consente la sospensione della "efficacia della sentenza"; la norma lavoristica generale parla di sospensione della esecuzione, non della esecutività della sentenza⁴³. La norma specifica consente la sospensione "se ricorrono gravi motivi"; la norma generale differenzia le sentenze che pronunciano condanne per crediti a favore del lavoratore (primo comma) dalle sentenze che pronunciano condanne a favore del datore di lavoro (quinto comma). Per le prime la sospensione è possibile quando dalla sentenza possa derivare all'altra parte un "gravissimo danno"; per le seconde è possibile in presenza di "gravi motivi". La normativa specifica per i licenziamenti utilizza l'espressione, "gravi motivi", quindi assume la formula che nel regime del processo del lavoro riguarda la sospensione delle sentenze favorevoli al datore di lavoro; formula meno intensa che lascia un margine più ampio alla possibilità di sospensione.

Delicato è il tema della istruttoria. Il comma 59 detta la regola per cui in sede di reclamo «non sono ammessi nuovi mezzi di prova o documenti». Questa regola trova due eccezioni: il caso in cui «la parte dimostri di non aver potuto proporli in primo grado per causa ad essa non imputabile» ed il caso in

⁴¹ Cass. 26 luglio 1984 n. 4424, in *Mass. Giur. Lav.*, 1984, pag. 436.

⁴² L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, cit.

⁴³ La sottolineatura è di C. CONSOLO, D. RIZZARDI, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., pag. 736, n. 35, in quali considerano, in generale, la scelta di introdurre un regime specifico della sospensione "inopinata e criticabile".

cui «il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione».

Il tema più complesso è quello della indispensabilità della prova ai fini della decisione. A seguito delle modifiche apportate dalla legge 7 agosto 2012 n. 134, il nuovo testo dell'art. 345 c.p.c. non prevede più questa eccezione. Stranamente però il legislatore non ha esteso questa modifica del processo civile ordinario al processo del lavoro, cosicché l'art. 437 c.p.c. tuttora prevede il divieto di nuovi mezzi di prova in appello «salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili». Né tanto meno è stato toccato il comma 59 del procedimento specifico in esame.

I mezzi di prova «indispensabili ai fini della decisione» della causa sono pertanto ammissibili nello specifico gravame del procedimento in tema di licenziamenti⁴⁴.

Se ammette, entro questi limiti, atti di istruzione, il collegio li assume nel modo che ritiene più opportuno, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio. La formula utilizzata è analoga a quella impiegata per le precedenti fasi del giudizio.

Nella stessa udienza il collegio decide la causa, oppure, se lo ritiene opportuno rinvia ad una nuova udienza, dando termine alle parti per depositare note difensive sino a dieci giorni prima.

La sentenza viene definita di «accoglimento o rigetto della domanda». Poiché è una sentenza di secondo grado, il suo contenuto sarà più complesso, dovendosi esprimere il giudice sulla fondatezza del reclamo e solo di conseguenza sull'esito della domanda originaria.

Come per la sentenza di primo grado, anche quella che chiude il secondo grado del giudizio, dovrà essere, «completa di motivazione, depositata in cancelleria entro dieci giorni dalla data dell'udienza di discussione». Valgono sul punto le osservazioni già fatte.

13. – Contro la sentenza che definisce il giudizio di reclamo si può proporre ricorso per cassazione. Le regole specifiche, in questo caso, sono veramente esigue. Valgono, pertanto, le regole generali dettate dagli artt. 360 ss. c.p.c. Anche queste regole generali sul giudizio di cassazione, peraltro, sono state in alcuni punti cruciali modificate ad opera dell'art. 54 della l. n. 134 del 2012. Non è questa la sede per approfondire la delicata e complessa materia. Ci si limita a segnalare la necessità di tenerne conto.

⁴⁴ Per i delicati problemi ermeneutici che questa formula legislativa pone, cfr., in particolare, Cass. 4 maggio 2012, n. 6753; Cass. (ord. VI sez.) 6 marzo 2012, n. 2012; Cass. 7 giugno 2011, n. 12303; Cass. 5 dicembre 2011, n. 26020.

Va invece ricordato, in questa sede, che il comma 43 dell'art. 1 l. 92 del 2012 è nuovamente intervenuto in materia di limiti del sindacato giurisdizionale. L'art. 30, c. 1, della legge n. 183 del 2010 (c.d. collegato lavoro) stabilì che in tutti i casi nei quali norme in materia di lavoro privato o pubblico «contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio di poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente».

Ora il legislatore ha ritenuto, con il comma 43 *cit.*, di rafforzare tale enunciazione aggiungendo la seguente frase: «l'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto».

La materia, che implica l'esame dei complessi i problemi relativi alla ermeneutica delle clausole generali ed al controllo di legittimità sui suoi esiti⁴⁵ non può essere adeguatamente sviluppata in questa sede. Affermazioni di ordine complessivo sulla giurisprudenza scontano necessariamente una notevole approssimazione, ma sembra difficile negare che i principi richiamati dalla norma sono generalmente condivisi e rispettati nella giurisprudenza lavoristica⁴⁶.

Deve sottolinearsi che il medesimo legislatore della legge 92 del 2012 ha introdotto ulteriori elementi di elasticità delle norme, persino in sede processuale. Nel disciplinare il procedimento specifico per i licenziamenti differenziandolo, sotto molteplici profili, dal processo del lavoro ordinario, come si è visto, ha deformalizzato l'istruzione probatoria, utilizzando formule di massima elasticità, e ciò non solo per la fase sommaria ma anche per

⁴⁵ La letteratura generale e lavoristica sul tema è molto ampia. Per approfondimenti si rinvia a I. CALIA, *I poteri del giudice*, in D. DALFINO (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Bari, 2011, pag. 209 ss.

⁴⁶ Le coordinate entro cui deve muoversi il controllo del giudice sulla giusta causa o giustificato motivo oggettivo di licenziamento sono state ancora una volta definite dalla Corte di cassazione. Nelle sentenze 30 novembre 2010, n. 24235 e 8 febbraio 2011, n. 3040 si è ribadito che in materia di giustificato motivo oggettivo, determinato da ragioni tecniche, organizzative e produttive, il giudice non può sindacare l'esercizio dei poteri di gestione dell'impresa, né tanto meno le valutazioni economiche dell'imprenditore, espressioni della libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost., mentre deve verificare la effettiva esistenza del motivo di licenziamento indicato dall'imprenditore, su cui grava, per legge, il relativo onere della prova.

quella di opposizione e per il reclamo. In tal modo ha fortemente dilatato i poteri del giudicante ampliando le possibilità di variabili applicative e rendendo più complessa ed ardua «la deduzione in Cassazione di “erroris in procedendo” (che) non potrà fondarsi sulla violazione di specifiche regole processuali ma solo sulla inosservanza dei principi fondamentali che regolano l’andamento del processo, come avviene nei casi nei quali è prevista l’applicazione del procedimento camerale alle materie contenziose»⁴⁷.

Tutto ciò premesso, le poche regole peculiari dettate per il procedimento in Cassazione in materia di licenziamenti sono le seguenti. Il ricorso per cassazione deve essere proposto, a pena di decadenza, entro sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza o dalla sua notificazione se anteriore. Quindi, contrariamente a quanto previsto in generale, il termine di sessanta giorni non decorre esclusivamente dalla notificazione, ma anche dalla comunicazione della sentenza se avviene prima della notificazione. Anche ai fini del ricorso per cassazione, se la sentenza da impugnare non è stata né comunicata, né notificata, si applica la regola dettata dall’art. 327 c.p.c., già esaminata, che fissa il termine c.d. lungo, invalicabile, di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza, salvo i casi eccezionali previsti dalla medesima norma⁴⁸.

La decisione di secondo grado può essere anch’essa sospesa. Giudice competente è la stessa Corte d’appello che ha emesso la sentenza. Le regole e i requisiti dell’inibitoria sono quelli previsti per la sospensione della efficacia della sentenza di primo grado, già esaminati. Infatti, il comma 62 dispone che la Corte «provvede a norma del comma 60». Anche in questo caso, pertanto, viene derogata la disciplina generale della materia, dettata dall’art. 373 c.p.c.

Ulteriore norma specifica è che la Corte di cassazione «fissa l’udienza di discussione non oltre sei mesi dalla proposizione del ricorso». Anche in cassazione, pertanto, dovrà operare una corsia preferenziale per queste controversie e varranno le regole finali dettate dal legislatore, di carattere organizzativo.

14. – La legge prevede espressamente che «alla trattazione delle controversie regolate dai commi da 47 a 64 devono essere riservati particolari giorni nel calendario delle udienze». Non si dice che tali giorni devono essere riservati in via esclusiva, ma si impone chiaramente di specificare, in sede di programmazione delle udienze e quindi in sede tabellare, giorni, o

⁴⁷ G. COSTANTINO, *Rassegna di legislazione (1° marzo-30 giugno 2012)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012

⁴⁸ V., *supra*, nota n. 40.

quanto meno particolari fasce orarie di determinati giorni di udienza, riservati alla trattazione di queste cause.

I capi degli uffici giudiziari dovranno vigilare sul rispetto di tale disposizione: uno specifico “dovere di vigilanza” è loro imposto dal comma 66. Analogo dovere è imposto ai capi degli uffici giudiziari dal comma 68, con riferimento al controllo della applicazione delle norme del rito speciale alle controversie instaurate successivamente alla data di entrata in vigore della legge. Il controllo non può riguardare il merito dell’applicazione di tali norme, ma sicuramente riguarderà il rispetto dei termini fissati dalla legge.

Queste puntualizzazioni del legislatore indicano che la previsione ed il rispetto di tali regole non sono affidati alla scelte del singolo giudice, ma devono essere definiti dall’ufficio nel suo complesso, in modo unitario, e devono essere oggetto del dovere vigilanza del dirigente.

INTERVENTI

LUCIANO PETRONIO
Avvocato in Parma

1. – Sono particolarmente felice del fatto che il prof. Gragnoli mi abbia benevolmente incluso fra gli interventori a questo seminario, in onore di Michele De Luca, perché questo mi consente di esprimere pubblicamente ad esso dr. De Luca il mio grazie più sincero (e, consentitelo, più affettuoso) per il moltissimo che Egli ha dato al diritto del lavoro in genere e a coloro che, avendo avuto la fortuna di averlo come interlocutore, hanno potuto crescere professionalmente: fra essi, per lunghi anni (a cominciare dal 1973, e cioè da quando è diventato il primo Giudice del Lavoro di Parma) sono stato anche io, allora giovane.

Sono stati anni entusiasmanti: lo Statuto dei lavoratori era entrato in vigore da poco; c'era da applicarlo e da scoprirne tutte le potenzialità.

Quante sentenze sue potrei citare che affrontavano questioni inesplorate, o davano soluzioni innovative, o sistemavano definitivamente questioni controverse?

Di quelle sull'applicabilità dell'art. 7 S.L. anche ai licenziamenti (e fu il primo, a fronte di un orientamento della Cassazione fattosi negativo dopo varie pronunzie favorevoli, a sollevare la questione di costituzionalità, poi accolta da una celebre sentenza estesa da Andrioli) abbiamo parlato tempo fa in altro convegno; ma ci fu, ad es., la sentenza con cui De Luca dichiarò antisindacale il comportamento di una azienda che aveva impedito l'assemblea in fabbrica in coincidenza con uno sciopero; ci fu la sentenza sulla possibile forma orale del contratto collettivo; quella sull'applicabilità della 482/68 anche agli invalidi psichici; sentenza, quest'ultima, non condivisa in appello, ma argomentata in modo tale per cui al Tribunale non fu possibile non sollevare, almeno, la questione di costituzionalità, inizialmente rigettata dalla Consulta, ma con una decisione che, non essendo intervenuto il legislatore, come richiesto dalla Corte, aprì la strada ad una successiva sentenza manipolatoria di accoglimento.

Per ricordarne qualcun'altra:

- una sentenza del '77 dichiara illegittimo il prontuario terapeutico Inam nella parte in cui non prevedeva il diritto alla somministrazione gratuita dei farmaci indispensabili e non utilmente sostituibili con altri preparati di adeguata efficacia curativa;

- è dello stesso anno una sentenza in materia di lavoro carcerario, che, ex art. 36 Cost., applica ai detenuti i minimi collettivi;

- altra sentenza è (si direbbe oggi) in tema di “*codatorialità*” e di comando illecito, con applicazione dell’art. 18 S.L. nei confronti di quello fra i co-datori che aveva effettivamente utilizzato il dipendente;

- nel ’79 c’è una sentenza in tema di diritto all’indennità sostitutiva delle ferie anche del dirigente che abbia il potere di mettersi in ferie da solo e di solo parziale applicazione del meccanismo della rivalutazione se la retribuzione sia convenuta in moneta estera;

- nell’80 c’è la rimessione alla Corte Costituzionale della norma che prevede un minimale giornaliero ai fini previdenziali, senza proporzionarlo alla durata del lavoro svolto quando il rapporto sia part-time; la Corte respingerà l’eccezione, ma poi dovrà intervenire il legislatore con la legge 863/84 a ridisciplinare la materia;

- nello stesso anno, altra sentenza dichiara nullo il bando di concorso che prevede come ostativo all’assunzione del vincitore un suo rapporto di coniugio, parentela o affinità con altri dipendenti;

- nell’82 afferma che l’invalido avviato al lavoro può ottenere una sentenza costitutiva del rapporto ex art. 2932 cod. civ.;

- altra sentenza applica l’art. 18 S.L. anche ai lavoratori a domicilio;

- nell’83 v’è l’affermazione dell’applicabilità anche ai dirigenti dell’art. 7 S.L.

Ma le decisioni importanti, quando non decisamente nuove, come spesso avveniva, sono mille: le riviste giuridiche ne sono piene.

Ce ne furono mille altre: le riviste giuridiche ne sono piene.

Soprattutto, c’era il carattere di queste sentenze: mai una indulgenza, come si diceva allora, di tipo ideologico: il discorso era sempre rigorosamente tecnico giuridico e in particolare ancorato ai precetti costituzionali.

Tra i giudici “*superiori*” (perché tacerlo?) De Luca aveva ... forti e preconcrete ostilità; ma la sfida era di saperlo contraddire sul piano tecnico-giuridico: e non vi riuscivano.

Da questo il prestigio che ha ottenuto; e per tutti l’insegnamento del metodo: rigore; precisione; consequenzialità logica; studio approfondito dei problemi (introdotta la causa la conosceva di più lui che non gli avvocati); e così guidava il tentativo di conciliazione in modo efficace, perché giungeva all’udienza preparatissimo e sapeva far intendere alle parti quali erano le difficoltà cui andavano incontro quanto all’accoglimento delle loro posizioni; svolgeva gli interrogatori in modo tale per cui spesso non c’era bisogno d’istruttoria; il più delle volte, non raggiunta la conciliazione, era in grado di decidere alla prima udienza.

Aggiungete una capacità di lavoro ed organizzativa enorme e il fatto che sapeva stroncare ogni atto di slealtà e ogni manovra dilatoria.

Con lui, di “*note conclusive*” non c’era quasi mai bisogno: per lo più le facevamo, svolta l’istruttoria, solo per commentarne le risultanze.

Ora sono una necessità costante, e spendiamo ore ed ore nella ricerca dei precedenti utili (non avendo la certezza che siano noti ai decidenti).

Poi i molti anni in Cassazione, dove De Luca – partecipando anche, per vari anni, delle Sezioni Unite – ha svolto un lavoro fondamentale, fino ad assumere la guida della Sezione Lavoro.

Come posso dirlo? È vero che, in genere, a noi avvocati di provincia interessa poco chi sia l’estensore di una sentenza della Cassazione; ma io del contributo di De Luca ho potuto sempre rendermi conto perché, dopo i tanti anni di studio delle sue decisioni parmensi, sono sempre stato capace di riconoscere il suo stile, assolutamente inconfondibile, alla prima lettura, solo dopo andando, per una conferma, all’instestazione della decisione.

Adesso ha raggiunto la pensione; ma sono certo che non smetterà di lavorare.

Continuerà a studiare e a scrivere; a regalarci la sua sapienza giuridica (e la sua carica umana: anche questa grandissima).

Per questo il mio intervento, basato su esperienze vissute direttamente, come vuole il tema del seminario, sarà solo problematico.

Quando De Luca era qui, per noi avvocati si trattava di vedere le questioni; ricostruire ogni vicenda in fatto e offrire le prove; diffondersi in punto di diritto, oltre l’essenziale, non serviva: la risposta, spesso inaspettata nella sua impostazione, veniva da lui, precisa ed argomentata.

Cercherò di fare così ancora una volta, riferendo – ripeto – delle prime esperienze applicative del “*rito Fornero*” e ponendo alcuni problemi fra i tanti che si presentano.

2. – Capita molte volte, a me e ai miei giovani associati:

o perché non abbiamo sicurezza sul requisito dimensionale, sulla base dei dati fornitici e potuti acquisire (ad es. nell’incertezza sull’orario osservato dai part-time o sulla legittimità di contratti a termine, somministrazioni, distacchi e co.co.pro.);

o perché, agiamo contro imprese sicuramente prive di tale requisito, sostenendo in principalità nullo il licenziamento, in quanto ritorsivo o discriminatorio;

che, oltre alla domanda principale di reintegra, ex art. 18 S.L. (vecchio testo o novellato), proponiamo, in subordine, le domande di cui all’art. 8 l. 604/66.

In questi casi, convintosi il giudice, per una ragione o per l’altra, dell’inapplicabilità dell’art. 18 S.L. (vecchio testo, o novellato) abbiamo

avuto (sovente senza motivazioni articolate e complete, se non, addirittura, sulla base solo di una affermazione meramente apodittica di inoperatività del 18 S.L.), la semplice fissazione di una udienza di discussione ex art. 420 cpc., con concessione di termini scalari per l'integrazione degli atti.

Nei casi in cui l'orientamento del Giudice ci è parso da condividere, simile decisione non ha creato altri problemi che non quello del prolungamento dei tempi del processo.

Invece, dissentendo dalla decisione, i problemi sono molti.

Il primo è: non avrebbe dovuto, piuttosto, il giudice, decidere nel merito, e, ritenuta l'inapplicabilità dell'art. 18, pronunciarsi anche sulla domanda subordinata ex art. 8 l. 604/66, soprattutto se espressamente proposta?

(Dico soprattutto perché, secondo taluni orientamenti, particolarmente oggi, dopo la legge 92/12, non essendo più la tutela reintegratoria la prima e tipica conseguenza dell'invalidità del licenziamento, v'è chi sostiene che la domanda ex art. 8 l. 604/66 è implicita, come domanda minore, in quella ex art. 18, siccome fondata sui medesimi fatti costitutivi, che sono solo l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e la volontà, manifestata dal datore di lavoro, di risolvere il rapporto stesso).

Il secondo è: se il Giudice abbia semplicemente disposto il mutamento del rito, l'attore che intenda insistere nella sua domanda principale ex art. 18 non deve proporre opposizione?

Il terzo è: può limitarsi a proporre l'opposizione, o deve anche, per potere insistere nella subordinata, provvedere al deposito della memoria integrativa, dando corso al giudizio con l'ordinario rito del lavoro, salvo, poi, chiedere la riunione delle due cause?; e se non lo abbia fatto, può insistere davanti al giudice dell'opposizione per l'accoglimento almeno della domanda subordinata?

3. – Altra esperienza da segnalare è la seguente.

