



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI BRESCIA**

**DOTTORATO DI RICERCA IN ISTITUZIONI E IMPRESA: VALORE,
REGOLE E RESPONSABILITÀ SOCIALE - BUSINESS AND LAW**

IUS/15
CICLO XXXIII

**L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA DEL DIRITTO AL LAVORO
NELL'ORDINAMENTO ITALIANO**

**DOTTORANDO:
MATTEO VRICELLA**
f.to digitalmente ex art.24 D.Lgs. 82/05

RELATORI:

CHIAR.MA PROF.SSA MARZIA BARBERA

f.to digitalmente ex art.24 D.Lgs. 82/05

CHIAR.MO PROF. GIUSEPPE FINOCCHIARO

f.to digitalmente ex art.24 D.Lgs. 82/05

INDICE

CAPITOLO I

LA TUTELA EFFETTIVA DEL DIRITTO AL LAVORO

1. Introduzione.....	p. 3
2. Fondamento del diritto al lavoro	p.5
3. Contenuto del diritto al lavoro.....	p.8
4. Il diritto al lavoro nella giurisprudenza della Corte costituzionale.....	p.12
5. Attuazione ed effettività del precetto costituzionale.....	p.17
6. Rapporti tra tutela specifica e tutela per equivalente in materia di lavoro.....	p.21
7. Tutela specifica e per equivalente del posto di lavoro.....	p.27
8. Il quadro sovranazionale.....	p.32

CAPITOLO II

LA PROTEZIONE SOSTANZIALE DEL DIRITTO AL LAVORO

1. Premessa.....	p.39
2. L'art. 18 St. lav. come modello di tutela effettiva.....	p.40
3. (segue). I licenziamenti disciplinari.....	p.47
4. (segue) I licenziamenti economici.....	p.51
5. La disciplina di cui al d.lgs. 23/2015.....	p.59
6 (segue). I licenziamenti disciplinari.....	p.63
7. (segue). L'assenza di tutela reale per i licenziamenti economici.....	p.70
8 (segue). Profili di incostituzionalità della disciplina.....	p.75

CAPITOLO III
L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA PROCESSUALE AVVERSO I
LICENZIAMENTI ILLEGITTIMI

1. Premessa.....	p.81
2. Le preclusioni nel rito del lavoro.....	p.84
3. Il problema della rigidità delle preclusioni e la ricerca della verità materiale.....	p.87
4. I poteri officiosi del giudice come temperamento alla rigidità delle preclusioni.....	p.92
5. La rilevabilità d'ufficio e la modifica in corso di causa dei motivi di nullità del licenziamento.....	p.100
6. Il rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti: le preclusioni.....	p.108
7. (segue) Il rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti: rilevabilità d'ufficio e deduzione di ulteriori motivi di invalidità del licenziamento.....	p.113
8. L'utilizzabilità del procedimento d'urgenza <i>ex art. 700 c.p.c.</i> per l'impugnazione dei licenziamenti	p.118

CAPITOLO IV
CONCLUSIONI

1. Il declino delle tutele in materia di licenziamenti.....	p.125
2. Le cause politiche, sociali ed economiche della compressione di tutele.....	p.127
3. La c.d. economicizzazione del diritto del lavoro.....	p.132
4. Cenni comparatistici: la compressione di tutele nel sistema spagnolo.....	p.134
5. Prospettive future: per una tutela "reale"	p.140
Bibliografia	p. 147

1. LA TUTELA EFFETTIVA DEL DIRITTO AL LAVORO

1. Introduzione; 2. Fondamento del diritto al lavoro; 3. Contenuto del diritto al lavoro; 4. Il diritto al lavoro nella giurisprudenza della Corte costituzionale; 5. Attuazione ed effettività del precetto costituzionale; 6. Rapporti tra tutela specifica e tutela per equivalente in materia di lavoro; 7. Tutela specifica e per equivalente del posto di lavoro; 8. Il quadro sovranazionale.

1. Introduzione.

Il diritto al lavoro trova formale riconoscimento e protezione nell'art. 4, primo comma, della Costituzione¹. La norma costituzionale opera su differenti piani e può assumere diversi significati² i cui principali sono la promozione delle occasioni di impiego³ e la tutela dell'interesse del singolo alla conservazione del rapporto di lavoro⁴.

L'interesse degli studiosi per il tema oggetto della presente trattazione ha attraversato varie ed alterne fasi⁵. Nel periodo tra l'approvazione della Costituzione del 1948 e l'entrata in vigore, nel 1966⁶, della prima disciplina limitativa dei licenziamenti, l'attenzione fu preminentemente rivolta al tema del recesso datoriale; l'art. 4 venne dunque analizzato principalmente con riferimento all'influenza da riconoscere sull'interpretazione dell'art. 2118 c.c., relativo al recesso *ad nutum* dal contratto di lavoro a tempo indeterminato⁷.

Si è in seguito assistito ad un periodo di «oblio del diritto al lavoro». La dottrina ha parlato al riguardo di «tema *demodé*»⁸, evidenziando che, pur essendo indubbia la rilevanza dell'art. 4

¹ A mente del quale «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto».

² Di cui si parlerà ampiamente *infra*, par. 1.3.

³ G. Giugni, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni dello stato sociale*, in Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Vita e Pensiero, Milano, 1998, 60.

⁴ E. Ales, *Libertà e "uguaglianza solidale": il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Dir. Lav.*, 2001, I, 111 ss.; S. Giubboni, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT – 46/2006.

⁵ G. Gigliano, *Il diritto al lavoro*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2011, 1/2, 263.

⁶ Legge 15 luglio 1966, n. 604, recante "Norme sui licenziamenti individuali".

⁷ M. S. Giannini, *Rilevanza costituzionale del lavoro* (1949), in *Scritti*, III, Giuffrè, Milano, 2003, 107 ss.; R. Richard, *Il diritto al lavoro come fenomeno giuridico*, in *RDL*, 1949, I, 70 ss.; V. Crisafulli, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione* (1951), in *Id.*, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 145 ss.; C. Mortati, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica* (1953), in *Id.*, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale*, Raccolta di scritti, Giuffrè, Milano, 1972, 143 ss.; C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, 1954, I, 149 ss.; M. Mazziotti, *Il diritto al lavoro*, Giuffrè, Milano, 1956; C. Smuraglia, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1958, 143.

⁸ C. Salazar, *Alcune riflessioni su un tema demodè: il diritto al lavoro*, in *PD*, 1995, 3 ss.

Cost. come principio fondante di molti istituti lavoristici, «del diritto al lavoro si parla poco o niente»⁹. L'autorevole invito, espresso alla fine del secolo scorso, a «riconsiderare il diritto al lavoro»¹⁰ pare essere stato in parte accolto negli anni più recenti¹¹, forse anche in considerazione delle riforme che, a partire dall'anno 2012 con la l. 92, hanno fortemente ridimensionato la portata applicativa dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Oggi, a seguito degli interventi legislativi di cui alla l. 92/2012 e al d.lgs. 23/2015, con relativa compressione delle ipotesi di reintegrazione a seguito di licenziamento illegittimo, appare più che mai necessario comprendere se il diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost. possa dirsi, nel nostro ordinamento, realmente effettivo. Tale è l'obiettivo che il presente studio si pone. Per fare ciò, il primo passo da compiere consiste nel comprendere il fondamento giuridico ed il contenuto del diritto al lavoro. In seguito verrà esaminato il tema generale dell'effettività del diritto al lavoro, sotto il profilo tanto sostanziale quanto processuale. Sotto il primo profilo, è opportuno sin d'ora chiarire che il concetto di effettività della disciplina sostanziale verrà utilizzato per riferirsi al livello di attuazione, per mezzo della legislazione ordinaria, del precetto costituzionale. Sotto il secondo profilo, particolare attenzione verrà dedicata, sempre in via preliminare, ai rapporti tra tutela in forma specifica e per equivalente nell'ambito del rapporto di lavoro.

Ciò premesso, i due capitoli centrali della presente trattazione verranno dedicati all'analisi, rispettivamente, della disciplina sostanziale e processuale attualmente in vigore in Italia, al fine di verificare l'attuale livello di effettività – nei significati sopra intesi - del diritto al lavoro nel nostro ordinamento. Nel corso della trattazione verranno altresì offerti spunti comparatistici, principalmente con riguardo al sistema spagnolo.

Nell'ambito delle conclusioni, infine, una volta analizzate le cause socio-economiche della rilevata compressione di tutele, si cercherà di comprendere quali siano le prospettive future,

⁹ G. Giugni, op.loc.ult.cit.

¹⁰ D'Antona, *Il diritto al lavoro nella costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *RGL*, 1999, III, 15 ss.

¹¹ Si vedano al riguardo gli studi di C. La Macchia, *La pretesa al lavoro*, Giappichelli, Torino, 2000; A. Alaimo, *I servizi all'impiego e l'art. 4 Cost. dopo le recenti riforme del mercato del lavoro*, in *DLRI*, 2004, 249 ss.; A. Apostoli, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Giuffrè, Milano, 2005; C. Alessi, *L'art. 4 Cost. e il diritto al lavoro*, in *Jus*, 2006, 127 ss.; S. Giubboni, *Il primo dei diritti sociali*, cit.; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro* (Venezia, 25-26 maggio 2007), Milano, 2008, 5 ss.; G. Gigliano, op.cit., 265.

ove possibile tentando di offrire soluzioni alternative che tengano conto dell'imprescindibile necessità di contemperare le esigenze del mercato e delle imprese con quelle di protezione del diritto costituzionale al lavoro.

È infine necessario premettere che, sebbene – come si vedrà meglio *infra*, par. 1.3 - la locuzione sia suscettibile di acquisire plurimi contenuti, nel presente studio il concetto di “diritto al lavoro” verrà utilizzato precisamente con riferimento al suo “contenuto minimo”, ed in particolare nell’accezione di “diritto alla stabilità del posto di lavoro”, inteso come il diritto del prestatore a conservare il rapporto di lavoro¹² e dunque a non essere arbitrariamente licenziato¹³. La scelta di focalizzare l’attenzione del presente studio è dettata da esigenze di natura contingente. A seguito delle riforme avviate con la l. 92/2012 e con il d.lgs. 23/2015, infatti, le ipotesi di reintegrazione in ipotesi di licenziamento illegittimo non costituiscono più la regola, ma l’eccezione. È, dunque, più che mai necessario verificare la compatibilità dell’attuale disciplina limitativa dei licenziamenti con il dettato costituzionale.

Per tali ragioni, si comprende come l’analisi delle discipline sostanziali limitative dei licenziamenti e della tutela processuale nell’ambito dei giudizi per l’impugnazione del recesso datoriale, di cui si parlerà rispettivamente nel secondo e nel terzo capitolo, assuma un ruolo centrale ai fini della presente trattazione.

2. Il fondamento del diritto al lavoro.

A livello interno, il diritto al lavoro trova il proprio fondamento nell’art. 4, primo comma, Cost.¹⁴. Nel disegno costituzionale, quello al lavoro è un «un fondamentale diritto della persona umana», come evidenziato sia dalla dottrina¹⁵ che dalla Corte costituzionale¹⁶. Il lavoro non è dunque mero mezzo di sostentamento¹⁷, essendo piuttosto strumento di affermazione diretta

¹² R. Casillo, *Sulla difficile conciliabilità tra subordinazione e dignità*, cit., 445; M. Persiani, *La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in *NTDL*, II, Cedam, Padova, 1971, 593 ss.

¹³ A. Baldassarre, voce *Diritti sociali*, in *EGT*, XI, Roma, 1989

¹⁴ R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010, 118 ss. evidenziano che l’art. 4 rientra tra i principi, ossia in quella particolare categoria di norme giuridiche caratterizzate da un alto grado di genericità, mediante le quali fanno il loro ingresso nel diritto i valori.

¹⁵ P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 106; C. Salazar, op.cit., 4; A. Apostoli, op.cit. 131.

¹⁶ C. Cost., 3 marzo 1994, n. 108, in *Foro it.* 1996, I, 87; *Foro Amm.* 1996, 3170.

¹⁷ Come potrebbe suggerire, se letto isolatamente, il disposto dell’art. 36 Cost.

della personalità umana nella società e nei luoghi di lavoro¹⁸. Si è osservato che, al fine di comprendere pienamente la portata dell'art. 4 Cost., è necessario leggere la norma in combinato disposto con il precedente art. 2., che riconosce e garantisce il diritto inviolabile dell'uomo all'affermazione e svolgimento della sua personalità¹⁹. Il contenuto valoriale essenziale del diritto al lavoro è dunque costituito dalla dignità umana, la quale si estrinseca sia nella sua dimensione individuale che in quella sociale, nonché in relazione ai corpi intermedi costituiti dall'ambiente lavorativo e dalla famiglia²⁰.

Il "principio personalista"²¹ ed il valore della dignità umana²² costituiscono dunque il fondamento assiologico del diritto al lavoro. I diritti fondamentali quali il diritto al lavoro e il diritto ad una retribuzione sufficiente ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa²³ sono infatti funzionali ad uno degli obiettivi ultimi dell'ordinamento, consistente nella tutela della personalità dell'individuo in funzione di garanzia della dignità umana²⁴, a sua volta identificata dal nucleo essenziale dei diritti fondamentali della personalità²⁵, come peraltro evidenziato a più riprese anche dalla Corte costituzionale²⁶.

La Consulta stessa ha avuto occasione di porre in rilievo «il particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro, per realizzare un pieno sviluppo della personalità umana»²⁷, opportunamente evidenziando che il «diritto al lavoro» (art. 4, primo comma, Cost.) e la «tutela» del lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35, primo comma, Cost.) sono fondamentali ai fini della tutela dell'esercizio nei luoghi di lavoro di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, su tutti i «principi fondamentali di libertà sindacale, politica e

¹⁸ G. Loy, *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in E. Ghera, A. Pace (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli, 2009, 38.

¹⁹ G. Gigliano, *op.loc.ult.cit.*

²⁰ G. Gigliano, *op.loc.ult.cit.*

²¹ A. Apostoli, *Il trapianto del diritto al lavoro nell'ordinamento comunitario e nell'ordinamento regionale ovvero quel che resta dell'art. 4 della Costituzione italiana*, in *Jus*, 2006, 140.

²² C. Mortati, *op.ult.cit.*, 140.

²³ G. Gigliano, *op.cit.*, 270.

²⁴ R. Casillo, *Sulla difficile conciliabilità tra subordinazione e dignità*, in *Dir. merc. lav.*, 2007, 4, 429; P. Barile, *op.cit.*, 103.

²⁵ R. Casillo, *La dignità nel rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 71/2008*, 604.

²⁶ C. Cost., 26 maggio 1965, n. 45, in *Giur. Cost.*, 1965, 655; C. Cost., 8 novembre 2018, n. 194, in *DRI*, 2019, II 654, con nota di Dagnino; *Riv. it. dir. lav.*, 2018, n. 4, II, 1050 ss., con nota di Ichino; *DLM*, 2018, III, 634-635, con nota di De Luca Tamajo

²⁷ C. Cost. n. 163 del 1983, in *Mass. giur. lav.* 1983, 97; *RGL* 1983, III,83; *Giur. it.* 1984, I,1,24.

religiosa»²⁸, ciò in quanto «il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti»²⁹.

Il diritto del lavoro come sopra concepito trova storicamente un limite nella visione economicistica del lavoro inteso quale fattore produttivo³⁰, il cui fondamento risiede nell'art. 41, secondo comma, Cost.

La dignità del lavoratore è tuttavia nucleo irriducibile e non suscettibile di bilanciamento con altri principi, pur costituzionali. Senza anticipare le conclusioni, si può tuttavia sin d'ora affermare che, applicando tali considerazioni alla disciplina dei licenziamenti, un primo limite che la Costituzione pone al legislatore nel momento in cui questi è tenuto a modulare le conseguenze dei recessi illegittimi risiede proprio nel rispetto della dignità del lavoratore, ad esempio sancendo la nullità di tutti i recessi posti in essere con modalità degradanti, arbitrarie o discriminatorie. Se infatti la dignità umana – diversamente dalla libertà imprenditoriale - è valore assoluto, allora questa non è suscettibile di bilanciamento con altri interessi, pur protetti dalla Costituzione³¹, ciò in quanto il c.d. “nucleo rigido” dei diritti fondamentali (c.d. *Wesensgehalt*) si identifica proprio nella dignità umana, la quale «rappresenta il criterio di bilanciamento, se non la stessa bilancia»³².

A livello europeo, il diritto al lavoro trova riconoscimento nell'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea siglata a Nizza 7 dicembre 2000³³, a mente del quale «Ogni individuo ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata». La Carta di Nizza ha ormai lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6 TUE)³⁴, come

²⁸ C. Cost. n. 45 del 1965, cit.

²⁹ C. Cost. n. 63 del 1966, reperibile in www.cortecostituzionale.it.

³⁰ M. Napoli, *Il lavoro e le regole*, in Id., *Lavoro, diritto, mutamento sociale*, Giappichelli, Torino, 2002, 4.

³¹ R. Casillo, op.ult.cit., 604.

³² G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

³³ F. Di Majo, L. Ferrari Bravo, A. Rizzo, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2001, 37 ss.; G. Arrigo, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *DLM*, 2005, 275 ss.; F. Carinci, A. Pizzoferrato, “*Costituzione europea*” e *diritti sociali fondamentali*, in *Lav. Dir.*, 2000, 281 ss.; S. Giubboni, *Lavoro e diritti sociali nella “nuova” Costituzione europea. Spunti comparatistici*, in *DLM*, 2004, 557 ss.; R. De Luca Tamajo, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario e nella Costituzione italiana*, in *Rass. DPE*, 2008, 3 ss.

³⁴ L.S. Rossi, *Il rapporto tra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone (a cura di), *Le sfide dell'Europa. Diritti, istituzioni, politiche*, Ediesse, Roma, 2009; G. Gigliano, op. cit., 276.

evidenziato dalla giurisprudenza comunitaria, costituzionale e di legittimità³⁵. Mentre il secondo comma della disposizione ora citata fa riferimento alla libertà di lavoro e circolazione di «ogni cittadino», il primo comma sancisce il diritto di lavorare di «ogni individuo», così spingendosi addirittura oltre il disposto dell'art. 4 Cost., il quale, come visto, riconosce il diritto al lavoro dei soli cittadini italiani.

3. Il contenuto del diritto al lavoro.

La locuzione “diritto al lavoro” è suscettibile di differenti interpretazioni ed è stata, nel tempo, riempita di vari contenuti da parte della dottrina, che ha a più riprese evidenziato la non chiara formulazione dell'art. 4 Cost.³⁶. È ad oggi condivisa l'affermazione secondo cui l'art. 4 è suscettibile di assumere plurimi significati³⁷, rinvenendo dunque nel diritto al lavoro un «concetto polisenso, scomponibile analiticamente in una pluralità di accezioni distinte»³⁸.

Un primo contenuto è stato identificato nell'interesse di ogni cittadino ad essere titolare di un rapporto di lavoro, quale strumento necessario ed indispensabile per assumere un ruolo nella società mediante il proprio *status* professionale ed ottenerne il riconoscimento³⁹. In tal senso il diritto al lavoro deve dunque intendersi come libertà - negativa - di accedere al lavoro e di scegliere la propria occupazione⁴⁰.

Non essendo mai stata posta in dubbio una simile libertà, l'attenzione della dottrina si è maggiormente rivolta all'altro aspetto dell'accesso al lavoro, ovvero la necessità che lo Stato si attivi per la creazione di occasioni di lavoro, con relativo dovere, in capo al legislatore, di promozione delle occasioni di impiego⁴¹. Leggendo l'art. 4 in stretto collegamento con il precedente art. 3, secondo comma, Cost. e con riguardo alla condizione di sottoprotezione del

³⁵ CGUE 19.1.2009, causa C-255-07, Seda Kucukdeveci, *D&L*, 2009, 932; C. Cost. 28.1.2010, n.28, in *Giur. Cost.*, 2010, 1, 358, con nota di Celotto; nonché in *Foro it.* 2010, 4, I, 1109, con nota di Armone; Cass. 2.2.2010, n. 2352, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 3, II, 628, con nota di Albi.

³⁶ G. Gigliano, *op.cit.*, 279; M. S. Giannini, *op. cit.*, 110.

³⁷ A. Baldassarre, *op.cit.*, 14; A. Apostoli, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, *cit.*, 140.

³⁸ S. Chiarloni, *Dal diritto alla retribuzione al diritto di lavorare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1479

³⁹ M. D'Antona, voce *Tutela reale del posto di lavoro*, in *EGT*, XXXI, Roma, 1994, 2.

⁴⁰ V. Spagnuolo Vigorita, voce *Professione e lavoro (libertà di)*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, Jovene, Napoli, 2001, III, 195 ss.

⁴¹ G. Giugni, *op.cit.*, 47 ss.

lavoratore subordinato⁴², se ne deduce che la norma in discorso contiene un diritto sociale, che richiede uno specifico intervento dello Stato per renderne effettivo l'esercizio⁴³, per il tramite delle politiche attive del lavoro e della creazione di un sistema di formazione professionale permanente⁴⁴.

Il diritto al lavoro come diritto sociale non si può tuttavia risolvere unicamente nelle politiche occupazionali generali, avendo esso un nucleo che può essere ascritto a ciascun cittadino⁴⁵. Nell'alveo di tale concezione, autorevole dottrina giunse addirittura ad ipotizzare che l'inattività dello Stato nella propria attività promozionale possa configurare un vero e proprio inadempimento dei pubblici poteri, suscettibile di essere risarcito⁴⁶. Senza spingersi oltre, è per il momento sufficiente prendere atto della c.d. ambivalenza costituzionale del diritto al lavoro nel senso di diritto all'accesso ad un'occupazione: non soltanto diritto di libertà negativa, ma anche e soprattutto diritto sociale⁴⁷.

Il diritto al lavoro contiene in sé anche una libertà positiva, tutelando l'interesse del lavoratore a svolgere la propria personalità sul luogo di lavoro mediante l'esercizio di un'attività corrispondente alle proprie capacità professionali⁴⁸. Secondo tale accezione - altra faccia della medaglia della libertà negativa di cui si è sopra detto - l'art. 4 Cost. tutela l'interesse del lavoratore, da un lato, a svolgere mansioni ragionevolmente corrispondenti alla qualifica professionale per la quale è stato assunto e, dall'altro lato, l'interesse all'esecuzione effettiva della prestazione⁴⁹. Evidenziava al riguardo Gino Giugni⁵⁰, a pochi anni dall'emanazione dello Statuto dei Lavoratori, come nel rapporto di lavoro privato si iniziasse a profilare «una nuova marca di frontiera», costituita dal diritto allo svolgimento effettivo del lavoro.

Più recentemente la dottrina ha fatto un passo ulteriore, facendo discendere dall'art. 4 anche il diritto del lavoratore ad esplicitare la propria attività lavorativa al riparo da atti discriminatori

⁴² G. F. Mancini, *Sub art. 4*, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, II Foro italiano, Roma e Zanichelli, Bologna, 1975, 208 ss

⁴³ C. Salazar, op.cit., 5; P. Lambertucci, *Il diritto al lavoro tra principi costituzionali e discipline di tutela: brevi appunti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, 96; G. F. Mancini, op.cit., 210.

⁴⁴ G. Gigliano, op.cit., 280.

⁴⁵ G. Gigliano, op.loc.ult.cit.

⁴⁶ M. D'Antona, *Il diritto al lavoro nella costituzione e nell'ordinamento comunitario*, cit., 18, il quale è giunto a sostenere che il disoccupato abbandonato potrebbe chiedere i danni allo Stato.

⁴⁷ A. Apostoli, op.loc.ult.cit.

⁴⁸ A. Baldassarre, op.cit., 15.

⁴⁹ G. Gigliano, op.cit., 274.

⁵⁰ G. Giugni, *Diritto del lavoro*, in *Enciclopedia Treccani, Enciclopedia del Novecento*, 1978, III, 945.

e da comportamenti lesivi della dignità della persona, dunque includendo nel disposto costituzionale la tutela delle condizioni di lavoro *ex art. 2087 c.c.*⁵¹.

Venendo al tema di nostro interesse, ecco che il diritto al lavoro *ex art. 4 Cost.* può, infine, identificarsi con il diritto di ogni lavoratore a conservare il rapporto di lavoro⁵².

Ancor prima dell'emanazione della legge n. 604/1966, si era evidenziato che la disciplina limitativa dei licenziamenti tutela la libertà del prestatore in un senso più ampio che non sia quello della mera libertà dal bisogno⁵³ e che l'introduzione di una simile disciplina avrebbe consentito il pieno sviluppo della personalità del lavoratore nei luoghi di lavoro, integrando dunque la concezione del diritto al lavoro inteso nel significato sopra visto di libertà positiva⁵⁴. Si è infatti già rilevato che la personalità e la professionalità del lavoratore tanto più liberamente potranno esplicarsi sul luogo di lavoro, quanto più il prestatore sarà posto al riparo da licenziamenti ingiustificati. Più recentemente, di diritto al posto di lavoro ha parlato anche la Corte di Cassazione⁵⁵, per fare riferimento alla posizione di vantaggio del prestatore nelle ipotesi in cui è applicabile la tutela reale di cui all'art. 18 St. Lav.

