Il *mestiere* di giudice del lavoro: riflessioni minime di un giudice del passato remoto (fra confessione e testimonianza)*

di Michele De Luca

1. La *passione* per il diritto e la giustizia del lavoro é stata, non solo per me [1], la ragione fondamentale della scelta di fare il giudice del lavoro. [2]

Senza mai trascurarne, tuttavia, la compatibilità con il ruolo e le funzioni di giudice.

Gli ideali *pro labour* – sottesi a quella *passione* – incidono, in modo diverso, sulla funzione di giudice, appunto, e su quella di parlamentare: ho avuto occasione di sperimentarle entrambe.[3]

Per dirla in breve: il parlamentare contribuisce alla formazione della *legge*, alla quale il giudice è soggetto (art. 101 cost.).

E, peraltro, l'interpretazione, anche giudiziale, della legge è *scoperta* - non già *invenzione* - del diritto. [4]

2. Ad integrare la *legge* – alla quale il giudice è soggetto – concorre il *patrimonio costituzionale comune,* nel quale coesistono fonti nazionali e fonti sovrannazionali.

Ne risulta un adeguato *sistema di tutela multilivello* (anche) per i diritti dei lavoratori.

---

* In corso di pubblicazione su Lavoro diritti Europa – LDE n. 1/2922

[1] Lo è stato, tra gli altri, per Raffaele Foglia: vedi F. ROSELLI, *Ricordo di Raffaele Foglia,* in Giustizia insieme.

[2] Fin dalla sua istituzione (1973) al 1984, quale pretore del lavoro di Parma, e successivamente come consigliere, presidente di sezione e presideente titolare della swzione lavoro della Corte di cassazione, oltre che delle szioni unite civili.

[3] Senatore della Repubblica per due Legislature (XII e XIII, dal 1994 al 2001), come *indipendente* dei gruppi parlamentari *progressisti federativo* e, rispettivamente, DS-L'Ulivo – ho continuato ad occuparmi di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, essenzialmente, nei ruoli e nelle funzioni seguenti:

- Presidente della sezione bicamerale in materia di previdenza ed assistenza, ne ho organizzato l'attività (che si è concretata, tra l'altro, in più sedute settimanali per circa cinque anni) e ne ho esteso numerose relazioni al Parlamento (in materia di: riforma pensionistica, riforma degli enti pubblici di previdenza, assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, totalizzazione e ricongiunzione di posizioni contributive, prospettive di riforma degli enti privatizzati di previdenza, risultati di gestione degli enti di previdenza ed assistenza negli anni 1994-1997. 1994-1998 e 1995-1999: raccolte in un volume. edito dal Parlamento), gran parte delle quali (otto su dieci) risulta pubblicata su primarie riviste giuridiche e presa in esame da parte della dottrina;
- Presidente dell'organo di autodichia del Senato (Commissione contenziosa) – competente a conoscereessen, zialmente, delle controversie di lavoro fra il Senato ed i propri dipendenti - estensore di sentenze, qualcuna delle quali risulta pubblicata su primarie riviste giuridiche e presa in esame da parte della dottrina;
- Capo del mio gruppo parlamentare (DS- l'Ulivo) presso la commissione lavoro del Senato;
- Presentatore – come primo firmatario – di numerosi disegni di legge in materia di lavoro e sicurezza sociale, appunto, qualcuno dei quali risulta pubblicato su primarie riviste giuridiche ed oggetto di discussione anche nell'ambito della comunità scientifica e degli operatori del diritto del lavoro;

[4] Vedi P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2017.

Resta, tuttavia, la conoscenza inadeguata delle fonti sovrannazionali da parte dei giudici ordinari italiani e segnatamente - per quel che qui interessa – dei giudici del lavoro.