Nel settembre 2012, già da tempo in vigore la legge 92/12, una grossa cooperativa di lavoro, contestandogli una grave e ripetuta insubordinazione, esclude un socio lavoratore che con essa intrattiene un rapporto di lavoro subordinato, e conseguentemente lo licenzia.

Il lavoratore reagisce con un ricorso ex art. 700, sostenendo fittizio il rapporto societario, esistente unicamente un rapporto di lavoro subordinato, insussistenti gli addebiti e discriminatorio il licenziamento, siccome dovuto alla sua attività sindacale.

Chiede, perciò, l'immediata reintegra in servizio.

La Cooperativa si difende eccependo, innanzitutto, l'inammissibilità del ricorso ex art. 700: sui presupposti enunciati ex adverso, avrebbe potu-

to essere seguito il rito Fornero, che assicura una tutela piena e rapida; dopo la legge 92 non c'è più spazio, sostiene, per un ricorso d'urgenza contro un licenziamento.

Nel merito si difende dicendo che il rapporto societario ben esiste; che non c'è stata discriminazione, ma solo legittima reazione ad un grave inadempimento; che la competenza spetta al Collegio Arbitrale previsto dallo Statuto sociale; che essendo conseguito il licenziamento all'esclusione, l'applicabilità dell'art. 18 S.L. è in ogni caso esclusa dalla legge 142/01.

La prima eccezione, se accolta, avrebbe dovuto portare il giudice a dire bensì inammissibile il ricorso ex art. 700, ma a trattarlo come se – anzi ché cautelare – fosse un ricorso ex lege 92/12, fissando una nuova udienza e un termine a scalare per l'integrazione degli atti, con l'avvertenza di lasciare alla convenuta, fra l'una e l'altra scadenza, almeno un termine di 25 giorni.

È corretta questa mia affermazione?

Il Tribunale ha risposto, invece, che la legge Fornero non c'entrava nulla, perché l'attore aveva dichiarato di volere, in fase di merito, “*ottenere la declaratoria di nullità del licenziamento ex art. 3 legge 108/90*”; ma questa sarebbe “*fattispecie estranea al novero delle domande di cui all'art. (1, comma) 47 l. 92/12*”.

Risposta, credo, sicuramente errata, perché l'art. 1 c. 47 della 92/12 rinvia all'art. 18 S.L.; e questo, nel testo novellato, si riferisce proprio – è la prima ipotesi che contempla – al licenziamento discriminatorio ai sensi dell'art. 3 della legge 11.5.90 n. 108. Sicché sull'applicabilità del rito Fornero non vi possono essere dubbi.

Resta, quindi, da risolvere correttamente il problema che ho indicato. E credo di poter dire che uno spazio residuo per la proponibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c. esiste, soprattutto se la prassi in concreto esistente presso l'ufficio giudiziario che si adisce sia quella del mancato rispetto dei termini fissati dalla legge per il rito Fornero. (O si deve stare solo a quel che la legge prevede in astratto?).

In ogni caso; spazio per il 700 dovrebbe esserci almeno per fattispecie come quelle:

- dell'impedimento, conseguente al licenziamento, alla partecipazione ad un concorso interno, o all'elezione della R.S.U., ecc. ...

- di uno stato morbile scatenato o aggravato dal licenziamento, che con l'immediato ordine di reintegrazione possa trovare, secondo il parere medico, rimedio o almeno consistente sollievo;

- dello sfratto dall'abitazione goduta, in corrispettivo del rapporto, ove i mezzi economici del lavoratore siano insufficienti ai bisogni familiari.

E dovrebbe essere certa la conversione del ricorso d'urgenza in "*ricorso Fornero*" nei termini di cui ho detto.

Presumo siate curiosi di sapere cos'altro abbia deciso il Tribunale: è entrato nel merito, ha ritenuto che l'inadempimento grave c'era e che tanto bastava al rigetto del ricorso per mancanza di *fumus boni juris*; l'ordine logico non risulta certo rispettato; ma forse, per il lavoratore, è stato preferibile avere subito questa risposta (che poi ha portato ad una conciliazione).

4. – Altra volta, avanti ad una sede giudiziaria dove c'è solo un giudice del lavoro, oberato da molti impegni, vi è stata la pressante sollecitazione alle parti a rinunciare a quella che il magistrato ha chiamato "*fase sommaria ex art. 1 comma 48 legge 92/12*" per "*passare subito alla fase, con istruttoria compiuta e cognizione piena, prevista dall'art. 1 comma 51 della stessa legge*".

Ha argomentato che "*se è vero ... che il rito ... Fornero non può considerarsi facoltativo, attesi il tenore letterale della norma (comma 4 "la domanda si propone") e l'interesse di **entrambe** le parti ... ad una sollecita definizione del processo, ... è anche vero che non paiono sussistere preclusioni, nell'ambito dello stesso rito, alla concorde volontà di entrambe le parti di "saltare" la fase sommaria del procedimento*".

Convinto (nonostante che – tristezze della professione ... – mi sia accaduto di sostenere anche il contrario) che la fase di "*opposizione*" non è in senso proprio di "*impugnazione*", ma di completamento del giudizio (un poco come nel 445 bis), ho aderito.

Ma chiedo: davvero il procedimento è nella disponibilità delle parti (seppure fra loro concordi)?

O non si deve dire che c'è un superiore interesse pubblico che lo impedisce?

Fermo che operando come ho detto (e deve essere questa, al fondo, una delle ragioni – tutte nobili – dell'atteggiamento del giudice) un risultato utile lo si ottiene sicuramente: si sfugge al problema se a conoscere dell'opposizione possa essere quello stesso giudice che ha deciso sul ricorso ex art. 1 c. 47; questione cui dovrebbe darsi risposta negativa se è corretta la tesi dell'assimilazione – pur non piena – che di tale procedimento si fa con quello ex art. 28 S.L., qualificando – ma erroneamente, io credo – quella di opposizione come una fase impugnatoria.

E non v'è dubbio che sia preferibile restare davanti ad un magistrato sicuramente esperto, che non correre i rischi che derivano dalla nomina di altro giudice, che il diritto del lavoro non ... frequenti.

5. – Ancora.

Un socio lavoratore di una cooperativa, che con la stessa intrattiene un rapporto di lavoro subordinato, viene escluso e licenziato per un asserito grave inadempimento. Propone il ricorso con rito Fornero, chiedendo la reintegra in servizio ex art. 18 S.L. e sostenendo, anche in questo caso, che esiste solo un rapporto di lavoro subordinato.

La cooperativa, costituendosi, sostiene che il rapporto societario c'era, e vi era stata anche piena partecipazione alle attività sociali (essendosi, finanche, candidato il socio a far parte del C. d'A.); che quindi l'art. 18 è inapplicabile; che l'impugnazione dell'esclusione è avvenuta tardivamente (il 61.mo giorno da quando la missiva contenente la delibera di esclusione, sebbene non consegnata per assenza del destinatario, è pervenuta al suo domicilio); che competente sarebbe stato il Collegio arbitrale previsto dallo statuto; che esclusione e licenziamento sono ben legittimi nel merito.

Il giudice rigetta il ricorso ritenendo che il lavoratore abbia commesso un grave inadempimento, causando danni; compensa le spese *“stante la particolarità della questione”*; ciò dopo avere affermato:

- che l'art. 18 S.L. è applicabile anche al socio, quando (come nella fattispecie), sia *“una vicenda attinente l'attività lavorativa a causare il licenziamento e la conseguente esclusione dalla cooperativa”*;
- che la competenza è del giudice del lavoro;
- che il ricorso è tempestivo.

Tutto discutibile; ma non è questo che qui interessa.

Importa che il lavoratore propone opposizione; la cooperativa si costituisce; chiede il rigetto dell'opposizione; espressamente ripropone tutte le sue tesi preliminari, ampiamente criticando le contrarie statuizioni del giudice, riproducendo espressamente le eccezioni stesse nelle conclusioni. La sua memoria (che, però, ripeto, anche nelle conclusioni espressamente chiede una pronuncia, sull'inapplicabilità dell'art. 18, sull'intervenuta decadenza e sulla competenza arbitrale) non la qualifica come *“opposizione incidentale”*.

Il secondo giudice conferma la gravità dell'inadempimento e rigetta il ricorso, compensando le spese stanti *“la natura della controversia e la peculiarità della vicenda”*.

Quanto alle *“eccezioni preliminari spiegate dalla resistente, scrive che le stesse devono intendersi coperte dal giudicato, in quanto, a fronte della loro reiezione da parte del Giudice di prime cure, la società convenuta non ha spiegato una propria opposizione, facendo acquiescenza, sul punto, alla decisione. Né, nell'ambito del presente procedimento, risulta ammissibile una opposizione c.d. incidentale, peraltro, nemmeno formulata esplicitamente dalla società convenuta. Per di più, non è nemmeno sostenibile che la società resi-*

stente non avesse interesse a proporre un'autonoma opposizione, in quanto, avendo il Giudice di prime cure compensato tra le parti in causa le spese di lite, la sua decisione non è stata pienamente soddisfattiva delle ragioni della medesima società”.

Le domande che pongo sono queste: davvero dalla Cooperativa doveva essere proposta una opposizione? Davvero la fase di opposizione va configurata come un giudizio di impugnazione? E se la risposta è positiva, non vale, anche in questo caso, quel che, quanto all'appello, ha detto, ad es., **Cass. 25.7.94 n. 693** secondo la cui massima *“l'interesse ad impugnare sussiste solo in presenza della soccombenza intesa come situazione di fatto nella quale la sentenza di primo grado abbia tolto o negato alla parte un bene della vita accordandolo all'avversario, e abbia quindi concretamente determinato per la stessa una condizione di sfavore, a vantaggio della controparte. Una situazione di soccombenza in primo grado che sia invece soltanto teorica – ravvisabile quando la parte, pur vittoriosa, abbia però visto respingere talune delle sue tesi od eccezioni ovvero taluni dei suoi sistemi difensivi, od anche abbia visto accolte le sue conclusioni per ragioni diverse da quelle prospettate – non fa sorgere l'interesse ad appellare, e non legittima un'impugnazione, né principale, né incidentale, ma impone alla parte, vittoriosa nel merito, soltanto l'onere di manifestare in maniera esplicita e precisa la propria volontà di riproporre le domande ed eccezioni respinte o dichiarate assorbite nel giudizio di primo grado, onde superare la presunzione di rinuncia, e quindi la decadenza di cui all'art. 346 c.p.c.”.*

È vero che l'interesse all'impugnazione derivava dall'avvenuta compensazione delle spese (pronunciata, però, non in ragione della soccombenza sulle eccezioni preliminari, ma per la *“particolarità della questione”*)?

È vero, una volta ritenuta la natura impugnatoria della seconda fase, che, quando sia stata proposta una opposizione, non si può proporre una opposizione incidentale?

E se la si ritenga proponibile, non basta, allo scopo, la chiara riproposizione della richiesta di accoglimento delle eccezioni respinte dal primo giudice, anche se l'opposizione incidentale non sia stata espressamente qualificata come tale?

6. Finisco qui.

Concludendo nel senso che davvero ci vorrebbe un immediato intervento legislativo che risolvesse i tanti, troppi problemi in campo.

Ma come sperare che tanto avvenga, nella situazione in cui oggi versa il nostro Paese?

LUCIA SILVAGNA

Già Prof. Associato dell'Università degli Studi di Parma

Prendo volentieri la parola, sia pur per pochi minuti, con l'auspicio di non interrompere le meditazioni che la finezza e la profondità delle relazioni che si sono tenute fino ad ora hanno sicuramente indotto nell'uditorio.

Anche nella mia mente, infatti, si aggiungono nuovi interrogativi a quelli scaturiti dalla lettura e dall'applicazione della disciplina cui è dedicato l'odierno incontro di studio.

Proprio per tali motivi, sarei lieta di poter inserire un momento di affettuosa allegria.

A tal fine inizierei con un ricordo giovanile dell'allora Pretore del lavoro, Michele De Luca.

Anch'io, come Luigi e Luciano, ho, infatti, frequentato la sua aula, quando Michele De Luca era un giovane magistrato e io una praticante dello studio del mio maestro, Prof. Aldo Cessari e posso dire d'aver incontrato pochi altri magistrati come lui.

Non lo dico perché mi trovo in un'aula ed in un'occasione formale come queste; non lo direi se non lo pensassi.

Da Michele De Luca ho avuto veramente l'esempio di come un giudice debba condurre un procedimento, studiare, capire le parti e talvolta, e qui vorrei aggiungere questa piccola nota di colore, usare un polso notevole per far loro comprendere l'opportunità di transigere la controversia.

Anche questa è collaborazione con la giustizia, non solo da parte degli avvocati ma anche dei giudici, e posso dire che Michele di ciò ha dato un fulgido esempio.

Ricordo, infatti, più di un'occasione in cui le parti in causa non volevano assolutamente addivenire alla transazione. Michele, allora, metteva la mano sul cassetto del tavolo ove operava e diceva: "Bene, allora leggo il dispositivo che è già pronto".

Ovviamente non ho mai potuto guardare in quel cassetto ma sono certa che non vi fosse il dispositivo e che, anzi, il presunto dispositivo venisse usato, ovviamente in forma benevola e raffinata, quasi come un ... martellino ... verso ... i contendenti!

Esse, infatti, in controversie in cui la ragione ed il torto stavano da entrambe le parti, in quel modo erano costrette a valutare l'utilità di un'equa transazione in luogo del rischio della sconfitta.

Ho così imparato in quale ulteriore, efficace ed apprezzabile, modo il magistrato possa amministrare la giustizia nel pieno rispetto dei reciproci diritti o aspettative di coloro che si trovano parti in un giudizio.

Desidero, pertanto, ringraziarlo per l'esempio e l'insegnamento che ha saputo offrire anche a noi avvocati.

Per quanto riguarda il tema di cui oggi si discute, vorrei limitarmi a due considerazioni brevissime, senza entrare nel merito dei problemi perché meglio di come è già stato fatto non potrei certamente fare:

1) "La riforma ha raggiunto lo scopo"? Di ciò già dubitavo prima della giornata odierna; oggi mi pare di poter confermare che si è aggiunto un lavoro immenso per tutti, interpreti, avvocati, giudici e, in genere, operatori del diritto;

2) "Si sono accelerati i tempi della giustizia?" No. Si sono accelerati, invece, i tempi per gli avvocati, sottoposti a termini decadenziali o, comunque, tenuti a predisporre adempimenti di vario tipo, mentre le strutture sono rimaste inalterate.

Per tali ragioni, sono intasate le cancellerie, le DTL, non solo di Parma, come ho avuto modo di constatare anche in altre sedi.

In sostanza, ovunque, si è aggiunto, per tutti, molto lavoro, prevalentemente di tipo burocratico: comunicazioni, risposte, fissazioni di sedute etc., ed anche se talvolta si può trovare la soluzione, quasi mai il meccanismo funziona.

In poche parole, per definire rapidamente o prevenire una controversia con una ragionevole transazione, l'unica via ancora oggi auspicabile sarebbe un magistrato ... col dispositivo nel cassetto!

Una volta tanto, dunque, sono d'accordo col mio collega, avversario storico, avv. Petronio, condividendo l'idea che occorra un intervento, forse una vera e propria revisione della normativa.

Non so come si potrà ottenerla nella situazione politica che abbiamo oggi, però, il fatto che quella normativa, ed è evidentissimo, sia frutto di compromessi politici e composta di articoli con decine di commi, mi costringe ad affermare, proprio in questa aula che mi ricorda grandi giuristi del passato, che si potrebbe semplificarla e chiarirla, in modo da consentire agli operatori del diritto una più agile gestione dei conflitti.

Mi chiedo, infatti, se, diversamente da quanto accadeva in passato, vi sia oggi necessità di riempire pagine e pagine per cui anche un esperto giurista, prima di arrivare in fondo, debba fermarsi un attimo e dire "ho perso l'orientamento!"

Riteniamo che non vi sia più alcun giurista in grado di predisporre norme di poche righe, di pochi commi, i cui concetti siano chiari?

Secondo me no!

Ad esempio, se oggi affidassimo al Prof. Persiani un incarico di questo tipo, potremmo dubitare che il risultato non sarebbe rapido e perfetto?

Anche questo non lo dico per piaggeria, ma perché il Prof. Persiani fa parte di quella categoria di grandi giuristi che io ammiro, stimo incondizionatamente, con la cultura, la chiarezza, la semplicità che deriva sempre dallo studio e dalla capacità di sintesi.

L'unico merito che ha avuto questa normativa, secondo me, è l'aver posto un tetto al tempo che trascorre, perché in effetti, e qui parlo sul versante delle imprese, se una causa durava, per mille motivi che sono indipendenti dalla volontà delle parti, otto anni, come a me è capitato qualche volta in primo grado e poi la conclusione comportava la reintegrazione e l'applicazione della vecchia disciplina dell'art. 18, il convenuto pagava gli otto anni di tempo di durata del procedimento e se non si poteva far valere l'*aliunde perceptum* o non si trovava la prova – perché a volte capita anche questo – si scaricava su una sola delle parti un costo che non avrebbe dovuto essere a questa imputabile.

Tale innovazione è stata, a mio giudizio, la più apprezzabile che la riforma Fornero abbia introdotto ... mentre per tutto il resto ... chiederei al Prof. Persiani di predisporre un modello di disciplina e, col vostro consenso, si potrebbe inviarlo a chi ha la legittimazione a dargli l'abito formale del testo legislativo!

Spero di non avere abusato della vostra pazienza, ma il recente pensionamento dall'insegnamento mi spinge a prendermi qualche libertà che vorrete affettuosamente comprendere.

CONCLUSIONI

FRANCO CARINCI
già Prof. Ordinario dell'Università degli Studi di Bologna

IL LICENZIAMENTO ECONOMICO INDIVIDUALE NEL CONTESTO DELL'ART. 18 ST.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Dottrina e giurisprudenza a confronto. - 3. La riscoperta dell'*intentio legislatoris* come distinta dalla *ratio legis*: il caso dell'inapplicabilità dell'art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato. - 4. Le finalità della l. n. 92/2012 a' sensi del suo art. 1, co. 1. - 5. Struttura stratiforme e regola della "scusabilità dell'errore del datore" che procede ad un licenziamento illegittimo nel nuovo art. 18 St. - 6. (Segue): il licenziamento discriminatorio in senso lato; il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, *alias* disciplinare, illegittimo; il licenziamento per giustificato motivo oggettivo in senso lato, comprensivo di quello economico, illegittimo; il licenziamento illegittimo per un vizio formale o procedurale. - 7. La rispondenza della "scusabilità dell'errore del datore" con riguardo al licenziamento discriminatorio in senso lato e al licenziamento illegittimo per un vizio formale o procedurale. - 8. (Segue) ... e al licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo illegittimo, e per giustificato motivo oggettivo illegittimo. - 9. Il licenziamento economico individuale e collettivo. La procedura prevista dal novellato art. 7, l. n. 604/1966. - 10. L'interpretazione giurisprudenziale della definizione del giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3, l. n. 604/1966. - 11. La possibile riconsiderazione di tale definizione: la attribuzione alla Corte di Cassazione di sindacare *ex art.* 360, n. 3 c.p.c. il controllo di merito esercitato dal giudice sul potere gestionale dell'imprenditore e la messa in mora della tesi giurisprudenziale del licenziamento come *extrema o ultima ratio*. - 12. La manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento.