Con riferimento alla presente accezione, il discorso può essere svolto principalmente in due direzioni. Qualora si presti attenzione principalmente alla fase di svolgimento del rapporto, ad essere in gioco è l'interesse del lavoratore al contratto, ossia alla stabilità della relazione contrattuale di tipo lavorativo⁵⁶. Ove, al contrario, si focalizzi il discorso sulla fase estintiva

⁵¹ P. Lambertucci, *op.cit.*, 108.

⁵² R. Casillo, *Sulla difficile conciliabilità tra subordinazione e dignità*, cit., 445; M. Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in *NTDL*, II, Cedam, Padova, 1971, 593 ss.; C. Mortati, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, cit., 146.

⁵³ A. Baldassarre, *op.loc.cit.*

⁵⁴ G. F. Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Giuffrè, Milano, 1962, 340.

⁵⁵ Queste le parole di Cass., 16 maggio 2001, n.6727, in *Giust. civ. mass.* 2001, 983: «È fondamentale e condivisibile il rilievo di Cass. in. 2853/1995, secondo cui le questioni, che potevano insorgere anche nel regime di licenziabilità *ad nutum* del prestatore di lavoro, circa l'accertamento dell'effettiva causa della risoluzione del rapporto in caso di contrapposte tesi del lavoratore e del datore di lavoro, hanno assunto un contenuto sostanziale ben diverso a seguito della introduzione del regime limitativo dei licenziamenti e, particolarmente, di un ampio settore di stabilità c.d. reale del rapporto di lavoro. Quando si applica questo più incisivo regime, è configurabile in capo al lavoratore una relevantissima posizione di vantaggio riassumibile nella, pur atecnica, formula del diritto al posto di lavoro. È questa posizione di vantaggio che viene fatta valere in sede di impugnativa di licenziamento e di richiesta di reintegrazione nel posto di lavoro, mentre le dimissioni del lavoratore incidono in senso abdicativo sulla medesima posizione».

⁵⁶ F. Mazziotti, *Stabilità formale ed insicurezza strutturale del posto di lavoro*, in *Crit. dir.*, 1975, 95 ss.; M. Napoli, *Elogio della stabilità*, in *QDLRI*, 2002, 26; P. Ichino, *La stabilità del lavoro e il valore dell'uguaglianza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 9 ss.; M. V. Ballestrero, *Il valore e il costo della stabilità*, in *Id.*, *La stabilità del diritto vivente. Saggi su licenziamenti e dintorni*, Giappichelli, Torino, 2009, 1 ss.

del rapporto, l'interesse del lavoratore verrà identificato in quello a non essere arbitrariamente licenziato.

Ad avviso di chi scrive, pur trattandosi di due aspetti dello stesso problema, pare terminologicamente più opportuno fare riferimento al diritto del lavoratore a non subire licenziamenti illegittimi. Risulta infatti problematico configurare un diritto del lavoratore ad un'occupazione stabile senza evocare, per contrasto, la categoria dei contratti precari – su tutti, i contratti a termine e di somministrazione -, i quali sollevano una serie di problemi che solo parzialmente collimano con il tema di nostro interesse. Recentemente, la dottrina ha parlato di "contenuto minimo" del diritto costituzionale al lavoro per fare riferimento proprio alla protezione della stabilità del posto, che il lavoratore già occupa⁵⁷.

Nel presente studio, come anticipato nel primo paragrafo, il concetto di "diritto al lavoro" verrà utilizzato precisamente con riferimento al suddetto "contenuto minimo", dunque con il significato di "diritto alla stabilità del posto di lavoro", inteso nei significati visti sopra e strettamente interconnessi, di diritto del prestatore a conservare il rapporto di lavoro⁵⁸ e dunque a non essere arbitrariamente licenziato⁵⁹. La scelta di focalizzare l'attenzione del presente studio su tale profilo non intende naturalmente negare né oscurare gli altri significati, ma è dettata dalla ravvisata esigenza, - a seguito delle riforme avviate con la l. 92/2012 e con il d.lgs. 23/2015 e della relativa compressione delle ipotesi di reintegrazione in ipotesi di licenziamento illegittimo - di verificare la compatibilità dell'attuale disciplina limitativa dei licenziamenti con il dettato costituzionale. Senza voler anticipare le conclusioni, si può sin d'ora evidenziare che, sebbene non sia possibile rinvenire negli artt. 4 e 24 Cost. un obbligo del legislatore di garantire la reintegrazione in ipotesi di licenziamento illegittimo, è comunque necessario garantire una tutela effettiva del diritto al lavoro - nell'accezione qui accolta -, mediante la predisposizione di un sistema di tutele, aventi finalità anche dissuasive ed improntate al criterio di ragionevolezza.

⁵⁷ M. V. Ballestrero, *A proposito di rimedi*, in *Lav. Dir.*, 2017, 3/4, 513.

⁵⁸ R. Casillo, *op.ult.cit.*, 445, che evidenzia che «la tutela della dignità umana è istanza avvertita anche in occasione della cessazione del rapporto, quando il bisogno economico determinato dalla perdita della fonte di guadagno può incidere sulla libertà positiva di esercizio delle prerogative fondamentali pregiudicando la dignità dell'esistenza»; cfr. anche M. Persiani, *op.ult.cit.*, 593 ss.

⁵⁹ A. Baldassarre, *op.loc.cit.*

4. Il diritto al lavoro nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

Una delimitazione del significato e della portata del diritto al lavoro nell'accezione sopra intesa è stata operata, nel corso degli anni, da parte della Consulta, la quale ha a più riprese evidenziato l'esistenza di una protezione costituzionale con riferimento al diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato⁶⁰.

Già anteriormente all'entrata in vigore della prima disciplina limitativa dei licenziamenti, la Corte costituzionale ha offerto utili spunti di riflessione, all'uopo individuando alcuni punti fermi.

La presenza nella Costituzione di una norma che fa espresso riferimento al "diritto al lavoro" aveva, negli anni successivi all'entrata in vigore della Carta costituzionale, portato la dottrina ad interrogarsi in ordine alla legittimità di una disciplina come quella di cui all'art. 2118 c.c., che consentiva il recesso *ad nutum* dal rapporto di lavoro⁶¹ e lasciava, dunque, il lavoratore soggetto alla perdita del posto di lavoro anche per un mero «capriccio della controparte»⁶².

La tesi secondo cui il diritto al lavoro protetto dall'art. 4 Cost. dovesse necessariamente implicare un divieto di licenziamenti arbitrari era in origine minoritaria⁶³, ma finì con il prevalere, proprio grazie all'intervento della Consulta.

Una prima fondamentale indicazione arrivò con la sentenza n. 45/1965⁶⁴, in un momento nel quale, come accennato, l'unica norma disciplinante il recesso era l'art. 2118 c.c., il quale prevedeva di fatto la recedibilità *ad nutum*, limitandosi a sancire l'obbligo di rispettare i termini di preavviso previsti dagli usi o dall'equità⁶⁵.

Il Giudice remittente, nel sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2118 citato, evidenziava quanto segue: «se è esatto che il diritto al lavoro non può essere configurato come un diritto soggettivo all'occupazione nei confronti dello Stato o degli imprenditori, ciò

⁶⁰ R. Flammia, *I licenziamenti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Scognamiglio (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Angeli, Milano, 1979, 225 ss.; M. Napoli, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di licenziamenti*, in AA.VV., *L'apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, 207 ss.; A. Apostoli, op.ult.cit., 182 ss.

⁶¹ V. Crisafulli, op. cit., 170, secondo il quale l'art. 4 funziona come norma programmatica che impone uno scopo al legislatore ordinario e come criterio interpretativo delle norme vigenti; C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., 171.

⁶² L. Calcaterra, op.cit., 5.

⁶³ M. V. Ballestrero, *I licenziamenti*, Milano, Angeli, 1975, 40 ss.

⁶⁴ C. Cost. 9 giugno 1965, n. 45, cit.

⁶⁵ Cui devono aggiungersi in via interpretativa le ipotesi previste dai contratti collettivi.

non esclude che per i rapporti di lavoro già costituiti si imponga un'adeguata protezione del lavoratore nei confronti del datore di lavoro, conformemente alla speciale posizione al primo conferita dalla Costituzione, che è orientata - come fu affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 29 del 1960 - verso un'energica tutela degli interessi dei lavoratori».

La Consulta respingeva la questione di costituzionalità, evidenziando che l'art. 4 della Costituzione, «come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione, così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro». La Corte rilevava, tuttavia, l'esistenza di una correlazione “forte” tra l'art. 4 Cost. e la disciplina in tema di licenziamenti, evidenziando come «l'indirizzo politico di progressiva garanzia 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 intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti».

Il licenziamento, a parere della Consulta, avrebbe dovuto essere intimato solo quando «si renda necessario». In altre parole, a detta della Corte, è pur vero che l'art. 4 non dispone alcunché in ordine ai contenuti della tutela, tuttavia è altrettanto vero che impone senz'altro una qualche tutela, quale che ne sia la forma, la cui scelta è rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario.

Sebbene possa apparire difficoltoso discernere tra il diritto alla conservazione del posto di lavoro – negato dalla Corte – e il diritto alla continuità del lavoro – da questa invece riconosciuto –, ciò che qui interessa è che, per la prima volta dalla sua emanazione, la disposizione costituzionale, pur non potendo configurare una pretesa che i singoli interessati possono far valere innanzi al giudice, veniva tuttavia espressamente riconosciuta come avente valore precettivo⁶⁶.

Come ribadito dalla stessa Corte costituzionale tre anni dopo, dunque, dall'art. 4 non discende «un vero e proprio diritto soggettivo alla conservazione del posto»⁶⁷, bensì la necessità, per il legislatore, di approntare una disciplina che consenta il recesso soltanto quando sia necessario, e dunque quando questo non sia arbitrario⁶⁸. Il che nemmeno significava che nessuno spazio

⁶⁶ L. Calcaterra, op.cit., 8.

⁶⁷ C. Cost. n. 81 del 1969, in *Giur. Cost.*, 1969, 1150.

⁶⁸ L. Nogler, op.cit., 16 ss., secondo «si afferma spesso riduttivamente che la garanzia costituzionale riguarderebbe la sola garanzia per il lavoratore di non subire un licenziamento ingiustificato.

avrebbe dovuto trovare nell'ordinamento l'ipotesi del licenziamento *ad nutum*, ma unicamente che la libera recedibilità non poteva considerarsi espressione di un principio generale del nostro ordinamento, dovendo piuttosto essere correlata a specifiche esigenze sottostanti le relative fattispecie ritenute meritevoli di considerazione da parte del legislatore ordinario⁶⁹.

Si è affermato, a ragione, che la suddetta sentenza costituisce l'origine della disciplina dei licenziamenti in Italia⁷⁰. Tale pronuncia conteneva, infatti, un espresso invito al legislatore a regolare la disciplina del recesso datoriale conformemente al precetto costituzionale (tramite «doverose garanzie» e «opportuni temperamenti»); invito che fu senza ritardo accolto dal Parlamento, che approvò, quasi immediatamente, la legge 604/1966, avente ad oggetto «Norme sui licenziamenti individuali», introducendo così, nella legislazione ordinaria, il principio di necessaria giustificatezza del licenziamento⁷¹.

Tale legge disciplinava quella che verrà poi definita come la c.d. tutela obbligatoria in caso di licenziamento, di natura fondamentalmente indennitaria, mediante la previsione di risarcimenti pur modesti, ma che costituiva senza dubbio una novità nel panorama italiano.

Sulla scia delle indicazioni della Corte costituzionale si collocò poi l'emanazione, nel 1970, del – ben più incisivo - Statuto dei lavoratori, il cui art. 18 introduceva una tutela di tipo ripristinatorio, consistente nel diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, in tal modo pienamente attuando il precetto costituzionale.

Contestualmente all'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori, la Corte, con sentenza n. 194 del 1970⁷², respingeva l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 8 della l. 604 del 1966, nuovamente evidenziando che «i principi cui si ispira l'art. 4 della Costituzione esprimono l'esigenza di un contenimento della libertà del recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro, e quindi dell'ampliamento della tutela del lavoratore, quanto alla conservazione del posto di lavoro», e che tuttavia «l'attuazione di questi principi resta affidata alla discrezionalità

Indipendentemente dallo spazio di discrezionalità che viene riconosciuto al legislatore, sul quale tornerò nel § 14, la giustificazione è però nella giurisprudenza costituzionale sempre in funzione della stabilità. Sicché è corretto individuare il punto di bilanciamento tra gli artt. 41 e 4 Cost. nel principio dell'*extrema ratio* che, incidendo direttamente sulla portata dell'art. 3, l. n. 604 del 1966 contribuisce alla configurazione delle regole del *repêchage* e dell'adeguatezza del licenziamento per inadempimento».

⁶⁹ C. Cost. n. 180 del 1980, in *Giur. Cost.*, 1980, p. 1629. Si veda ad esempio il recesso durante il periodo di prova, nel quale la libera recedibilità è ontologicamente connaturata alla (e quindi necessitata dalla) funzione stessa dell'istituto.

⁷⁰ L. Nogler, op.loc.cit.

⁷¹ G. Giugni, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni dello stato sociale*, cit., 60 ss.

⁷² C. Cost. 28 dicembre 1970, n. 194, in *Giur. Cost.*, 1970, 2222.

del legislatore ordinario, quanto alla scelta dei tempi e dei modi, in rapporto ovviamente alla situazione economica generale». Alcuni anni dopo, la Corte utilizzerà le medesime argomentazioni per respingere l'eccezione di incostituzionalità relativa ai limiti fissati dall'art. 35 St. Lav. all'ambito di applicazione della tutela reale⁷³.

La posizione della Corte costituzionale non pare essere sostanzialmente mutata nel corso del secolo passato, avendo essa ribadito a più riprese, da un lato, che l'art. 4 non impone né una determinata forma di tutela contro il licenziamento ingiustificato⁷⁴, né tantomeno la messa al bando di tutte le ipotesi di licenziamento *ad nutum*⁷⁵, sempre specificando tuttavia che le ipotesi di libera recedibilità devono trovare una giustificazione di fondo che consenta di superare il rapporto regola-eccezione che intercorre tra il principio di giustificatezza e quello di libero recesso⁷⁶, come avviene, ad esempio, con riferimento al recesso durante il periodo di prova, al licenziamento di lavoratori ultrasessantacinquenni con diritto al trattamento pensionistico⁷⁷ e a quello dei lavoratori domestici⁷⁸.

In sostanza, dunque, e salvi i casi nei quali ritiene legittima, in via residuale e per effetto di speciale giustificazione, la previsione del libero recesso, la Corte Costituzionale sembra essersi orientata nel senso di far discendere dall'art. 4 della Carta Suprema un diritto del lavoratore a non subire un licenziamento arbitrario⁷⁹, seppur senza radicalizzare la portata della norma fino a farne discendere un diritto ad una determinata forma di tutela, ma pur sempre richiedendo che il sacrificio dell'interesse del lavoratore alla conservazione del rapporto sia dettato da obiettive esigenze della controparte e non da puro capriccio o motivo illecito⁸⁰.

È stata, di tal guisa, espressamente sancita l'esistenza nel nostro sistema costituzionale del «diritto, garantito dall'art. 4 Cost., a non essere estromesso dal lavoro ingiustamente o

⁷³ C. Cost. 19 giugno 1975, n. 152, in *Giur. Cost.*, 1975, p. 1389.

⁷⁴ C. Cost. 19 giugno 1975, n. 152, in *Giur. Cost.*, 1975, 1389; C. Cost. 8 luglio 1975, n. 189, in *Giur. Cost.*, 1975, 1514; C. Cost. 14 gennaio 1986, n. 2, in *Giur. Cost.*, 1986, 9; C. Cost. 26 gennaio 1988, n. 106, in *Giur. Cost.*, 1988, 319. In dottrina cfr. S. Giubboni, *Il primo dei diritti sociali* cit., 12 ss.

⁷⁵ C. Cost. n. 120 del 1975, in *Giur. Cost.*, 1976, 911; C. Cost. 26 maggio 1976, n. 129, in *Mass. Giur. Lav.*, 1976, 319.

⁷⁶ L. Calcaterra, op.cit., 22.

⁷⁷ C. Cost., 1 febbraio 1983, n. 15, in *CS*, 1983, I, 178; C. Cost. 7 luglio 1986, n. 176, reperibile in www.cortecostituzionale.it

⁷⁸ C. Cost., 5 febbraio 1974, n. 27, in *Giur. Cost.*, 1974, I, 94.

⁷⁹ Si vedano ancora, più recentemente, C. Cost., 11 novembre 2011, n. 303, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 1, 252; C. Cost., 27 giugno 2012, n. 166 reperibile in www.cortecostituzionale.it.

⁸⁰ L. Calcaterra, op.cit., 22

irragionevolmente»⁸¹, dunque della «garanzia costituzionale del diritto di non subire un licenziamento arbitrario»⁸².

Analoghi principi, pur in fattispecie marginali rispetto al tema qui trattato, sono stati nuovamente affermati con le pronunce nn. 166/2012 e 3/2014.

Di estremo interesse risulta, infine, la recente sentenza n. 194/2018⁸³, con la quale è stato dichiarato incostituzionale - per violazione degli artt. 3, 4, primo comma, 35, primo comma, 76 e 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea - l' art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015 (c.d. *Jobs Act*), laddove prevede una indennità fissa e crescente in funzione della sola anzianità di servizio, in quanto contrastante non solo con il principio di eguaglianza, per ingiustificata omologazione di situazioni diverse, ma anche e soprattutto con il principio di ragionevolezza, essendo tale indennità inidonea a configurare un adeguato ristoro per il lavoratore ingiustamente licenziato e, al contempo, un adeguato strumento di dissuasione per il datore di lavoro dal porre in essere i licenziamenti illegittimi.

La Corte ha ritenuto che l'indennità forfettizzata di due mensilità per anno di servizio, oltre a trattare in maniera uguale situazioni diverse, non costituisca né un adeguato ristoro del danno prodotto, nei vari casi, dal licenziamento, né un adeguato mezzo di dissuasione del datore di lavoro dal licenziare ingiustamente, sicché una siffatta tutela dell'interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione non può ritenersi rispettosa degli artt. 4 e 35 Cost. (questa sentenza verrà analizzata approfonditamente nel secondo capitolo).

Per il momento, è importante porre l'accento sull'importanza di tale pronuncia, nella quale la Consulta è finalmente giunta - peraltro a seguito di un decennio di, per così dire, “smantellamento legislativo” di tutele avverso i licenziamenti - a dichiarare l'incostituzionalità di una disciplina limitativa dei licenziamenti, in tal modo ulteriormente rimarcando e valorizzando tutti quei limiti alla discrezionalità del legislatore fino ad allora soltanto enunciati in maniera astratta, e tra i quali i principi di adeguatezza e dissuasività assumono importanza centrale anche al fine di guidare le future scelte del legislatore.

⁸¹ C. Cost., 6 febbraio 1991, n. 60, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 14.

⁸² C. Cost., 10 febbraio 2006, n. 56, in *Giur. cost.*, 2006, 1, 505, con nota di Vallebona.

⁸³ C. Cost., 8 novembre 2018, n. 194, cit.

A dispetto di quanto a suo tempo sostenuto da un autorevole studioso della materia – secondo cui la questione relativa alla portata dell’art. 4 Cost. aveva ormai valore unicamente teorico⁸⁴ - si condividono dunque i rilievi della dottrina più recente, a mente della quale l’esatta delimitazione della portata dell’art. 4 Cost. resta fondamentale per delineare gli argini ad eventuali mutamenti della legislazione⁸⁵; il che vale a maggior ragione nel presente momento storico, nel quale le tutele avverso il licenziamento illegittimo sono state fortemente compresse da parte del legislatore ordinario.

5. Attuazione ed effettività del precetto costituzionale

Si è rilevato in premessa che il principale obiettivo del presente studio è quello di vagliare l’attuale livello di effettività del diritto al lavoro nel nostro ordinamento. Appare dunque opportuno effettuare alcuni preliminari chiarimenti in relazione a tale concetto.

Il principio di effettività, di creazione giurisprudenziale ed ormai codificato sia dalla normativa interna, sia da quella europea⁸⁶, non ha ad oggi trovato una concettualizzazione univoca⁸⁷, pur essendo utilizzato nel linguaggio quotidiano di dottrina e giurisprudenza, principalmente con riferimento alle modalità ed alle finalità della tutela giurisdizionale⁸⁸.

Le sequenze che definiscono il perimetro operativo dell’effettività consistono innanzitutto nell’enunciazione formale dei diritti fondamentali e nella loro garanzia concreta, in secondo luogo nella titolarità delle posizioni sostanziali ed infine nella giustiziabilità ed adeguatezza dei rimedi⁸⁹.

⁸⁴ G. Pera, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, rist. 2003, 62 ss., secondo il quale «la questione [...] ha perso, in parte, interesse concreto, a seguito del recente superamento del principio del recesso *ad nutum*».

⁸⁵ L. Calcaterra, op.loc.ult.cit.

⁸⁶ Cfr. art. 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE; art. 47 Carta di Nizza; art. 1 c.p.a.

⁸⁷ M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in www.rivistaaic.it/garanzie-ed-efficienza-nella-tutela-giurisdizionale.html, 2014, 7, secondo cui la nozione di effettività «è posta al crocevia di così tanti percorsi normativi che risulta assai arduo isolare i singoli fili che la sorreggono».

⁸⁸ P. Tullini, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in *DLRI*, 2016, II, 297.

⁸⁹ Si veda Cass., 27 giugno 2013 n. 21255, in *Europa e Diritto Privato*, 2013, 4, 1097, con nota di Di Majo, Piraino, secondo cui il principio di effettività va interpretato «non solo seguendo l’itinerario di pensiero indicato dalle sentenze della Consulta (che, pur alludendovi qua e là, non ha mai esplicitamente affermato sinora che il diritto fondamentale alla tutela comprenda, accanto alle regole di correttezza del processo, quelle che attengono alle forme di protezione della situazione sostanziale dedotta in giudizio)», ma anche «come diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela».

L'esigenza di una tutela "effettiva" dei diritti riguarda innanzitutto i diritti fondamentali della persona: l'art. 2 Cost. «riconosce e garantisce i diritti inviolabili», coniugando la proclamazione formale con la necessità della protezione, mentre l'art. 24 sancisce il diritto di chiunque ad agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. Come osserva la Corte costituzionale, gli artt. 2 e 24 Cost. sono «inestricabilmente connessi»: «la prima è norma sostanziale posta a presidio dell'invulnerabilità dei diritti», mentre la seconda assicura «il diritto ad accedere alla giustizia per far valere il proprio diritto inviolabile»⁹⁰.

Parlare di effettività implica, dunque, che il versante sostanziale e quello giurisdizionale si ritrovino uniti nel medesimo schema interpretativo⁹¹. L'attuazione dei diritti fondamentali e la loro tutela si integrano a vicenda, ciò in quanto «la diversità di piano sostanziale e processuale non consente di scinderne la comune rilevanza»⁹².

I piani d'indagine sull'effettività, con riferimento a diritti di matrice costituzionale, sono dunque almeno due: l'attuazione legislativa dei diritti fondamentali e la tutela giurisdizionale dei diritti, nell'ambito di una bipartizione che corrisponde alla distinzione tra "attuazione" e "applicazione" del diritto, con la riserva della prima al legislatore e l'affidamento della seconda all'amministrazione e alla giurisdizione, (sebbene, in pratica, i confini si siano offuscati, per la sempre più frequente pretesa della giurisdizione - costituzionale e non - di attuare - non solo applicare - i principi costituzionali prescindendo dalla previa mediazione legislativa)⁹³.

Venendo ora al nostro tema di studio, si è già osservato che la materia lavoristica, coinvolgendo diritti costituzionali e tutelando, da ultimo, la stessa dignità della persona umana, è caratterizzata da specialità che la contraddistinguono dal diritto delle obbligazioni.

Proprio in considerazione della suddetta specialità, le tecniche di tutela dovrebbero radicarsi nella garanzia dell'effettività dei diritti, attraverso strumenti sia sostanziali che processuali⁹⁴.

Il diritto costituzionale al lavoro, dunque, può dirsi realmente effettivo qualora, nel caso in cui venga violato, questo possa essere effettivamente ristorato, in forma specifica o per equivalente;

⁹⁰ C. Cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *Foro it.*, 2015, 4, I, 1152, con nota di Palmieri - Sandulli, che aggiunge: «sarebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela»; Cass., 27 giugno 2013, n. 21255, cit., ha definito il principio di effettività come «regola cardine dell'ordinamento costituzionale».

⁹¹ P. Tullini, op.cit., 298.

⁹² C. Cost., 22 ottobre 2014, n. 238, cit.

⁹³ M. Luciani, op.cit., 26.

⁹⁴ R. Santucci, *Quel che resta della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro: un colpo mortale all'effettività del diritto lesa*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2016, II, 221.

perché ciò accada, sono necessarie norme: - da un lato, sostanziali che attuino il principio costituzionale; - dall'altro, processuali che consentano una risposta rapida ed efficace alle violazioni del diritto.