Ho avuto occasione di accertarne e denunciarne (nel 1985), addirittura, l'ignoranza della *normativa comunitaria in materia di lavoro.*[5]

Più di trent'anni dopo (2018), tuttavia, ho accertato e riferito che i giudici del lavoro avevano progressivamente acquisito sempre maggiore conoscenza del diritto comunitario – ed ora eurounitario – del lavoro, pur restando livelli diversi di *sensibilità*, talora di maturità culturale, tra gli stessi giudici. [6]

Profonde *lacune* nella conoscenza del diritto dell'Unione europea – segnatamente in materia di *autonomia processuale* dei paesi membri dell'Unione, da un lato, e di *efficacia diretta vincolante* per il *giudice del rinvio* delle sentenze della Corte di giustizia, dall'altro – risultano addebitate, ora, alla nostra Corte di cassazione – anche a sezioni unite – dalla stessa Corte di giustizia [7] e dalla nostra Corte costituzionale. [8]

Il problema, pertanto, resta aperto.

---

[5] Vedi M. DE LUCA, *Normativa comunitaria in materia di lavoro e giurisprudenza dei giudici ordinari italiani,* rela zione al convegno su *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, atti del convegno di Parma (30 ee31 ottobre 1985), in atti del convegno, Padova, CEDAM, 1988, 101 ss; Foro it., 1986, I, 234

[6] Vedi M. DE LUCA, *Il lavoro nel diritto comunitario (ora eurounitario) e l'ordinamento italiano : (più di) trent'anni dopo*, relazione magistrale al seminario – *dedicato a Michele De Luca in occasione dei suoi 80 anni* – sul tema *Il lavoro nel diritto comunitario (ora eurounitario) e l'ordinamento italiano: (più di) trent'anni dopo*, organizzato dall'Università degli studi di Parma – Dipartimento di giurisprudenza (Parma, Università degli studi, aula dei filosofi, 4 maggio 2018),in Atti del seminario (a cura di S. Brusati ed E. Gragnoli), ADL, Quaderno n. 16, La Tribuna, Piacenza , 2020, 69 ss.; Rivista italiana del diritto della sicurezza sociale, 2018, n. 3;387 ss. In un testo aggiornato, in lavoro diritti Europa, n.2/2020.

[7] Vedi Corte giust. Dell'Unione europea – Grande sezione 21 dicembre 2021, in causa C 497/20, che – pronunciando sulla *questine pregiudiziale* (posta dalle sezioni unite civili della nostra Corte di cassazione) se il diritto dell'Unione (articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, articolo 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) *"osti all'impossibilità, derivante segnatamente dall'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione, come interpretato dalla sentenza n. 6/2018, di dedurre in giudizio, nell'ambito di un ricorso per cassazione proposto avverso una sentenza del Consiglio di Stato, motivi vertenti su una violazione del diritto dell'Unione"* – così dichiara: le disposizioni del diritto dell'Unione (l'articolo 4, paragrafo 3, e l'articolo 19, paragrafo 1, TUE, nonché l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) *"devono essere interpretate nel senso che esse non ostano a una disposizione del diritto interno di uno Stato membro che, secondo la giurisprudenza nazionale, produce l'effetto che i singoli, (….), non possono contestare la conformità al diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato membro* (quale il nostro Consiglio di stato) *nell'ambito di un ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro*(quali le sezioni unite civili della nostra Corte di cassazione)*"*.

Sul punto, vedi. Liboria Linda Ardizzone, *Quando la Costituzione italiana deve misurarsi con il diritto dell'Unione europea (a margine di Corte di cassazione, sezz. un. civ. ord. n. 19598 del 18/09/2020)*, in consulta on line del 5 marzo 2021; P. BIAVATI, *Brevi osservazioni sul caso Randstad Italia,* in Questione giustizia newsletter.

[8] Vedi Corte cost.11 marzo 2022, n- 57, che – pronunciando su questione di legittimità costituzionale sollevata dalla sezione lavoro della Corte di cassazione, muovendo dall'assunto (punto 10.1. della motivazione) *"di non poter dare attuazione al diritto dell'Unione, come interpretato nelle sentenze rese dalla Corte di giustizia in risposta al duplice rinvio pregiudiziale da essa stessa disposto"* – la dichiara inammissibile.