1. – Credo essere un doveroso atto di rispetto di un qualsiasi relatore nei confronti del suo pubblico quello di precisare in apertura l'oggetto del suo discorso, compito qui facilitato dal fatto che il titolo assegnatomi è di uso corrente, col significato di un licenziamento effettuato per un giustificato motivo obbiettivo a' sensi dell'art. 3 l. n. 604/1966. Un istituto, questo, rivisto nell'ambito di quel nuovo art. 18 St. di cui all'art. 1, co. 42, l. n. 92/2012, che vi dedica il suo co. 7, peraltro con rinvio ai precedenti co. 4 e 5.

Premetto che, almeno per ora, salvo ritornarvi nel testo scritto definitivo, mi limiterò a trattare del licenziamento riconducibile a ragioni inerenti all'impresa e non alla persona del lavoratore; e privilegerò nettamente se non pure esclusivamente le "causali" quali costituite dal "giustificato motivo soggettivo" e dalla "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento" rispetto alle "sanzioni", quali date dalla reintegra attenuata e dalla indennità risarcitoria forte.

2. – Non è questa la sede per riaprire la stagione della critica, che ha caratterizzato la breve e tormentata gestazione della legge n. 92/2012, se non per tener conto di quanto di quella stagione possa servire per un'attività ermeneutica, peraltro non confinata al tempo della sua emanazione, ma aperta alla successiva evoluzione legislativa.

Prendo piacevolmente atto del ruolo qui assegnato alla dottrina, di messa a punto della strumentazione concettuale necessaria per l'interpretazione di una legge che interviene a modificare un testo non solo assunto a mito agli occhi di intere generazioni di lavoratori, ma ormai assistito da un indirizzo dottrinale e giurisprudenziale consolidato circa il suo significato; tuttavia, ogni eccessiva aspettativa da parte vostra sarebbe mal riposta, come d'altronde credo ben sappiate per esperienza diretta.

Certo la dottrina ha oggi molto da farsi perdonare, per la produzione ipertrofica, per la ricerca di una originalità fine a se stessa, per l'auto-referenzialità; ma va pur dato atto dell'essere condannata, oggi assai più di ieri, ad inseguire un'alluvione legislativa discontinua nella direzione ed equivoca nella formulazione. Tuttavia, anche quella migliore resta pur sempre costretta dalla sua stessa vocazione a ragionare in astratto, con in prospettiva soluzioni generali presentate come più o meno problematiche riguardo ad una casistica aperta, potenziale; mentre la giurisprudenza risulta vincolata dalla sua stessa natura ad argomentare in concreto, con in vista decisioni singole assunte come uniche rispetto ad una casistica concreta, attuale.

Tant'è che quando la stessa magistratura si impegna a fare dottrina, cosa divenuta ormai assai frequente, lo fa nella stessa maniera, se pur non senza una maggior attenzione per la ricaduta pratica, che, peraltro, a volte, si rivela eccessiva, fino a risolversi in una anticipazione di quanto farebbe il giudice autore a fronte di una specifica e puntuale controversia, sì da riecheggiare alla lontana l'editto emanato dal pretore romano all'inizio del suo mandato.

3. – E' cosa affatto scontata far riferimento all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, che introducono al codice civile del 1942, a cominciare dal suo co. 1, per cui *“Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”*. Una formula, questa, che, la si etichetti quale frutto storico del positivismo o la si critichi come più o meno illusoria, è del tutto congrua rispetto alla nostra Carta costituzionale, per la quale la sovranità popolare si esercita *in primis* attraverso un Parlamento eletto, con conseguente primazia della legge, cui la magistratura resta soggetta, sì da doverla rispettare nello spirito e nel

dettato. Certo oggi, diversamente da ieri, la legge è anzitutto quella costituzionale, che la magistratura deve tener presente, cercando di interpretare la legge *secundum constitutionem*; ma non fino al punto di tradirne spirito e dettato, perché una volta appurata la sua inconciliabilità, deve passare la mano al Giudice delle leggi.

Facile da dire, difficile da praticare. Ma ripartire dall'art. 12, co. 1 delle preleggi serve qui a prendere atto di una tendenza a invertire quello che vi appare essere un ordine non solo topografico, ma anche logico, cioè a privilegiare la "*intenzione del legislatore*" rispetto al "*significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*". Il perché pare relativamente semplice, dovuto all'ovvia tentazione della giurisprudenza di valorizzare il criterio "sostanziale" rispetto a quello "formale", approfittando per così dire del carattere tecnicamente povero del testo, così da recuperare un più o meno ampio margine di manovra creativo.

Il fatto è che la stessa "*intenzione del legislatore*" risulta ormai obsoleta nella sua definizione tradizionale, la quale, una volta distinta la *intentio legislatoris* (quale dato storico deducibile dai lavori preparatori) dalla *ratio legis* (quale dato positivo ricavabile dal testo, considerato in sé e in relazione al contesto in cui viene incorporato), identifica tale espressione con la sola *ratio legis*. Obsoleta, perché costruita a misura della grande stagione codicistica, che si voleva caratterizzata da una legislazione parca nella quantità e misurata nella qualità, nonché dotata di coerenza interna ed esterna rispetto alla normativa preesistente, sì da poter essere ricondotta ad una qual sorta di volontà generale ed omogenea.

A guardarla retrospettivamente, questa definizione tradizionale appare per quel che era, cioè una forzatura, la quale sacrificava la volontà soggettiva del legislatore a favore di quella oggettiva dell'ordinamento, così da permetterne la ricostruzione sistematica ad opera di una dottrina circondata da indubbia autorevolezza agli occhi della giurisprudenza, così orientata nella gestione della casistica giudiziaria. Ma se ieri poteva essere solo una forzatura, oggi rischia di prestarsi ad una vera e propria manipolazione, almeno in presenza della legislazione lavoristica, sviluppatasi nell'ultimo quindicennio con un'andatura sincopata, scandita dall'alternanza delle coalizioni di Governo di centro-destra e di centro-sinistra, affaticate in un continuo disfare più che fare, ma anche attardate da conflitti tra le loro diverse componenti interne.

E' ormai impossibile presumere di poter organizzare a sistema un corpo normativo che si accresce in modo sussultorio ad opera di un legislatore congiunturale. Ed è estremamente difficile anche solo costruire micro-sistemi a misura di singoli settori od istituti, partendo da un dettato letterale ambiguo se non addirittura equivoco, cui non è possibile restituire un

significato compiuto alla luce del contesto normativo di riferimento, se non inventandosi una *ratio legis ad libitum* dell'interprete.

Si deve, facendo di necessità virtù, ritornare al processo formativo del testo sotto esame, per rintracciarvi il compromesso approssimato sottesovi, sì da poterlo poi sottoporre a quel giudizio ponderato circa l'equilibrio raggiunto fra i diversi interessi in gioco, che funge da chiave di lettura di un dettato letterale rimasto oscuro. Rimane fermo che il testo costituisce pur sempre un vincolo insuperabile, perché l'*intentio* rilevante è quella sola che riesce ad affiorarvi, senza esservi esclusa o addirittura contraddetta. Se neppure vi affiora, vuol dire che l'*intentio* maturata fino alla vigilia del varo della norma è rimasta nella penna del legislatore, sostituita da quella che trova conferma "*nel significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*".

Esemplare in tal senso è la questione insorta circa l'applicabilità del nuovo art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato, che emerse improvvisa allorché la legge, peraltro costruita tutta a misura del lavoro privato, era ormai prossima ad essere varata, sicché si ritenne di correre ai ripari con quell'art. 1, co. 7, riecheggiante l'art. 1, co. 2 del d.lgs. n. 276/2003, secondo l'indirizzo legislativo ormai consolidato di limitare l'intervento flessibilizzante in entrata ed in uscita al solo lavoro privato. Forzare il significato di quell'art. 1, co. 7, privando di rilievo il rinvio ad una successiva armonizzazione di cui al co. 8, per dar per scontata l'applicabilità del nuovo testo dell'art. 18 ad un pubblico impiego privatizzato, soggetto ad un regime del tutto autosufficiente a' sensi del d.lgs. n. 165/2001, significa tradire l'intenzione del legislatore a pro di una propria del tutto sovrapposta a quella, fino a costituirne una caricatura: una volta appurato che la finalità della innovazione legislativa è di introdurre maggiore flessibilità in uscita, se questa è necessaria per il lavoro privato, a maggior ragione lo è per il lavoro pubblico.

Certo c'è poi da fare i conti con il richiamo di cui all'art. 51, co. 2, d.lgs. n. 165/2001, per cui "*La legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti*". Ma una volta acclarata quale era l'intenzione del legislatore, tradotta in maniera dopotutto resa ben comprensibile dall'esistenza del precedente di cui alla legge Biagi, non resta che far uso di una qualche tecnica ermeneutica utile alla bisogna, come quella prevista a tutt'oggi dall'art. 71 d.lgs. n. 165/2001 circa il c.d. meccanismo di trasformazione delle norme pubblicistiche precedenti alla privatizzazione da parte della contrattazione collettiva. Così, una volta dato atto che le successive modificazioni ed integrazioni apportate all'art. 18 St. dall' art. 1, co. 42 non operano per l'impiego pubblico privatizzato a' sensi

dei precedenti co. 7 e 8, si da lasciare immutato il testo originario, con riguardo a tale impiego; quello stesso vecchio testo dell'art. 18 St. risulterebbe non abrogato, ma solo disapplicato a favore del nuovo, con rispetto al lavoro privato.

4. – D'altronde, all'intenzione del legislatore quale deducibile dalla stessa gestazione della legge si fa di regola riferimento per individuarla in una sorta di contropartita fra una riduzione della flessibilità in entrata ed una crescita della flessibilità in uscita (art. 1, "*Disposizioni generali, tipologie contrattuali e disciplina in tema di flessibilità in uscita e tutele del lavoratore*"), debitamente assistita da una rivisitazione della politica sul mercato del lavoro passiva (art. 2, "*Ammortizzatori sociali*") ed attiva (art. 3, "*Ulteriori disposizioni in materia di mercato del lavoro*").

E ciò troverebbe una precisa conferma nello stesso art. 1, co. 1, laddove, secondo la tecnica recente di precisare in apertura le finalità della legge, dichiara che "*La presente legge dispone misure e interventi intesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di occupazione ...*", per, poi, ravvisarvi le misure nell'"*instaurazione di rapporti di lavoro più stabili*" con il lavoro a tempo indeterminato ribadito nel suo ruolo di c.d. "*contratto dominante, quale forma comune di rapporto di lavoro*" (lett. a), rispetto a cui l'apprendistato faccia da "*modalità prevalente di ingresso dei giovani nel mondo del lavoro*" (lett. b); e, rispettivamente in una equa redistribuzione delle tutele per l'impiego, da attuare, per un verso col contrastare "*l'uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità progressivamente introdotti nell'ordinamento con riguardo alle tipologie contrattuali*" e, per un altro, coll'adeguare "*contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento, con previsione altresì di un procedimento specifico per accelerare la definizione delle relative controversie*" (lett. c), con a sponda una revisione degli ammortizzatori sociali e delle politiche attive del lavoro, tale da renderne "*più efficiente, coerente ed equo l'assetto ... in una prospettiva di universalizzazione e rafforzamento dell'occupabilità delle persone*"(lett. d).

Ora questo co. 1 rappresenta una sorta di "manifesto" dell'intenzione iniziale del legislatore, che certo merita di essere verificato alla luce di una sua traduzione resa incompleta da una faticosa opera di mediazione di cui la legge porta abbondante traccia; ma che, comunque, ci dà una significativa indicazione da tenere comunque presente. E questo proprio a cominciare dal primo capoverso dello stesso comma il quale traduce quello che è divenuto nel corso dell'ultimo quindicennio un vero e proprio indirizzo le-

gislativo condiviso, se pur coltivato diversamente a seconda del colore del Governo in carica: un approccio non più micro, ma macro al mercato del lavoro, con uno spostamento di accento dal singolo rapporto di lavoro allo stesso mercato nel suo complesso, cui assicurare uno sviluppo “*inclusivo e dinamico*”, in vista di un superamento di quello iato fra *insiders* ed *outsiders* costituente il *leitmotiv* del dibattito in corso ormai da tempo. Il che troverebbe traduzione in una sorta di variante italiana della formula europea della *flexicurity*, che non conosce certo una compensazione fra una flessibilità minore in entrata e maggiore in uscita, ma fra una flessibilità estesa all’intera durata del rapporto, ivi compresa quella c.d. funzionale, cioè attinente alla stessa prestazione, e una sicurezza sul mercato garantita da una congrua politica passiva ed attiva.

A cogliere appieno l’intenzione sottesa alle parole del legislatore, tale compensazione avverrebbe a favore di “*rapporti più stabili*” all’inizio, prodotti dal contratto a tempo indeterminato come “*forma comune di rapporto di lavoro*”, tramite un ridimensionamento quantitativo e qualitativo degli altri tipi contrattuali di lavoro autonomo e subordinato passibili di un “*uso improprio e strumentale*”; ma meno stabili al termine, assoggettati ad un regime di licenziamento adeguato “*contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento*”.

Una formula, quest’ultima, anodina che ci dice solo l’an ma non il *quomodo* dell’adeguamento, sì da poterne dedurre in presenza di un licenziamento illegittimo solo una riduzione della reintegra a pro dell’indennità risarcitoria; non da qui, ma dallo stesso processo formativo del nuovo testo dell’art. 18 St. è dato appurare che quella riduzione era stata pensata come estremamente consistente.

Interessa sottolineare come la compensazione fra una flessibilità minore in entrata e maggiore in uscita sia stata rimessa in discussione nel corso della stessa gestazione della legge. Una volta congelata la nuova formulazione dell’art. 18 St., sì da sottrarla a qualsiasi possibile modifica, la pressione di chi, come la Confindustria, la riteneva ancora troppo rigida si è scaricata tutta sulla disciplina della tipologia contrattuale c.d. precaria, per restituirla ad una flessibilità maggiore di quella prevista. Non senza qualche fortuna, dato che a conti fatti lo sfoltimento della ricca famiglia coltivata dal d.lgs. n. 276/2003, auspicato dai sostenitori del “contratto unico”, si è ridimensionato del tutto, fino a risolversi nella cancellazione del solo contratto di inserimento, peraltro non senza trovargli un qualche surrogato; e l’irrigidimento della relativa disciplina si è attenuato non poco, a cominciare da quella relativa al suo capofila, cioè il contratto a termine.

E la effettività di tale compensazione è stata assai poca se non nulla, perché se sembra aversi avuta una riduzione della tipologia contrattuale

c.d. atipica; questa non ha certo riguardato il contratto a termine, oggetto di attenzione simpatetica anche da parte della legislazione successiva alla l. n. 92/2012, sì da poter contare oggi su un tipo a-causale e su un riaccorciamento dell'intervallo richiesto fra un contratto ed un altro. A stare alla rilevazione delle comunicazioni obbligatorie, nel II semestre 2013 le assunzioni hanno riguardato per il 69,3% il contratto a termine, per il 15,4% il contratto a tempo indeterminato, per il 2,7% il contratto di apprendistato; di riflesso le cessazioni per lo stesso II semestre 2013, hanno interessato per il 63,5% il contratto a termine, per il 19,8% il contratto a tempo indeterminato, per l'1,8% l'apprendistato. Sono percentuali che parlano da sole, anche se vanno riconsiderate alla luce di un tasso di attivazione, cioè relativo al numero di rapporti attivati dallo stesso lavoratore, pari a 1,40, che certo interessa in modo particolare proprio il contratto a termine, utilizzato frequentemente per periodi piuttosto brevi e ricorrenti.

Senza, poi, considerare che la prevista politica passiva ed attiva destinata ad ammortizzare la flessibilità in uscita con la sicurezza sul mercato del lavoro, già costretta a rinviare la sua entrata a regime in presenza della gravissima crisi occupazionale, è nata e deve vivere scontando la carenza delle due condizioni rivelatesi del tutto essenziali per la sua riuscita nei paesi del nord-europa assunti a modello di riferimento: la disponibilità di congrue risorse finanziarie; l'esistenza di servizi professionalmente adeguati.

5. – Come detto, è al processo formativo del nuovo art. 18 che occorre fare riferimento per capire quale fosse l'intenzione originaria del legislatore con riguardo alla distribuzione nella tutela prevista per un licenziamento illegittimo fra reintegra e indennità risarcitoria. Ed esso ci ritorna l'immagine di una prima distribuzione a tutto scapito della reintegra, mantenuta solo per il licenziamento orale o discriminatorio in senso lato; ma poi, sotto la pressione esercitata in particolare da parte del Pd e della Cgil, la reintegra è stata reintrodotta in debita sequenza per il licenziamento disciplinare e per il licenziamento economico, secondo una formula artificialmente forzata a *décalage*, data da una dose decrescente di reintegra e da una crescente di indennità risarcitoria sostitutiva. Dal che, peraltro, è dato dedurre solo una progressiva ritirata rispetto alla posizione iniziale di una reintegra limitata al licenziamento orale o discriminatorio in senso lato, con una prima linea di apertura più pronunciata a livello di licenziamento disciplinare ed una meno pronunciata a livello di licenziamento economico, sì da dar luogo ad una formazione progressiva, che lascia intravedere sotto la sequenza compatta dei commi la struttura stratiforme dei vari regimi previsti. Con l'ovvia conseguenza che ci è dato conoscere la direzione di

marcia dalla reintegra in esclusiva verso l'indennità risarcitoria in esclusiva, ma non l'effettiva consistenza di ogni singola tappa, che merita di essere esaminata e valutata senza alcuna pregiudiziale rigida.

Come ricordato, l'attuale art. 18 venne messo in sicurezza ben prima del varo finale dell'intero testo legislativo, che ne subì il contraccolpo con il *pressing* confindustriale teso a compensare il presunto *deficit* di flessibilità in uscita desumibile da quel testo con un incremento della flessibilità in entrata di cui al nuovo regime dei contratti di lavoro autonomo e subordinato, concorrenziali rispetto a quello a tempo indeterminato. E così è rimasto, eccettuato un correttivo relativo al licenziamento disciplinare, in quell'art. 1, co. 42 della l. n. 92/2012, che lo presenta nei termini di una modifica al precedente art. 18 St., a cominciare dalla rubrica, la quale non recita più "*Reintegrazione nel posto di lavoro*", ma "*Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*", sì da anticipare la fine della reintegra come sanzione esclusiva.

Come il vecchio testo, così il nuovo non pare modificare le nozioni di giusta causa di cui all'art. 2119 c.c. e di giustificato motivo soggettivo ed oggettivo di cui all'art. 3 della l. n. 604/1966. Ma a tali nozioni, cui si ricollega una "giustificatezza semplice" del licenziamento, sono sovrapposte delle condizioni di "giustificatezza qualificata", da cui dipende la sanzione applicabile ad un licenziamento illegittimo. E se già per la *law in the books* può essere meno facile del previsto escludere un qualsiasi *feedback* delle seconde rispetto alle prime, lo è ancor meno per la *law in action*, cioè per quella che si pratica nei fori.

E' ben nota la distinzione fra clausole e norme generali così come resa da Luigi Mengoni: le prime sono norme incomplete, tali da richiedere una attività integrativa condotta con riferimento a fatti e standard economico-sociali; le seconde costituiscono norme compiute, comprensive di una serie indeterminata di ipotesi definite, tali da costringere ad una attività interpretativa ristretta alla classica sussunzione in fattispecie astratte di fattispecie concrete. Come risulta evidente, scegliere l'una o l'altra definizione avrebbe qui come ricaduta una minore o maggiore discrezionalità concessa al giudice nel delineare le nozioni di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo ed oggettivo.