Sotto il primo profilo, occorre accertare in che modo riceve attuazione nel nostro ordinamento sostanziale il diritto al lavoro, all'uopo richiamando l'autorevole invito del Crisafulli a considerare l'art. 4 Cost. «come un dato del diritto positivo, e non come una frase retorica campata in aria»⁹⁵, avendo la disposizione natura normativa e, quindi, precettiva. Il diritto al lavoro, nella sua dimensione pretensiva, trova dunque la sua garanzia di effettività innanzitutto nell'attuazione che di esso compie il legislatore ordinario⁹⁶. In questo senso, si parlerà alternativamente di effettività “sostanziale” del diritto al lavoro, o, più correttamente, di livello di attuazione sostanziale del dettato costituzionale, laddove si vaglieranno, nel successivo capitolo, il grado e le forme di attuazione da parte del legislatore ordinario del diritto costituzionale al lavoro.

Il principio di effettività riguarda anche - e soprattutto - il processo. In tal senso, si è osservato che «le questioni legate all'effettività della tutela del lavoro, tradizionalmente prospettate dalla dottrina giuslavoristica in chiave sostanzialistica, ben possono essere declinate anche in riferimento alla materia delle controversie del lavoro», specificando, tuttavia, che «l'approccio, in tal caso, deve misurarsi con una giusta dose di obiettività e non più (...) nel segno della tutela del contraente più debole, atteso che le parti in causa non è affatto detto corrispondano: il lavoratore al ricorrente e il datore al resistente»⁹⁷.

Sotto il profilo processuale, il punto di partenza risiede nell'affermazione, contenuta nell'art. 24 Cost., del principio per cui chi è titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo è, in pari tempo e automaticamente, titolare dell'azione intesa come possibilità di far valere in giudizio quel diritto o quell'interesse legittimo, la qual norma si pone come base per la costruzione di un sistema ispirato al principio di effettività della tutela giurisdizionale: l'art. 24 si presenta, cioè, come una sorta di “norma in bianco”, la quale «aderisce a tutte le norme sostanziali» che attribuiscono situazioni soggettive; quelle norme, anche se nulla dispongono

⁹⁵ V. Crisafulli, op. cit. 145.

⁹⁶ F. Modugno, *Legge (vizi della)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 1034.

⁹⁷ C. Romeo, *La crisi dell'effettività delle tutele nel processo del lavoro*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2017, 10, 845.

sulla tutela giurisdizionale, funzionano, per così dire, come fattispecie rispetto al primo comma dell'art. 24⁹⁸.

Nel codice di procedura civile, a differenza che nel codice del processo amministrativo - il cui art. 1 prevede che la giurisdizione amministrativa assicura «una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo» -, manca un riferimento espresso al principio di effettività della tutela giurisdizionale. È tuttavia immanente al processo il principio per cui l'interesse della parte ad una forma di tutela rende ammissibile la stessa, nei limiti della massima strumentalità tra diritto sostanziale e processo: in ciò consiste il principio di atipicità delle forme di tutela, correlato a quello dell'atipicità dell'azione ricavato dall'art. 24 Costituzione.

Il principio di effettività, nella sua accezione processualistica e dunque nei termini di principio di effettività della tutela giurisdizionale⁹⁹, non trova fondamento soltanto nell'art. 24 Costituzione, essendo codificato altresì nell'art. 19 del Trattato sull'Unione europea e nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che ne declinano il contenuto nei termini dell'accesso al giudice e del diritto ad un giusto processo entro un termine ragionevole. Ne deriva che ogni persona, che subisca la lesione di un diritto o di una libertà garantiti dal diritto dell'Unione, possa pretendere un rimedio giurisdizionale che sia “effettivo”, e cioè astrattamente idoneo sul piano giuridico a riparare la lesione, e anche concretamente praticabile, ossia congegnato in termini tali da non rendere il suo esercizio particolarmente difficile o addirittura impossibile¹⁰⁰.

Un ruolo non secondario nella definizione del principio in esame hanno assunto, infine, le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, le quali non si sono limitate a tracciare il quadro delle garanzie processuali operanti ‘nel giudizio’, ma hanno soprattutto fatto emergere i contenuti del diritto ‘al processo’¹⁰¹. È stato infatti grazie al richiamo agli artt. 6 e 13, CEDU, direttamente applicabili in Italia per effetto del trattato di Lisbona e del nuovo testo dell'art. 6 TUE, nonché

⁹⁸ I. Pagni, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 209 ss.; reperibile anche in <http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/05/33leff-ilpa.pdf>, 387.

⁹⁹ In più occasioni la Corte di giustizia ha esplicitamente affermato che quello dell'effettività della tutela giurisdizionale è un principio generale dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Si vedano, in particolare, CGUE, 16 luglio 2009, causa C-385/07 P, *Der Grüne Punkt Duales System Deutschland/Commissione*, EU:C:2009:456, punti 177 e 178; CGUE, 1 marzo 2011, causa C-457/09, *Chartry*, EU:C:2011:101; CGUE, 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*, EU:C:2010:811.

¹⁰⁰ G. Vitale, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 2018, 5, 10.

¹⁰¹ N. Trocker, *La formazione del diritto processuale europeo*, Giappichelli, Torino 2011, 107 ss.

all'opera compiuta dalla Corte di Giustizia nello spostare progressivamente l'accento dal diritto al processo al diritto ad un rimedio adeguato, che il diritto contemplato dall'art. 24 Cost. ha assunto una connotazione più ampia, sicché è oggi possibile affermare che la correlazione tra diritto sostanziale e processo rappresenta, «pur con una pluralità di espressioni diverse, un punto ormai fermo nelle tradizioni di *civil* e di *common law*»¹⁰².

Parlare di effettività della tutela oggi significa, dunque, implicare, più che l'ormai assodato diritto al processo, anche e soprattutto il 'diritto ad un rimedio effettivo'¹⁰³: significa cioè valorizzare al massimo il principio chiovendiano, in virtù del quale il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva «tutto quello e proprio quello» che il diritto sostanziale riconosce¹⁰⁴.

È infine importante ricordare il recente insegnamento della CEDU¹⁰⁵, ripreso dalla Corte di cassazione¹⁰⁶, a mente del quale il principio di effettività della tutela giurisdizionale va inteso quale esigenza che la domanda di giustizia debba, per quanto possibile, essere esaminata sempre preferibilmente nel merito; pertanto «le norme processuali, se ambigue, vanno interpretate in modo da favorire una decisione sul merito, piuttosto, che esiti "abortivi" del processo», ciò in quanto «le regole processuali costituiscono solo lo strumento per garantire la giustizia della decisione, non il fine stesso del processo».

¹⁰² L.P. Comoglio, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 675.

¹⁰³ I. Pagni, *op.cit.*, 388.

¹⁰⁴ L'affermazione del principio per cui il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva «tutto quello e proprio quello» che il diritto sostanziale riconosce si ha con riferimento alla necessità di trovare un rimedio per l'ipotesi di inadempimento degli obblighi nascenti dal contratto preliminare, in assenza di una disposizione come quella che poi sarebbe stata introdotta nel codice del '42 con l'art. 2932, c.c.: G. Chiovenda, *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 99 ss.

¹⁰⁵ Nell'interpretare l'art. 6 CEDU sul diritto all'effettività della tutela giurisdizionale, la Corte di Strasburgo ha ripetutamente affermato che il principio di effettività della tutela giurisdizionale va inteso quale esigenza che alla domanda di giustizia dei consociati debba, per quanto possibile, essere esaminata sempre e preferibilmente nel merito. Ciò vuol dire che gli organi giudiziari degli Stati membri, nell'interpretazione della legge processuale, «devono evitare gli eccessi di formalismo, segnatamente in punto di ammissibilità o ricevibilità dei ricorsi, consentendo per quanto possibile, la concreta applicazione di quel diritto di accesso ad un tribunale previsto e garantito dall'art. 6 della CEDU del 1950». In applicazione di questi principi, la sentenza pronunciata da Corte EDU, II sezione, 28.6.2005, *Zednik c. Repubblica Ceca*, in causa 74328/01, ha affermato che le cause di nullità o di inammissibilità "non possono restringere l'accesso alla giustizia al punto tale che sia vulnerata l'essenza stessa del diritto fatto valere.

¹⁰⁶ Cass., SS.UU, 16 novembre 2017, n.27199, cit.; Cass., 5 giugno 2019, n. 15274, in *DeJure*.

Senza ulteriormente dilungarsi sulla teoria generale dell'effettività della tutela giurisdizionale, riportando dunque il discorso più strettamente al nostro tema d'indagine, ben si comprende che l'analisi in ordine all'effettività del diritto costituzionale alla protezione della stabilità del posto lavoro debba muoversi principalmente su due piani. Non soltanto, cioè, nell'esame delle tecniche di tutela e degli strumenti processuali a disposizione del lavoratore illegittimamente licenziato, ma altresì, a monte, nella valutazione circa l'effettività dei rimedi, con specifico riguardo all'adeguatezza, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni.

6. Rapporti tra tutela specifica e tutela per equivalente in materia di lavoro.

L'effettività dei diritti ascritti dalla legge ai lavoratori rappresenta il metro di valutazione del complessivo sistema rimediale approntato dal legislatore in relazione alla protezione della stabilità del posto di lavoro¹⁰⁷. Al riguardo, un aspetto centrale nella valutazione in ordine all'effettività del diritto al lavoro come sopra inteso è costituito dai rapporti tra tutela in forma specifica e per equivalente. In particolare, è necessario chiedersi se, in relazione al diritto alla tutela del posto di lavoro, esista un rapporto di regola-eccezione tra le due forme di tutela, o se invece quella per equivalente possa considerarsi parimenti rispettosa del principio di effettività ricavabile dall'art. 24 Cost.

Per fare ciò, sono necessari brevi cenni su un altro principio ricavabile dall'art. 24 Cost. e strettamente connesso a quello di effettività, ovvero il principio di atipicità delle forme di tutela. Già nel 1935 Chiovenda offriva una prima formulazione del principio di atipicità, laddove evidenziava che il processo, come organismo d'attuazione della legge, è per sé stesso la fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendono all'attuazione di una volontà di legge: sicché ogni modo di attuazione della legge che sia praticamente possibile e non sia contrario ad una norma generale o speciale di diritto deve ritenersi ammissibile¹⁰⁸. Pochi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, fu Andrioli il primo ad evidenziare che l'art. 24 costituzionalizza il principio di atipicità del diritto di azione, rilevando che, come si è già, poc'anzi, anticipato, «l'art. 24 si presenta come una norma in bianco, la quale aderisce a tutte le norme sostanziali che attribuiscono situazioni soggettive; quelle norme, anche se nulla dispongono sulla tutela

¹⁰⁷ G. De Simone, M. Novella, O. Razzolini, *Rimedi e sanzioni nel diritto del lavoro in trasformazione*, in *Lav. Dir.*, 2017, 3/4, 353.

¹⁰⁸ G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1935 (rist. 1965), I, 41.

giurisdizionale, funzionano, per così dire, come fattispecie rispetto al primo comma dell'art. 24, che mettono automaticamente in moto»¹⁰⁹.

Più recentemente autorevole dottrina si è riferita all'azione come «categoria generale atipica»¹¹⁰, evidenziando come «ogni volontà concreta di legge, di cui sia possibile la formazione secondo la legge sostanziale, deve trovare nella legge processuale mezzi idonei di attuazione»¹¹¹. Altrimenti parlando, «la figura dei diritti senza azione non ha cittadinanza nel nostro ordinamento: stante l'art. 24 Costituzione, a ogni situazione sostanziale, individuale o collettiva, deve essere riconosciuta tutela»¹¹². Pertanto, è necessario e sufficiente che la norma riconosca la rilevanza dell'interesse sostanziale affinché soccorra il rimedio processuale, costruito sull'esigenza che il processo consenta al titolare di un diritto di ottenere «tutto quello e proprio quello» che gli derivi dal riconoscimento della situazione soggettiva¹¹³. È compito, dunque, dello studioso del diritto sostanziale individuare l'esistenza della situazione soggettiva, mentre lo studioso del processo dovrà scegliere la risposta più adeguata (il rimedio *effettivo*) al bisogno individuale di tutela¹¹⁴.

Il principio di atipicità, dunque, è in grado di supplire alle ipotesi nelle quali una tutela *ad hoc* manchi, senza smentire quelle nelle quali sia la stessa legge sostanziale a prevedere in sé un rimedio¹¹⁵. Se è tuttavia indubbio che l'art. 24 Cost. assicuri il raccordo tra il piano sostanziale e quello processuale, è altrettanto vero che, quando nel primo ordine l'interesse si riduce a niente di più che a una somma di denaro, il processo non può andare oltre, accordando un

¹⁰⁹ V. Andrioli, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1954, I, 312.

¹¹⁰ A. Proto Pisani, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, V, 1.

¹¹¹ A. Proto Pisani, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, 2000, V, 165.

¹¹² G. Costantino, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, 7.

¹¹³ I. Pagni, *op.cit.*, 389.

¹¹⁴ I. Pagni, *op.cit.*, 394.

¹¹⁵ Come osserva I. Pagni, *op.cit.*, 395., le considerazioni di cui sopra non sono infatti smentite né dall'esistenza nel nostro ordinamento di numerose azioni tipizzate, quali spesso si riscontrano nella legislazione sostanziale (ed in particolare quella di derivazione comunitaria, che sovente prevede, accanto alla situazione soggettiva, anche il rimedio ad essa correlato), né dalle azioni tipizzate previste dal codice civile a protezione di diritti la cui tutela affonda le proprie radici nella tradizione romanistica, come nel caso del diritto di proprietà, e più in generale di diritti, come quello al nome e all'immagine, o al diritto dell'impresa in materia di concorrenza sleale, per i quali si avverte la necessità di prevedere in modo esplicito un assetto di rimedi che contempli anche misure di natura inibitoria.

qualcosa in più: se il processo deve dare “proprio e tutto quello” che compone la situazione di vantaggio lesa, allo stesso modo esso non potrà dare di più¹¹⁶.

I vincoli relativi alla forma che la tutela deve assumere, derivano, infatti, da altri precetti costituzionali, eventualmente all’esito di un bilanciamento tra interessi contrapposti, ma non dall’art. 24 Cost.¹¹⁷, come avviene, ad esempio, con riferimento al licenziamento economico ed al bilanciamento tra diritto al lavoro e libertà d’impresa *ex art. 41, c.2, Cost.*. Ben si può affermare, dunque, che se l’art. 24 Cost. ha senz’altro la capacità di rafforzare la prospettiva d’effettività della tutela, ciò non significa necessariamente che la tutela debba essere sempre erogata in forma specifica¹¹⁸.

Del resto, in ambito contrattuale generale, è di regola il creditore a scegliere tra adempimento e il risarcimento (art. 1453 c.c.), mentre in ipotesi di responsabilità aquiliana l’art. 2058 c.c. consente al danneggiato di chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Nel nostro ordinamento, l’obbligo di riparare il danno, quanto alle forme e alle modalità che lo connotano, può infatti ricondursi al modello della riparazione per equivalente in tutti i casi in cui l’ordine risarcitorio abbia ad oggetto una somma di denaro; a quello del risarcimento in forma specifica in tutti i casi in cui quest’ordine abbia ad oggetto una prestazione di fare ovvero una prestazione di dare diversa dal pagamento di una somma di denaro¹¹⁹. Al riguardo, l’art. 2058 c.c. sembra aver codificato una “regola di buon senso”, per la quale, quando sia possibile, il danno può essere riparato in natura, ovvero consegnando un bene identico a quello distrutto¹²⁰.

Ciò premesso, venendo alla materia di nostro interesse, ecco che in un sistema, come quello lavoristico, fortemente improntato alla tutela dei diritti fondamentali della persona, parlare di diritto ad un rimedio effettivo dovrebbe significare, quantomeno in via generale, postulare un diritto alla tutela specifica¹²¹. In tal senso, la discrezionalità del legislatore nella scelta dei

¹¹⁶ G. Cannati, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in *DLRI*, 2012, 4.

¹¹⁷ F. P. Luiso, *Intervento*, in AA. VV., *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice* (Atti del XXII Convegno Nazionale, Lecce 4 – 5 giugno 1999), Giuffrè, Milano, 2001, 115; I. Pagni, *Tutela specifica e per equivalente*, Giuffrè, Milano, 2004, 296 ss.; G. Verde, *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»* in: AA. VV., *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice* (Atti del XXII Convegno Nazionale, Lecce 4 – 5 giugno 1999), Giuffrè, Milano, 2001, 78. In giurisprudenza si veda la già citata Cass. S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, che ammette che «la tutela reale del lavoratore può essere limitata discrezionalmente dal legislatore».

¹¹⁸ G. Cannati, *op.cit.*, 4.

¹¹⁹ A. D’Adda, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Cedam, Padova, 2001, 4

¹²⁰ A. D’Adda, *op.cit.*, 6.

¹²¹ I. Pagni, *op.loc.ult.cit.*

rimedi non potrebbe considerarsi priva di limiti, dovendo porsi particolare attenzione a due elementi. Da un lato, la determinazione di quale sia il significato della regola di protezione nel diritto sostanziale e di quali conseguenze se ne debbano trarre sul piano dei rimedi; dall'altro, l'individuazione della portata concreta della garanzia costituzionale del diritto alla tutela giurisdizionale¹²².

Con particolare riferimento a questo secondo aspetto, è necessario stabilire se la suddetta garanzia costituzionale copra, oltre al diritto al giusto processo¹²³, anche quello alla tutela effettiva, intesa come il diritto di ottenere dal giudice una misura «adeguata alla natura delle situazioni soggettive tutelabili, e soddisfacendo pienamente il bisogno di tutela di chi abbia agito»¹²⁴. Una misura, cioè, che sia al tempo stesso commisurata al tipo di diritto, al tipo di lesione arrecata, e alle esigenze di tutela di volta in volta manifestata (c.d. aspetto qualitativo della tutela)¹²⁵. In tal senso, la discrezionalità del legislatore nella scelta del tipo di tutela non troverebbe unicamente il limite - menzionato in più occasioni dalla Corte Costituzionale¹²⁶ - di non rendere troppo gravoso o impossibile l'esercizio del diritto, ma altresì un limite costituito dalla natura del diritto tutelato e dal grado di protezione costituzionale dei valori ad esso sottesi.

Altrove si è affermato che l'analisi del rapporto tra tutela in forma specifica e per equivalente nei diversi settori dell'ordinamento porta alla conclusione secondo cui, al fine di escludere il rimedio specifico, sarebbe necessaria una previsione espressa, e che nel caso in cui il legislatore indirizzi l'attore in modo espresso verso il risarcimento del danno, l'interesse tutelato verrà sostituito dal suo equivalente monetario (si avrà, di fatto, una sorta di 'esproprio' del diritto in questione, col conseguente riconoscimento, al titolare del diritto, di un indennizzo corrispondente al valore del bene)¹²⁷.

¹²² I. Pagni, op.ult.cit.,56.

¹²³ Del quale, come osserva I. Pagni, op.loc.ult.cit., nessuno ha mai dubitato, anche prima della modifica dell'articolo 111 Costituzione.

¹²⁴ L.P. Comoglio, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1076, il quale, con riferimento a una garanzia costituzionale dell'azione, distingue quattro profili di effettività (soggettiva, tecnica, qualitativa e oggettiva), che ricava dalla stessa scansione dei blocchi letterari in cui è scomponibile l'articolo 24 della Costituzione. Così, accanto alla necessità di garantire a tutti l'accesso alle corti con una pluralità di poteri, iniziative e facoltà processuali indispensabili per ottenere tutela, l'autore scorge, negli ultimi due profili- di effettività qualitativa e oggettiva-la possibilità di attribuire «alla tutela in senso costituzionale un'elasticità intrinseca ed un'atipicità contenutistica, propria dei *remedies* di *Common Law*». L'azione in senso costituzionale, cioè, non è vista solo come il diritto al giusto processo, ma anche come il diritto ad un'effettiva tutela.

¹²⁵ L.P. Comoglio, op.cit., *Riv. trim. dir. proc. civ.*1070.

¹²⁶ *Ex multis v. C. Cost.*, 22 ottobre 1999, n. 388, in *Giur. it.*, 2000, 1127, con nota di Didone.

¹²⁷ I. Pagni, op.ult.cit., 400

Si è altresì evidenziato che la tutela in forma specifica andrebbe dispensata solo per le situazioni finali – definite come i diritti, il cui titolare è soddisfatto attraverso l'esercizio dei poteri che l'ordinamento gli attribuisce - che grosso modo corrispondono ai diritti assoluti; le situazioni strumentali – definite come i diritti, il cui titolare è soddisfatto quando gli obblighi correlati a tale situazione vengono adempiuti dall'obbligato ed il cui esempio tipico è costituito dai diritti di credito -, invece, sarebbero assistite dalla sola tutela risarcitoria¹²⁸. La tesi è stata oggetto di numerose obiezioni in dottrina¹²⁹, che ha replicato rilevando che il problema si pone non in relazione ai diritti che hanno per oggetto il pagamento di una somma di denaro (per i quali l'unica forma di tutela possibile è l'espropriazione), ma in relazione ai diritti, relativi ad un bene determinato, che non hanno natura reale, ma obbligatoria (locazione, comodato, etc.), essendo al riguardo necessario tenere conto che ad essere determinante per stabilire il tipo di tutela esecutiva è la struttura dell'obbligo che rimane inadempito, non la struttura del diritto a tale obbligo contrapposto¹³⁰. Pertanto, poiché l'ufficio esecutivo deve sostituire con il proprio comportamento l'inattività dell'obbligato, è evidentemente il contenuto dell'obbligo (pagare, consegnare un bene, eccetera) e non già il contenuto del diritto ad esso correlato, che determina il diverso tipo di tutela esecutiva, sicché una differenziazione basata sul tipo di diritto è, sotto questo profilo, irrilevante. Merita altresì di essere segnalata l'osservazione secondo cui, se è vero che anche il mero diritto ad una prestazione (e non solo il diritto assoluto), può aspirare ad una tutela di tipo reale¹³¹, ciò vuol dire che il tipo di diritto da proteggere (assoluto o relativo) non è l'elemento che può imporre una direzione, verso il rimedio per equivalente piuttosto che verso quello specifico, all'operato del legislatore processuale¹³². Le stesse Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno peraltro apertamente respinto la succitata dicotomia (diritti assoluti-tutela specifica e diritti relativi-risarcimento), proprio con riguardo al rapporto di lavoro, in ragione dello spessore fondamentale degli interessi del lavoratore¹³³.

¹²⁸ S. Satta, C. Punzi, *Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1994, 680 ss.

¹²⁹ V. Denti, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Giuffrè, Milano, 1953, 79; F. P. Luiso, *Diritto processuale civile. III. Il processo esecutivo*, Giuffrè, Milano, 2009, 213 ss.; C. Mandrioli, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Giuffrè, Milano, 1953, 30 ss.; I. Pagni, op.ult.cit., 26 ss.

¹³⁰ F. P. Luiso, op.ult.cit., 213 ss.

¹³¹ I. Pagni, op.ult.cit., 28, che specifica che gli ostacoli ancora oggi tra posti alla realizzabilità del diritto di credito, per esempio nel codice civile, non appaiono tali, malgrado tutto, da escludere la priorità logico-giuridica dell'esatto adempimento

¹³² G. Cannati, op.loc.cit.

¹³³ Cass. S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.

Alla luce di tutto quanto evidenziato, il criterio di scelta della forma di tutela dovrebbe dunque consistere non tanto nel tipo di diritti (assoluti/relativi), quanto piuttosto nel tipo di interesse costituzionalmente protetto e nel suo grado di tenuta rispetto ad ulteriori interessi¹³⁴. Se dunque è vero che il processo deve dare al titolare dell'azione tutto quello e proprio quello che il diritto sostanziale riconosce, e se è altrettanto innegabile che, in ambito lavoristico, entrano in gioco interessi della persona di preminente rilevanza costituzionale, allora non pare azzardato affermare che la tutela in forma specifica debba costituire la regola in ipotesi di licenziamento illegittimo, mentre quella per equivalente l'eccezione. La prima, infatti, è indubbiamente quella che meglio si conforma al principio di effettività della tutela giurisdizionale derivante dall'art. 24 Cost., a dispetto della tutela risarcitoria, se non addirittura indennitaria¹³⁵, come pare insegnare la stessa Corte di cassazione laddove afferma che «il risarcimento per equivalente, rispetto a quello in forma specifica, costituisce una forma meno ampia di ristoro del pregiudizio subito»¹³⁶.

7. Tutela specifica e per equivalente del posto di lavoro.

Si è visto che la tutela in forma specifica non ha copertura costituzionale, essendo compito del legislatore bilanciare volta per volta gli interessi in conflitto al fine di accordare il tipo di protezione più adeguato ai valori in gioco.