Vedi, sul punto, Antonio Ruggeri, *Alla Cassazione restìa a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo "dialogo" tra le Corti* (a prima lettura della sent. n. 67/2022), Studi 2022/I, 252 di Consulta OnLine

3. Il contrasto di qualsiasi *eccesso di formalismo* si impone, vieppiù (se possibile!), al giudice del lavoro.

Soccorrono, in tale prospettiva, i poteri d'ufficio – che gli sono conferiti, anche per l'acquisizione delle prove – in funzione della *giustizia sostanziale,* che ne risulta perseguita. Non può essere, tuttavia, sconvolto il *sistema della legge*, alla quale il giudice è soggetto.

In tale prospettiva, il potere istruttorio d'ufficio non può cancellare, in radice, il riparto dell'onere probatorio (art. 2697 c.c. e deroghe relative nel contenzioso del lavoro) [9] – all'uopo supponendo, tra l'altro, una *semiplena probatio* – né, tantomeno, la stessa *parità tra le parti* nel processo.

3.1. *"E' una regola generale quella per cui le norme processuali devono essere interpretate in modo da favorire, per quanto possibile, che si pervenga ad una decisione di merito, mentre gli esiti abortivi del processo costituiscono un'ipotesi residuale".*

Sono le sezioni unite a ribadirlo – nella sentenza [10], che compone il *contrasto apparente* in tema di *specificità* dei motivi d'appello, (anche) dopo la più recente novella – invocando, a sostegno, un proprio *precedente specifico.* [11]

Né deve dimenticarsi – ammoniscono le stesse sezioni unite, ancora una volta invocando a sostegno, un proprio *precedente specifico* [12] – che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiarito in più occasioni che *"le limitazioni all'accesso ad un giudice sono consentite solo in quanto espressamente previste dalla legge ed in presenza di un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (v., tra le altre, Corte eur. diritti dell'uomo 24 febbraio 2009, Cgil e Cofferati c. Italia,)"*.

---

[9] Vedi M. DE LUCA, *Diritto delle prove e processo del lavoro: argomenti interpretativi e dintorni nel nuovo corso della giurisprudenza*, Relazione al Convegno sul tema Il diritto delle prove, organizzato da Università degli studi di Catania – Facoltà di giurisprudenza, Centro nazionale studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano – Sezione di Catania, Consiglio nazionale forense, Consiglio dell'ordine degli avvocati di Catania (Catania, Facoltà di giurisprudenza, Villa Cerami, 21-22 novembre 2005), in Atti del convegno, Torino, Giappichelli, 2009, 163 ed in Lavoro nella giurisprudenza, 2009, 977.

[10] Cass., sez. un., 16 novembre 2017, n. 27199, in Foro it., 2018, I, 978, n. BALENA

[11] Cass., sez. un., ordinanza 5 maggio 2017, n. 10916, inRiv. infortuni, 2017, II, 64).

[12] Cass., sez. un., 27 maggio 2015, n. 10878 (in Riv. dir. internaz. privato e proc., 2017, 87), laddove si legge *"Al riguardo queste sezioni unite (Cass. s.u. 12 marzo 2014, n. 5700; Cass. s.u. 2 maggio 2014, n. 9558) hanno gia' avuto modo di richiamare la giurisprudenza della Corte E.D.U., secondo la quale le limitazioni dell'accesso ad un giudice sono consentite "solo in quanto espressamente previste dalla legge ed in presenza di un rapporto di proporzionalita' tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (v., ex plurimis, Omar c. Francia, 29 luglio 1998; Bellet c. Francia, 4 dicembre 1995)", con il corollario "che ritenere l'irricevibilita' di un ricorso non articolato con la specificita' richiesta configura un eccessivo formalismo (v., tra le altre, Walchi c. Francia, 26 luglio 2007)". Ne consegue che gli oneri imposti alla parte dall'articolo 342 c.p.c. devono essere interpretati, in coerenza con la funzione loro ascritta, nel senso che essi, lungi dall'imporre irragionevoli adempimenti formali, richiedono la definizione dell'ambito del giudizio di gravame con l'espressa individuazione non solo dei punti e dei capi della sentenza".*