Senza dedicarvi troppo tempo, si può ricordare che l'art. 30 l. n. 183/2010, al suo co. 1 le qualifica come "*clausole generali*"; e lo fa in un articolo inteso proprio a ridurre la discrezionalità del giudice, col prevedere che debba limitare il suo controllo "*esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità*" senza estenderlo "*al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro*" (co. 1); e che

debba tener conto, nel “*valutare le motivazioni poste a base del licenziamento ... delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro...*” (co. 3).

Sembra comunque più persuasiva la tesi che qualifica la giusta causa ed il giustificato motivo soggettivo ed oggettivo come norme generali, tanto più alla luce della aggiunta effettuata all’art. 30, co. 1 dall’art. 1, co. 43, l. n. 92/2012, per cui “*L’inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto*”.

Ma anche a classificare la giusta causa ed il giustificato motivo come norme generali, certo è che le definizioni offerte dagli artt. 2119 c.c. e 3 l. n. 604/1966 restano pur sempre tali da comportare una loro applicazione assai variegata, come testimonia ampiamente la casistica giurisprudenziale. Ora si dice e scrive che solo dopo aver accertato l’insussistenza della giusta causa e del giustificato motivo di licenziamento, così come ereditate dal passato, il giudice passerebbe a verificare se si diano o meno le condizioni richieste per accordare la reintegra; ma pare del tutto inevitabile che costui, già in sede di accertamento delle prime (c.d. giustificatezza semplice), abbia ben presente la verifica delle seconde (c.d. giustificatezza qualificata).

Per limitarci al giustificato motivo di cui all’art. 3 l. n. 604/1966, esso appare di fatto piuttosto elastico, tanto più che stando al consolidato orientamento giurisprudenziale, quello soggettivo, cioè il “*notevole inadempimento degli obblighi contrattuali*”, viene soppesato secondo un approccio multi-fattoriale, diretto a collocarlo in un contesto comprensivo del comportamento del datore o di chi per lui, dell’inquadramento, del ruolo, del certificato disciplinare del lavoratore ecc.; e, quello oggettivo, cioè le “*ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*”, viene valutato secondo un giudizio articolato su esistenza della modifica organizzativa, effettività e genuinità delle ragioni, esistenza del nesso causale fra l’una e le altre, indisponibilità di una collocazione alternativa, nonché osservanza di criteri di scelta nell’eventualità della coesistenza di più lavoratori interessati dalla stessa modifica organizzativa.

Sicché è possibile, per non dire probabile, che il giudice curvi a misura del caso concreto sottopostogli il *quantum* dell’inadempimento preteso per essere considerato “notevole” o il *quomodo* della modifica organizzativa richiesto per essere ritenuta idonea ad integrare le previste ragioni produttive-organizzative, sì da evitare o viceversa permettere il passaggio alla verifica a quelle condizioni poste per la reintegra di cui già intuisce la sussistenza o meno.

Di regola la giurisprudenza non si fa carico di una questione che ha affaticato la dottrina, con una ricaduta non solo teorica, ma anche pratica, cioè di come considerare la giusta causa ed il giustificato motivo con rispetto al licenziamento, questo sì ricostruito concordemente come negozio giuridico unilaterale: cause in astratto, cause in concreto, motivi, presupposti di fatto. Né si vuol farlo qui, limitandosi a considerarli, secondo orientamenti diffusi, come presupposti di fatto, limiti esterni, introdotti prima dalla contrattazione e poi dalla legge all'esercizio di un potere datoriale *ab origine* incondizionato, che, se violati, viziano il licenziamento, rendendolo illegittimo.

6. – Si è detto che l'art. 18 St. testimonia una distribuzione della tutela per il licenziamento illegittimo condotta secondo una formula artificiosamente forzata a *décalage*, sì da dar luogo ad una formazione progressiva, che lascia intravedere sotto la sequenza compatta dei commi la struttura stratiforme dei vari regimi previsti. Che questa sia stata non una scelta iniziale, ma una costrizione successiva non esclude che la tutela di cui all'art. 18 St. dia l'impressione di volersi ispirare ad una logica sequenziale, peraltro vista e valutata dalla prospettiva della controparte datoriale. Sembra qui emergere quella inversione di marcia che, con l'accattivante terminologia inglese, viene indicata come la transizione dalla *job property* alla *liability rule*, se pur in una variante per così dire "etica", nel senso di una tutela costruita in modo da correlare il costo di un licenziamento ingiustificato al grado di "scusabilità dell'errore del datore di lavoro".

A fronte di una riduzione della reintegra vista e vissuta come garanzia di una effettiva stabilità dalla forza lavoro occupata nella grande e media realtà produttiva, la più sindacalizzata e combattiva, tale variante "etica" riesce, se non più accettabile, almeno meglio tollerabile rispetto a quella meramente "economica", di una tutela configurata in modo da rendere prevedibile il costo di un licenziamento ingiustificato.

Il licenziamento discriminatorio in senso lato, di cui ai co. 1-3, è **sanzionato esclusivamente con la reintegra "piena"**, caratterizzata dalla continuità del rapporto dovuta alla nullità del licenziamento, con conseguente corresponsione di una indennità risarcitoria "*commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative*", ma, comunque, non inferiore a cinque mensilità, ferma restando la possibilità per il lavoratore di avvalersi dell'obbligazione a facoltà alternativa di richiedere un'indennità pari a quindici mensilità. Regime, questo, cui è as-

soggettato anche **il licenziamento orale**, colpito da una inefficacia assimilabile ad una nullità.

A sua volta, **il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, alias disciplinare, illegittimo** di cui ai co. 4-5, è **sanzionato alternativamente**, a seconda che sia o meno dichiarato illegittimo “*per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*”, con: **a) la reintegra “attenuata”**, caratterizzata anch’essa dalla continuità del rapporto dovuta all’annullamento del licenziamento, con conseguente attribuzione di una indennità risarcitoria “*commisurata all’ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell’effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione*”, ma, comunque, per non più di dodici mesi, così da trasferire il costo di un prolungamento del processo oltre tale termine dal datore al lavoratore, ferma sempre la possibilità di avvalersi dell’obbligazione a facoltà alternativa di richiedere in sostituzione della reintegrazione un’indennità pari a quindici mensilità; e **b) la indennità risarcitoria “forte”**, preceduta da una risoluzione del rapporto con effetto dalla data del licenziamento e prevista come “*omnicomprensiva ... tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all’anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell’attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione al riguardo*”.

A questo punto ci si sarebbe aspettati che l’art. 18 trattasse al successivo co. 6 del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ma così non è, perché, con una qual sorta di salto, passa direttamente a quello inefficace per un vizio formale o procedimentale, confermando una precisa impressione: il grande “escluso” dalla reintegra sarebbe dovuto essere proprio il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, tanto da essere recuperato *in extremis*, quasi di straforo, nel co. 7. In questo co. 7, **il licenziamento per giustificato motivo oggettivo in senso lato, comprensivo di quello economico, illegittimo può essere sanzionato alternativamente**, a seconda che sia o meno dichiarato illegittimo per “*la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento*”, con: **a) la reintegra “attenuata”**, con rinvio al co. 4; **b) la indennità risarcitoria “forte”**, con rinvio al co. 5, integrato con un ulteriore passo dove si dice che “*il giudice, ai fini della determinazione dell’indennità tra il minimo e il massimo previsti, tiene con-*

to, oltre ai criteri di cui al quinto comma, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604".

Mentre il **licenziamento illegittimo per un vizio formale o procedimentale**, di cui al co. 6, cioè "per violazione del requisito della motivazione di cui all'articolo 2, comma 2 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, della procedura di cui all'art. 7 della presente legge, o della procedura di cui all'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni" è colpito da una inefficacia impropria, perché, ferma restando la risoluzione del rapporto, è sanzionato con un rinvio al co. 5, peraltro contestualmente corretto **sì da aversi come sanzione una indennità risarcitoria "debole" o "dimidiata"**, "omnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo".

7. – La riproposizione dell'ormai ben nota articolazione interna del nuovo art. 18, utilizzando all'uopo una collaudata terminologia dottrinale, conferma che la sua formazione è stata frutto di una costrizione successiva che ha messo capo ad una struttura stratiforme; ma, come detto, non priva di una sua logica, quale data da una sequenza sanzionatoria scandita e graduata sulla "scusabilità dell'errore del datore di lavoro" che abbia proceduto ad un licenziamento illegittimo.

Il fatto è che l'art. 18 St. intende ricondurre a tale sequenza sanzionatoria tutte le ipotesi di licenziamento illegittimo, con una artificiosa e confusa sovrapposizione fra quelle in cui siano carenti la giusta causa o il giustificato motivo; e, rispettivamente, quelle in cui siano presenti dei vizi sostanziali (i motivi discriminatori in senso lato) o formali (i difetti di motivazione o di procedura). Il che finisce per far apparire la logica che dovrebbe presiedere a tale sequenza, cioè la "scusabilità dell'errore del datore", una forzatura aprioristica, che non dà ragione di tutte le ipotesi contemplate; anzi comporta una potenziale ricaduta negativa sulla stessa *ratio* della giustificazione e conseguente sindacabilità dei licenziamenti individuali, quale deducibile dalla stessa storia collettiva e legislativa, così come recepita e arricchita da tutta una consolidata giurisprudenza.

7.1. – **Il licenziamento discriminatorio in senso lato.** Senza voler aprire una lunga parentesi, c'è da osservare come l'aver aperto l'art. 18 coi co. 1-3 dedicati al licenziamento discriminatorio in senso lato, cui ricollegare in forma esclusiva ed universale la reintegra piena, coincidente con

quella assicurata per ogni licenziamento illegittimo considerato dal precedente testo, ha finito per trasformare quei commi in una sorta di “buco nero” dotato di enorme forza attrattiva teorica e pratica. Ora, pur a prescindere da quella tesi per cui il licenziamento discriminatorio coinciderebbe sostanzialmente con quello privo di giusta causa o giustificato motivo; certo c'è da tener conto di quella, peraltro risalente, per cui occorrerebbe distinguere fra licenziamento discriminatorio a' sensi del diritto comunitario e nazionale e licenziamento per motivo illecito a' sensi dell' art. 1345 c.c. Per quanto attiene al licenziamento discriminatorio, basterebbe anche solo l'effetto prodotto dal licenziamento per una ragione tipica o atipica di discriminazione, senza peraltro una grande differenza fra l'una e l'altra, perché è ormai tipica anche quella offerta dalle “condizioni personali”, con un onere della prova per così dire “attenuato”, cioè assolvibile a' sensi dell' art. 28, co. 4 d.lgs. n. 150/2011, tramite “*elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori*”; mentre, per il licenziamento per motivo illecito continuerebbe ad essere necessario l'*animus nocendi*, determinante ed esclusivo, con un onere della prova “pieno”, cioè espletabile a' sensi dell'art. 2729 c.c., tramite presunzioni c.d semplici, cioè “*gravi, precise e concordanti*”.

Il solo fatto che nel co. 1 il licenziamento discriminatorio sia distinto da quello per motivo illecito non è di per sé sufficiente a ritenerlo assoggettabile all'apposito regime anti-discriminatorio; questo perché il rinvio che lo riguarda è pur sempre all'art. 3 l. n. 108/1990, il quale, al contrario, lo assorbe nell'ambito del licenziamento per motivo illecito, col considerarlo “determinato da” e non “diretto a”, sì da privilegiare l'elemento intenzionale/soggettivo rispetto a quello teleologico/oggettivo. Se così non fosse, ne seguirebbe non solo un rovesciamento dell'indirizzo giurisprudenziale consolidato, ma anche un vero e proprio stravolgimento. Basterebbe al lavoratore far valere una ragione discriminatoria, che, come detto, anche a considerare l'elencazione legislativa tassativa, appare ormai dilatabile a piacere, per esservi state ricomprese le “convinzioni personali” e supportarla con elementi di fatto nei termini previsti. Basterebbe questo, per costringere il datore a provare non l'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, ma l'inesistenza di una discriminazione, considerata e valutata come tale in base alla sua mera rilevanza oggettiva in termini di disparità di trattamento accertabile secondo la regola del *tertium comparationis*, anche tramite la prova statistica.

Tanto più che, a dar per buona la logica della “scusabilità dell'errore del datore”, ha senso partire dal licenziamento discriminatorio solo se ed in quanto a rilevare sia l'*animus nocendi* e non il mero effetto considerato in

sé e per sé. Né vale opporre che lo stesso co. 1 consideri irrilevante “*il motivo formalmente addotto*”, e il co. 7 puntualizzi che se “*nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulta determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo*”. Il primo inciso dice solo che il motivo formalmente può essere superato, cioè qualcosa di assolutamente ovvio; ma non dice come, così da risultare pienamente compatibile col considerare del tutto esaurito l’onere probatorio a capo del datore di lavoro, una volta dimostrata la presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo preliminare e preclusivo, sì da non dover procedere oltre a dimostrare l’esistenza di un motivo discriminatorio o illecito. Il secondo inciso sottintende l’intento di rassicurare chi riteneva essere il licenziamento per giustificato motivo oggettivo lo schermo ideale per occultarne un altro non giustificabile affatto o più difficilmente giustificabile e pesantemente sanzionabile.

La tesi prospettata non vanifica la compresenza nel co. 1 del licenziamento discriminatorio e del licenziamento per motivo illecito, ben potendosi ritenere che il primo riguardi le ragioni esplicitamente previste dalla legge, illecite di per sé, ed il secondo altre non previste, illecite solo se contrarie a norme imperative. E neppure contrasta con la disciplina antidiscriminatoria comunitaria e nazionale, dato che resta aperta la scelta del lavoratore, in presenza di un licenziamento per giusta causa o giustificato motivo che ritenga essere discriminatorio, di far ricorso all’art. 18 St., col conseguente rito speciale *ex art. 1, co. 48-68 l. n. 92/2012*, o all’art. 28 d.lgs. n. 150/2011, peraltro con la consapevolezza della diversità di tutela procedimentale e sostanziale offerta.

Resta, peraltro, che la incapacità di provare la presenza della giusta causa o del giustificato motivo può ben di per sé sola aprire la via ad una valutazione ampiamente discrezionale circa l’esistenza di un licenziamento discriminatorio. Oggi più di ieri, proprio in ragione della centralità acquisita da tale licenziamento nel nuovo art. 18 St., per essere posto in apertura e per essere assistito dalla reintegra “piena”, sì da poter dar luogo ad una sua applicazione espansiva contrastante con la intenzione del legislatore di deflazionare la reintegra.

7.2. – Il licenziamento illegittimo per un vizio formale o procedurale. L’art. 18, co. 6 testimonia una radicale svalutazione dei vizi formali o procedurali del licenziamento, sanzionati con una inefficacia solo di nome, perché non priva di efficacia il licenziamento che ne sia affetto e lo sanziona con una indennità risarcitoria “debole” o “dimidiata”. Il che comporta una rottura non solo con la precedente lezione della dottrina e della giurisprudenza costituzionale, ma anche con la stessa logica della “scusabilità

dell'errore del datore di lavoro". Nella sua formulazione assai ampia, il co. 6 ricomprende potenzialmente qualsiasi violazione del requisito della motivazione, per cui la "comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato" (art. 2, co. 2 l. n. 604/1966), nonché alla procedura per il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo (art. 7, da intendersi limitato ai co. 2, 3 e 5) e alla nuova procedura conciliativa per giustificato motivo obbiettivo. Così, non solo produce una irragionevole differenza, circa la sanzione applicabile in caso di mancata specificazione dei motivi, fra le aree coperte dall'art. 18 St. e dall'art. 8 l. n. 604/1966, cioè una inefficacia apparente *vis-à-vis* di una inefficacia reale. Ma sembra mandare al macero la precedente elaborazione in tema di completezza, tempestività, immodificabilità della contestazione e motivazione del licenziamento disciplinare, sì da prospettare una questione di costituzionalità non manifestamente infondata.

Come detto, c'è una rottura non solo con la lezione pregressa, ma anche con la stessa logica, cui parrebbe volersi ispirare l'art. 18 St., della "scusabilità dell'errore del datore", almeno se si pensa che la violazione del requisito della motivazione vada intesa come ricomprensente una sua assenza totale o una sua presenza fittizia. Una volta costruita la sequenza di cui all'art. 18 St., distinguendo fra il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo o oggettivo, la contestuale specificazione dei motivi avrebbe dovuto rispondere all'esigenza di orientare subito verso i rispettivi regimi sanzionatori; e, come si vedrà meglio, la stessa previa esecuzione della procedura conciliativa per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo avrebbe dovuto servire non solo a deflazionare il contenzioso, ma anche a precostituirne uno svolgimento più rapido e trasparente.

Non si dà qui alcuna "scusabilità dell'errore del datore", perché l'eventuale omissione è di per sé non solo consapevole, ma gravemente sospetta, perché tale da poter permettere allo stesso datore di giocare a carte coperte, con un licenziamento in forma scritta, ma senza alcuna previa procedura e contestuale motivazione, per poi scoprirle solo a seguito del ricorso del lavoratore nella stessa memoria di costituzione.

Il problema è aggravato dall'aver duplicato il giudizio con riguardo ai licenziamenti per giusta causa e giustificato motivo subbiettivo e per giustificato motivo oggettivo, col prevederne almeno sulla carta un primo di "giustificatezza semplice" ed un secondo di "giustificatezza qualificata". Perché, visto che i co. 4 e 7 richiedono, per ottenere la reintegra "attenuata", "l'infondatezza del fatto contestato" e, rispettivamente, "la manifesta infondatezza del fatto posto a base del licenziamento", sembrerebbe possibile concludere che in assenza, se non della previa procedura, almeno di

una contestuale motivazione dei licenziamenti in questione, non si possa parlare né di “fatto contestato”, né di “fatto posto a base del licenziamento”.

Il che implicherebbe di interpretare il co. 6 nel senso che l'inefficacia apparente ivi prevista valga per una “*violazione del requisito della motivazione*” di cui all'art. 2, co. 2, l. n. 604/1966 che non si traduca in una assenza totale o in una presenza fittizia della medesima, perché allora la stessa mancanza del “fatto” in quanto non “contestato” o non “posto a base del licenziamento” farebbe scattare automaticamente la reintegra “attenuata”. Conclusione, questa, che non contrasterebbe affatto con la logica di una graduazione delle sanzioni in forza e ragione della “scusabilità dell'errore del datore”, ma anzi la confermerebbe appieno.

8. – Il legislatore unifica ed omogeneizza le ipotesi di licenziamenti illegittimi per carenza di giusta causa e giustificato motivo soggettivo ed oggettivo, col prevedere che la reintegra “attenuata” sia riservata alla “*insussistenza*” di un “fatto”, cioè di un qualcosa di concreto e percepibile, tanto da farlo assumere da tutta una certa dottrina come “materiale”, cosicché la sua eventuale mancanza non possa sfuggire al datore di lavoro senza sua colpa. Colpa, questa, correlata di riflesso al *quantum* di percepibilità di tale mancanza da parte del datore, che a sua volta risulta graduato secondo la potenziale ricaduta sul lavoratore: nel licenziamento disciplinare, in cui è in gioco la sua stessa dignità, è necessaria l’“*insussistenza*”; invece, nel licenziamento economico, in cui è in questione la sola perdita del suo posto di lavoro, è sufficiente la “*manifesta insussistenza*”.