Con specifico riferimento ai licenziamenti, l'impostazione di cui sopra è stata accolta dalla Corte costituzionale con le sentenze con cui, nel 2000 e nel 2003, ha dichiarato ammissibili i *referendum* abrogativi dell'art. 18 St. lav.¹³⁷, in particolare affermando che la suddetta norma «è indubbiamente manifestazione di quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione, che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, secondo garanzie affidate alla

¹³⁴ I. Pagni, op.ult.cit., 30; evidenzia l'A. che, di tal guisa, si imporrebbe, ad esempio, una tutela specifica in ipotesi di licenziamento discriminatorio, perché il limite della dignità umana non è suscettibile di essere bilanciato dalla libertà di impresa ex art. 41, c.2, Cost., laddove al contrario quest'ultimo è suscettibile di limitare le ipotesi di reintegrazione nelle organizzazioni di tendenza e nelle piccole imprese

¹³⁵ R. Santucci, op.cit., 225.

¹³⁶ Cass., 22 gennaio 2015, n. 1186, in *G. Dir.*, 2015, 17, 67.

¹³⁷ C. Cost., 7 febbraio 2000, n. 46, in *MGL*, 2000, 376; C. Cost., 6 febbraio 2003, n. 41, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 218 ss.

discrezionalità del legislatore, non solo quanto alla scelta dei tempi, ma anche dei modi d'attuazione».

Il sistema lavoristico si differenzia dal diritto civile generale sia per ragioni di specializzazione della materia, sia per l'esigenza, generalmente avvertita, di sottrarre le situazioni soggettive del prestatore allo schema tradizionale credito-debito, secondo le concettualizzazioni del diritto delle obbligazioni, per offrire loro una tutela più efficace¹³⁸. Stanti la specialità della materia e degli interessi protetti, la dottrina ha, dunque, proposto ricostruzioni che potessero dimostrare l'esistenza del vincolo costituzionale non solo quanto alla sussistenza di una tutela contro il licenziamento ingiustificato, ma anche alla forma che questa tutela deve assumere, in particolare cercando di configurare l'indefettibilità e quindi l'immodificabilità della tutela reale¹³⁹.

Una prima opinione si fonda sulla sentenza n. 45 del 1965 della Corte costituzionale, ed in particolare sul passo in cui la Consulta ha affermato che dall'art. 4 il legislatore «era *obbligato* a circondare di doverose garanzie (...) e di opportuni temperamenti i casi in cui si rende necessario far luogo a licenziamenti», al riguardo rilevando che, nel promulgare l'art. 18 St. lav., «il legislatore non ha fatto che adempiere un preciso dovere prescrittogli»¹⁴⁰ dall'art. 4.

Come più recentemente rilevato, è tuttavia facile accorgersi che si tratta di una lettura ipervalutativa del portato vincolistico di quella pronuncia¹⁴¹.

Già nell'ambito di tale sentenza, così come con le successive sopracitate, infatti, la Corte pareva ben più preoccupata di salvaguardare la discrezionalità del legislatore, che non di imporre un determinato regime di tutela, in particolare laddove afferma che «l'art. 4 della Costituzione, come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione, così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto». Il che significa, in sostanza, che la relativa scelta deve essere riguardata come opzione politica, legata alla valutazione discrezionale della sua opportunità, non ad inesistenti vincoli giuridici¹⁴².

¹³⁸ S. Chiarloni, op.cit., 1486; I. Pagni, op.ult.cit., *passim*.

¹³⁹ G. F. Mancini, *Sub art. 4*, cit., 240; D'Antona, *La reintegrazione*, cit., 82 ss.

¹⁴⁰ Cit. da G.F. Mancini, op.loc.ult.cit.

¹⁴¹ L. Calcaterra, op.cit., 20 ss.

¹⁴² L. Calcaterra, op.cit., 21.

Attenzione merita altresì il tentativo di quegli studiosi secondo cui il diritto alla conservazione del posto di lavoro diviene effettivo «solo quando i limiti posti al potere di recesso abbiano carattere reale»¹⁴³, ciò anche in considerazione del fatto che la lesione di determinati interessi, come quello alla tutela del posto di lavoro, non possa essere soddisfatta dalla mera monetizzazione, ma richieda la *restituito in integrum* della posizione soggettiva, particolarmente quando sono in gioco diritti non esclusivamente economici, come appunto avviene nel rapporto di lavoro¹⁴⁴.

Le osservazioni di cui sopra paiono difficilmente contestabili sia sul piano logico che su quello assiologico¹⁴⁵. Si è tuttavia al riguardo replicato che, per quanto apprezzabile sia tale tentativo, risulta tuttavia indimostrato che il diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost. si identifichi con il diritto alla conservazione del posto e non piuttosto con il diritto ad una tutela contro il licenziamento ingiustificato, vale a dire con il diritto che al licenziamento ingiustificato conseguano delle sanzioni a carico del datore di lavoro¹⁴⁶.

Effettivamente, ove si legga la norma costituzionale alla luce dell'interpretazione che di essa offre la Consulta, risulta arduo sostenere il contrario. In altri termini, la relazione biunivoca che si discute si fonda su una premessa logica indimostrata, seppur apprezzabile sul piano della giustizia sostanziale¹⁴⁷. Come rileva la medesima dottrina, tuttavia, non si tratta di condividere una opzione assiologica, bensì di verificare quale sia, nei fatti, la portata di una norma.

Basti per ora rilevare che l'assenza di copertura costituzionale per la tutela specifica del posto di lavoro è ormai riconosciuta anche da quegli studiosi che ritengono tali conclusioni insoddisfacenti sul piano delle esigenze di tutela del prestatore di lavoro subordinato nella fase di uscita dal rapporto¹⁴⁸.

È, dunque, necessario volgere l'attenzione altrove. Il fatto che l'art. 4 Cost. non imponga un determinato regime di tutela non significa affatto che la discrezionalità del legislatore nella

¹⁴³ G.F. Mancini, op.loc.ult.cit.

¹⁴⁴ V. Speciale, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in M.P. Iadicco – V. Nuzzo (a cura di), *Le riforme del diritto del lavoro – Politiche e tecniche normative*, in *Quaderni della Rivista DLM*, 2016, 2, 55.

¹⁴⁵ L. Calcaterra, op.loc.ult.cit.

¹⁴⁶ L. Calcaterra, op.loc.ult.cit.; cfr. già C. Cost. n. 81 del 1969, in *Giur. Cost.*, 1969, 1150, secondo la quale «resta tuttavia escluso che possa parlarsi in relazione all'art. 4 della Costituzione di un vero e proprio diritto soggettivo alla conservazione del posto da parte del lavoratore».

¹⁴⁷ L. Calcaterra, op.loc.ult.cit.

¹⁴⁸ M. V. Ballestrero, *Il valore e il costo della stabilità*, cit., 12 ss.; L. Nogler, op.cit., 70 ss.

modulazione della tutela per equivalente sia per ciò solo priva di limiti. Anzi, pare sin d'ora possibile sostenere che sia vero il contrario, secondo un approccio, coerente con una specifica lettura dell'art. 24 Cost. e del diritto all'*effective remedy* espresso in fonti sopranazionali¹⁴⁹, che è stato accolto da buona parte della dottrina processualistica e lavoristica¹⁵⁰ ed anche dalle Sezioni Unite della Cassazione. La Corte, in particolare, rileva come il risarcimento del danno è un rimedio utilizzato anche nel diritto del lavoro, ma non ne costituisce la regola, che va invece identificata nella reintegrazione in forma specifica¹⁵¹, la quale, in coerenza con l'art. 24 Cost., vuole garantire «l'esatta soddisfazione del creditore non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario»¹⁵². In questo contesto, proseguono le Sezioni Unite, «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al mero diritto ad una somma»¹⁵³.

Questo orientamento non smentisce le conclusioni di cui sopra, nel senso che non implica l'obbligo della reintegra quale unica conseguenza ammessa dall'ordinamento, ma indubbiamente pone i rapporti tra tutela specifica e tutela per equivalente del posto di lavoro in relazione di regola-eccezione, evidenziando la necessità che il posto di lavoro non possa essere semplicemente e puramente monetizzato.

Il diritto al lavoro, inteso come protezione della stabilità nel posto di lavoro che il lavoratore già occupa, infatti, non potrebbe dirsi effettivo quando ad un rimedio restitutorio se ne sostituisca uno che non è in grado neppure di elevarsi al rango di tutela per equivalente del bene perduto¹⁵⁴.

Ad oggi, dunque, non paiono dunque esservi dubbi né, da un lato, sul fatto che la reintegrazione nel posto di lavoro non abbia copertura costituzionale, né, dall'altro, che la Carta costituzionale comunque imponga una qualche forma di protezione avverso i licenziamenti

¹⁴⁹ G. Cannati, op.cit., 32.

¹⁵⁰ M. Grandi, «*Il lavoro non è una merce*»: una formula da rivedere, in *Lav. Dir.*, 1997, 557; L. Gallino, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, Bari 2007.

¹⁵¹ Cass., S. U., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.

¹⁵² Osserva L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *DLRI*, 2012, 669, che «la contrapposizione, cara ad Ichino ed altri cultori dell'analisi economica del diritto, tra *property rule* e *liability rules* rappresenta l'ipostatizzazione dei sistemi di *common law* nei quali l'obbligazione inadempita si trasforma automaticamente in obbligo risarcitorio e non si adatta, quindi, ai sistemi (storicamente esistenti) di *civil law* che assegnano, invece, priorità all'adempimento in forma specifica».

¹⁵³ Cass., S. U., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.

¹⁵⁴ M. V. Ballestrero, *A proposito di rimedi*, cit. 513; P. Tullini, op.cit., 291.

illegittimi, che richiede, dunque, una tutela adeguata sul piano del diritto sostanziale, mediante la previsione di un'adeguata compensazione a fronte della sua violazione.

Più complicato risulta, semmai, comprendere quale significato vada attribuito al concetto di adeguata riparazione. Indubbiamente, riparazione adeguata non equivale a “riparazione integrale”. Al riguardo, la Corte costituzionale ha in diverse occasioni affermato che «la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale»¹⁵⁵, purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento¹⁵⁶.

Pertanto, come precisa la stessa Consulta, il risarcimento, ancorché non necessariamente riparatorio dell'intero pregiudizio subito dal danneggiato, deve essere necessariamente equilibrato. Dalle stesse pronunce emerge altresì che l'adeguatezza del risarcimento “forfetizzato” (com'è ormai la regola in materia di licenziamenti) richiede che esso sia tale da realizzare un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto¹⁵⁷.

Indicazioni ancora più chiare sul concetto di adeguatezza sono state offerte dalla Consulta con la citata sentenza 194/2018¹⁵⁸, la quale, chiamata a vagliare la legittimità costituzionale del c.d. contratto a tutele crescenti di cui all'art. 3, d.lgs. 23/2015, ha affermato che, seppur «non contrasta con la nozione di adeguatezza il limite di ventiquattro (ora trentasei) mensilità, fissato dal legislatore quale soglia massima del risarcimento», tuttavia «la rigida dipendenza dell'aumento dell'indennità dalla sola crescita dell'anzianità di servizio (due mensilità per anno di servizio) mostra la sua incongruenza soprattutto nei casi di anzianità di servizio non elevata».

In tali casi, secondo la Corte, appare ancor più inadeguato il ristoro del pregiudizio causato dal licenziamento illegittimo, senza che a ciò possa sempre ovviare la previsione della misura minima dell'indennità di quattro mensilità¹⁵⁹, in tal modo fornendo importanti delucidazioni al riguardo e, soprattutto, concretizzando maggiormente il concetto di adeguatezza della riparazione.

¹⁵⁵ C. Cost., 30 aprile 1999, n. 148, in *Rass. avv. Stato*, 2000, I, 277.

¹⁵⁶ C. Cost., 26 maggio 2005, n. 199, in *Dir. trasporti*, 2005, 953; C. Cost., 22 novembre 1991, n. 420, in *Giust. civ.*, 1992, I, 307.; C. Cost., 11 novembre 2011, n. 303, in *Guida al diritto*, 2012, 5, 39.

¹⁵⁷ C. Cost., 16 ottobre 2014, n. 235, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2015, 2, I, 404; C. Cost., 11 novembre 2011, n. 303, cit.

¹⁵⁸ La sentenza richiamata nel testo ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 d.lgs. 23/2015, il quale prevede un'indennità forfetizzata di due mensilità per anno di servizio.

¹⁵⁹ La misura minima è stata innalzata a sei mensilità a seguito delle modifiche operate con il d.l. 87/2018, conv. con modif. in l. 96/2018.

La Corte offre, poi, una precisazione anche in relazione al concetto di dissuasività, evidenziando come l'inadeguatezza dell'indennità forfetizzata stabilita dall'art. 3 d.lgs. 23/2015 rispetto alla sua primaria funzione riparatorio-compensativa del danno sofferto dal lavoratore ingiustamente licenziato, sia «susceptibile di minare, in tutta evidenza, anche la funzione dissuasiva della stessa nei confronti del datore di lavoro, allontanandolo dall'intento di licenziare senza valida giustificazione e di compromettere l'equilibrio degli obblighi assunti nel contratto».

Pare peraltro imprescindibile, nella valutazione in ordine all'adeguatezza della tutela per equivalente approntata dal legislatore, effettuare una comparazione degli interessi in gioco. Come rileva la stessa Consulta con riferimento all'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui determina l'indennità in un «importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio», tale norma non realizza un equilibrato componimento degli interessi in gioco, ossia «la libertà di organizzazione dell'impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall'altro». Ciò in quanto – prosegue la Corte – «con il prevedere una tutela economica che può non costituire un adeguato ristoro del danno prodotto, nei vari casi, dal licenziamento, né un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare ingiustamente, la disposizione censurata, comprime l'interesse del lavoratore in misura eccessiva, al punto da risultare incompatibile con il principio di ragionevolezza. Il legislatore finisce così per tradire la finalità primaria della tutela risarcitoria, che consiste nel prevedere una compensazione adeguata del pregiudizio subito dal lavoratore ingiustamente licenziato».

La decisione della Corte è di estrema importanza, ribadendo una volta per tutte che, se è pur vero che la tutela specifica non ha copertura costituzionale, tuttavia il diritto al posto di lavoro trova senz'altro una protezione forte all'interno della Carta costituzionale, sicché il legislatore, nel contemperare gli interessi in conflitto mediante la modulazione delle tutele in ipotesi di licenziamento illegittimo, deve sempre rispettare i principi di adeguatezza, dissuasività e ragionevolezza.

8. Il quadro sovranazionale.

Utili indicazioni al fine di vagliare il livello di attuazione, da parte della normativa nazionale, del diritto alla protezione del posto lavoro di cui all'art. 4 Cost., possono trarsi altresì dalla normativa e dalla giurisprudenza sovranazionale.

Le principali fonti da prendere in considerazione al riguardo sono l'art. 24 della Carta sociale europea e l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza), alle quali devono aggiungersi le decisioni della Corte di Giustizia e del Comitato europeo dei diritti sociali.

In base all'art. 24, primo comma, della Carta sociale europea (Diritto alla tutela in caso di licenziamento), «per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s'impegnano a riconoscere: a) il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio; b) il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione».

La Corte costituzionale ha affermato che le disposizioni dei trattati internazionali, come la Carta Sociale Europea¹⁶⁰, in quanto «norme interposte», devono essere utilizzate come parametro di validità delle leggi, costituendo «obblighi di diritto costituzionale»¹⁶¹. Pertanto, sia in conseguenza dell'art. 2 della legge di recepimento n. 70/1999, che rende vincolante per lo Stato italiano tutte le disposizioni della Carta, sia per effetto dei principi sopra descritti, che attribuiscono all'art. 24 un valore costituzionale, questa disposizione costituisce indubbiamente un fondamentale parametro di riferimento in materia di licenziamenti¹⁶².

Tali considerazioni risultano avvalorate dalla sopracitata sentenza n. 194/2018 della Consulta, che ha sancito la violazione, da parte dell'art. 3 d.lgs. 23/2015, anche degli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., proprio in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea. La Consulta, dopo aver ribadito l'idoneità della Carta sociale europea a integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., e l'autorevolezza delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali, ancorché non vincolanti per i giudici nazionali, richiama proprio la decisione del Comitato a seguito del reclamo n. 106/2014, proposto dalla *Finnish Society of Social Rights* contro la Finlandia, laddove ha chiarito che l'indennizzo è congruo se è tale da assicurare un adeguato

¹⁶⁰ C. Panzera. *Per i cinquant'anni della Carta Sociale Europea*, intervento al convegno *I diritti sociali dopo Lisbona. Il caso italiano. Il diritto del lavoro tra riforme delle regole e vincoli di sistema* (Reggio Calabria, 5.11.2011), 2011, 10; C. Zanghi, *Comunità europea*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, IV, Giuffrè, Milano, 2000, 303.

¹⁶¹ G. Zagrebelsky - V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 239.

¹⁶² V. Speziale, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico?*, in A. Perulli (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2017, 119.

ristoro per il concreto pregiudizio subito dal lavoratore licenziato senza un valido motivo e da dissuadere il datore di lavoro dal licenziare ingiustificatamente.

Il filo argomentativo che guida il Comitato si snoda attraverso l'apprezzamento del sistema risarcitorio in quanto dissuasivo e, al tempo stesso, congruo rispetto al danno subito. Si realizza, in tal modo, un'integrazione tra fonti e – ciò che più rileva – tra le tutele da esse garantite (sentenza n. 317 del 2009, punto 7. del Considerato in diritto, secondo cui «[i]l risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo»).

Ad analoga importante decisione è giunto il Comitato europeo dei diritti sociali – peraltro proprio in relazione al d.lgs. 23/2015 -, il quale, con decisione pubblicata l'11 febbraio 2020¹⁶³, ha accolto il *complaint* n. 158/2017 presentato dalla CGIL, sancendo la violazione, da parte del decreto suddetto, dell'art. 24 della Carta Sociale Europea. Rileva il Comitato che, in base alla Carta sociale europea, i lavoratori licenziati senza un valido motivo hanno diritto ad un adeguato indennizzo, e che il sistema risarcitorio è considerato rispettoso dell'art. 24 quando fornisce: il risarcimento dei danni patiti tra il licenziamento e la sentenza, la possibilità di reintegrazione nel posto di lavoro e/o un indennizzo di entità tale da dissuadere il datore di lavoro e ristorare i danni patiti dal lavoratore¹⁶⁴. Gli artt. 3, 4, 9 e 10 del d.lgs. 23/2015 prevedono tuttavia un mero indennizzo, con un tetto massimo e senza possibilità per il lavoratore di ottenere il risarcimento dei danni ulteriori derivanti dal licenziamento illegittimo; tale rilievo, unito ad ulteriori considerazioni¹⁶⁵, ha dunque portato il Comitato ad affermare la violazione, da parte delle norme citate, dell'art. 24 della Carta sociale europea.

Le decisioni del Comitato sociale europeo, contrariamente a quelle della Corte di giustizia, non sono immediatamente esecutive nel nostro ordinamento. Tuttavia hanno un grande peso politico e costituiscono precedenti importanti per i giudici nazionali, i quali dovrebbero adeguarsi ai principi ivi affermati. Inoltre, il provvedimento è stato trasmesso al Comitato

¹⁶³ Testo integrale reperibile al link <https://www.coe.int/it/web/european-social-charter/-/the-decision-on-the-merits-of-the-complaint-confederazione-generale-italiana-del-lavoro-cgil-v-italy-no-158-2017-is-now-public>

¹⁶⁴ Cfr. punto 87 (traduzione dello scrivente).

¹⁶⁵ Tra cui quella secondo cui il meccanismo indennitario fisso comporta che tempo per ottenere una sentenza vada a danno del lavoratore, nonché il rilievo secondo il quale la c.d. conciliazione standard prevista all'art. 6 d.lgs. 23/2015 ha l'ulteriore effetto di dissuadere il lavoratore dall'intraprendere un giudizio, non essendovi una considerevole differenza tra l'indennizzo disposto dal giudice e quello che può formare oggetto di conciliazione standard.

ministeriale del Consiglio dell'Unione europea, il quale dovrebbe a propria volta emanare una risoluzione nei confronti dell'Italia che, allo stato, non risulta.

Ancora con riferimento all'art. 24 della Carta sociale, è utile richiamare la sentenza n. 46/2000 della Corte costituzionale, con la quale fu dichiarato ammissibile il *referendum* abrogativo dell'art. 18 St. Lav. presentato dal Partito Radicale¹⁶⁶. Ivi si legge che «l'art. 4 Cost. (letto alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale a partire dalla sentenza n.45/1965) e il diritto internazionale (in particolare l'art. 24 della Carta sociale europea) impongono, oltre alla necessaria giustificazione dei licenziamenti, la previsione di una compensazione adeguata per il danno subito dal lavoratore a causa di un licenziamento ingiustificato; per contro, né l'una né l'altra delle disposizioni anzidette impone al legislatore nazionale la scelta della reintegrazione nel posto di lavoro come sola riparazione adeguata». Pertanto, «è da escludere che la disposizione che si intende sottoporre a consultazione, per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzionati principi costituzionali (artt. 4 e 35 Cost., che esprimono l'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro, che ha portato ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro), concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi».

Discorso parzialmente diverso deve essere effettuato con riferimento all'art. 30 della Carta di Nizza, a mente del quale «Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali».

Per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, le disposizioni delle Carte dei diritti (Nizza, Cedu) - che hanno ormai pari valore giuridico di quelle contenute nei Trattati (art. 6 TUE) - non hanno efficacia diretta se non quando vi sia una "norma interposta", da intendersi come fonte normativa che espressamente disciplini la materia (ad es. Regolamento o Direttiva)¹⁶⁷. Come è noto non esiste una fonte normativa europea in tema di licenziamenti individuali. Le disposizioni delle Carte previste dal TUE, quindi, non sono in questo caso applicabili¹⁶⁸.

¹⁶⁶ G. Ghezzi, *Fatti e misfatti: il diritto del lavoro nella Repubblica dei referendum*, in *RGL*, 2004, I, 3.

¹⁶⁷ V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 259/2015, 140. Si veda anche Cass, 30 maggio 2016, n. 11129, che, in motivazione, indica sentenze della Corte di Giustizia Europea che confermano tale principio; Cass. 4 dicembre 2013, n. 27102, con analoghe conclusioni in relazione alla CEDU; CGE 26 febbraio 2013, causa C – 617/10, punto 19, con citazione di numerose decisioni in materia.

¹⁶⁸ Il riferimento è all'art. 30 della Carta di Nizza. Mentre la CEDU, a parte il divieto di lavoro forzato o obbligatorio, non contiene disposizioni a tutela del lavoro in generale.

È pur vero che il Trattato di Lisbona, nell'allegare la Carta di Nizza al Trattato sull'Unione, dichiarandola vincolante per venticinque dei ventisette Paesi membri¹⁶⁹ segna una svolta. Manca tuttavia ancora la ratifica dei Parlamenti nazionali. Si è evidenziato in dottrina che l'art. 30 della Carta di Nizza realizza un implicito compromesso tra le esigenze del mercato e quelle della tutela dei diritti sociali, consistente nell'assenza di riferimenti alla forma di tutela contro il licenziamento ingiustificato e nel rinvio alle legislazioni e prassi nazionali, da intendersi riferito alla forma di tutela ed alle eccezioni alla regola della tutela¹⁷⁰.

L'assenza di vincolo quanto alla forma della tutela, peraltro e come già osservato al paragrafo 1.5, è proprio anche della nostra Costituzione. Osserva la dottrina come il nostro ordinamento non appaia del tutto coerente con quanto dispone l'art. 30 della Carta di Nizza, ciò in quanto, nel giudizio di coerenza, andrebbero valutate tanto l'effettività della misura risarcitoria anche a fini dissuasivi della rottura legittima del rapporto di lavoro, quanto la ragionevolezza della differente tutela (art. 18 St. lav. vs art. 8 l. 604/1966 vs d.lgs. 23/2015): quella predisposta dall'art. 18 St. Lav. è la più incisiva, in quanto finalizzata al ristoro del danno effettivamente patito dal lavoratore, mentre la ragionevolezza della differenziazione appare debole¹⁷¹.

Si è osservato altresì che la norma in questione appare in tal senso conforme ad «una gerarchia assiologica consueta per l'ordinamento comunitario, nella quale i valori dell'economia e del mercato prevalgono su quelli sociali»¹⁷², come si deduce piuttosto chiaramente dagli artt. 51 e 52 della Carta.

Ciò ben si evince dall'art. 51, a mente del quale «Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», come a voler dire che la Carta non crea nuovo diritto, ma soltanto criteri e linee guida da osservarsi nell'attuazione del diritto comunitario¹⁷³, e dal successivo art. 52, secondo cui «La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né

¹⁶⁹ Le eccezioni sono relative a Regno Unito e Polonia.

¹⁷⁰ L. Calcaterra, op.cit., 28 ss.

¹⁷¹ R. Santucci, op.cit., 231.

¹⁷² G. Maestro Buelga, *I diritti sociali nella Costituzione europea*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2006, 89 ss., che parla di «tensione tra Costituzione economica e diritti sociali» e di «prevalenza nell'ordinamento comunitario della integrazione economica»; cfr. anche D'Antona, *Il diritto al lavoro nella costituzione cit.*, 16, che parla di «tensione costituzionale».