Ne risulta, quindi, fugato – ancora una volta [13] – il *rischio dell'eccesso di formalismo.*
Palesi ne risulterebbero, invero, le ricadute negative sulla *strumentalità del processo* e. con essa, sulla *effettività della tutela giurisdizionale.*
Né potrebbero essere compensate dalla finalità – talora predicata – di *deflazione del contenzioso.*

3.2. Il rischio paventato riguarda, beninteso, l'*eccesso di formalismo* – appunto – nella interpretazione delle norme processuali.
Resta ferma, invece, la *difesa* delle stesse norme [14] a fronte dell'*overruling processuale* [15] della Corte di cassazione, che – nel primo decennio di questo secolo – è pervenuta a conclusioni in palese contrasto – con il tenore letterale delle norme e con la precedente giurisprudenza della stessa Corte (e, talora, anche della Corte costituzionale) – motivando in punto di principi costituzionali ed, in particolare, sul principio di *ragionevole durata del processo.*
Pertanto la lettura di norme processuali – in *senso non formalistico,* appunto – deve coniugarsi, per quanto si è detto, con il rispetto del loro tenore letterale, anche sua evoluzione diacronica.
Né può essere trascurato che la *libera interpretazione* delle stesse norme – a prescindere, cioè, dal loro tenore letterale – si risolve nella *"abolizione del diritto stesso, almeno in quanto l'idea del diritto si riconnette alla ... garanzia di certezza e di eguaglianza, conquista insopprimibile della civiltà"*.[16]

3.3. Le palesi ricadute negative dell'eccesso di formalismo – sulla *strumentalità del processo* e, con essa, sulla *effettività della tutela giurisdizionale* – non potrebbero, in nessun caso, essere compensate dalla finalità – talora predicata – di *deflazione del contenzioso.*
La deflazione buona, infatti, è solo quella che nasce dal lato dell'offerta.

---

[13] Per una ipotesi analoga, vedi M. DE LUCA, *Il giudizio di cassazione su vizi processuali,* in Lav. giur. 2018, 329, spec. par. 7.
[14] Vedi; CAPONI, DALFINO, PROTO PSANI, SCARSELLI, *In difesa delle norme processuali,* in Foro it., 2010, I, 1704.Vedi altresì, E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile,* seconda edizione, I, Titolo quarto – intitolato *I principi* – 227 ss., Milano, Giuffrè 1957.
[15] Vedi M.DE LUCA, *Overruling* processuale *versus* strumentalità del processo civile?, contributo al *PRIMO RAPPORTO SULLA GIUSTIZIA CIVILE IN ITALIA – "Il giusto processo civile: alla ricerca della ragionevole durata e della ragionevole qualità",* organizzato dalla Unione nazionale delle camere civili (UNCC) e dal Centro studi dell'avvocatura civile, in collaborazione con il Consiglio nazionale forense (Roma, Corte di cassazione – Aula magna, 2 – 3 marzo 2012), in Atti del convegno, Roma, 2012, 213 ss. .
[16]Così, testualmente, CALAMANDREI, *Abolizione del processo civile?*, in Riv. dir. proc., 1939, I, 386.

Si tratta, invero, di opinione largamente condivisa nella scienza economica, dalla quale attinge, appunto, la metafora della deflazione del contenzioso.

Non può essere, tuttavia, estesa alle norme processuali, con funzione deflattiva del contenzioso.

Suggerisce, però, doverosa cautela dinanzi a manovre deflattive, che – incidendo sulla domanda di giustizia – possono determinarne, addirittura, la frustrazione di garanzie, che sono offerte dal *patrimonio costituzionale comune*.