Solo che la unificazione ed omogeneizzazione delle due ipotesi di licenziamento sconta in partenza una loro diversità per così dire ontologica: il licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo rinvia ad una “*mancanza così grave da impedire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto*” o ad un “*notevole inadempimento degli obblighi contrattuali*”; e, a sua volta, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo a “*ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*”.

Da un lato c'è un inadempimento, il quale, così come individuato nella contestazione e nella motivazione, viene considerato dal giudice, secondo un approccio multifattoriale per così dire orizzontale, tale da tener presente il contesto rilevante per valutare il grado dell'inadempimento, cioè esistenza di una provocazione, rilevanza della posizione rivestita, storia disciplinare, anzianità ecc.; dall'altro c'è un atto organizzativo del datore di lavoro, il quale così come definito nella motivazione, viene valutato dal giudice, secondo un approccio per così dire verticale, tale da tener conto *in primis*

del *continuum* causale fra soppressione del posto del lavoratore licenziato e ragioni produttive-organizzative determinanti.

Ora, qualunque definizione si dia del “fatto” richiesto per concedere o escludere la reintegra, questo resta sempre giuridico, in quanto assunto dall’ordinamento a fatto produttivo di un effetto rilevante al suo interno. Rimane che tale “fatto” deve essere selezionato nell’ambito della definizione di giusta causa o giustificato motivo soggettivo o oggettivo, secondo un processo selettivo condotto dal più al meno, che liberi per così dire il loro “nucleo essenziale”. E qui rileva quella diversità fra i due licenziamenti, sopra qualificata come ontologica, che rende forzante una loro considerazione unitaria in termini di “scusabilità dell’errore del datore di lavoro”.

8.1 – Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo illegittimo. Si può per il momento prescindere dal dato, su cui occorrerà ritornare, che il punto di partenza del processo selettivo da condurre con riguardo al licenziamento disciplinare e al licenziamento economico appare differente, costituito com’è da un inadempimento e, rispettivamente, da un *continuum* causale. Sicché tale processo può portare ad un “fatto” nel primo caso, anche se forzando un po’, come quando viene contestato un comportamento del lavoratore articolato e circostanziato oppure costituito da uno scarso rendimento; ma non lo può fare nel secondo. Ne segue che quel che rimane alla fine del processo selettivo, cioè il “fatto contestato” e, rispettivamente, il “fatto posto a base del licenziamento” non è affatto comparabile.

Si è cercato di ridurre il “fatto contestato” a mero fatto “materiale”, limitato al suo solo elemento oggettivo, con un richiamo esplicito od implicito all’art. 530 c.p.p. dove l’assoluzione “*perché il fatto non sussiste*” è riconducibile all’assenza della condotta o dell’evento o del nesso di causalità. Ma si è sostenuto in contrario che quello stesso fatto contestato sia un fatto “giuridico”, esteso anche al suo elemento soggettivo, peraltro variamente interpretato.

Ora, resta che si parla di un fatto che è stato “contestato” e che, se ed in quanto ritenuto sussistente, deve essere confrontato col codice disciplinare contenuto nel contratto collettivo applicabile o predisposto dal datore di lavoro per verificare se sia stato previsto e colpito con una sanzione conservativa. Sicché rimane pur sempre quell’inadempimento che il giudice col suo approccio pluri-fattoriale ha ritenuto assente oppure presente ma non grave né notevole, tanto da escludere la presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo; e che ora deve riprendere in considerazione con un approccio al tempo stesso mono-fattoriale e riduttivo, cioè scorporandolo dal contesto e riducendolo a comportamento commissivo od

omissivo antiggiuridico, imputabile e consapevole, senza dar rilievo al grado di colpa o dolo.

Su questo pare essersi coagulato un certo consenso, peraltro per niente risolutivo, perché una volta ritenuto così sussistente il “fatto contestato”, rimane pur sempre da verificare se sia o meno riconducibile ad una sanzione conservativa, con un secondo ed ulteriore passaggio rivelatosi come quello affatto decisivo. Il che finisce per rimettere tutto in discussione, perché quel rilievo del grado di colpa o dolo, prima escluso, rientra prepotentemente in gioco almeno quando il codice disciplinare lo preveda per l'applicabilità di una sanzione conservativa.

Si può qui prescindere dal come valutare il rinvio al codice disciplinare collettivo con riguardo alla sua esistenza, efficacia nonché insindacabilità; ed ancor più al suo eventuale sostituto o integratore, quale costituito dal codice disciplinare datoriale. Certo è che il fronte caldo del confronto dottrinale finisce per essere costituito dalla tassatività o meno delle previsioni delle sanzioni conservative di cui al codice disciplinare collettivo.

Si ritiene da parte dei “falchi” che occorranno previsioni precise e puntuali; sì da escludere una interpretazione, se non estensiva, certo analogica, nonché, a maggior ragione l'utilizzazione del criterio di proporzionalità di cui all'art. 2106 c.c., bandito in forza di quell'emendamento strappato in “zona Cesarini” dalla Confindustria, per cui veniva soppresso il richiamo per l'individuazione delle sanzioni conservative oltre che al codice disciplinare anche alla legge. Si oppone da parte delle “colombe” che non siano affatto necessarie previsioni precise e puntuali, peraltro difficilmente rinvenibili nel tipico codice disciplinare collettivo; sì da ammettere una interpretazione sia estensiva che analogica, nonché la spendita di quel criterio di proporzionalità intrinseco allo stesso esercizio del potere disciplinare, di cui l'art. 2106 c.c. costituisce solo una conferma, tanto da rendere del tutto irrilevante l'emendamento di cui sopra.

Ora, proprio la *querelle* dottrinale in corso ci testimonia l'estrema criticità della tesi che cerca di spiegare la disciplina del licenziamento per giusta causa e giustificato motivo giudicato illegittimo in termini di “scusabilità dell'errore del datore di lavoro”: ciò, col ridurre in prima battuta il “*fatto contestato*” a mero fatto “materiale”, inteso nel senso di limitato al suo solo elemento oggettivo, e col richiedere in seconda battuta la previsione precisa e puntuale della sanzione conservativa, perché solo così il datore sarebbe messo sull'avviso in modo chiaro ed inequivoco.

C'è da parte del legislatore il tentativo non riuscito di rovesciare lo stesso punto di vista con cui guardare al licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, cioè dalla esistenza di una “colpa” del lavoratore che lo renda illegittimo alla presenza di una “colpa” del datore di

lavoro che lo renda scusabile se illegittimo. Ma, se pur occultata, alla fin fine è sempre la “colpa” del lavoratore a rilevare, *sub specie* di un altro tipo di licenziamento, per cui, oltre ai due in tronco e con preavviso, per un inadempimento grave o notevole, ce n’è un terzo con preavviso e indennità risarcitoria, per un inadempimento meno che notevole.

E questo terzo tipo di licenziamento finisce per coprire parte dello spazio prima riservato alle sanzioni conservative, che quindi se lo vedono compresso; peraltro in modo alquanto dubbio, perché realizzato con rinvio ad un codice disciplinare collettivo, tutto costruito su un passato dicotomico, per cui, da un lato, poteva specificare senza esaurire le nozioni legali di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo, dall’altro, graduava le previsioni di inadempienze passibili di sanzioni conservative con ricorso esplicito od implicito al criterio di proporzionalità. Sicché toccherà inevitabilmente al giudice individuare lo spazio intermedio creato *ex novo* fra l’inadempimento notevole e meno che notevole, ieri punibile solo con sanzioni conservative ed oggi sanzionabile con il licenziamento col preavviso e l’indennità risarcitoria e con sanzioni conservative. Certo cercherà il *discrimen* fra licenziamento e sanzioni conservative nel codice disciplinare collettivo, ma così com’è non come dovrebbe essere. Sicché, pur dando per scontato di dover espropriare a pro del licenziamento uno spazio prima riservato almeno implicitamente alle sanzioni conservative, non potrà considerare le sole ipotesi in cui siano previste in maniera precisa e puntuale; ma dovrà allargare la sua attenzione a quelle ricavabili in via estensiva e analogica, fermo restando il ricorso al criterio di proporzionalità almeno laddove esplicitamente previsto dallo stesso codice disciplinare collettivo.

8.2. – Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo.

Riportando ora il discorso sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo, rimane fermo quanto già anticipato, e comunque destinato ad essere ripreso oltre, circa l’essere il “*fatto posto a base del licenziamento*”, di cui al co. 7 dell’art. 18, non un fatto ma un *continuum* causale; e ridurre quest’ultimo ad un fatto è solo un artificio argomentativo di chi lo equipara al “*fatto contestato*” di cui al co. 4, come fatto “materiale”, quasi percepibile fisicamente, tanto da poterlo considerare sussistente o insussistente, senza via di mezzo.

Ciò premesso, proprio in virtù del divario esistente fra l’uno e l’altro licenziamento, la logica della “scusabilità dell’errore del datore” che abbia proceduto ad un licenziamento illegittimo risulta incompatibile col co. 4, ma non altrettanto col co. 7, perché qui il recesso del datore di lavoro non rinvia ad un inadempimento del lavoratore, ma alla soppressione di un posto riconducibile a ragioni produttive-organizzative.

9. – E' giunto il momento di riprendere in mano l'art. 3 l. n. 604/1966, con riguardo al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che viene individuato e tipizzato come "*determinato ... da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*". Senza soffermarsi più di tanto, c'è da sottolineare un duplice aspetto, attinente alla formula considerata in sé e con riguardo a quella di cui all'art. 24 l. n. 223/1991.

Secondo la lezione corrente le prime due espressioni dell'art. 3, "*ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro*", se pur potenzialmente distinguibili, in quanto riferibili al substrato strumentale e all'elemento umano, convergono a coprire le ipotesi di quello conosciuto nei termini di licenziamento economico: definite come produttive-organizzative in senso stretto o come non inerenti alla persona del lavoratore. Mentre la terza espressione, cioè "*e al regolare funzionamento di essa*", è relativa, o perlomeno è stata utilizzata per le ipotesi di licenziamento determinato da cause inerenti alla persona del lavoratore, che peraltro non costituiscono infrazioni disciplinari.

Come anticipato fin dal titolo di questo contributo, non ci si interesserà di queste ultime, pur dando atto che l'art. 18, co. 7 dia per implicito il fatto che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ricomprenda anzitutto le ipotesi di licenziamento non inerenti alla persona del lavoratore; e si preoccupa solo di ricondurvi "*anche*" due ipotesi inerenti alla sua persona, quali quelle di cui agli artt. 4, co. 4 e 10, co. 3 l. n. 68/1999, qualificandole esplicitamente come "*per motivo oggettivo consistente nell'idoneità fisica o psichica del lavoratore*". Mentre non considera un licenziamento per giustificato motivo oggettivo quello intimato in violazione dell'art. 2110, co. 2, c.c., limitandosi a sottoporlo allo stesso regime previsto per il caso che sia ingiustificato, cioè alla reintegra "*attenuata*" di cui al 4.

Prima di passare oltre, si possono ricordare, senza peraltro affrontarle, le questioni insorte in dottrina con riguardo al licenziamento per giustificato motivo non economico: se quanto previsto dal co. 7 possa essere esteso ad altre ipotesi inerenti alla persona del lavoratore, che prima venivano ricondotte a tale tipo di licenziamento, come il ritiro di patenti, licenze, autorizzazioni necessarie per svolgere l'attività lavorativa o la custodia cautelare; se e a quali ipotesi inerenti alla persona del lavoratore sia applicabile il nuovo art. 7 l. n. 604/1966 e sia esperibile il *repêchage*.

Resta ora da confrontare la formula di cui all'art. 3 l. n. 604/1966 con quella dell'art. 24, co. 1 l. n. 223/1991 dettata per il licenziamento collettivo, definito in rubrica per "*riduzione del personale*" e configurato nel testo come quello effettuato da imprese con più di quindici dipendenti che "*in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, inten-*

dano effettuare almeno cinque licenziamenti nell'arco di centoventi giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito della stessa provincia", con l'esplicito avvertimento che sono da conteggiarsi *"tutti i licenziamenti che, nello stesso arco di tempo e nello stesso ambito, siano comunque riconducibili alla medesima riduzione o trasformazione"*.

Secondo una interpretazione corrente le *"ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro"* di cui all'art. 3 della legge del 1966 e la *"riduzione o trasformazione di attività di lavoro"* di cui all'art. 24, co. 1 della legge del 1991, sarebbero sostanzialmente coincidenti, tanto è vero che un licenziamento economico ricadrebbe sotto l'una o sotto l'altra in ragione dell'essere unico o accompagnato da almeno altri quattro, nello stesso arco di tempo e nello stesso ambito. Il che giustificherebbe una certa osmosi di disciplina, sì da permettere l'estensione al licenziamento per giustificato motivo oggettivo sia, ieri, del co. 1, sui criteri legislativi di scelta; sia, oggi, del nuovo co. 3, art. 5 l. n. 223/1991, sull'applicazione della reintegra *"attenuata"* in caso di loro violazione.

Si può anche convenire sulla premessa di una sostanziale coincidenza qualitativa, sì da poter costruire un *genus* licenziamento economico, cui ricondurre quello individuale e quello collettivo, tanto più che quest'ultimo si traduce alla fine per ogni singolo lavoratore in un licenziamento individuale; ma rimane sempre una differenza quantitativa, che si riflette nelle stesse ragioni, nelle misure organizzative e nelle ricadute occupazionali e sociali. Può essere discusso il fatto che tale differenza abbia portato, nel nostro Paese, la contrattazione collettiva e la legge a battere una strada diversa da quella percorsa altrove: cioè di assoggettare al licenziamento individuale ad un controllo giudiziale *ex post*; ed il licenziamento collettivo ad un controllo sindacale *ex ante*, considerato non censurabile nel merito secondo un orientamento giurisprudenziale del tutto consolidato. Solo che, dopo averlo criticato, c'è solo da prenderne atto, sì da maneggiare con prudenza possibili osmosi fra le discipline dell'uno e dell'altro licenziamento.

Se proprio si vuole, nella l. n. 92/2012 è ravvisabile un qual sorta di livellamento al ribasso fra queste, perché mentre l'art. 18 co. 7 ci restituisce una disciplina del licenziamento economico individuale con una reintegra certo ridimensionata, se non anche ridotta ad eccezione; le aggiunte agli artt. 4, co. 9 e 12 l. n. 223/1991 ci ritornano una disciplina della procedura del licenziamento collettivo, ammorbida rispetto a quella precedente, la quale non per niente costituiva l'unica sindacata dalla giurisprudenza, proprio per ciò con una grande fiscalità formale. Così è previsto *ex novo* che l'elenco dei lavoratori licenziati sia trasmesso per iscritto ai soggetti previsti dal co. 9, non più *"contestualmente"*, ma *"entro sette giorni dalla comunicazione dei recessi"* (co. 9, come integrato dall'art. 1, co. 44 l.

n. 92/2012); e che “*gli eventuali vizi della comunicazione di cui al comma 2 del presente articolo possono essere sanati ad ogni effetto di legge, nell’ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo*” (co. 12, come integrato dall’art. 1, co. 45 l. n. 92/2012).

Per di più, nel corso stesso di gestazione della legge, non è mancato un tentativo di spostare l’accento su un controllo sindacale *ex ante* dello stesso licenziamento individuale, peraltro abortito in quell’art. 1, co. 40, che compie il capolavoro di sostituire l’art. 7 l. n. 604/1966, con l’inserirvi una procedura di conciliazione preventiva applicabile al di fuori dell’ambito della legge stessa, perché riservata al licenziamento per giustificato motivo oggettivo “*disposto da un datore di lavoro avente i requisiti dimensionali di cui all’articolo 18, ottavo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300*”.

Senza scendere ad un esame analitico, si può osservare come la procedura resti individuale, con a sue sole “*parti*” il datore di lavoro ed il lavoratore, le quali possono essere “*assistite*” ma niente più (co. 40, punto 5). E se pur viene incentivata una conclusione positiva, peraltro solo in quanto raggiunta tramite una “*risoluzione consensuale*”, col prevedere la fruizione dell’ASPI e la ricollocazione professionale tramite l’affidamento ad una agenzia per il lavoro (co. 40, punto 7); la conclusione negativa resta priva di una sua significativa ricaduta sulla eventuale successiva vicenda giudiziale.

A quanto già visto a’ sensi dell’art. 18, co. 6 St. una sua omissione porta con sé un’inefficacia del licenziamento tutt’affatto fittizia, perché il rapporto di lavoro cessa comunque, con ad unica sanzione quella di un’indennità risarcitoria “*debole*” o “*dimidiata*”; mentre una sua conclusione negativa comporta solo che “*Il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta avanzata dalla stessa, è valutato dal giudice per la determinazione dell’indennità risarcitoria di cui all’articolo 18, settimo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300 ... , e per l’applicazione degli articoli 91 e 92 del codice di procedura civile*”.

Questo *per tabulas*. Non deve, però, sottovalutarsi la finalità deflattiva della nuova procedura, che sembra confermata dalla prima esperienza, dovuta non solo e non tanto ad essa, considerata di per sé sola, ma alla rimodulazione della sanzione applicabile al licenziamento effettuato in base ad un giustificato motivo oggettivo rivelatosi inesistente: mentre la reintegra appare più aleatoria; l’indennità risarcitoria, come prevista fra una e due annualità retributive, è tale da rendere appetibile l’eventuale “*monetizzazione*” della perdita del posto.

E, una volta che la vicenda finisca davanti al giudice, questi potrà ben controllare la coerenza fra i “motivi” adottati dal datore nella comunicazione che attiva la procedura e nella lettera di licenziamento; e, per quanto la legge lo legittimi a tener conto del “*comportamento complessivo delle parti*” e della “*proposta conciliativa*” della Commissione ai soli fini sopra visti, certo di fatto finirà per non prescindere nella c.d. precomprensione, se pur senza esternarlo nella motivazione, nel valutare la fondatezza del ricorso del lavoratore, con particolare riguardo alla possibilità di *repêchage*.

10. – Può sembrare eccessiva l’affermazione che la precipua finalità perseguita nella revisione dell’art. 18 St. fosse quella di sterilizzare la reintegra con riguardo tutto particolare al licenziamento economico, perché questo è stato recuperato solo da ultimo all’interno dell’articolo statutario; e lo è stato con quel co. 7, che si limita a ricalcare *in melius* dal punto di vista del datore di lavoro il regime previsto per il licenziamento disciplinare, fissando quale *discrimen* fra tutela reintegratoria e risarcitoria, individuate con rinvio ai co. 4 e 5, qualcosa di più di una mera “*insussistenza*”, cioè una “*manifesta insussistenza*” del “*fatto posto a base del licenziamento*”.

Ma è l’intera sequenza sanzionatoria dell’art. 18 St. a dar l’impressione di essere scandita in base a quella “scusabilità dell’errore del datore”, che trova la sua miglior conferma nella concessione *in extremis* di un reintegra liminare al licenziamento economico ingiustificato; cioè, ad un licenziamento riconducibile all’esercizio del potere gestionale del datore, come tale costretto a misurarsi con l’andamento del mercato e col funzionamento dell’azienda, sì da correre continuamente il rischio di sbagliare.