¹⁷³ L. Calcaterra, op.cit., 30.

modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati»¹⁷⁴, il quale ripete in sostanza il concetto della non incisività della Carta sull'assetto dell'ordinamento comunitario¹⁷⁵.

Ulteriore limitazione è costituita dal fatto che gli Stati membri devono essere ritenuti vincolati dalla Carta «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»: il che significa che quando essi agiscono fuori da vincoli comunitari sono liberi di non rispettare i diritti fondamentali sanciti dalla Carta¹⁷⁶. A conferma della lettura appena offerta, pare nuovamente utile richiamare la summenzionata sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale, la quale ha ritenuto non fondata la questione di costituzionalità dell'art. 3 d.lgs. 23/2015 in riferimento agli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., per il tramite del parametro interposto dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte richiama proprio il succitato art. 51 CDFUE, per poi evidenziare che, sulla base di tale disposizione, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha costantemente asserito che le disposizioni della CDFUE sono applicabili agli Stati membri «quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione»¹⁷⁷.

La Corte costituzionale aveva già in passato affermato che, «perché la Carta dei diritti UE sia invocabile in un giudizio di legittimità costituzionale, occorre, dunque, che la fattispecie oggetto di legislazione interna «sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto»¹⁷⁸. Nessun elemento consente tuttavia di ritenere che la censurata disciplina dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 sia stata adottata in attuazione del diritto dell'Unione, in particolare, per attuare disposizioni nella materia dei licenziamenti individuali. Più nel dettaglio, ai fini dell'applicabilità della CDFUE, l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del

¹⁷⁴ Cfr. S. Giubboni, *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in AA.VV., *Diritti sociali e servizi sociali*, Giuffrè, Milano, 2005, 496, secondo cui «i diritti sociali europei sono messi su un piano assiologicamente e normativamente pariordinato a quello occupato dalle libertà economiche».

¹⁷⁵ A. Lo Faro, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti*, in *DLRI*, 2005, 524.

¹⁷⁶ A. Lo Faro, op.cit., 528, il quale sottolinea la fragilità del confine tra l'azione statale in attuazione del diritto comunitario e quella autonoma, osservando che la situazione non muterebbe neanche in caso di approvazione di una Costituzione che incorpori la Carta.

¹⁷⁷ CGUE, sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson; CGUE, ordinanza 26 ottobre 2017, causa C-333/17, Caixa Económica contro Carlos Samuel Pimenta e altri.

¹⁷⁸ C. Cost., 11 marzo 2011, n. 80, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 2, 578; C. Cost., 24 marzo 2016, n. 63, in *Foro it.* 2017, 5, I, 1451; C. Cost., 12 maggio 2017, n. 111, in *Giur. Cost.*, 2017, 3, 1144.

2015 dovrebbe rientrare nell'ambito di applicazione di una norma del diritto dell'Unione diversa da quelle della Carta stessa¹⁷⁹. Il solo fatto che l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 ricada in un settore nel quale l'Unione è competente ai sensi dell'art. 153, paragrafo 2, lettera *d*), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) non può comportare l'applicabilità della Carta dato che, riguardo alla disciplina dei licenziamenti individuali (e, tanto meno, nella situazione specificamente regolata dall'art. 3, comma 1), l'Unione non ha in concreto esercitato tale competenza, né ha adottato, mediante direttive, prescrizioni minime¹⁸⁰.

Al fine di completare il panorama sovranazionale, è infine opportuno richiamare gli insegnamenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁸¹, la quale non censura la scelta degli Stati a favore della tutela risarcitoria piuttosto che di quella c.d. specifica, con ciò evitando di imporre sulla base di astrazioni concettuali soluzioni relative agli apparati sanzionatori¹⁸².

La Corte è consapevole che non è possibile né utile compiere una scelta aprioristica tra rimedio risarcitorio e mezzi di tutela specifica, sia perché in certi sistemi il primo è uscito dalle sue dimensioni tradizionali ed ha saputo rispondere anche alla lesione di posizioni a contenuto non patrimoniale; sia perché il singolo potrebbe essere stimolato ad agire in giudizio più dalla prospettiva di un sostanzioso ritorno pecuniario che non dalla prospettiva dell'esercizio, magari solo astrattamente vittorioso perché non eseguibile coattivamente, di un'azione inibitoria; sia perché, infine, nulla vieta di caricare il risarcimento anche di una tinta punitivo-afflittiva¹⁸³: ciò che il diritto comunitario impone agli ordinamenti nazionali non è dunque l'ossequio ad astratte correlazioni tra diritto sostanziale e processo, bensì il rispetto del canone di adeguatezza tra esigenze di tutela e forme di tutela disponibili¹⁸⁴.

¹⁷⁹ CGUE, sentenza 1 dicembre 2016, causa C-395/15, Mohamed Daouidi contro Bootes Plus SL e altri; CGUE, ordinanze 8 dicembre 2016, causa C27/16, Angel Marinkov contro Predsedatel na Darzhavna, punto 49; CGUE, ordinanza 12 luglio 2012, causa C-466/11, Gennaro Currà e altri contro Bundesrepublik Deutschland, punto 26.

¹⁸⁰ CGUE, sentenza 5 febbraio 2015, causa C-117/14, Grima Janet Nisttahuz Poclava contro Jose María Ariza Toledano, punto 41; CGUE, sentenza 10 luglio 2014, causa C-198/13, Víctor Manuel Julian Hernández e altri contro Regno di Spagna e altri.

¹⁸¹ CGUE, sentenza 26 febbraio 1986, causa 152/84, M.H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority; CGUE, sentenza 10 aprile 1984, causa 14/83, Von Kolson e Kamann c. Land Renania del Nord-westfalia.

¹⁸² I. Pagni, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, cit., nota 19.

¹⁸³ I. Pagni, op.ult.cit., 394.

¹⁸⁴ N. Trocker, op.cit., 139-140.

2. LA PROTEZIONE SOSTANZIALE DEL DIRITTO AL LAVORO

1. Premessa; 2. L'art. 18 St. lav. come modello di tutela effettiva; 3. (segue). I licenziamenti disciplinari; 4. (segue) I licenziamenti economici; 5. La disciplina di cui al d.lgs. 23/2015; 6 (segue). I licenziamenti disciplinari; 7. (segue). L'assenza di tutela reale per i licenziamenti economici; 8 (segue). Profili di incostituzionalità della disciplina.

1. Premessa

Nel capitolo introduttivo siamo giunti alla conclusione secondo cui, se è pur vero che la tutela in forma specifica in ipotesi di licenziamento illegittimo non ha copertura costituzionale, tuttavia il diritto al posto di lavoro trova senz'altro una protezione "forte" all'interno della Carta Suprema, sicché il legislatore, nel contemperare gli interessi in conflitto mediante la modulazione delle tutele sostanziali, è in linea di principio tenuto a rispettare i principi di adeguatezza, dissuasività e ragionevolezza.

Nel presente capitolo verrà dunque analizzata la disciplina sostanziale in materia di licenziamenti, al fine di verificare il livello di attuazione, da parte del legislatore, del precetto costituzionale. A livello metodologico, l'analisi avrà inizio dall'art. 18 St. lav., nella sua versione originaria, per poi passare al testo novellato dalla l. 92/2012 (c.d. legge *Fornero*) ed infine al *corpus* normativo introdotto con il d.lgs. 23/2015. Nel corso della trattazione verranno presi in considerazione i principali contributi della dottrina e della giurisprudenza, la cui opera interpretativa, come vedremo, ha permesso di integrare e concretizzare, in un'ottica costituzionalmente orientata, le clausole generali contenute nelle norme sostanziali disciplinanti il licenziamento.

È inoltre opportuno premettere non solo che l'art. 18 St. lav., nella sua versione originaria, è stato ampiamente revisionato dalla l. 92/2012, ma altresì che lo stesso art. 18 novellato è destinato ad essere gradualmente superato, ciò in quanto, per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, trova applicazione la disciplina di cui al d. lgs. 23/2015¹⁸⁵. Ulteriore precisazione riguarda il fatto che le criticità della disciplina legislativa, nell'ottica che qui interessa, sono prosperate di normativa in normativa, con ciò intendendosi che, se l'art. 18 *ante* l. 92/2012 garantiva senz'altro una tutela piena ed effettiva, tale protezione è andata gradualmente deteriorandosi a seguito delle riforme del 2012 e del 2015, al punto da indurre la dottrina a parlare di «parabola

¹⁸⁵ Attuazione della delega contenuta nella l. 183/2014 – c.d. *Jobs Act*.

discendente dello Statuto dei lavoratori»¹⁸⁶, nell'ambito di un percorso «erosivo e di retromarcia, di smantellamento di tutele, con restituzione secca di margini di potere al datore di lavoro»¹⁸⁷.

Per le due ragioni appena esposte, l'approfondimento di cui al presente studio più sintetico in relazione all'art. 18 *pre* l. 92/2012, maggiormente analitico in relazione all'art. 18 *post* legge *Fornero* ed approfondito per quanto attiene al d.lgs. 23/2015; quest'ultima disciplina, peraltro, non soltanto è quella più recente e di attuale e più frequente applicazione nelle aule di giustizia, ma anche quella che presenta le criticità più marcate.

2. *L'art. 18 St. lav. come modello di tutela effettiva*

Venendo dunque all'esame della prima delle discipline di riferimento, è innanzitutto necessario considerare che, nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione, l'unica norma disciplinante il recesso datoriale era l'art. 2118 c.c.¹⁸⁸. La suddetta disposizione si limitava in realtà unicamente a regolamentare l'istituto del preavviso, in un sistema nel quale, di fatto, vigeva la regola della libera recedibilità da parte di entrambi i contraenti.

Pochi anni prima dell'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori, il legislatore aveva raccolto la raccomandazione della Consulta affinché «per i rapporti di lavoro già costituiti si impon[esse] un'adeguata protezione del lavoratore nei confronti del datore di lavoro, conformemente alla speciale posizione al primo conferita dalla Costituzione, che è orientata verso un'energica tutela degli interessi dei lavoratori»¹⁸⁹. Venne dunque approvata la legge 604

¹⁸⁶ M. T. Carinci, *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, in M. T. Carinci, A. Tursi (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 27 ss.

¹⁸⁷ F. Liso, *Brevi osservazioni sulla disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, CSDLE, 257/2015, 19.

¹⁸⁸ Il cui testo, immutato sin dal 1942, dispone che: «I. Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti dagli usi o secondo equità. II. In mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso. III. La stessa indennità è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro».

¹⁸⁹ C. Cost. 9 giugno 1965, n. 45, cit., 655, che evidenziava altresì che «l'indirizzo politico di progressiva garanzia 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 intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti».

del 1966, che introdusse per la prima volta, nella legislazione interna, il principio di necessaria giustificatazza del licenziamento¹⁹⁰. Il suddetto intervento legislativo, nonostante la tenuità dell'apparato sanzionatorio¹⁹¹, fu di importanza fondamentale al fine di arginare la regola della libera recedibilità¹⁹², in tal modo consentendo l'avvicinamento della disciplina in materia di licenziamenti ai valori costituzionali¹⁹³. Ciò anche in considerazione dell'art. 5 della suddetta legge¹⁹⁴, il quale, ponendo a carico del datore di lavoro l'onere di provare la giustificatazza del licenziamento¹⁹⁵, ha di fatto agevolato l'*access to justice* del lavoratore licenziato, in tal modo favorendo l'effettività della tutela del diritto al lavoro.

Di ben maggiore impatto fu l'approvazione, pochi anni dopo, dello Statuto dei lavoratori (l. 300/1970), ed in particolare dell'art. 18, il quale attribuiva per la prima volta al giudice il potere di ordinare al datore di lavoro di reintegrare il dipendente nel posto di lavoro¹⁹⁶, oltre che di condannarlo al pagamento di tutte le retribuzioni *medio tempore* maturate tra la data del licenziamento e quella della riammissione in servizio¹⁹⁷. Tale norma introduceva una vera

¹⁹⁰ G. Giugni, op.loc.ult.cit.

¹⁹¹ L'apparato rimediabile della l. 604/1966 attribuisce infatti al datore di lavoro, e non al lavoratore, la scelta tra la riassunzione e il pagamento di un modesto indennizzo (tra 2,5 e 6 mensilità dell'ultima retribuzione).

¹⁹² M. V. Ballestrero, *I licenziamenti*, Angeli, Milano, 1975, 44.

¹⁹³ L. Calcaterra, op.cit., 5.

¹⁹⁴ A mente del quale «L'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro».

¹⁹⁵ Così introducendo un'ipotesi di inversione dell'onere della prova. Si veda tuttavia R. Vaccarella, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Giuffrè, Milano 1977, 44 ss., il quale afferma che l'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo costituisca un fatto impeditivo all'accoglimento della domanda, e non invece la sua assenza un fatto costitutivo della pretesa del lavoratore. L'azione di impugnazione del licenziamento sarebbe diretta a «provocare, per il datore, la necessità di sottoporre a verifica giudiziale la sussistenza (degli elementi costitutivi) del potere di recesso». Se oggetto dell'accertamento è quindi il potere di licenziare, non può parlarsi di «inversione dell'onere della prova» con riferimento alla previsione dell'art. 5 l. 604/1966, poiché essa rappresenta il riflesso processuale del potere di licenziare che costituisce un potere vincolato «nei suoi presupposti predeterminati dalla legge (art. 1) e, proprio in conseguenza di ciò, un potere il cui legittimo esercizio è onere dell'imprenditore allegare e provare». Per approfondimenti sul tema si veda, più recentemente, P. Licci, *L'onere della prova nelle controversie in materia di licenziamento*, in *Riv.dir.proc.*, 2019, 4/5, 1127 ss.

¹⁹⁶ La reintegrazione nel posto di lavoro poteva essere disposta dal Giudice qualora questi dichiarasse inefficace il licenziamento, oppure lo annullasse perché intimato senza giusta causa o giustificato motivo, o infine ne dichiarasse la nullità.

¹⁹⁷ Questo il testo dei primi due commi dell'art. 18 St. lav. nella sua versione originaria: «I. Ferma restando l'esperibilità delle procedure previste dall'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, il giudice, con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento ai sensi dell'art. 2 della legge predetta o annulla il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo ovvero ne dichiara la nullità a norma della legge stessa, ordina al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro. II. Il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno subito per il licenziamento di cui sia stata accertata la

rivoluzione nel nostro ordinamento giuridico¹⁹⁸, consistente nel passaggio dalla tutela “debole” prevista dall’art. 8 l. 604/1966 ad una tutela “forte”, di natura reale, consistente non soltanto nell’accertamento in ordine all’invalidità del licenziamento e nell’integrale risarcimento del danno¹⁹⁹, ma anche e soprattutto nella reintegrazione nel posto di lavoro²⁰⁰.

Se, dunque, la l. 604/1966 fu di importanza fondamentale sotto il profilo della giustificazione del licenziamento, la l. 300/1970, nell’introdurre la reintegrazione nel posto di lavoro in ipotesi di licenziamento illegittimo, costituì una rivoluzione copernicana sotto il profilo dei rimedi.

Il legislatore del 1970, diversamente da quello del 1966, diede dunque priorità all’adempimento in forma specifica quale regola generale in presenza di un rapporto contrattuale inattuato²⁰¹, all’uopo esplicitando che all’invalidità del licenziamento fa seguito la pronuncia che ripristina il rapporto di lavoro, con il relativo obbligo, a carico del datore, di cessare la condotta illecita e di rimuoverne gli effetti²⁰².

inefficacia o l’invalidità a norma del comma precedente. In ogni caso, la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione, determinata secondo i criteri di cui all’art. 2121 del codice civile. Il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza di cui al comma precedente è tenuto inoltre a corrispondere al lavoratore le retribuzioni dovute in virtù del rapporto di lavoro dalla data della sentenza stessa fino a quella della reintegrazione. Se il lavoratore entro trenta giorni dal ricevimento dell’invito del datore di lavoro non abbia ripreso servizio, il rapporto si intende risolto».

¹⁹⁸ M. V. Ballestrero, *A proposito di rimedi*, in *Lav. Dir.*, 2017, 3/4, 496.

¹⁹⁹ In misura pari alle retribuzioni non percepite dal prestatore nel periodo compreso tra il licenziamento e la reintegrazione nel posto di lavoro.

²⁰⁰ La rivoluzione era tuttavia incompleta, restando esclusi i lavoratori occupati nelle unità produttive di piccole dimensioni (15 dipendenti), ai quali continuava ad applicarsi il regime di tutela obbligatoria di cui alla legge 604/1966, sempre che il datore occupasse complessivamente più di 35 dipendenti. Si erano in tal modo venute a creare tre aree di tutela, risultanti dalla combinazione dei campi di applicazione della legge 604/1966 e dell’art. 18 SL, sfociato nella soluzione nota come teoria delle tutele parallele, inventata da C. Cost. 14 gennaio 1986, n.2, in *RGL*, 1986, II, 230: per le imprese con più di 15 dipendenti trovava applicazione l’art. 18 SL, per le imprese con meno di 15 dipendenti nell’unità produttiva, ma più di 35 sul territorio nazionale trovava applicazione l’art. 8 l. 604/1966, mentre per le imprese con meno di 15 dipendenti nell’unità e meno di 35 complessivi i dipendenti restavano sforniti di tutela. La legge 108/1990, approvata dal Governo al fine di evitare il *referendum* abrogativo dell’art. 35 SL (che limitava l’applicazione della tutela reale), ridisegnò in parte l’art. 18, estendendo l’ambito di applicazione della tutela reale e rendendo contemporaneamente applicabile ai lavoratori occupati nelle piccole unità produttive la tutela obbligatoria, dalla quale fino ad allora erano rimaste escluse.

²⁰¹ I. Pagni, *op.ult.cit.*, 400. Con la l. 108 del 1990 venne poi introdotta, nel comma 5 dell’art. 18, la possibilità per il lavoratore di rinunciare alla tutela specifica in cambio di una per equivalente, in misura pari a 15 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, in tal modo ulteriormente ampliando la gamma di tutele in favore del prestatore. Osserva ancora I. Pagni, *Tutela specifica e per equivalente*, *cit.*, 85 che tale possibilità discende dall’esercizio di uno specifico diritto potestativo e non è condizionata alla dimostrazione del venir meno della possibilità di adempimento in natura

²⁰² I. Pagni, *op.ult.cit.*, 118. Osserva l’A. come al riguardo si sia sostenuto che il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro presupporrebbe la sussistenza, nell’impianto obbligatorio del rapporto, di un diritto a lavorare, e tuttavia «il diritto a lavorare, se esiste, esiste necessariamente prima e

La riforma, giunta a seguito di anni di lotta sindacale, ristabiliva le posizioni di forza nel rapporto di lavoro, superando la situazione precedente nella quale, mentre il datore di lavoro poteva sempre espellere il lavoratore dall'azienda, quest'ultimo, invece, non godeva della tutela reintegratoria²⁰³. Veniva in tal modo tratteggiata, pur senza associarsi alla previsione – come di lì a poco sarebbe accaduto – di un rito speciale per le controversie in materia di lavoro, che quindi continuavano ad essere trattate con il rito ordinario di cognizione, una forma di tutela specifica in materia di rapporti obbligatori²⁰⁴.

Merita di essere segnalata altresì l'introduzione, sempre ad opera dell'art. 18 l. 300 del 1970, comma 3, della previsione secondo cui la sentenza di reintegrazione in favore del lavoratore è immediatamente esecutiva²⁰⁵, nonché l'inserimento, al comma 4, di un'ordinanza immediatamente esecutiva a favore del dirigente sindacale licenziato, pronunciabile dal giudice in ogni stato e grado del giudizio di merito²⁰⁶.

indipendentemente dal licenziamento, e non può sorgere in virtù della previsione normativa della condanna alla reintegra. Se così non fosse tale condanna imporrebbe al datore di tenere un comportamento che non corrisponde ad alcun obbligo sostanziale a lui facente carico e non si limiterebbe, come invece è, ad attuare il ripristino del rapporto con le annesse conseguenze patrimoniali e professionali. In altre parole il diritto a lavorare, se esiste, viene prima e non dopo che è stata dichiarata l'inefficacia del licenziamento, con una sentenza che non ha in alcun caso quella natura di rimedio puro, destinato a reagire al illecito del datore di lavoro, che D'Antona vi voleva scorgere, ritenendo che l'ordine di reintegra non potesse essere la proiezione esecutiva del diritto a lavorare: quella sentenza infatti si limita a dichiarare che il contratto è ancora efficace malgrado intimato licenziamento e a condannare il datore alla attuazione di obblighi che sono già al suo carico, perché nati da un rapporto che non è mai cessato; e non aggiunge niente nella relazione sostanziale tra le parti, salvo fornire al lavoratore gli strumenti per la realizzazione concreta dei propri diritti».

²⁰³ R. Oriani, *Diritti potestativi, contestazione giudiziale e decadenza*, Cedam, Padova, 2003, 168; C. Consolo, *Oggetto del giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 584 ss.; A. Proto Pisani, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, in *Foro it.*, 1990, 9, 5, 371.

²⁰⁴ I. Pagni, op.ult.cit., 120.

²⁰⁵ Tale previsione anticipò di qualche anno la previsione generalizzata di provvisoria esecutorietà delle sentenze di condanna in favore del lavoratore, introdotta ad opera della successiva l. 533/1973, che modificò l'art. 431 c.p.c.

²⁰⁶ Un ulteriore strumento introdotto dalla l. 300/1970 fu l'art. 28 in tema di repressione della condotta sindacale. La giurisprudenza successiva (cfr. Cass., 16 dicembre 1986, n. 7561, in *Notiziario giur. lav.* 1987, 542) interpretò infatti la norma nel senso che « Le azioni esercitabili dai sindacati ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300 del 1970 sono distinte ed autonome da quelle che i lavoratori possono esercitare a tutela dei propri diritti individuali eventualmente colpiti dagli stessi comportamenti antisindacali del datore di lavoro, differendo sia sotto il profilo soggettivo sia per *causa petendi* sia, almeno ontologicamente, per *petitum*, anche quando - come nel caso di licenziamento per motivi sindacali - l'azione esercitata dal sindacato e quella esercitata dal lavoratore licenziato abbiano ad oggetto il medesimo risultato materiale, in quanto intese, rispettivamente, ad ottenere la rimozione del comportamento antisindacale ed il ristabilimento del sinallagma contrattuale. Da tale diversità ontologica consegue, nell'ipotesi di licenziamento anzidetta, la possibilità che il ripristino della funzionalità del rapporto di lavoro sia, ad istanza del sindacato ordinato dal giudice, nell'ambito del potere attribuitogli dal citato art. 28, anche al di fuori dei presupposti - come l'entità numerica del

La disciplina introdotta dalla legge 300 del 1970 fu in seguito parzialmente modificata ad opera dell'art. 2 della l. 108/1990, la quale introdusse il c.d. requisito dimensionale²⁰⁷, quale presupposto, dunque quale limite, della possibilità per il lavoratore licenziato di aspirare alla tutela reale, peraltro senza nulla specificare in ordine alla ripartizione degli oneri probatori circa la sussistenza o la mancanza di tale requisito²⁰⁸; il che, come si intuisce, non ha giovato né alla certezza, né alla celerità dei processi, in parte pregiudicando l'effettività della tutela del lavoratore illegittimamente licenziato.

L'art. 18, pur con le limitazioni introdotte dalla novella del 1990, consentiva dunque senz'altro la protezione specifica dell'interesse alla continuità dell'impiego²⁰⁹, fornendo protezione all'interesse alla prestazione effettiva dell'attività di lavoro, nel rispetto dell'art. 4 Cost. e delle indicazioni al riguardo offerte dalla Corte Costituzionale²¹⁰.

In primo luogo, infatti, la tutela statutaria rispettava il canone di adeguatezza, offrendo al lavoratore non soltanto il ripristino del rapporto di lavoro illegittimamente interrotto, ma altresì l'integrale risarcimento del danno, quantificato nelle c.d. retribuzioni *medio tempore* maturate

personale impiegato nelle unità produttive - e degli schemi stabiliti dalla legge per la reintegrazione dei lavoratori licenziati senza giusta causa o giustificato motivo».

²⁰⁷ L'applicabilità dell'art. 18 St.lav. fu infatti limitata ai datori di lavoro che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupano alle sue dipendenze più di quindici prestatori di lavoro o più di cinque se trattasi di imprenditore agricolo, nonché ai datori di lavoro, imprenditori e non imprenditori, che nell'ambito dello stesso comune occupano più di quindici dipendenti ed alle imprese agricole che nel medesimo ambito territoriale occupano più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa alle sue dipendenze più di sessanta prestatori di lavoro.

²⁰⁸ I dubbi al riguardo paiono essere definitivamente superati a seguito di Cass. S.U., 10 gennaio 2006, n.141, la quale ha affermato che «In tema di riparto dell'onere probatorio in ordine ai presupposti di applicazione della tutela reale o obbligatoria al licenziamento di cui sia accertata l'invalidità, fatti costitutivi del diritto soggettivo del lavoratore a riprendere l'attività e, sul piano processuale, dell'azione di impugnazione del licenziamento sono esclusivamente l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e l'illegittimità dell'atto espulsivo, mentre le dimensioni dell'impresa, inferiori ai limiti stabiliti dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970, costituiscono, insieme al giustificato motivo del licenziamento, fatti impeditivi del suddetto diritto soggettivo del lavoratore e devono, perciò, essere provati dal datore di lavoro». In dottrina cfr. A. Vallebona, *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le Sezioni Unite cambiano idea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 449 ss.; P. Licci, op.cit., 1140.