Si tratta, quindi, di privilegiare manovre deflattive, che – promuovendo la efficienza – incidano sulla offerta di giustizia: le regole del processo si coniugano, in tale prospettiva, con interventi – parimenti virtuosi – sulla organizzazione giudiziaria.[17]

3.4. La nostra giurisprudenza – dichiaratamente ispirata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – pare, quindi, consolidata nel senso che ne risultano fugati i rischi paventati.

Né sembra privo di rilievo il riconoscimento esplicito della ispirazione – proveniente da giurisprudenza sovrannazionale (e, segnatamente, dalla Corte EDU).

Ne risulta, infatti, un virtuoso affrancamento da una sorta di *autarchia giuridica e giurisprudenziale* – basata, talora, sulla asserita *sufficienza* delle garanzie costituzionali – che viene, non di rado, predicata e praticata dalla stessa Corte di cassazione e, talora, anche dalla nostra Corte costituzionale.

Il *caso Taricco* ne costituisce l'esempio più recente [18].

Con esso concorrono, tuttavia, le questioni attinenti alle *leggi interpretative retroattive* [19], al nostro *precariato pubblico* [20] e tante altre.

---

[17] Rinvio, sul punto, a M. DE LUCA, *Processo del lavoro e deflazione del contenzioso.,* spec. § 5 e *passim,* in Lavoro nella giurisprudenza, 2016, 340; in Labor, 2016, 61 ed in Atti del convegno di studi sul tema *Lavoro ed esigenze dell'impresa: garanzie ed effettività fra diritto sostanziale e processo*, organizzato dall'Università degli studi di Pisa-Dipartimento di giurisprudenza (Pisa, 3-4 dicembre 2015). 369 ss..

[18] Sul punto, vedi, da ultimo, M. DE LUCA, *Il lavoro nel diritto comunitario (ora eurouitario) e l'ordinamento italiano: (più di) trent'anni dopo,* spec. par. 3, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori, in RDSS, 2018, 387; in corso di pubblicazione negli atti del seminario sul medesimo tema – *dedicato a Michele De Luca in occasione dei suoi ottant'anni* – organizzato dall'Università di Parma, dipartimento di giurisprudenza (Parma, Università, sala dei filosofi, 4 maggio 2018).

[19]Sulle *norme interpretative retroattive* dell'ordinamento italiano – in relazione alla Convenzione ed alla giurisprudenza della Corte EDU – vedi, da ultimo, Marco Bignami, *La Corte Edu e le leggi retroattive*, in www.questionegiustizia.it. Sul *caso* specifico – di legge interpretativa – delle c.d. *pensioni svizzere*, vedi – da ultime – Corte cost. n. 166 del 12 luglio. 2017. Vedi, altresì, M.DE LUCA, *Quanto incide l'allargamento dei controlimiti sulla efficacia delle norme Cedu*, in Foro it. 2013, I, 791, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori

[20] Sul quale rinvio a M: DE LUCA, Il *giusto risarcimento* per illegittima apposizione del termine a contratti *privatizzati* di pubblico impiego, in Lavoro nella giurisprudenza 2016,1053 ed – in un testo più ampio – in www.europeanrigts.eu n. 60 del gennaio 2017; ID., .*Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, newsletter n. 25 del 19/07/2017; www.europeanrigts.eu n. 62 del maggio 2017; Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2016, 489 ; Labor, 2017, 4, 401 ss.; ID., *Condizionalità eurounitaria per il divieto di conversione, nel pubblico impiego, previsto dall'ordinamento italiano: la parola alla Corte di giustizia,* in WP CSDLE Massimo D'Antona, n. /2017; Cassazione.net, 8 settembre 2017; .eu www.europeanrigts newsletter n. 64 del 15 settembre 2017. Ad esse si

4. La *nomofilachia* resta funzione della Corte di cassazione (art. 65 dell'ordinamento giudiziario).

Pare auspicabile, tuttavia, che la *uniforme interpretazione della legge* – che ne risulta perseguita – diventi dovere di tutti i giudici – compresi quelli del lavoro – senza frustrarne, tuttavia, il potere di interpretazione, anche evolutiva.