Si è avanzato sopra il dubbio che se pur il legislatore dia per scontato che la stessa nozione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo sia rimasta invariata, questo possa anche non essere del tutto vero, se non nella *law in the books*, nella *law in action*. Il che obbliga a ritornare sull’art. 3 l. n. 604/1966, per verificare come sia stata interpretata dalla giurisprudenza la parte relativa al giustificato motivo oggettivo. Fermo restando che ci si limiterà ad offrire le coordinate di base, senza inoltrarsi in una ricognizione casistica, tanto dispersiva quanto scarsamente conclusiva.

La formula “*licenziamento ... determinato da ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*” è stata articolata su un *continuum* causale costituito dalla: a) soppressione del posto di lavoro, b) ragioni che l’hanno determinata, c) il nesso causale, con l’aggiunta di d) un obbligo di *repêchage*, nonché e) di un ulteriore obbligo di ricorso a criteri di scelta nel caso che la soppressione del posto sia tale da poter riguardare indifferentemente uno fra più lavoratori.

a) Certo non si tratta della soppressione di un posto contemplato in un organico formale, che non esiste nel lavoro privato, ma di quel complesso di mansioni attribuite ad un singolo lavoratore all'inizio o nel corso del suo rapporto, che viene eliminato in tutto od in parte prevalente, sì da rendere impossibile od inutile continuare ad utilizzare quello stesso lavoratore allo stesso modo di prima.

Essa riguarda una modifica effettiva, attuale o programmata a breve, dotata di una certa stabilità, sia del substrato materiale sia dell'elemento umano, che va da quella ammessa della chiusura di un settore, reparto, ufficio a quella esclusa della sostituzione del lavoratore con un altro come lui a tempo indeterminato; e passa per un'area intermedia a risposta positiva decrescente: conclusione di un contratto di appalto, eliminazione per rimozione di vecchi macchinari o introduzione di nuovi, redistribuzione delle mansioni fra altri lavoratori, sostituzione da parte dello stesso datore di un amministratore, di un socio, di un lavoratore autonomo, di un *part-timer*.

b) La problematica relativa alle ragioni poste a monte della modifica comportante la soppressione del posto di lavoro risulta essere di gran lunga quella più importante, perché, ferma restando la loro rilevanza e sindacabilità, c'è da vedere fin dove ci si può spingere senza oltrepassare il confine ora ribadito dall'art. 30, co. 1 l. n. 183/2010.

Se pur è ricorrente l'omaggio pagato a tale limite, sì da essere divenuto traluzio, tuttavia il suo rispetto appare non di rado dubbio, se non assente, pur dando atto trattarsi di un crinale scivoloso difficile da percorrere senza il rischio continuo di perdere l'equilibrio. Certo si dà *apertis verbis* per escluso che il giudice possa sindacare la congruità ed opportunità di tali ragioni; ma poi si allarga la verifica ben al di là della loro veridicità ed effettività, col procedere ad una loro previa selezione, per cui ne sarebbero ammesse alcune ed escluse altre.

A dire il vero un orientamento più risalente ritiene che sia necessaria una ragione "esterna", la quale si traduca nella scelta obbligata di ridurre i costi per far fronte a perdite più o meno significative e documentabili, prodotte da una congiuntura negativa del mercato; mentre altro orientamento più recente ritiene che sia sufficiente una ragione "interna", la quale si risolva in una scelta autonoma dell'imprenditore di contenere i costi al fine di realizzare maggiori utili per realizzare maggiori utili o profitti.

c) Contigua e coerente con la problematica appena vista è quella relativa al nesso causale fra le ragioni produttive-organizzative a monte e la soppressione del posto a valle, da intendersi ovviamente nel senso non di una "causalità fisica", ma di una "consequenzialità": qui alla lettura prevalente che la stessa debba essere "stretta", cioè l'unica e necessaria conse-

guenza, se ne contrappone un'altra per la quale può essere "larga", cioè solo una delle connessioni possibili.

d) Come noto, l'obbligo di *repêchage* è una "invenzione" giurisprudenziale, la quale, nella sua versione originaria, comportava che l'onere della prova a carico del datore si estendesse dalla esistenza del visto *continuum* causale alla impossibilità di offrire al lavoratore altre mansioni equivalenti o anche inferiori disponibili, ma non ricoperte da altri dipendenti, rintracciabili nell'intero complesso aziendale, senza, peraltro, accordare rilievo ad un eventuale gruppo o collegamento societario. Solo che, sempre di recente, tale versione originaria è stata notevolmente ammorbidita, coll'alleggerire l'onere della prova a carico del datore, col convertirlo da negativo a positivo: si richiede al lavoratore se non di indicare puntualmente le mansioni alternative cui potrebbe essere destinato, almeno di fornire elementi di fatto circa il come e il dove potrebbero essere reperite, così da permettere allo stesso datore di contestare la rilevanza di tali elementi.

A ben guardare è rilevabile la tendenza a dar importanza all'eventuale assunzione successiva al licenziamento di altri lavoratori in mansioni in cui avrebbe potuto essere occupato il lavoratore licenziato. Il che andava bene, quando la lunghezza del processo permetteva di prendere atto di un'eventuale assunzione successiva fatta con ovvia prudenza ad una qualche distanza dal licenziamento; e la sanzione era comunque costituita dalla reintegra. Può andar meno bene, oggi, allorché tale lunghezza appare auspicabilmente abbreviata; e la sanzione riesce diversificata fra reintegra e indennità risarcitoria, a seconda si dia o meno la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento.

d) Altra "invenzione" giurisprudenziale è quella relativa all'obbligo di far ricorso a criteri di scelta, individuati con richiamo a quelli legislativi previsti dall'art. 5, co. 1 l. n. 223/1993 oppure secondo correttezza e buona fede, senza che, peraltro, già ieri dalla loro violazione derivasse comunque la reintegra, essendo contemplata anche la sola corresponsione di una indennità risarcitoria.

11. – La sintesi offerta rappresenta una indubbia forzatura rispetto alla ricchezza delle ipotesi considerate e delle soluzioni offerte dalla giurisprudenza, ma nell'economia del presente lavoro serve solo a far da premessa a qualche considerazione circa quale configurazione del giustificato motivo oggettivo, ci sia restituita dalla riforma Fornero, nonostante la ricorrente affermazione di una sostanziale continuità.

E' fin troppo ovvio osservare come dietro alle divergenze ermeneutiche ci siano politiche del diritto differenti, radicate, esplicitamente od implicitamente nella stessa Carta fondamentale, col richiamare e valorizzare la

formula compromissoria dell'art. 41 Cost. con riguardo al suo co. 1 per cui *“L’iniziativa economica privata è libera”* o, rispettivamente, al suo co. 2, per cui *“Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”*.

Senza addentrarci troppo, sembra per lo meno forzante accreditare le opzioni ermeneutiche come “liberiste” o viceversa “sociali” o “solidariste”, a seconda che si appellino al primo o al secondo comma dell'art. 41 Cost.; perché quel passato di crisi che si prolunga in un presente senza fine ha fatto nascere il dubbio che vi sia un potenziale conflitto fra difesa ad oltranza del singolo posto di lavoro e promozione di un incremento occupazionale. Del che si è mostrato avvertito il legislatore se pur in modo discontinuo e farraginoso, come riesce evidente dalla stessa revisione dell'art. 18 St., su cui occorre ritornare per individuare se qualcosa è cambiato e come.

L'attenzione cade anzitutto su un dato percepibile *ictu oculi*, quale offerto dal nuovo testo dell'art. 30, co. 1 l. n. 183/2010, che integra il vecchio per cui *“il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell’ordinamento, all’accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche organizzative e produttive che competono al datore di lavoro”*, coll’aggiunta di *“L’inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto”*.

Ora l’originaria versione è stata snobbata a torto, perché la criticata distinzione fra “accertamento del presupposto di legittimità” e “sindacato di merito” rappresenta la classica regola che presiede alla attività della Corte di Cassazione *vis-à-vis* di quella della giurisdizione di primo e secondo grado; e perché l’affermazione di una diffusa e scontata astensione della giurisprudenza da un “sindacato di merito” suona oggi, come già ieri, del tutto eccessiva. Ma la versione attuale esplicita e rafforza quella precedente, col farle fare un autentico salto di qualità sia da un punto di vista sostanziale che processuale: da un lato, come osservato, la qualificazione contenuta nello stesso art. 30, co. 1 di “clausole generali” deve essere considerata atecnica, perché proprio a’ sensi dello stesso comma la giusta causa ed il giustificato motivo soggettivo e oggettivo sono da considerarsi norme generali, come tali più limitative della discrezionalità del giudice; dall’altro, la attività qui svolta dalla Corte Cassazione andrà riferita alla *“violazione e falsa applicazione di norme di diritto”* (ex art. 360, n. 3 c.p.c.) e non più a quello che, ieri, era l’*“omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio”* e oggi, a se-

guito del d.l. n. 83/2012, convertito nella l. n. 143/2012, è l’*“omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti”* (ex art. 360, n. 5 c.p.c.).

Il che consentirà alla Corte di Cassazione di censurare la sussunzione in una norma di una determinata circostanza, così come effettuata dal giudice di merito, consentendole di enunciare il principio di diritto che il giudice di rinvio dovrà tenere presente o di decidere immediatamente la causa nel merito *“qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto”* (art. 384, co. 2 c.p.c.). L’effetto atteso è quello sicuro di una maggior certezza; e quello probabile di una miglior salvaguardia della libera iniziativa imprenditoriale, che escluda una volta per tutte una selezione delle ragioni produttive-organizzative in base alla finalità perseguita, per cui andrebbe bene preoccuparsi di contenere le perdite e non altrettanto proporsi di realizzare profitti.

C’è, però, qualcosa di meno percepibile, ma non meno rilevante. La configurazione del licenziamento come *extrema* o *ultima ratio*, se pure nella sua forma debole, cioè tale da non richiedere al datore di lavoro alcuna attività onerosa per evitarlo, è alla base della consolidata lezione giurisprudenziale circa sia l’esistenza di un nesso di causalità fra ragioni produttive-organizzative e soppressione del posto leggibile nei termini di una *“conseguenzialità stretta”*, sia la presenza di un obbligo di *repêchage*. Ma tale configurazione era correlata alla stabilità assicurata dalla reintegra, come continuità del rapporto se pur non della prestazione; lo era, perché soltanto tale stabilità rendeva quella del posto una perdita grave se non irreparabile, tale appunto da dover essere tollerata solo in assenza di una alternativa praticabile.

Oggi, però, tale stabilità è stata ridimensionata a residuale con riguardo al licenziamento economico ingiustificato; sicché c’è da pensare che la giurisprudenza possa essere almeno tentata di rimettere in discussione sia la *“conseguenzialità stretta”* che il *repêchage*. Se così è, lo si vedrà presto, anche se la produzione giurisprudenziale sembra più lenta e meno corposa di quella che ci si sarebbe potuto aspettare in ragione della autentica rivoluzione compiuta con la riscrittura dell’art. 18 St.; per quanto si debba dar atto, come fatto in precedenza, della notevole attività deflattiva svolta con la nuova procedura conciliativa proprio in materia di licenziamento economico.

12. – *Last, but not least*, resta la formula ellittica su cui s’è concentrata l’attenzione della dottrina, per la quale, il co. 7, dopo aver previsto che *“il giudice applica la medesima disciplina di cui al quarto comma del presente articolo nell’ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamen-*

to intimato” per idoneità fisica o psichica del lavoratore o per superamento del periodo di comporto, prosegue dicendo che “*Può altresì applicare la predetta disciplina nell’ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al quinto comma*”.

Considerata nell’intera sequenza dell’art. 18, così come costruita a strati successivi, con a sua percepibile giustificazione la “scusabilità dell’errore del datore”, già per la sua stessa collocazione, tale formula suggerisce una interpretazione restrittiva della reintegra “attenuata”. E la prima indicazione circa la portata di tale restrizione ci è data proprio dal *dècalage* esplicitato nel passaggio dalla “*insussistenza*” di cui al co. 4 alla “*manifesta insussistenza*” di cui al co. 7, che commisura alla tutela reintegratoria applicabile per il licenziamento disciplinare quella concedibile per il licenziamento economico, col prevederla a scalare. Sicché se ne dedurrebbe che il *quantum* di tutela riconosciuta nel primo caso debba fare da referente per quello riconosciuto nel secondo, con un rapporto da più a meno.

In senso contrario pare giocare quel “*può*”, che, stando alla lettera, attribuirebbe al giudice una facoltà di scelta totalmente discrezionale nella scelta fra la reintegra “attenuata” e la indennità risarcitoria “forte”. A ben guardare la lettera è contraddittoria perché se il giudice “*può*” riconoscere la tutela di cui al co. 4 nelle ipotesi di “*manifesta insussistenza del fatto contestato*”, mentre “*nelle altre ipotesi*” deve limitarsi a concedere quella di cui al co. 5, se ne dovrebbe concludere che se non riconosce la reintegra nelle prime ipotesi non può neppure concedere la indennità risarcitoria riservata alle seconde, individuate come “*altre*”, cioè diverse e distinte.

La dottrina che ha criticato l’uso di quel “*può*”, lo ha fatto con riguardo non tanto al dato letterale, quanto al sotteso riconoscimento al giudice di una discrezionalità assoluta ed incondizionata, irragionevole ed ingiustificata in sé e a confronto con la diversa scelta operata per il licenziamento disciplinare. Tanto che quella dottrina l’ha ritenuta del tutto contraria alla nostra Carta fondamentale, dividendosi fra chi pensa doversi attendere una pronuncia della Corte costituzionale e chi giudica potersi ricorrere ad una interpretazione *secundum constitutionem*, sì da leggere quel “*può*” come “*deve*”.

Tuttavia il “*può*” non è equiparabile ad un semplice *lapsus* del legislatore, come tale privo di qualsiasi rilievo agli occhi dell’interprete. Intanto appare risentire del modello tedesco se pur semplificato, cioè privato del suo previo controllo collettivo, qui sostituito dal procedimento individuale

di cui al novellato art. 7 l. n. 604/1966 e ridotto al potere riconosciuto al giudice di scegliere fra reintegra ed indennità risarcitoria con riguardo particolare alla effettiva possibilità di ricostituire una proficua collaborazione fra le parti. Solo che, perso per la strada tale modello, il “*può*” è rimasto un residuo difficilmente conciliabile col contesto emerso alla fine, ma pur sempre espressivo di un intento finalizzato a contenere il ricorso alla reintegra nel caso di licenziamento economico, così accentuando il visto *dècalage* rispetto a quanto previsto per il licenziamento disciplinare, come espresso nel passaggio da “*insussistenza*” a “*manifesta insussistenza*”.

Come anticipato, non si è mancato di rilevare come sia improprio parlare di “*manifesta insussistenza*”, perché un fatto esiste o non esiste. Ma lo ha sostenuto chi ha considerato che come “il fatto contestato” anche “*il fatto posto a base del licenziamento*” fosse un fatto “materiale”, mentre non è ridicibile a questo né il primo, rappresentato da un inadempimento, né il secondo e soprattutto il secondo, costituito *in primis* da un *continuum* causale. L’*insussistenza* non è quella della realtà fattuale, che pur autorizza una alternativa secca solo nella fisica aristotelica, ma quella della realtà giuridica interpretata con riguardo alla specifica fattispecie presa in considerazione. E qui, se pur a prima impressione sembra riferirsi ad una mera percezione soggettiva del tutto irrilevante, può ben essere letta come relativa alla “consistenza” quantitativa e qualitativa degli elementi costitutivi del “fatto posto a base del licenziamento”, così come risultante dalla prova a carico del datore di lavoro. Può succedere che tale “consistenza”, una volta provata, sia ritenuta evidentemente e significativamente insufficiente per giustificare l’esclusione della reintegra, o che la prova stessa sia considerata tale, sempre secondo una valutazione inevitabilmente rimessa ad una discrezionalità del giudice sindacabile ma non eliminabile.

Molto, se non tutto, dipende da che cosa si debba intendere per “*fatto posto alla base del licenziamento*”, che, essendo il risultato di un processo selettivo da condurre sulla nozione di giustificato motivo oggettivo, rinvia preliminarmente alla sua individuazione. A’ sensi della consolidata lettura giurisprudenziale, tale nozione è costituita da un *continuum* causale fra soppressione del posto a valle e ragioni produttive-organizzative a monte, con in aggiunta un obbligo di *repêchage* e di ricorso a criteri di scelta quali quelli legislativi derivabili dall’art. 5, co. 1 l. n. 223/1991 o ricostruibili secondo correttezza e buona fede.

Ora si è visto come lo stesso *continuum* causale potrebbe ben essere riconsiderato secondo un approccio più certo e meno invasivo del potere gestionale dell’imprenditore; e ciò tenendo conto dell’introduzione del controllo in diritto attribuito alla Corte di Cassazione con riguardo al sindacato di merito effettuato dal giudice sull’esercizio di quel potere, nonché della

marginalizzazione di quella reintegra su cui era basata la lettura giurisprudenziale del licenziamento come *extrema od ultima ratio*.

L'aver qui distinto fra *continuum* causale e obblighi di *repêchage* e di ricorso ai criteri di scelta è indicativa del fatto che la tesi condivisa è quella per cui solo il primo viene annoverato fra i presupposti del licenziamento in senso tecnico, a prescindere dal tipo di sanzione applicabile nel caso tali obblighi siano violati. Una tesi, questa, non condivisa dalla giurisprudenza almeno per l'obbligo di *repêchage*, che, in base alla lettura del licenziamento economico come *extrema* o *ultima ratio*, era ricompreso fra gli stessi presupposti del licenziamento.

Oggi si può addirittura dubitare che sussista ancora un obbligo di *repêchage*, legato com'era ad una politica del diritto portata a guardare esclusivamente alla conservazione del posto per il singolo lavoratore, senza farsi carico dell'eventuale ricaduta negativa sul tasso di occupazione complessiva, non senza interferire con il potere gestionale dell'imprenditore obbligandolo a coprire posizioni pur esistenti, ma rimaste scoperte. Ma è ben difficile aspettarsi un cambiamento giurisprudenziale così radicale; tanto più che, come visto, l'onere della prova a carico del datore è stato alquanto ammorbidito.

Ma pur a dare tale obbligo per sopravvissuto, come interno od esterno ai presupposti del licenziamento, certo è che non può essere considerato, al pari dell'obbligo di ricorso ai criteri di scelta, come incluso nel "*fatto posto a base del licenziamento*", a meno di non voler far coincidere quest'ultimo in tutto e per tutto col giustificato motivo oggettivo. Detto questo, rimane da verificare che cosa mai del *continuum* causale debba essere selezionato con riguardo a tale fatto; solo che qui la ricognizione effettuata dalla dottrina non aiuta per niente, perché dispersa e frammentata lungo l'intera gamma possibile di risposte: dalla più semplice, che vi ricomprende solo la soppressione del posto, alla più complessa, che vi include l'intero *continuum* causale, dalla soppressione del posto alle ragioni produttive-organizzative.

E' quest'ultima opinione a risultare condivisibile, per la stessa difficoltà logica e giuridica di separare soppressione del posto, nesso causale e ragioni produttive-organizzative, sicché alla fine quel che conta è la "manifesta infondatezza" dell'insieme, cioè una sua evidente e significativa "inconsistenza", quantitativa e qualitativa, così come risultante dalla prova a carico del datore di lavoro.