²⁰⁹ M. De Luca, *Campo di applicazione delle tutele e giustificazione dei licenziamenti*, in *Foro it.*, 1990, 4, 337 ss.

²¹⁰ Tra le numerose sentenze citate al par. 1.4 si riportano qui le principali: C. Cost., 26 settembre 2018, n. 194, cit.*DRI*; C. Cost., 26 maggio 2005, n. 199, cit.; C. Cost., 11 novembre 2011, n. 303, cit.; C. Cost. 9 giugno 1965, n. 45, cit.

tra il licenziamento e la reintegra effettiva²¹¹. In secondo luogo, le sanzioni a carico del datore di lavoro potevano senz'altro dirsi dissuasive: questi era infatti consapevole che, ove avesse intimato un licenziamento in assenza dei presupposti di legge²¹², si sarebbe trovato esposto non soltanto al rischio di dover riammettere il lavoratore in azienda, ma altresì di dover versare al medesimo tutte le mensilità di retribuzione nel frattempo maturate, per giunta senza averne nel frattempo utilizzato la prestazione. In terzo luogo, la tutela era altresì rispettosa anche del più generale principio di ragionevolezza²¹³ essendo idonea, per usare le parole di C. Cost. 194/2018, «a configurare un adeguato ristoro per il lavoratore ingiustamente licenziato e una adeguata dissuasione per il datore di lavoro avverso i licenziamenti illegittimi». Da ultimo, la previsione della reintegrazione nel posto di lavoro era coerente con il principio, evidenziato anche dalla giurisprudenza di legittimità²¹⁴ e posto in rilievo nel capitolo che precede, secondo cui la tutela in forma specifica debba costituire la regola, mentre quella per equivalente l'eccezione.

L'art. 18 fu profondamente modificato dalla l. 92/2012, che non soltanto ridimensionò fortemente le ipotesi di reintegra, ma pose altresì una serie di limiti al risarcimento del danno in favore del lavoratore. L'art. 1, co. 37 ss. della legge 28 giugno 2012, n. 92²¹⁵, ha infatti integralmente riscritto la disposizione, ridimensionando le ipotesi di tutela reale per i licenziamenti illegittimi²¹⁶ e diversificando la tutela, prima unitaria, in quattro differenti regimi²¹⁷: a) la tutela reintegratoria piena (comma 1), che prevede, in caso di nullità del licenziamento²¹⁸, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e il pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata alle mensilità comprese tra la data del licenziamento e la reintegrazione; b) la tutela reintegratoria attenuata (commi 4 e 7), la quale, nei casi più gravi di

²¹¹ Tutela che, a seguito della legge 108 del 1990, fu ancora più piena, conferendo al lavoratore la potestà di “monetizzare” la reintegrazione, chiedendo al datore il pagamento di un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione in sostituzione della reintegra.

²¹² Giusta causa *ex art. 2119 c.c.* o giustificato motivo *ex art. 3 l. 604/1966*

²¹³ Il quale, come visto al par. 1.4, piuttosto essere il risultato di un'opera di bilanciamento dei due precedenti principi con ulteriori principi costituzionali, su tutti quello di cui all'art. 41, c.2, Cost.

²¹⁴ Cass., 22 gennaio 2015, n. 1186, in *G. Dir.*, 2015, 17, 67.

²¹⁵ C.d. legge Fornero, dal nome del Ministro del Lavoro dell'epoca.

²¹⁶ G. Amoroso, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 3, 327.

²¹⁷ R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2017, 630 ss.

²¹⁸ Perché discriminatorio, intimato in forma orale, in concomitanza col matrimonio, in violazione dei divieti di licenziamento di cui al testo unico sulla maternità e della paternità, determinato da un motivo illecito determinante ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge.

insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo²¹⁹, prevede che il giudice annulli il licenziamento e condanni il datore alla reintegrazione ed al pagamento di un'indennità commisurata alle retribuzioni *medio tempore* maturate, con il limite di dodici; c) la tutela indennitaria forte (commi 5 e 7), prevista negli altri casi di insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, senza diritto alla reintegrazione, ma soltanto un'indennità compresa tra dodici e ventiquattro mensilità, avuto riguardo ad una serie di criteri²²⁰; d) la tutela indennitaria debole (comma 6), per l'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione o della procedura disciplinare, con diritto del lavoratore, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, ad un'indennità compresa tra sei e dodici mensilità.

La disciplina in esame si applica ai licenziamenti intimati, da parte delle imprese con oltre quindici dipendenti nel territorio comunale o sessanta su quello nazionale, ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015. Per quelli assunti successivamente, troverà applicazione il d.lgs. 23/2015 (c.d. *Jobs Act*)²²¹. In caso di insussistenza del requisito occupazionale, trova applicazione la c.d. tutela obbligatoria di cui all'art. 8 l. 604/1966²²².

L'ipotesi del licenziamento discriminatorio o intimato in forma orale, disciplinata dal primo comma della norma, non pone particolari problemi, sostanzialmente ricalcando quella di cui al “vecchio” art. 18 e dunque comportando la nullità del provvedimento indipendentemente dalla motivazione addotta e la reintegrazione a prescindere dal numero dei dipendenti occupati²²³.

²¹⁹ I casi di insussistenza del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa che danno luogo alla tutela reintegratoria attenuata sono l'insussistenza del fatto contestato e l'ipotesi in cui il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili; i casi più gravi di insussistenza del motivo oggettivo riguardano il difetto di giustificazione del licenziamento intimato per inidoneità fisica o psichica del lavoratore, il licenziamento intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, c.c. e la c.d. “manifesta insussistenza” del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

²²⁰ I criteri, individuati per mezzo di un richiamo all'art. 8 l. 604/1966, sono l'anzianità di servizio del lavoratore, il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'attività economica e il comportamento e le condizioni delle parti.

²²¹ Cfr. *infra*, par. 2.7.

²²² Il quale prevede che il datore di lavoro, a seguito della declaratoria di illegittimità del licenziamento, possa scegliere tra la riassunzione del lavoratore ovvero il pagamento in suo favore di un'indennità risarcitoria compresa tra 2,5 e 6 mensilità dell'ultima retribuzione.

²²³ La giurisprudenza continua a ritenere integrata questa fattispecie allorché il licenziamento sia stato originato esclusivamente dall'intento discriminatorio perseguito dal datore di lavoro, peraltro interpretando estensivamente la fattispecie normativa ed ampliando l'operatività della norma anche all'ipotesi di licenziamento per ritorsione o rappresaglia; cfr., *ex plurimis*, Cass., 23 settembre 2019, n. 23583, in *Giust.civ.mass.*; Cass., 18 marzo 2011, n. 6282, in *Giust.civ.mass.*, 2011, 3, 425, Cass., 9 marzo 2011, n. 5555, in *Giust.civ.mass.*, 2011, 3, 377; Cass., 25 maggio 2004, n. 10047, in *Giust.civ.mass.*, 2004, 5; Cass., 5 agosto 2010, n. 18283, in *Giust.civ.,mass.*, 2010, 9, 1188, che lo fanno

Valgono dunque i rilievi in ordine all'adeguatezza e dissuasività della disciplina di cui si è parlato nel paragrafo che precede. I punti di maggiore criticità della riforma dell'art. 18 emergono invece, come stiamo per vedere, laddove manca una netta linea di demarcazione tra un regime di tutela e l'altro.

Prima di addentrarci nell'esame delle varie discipline e delle conseguenze sanzionatorie per le diverse tipologie di licenziamento, una precisazione di natura sistematica appare necessaria.

In considerazione della poliedricità delle discipline di cui all'art. 18 St. lav. riformato dalla l. 92/2012 e del successivo d.lgs. 23/2015 – di cui parleremo nel paragrafo successivo – è infatti necessario sin d'ora distinguere il profilo della giustificazione del licenziamento da quello dei rimedi. Il principio di necessaria giustificatezza dei licenziamenti, come si è visto, è stato introdotto dalla l. 604/1966 a seguito delle raccomandazioni fornite da parte della Corte costituzionale, in tal modo contrapponendosi al principio di libera recedibilità fino ad allora vigente nell'ordinamento²²⁴. Tuttavia, un conto è che il licenziamento debba essere giustificato secondo le causali legislative²²⁵, un altro sono i rimedi che la legge prevede nelle ipotesi in cui le ragioni addotte da parte del datore di lavoro a fondamento del licenziamento non sussistano.

Sebbene, dunque, il diritto alla giustificazione del licenziamento costituisca un presupposto per la tutela effettiva della stabilità del posto di lavoro, tali profili, come vedremo nei paragrafi a seguire, devono rimanere ben distinti.

3. (segue). I licenziamenti disciplinari

Nell'ambito dei licenziamenti c.d. disciplinari²²⁶, la riforma introduce due distinti regimi di tutela: reintegratoria attenuata nei casi più gravi di ingiustificatezza, indennitaria forte in quelli più lievi.

rientrare nel c.d. motivo illecito determinante di cui all'art. 18, c.1, e definiscono la ritorsione come “ingiusta e arbitraria reazione” del datore ad un comportamento lecito del dipendente.

²²⁴ Si veda in particolare l'art. 3 della l. 604, a mente del quale «Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa».

²²⁵ Giusta causa (art. 2119 c.c.) e giustificato motivo (art. 3 l. 604/1966), cui devono aggiungersi le ipotesi in cui il provvedimento espulsivo sia stato intimato in violazione delle procedure previste dalla legge.

²²⁶ Nella cui definizione rientrano il licenziamento per giusta causa *ex* art. 2119 c.c., ovvero una causa che non consente la prosecuzione, nemmeno temporanea, del rapporto, e il licenziamento per giustificato motivo soggettivo, a fronte del quale al lavoratore deve essere riconosciuto il c.d. preavviso.

In virtù dell'espressa previsione contenuta nel comma 4 dell'art. 18 St. lav., ove il fatto contestato non sia riconducibile ad una condotta che la contrattazione collettiva o il codice disciplinare prevedono come passibile di licenziamento, ma al contrario rientri tra quelle sanzionate con misure conservative²²⁷, opera la tutela reintegratoria, essendo il licenziamento fondato su un fatto che, commesso o meno dal lavoratore, è comunque inidoneo a sorreggere una sanzione espulsiva²²⁸.

La medesima forma di tutela opera in ipotesi di «insussistenza del fatto contestato», la cui definizione appare tuttavia maggiormente problematica, principalmente con riguardo alla differenziazione tra questa e l'ipotesi in cui semplicemente «non ricorrono gli estremi» della giusta causa o del motivo soggettivo, i quali danno diritto unicamente alla tutela indennitaria forte. La distinzione attiene alla gravità dell'inadempimento, dunque ai profili di ingiustificatezza del medesimo, e tuttavia acquisisce pregnante rilievo ai fini della tutela accordata (reintegratoria nel primo caso, indennitaria nel secondo), ragione per cui un approfondimento sul punto appare necessario.

Al riguardo, è sorto dibattito in dottrina e giurisprudenza, tra chi ha sostenuto che il fatto di cui si lamenta l'insussistenza debba intendersi come fatto materiale²²⁹, privo di connotati soggettivi²³⁰ e chi lo ha inteso come fatto giuridico, comprensivo dunque anche dell'elemento soggettivo, *i.e.* dolo o colpa²³¹. Si è al riguardo evidenziato che il fatto, affinché sia imputabile, deve essere assistito da un minimo di volontarietà e colpevolezza; dall'altro lato, che esso deve presentare rilievo disciplinare, poiché diversamente sarebbe *in radice* precluso l'esercizio del potere punitivo, ciò in quanto il fatto, per potersi considerare materialmente sussistente, deve

²²⁷ In ordine di gravità: richiamo verbale, ammonizione scritta, multa e sospensione disciplinare.

²²⁸ Osserva G. Amoroso, *op.cit.*, 328, che «questa valutazione, che precede l'altra, logicamente successiva, in termini di sussistenza/insussistenza del fatto contestato, si raccorda al canone generale dell'art. 1455 c.c. che prescrive che il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra. La possibile graduazione, ad opera della contrattazione collettiva, delle condotte inadempienti e delle relative sanzioni attualizza e specifica un canone di necessaria proporzionalità in termini generali ed astratti, ossia sganciati dalla fattispecie concreta, e si raccorda al canone, anch'esso generale ed astratto, della necessaria "importanza" (*i.e.* gravità) dell'inadempimento *ex art.* 1455 c.c.».

²²⁹ Dovendosi effettuare la valutazione su elementi diversi da quelli che portano ad accertare la carenza della giusta causa e dovendo fondarsi sul fatto storico spogliato da tutti gli elementi di contestualizzazione e soprattutto da ogni valutazione di gravità e proporzionalità.

²³⁰ F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro.*, Giappichelli, Torino, 2016, 466 ss.; R. Santucci, *op.cit.*, 221; in giurisprudenza cfr. Cass., 6 novembre 2014, n. 23699, in *DeJure*.

²³¹ Cass., 11 febbraio 2015, n. 2692, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 3, II, 633.

integrare un inadempimento imputabile²³². La Corte di cassazione²³³, intervenuta sulla questione, ha evidenziato che, poiché l'art. 18 distingue il fatto materiale dalla sua qualificazione in termini di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, riconoscendo la tutela reintegratoria solo in caso di insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, ne consegue che ogni valutazione che attenga al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità della condotta contestata non è idonea a determinare la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, comportando unicamente una tutela di tipo indennitario²³⁴.

La pronuncia, lungi dal risolvere le questioni sopraindicate, ha ulteriormente alimentato il dibattito dottrinale, sicché gli studiosi rimasero divisi «tra quelli pronti a sottolineare che la Cassazione aveva avvalorato una lettura restrittiva della tutela reintegratoria, e quelli *pro-labour* impegnati a ridimensionarne la portata»²³⁵. In chi scrive, le affermazioni della Corte suscitano forti perplessità, essendo di fatto esclusa la tutela reintegratoria anche in relazione a tutte quelle ipotesi di minima o addirittura risibile rilevanza disciplinare, come un ritardo di cinque minuti o il fugace utilizzo del telefono cellulare sul posto di lavoro. Va tuttavia evidenziato che il caso portato all'esame della Suprema Corte non poneva il problema della preliminare verifica dell'astratta idoneità del fatto contestato a fondare il licenziamento disciplinare, essendo ciò stato ritenuto come presupposto implicito dal giudice di merito²³⁶. In tale contesto, la rilevanza del giudizio di proporzionalità in concreto dell'addebito alla sanzione espulsiva quanto al regime di tutela applicabile in realtà non si poneva, perché il giudice di merito aveva ritenuto il fatto come radicalmente insussistente.

Al di là di tali contingenti considerazioni, pare difficilmente contestabile l'assunto secondo cui il fatto addebitato al lavoratore debba essere di gravità proporzionale alla sanzione espulsiva del licenziamento disciplinare; ciò risponde ad un principio più volte affermato dalla

²³² F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, op.cit., 469; in giurisprudenza cfr. Cass., 13 ottobre 2015, n. 20540, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 1, II, 102.

²³³ Cass., 10 ottobre 2017, n. 23669, cit.

²³⁴ Cfr. sul punto le ricostruzioni di S. Sambati, *La qualificazione del fatto nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del dialogo aperto dal legislatore delegato*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, a cura di L. Fiorillo, A. Perulli, Giappichelli, Torino, 2015, 169 ss.; S. Ortis, *Il fatto e la sua qualificazione; dalla querelle della riforma Fornero ai nodi irrisolti del Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 1, 145.

²³⁵ Così R. Del Punta, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo art. 18*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 2, 32 ss.; nel senso di attribuire al fatto materiale rilievo di fatto giuridico cfr. F. Martelloni, *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 39 ss.

²³⁶ G. Amoroso, op.cit., 328.

giurisprudenza e può considerarsi ormai acquisito al diritto vivente, non revocato in dubbio né dall'art. 18, comma 4, St. lav., né dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015²³⁷.

L'ambigua portata della pronuncia sopracitata è stata, in effetti, poi chiarita dalla stessa Suprema Corte²³⁸, la quale ha – finalmente e correttamente - ritenuto applicabile la tutela reintegratoria non solo nei casi di insussistenza del fatto materiale, ma anche a fronte di un fatto che, seppur sussistente nella sua materialità, risulti privo del carattere di illiceità, ovvero non suscettibile di alcuna sanzione ai sensi del contratto collettivo o del codice disciplinare applicabili al rapporto di lavoro. Con un'ulteriore pronuncia, la Suprema Corte ha nuovamente arricchito la nozione di «fatto contestato», ricomprendendovi anche quel fatto che, pur astrattamente sussistente, «non costituisca inadempimento degli obblighi del lavoratore ovvero non sia imputabile al lavoratore stesso»²³⁹.

Le suddette pronunce hanno dunque ricondotto a razionalità una disciplina che, diversamente, avrebbe potuto prestarsi a significative obiezioni, principalmente con riguardo al principio di dissuasività delle sanzioni, essendo concreto il rischio che un datore di lavoro audace potesse liberarsi di un dipendente “scomodo” a fronte di un fatto di risibile rilevanza disciplinare, senza mai incorrere nel rischio di subire una pronuncia di ripristino del rapporto di lavoro.

Ricapitolando, è oggi ben possibile affermare che, in ipotesi di illegittimità del licenziamento disciplinare *sub* art. 18 St.lav. riformato, la tutela reintegratoria attenuata si applica: *a*) qualora nessun fatto sia stato commesso; *b*) quando il fatto, pur commesso, non abbia carattere di

²³⁷ Cfr. da ultimo Cass., 11 febbraio 2015, n. 2692, cit., che ha ribadito che, anche nel regime della l. n. 92 del 2012, il difetto di proporzionalità tra la sanzione espulsiva, costituita dall'intimato licenziamento disciplinare, e il fatto contestato comporta la illegittimità del licenziamento stesso.

²³⁸ Il riferimento è alla motivazione di Cass., 13 ottobre 2015, n. 20540, cit., secondo cui «Quanto alla tutela reintegratoria, non è plausibile che il Legislatore, parlando di “insussistenza del fatto contestato”, abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione, restando estranea al caso presente la diversa questione della proporzione tra fatto sussistente e di illiceità modesta, rispetto alla sanzione espulsiva (Cass. 6 novembre 2014 n. 23669, che si riferisce ad un caso di insussistenza materiale del fatto contestato). In altre parole la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e da perciò luogo alla reintegrazione ai sensi dell'art. 18, comma 4 cit.».

²³⁹ Cass., 12 maggio 2016, n. 10019, in *DeJure*. Tale impostazione verrà definitivamente avvalorata anche dalle successive sentenze di legittimità, in cui la Cassazione confermerà infine, una volta per tutte, che «l'insussistenza del fatto contestato di cui all'art. 18 comprende sia l'ipotesi del fatto materiale che si riveli insussistente, sia quella del fatto che, pur esistente, nondimeno non presenti profili di illiceità»; cfr. Cass., 23 novembre 2018, n. 30430, in *Diritto & Giustizia*, 2018, 26 novembre; Cass., 26 maggio 2017, n. 13383, in *Giust.civ.mass.*; Cass., 5 dicembre 2017, n. 29062, in *Dir.Giust.2017*, 5 dicembre.

illiceità; c) quando il fatto, pur commesso, sia punibile solo con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili.

Se invece il fatto risulta sussistente ed astrattamente idoneo a fondare un licenziamento disciplinare, è comunque necessario valutare in concreto la proporzionalità della sanzione espulsiva. Ciò in quanto, secondo la giurisprudenza, la tipizzazione delle cause di recesso contenuta nella contrattazione collettiva non è vincolante, potendo il catalogo delle ipotesi di giusta causa e di giustificato motivo essere esteso, in relazione a condotte comunque rispondenti al modello di giusta causa o giustificato motivo, ovvero ridotto, se tra le previsioni contrattuali ve ne sono alcune non rispondenti al modello legale e, dunque, nulle per violazione di norma imperativa²⁴⁰. Nel suddetto giudizio di proporzionalità rileveranno l'elemento soggettivo, eventuali ragioni giustificative e qualsivoglia circostanza di contorno, oggettiva e soggettiva, che valga a meglio apprezzare il fatto contestato²⁴¹. In tal caso, qualora il Giudice non ritenga sussistenti gli estremi del licenziamento disciplinare, sarà tenuto ad applicare la tutela indennitaria forte di cui all'art. 18, c.4, St. lav.

4. (segue). I licenziamenti economici

Analoghe problematiche, sia in tema di contenuti che di effetti, pone l'interpretazione delle clausole legali di cui al riformato art. 18 St. lav. in tema di licenziamenti economici. Oggetto di dibattito è la definizione, contenuta nel comma 7 dell'art. 18, di «manifesta insussistenza» del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ed in particolare la distinzione tra questa e la semplice «non ricorrenza» degli estremi del predetto motivo economico. Tale bipartizione ricalca quella appena vista in tema di licenziamento disciplinare; anche qui, il regime di tutela è di natura reale nella prima ipotesi, meramente indennitaria nella seconda, ad ulteriore riprova che il profilo causale dell'interesse alla stabilità del lavoro, a partire dal 2012, non ha più quel valore esclusivo o preponderante che aveva in passato²⁴². Anche in questo caso, come nei licenziamenti disciplinari, la distinzione attiene alla gravità dell'inadempimento, dunque ai profili di ingiustificatezza del medesimo, e tuttavia rileva in maniera decisiva ai fini della tipologia di tutela applicabile (reintegratoria nel primo caso, indennitaria nel secondo).

²⁴⁰ Da ultimo v. Cass., 11 febbraio 2020, n. 3283, in *Giust.civ.mass.*, 2020.

²⁴¹ G. Amoroso, *op.loc.cit.*

²⁴² V. Speciale, *Il giustificato motivo oggettivo*, cit., 11.

Si è evidenziato che il regime sanzionatorio *de qua* è frutto di un compromesso di politica legislativa²⁴³, manifestazione di un'opzione di valore incentrata su una valutazione più severa del licenziamento «consapevolmente a torto» da parte del datore di lavoro²⁴⁴. Sebbene fosse stata infatti inizialmente prospettata una soluzione più radicale, a mente della quale la reintegrazione avrebbe dovuto essere riservata al solo licenziamento discriminatorio o per motivi illeciti²⁴⁵, venne infine adottato un più tradizionale apparato sanzionatorio nel quale la reintegrazione “attenuata”²⁴⁶ spetta anche per i licenziamenti (disciplinari ed) economici caratterizzati da una particolare gravità, *rectius* da un grado di ingiustificatezza particolarmente grave, operandosi così una trasposizione dell'accertamento giudiziale dal piano dei motivi giustificativi del licenziamento a quello delle sanzioni.

Risulta tuttavia complicato, sul piano empirico-fattuale, prima ancora che giuridico, definire il carattere o meno «manifesto» dell'insussistenza del fatto. È stata da più parti sottolineata l'ambiguità dell'aggettivo²⁴⁷, che rinvierebbe ad un dato della percezione, di per sé soggettiva e, quindi, potenzialmente arbitraria²⁴⁸. L'ambiguità e l'incertezza del criterio normativo sono poi aggravate dal fatto che l'applicazione del regime reintegratorio, piuttosto che di quello indennitario, appare essere affidata, secondo il dato testuale della norma, alla discrezionalità del giudice, il quale «può» applicare la predetta disciplina. Sul punto è tuttavia recentemente intervenuta la Corte costituzionale²⁴⁹, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, c.7, come modificato dall'art. 1, comma 42, lett. b), l. 92/2012 nella parte in cui prevede

²⁴³ A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012, 57.

²⁴⁴ P. Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 154; osservano G. Bolego, L. Nogler, *Opinioni sul licenziamento per motivi economici*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2014, 403 che «emerge progressivamente l'anima sanzionatoria dell'impianto della riforma. Infatti a questo punto della ricostruzione non sarebbe peregrino evocare i criteri di valutazione del fatto caratteristici del giudizio penale, sia pur con la non lieve differenza che in tale giudizio la gravità del fatto reato rileva ai fini della commisurazione (art. 133 c.p.) non già dell'individuazione della pena. Anzi, seguendo l'impostazione penalistica, la differenza tra reintegrazione e indennizzo appare speculare a quella che corre tra pena detentiva e pecuniaria; ma nel diritto penale l'individuazione della pena non dipende dalla gravità del fatto, ma dalla scelta operata dal legislatore (art. 1 c.p.)».

²⁴⁵ Ci si riferisce alle proposte di P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in L. Nogler, L. Corazza (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 2012, 797

²⁴⁶ Il riferimento è al tetto risarcitorio di 12 mensilità di cui si è parlato nel paragrafo che precede.

²⁴⁷ M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *ADL*, 2013, 17.

²⁴⁸ G. Vidiri, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 647.