La uguaglianza dinanzi alla legge (art. 3 cost.) – che la *nomofilachia* concorre a garantire - si coniuga, infatti, con la *prevedibilità* e *predittività* della giurisprudenza e, con essa, con la *tutela dell'affidamento* e con la certezza del diritto.

4.1. A sostegno della *uniforme interpretazione della legge* – che la nomofilachia persegue – soccorrono, tuttavia, le prospettate critiche all'*overruling processuale* [21] della Corte di cassazione, che – nel primo decennio di questo secolo – è pervenuta, per quanto si è detto, a conclusioni in palese contrasto – con il tenore letterale delle norme e con la precedente giurisprudenza della stessa Corte (e, talora, anche della Corte costituzionale) – motivando in punto di principi costituzionali ed, in particolare, sul principio di *ragionevole durata del processo.*

Tanto più la conclusine ora proposta si impone ove si consideri che l'*overruling continua* ad occupare – e preoccupare – la giurisprudenza delle sezioni unite civili [22] e della sezione lavoro [23] della Corte di cassazione, insieme alla esigenza di contrastare – affidata, ora, al

---

rinvia per riferimenti ulteriori. Adde:V. DE MICHELE,*Tutela del precariato pubblico in Europa ed in Italia*, in corso di pubblicazione in WP CSDLE Massimo D'Antona, ed in; www.europeanrigts.eu, , al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

[21] Vedi M.DE LUCA, *Overruling* processuale *versus* strumentalità del processo civile?, cit. .

[22] Vedine, per tutte, la sentenza 12 febbraio 20 18 (in oro it, 2019, I, 1623, con nota di CAPASSO), che risulta così *massimata*:

"Si configura overruling solo quando venga smentito un consolidato orientamento di legittimità, mentre l'istituto non è evocabile rispetto a pronunce dei giudici di merito, non suscettibili di assurgere al rango di diritto vivente.

È esclusa la scusabilità dell'errore sul diritto processuale (e dunque la rimessione in termini) quando esso sia derivato da un'interpretazione autolimitativa della disposizione ad opera del procuratore di parte, non suffragata dalla giurisprudenza di legittimità.

Il prospective overruling è invocabile solo laddove il sopravvenuto ed imprevedibile indirizzo giurisprudenziale di legittimità risulti penalizzante rispetto a poteri e facoltà già esercitati o esercitabili dalla parte".

[23] Vedine, per tutte, la sentenza 14 gennaio 2021, n. 552, che risulta così *massimata*:*"Il prospective overruling garantisce alla parte il diritto di azione e di difesa, neutralizzando i mutamenti imprevedibili della giurisprudenza di legittimità su norme regolatrici del processo, imponendo di ritenere produttivo di effetti l'atto di parte posto in essere con modalità e forme ossequiose dell'orientamento dominante al momento del compimento dell'atto stesso, ma poi ripudiato; non è invocabile, quindi, per il caso di mutamenti giurisprudenziali che riguardino norme sostanziali, perché in detta ipotesi non è precluso alla parte il diritto di azione ed al giudice il potere di dirimere la controversia (in applicazione del principio innanzi richiamato, la suprema corte ha negato che il mutamento di orientamento della giurisprudenza di legittimità che, con riguardo all'obbligo di repêchage, non ha più ritenuto necessaria l'allegazione dei posti disponibili da parte del lavoratore, concreti una ipotesi di overruling)".*

prospective overruling – le conseguenze pregiudizievoli, che ne derivano, per la tutela giurisdizionale dei diritti (anche) dei lavoratori.

5. La riflessione potrebbe continuare.

Tanto basta, tuttavia, per concentrare – intorno ad alcuni *punti di sintesi* – il messaggio sincero di un giudice del lavoro del passato remoto, ispirato tuttora dalla *passione* – per il diritto e la giustizia del lavoro – e dagli ideali *pro labour.*