Certo una soluzione che lascia al giudice più discrezionalità di quanta la recente legislazione vorrebbe; ma la formulazione del co. 7 è tale da far sospettare addirittura che si volesse corresponsabilizzare lo stesso giudice al di là di ogni apparente riserva. Se così non fosse, verrebbe da concludere col vecchio adagio "chi è causa del suo mal, pianga se stesso".

MICHELE DE LUCA
Già Presidente della Sezione lavoro della Corte di Cassazione

EVOLUZIONE DEL NOSTRO SISTEMA DI TUTELA
CONTRO I LICENZIAMENTI *ILLEGITIMI* DA UNO STORICO
MONITO DELLA CORTE COSTITUZIONALE ALLA RECENTE
RIFORMA DELLA TUTELA REALE (LEGGE N. 92 DEL 2012):
PRINCIPI PER UNA LETTURA DELLA RIFORMA
CONFORME A COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1.Note introduttive: ringraziamenti. - 2.Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti *illegittimi* da uno *storico monito* della Corte costituzionale alla recente *riforma della tutela reale* (legge n. 92 del 2012): limiti del *cammino a ritroso*, impresso dalla riforma. - 3.Segue: *coerenza* fra licenziamenti disciplinari e sanzioni conservative. - 4.Licenziamenti discriminatori: fra conservazione della *tutela reale originaria* e riproposizione di vecchi problemi. - 5. *Procedimento specifico* in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la *strumentalità del processo*.

1. – Grazie di tutto a tutti: il mio discorso potrebbe concludersi qui.

Prevale, infatti, un sentimento profondo di gratitudine sincera.

Non sono capace di meglio declinarlo: ne affido la lettura alla sensibilità dei destinatari.

Alla radice è l’iniziativa generosa di organizzare *in mio onore* questo seminario.

Sinceramente, ritengo di non averne titolo: nella mia vita, ho sempre fatto soltanto quello che ho ritenuto di dover fare.

Mi piace considerarla, tuttavia, manifestazione di quel rapporto di amicizia – sincero e...*gratuito* – che ho sempre cercato di coltivare.

A chi va la mia gratitudine?

Prima di tutti, al Professore Enrico Gragnoli ed al Presidente Stefano Brusati, che hanno assunto – generosamente – l’iniziativa di organizzare questo seminario.

La mia gratitudine va, inoltre, a quanti vi hanno partecipato – insieme a loro – mediante relazioni, interventi ed altri contributi: si tratta di esponenti autorevoli dell’accademia, della magistratura e del foro.

Il presidente della Corte d’appello di Bologna, Giuliano Lucentini, ha rappresentato, infatti, la magistratura – al livello più elevato del distretto – portando il proprio saluto insieme al professore avvocato Gino Angiello, quale presidente della Fondazione forense di Parma.

Sono seguiti, poi, gli autorevoli contributi scientifici al seminario – oltre che dagli stessi prof. Gragnoli e Presidente Brusati – di due grandi Maestri del diritto del lavoro e della sicurezza sociale – quali i professori Mattia Persiani e Franco Carinci – e di un autorevole magistrato della sezione lavoro della Corte di cassazione – protagonista, da sempre, del dibattito scientifico – quale il Consigliere Piero Curzio, mio vecchio amico.

Completano il quadro scientifico del seminario gli interventi di due avvocati giuslavoristi del foro di Parma, Luciano Petroni e Lucia Silvagna, che evocano – insieme all’avvocato Angiello – il periodo più bello (i *mitici* anni ’70) della mia esperienza quarantennale di giudice del lavoro.

Impedimenti sopravvenuti hanno fatto mancare al seminario – oltre che il saluto del direttore del Dipartimento di giurisprudenza dell’Università di Parma Prof. Giovanni Bonilini – l’intervento di Renato Greco, Presidente del Tribunale di Cosenza, giurista raffinato, mio vecchio amico.

Mi è mancato, con lui, anche il richiamo delle comuni radici calabre.

Tuttavia ha compensato, in qualche modo, la sua assenza la figlia Maria Giovanna, che ha condiviso egregiamente – con la Professoressa Susanna Palladini – l’impegno gravoso della segreteria organizzativa del convegno: anche a loro va la mia gratitudine.

Intendo ringraziare, poi, ad uno ad uno, tutte le persone che hanno seguito il seminario.

Resta, infine, lo spazio per il mio breve contributo.

Mi limiterò, infatti, a sottolineare alcuni *punti di sintesi* – che hanno formato oggetto di miei contributi precedenti – della recente riforma della *tutela reale* contro i licenziamenti (legge n. 92 del 2012).

2. – In principio, è uno *storico monito* della Corte costituzionale¹, secondo cui “la garanzia costituzionale (art. 4) del ”diritto al lavoro” esige che il legislatore, nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale, adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie – particolarmente per quanto riguarda i principî fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell’ordinamento giuridico con efficacia erga omnes, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tenere conto anche nell’interpretazione ed applicazione del diritto vigente – e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti”.

¹ Vedi Corte Cost. 24 gennaio 1958, n. 7, in *Foro It.*, 1958, I, pag. 844.

Ispira. Infatti, la fondazione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi e concorre ad ispirarne la evoluzione diacronica – che risulta affidata, essenzialmente, al fecondo dialogo tra Corte costituzionale e legislatore² – e ad integrare il parametro di valutazione del cammino a ritroso³, che – al nostro sistema di tutela – è stato impresso dalla recente riforma della tutela reale.⁴

Ne risulta investita, tuttavia, soltanto la tutela reale.

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

L'intensificazione progressiva della tutela contro i licenziamenti – che ne aveva connotato l'evoluzione diacronica, in uno con la estensione del campo d'applicazione – subisce un brusco cammino a ritroso con la recente riforma della tutela reale (legge n. 92 del 2012).⁵

E ben vero, infatti, che la tutela reale (di cui all'articolo 18 S, nel testo originario) non solo è rimasta immutata per i licenziamenti discriminatori, ma risulta esplicitamente estesa ad altri licenziamenti nulli (commi 1-3 dello stesso articolo 18 SL novellato), compresi quelli che, in precedenza, davano luogo soltanto alla continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro.⁶

² Vedi M. DE LUCA, *La tutela differenziata contro il licenziamento illegittimo*, Milano, 1991, spec. capitolo primo; ID, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, *Riv. It. Dir. Lav.* 2013, I, pag. 1ss., spec. § 6.

³ Vedi F. MANCINI, *Commento dell'art. 4 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, pag. 232 ss., spec. pag. 240 ss..

⁴ Vedi, per tutti, M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello .Statuto dei lavoratori – che costituisce lo sviluppo del (suo) pensiero, riprendendo ed ampliando quanto già scritto in saggi precedenti –* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 172/2013 e in corso di pubblicazione su *Arg. Dir. Lav.*, al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁵ Vedi, per tutti, M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello .Statuto dei lavoratori*, cit., al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁶ La nullità dava luogo soltanto alla continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro, ad esempio, nei casi di licenziamento per causa di matrimonio oppure in periodo di divieto per gravidanza o puerperio : vedi, per tutte, Cass. 10 luglio 2009, n. 16305, in *Foro It.*, 2010, I, pag.103, con nota di richiami, alla quale si rinvia, e, rispettivamente, Cass. 16 febbraio 2007, n. 3620 in *Foro It.*, 2007, I, pag. 1453, con nota di richiami, alla quale si rinvia

Per gli altri licenziamenti illegittimi, tuttavia, la tutela è stata ridimensionata.⁷

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

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

Eppure “la liceità di un suo cammino a ritroso” – che allora, “dati (i) rapporti di forza tra i grandi aggregati sociali e politici, sarebbe (stato) probabilmente condannato all'insuccesso” – era stata ritenuta “per lo meno controversa”.

Infatti, ponendo l'articolo 18 dello statuto dei lavoratori, il legislatore “non ha fatto che adempiere un preciso dovere prescrittogli (dall'articolo 4 della costituzione)o – per usare il più guardingo linguaggio della Corte costituzionale – (ha sostanzialmente adempiuto l'obbligo, impostogli dalla stessa norma costituzionale, di) “circondare di doverose garanzie (...) e di opportuni temperamenti i casi in cui si rende necessario far luogo a licenziamenti (Corte cost. n. 45/65)”⁸.

Il rilievo risulta, tuttavia, trascurato – forse perché non prospettato – dalla Corte costituzionale.⁹

Infatti – negando la costituzionalizzazione della tutela reale, nella sentenza di ammissibilità della richiesta di referendum abrogativo della disposizione che ne reca la previsione (art. 18 l. 20 maggio 1970 n. 300, come modificato dall'art. 1 l. 11 maggio 1990 n. 108, secondo la riformulazione del quesito referendario, proposta dall'ufficio centrale per il referendum, costituito presso la Corte di cassazione, con ordinanza del 7-13 dicembre 1999)¹⁰ – ha sostanzialmente escluso, sia pure in forma implicita, che “la liceità di un suo cammino a ritroso sarebbe per lo meno controversa”.

⁷ Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., passim.

⁸ Vedi G.F. MANCINI, *Commento dell'articolo 4 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, pag.199, ss., spec. pag. 240 ss.

⁹ Vedi Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46, in *Foro it.* 2000, I, pag. 1401, con nota di M. DE LUCA, *Tutela reale contro i licenziamenti e referendum: dieci anni dopo*.

¹⁰ Vedi Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46, cit.

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

Non si estende, tuttavia, alla tutela reale, che resta, quindi, affidata – alla discrezionalità del nostro legislatore ordinario – anche nel vigore della Carta.¹¹

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

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

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

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

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

Diversamente opinando, la scelta del tipo di tutela – tra quelle alternativamente prospettate – resterebbe affidata al datore di lavoro.

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

3. – La giurisprudenza costituzionale, tuttavia, offre elementi ulteriori – per l'interpretazione, conforme a costituzione, della riforma della tutela reale (legge n. 92 del 2012)¹² – anche laddove, sostanzialmente, impone il

¹¹ Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 5.

¹² Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., passim.

canone della coerenza – quale espressione del principio di eguaglianza di trattamento – tra (la disciplina di) sanzioni conservative e licenziamenti disciplinari – a prescindere da qualsiasi richiamo –assumendo, peraltro, la nozione ontologica degli illeciti rispettivamente sanzionati.¹³

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

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

- “la risposta affermativa – alla questione di legittimità costituzionale, appunto – deve essere data da chiunque ravvisi il valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un Paese civile nella coerenza tra le parti di cui si compone; valore nel dispregio del quale le norme che ne fan parte degradano al livello di gregge privo di pastore: canone di coerenza che nel campo delle norme di diritto è l'espressione del principio di eguaglianza di trattamento tra eguali posizioni sancito dall'art. 3”.
- Orbene, l'art. 7 comma primo ha sancito il principio fondamentale, per il quale chi è perseguito per una infrazione, deve essere posto in grado di conoscere l'infrazione stessa e la sanzione.
- L'art. 7 commi secondo e terzo, poi, raccoglie il ben noto sviluppo - ad un tempo socio-politico e giuridico formale - che ha indotto ad esigere come essenziale presupposto delle sanzioni disciplinari lo svolgersi di un procedimento, di quella forma cioè di produzione dell'atto che rinviene il suo marchio distintivo nel rispetto della regola del contraddittorio: *audiatur* - lo si ripete - *et altera pars*.
- Rispetto che tanto più è dovuto per quanto competente ad irrogare la sanzione è (non già - come avviene nel processo giurisdizionale - il giudice per tradizione e per legge “*super partes*”, ma) la una *pars*.
- Una volta introdotta con i commi secondo e terzo l'osservanza del contraddittorio tra datore e lavoratore quale indefettibile regola di

¹³ Vedi Corte Cost. 30 novembre 1982, n. 204, in *Foro it.*, 1983, I, pag. 855, con nota di M. DE LUCA, *I licenziamenti disciplinari dopo l'intervento della corte costituzionale: profili problematici e prospettive*. Vedi, altresì, M. DE LUCA, *I licenziamenti disciplinari dalla corte costituzionale alle sezioni unite: opzione per la tesi «ontologica», chiara definizione di ruoli, coerente assetto di fonti*, nota a Cass., sez. un., 1 giugno 1987, n. 4823, in *Foro It.*, 1987; I, pag. 2012.

formazione delle misure disciplinari, l'escluderne il licenziamento disciplinare sol perché la sua normativa non richiama l'art. 7 suona offesa dell'art. 3 pur a prescindere dalla maggiore gravità del licenziamento rispetto alle altre misure disciplinari.

- Né ad attingere opposto avviso vale richiamare la tradizione legislativa o collettiva caratterizzata dalla posizione di distinti principi per il licenziamento e le altre misure disciplinari perché siffatta tradizione, se può essere di qualche peso sul piano dell'interpretazione, non è idonea a fare della l. 604/1966 (e dell'art. 18 comma primo l. 300/1970) una norma di grado superiore, che valga a porre in forse l'applicazione del canone di coerenza".¹⁴

Palesamente in contrasto con il prospettato canone di coerenza – fra la disciplina di sanzioni conservative, appunto, e di licenziamenti disciplinari – risulta qualsiasi disposizione che, comunque, la subordini a previsioni o richiami espressi della “normativa legislativa, collettiva o validamente posta dal datore di lavoro” oppure a nozioni formalistiche – e non ontologiche – degli illeciti disciplinari, che ne risultino rispettivamente sanzionati.¹⁵

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

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

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

Il rifermento esplicito – a “previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili” – non può che riguardare, infatti, le (eventuali) deroghe – in melius, a favore del lavoratore – della nozione legale di giusta causa e di giustificato motivo.

Obbligo di giustificazione, per qualsiasi licenziamento, coerenza – tra licenziamenti disciplinari e sanzioni conservative – trovano, quindi, applli-

¹⁴ Così, testualmente, Corte Cost. 30 novembre 1982, n. 204, cit.

¹⁵ Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3.

cazione – insieme al riparto dell'onere probatorio – anche dopo la riforma, concorrendo ad ispirarne una interpretazione conforme a costituzione.¹⁶

A sostegno della stessa interpretazione soccorre, tuttavia, il canone ermeneutico – e, ad un tempo, argomento interpretativo – *ab absurdo* (o *apagogico*).¹⁷

4. – La tutela reale originaria (di cui all'articolo 18 SL, nel testo precedente la riforma) è rimasta immutata per i licenziamenti discriminatori.

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

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

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

Resta, comunque, il problema.

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

E questa deve essere attinta dall'ordinamento comunitario (ora eurounitario) e dalla giurisprudenza relativa¹⁹, dalle leggi nazionali – che ne

¹⁶ Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit.; ID. *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”- n. 175/2013, in corso di pubblicazione su *Arg. Dir. Lav.*, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

¹⁷ Sull'argomento *ab absurdo* (o *apagogico*) di interpretazione della legge, vedi – oltre i riferimenti, di cui alla nota che precede – G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pag. 369.

¹⁸ Vedi, per tutte, Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, 362, con nota di C. PEDERZOLI, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

¹⁹ Vedi, da ultima, Corte giust. 26 aprile 2013, causa C-81/12, che – pur occupandosi essenzialmente, di riparto dell'onere della prova e sistema sanzionatorio in tema, appunto, di discriminazioni – ritiene, tuttavia, che – se sono dimostrati, dal lavoratore, “*fatti che consentono di presumere la sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta*” – incom-

danno attuazione – nonché da spunti della nostra giurisprudenza di merito²⁰ – che si discosta, talora, dalla consolidata giurisprudenza di legittimità – e, perfino, della Corte costituzionale.²¹

Non è questa la sede, tuttavia, per affrontare *funditus* la questione prospettata.²²

5. – La disciplina del procedimento specifico in materia di licenziamenti (di cui all'articolo 1, commi 47 ss., legge n. 92 del 2012) non ha dato luogo soltanto a contrasti interpretativi di dimensioni imponenti²³.

be, sul datore di lavoro, l'onere di provare che, “*nonostante tale apparenza di discriminazione, non si è verificata alcuna violazione del principio della parità di trattamento (.....)*”.

²⁰Per una rassegna di giurisprudenza di merito, vedi A. GUARISO (a cura di), *Senza distinzioni. Quattro anni di contrasto alle discriminazioni istituzionali nel Nord Italia*, in *Quaderni di Apn*, 2012, n. 2.

²¹Vedi Corte cost. 27 gennaio 1987, n.17 (in *Foro it.*, 1987, I, pag. 1003) – secondo cui “*è infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 1 l. n. 903 del 1977, sulla parità fra uomini e donne in materia di lavoro, e 15, ultimo comma, l. 20 maggio 1970, n. 300, nella parte in cui escludono la rilevanza del comportamento del terzo che abbia comunque indotto il datore di lavoro a procedere al licenziamento della lavoratrice per ragioni di sesso, in riferimento agli art. 3, 4 e 37 cost. (nella specie, si trattava del licenziamento di una lavoratrice dipendente da un istituto di vigilanza, conseguente al comportamento del committente che asseriva non più sussistenti posti assegnabili a personale femminile)*” – in base al rilievo che “*l'art. 37 Cost., il quale sancisce parità di diritti e di retribuzione, a parità di lavoro, tra la lavoratrice ed il lavoratore ed ha successivamente avuto specifica attuazione con la legge 9 dicembre 1977 n. 903, ha efficacia generale per tutti i cittadini che, pertanto, lo devono osservare*”.

²²Anche dopo la riforma della *tutela reale* contro i licenziamenti illegittimi, tuttavia, ne risultano riproposte – in dottrina – le soluzioni alternative ricordate nel testo: - per la nozione *soggettiva* di licenziamento discriminatorio – quale licenziamento per *motivo illecito determinante* – vedi F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., spec. § 10; in senso contrario – per la nozione *oggettiva* od *ontologica* di licenziamento discriminatorio – vedi M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, I, pag. 138 e segg.

²³Sul punto, vedi, per tutti: L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, in *Foro it.*, 2013, V, pag. 101, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013; M. DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo* (in WP CSDLE “Massimo D’Antona”- n. 173/2013, in corso di pubblicazione su *Argomenti di diritto del lavoro*) e ID., *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura conforme a costituzione*, in *Foro It.*, 2013, V, ai quali parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori. In giurisprudenza, vedi: Trib. Taranto, ord. 30 novembre 2012; Trib. Milano, ord. 25 ottobre 2012; Trib. Bari, ord. 17 ottobre 2012; Trib. Bologna, ord. 25 settembre 2012, in *Foro It.*, 2013, I, pag. 673), e Trib. Genova ord. 9 gennaio 2013 *ibidem*, pag. 1360, con note di richiami ed osservazioni di S. CALVIGIONE, alle quali pure si

Ne risultano, infatti, proposte opzioni ermeneutiche, che – precludendo la pronuncia sul merito – sono, palesemente, in contrasto con il principio di strumentalità del processo.²⁴

Sembra imporsi, quindi, una interpretazione, che – nel rispetto, beninteso, di lettera e ratio della legge – risulti conforme allo stesso principio.

La interpretazione adeguatrice si coniuga – in tale prospettiva – con la interpretazione costituzionalmente orientata.²⁵

Alternativa – alla interpretazione conforme – pare, talora, soltanto la proposizione della questione di legittimità costituzionale.²⁶

In principio è la strumentalità del processo.

Risulta, invero, lucidamente definita – “come principio così generale, che non ha d’uopo d’esser formulato in alcun luogo” – da Giuseppe Chiovenda²⁷, secondo cui “il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire”.