²⁴⁹ Corte Cost. 1 aprile 2021, n. 59, in *Diritto & Giustizia 2021*, 2 aprile.

che il giudice, quando accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, "può altresì applicare" - invece che "applica altresì" - la disciplina di cui al medesimo art. 18, comma 4. La Consulta ha rilevato come «in un sistema che, per scelta consapevole del legislatore, attribuisce rilievo al presupposto comune dell'insussistenza del fatto e a questo presupposto collega l'applicazione della tutela reintegratoria del lavoratore, si rivela 'disarmonico e lesivo del principio di eguaglianza' il carattere facoltativo del rimedio della reintegrazione per i soli licenziamenti economici, a fronte dell'inconsistenza della giustificazione addotta e della presenza di un vizio ben più grave rispetto alla pura e semplice insussistenza del fatto».

Il confine, attenente al profilo della sussistenza in concreto della causale addotta a fondamento del licenziamento, pur attenuato dalla pronuncia ora citata, è quantomai labile, eppure su tale sottile linea di demarcazione si gioca il diritto del lavoratore licenziato ad ottenere nuovamente il posto di lavoro di cui è stato ingiustamente privato, dunque con evidenti ripercussioni in termini di tutela effettiva. Ben si comprende dunque l'importanza di definire con precisione il contorno delle due fattispecie.

Mentre nell'ipotesi, già esaminata, del licenziamento disciplinare, si è rinvenuto un criterio di proporzionalità tra addebito e sanzione tale da tracciare uno iato sufficientemente riconoscibile, nel caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo manca un analogo parametro di valutazione. Occorre invece identificare, sul piano della giustificazione e come richiede l'art. 3 l. n. 604/1966, «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa». Le suddette ragioni economiche, tuttavia, o sussistono o non sussistono, sicché diventa complicato comprendere quando esse sono «manifeste» e quando, semplicemente, «non ricorrono».

Si è sostenuto che il carattere o meno manifesto del giustificato motivo oggettivo finirebbe ineluttabilmente per evocare la valutazione delle risultanze probatorie di causa, che possono, in modo più o meno evidente, mostrare l'insussistenza dell'allegato motivo economico²⁵⁰; sicché, ad esempio, la reintegra opererebbe in quei casi in cui il motivo oggettivo sia così palesemente insussistente da non rendere necessaria alcuna particolare attività istruttoria da parte del giudice²⁵¹. In questa prospettiva, la «manifesta insussistenza del fatto» non è riferita alla

²⁵⁰ G. Amoroso, op.cit., 330.

²⁵¹ M. T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *DLRI*, 2012, 37; A. Vallebona, op.cit., 59.

mancata integrazione dell'intera fattispecie del giustificato motivo oggettivo, ma piuttosto alla carenza di tutti gli elementi che la costituiscono; sarebbe cioè configurabile allorquando nessuna delle ragioni esplicitate dal datore di lavoro nella lettera di licenziamento risultano provate in giudizio. La suddetta interpretazione si fonda sulla considerazione secondo cui il concetto di insussistenza non è graduabile, sicché l'aggettivo «manifesta» attiene al convincimento del giudice²⁵², il quale dovrà decidere sulla base delle prove fornite dal datore di lavoro e delle eventuali controprove fornite dal lavoratore. Rimane, cionondimeno, una insuperabile zona d'ombra che tradisce la matrice compromissoria della norma e scarica sul giudice l'applicazione di un criterio distintivo altamente controvertibile.

Altrove si è suggerito che il «fatto» dovrebbe consistere unicamente nella modifica organizzativa apportata da parte dell'imprenditore, ossia il fatto materialmente inteso²⁵³. Di conseguenza, poiché un fatto, sotto il profilo empirico, o sussiste o non sussiste, si è ritenuta inutile o contraddittoria l'aggettivazione «manifestamente» riferita all'insussistenza del fatto medesimo²⁵⁴. Partendo dalla considerazione che «fatto e valutazione giuridica del fatto [...] sono inscindibili nella dimensione normativa», si è dunque ritenuto che il fatto debba essere letto come «fatto giuridico»²⁵⁵; pertanto, nell'individuazione del fatto posto a fondamento del licenziamento, al fatto materiale - ossia alla modifica organizzativa - si aggiunge talvolta il nesso causale tra esigenza aziendale e posizione del singolo lavoratore²⁵⁶, talaltra anche l'obbligo di *repechage*²⁵⁷, sulla base della considerazione che nel diritto giurisprudenziale il fatto giuridico in cui si concretizza il giustificato motivo oggettivo non sussiste se il lavoratore è ancora utilizzabile, ovvero perché il *repechage* viene identificato come uno degli elementi del fatto posti a fondamento del recesso. Pertanto, la carenza di prova anche soltanto in ordine ad

²⁵² L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, cit., 249.

²⁵³ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 415 ss.; M. Persiani, op.ult.cit., 1 ss.; S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012.

²⁵⁴ G. Bolego, L. Nogler, *Opinioni sul licenziamento per motivi economici*, cit., 401.

²⁵⁵ A. Perulli, *Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2014, 253 ss.

²⁵⁶ G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *ADL*, 2013, 231 ss.

²⁵⁷ V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo oggettivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, 345 ss.; A. Vallebona, op.loc.cit.; M. T. Carinci, op.ult.cit., 527 ss.

uno degli elementi costitutivi del giustificato motivo oggettivo determinerebbe la manifesta insussistenza del fatto e, quindi l'applicabilità della reintegrazione attenuata.

Si è tuttavia al riguardo obiettato che una simile ricostruzione finisce per far coincidere il giudizio sulla manifesta insussistenza del fatto con quello sulla giustificatezza²⁵⁸, ciò in contrasto con lo stesso tenore letterale della disposizione, laddove è evidente che «il fatto posto a fondamento del licenziamento economico» è uno degli elementi costitutivi della fattispecie stessa, la quale, se ricorre integralmente, rende legittimo l'atto di recesso. Tale impostazione, a parere di chi scrive, non consente di superare il problema, essendo indubbio che la volontà del legislatore fosse quella di confinare i casi di reintegrazione alle ipotesi più gravi di insussistenza del motivo economico.

La tesi di cui sopra, per quanto pregevole negli intenti, pare in effetti essere stata smentita dalla Corte di cassazione²⁵⁹, la quale ha precisato che il legislatore ha voluto riservare il ripristino del rapporto di lavoro ad ipotesi residuali, che fungono da eccezioni rispetto alla regola della tutela indennitaria in materia di licenziamento individuale per motivi economici²⁶⁰. La sentenza della Cassazione, pur ricalcando la *ratio legis* (i.e. confinare la reintegrazione alle ipotesi più gravi), pone in luce tutte le irrazionalità della disciplina, che costringono a sottili distinzioni nell'ambito dello stesso tipo di licenziamento ed evidenziano disparità ingiustificate di tutela, incapaci di ricomprendere tutte le dimensioni del licenziamento, sia nell'ambito di quello individuale, sia tra licenziamento individuale per motivo oggettivo e licenziamento collettivo, laddove la sostanza è la stessa²⁶¹.

La stessa Suprema Corte, peraltro, proprio in tema di licenziamento economico ha recentemente aderito all'orientamento più "liberista"²⁶², giungendo ad affermare che qualsiasi

²⁵⁸ C. Zoli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 2, 657 ss.

²⁵⁹ Cass., 8 luglio 2016, n. 14021, in *Ilgiuslavorista.it*, 1.9.2016..

²⁶⁰ La Cassazione ritiene neppure percorribile la strada di un'interpretazione estensiva della disposizione contenuta nell'art. 5, c. 3, della l. 223/1991, così come sostituito dall'art. 1, c. 46, della l. 92/2012, che prevede la tutela reintegratoria attenuata in caso di violazione dei criteri di scelta nelle procedure di licenziamento collettivo: «Il riferimento della giurisprudenza ai criteri legali di selezione previsti dall'art. 5 della l. 223 serve solo ad offrire uno *standard* idoneo a rispettare l'art. 1175 c.c. nel caso di recesso per giustificato motivo oggettivo di personale in condizioni di fungibilità di mansioni, ma non rappresenta direttamente la fonte di disciplina del licenziamento individuale plurimo, per cui ad esso non è applicabile l'apparato sanzionatorio stabilito per i licenziamenti collettivi».

²⁶¹ R. Santucci, op.cit., 244.

²⁶² S. Varva, *Giurisprudenza e licenziamento economico. Orientamenti in tema di sindacato giudiziale*, in A. Perulli (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, 1 ss. ; A. Perulli, *Giustificato motivo oggettivo, soppressione del*

ragione economica ed organizzativa, purché effettivamente esistente e non pretestuosa, è tale da poter giustificare il licenziamento²⁶³. In sostanza sarebbe legittima «ogni ragione (in senso economico) che abbia determinato (il recesso) e quindi non solo i motivi estranei alle determinazioni imprenditoriali, cioè le esigenze di mercato, ma anche le modifiche organizzative esclusivamente finalizzate a un incremento di profitti»²⁶⁴, in tal modo ulteriormente allargando le maglie di legittimità del licenziamento economico e comprimendo le possibilità per il lavoratore ingiustamente licenziato di ottenere anche soltanto un indennizzo pecuniario.

In conclusione, la disciplina di cui all'art. 18 novellato presenta numerose criticità, talvolta aggravate, come visto, dall'interpretazione delle norme operata dai giudici di legittimità. Un conto è tuttavia prendere atto del fatto che le tutele per i lavoratori sono state compresse, un altro è vagliare il rispetto, da parte della novella, delle norme costituzionali in tema di diritto al lavoro, nonché degli ulteriori principi al riguardo elaborati da parte della Consulta²⁶⁵. È pur vero, infatti, che le ipotesi di reintegrazione nel posto di lavoro sono state ridimensionate rispetto alla previgente formulazione dell'art. 18, tuttavia il legislatore ha mostrato di non voler del tutto marginalizzare la tutela specifica del posto di lavoro, mantenendo la suddetta sanzione per le ipotesi più gravi di illegittimità e di grave abuso del potere di licenziare. Ciò è coerente con quanto rilevato al par. 1.5, laddove si è visto che la Costituzione e le Carte sovranazionali, pur non vincolando il legislatore italiano ad un determinato tipo di tutela (risarcitoria o restitutoria), impongono pur sempre una qualche forma di protezione avverso i licenziamenti ingiustificati, correlativamente sancendo il principio di necessaria giustificatezza del recesso datoriale. La Corte costituzionale ha inoltre, a più riprese, statuito l'obbligo per il legislatore di porre in essere un adeguato bilanciamento tra i diritti costituzionali al lavoro e alla libertà d'impresa, all'uopo prevedendo che gli indennizzi per licenziamento ingiustificato siano caratterizzati da adeguatezza, dissuasività e proporzionalità. La dignità del lavoratore è tuttavia nucleo irriducibile e non suscettibile di bilanciamento con altri principi, pur costituzionali; discende da ciò un limite costituzionale alla discrezionalità del legislatore, nel momento in cui

posto e “paradigma” del diritto del lavoro, in Id. (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2017, 85 ss..

²⁶³ Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, in *Responsabilita' Civile e Previdenza*, 2017, 4, 1228; in seguito confermata da Cass., 3 maggio 2017, n. 10699, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 4, II, 743.

²⁶⁴ V. Speciale, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra “clausole generali”, principi costituzionali e giurisprudenza della Cassazione*, in *DLRI*, 2018, 157, 12.

²⁶⁵ Per i quali si rinvia nuovamente al paragrafo 1.4.

questi è tenuto a modulare le conseguenze dei recessi illegittimi, consistente proprio nel rispetto della dignità del lavoratore, in particolare sancendo la nullità di tutti i recessi posti in essere con modalità degradanti, arbitrarie o discriminatorie. Se infatti la dignità umana – diversamente dalla libertà imprenditoriale - è valore assoluto, allora questa non è suscettibile di bilanciamento con altri interessi, pur protetti dalla Costituzione²⁶⁶, ciò in quanto il c.d. “nucleo rigido” dei diritti fondamentali (c.d. *Wesensgehalt*) si identifica proprio nella dignità umana, la quale «rappresenta il criterio di bilanciamento, se non la stessa bilancia»²⁶⁷. Se dunque è vero che il diritto alla giustificazione del licenziamento è un diritto fondamentale (come derivante dall’art. 24 della CDFUE), la sua graduazione rispetto al tipo di tutela rimediale è giustificabile proprio in virtù del bilanciamento dei diritti in gioco: e se il bilanciamento tra il diritto alla conservazione del posto di lavoro e la libertà d’impresa può condurre, come in effetti ha condotto, a discipline legislative che hanno previsto una tutela di natura indennitaria per i licenziamenti economici, a simili esiti non potrebbe giungersi laddove ad essere violato sia il succitato “nucleo rigido” dei diritti fondamentali del lavoratore (e dell’uomo), cui legislativamente corrispondono le ipotesi più gravi di licenziamento, sanzionate con la nullità, dunque con la tutela sempre ripristinatoria indipendentemente dal numero di dipendenti occupati dal datore di lavoro.

In definitiva, seppur possano essere mosse delle critiche all’eccessiva discrezionalità lasciata al giudice nell’interpretazione delle clausole generali contenute nell’art. 18 St. lav., in riferimento tanto al licenziamento economico quanto disciplinare, è altrettanto vero che l’interpretazione delle suddette clausole offerta da parte della giurisprudenza di legittimità ha consentito, in larga parte, di superare le iniziali incertezze, sebbene ciò sia spesso avvenuto, ancora una volta, a discapito dei lavoratori, specialmente in tema di licenziamento economico, ovvero quello di gran lunga più diffuso nella prassi²⁶⁸.

I succitati interventi chiarificatori della giurisprudenza hanno ad ogni modo consentito di ricondurre a ragionevolezza una disciplina che inizialmente sembrava claudicante e che si è infine risolta in un contemperamento degli interessi degli attori in gioco, sicché, nei casi più gravi di insussistenza del motivo addotto dal datore, il lavoratore può ancora ambire al ripristino

²⁶⁶ R. Casillo, op.ult.cit., 604.

²⁶⁷ G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

²⁶⁸ Nel 2016, nelle imprese con oltre 15 dipendenti, i licenziamenti per gmo e collettivi sono stati 341.978, a fronte di 42.418 recessi disciplinari. Nelle aziende con meno di 15 dipendenti, i licenziamenti economici sono stati 162.515 e quelli per giusta causa e giustificato motivo soggettivo 32.1423.

del rapporto, dunque con una tutela effettiva del diritto lesso, oltre che ad un'indennità risarcitoria parametrata agli stipendi che avrebbe percepito nei mesi non lavorati.

La disciplina è, per la verità, sufficientemente rispettosa del parametro costituzionale in punto effettività anche laddove prevede, per i casi meno gravi di insussistenza del giustificato motivo o della giusta causa, unicamente un'indennità risarcitoria. L'importo della suddetta indennità²⁶⁹ appare, infatti, da un lato, ragionevolmente soddisfacente al fine di ristorare il pregiudizio patito dal lavoratore illegittimamente licenziato, dall'altro, sufficientemente dissuasivo nei confronti dei datori di lavoro, trattandosi di importi di non poco conto, ai quali si aggiunge l'incertezza derivante dalla discrezionalità del giudice nell'applicazione dei criteri indicati dall'art. 18 St. lav. ai fini della modulazione in concreto dell'ammontare del risarcimento.

Appare, per la verità, criticabile il poc'anzi citato orientamento della Corte di cassazione in tema di licenziamento economico, non essendo «proporzionale» né «ragionevole» una interpretazione dell'art. 41, c. 1, Cost. che sia tale da consentire il licenziamento a fronte di qualsiasi ragione economica ed organizzativa e lo leghi solo alla effettiva e non pretestuosa soppressione del posto di lavoro, ciò in quanto la libertà di impresa verrebbe ad avere un valore assoluto e preponderante sul diritto al lavoro²⁷⁰. Tali considerazioni attengono tuttavia all'interpretazione giurisprudenziale di clausole generali che hanno da sempre integrato il dettato dell'art. 18 St. lav.²⁷¹, e sono dunque indipendenti dalle riforme legislative oggetto di analisi. In altre parole, una simile interpretazione giurisprudenziale poco o nulla ha a che vedere con le modifiche legislative di cui alla l. 92/2012.

In definitiva, alla luce di tutto quanto osservato, la formulazione dell'art. 18 St. lav. *post* l. 92/2012 appare rispettosa del diritto costituzionale alla conservazione del posto di lavoro, prevedendo sanzioni sufficientemente adeguate, proporzionate e dissuasive in caso di recesso datoriale illegittimo, seppur con la rilevata, non trascurabile, differenziazione, in termini di tutela – ripristinatoria nel primo caso, indennitaria nel secondo - tra le ipotesi più e meno gravi di ingiustificatezza del recesso. Non pare dunque un caso che, nonostante le numerose polemiche concomitanti all'entrata in vigore della normativa in commento, la Corte costituzionale si sia trovata ad esaminare eccezioni di legittimità della l. 92/2012 unicamente

²⁶⁹ Compresa tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita in costanza di rapporto.

²⁷⁰ V. Speciale, *op.ult.cit.*, 26.

²⁷¹ Su tutte, l'art. 3 l. 604/1966 in tema di ragioni organizzativo-produttive legittimanti il licenziamento.

con riferimento a problematiche di natura processuale²⁷²; dal punto di vista dell'adeguatezza e ragionevolezza delle sanzioni, la Corte è intervenuta soltanto con riguardo alla questione, alquanto marginale ai fini del nostro discorso, della natura risarcitoria o retributiva dell'indennità per licenziamento illegittimo, peraltro respingendo la relativa eccezione²⁷³.

Come si dirà meglio nel prossimo paragrafo, ben più consistenti problematiche, sotto il profilo della compatibilità costituzionale, pone la nuova disciplina in materia di licenziamenti illegittimi di cui al d.lgs. n. 23/2015.

5. La disciplina di cui al d.lgs. 23/2015

Il successivo intervento legislativo di cui al d. lgs. n. 23 del 4 marzo 2015²⁷⁴ ha nuovamente modificato, in senso ulteriormente peggiorativo per i lavoratori dipendenti, il regime di tutela nei confronti dei licenziamenti illegittimi.

Anche in questo caso, analogamente a quanto osservato in relazione all'art. 18 St. lav., è necessario effettuare una distinzione preliminare tra i profili di ingiustificatezza del recesso ed il regime di tutela applicabile. Trattasi di profili intrinsecamente connessi, e tuttavia da tenere separati, sebbene si possa sin d'ora premettere in via generale che, nel presente regime, la tutela reintegratoria è riservata alle ipotesi più gravi di insussistenza della causale addotta dal datore, trovando per il resto applicazione una tutela meramente indennitaria.

La nuova disciplina si applica ai contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato stipulati a partire dal 7 marzo 2015. Com'è facile intuire, questa è progressivamente destinata a divenire l'unica normativa di riferimento, via via che si esauriranno i contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato stipulati antecedentemente all'entrata in vigore della novella.

²⁷² Con l'eccezione della sentenza n. 59/2021 citata più sopra, correttiva dell'art. 18, c.7, St. lav.

²⁷³ C. Cost., 23 aprile 2018, n. 86, in *Foro it.*, 2018, 6, I, 1842: «Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 4, l. 20 maggio 1970, n. 300, come sostituito dall'art. 1, comma 42, lett. b), l. 28 giugno 2012, n. 92, censurato per violazione dell'art. 3, comma 1, Cost., nella parte in cui, con riguardo alle ipotesi in cui si accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, attribuisce natura risarcitoria, anziché retributiva, alle somme di denaro che il datore di lavoro è tenuto a corrispondere in relazione al periodo intercorrente dalla pronuncia di annullamento del licenziamento e di condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro provvisoriamente esecutiva fino all'effettiva ripresa dell'attività lavorativa o fino alla pronuncia di riforma della prima».

²⁷⁴ Recante disposizioni in attuazione della legge di delega 10 dicembre 2014, n. 183 (cd. *Jobs Act*)

Nonostante la rubrica del d.lgs. n. 23 del 2015 reciti «Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti», nessuna nuova fattispecie di lavoro subordinato è stata introdotta. Il dato cronologico individua la disciplina applicabile al licenziamento illegittimo, ma non identifica un tipo ontologicamente diverso di contratto²⁷⁵; la dottrina più critica ha al riguardo osservato che «il suggestivo *nomen* “contratto a tutele crescenti” appare poco più di un espediente semantico per dissimulare l’abrogazione dell’art. 18 St. lav.»²⁷⁶. Di “crescente” c’era, al momento di entrata in vigore della novella²⁷⁷, unicamente la misura dell’indennizzo, in misura pari a due mensilità per anno di servizio, con un minimo di quattro ed un massimo di ventiquattro mensilità. Anche nella disciplina previgente l’indennizzo era crescente tra un minimo ed un massimo²⁷⁸, ma secondo una valutazione del giudice, relativamente discrezionale perché orientata sulla base di plurimi parametri²⁷⁹; dopo l’entrata in vigore del d.lgs. 23/2015 l’indennizzo era – inizialmente - crescente solo in funzione dell’anzianità del lavoratore, talché ciò che cambiava era essenzialmente la discrezionalità del giudice, che di fatto veniva del tutto a mancare. Come si è visto nel par. 1.4, tuttavia, sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale, la quale ha restituito all’organo giudicante la discrezionalità nella modulazione della tutela risarcitoria, dichiarando incostituzionale l’ammontare fisso e predeterminato dell’indennità e richiamando quali criteri per la parametrizzazione dell’indennizzo quelli di cui all’art. 6 l. 604/1966²⁸⁰, già richiamati

²⁷⁵ G. Amoroso, op.cit., 334.

²⁷⁶ A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?* in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, 27. Osserva V. Speciale, *Il contratto indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.it*, 259/2015, 10 che «Il contratto a tutele crescenti si discosta in modo sostanziale dalle varie ipotesi di questa nuova tipologia contrattuale elaborate a livello europeo ed anche nel contesto nazionale. Pur nella diversità dei vari modelli proposti, questo nuovo contratto – fondato sul presupposto che l’eccessiva rigidità in materia di licenziamenti scoraggia l’occupazione – prevede una disciplina di “ingresso” che protegge il lavoratore in caso di recesso ingiustificato solo con indennità economiche crescenti in relazione all’anzianità di servizio. In seguito, dopo un periodo temporale predeterminato, il lavoratore accede alle normali tutele in materia di licenziamento, che, nel nostro sistema, avrebbe significato l’applicazione delle regole in tema di stabilità reale od obbligatoria».

²⁷⁷ Prima del citato intervento correttivo di C. Cost., 26 settembre 2018, n. 194, cit., di cui si è parlato al par. 1.4.

²⁷⁸ Inizialmente di importo «pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità»; a seguito delle modifiche operate dal d.l. 87/2018, conv. con modif. in l. 96/2018, la misura dell’indennizzo è compresa tra sei e trentasei mensilità.

²⁷⁹ Art. 18, comma 5, St. lav., a seguito delle modifiche di cui alla l. 92/2012.

²⁸⁰ Anzianità del lavoratore, numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell’attività economica, comportamento e condizioni delle parti.

dall'art. 18 St. lav.. A seguito dell'entrata in vigore del d.l. 87/2018, conv. con modif. in l. 96/2018, anche il tetto minimo e massimo dell'indennizzo sono stati ricalibrati verso l'alto: non più da quattro a ventiquattro, ma da sei a trentasei mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR.

Così come nel regime antecedente, il d.lgs. 23/2015 conferma quattro regimi di tutela, differenziati in relazione alle tipologie di licenziamento ed alla gravità della violazione datoriale²⁸¹: *a*) reintegratoria piena (art. 2) in caso di licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale; *b*) reintegratoria attenuata (art. 3, comma 2) nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore; *c*) indennitaria forte (art. 3, comma 1) negli altri casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa; *d*) indennitaria attenuata (art. art. 4) in caso di licenziamento illegittimo per vizi formali e procedurali.

Viene tuttavia rovesciato l'ordine logico e sistematico rispetto all'art. 18 St. lav. riformato, poiché prima viene enunciata la regola (estinzione del rapporto con condanna al pagamento dell'indennità) e solo dopo viene ritagliato l'angusto spazio per i residui casi di tutela reintegratoria, i quali tuttavia, diversamente dalla disciplina *post* l. 92/2012, non riguardano mai i licenziamenti economici²⁸². Anche l'art. 8 della l. n. 604/1966 - contenente la sanzione per il licenziamento ingiustificato per le imprese di piccole dimensioni - viene in sostanza superato, non trovando più applicazione in relazione alle assunzioni successive al 7 marzo 2015²⁸³.

In generale, la disciplina contenuta nel d.lgs. 23/2015 ha ulteriormente ristretto le ipotesi in cui all'accertamento della illegittimità del licenziamento fa seguito la conseguenza della reintegrazione, mostrando un marcato *favor* per la tutela per equivalente²⁸⁴ in luogo di quella

²⁸¹ R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, cit., 675 ss.

²⁸² C. Cester, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, Adapt Labour Studies, e-Book series, 2016, 46, 94 ss.

²⁸³ Mentre l'art. 8 l. 604/1966 attribuiva al datore di lavoro la scelta tra la riassunzione del prestatore o il pagamento di un'indennità compresa tra 2,5 e 6 mensilità dell'ultima retribuzione (avuto riguardo ad una serie di criteri indicati dalla norma stessa), l'art. 9 d.lgs. 23/2015 prevede una tutela pari a una mensilità per anno di servizio, in misura comunque non superiore a sei.