Lungi dal restare principio implicito (“che non ha d’uopo d’esser formulato in alcun luogo”) – come prospettato dal Chiovenda – la strumentalità del processo risulta coperta, nel nostro ordinamento, dalla garanzia, che – al diritto di azione e difesa – viene assicurata dal patrimonio costituzionale comune²⁸: la nostra co-

rinvia. Adde: M.CASOLA, *Prime applicazioni giurisprudenziali della legge di riforma del mercato del lavoro*, contributo al corso di formazione su *La disciplina del licenziamento fra tradizione e innovazione*, organizzato dalla Scuola superiore della magistratura, Villa di Castel Pucci, Scandicci, sede della Scuola, 27 marzo 2013, dattiloscritto.

²⁴ Sul punto, vedi M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva (a quarant’anni dalla fondazione del nuovo processo del lavoro)*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, I, pag. 271 e segg., spec. § 5.; ID., *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo* e ID., *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura conforme a costituzione*, cit.

²⁵ Sulla distinzione – fra interpretazione adeguatrice ed interpretazione costituzionalmente orientata – vedi M. DE LUCA, *L’interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Foro It.*, 2009, V, pag. 422, spec. § 3, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; ID., *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, cit..

²⁶ Che viene, talora, prospettata in relazione, addirittura, al principio di ragionevolezza (art. 3, 1° comma, cost.): vedi L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l’obbligatorietà e l’errore del rito ed il cumulo delle domande*, cit., spec. § 5.

²⁷ Vedi G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, ristampa anastatica, II edizione, Napoli, 1960, I, pag. 39; ID. *Dell’azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1911.

²⁸ Si tratta del *patrimonio costituzionale comune* – per dirla con l’espressione usata dalla nostra Corte costituzionale nelle sentenze n.104 del 2006, in *Foro It.* 2006, I, pag.

stituzione (articolo 24, primo comma) si coniuga, in tale prospettiva, con la carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (articolo 47, primo comma).²⁹

E' ben vero che la garanzia costituzionale del diritto di azione e difesa non si estende al diritto sostanziale, che ne sia fatto valere³⁰.

Resta, tuttavia, l'autonoma garanzia, che – al medesimo diritto sostanziale – risulti assicurata, parimenti a livello costituzionale.

E' proprio questo il caso dei diritti dei lavoratori, che, nel nostro ordinamento, risultano – in larga parte – garantiti dal patrimonio costituzionale comune.³¹

Pertanto la strumentalità risulta, all'evidenza, funzionale – nel processo del lavoro – alla tutela giurisdizionale effettiva di diritti sostanziali dei lavoratori, parimenti garantiti dal patrimonio costituzionale comune.³²

La strumentalità costituisce, quindi, parametro di legittimità costituzionale – ed, ancor prima, di interpretazione conforme a costituzione – per qualsiasi norma in materia processuale.³³

Coerentemente, lo stesso principio (di strumentalità del processo, appunto) deve essere assunto – per quel che qui interessa³⁴ – quale canone

1267 e n. 182 del 2008, in *Foro It.*, 2009, I, pag. 2010) – che é “desumibile dagli obblighi internazionali, dall'ordinamento comunitario e dalla legislazione nazionale” . In dottrina, vedi M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in *Foro it.*, 2011, V, pag. 216, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: E. DI STEFANO, *Verso un patrimonio costituzionale comune. Riflessioni a margine della sentenza n.102 del 2008, in Consulta on line*; S.GAMBINO, *Constitutionnalismes nationaux et constitutionnalisme européen: identités nationales, traditions constitutionnelles et droits sociaux (après Lisbonne)*, *www.diritticomparati.it*

²⁹ Vedi, da ultimo, A. PROTO PISANI, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro It.* 2012, V, pag. 1e segg.

³⁰ Sulla non estensione della garanzia costituzionale (art. 24 cost.) – del diritto di azione e del diritto di difesa – al diritto sostanziale, che ne sia fatto valere, V., per tutte: Corte cost. 5 dicembre 2008, n. 401, spec. § 3.3.; Corte Cost. 28 marzo 2003, n. 101, in *Giur. Cost.*, 2003, pag. 815; Corte Cost. 3 giugno 1999, n. 206, in *Foro It.*, 1999, I, pag. 2149; Corte Cost. 23 dicembre 1998, n. 420, in *Foro It.*, 1999, I, pag. 3135, con nota di S. LIEBMAN, in *Resp. Civ.*, 1999, pag. 643; Corte Cost. 24 luglio 1998, n. 327, in *Giust. Civ.*, 1998, I, pag. 3012; Corte Cost. 22 luglio 1996, n. 293, in *Foro It.*, 1996, I, pag. 2963, con nota di G. DE MARZO; e in *Danno e resp.*, 1996, pag. 769 con nota di G. PONZANELLI.

³¹ Vedi riferimenti a nota 6.

³² Vedi riferimenti in M. DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, cit., spec. nota 10; ID., *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, cit.

³³ Peraltro ne potrebbe risultare, addirittura, la violazione del principio di ragionevolezza (art. 3, 1° comma, cost.): vedi L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, cit., spec. § 5.

ermeneutico – e, ad un tempo, argomento interpretativo ³⁵ – per l'interpretazione, appunto, di qualsiasi norma processuale.

Non fa eccezione la disciplina del procedimento specifico in materia di licenziamenti (di cui ai commi 47 e seguenti dell'articolo 1 della legge n. 92 del 2012).

Il procedimento specifico per i licenziamenti – istituito dalla recente riforma del mercato del lavoro (di cui ai commi 47 e seguenti dell'articolo 1 della legge n. 92 del 2012, cit.) – offre, quindi, l'occasione per applicare – quale parametro di interpretazione conforme a costituzione – il principio di strumentalità del processo.³⁶

La ratio legis risulta lucidamente enunciata in forma esplicita (art. 1, comma 1, lettera c, ultimo periodo, della legge di riforma n. 92 del 2012): “previsione di un procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione delle (.....) controversie” relative al licenziamento, contestualmente investito da riforma.³⁷

Coerente con la ratio – che, in questo caso, risulta quindi effettiva ³⁸ – è il procedimento specifico (di cui ai commi 47 e seguenti dello stesso art. 1) per le “controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro” (di cui agli articoli 47 ss. legge n. 92 del 2012, cit.).

Si tratta, infatti, di procedimento, che – in primo grado – si articola in due fasi: una di cognizione sommaria e l'altra –eventuale – di cognizione piena.

³⁴ Per l'assunzione della *strumentalità del processo* – quale parametro di efficacia del processo del lavoro, anche nella *prosettica diacronica* – vedi M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva (a quarant'anni dalla fondazione del nuovo processo del lavoro)*, cit.

³⁵ Vedi G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, spec.341 ss. Vedi, altresì, M. DE LUCA, *L'interpretazione costituzionalmente orientata*, cit.

³⁶ Vedi M. DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, cit.; ID, *Diritti dei lavoratori: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva (a quarant'anni dalla fondazione del nuovo processo del lavoro)*, cit., spec. § 5.

³⁷ E risulta, peraltro, dal *documento di intenti* approvato dal Governo Monti il 23 marzo 2012: vedi riferimenti in M. DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, cit., spec. nota 16.

³⁸ A differenza di altre, parimenti enunciate nell'*incipit* o, addirittura, nel titolo della riforma: vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, I, pag. 1 ss..

E risulta, peraltro, connotato – in tutte le fasi dei giudizi di merito – da *informalità*: esplicitamente si prevede, infatti, che possa essere “*omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio*”.

Parimenti coerente con la *ratio* è la previsione, da un lato, di una *corsia preferenziale* e l'imposizione, dall'altro, di termini brevi per la trattazione, che concorrono ad assicurarne la *celerità*.

Disposizioni sul processo del lavoro (art. 409 ss. c.p.c.) – parimenti funzionali, tra l'altro, alla celerità del giudizio (anche) in tema di licenziamenti – sembrano destinate a colmare le lacune della scarna disciplina del procedimento specifico (di cui ai commi 47 e seguenti dell'articolo 1, cit.).³⁹

Il procedimento specifico, infatti, ha per oggetto controversie individuali di lavoro (art. 409 c.p.c.) – in materia di licenziamento, appunto – e, come tale, resta soggetto alla disciplina relativa (art. 409 ss. c.p.c.), per quanto non risulti diversamente stabilito (dai commi 47 ss, dell'articolo 1 legge n. 92 del 2013, cit.).

Non rilevano, quindi, in contrario le circostanze che la riforma non intervenga con il metodo della novellazione – sulla disciplina del processo del lavoro (art. 409 ss. c.p.c.) – né rechi il rinvio alla disciplina medesima.⁴⁰

Parimenti non rileva, in contrario, l'asserita insussistenza di lacune e di ogni altro presupposto (a cominciare, del pari asseritamente, dalla *eadem ratio*) per il ricorso alla analogia.⁴¹

In ogni caso, la prospettata integrazione della scarna disciplina del procedimento specifico (di cui ai commi 47 e seguenti dell'articolo 1 legge n. 92 del 2012, cit.) risulta coerente – per le sue ricadute (vedi *infra*) – con la *ratio legis* della stessa disciplina (di “accelerare la definizione delle (.....) controversie”, appunto).

E, peraltro, pare imposta oppure, quantomeno, suggerita –all'esito di interpretazione adeguatrice o, rispettivamente, costituzionalmente orientata – dal principio di strumentalità del processo, che postula – in ogni caso – la pronuncia sul merito.

³⁹ Vedi riferimenti a nota 23. Adde: G. VERDE, *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'articolo 18 Statuto lavoratori*, testo provvisorio dattiloscritto della relazione al Convegno *La nuova disciplina dei licenziamenti - Incontro di studio in memoria di Pasquale Picone*, Roma, Corte di Cassazione, Aula magna, 11 dicembre 2012.

⁴⁰ Vedi riferimenti in C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec. 350.

⁴¹ In senso contrario, vedi L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, cit., spec. § 4.

Intanto la obbligatorietà del procedimento specifico può essere intesa in un duplice significato.

Il primo – che pare incontestabile e, comunque, non risulta contestato – riserva il procedimento specifico (di cui ai commi 47 e seguenti dell’articolo 1 legge n. 92 del 2012, cit.) alle controversie per le quali é previsto esplicitamente.

Il secondo – condiviso dall’orientamento largamente prevalente ⁴² – impone, per le stesse controversie, il ricorso al procedimento specifico.

Viene ritenuto, infatti, coerente non solo con il tenore letterale (“la domanda.....si propone con ricorso....: comma 48 dell’articolo 1, cit.) – che sembra imporlo – ma anche con la ratio (di “accelerare la definizione delle (.....) controversie”, appunto) della disciplina dello stesso procedimento specifico (di cui ai commi 47 e seguenti dell’articolo 1 legge n. 92 del 2012, cit.).

Di segno contrario, tuttavia, è la posizione espressa – oltre che da alcuni giudici ⁴³ – anche da autorevole dottrina minoritaria – che, significativamente, si dichiara “da sempre fedele all’idea della strumentalità del processo” – con argomentazioni che possono risultare convincenti. ⁴⁴

Secondo tale orientamento dottrinario, infatti, Il tenore letterale della legge (“la domanda.....si propone con ricorso....: comma 48 dell’articolo 1, cit.) – in quanto volto a regolare il il procedimento (di cui è menzione nel comma precedente) – “più che prescrivere intende descrivere le cadenze del procedimento” medesimo, rendendo superflua, di conseguenza, qualsiasi “disposizione sul mutamento del rito giacché lo stesso è e resta nel potere dispositivo delle parti”.

Se la tesi della facoltatività del rito dovesse prevalere, ne risulterebbero rimosse – in radice – le questioni pregiudiziali di rito, che pongono problemi di coerenza – con la strumentalità del processo – ed impongono interpretazioni conformi – allo stesso principio – per la disciplina del procedimento specifico (di cui ai commi 47 e seguenti dell’articolo 1 legge n. 92 del 2012, cit.).

Tali questioni pregiudiziali, infatti, dipendono – essenzialmente – dalla obbligatorietà del rito.

Per risultare conformi al principio di strumentalità del processo, tuttavia, le soluzioni relative – nel silenzio della scarna disciplina del procedi-

⁴² Vedi riferimenti in L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l’obbligatorietà e l’errore del rito ed il cumulo delle domande*, cit.

⁴³ La facoltatività pare sostenuta, ad esempio, dai giudici della sezione lavoro del Tribunale di Firenze.

⁴⁴ Vedi G. VERDE, *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall’articolo 18 Statuto lavoratori*, cit..

mento specifico (di cui ai commi 47 e seguenti dell'articolo 1, cit.) – vanno affidate all'applicazione di norme sul processo del lavoro (art. 409 ss. c.p.c., cit.) – come interpretate dalla giurisprudenza (ora) consolidata – senza trascurare, beninteso, lettera e ratio (di “accelerare la definizione delle (.....) controversie”, appunto) della stessa disciplina del procedimento specifico.

Intanto il giudice sembra doversi attenere alla prospettazione dell'attore – a prescindere, cioè, dalla sua fondatezza (*si vera sunt exposita*) – per verificare se l'oggetto della domanda corrisponda all'oggetto del procedimento specifico e sia, perciò, soggetto alla disciplina relativa.

L'esito negativo della verifica – sulla base della prospettazione dell'attore, appunto – sembra dover comportare, poi, soltanto il mutamento del rito.⁴⁵

Le conclusioni proposte riposano, bensì, sull'applicazione di norme sul processo del lavoro – come interpretate dalla giurisprudenza – ma risultano rispettose, tuttavia, non solo della lettera, ma anche della ratio (di “accelerare la definizione delle (.....) controversie”, appunto) della disciplina del procedimento specifico.

Diversamente opinando, infatti, la soluzione delle stesse questioni pregiudiziali postulerebbe lo svolgimento dell'istruzione probatoria – quantomeno sullo specifico punto – con evidente ritardo nella definizione della controversia.

Peraltro una decisione sul rito – in ipotesi, di inammissibilità del ricorso⁴⁶ – sarebbe in contrasto palese con il principio di strumentalità del processo – in dipendenza, appunto, della preclusione di una pronuncia sul merito – oltre che con il principio di economia processuale, in dipendenza dello spreco di attività.

Resta, poi, da domandarsi se una pronuncia di inammissibilità sia, comunque, compatibile – nella specie – con il nostro ordinamento.^{47 48}

⁴⁵Sul *mutamento del rito*, vedi C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec. pag. 367 al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁴⁶In tal senso, vedi, ad esempio, Trib. Milano, ordinanza 25 ottobre 2012, cit..

⁴⁷Ancorché non sia comminata in ipotesi tassative, la inammissibilità si verifica, tuttavia, soltanto quando – essendo l'atto inidoneo al raggiungimento del suo scopo – non operi un meccanismo di sanatoria, vedi, per tutte, Cass., Sez. Un. Civ., 29 gennaio 2000, n. 16, in *Foro It.*, 2000, I, pag. 1606, con note di G. BALENA, C. M. BARONE e giurisprudenza conforme successiva.

⁴⁸Nello stesso senso, pare – essenzialmente in base al principio di *conservazione degli atti processuali* (art. 156 e 159 c.p.c.) – C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit. spec. pag. 368. In senso contrario – sulla base, tra l'altro, della configurazione della correttezza del rito come presupposto processuale – vedi L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il*

Le medesime soluzioni sembrano imporsi, tuttavia, anche nel caso di cumulo di domanda – che rientri nell’oggetto del procedimento specifico – con altre domande che, invece, ne esulino.

Anche in tal caso, quindi, il giudice – parimenti sulla base della prospettazione dell’attore – deve limitarsi a disporre il mutamento del rito.

A sostegno delle conclusioni proposte (*rectius*: riproposte) militano, infatti, le medesime ragioni addotte per il caso di unica domanda, che esuli dall’oggetto del procedimento specifico.

Anche nel caso di cumulo, l’applicazione di norme sul processo del lavoro – come interpretate dalla giurisprudenza – risulta rispettosa di lettera e ratio (di “accelerare la definizione delle (.....) controversie”, appunto) della stessa disciplina del procedimento specifico.

Infatti non osta la obbligatorietà del procedimento specifico.

La obbligatorietà riguarda, invero, le controversie aventi ad oggetto – soltanto – “l’impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall’articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro”.

Mentre non sembra riguardare – al pari delle domande diverse – il cumulo di domanda – che rientri nell’oggetto del procedimento specifico – con altre domande, che ne esulino.

Peraltro una decisione sul rito – in ipotesi, di inammissibilità del ricorso⁴⁹ – pone, anche in questo caso, problemi di coerenza con il principio di strumentalità del processo – parimenti in dipendenza della preclusione di una pronuncia sul merito – oltre che con il principio di economia processuale, in dipendenza del palese spreco di attività.

Il prospettato mutamento del rito, tuttavia, pare – nel caso di cumulo – soltanto maggiormente coerente con lo stesso principio di strumentalità del processo – in quanto conduce alla pronuncia sul merito, nell’ambito dello stesso processo – e, quindi, da preferire – rispetto alla separazione delle domande, che esulino dall’oggetto del procedimento specifico⁵⁰ – all’esito di una interpretazione costituzionalmente orientata.

Non può essere trascurato, tuttavia, che la separazione è prevista, espressamente (dall’articolo 1, comma 56, legge n. 92 del 2012), soltanto

cumulo delle domande, cit. , al quale si rinvia anche per riferimenti sulle diverse posizioni espresse in dottrina e, talora, anche in giurisprudenza.

⁴⁹ In tal senso, pare Trib. Milano, ordinanza 25 ottobre 2012, cit..

⁵⁰ Per la *separazione*, tuttavia, vedi , per tutti, C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec.364, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

per la “domanda riconvenzionale non (...) fondata su fatti costitutivi identici a quelli posti a base della domanda principale”.⁵¹

Parimenti riposa su interpretazione costituzionalmente orientata (e non già adeguatrice) – in relazione al medesimo principio di strumentalità del processo – la legittimazione del lavoratore – nel caso di cumulo – a proporre congiuntamente, con il rito ordinario del lavoro, la domanda – che rientri nell’oggetto del procedimento specifico – con altre domande, che ne esulino.⁵²

In nessun caso, poi, il mutamento del rito – come la separazione – può comportare – per le controversie, che esulino dall’oggetto del procedimento specifico – abuso della corsia preferenziale e dei termini acceleratori, previsti, appunto, per lo stesso procedimento specifico.

Infatti tali controversie – a seguito del mutamento di rito, appunto, o della separazione – vengono assoggettate, fin dalla instaurazione, al rito ordinario del lavoro.

Non pongono, invece, problemi di coerenza con il principio di strumentalità del processo – ed esulano, quindi, dallo specifico tema di indagine – l’impiego, da parte del datore di lavoro, del procedimento specifico (di cui all’articolo 1, commi 47 ss., legge n. 92 del 2012, cit.) e l’identificazione delle controversie, che ne formano oggetto.⁵³

⁵¹ In tal senso, vedi M. DE LUCA, *Procedimento specifico per i licenziamenti nella recente riforma del mercato del lavoro (legge n. 92 del 2012): note minime*, in Foro it., 2012, V, pag. 345.

⁵² In senso contrario, vedi L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l’obbligatorietà e l’errore del rito ed il cumulo delle domande*, cit., al quale si rinvia anche per riferimenti sulle diverse posizioni espresse in dottrina e, talora, anche in giurisprudenza.

⁵³ Vedi riferimenti in M. DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, cit., spec. § 3.9 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: ID., *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, spec. § 8, in corso di pubblicazione su *Lav. Pubb. Amm.*, al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriore.