²⁸⁴ Con una precisazione: l'impiego del tradizionale termine 'per equivalente' implica, di per sé, che vi sia una 'equivalenza' tra il rimedio specifico e quello monetario, quando, in realtà, talvolta – ed è il caso del *Jobs Act* – il legislatore sostanziale è intervenuto anche sulla misura dell'indennizzo, riducendolo secondo parametri legati all'anzianità di servizio.

specifica²⁸⁵. Si è in tal modo introdotta una flessibilità in uscita più accentuata di quella, già marcata, di cui alla legge Fornero, entrata in vigore nel 2012²⁸⁶. Nell'arco di soli tre anni ha avuto in tal modo luogo una radicale marginalizzazione della reintegrazione, che da regola generale ed assoluta è divenuta una rara eccezione²⁸⁷.

Nella sostanza, la modifica all'art. 18, l. n. 300/1970, ad opera della l. n. 92/2012 prima e del d.lgs. 23/2015 poi, si è fondata, in larga misura, sulla riduzione della discrezionalità del giudice, parallelamente rendendo possibile al datore di lavoro l'esatto calcolo *ex ante* dei costi associati al licenziamento illegittimo²⁸⁸. Tali obiettivi sono stati raggiunti, da un lato, attraverso l'attribuzione di carattere vincolante alle tipizzazioni della contrattazione collettiva²⁸⁹, dall'altro lato, attraverso l'introduzione di un'indennità predeterminata *ex lege* nel suo esatto ammontare. Si è osservato che la previsione di un indennizzo, calcolabile *ex ante*, presuppone l'irrilevanza dell'ingiustizia subita²⁹⁰ e della conseguente esigenza di riparazione *ex post*, attraverso la *restitutio in integrum* o il risarcimento per equivalente²⁹¹. L'indennizzo risponde infatti all'esigenza di garantire un equilibrio sociale complessivo²⁹² fissato *a priori* dal

²⁸⁵ In argomento, v. M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *ADL*, 2015, 310 ss.; v. inoltre G. Mimmo, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in *Giustiziacivile.com*, 24.4.2015.

²⁸⁶ M. V. Ballestrero, op.ult.cit., 503; secondo la CGIL i lavoratori non solo sono privati del diritto alla stabilità nel posto di lavoro, ma è la loro condizione contrattuale complessiva a subire un indebolimento: se è facile ed economico licenziare, diviene difficile esercitare i propri diritti nell'ambito del rapporto di lavoro. Vedi ancora sul punto M. V. Ballestrero, *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 4/2016, 665 e M. V. Ballestrero, *Principi e regole nella giurisprudenza del lavoro. Due esempi e una digressione*, in Ballestrero-Guastini, *Dialogando su principi e regole*, in *MSCG*, 2017, 1, 169.

²⁸⁷ V. Speciale, op.ult.cit., 11; A. Perulli, op.ult.cit., 30; S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 246/2015; V. Brino, *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi – Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*, Giappichelli, Torino, 2015, 83 ss.

²⁸⁸ S. Razzolini, *I nuovi confini della discrezionalità del giudice in materia di lavoro a termine e licenziamento*, in *Lav. Dir.*, 2016, 3, 425 ss.

²⁸⁹ M. V. Ballestrero, *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità*, in *Lav. Dir.*, 2014, 405 ss.; A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?* cit., 30; A. Perulli, *Il controllo giudiziario dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 1, 83.

²⁹⁰ G. Pedrazzi, *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Giuffrè, Milano, 2008, 657.

²⁹¹ Questa scelta di politica legislativa trova un chiaro antecedente nel noto rapporto degli economisti francesi O. Blanchard, J. Tirole, *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 161. Un ulteriore antecedente si rinviene nella legislazione spagnola su cui C. Pederzoli, *I licenziamenti in Spagna*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2014, 185.

²⁹² G. Pedrazzi, op.cit., 651.

legislatore e insensibile alle specificità del caso concreto, in tal modo realizzando una - più o meno ragionevole - allocazione e distribuzione dei costi sociali connessi alla perdita del posto di lavoro e alla successiva disoccupazione²⁹³. Si è osservato come la drastica riduzione del rimedio della reintegrazione, con relativa opzione a favore della tutela indennitaria e marginalizzazione della discrezionalità giudiziale nella scelta dei rimedi si collochi nella prospettiva, di matrice anglosassone della *efficient breach of contract*, che postula la possibilità di violare la norma dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di *punitive damages* e senza accesso alla *specific performance*²⁹⁴.

L'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 194/2018 e le modifiche apportate dal d.l. 87/2018 hanno parzialmente corretto tali criticità, non senza lasciare aperte, come stiamo per vedere, diverse questioni, anche sotto il profilo della compatibilità della disciplina con la Costituzione e con le fonti sovranazionali.

6. (segue). I licenziamenti disciplinari

Si è visto nel primo capitolo che tutte le volte in cui il recesso datoriale sia esercitato in assenza dei presupposti di legge, la conseguenza “naturale” del permanere in vita del rapporto contrattuale dovrebbe consistere, almeno in linea di principio, nell'ordine giudiziale di reintegrazione del prestatore nel posto di lavoro²⁹⁵. Con il d.lgs. 23/2015 accade tuttavia l'esatto contrario, essendo tale tutela limitata alle ipotesi nelle quali viene ravvisato un grave abuso del potere di licenziamento.

In ipotesi licenziamento disciplinare illegittimo, l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 prevede infatti la tutela reintegratoria solo in ipotesi di «diretta dimostrazione in giudizio dell'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento». La formulazione ricalca quella di cui all'art. 18, c. 4, St. lav. nella sua versione *post* l. 92/2012, con alcuni accorgimenti.

Un primo ordine di considerazioni solleva il fatto che la possibilità di reintegrazione sia limitata all'ipotesi di diretta dimostrazione in giudizio dell'insussistenza del fatto contestato. La lettera della norma suscita perplessità, non solo perché, a mente dell'art. 5, l. 604/1966,

²⁹³ O. Blanchard, J. Tirole, *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, cit., 196 ss.

²⁹⁴ A. Perulli, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 1, 413.

²⁹⁵ I. Pagni, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, cit., 400.

l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento incombe sul datore di lavoro, ma altresì in quanto il lavoratore dovrebbe offrire la prova di un fatto negativo (l'insussistenza del fatto materiale), per giunta in via diretta, dunque escludendo il ricorso alle presunzioni *ex art. 2727 c.c.*²⁹⁶. La questione, di carattere processuale, verrà compiutamente affrontata nel cap. 3. Per il momento, è sufficiente evidenziare che la formulazione legislativa non pare idonea a far ritenere superato l'impianto di riparto dell'onere probatorio di cui all'art. 5 l. 604/1966²⁹⁷.

Nell'art. 3, c.2, d. lgs. 23/2015 manca ogni riferimento alla graduazione delle sanzioni operata dalla contrattazione collettiva o dal codice disciplinare e viene espressamente esclusa ogni valutazione circa la sproporzione al fine di riconoscere la tutela reintegratoria²⁹⁸. In sostanza, in tutti i casi in cui difetta il requisito dell'importanza dell'inadempimento del prestatore di lavoro, il licenziamento sarà sì dichiarato illegittimo, tuttavia questi avrà diritto unicamente ad una tutela di tipo indennitario²⁹⁹.

L'aggiunta dell'aggettivo "materiale" al fatto contestato parrebbe essere un riferimento alla citata sentenza n. 23669/2014 e alla distinzione ivi operata tra fatto materiale e fatto giuridico³⁰⁰. Si è però evidenziato che la nozione di "fatto materiale" risulta del tutto a-tecnica³⁰¹, ciò in quanto il fatto di cui trattasi, lungi dall'essere "materiale", è inevitabilmente connotato giuridicamente: «non solo perché è produttivo di effetti giuridici, ma perché produce effetti proprio in quanto è giuridico»³⁰². Il riferimento al "fatto contestato" rinvia, del resto, ad un concetto di fatto comprensivo anche dell'imputabilità, dell'elemento psicologico-soggettivo, della volontarietà della condotta e della sua antiggiuridicità³⁰³. Nel solco di questi ultimi rilievi, la giurisprudenza ha offerto una lettura correttiva del disposto normativo, che potrebbe consentire all'art. 3 d.lgs. 23/2015 di evitare un'ulteriore declaratoria di illegittimità costituzionale³⁰⁴, al riguardo precisando che la reintegrazione *ex art. 18 St. lav.* sarà sempre

²⁹⁶ F. Carinci, *Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. 23/2015*, cit.

²⁹⁷ C. Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in *Jobs Act e licenziamenti*, cit, 36.

²⁹⁸ G. Amoroso, op. cit., 335.

²⁹⁹ A seguito delle modifiche al d.lgs. 23/2015 operate dal d.l. 87/2018, conv. con modif. in l. 96/2018 (c.d. Legge Dignità), la tutela risarcitoria è compresa tra sei e trentasei mensilità di retribuzione.

³⁰⁰ Cfr. *supra*, par. 2.4.

³⁰¹ T. Treu, *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *G. Lav*, 2015, 3, 13.

³⁰² A. Perulli, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti*, cit., 422.

³⁰³ A. Perulli, op.loc.ult,cit.

³⁰⁴ Oltre a C. Cost., 26 settembre 2018, n. 194, cit.

dovuta se il licenziamento è fondato su fatti non illeciti, ciò in quanto il fatto non illecito equivarrebbe ad un fatto inesistente, o comunque disciplinarmente irrilevante³⁰⁵. Non basta, dunque, che il fatto «materiale» sia effettivamente accaduto, ove questo sia del tutto futile e privo di rilievo disciplinare. Secondo le regole sull'onere della prova di cui all'art. 5, l. 604/1966, il datore sarà pertanto sempre tenuto a provare che i fatti contestati erano non solo veri nella loro materialità, ma altresì oggettivamente e soggettivamente illeciti.

Tale iniziale lettura è stata poi confermata a più riprese dalla Suprema Corte, in tal modo consentendo di ricondurre a ragionevolezza una disciplina con diverse criticità. La Corte di cassazione, pur partendo dalla considerazione secondo cui, a seguito della l. 23/2015, la reintegrazione deve ritenersi come residuale rispetto alla tutela indennitaria³⁰⁶, conferma dunque una nozione di insussistenza del fatto contestato che comprende «non soltanto i casi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità, ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia rilievo disciplinare o quanto al profilo oggettivo ovvero quanto al profilo soggettivo della imputabilità della condotta al dipendente»³⁰⁷. Chiariscono inoltre che, ogniquale volta il fatto contestato presupponga anche un elemento non materiale (come ad esempio la gravità del danno), tale elemento diventa parte integrante del fatto materiale, come tale soggetto ad accertamento, sicché anche in tale ipotesi l'eventuale carenza determina la tutela reintegratoria³⁰⁸.

Nel solco della linea dagli stessi tracciata in ambito di art. 18 St. lav.³⁰⁹, i giudici di legittimità confermano che le espressioni utilizzate - «fatto materiale contestato» - non possono che riferirsi alla stessa nozione di fatto contestato come elaborata dalla giurisprudenza di legittimità in relazione alla l. n. 300 del 1970, art. 18, comma 4, e che costituisce, all'attualità, diritto vivente³¹⁰. Il medesimo criterio razionale che aveva già portato la Corte a ritenere che «quanto alla tutela reintegratoria, non è plausibile che il Legislatore, parlando di "insussistenza del fatto contestato", abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione»³¹¹, induce dunque il convincimento, sia pure in

³⁰⁵ Cass., 13 ottobre 2015, n. 20540, cit..

³⁰⁶ Cass., 25 luglio 2018, n. 19732, in *Ilgiuslavorista.it*, 11.9.2018; Cass., 18 dicembre 2017, n. 30323, in *Giust.civ.mass.*; Cass., 8 luglio 2016, n. 14021, in *Ilgiuslavorista.it*, 1.9.2016.

³⁰⁷ Cass., 13 ottobre 2015, n. 20540, cit.; Cass. 20 settembre 2016, n. 18418, in *Ilgiuslavorista.it* 2016, 23.11.2016; Cass., 12 maggio 2016, n. 10019, cit.

³⁰⁸ Cass., 13 ottobre 2015, n. 20545, cit.

³⁰⁹ Per la cui disamina si rimanda al par. 2.4.

³¹⁰ Cass., 8 maggio 2019, n. 12174, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 3, 494.

³¹¹ Cass., 13 ottobre 2015, n. 20540, cit..

presenza di un dato normativo parzialmente mutato, che la irrilevanza giuridica del fatto, pur materialmente verificatosi, determini la sua insussistenza anche ai fini e per gli effetti previsti dall'art. 3, c. 2, d.lgs. 23/2015. Pertanto, «al fatto accaduto ma disciplinarmente del tutto irrilevante non può logicamente riservarsi un trattamento sanzionatorio diverso da quello previsto per le ipotesi in cui il fatto non sia stato commesso». Una lettura costituzionalmente orientata della norma pare, del resto, necessariamente condurre a tali conclusioni. Qualsivoglia giudizio di responsabilità, in qualunque campo del diritto venga espresso, richiede, sotto il profilo soggettivo, la riferibilità del fatto all'agente; sotto il profilo oggettivo, la riconducibilità del medesimo nell'ambito delle azioni giuridicamente apprezzabili come fonte di responsabilità³¹².

Tali generali considerazioni devono poi essere coordinate con i limiti a più riprese delineati dalla Corte Costituzionale³¹³, a mente della quale il diritto al lavoro *ex art. 4 Cost.*, «fondamentale diritto di libertà della persona umana», pur non garantendo «il diritto alla conservazione del lavoro», tuttavia «esige che il legislatore adegui 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 e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti», evidenziando altresì il «diritto a non essere estromesso dal lavoro ingiustamente o irragionevolmente»³¹⁴ e la «garanzia costituzionale del diritto di non subire un licenziamento arbitrario»³¹⁵.

La Corte di cassazione, consapevole di tali generali principi, appare dunque ormai costante nell'interpretare la novella nel senso che, «ai fini della pronuncia di cui all'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015, l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, comprende non soltanto il caso in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità, ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia rilievo disciplinare»³¹⁶. L'asserita «vittoria del fatto materiale» nella formulazione dell'art. 3, c.2, d.lgs. 23/2015³¹⁷, è dunque stata additata

³¹² Cass., 8 maggio 2019, n. 12174, cit.

³¹³ C. Cost., 26 settembre 2018, n. 194, cit.; C. Cost., 16 maggio 1965, n. 45, cit.

³¹⁴ C. Cost., 8 febbraio 1991, n. 60, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 14

³¹⁵ C. Cost., 4 dicembre 2000, n. 541, in *Giur. cost.*, 2000, 6; C. Cost., 10 febbraio 2006, n. 56, in *Giur. cost.* 2006, 1, 505

³¹⁶ Cass., 8 maggio 2019, n. 12174, cit.

³¹⁷ Il riferimento è al citato dibattito giurisprudenziale su fatto materiale e fatto giuridico sviluppatosi nel regime previgente, ed al successivo riferimento al fatto materiale nell'ambito della formulazione dell'art. 3 d.lgs. 23/2015. Cfr., sul punto, S. Sambati, *La qualificazione del fatto nell'interpretazione di*

come una «mezza vittoria di Pirro», essendo l'incauta enunciazione legislativa, una volta entrata nel sistema giuridico, stata astretta dai vincoli sistematici ed ermeneutici che esso impone³¹⁸, ben evidenziati dalle citate pronunce della Suprema Corte.

Se dunque, alla luce di quanto appena esposto, oggi appare indubbio che, ove il fatto contestato non presenti alcuna rilevanza disciplinare, il lavoratore avrà senz'altro diritto alla reintegrazione, rimane tuttavia l'ulteriore problema costituito dal fatto che è sufficiente che il fatto stesso abbia una minima rilevanza disciplinare al fine di evitare la tutela reale³¹⁹. Il lavoratore, è pur vero, avrà diritto alla tutela indennitaria, ma ciò consente al datore, a fronte di un comportamento di minima rilevanza disciplinare (ad esempio, un ritardo di dieci minuti), di liberarsi di un dipendente poco gradito a fronte del pagamento di una mera indennità, senza rischi ulteriori. La perentoria dizione, contenuta nell'art. 3, c.2, secondo cui «resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento», pone infatti fine al dibattito sviluppatosi in regime di art. 18 St. lav.³²⁰ e non pare lasciare spazio ad interpretazioni differenti.

La giurisprudenza di merito ha tentato di intervenire anche in tal senso, per superare gli squilibri ed i paradossi di tale normativa. Si è così affermato che, «ove il fatto contestato sia punito dalla contrattazione collettiva con una misura conservativa, l'intimato licenziamento disciplinare risulta illegittimo in quanto fondato su un fatto che è inidoneo a sorreggere una sanzione espulsiva: ciò giustifica la più incisiva tutela reintegratoria, seppur attenuata»³²¹. A

dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del dialogo aperto dal legislatore delegato, in Contratto a tutele crescenti e Naspi, cit., 172.

³¹⁸ A. Perulli, op.ult.cit., 421.

³¹⁹ L. Fiorillo, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi, cit.*, 103 ss.

³²⁰ Sul quale si rinvia *supra*, par. 2.4.

³²¹ Trib. Roma, 15 febbraio 2019, n.4661/2019, in *Ilgiuslavorista.it*, 9.12.2019. Prosegue il tribunale capitolino spiegando che «Questa valutazione si raccorda al canone generale dell'art. 1455 c.c. che prescrive che il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra. La graduazione, ad opera della contrattazione collettiva, delle condotte inadempienti e delle relative sanzioni attualizza e specifica un canone di necessaria proporzionalità in termini generali ed astratti, ossia sganciati dalla fattispecie concreta, e si raccorda al canone, anch'esso generale ed astratto, della necessaria "importanza" (gravità) dell'inadempimento ex art. 1455 c.c. che opera comunque in quanto norma a carattere imperativo. Sulla scorta di tale impostazione, l'ipotesi della tutela indennitaria prevista dal comma 1 dell'art. 3 d.lgs. 23/2015 troverà applicazione tutte le volte in cui il fatto, materialmente sussistente, è astrattamente idoneo a fondare un licenziamento disciplinare ma è in concreto sproporzionato. In questo giudizio di proporzionalità rileva dunque l'elemento soggettivo, eventuali ragioni giustificative, ed ogni altra circostanza, oggettiva e soggettiva, che valga a meglio apprezzare il fatto contestato. Questa verifica di proporzionalità, proprio perché fatta in concreto con riferimento ad un fatto contestato di cui è stata accertata la sussistenza, è ben diversa dalla valutazione preliminare di importanza dell'inadempimento che invece è fatta in astratto

sostegno di tale decisione il Tribunale capitolino richiama un precedente della Cassazione del 2016 - chiamata tuttavia in tal caso a pronunciarsi sul licenziamento di un lavoratore al quale si applicava l'art. 18 St. lav.³²² - ed un precedente di merito della Corte d'appello di Milano³²³, la quale giunse alle medesime conclusioni anche per un lavoratore sotto il regime delle tutele crescenti.

Partendo dalle coordinate normative richiamate nel precedente capoverso e dal concetto di insussistenza del fatto giuridico e non materiale alla base della reintegrazione anche nel contratto a tutele crescenti³²⁴, il Tribunale di Roma giunge alla conclusione secondo cui nel caso di licenziamento intimato per una condotta per la quale la contrattazione collettiva prevede una sanzione disciplinare di tipo conservativo, al lavoratore deve essere concessa la reintegrazione. L'artificio giuridico al riguardo utilizzato dal giudice di merito consiste nell'affermare che la scelta del giudice per la reintegrazione non costituirebbe una valutazione discrezionale del giudice in merito alla proporzione tra condotta e sanzione – valutazione espressamente esclusa dal dettato normativo -, bensì di un'esclusione della rilevanza della condotta sul piano giuridico in relazione all'ipotesi-licenziamento³²⁵.

L'intervento correttivo della giurisprudenza di merito, per quanto apprezzabile sotto il profilo degli intenti protettivi, pare difficilmente conciliabile con il testo dell'art. 3, il quale è molto chiaro nell'affermare che, ai fini della pronuncia di reintegrazione, resta esclusa ogni valutazione in ordine alla sproporzione del licenziamento. È stato osservato che tale soluzione legislativa si connota per un elevato tasso di irrazionalità ed è passibile di integrare una violazione del principio di eguaglianza, nella misura in cui opera una netta separazione tra rimedi in fattispecie fattualmente differenziate, ma del tutto assimilabili sul piano funzionale, e quindi omogenee nei termini di un giudizio di analogia o di eguaglianza³²⁶ (nessun ritardo e ritardo di dieci minuti), ed altresì laddove equipara, sul piano delle conseguenze giuridiche, un

sulla scorta della clausola generale suddetta per come specificata dalla contrattazione collettiva e/o dal codice disciplinare».

³²² Cass., 14 dicembre 2016, n. 25745, in *Gius.civ.mass. 2017*

³²³ App. Milano, sez. lav., n. 1993/2018, consultabile nella banca dati *DeJure*.

³²⁴ Cass., 8 maggio 2019, n. 12174, cit.; per una disamina più approfondita si veda I. Fedele, *L'irrelevanza disciplinare del fatto contestato al lavoratore equivale alla sua insussistenza (materiale) anche nel Jobs act*, in www.ilgiuslavorista.it.

³²⁵ F. Meiffret, *Contratto a tutele crescenti: licenziamento disciplinare e diritto al reintegro se il contratto collettivo prevede la sanzione conservativa*, nota a Trib. Roma, 15 febbraio 2019, n.4661, cit.

³²⁶ G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 54; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, 76.

licenziamento per un fatto di effimero valore ed un provvedimento espulsivo che, pur non integrando gli estremi della giusta causa, è invece portatore di una ben più grave anti-giuridicità³²⁷.

La scelta del legislatore delegato di escludere la reintegra in ipotesi di mera sproporzione³²⁸ afferisce al piano degli indirizzi di politica legislativa e chiama in causa la verifica di conformità a parametri costituzionali³²⁹, essendo dubbia la ragionevolezza di accordare una tutela minore (quella indennitaria) in una fattispecie in cui il vizio del licenziamento disciplinare è massimo e radicale, rispetto alla fattispecie in cui il vizio è meno evidente in quanto implica una valutazione delle risultanze di causa perché il giudice si formi il convincimento in ordine alla sussistenza/insussistenza del fatto contestato e nondimeno, ove il datore di lavoro non riesca a provare la sussistenza del fatto contestato, è accordata al lavoratore illegittimamente licenziamento la tutela reintegratoria³³⁰.

Nell'attesa di ulteriori interventi correttivi del giudice delle leggi e di precise indicazioni da parte della Suprema Corte, le sopracitate soluzioni interpretative elaborate da una parte della giurisprudenza di merito, pur presentando indubbie forzature sul piano lessicale e definitorio, consentono all'interprete di salvaguardare la compatibilità costituzionale della disciplina, non soltanto restituendo indirettamente discrezionalità all'organo giudicante, ma anche e soprattutto lasciando aperta la possibilità di reintegra anche in relazione ai licenziamenti intimati a fronte di fatti aventi minima rilevanza disciplinare, con relativi effetti deterrenti nei confronti del datore di lavoro. Così interpretata, la disciplina appare peraltro maggiormente rispettosa dei canoni di: *a*) ragionevolezza, poiché evita di trattare situazioni assimilabili (nessun ritardo e ritardo di pochi minuti) in maniera totalmente differente; *b*) proporzionalità, essendo le sanzioni adeguate alle violazioni di legge poste in essere da parte datoriale, e *c*) dissuasività, non potendo il datore di lavoro più essere in grado di prevedere *ex ante* il costo del proprio inadempimento ed essendo nuovamente soggetto al rischio di una pronuncia di reintegrazione del dipendente.

³²⁷ A. Perulli, op.ult.cit., 424; M. Marazza, op.loc.cit.

³²⁸ La quale, lo si ricorda, nel sistema previgente, anche grazie all'opera della giurisprudenza, dava diritto alla reintegrazione.

³²⁹ Su tutti, l'art. 3, c.1, Cost.

³³⁰ F. Meiffret, op.loc.cit.

7. (segue). *L'assenza di tutela reale per i licenziamenti economici*

Un ulteriore ordine di considerazioni deriva dall'esclusione *in radice* della possibilità di reintegrazione in ipotesi di licenziamento economico. L'art. 3, c.1, d.lgs. 23/2015 prevede infatti unicamente che, ove non ricorrano gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria, mentre le residuali ipotesi di reintegrazione di cui al comma successivo riguardano unicamente il già esaminato licenziamento disciplinare³³¹.

La marginalizzazione della tutela di tipo reintegratorio investe dunque soprattutto i licenziamenti fondati su ragioni oggettive, cioè quelli per i quali viene primariamente in considerazione la libertà di iniziativa economica garantita dalla Costituzione³³² e per i quali, storicamente, si era sempre cercato un bilanciamento fra la libertà di organizzazione dell'impresa, da un lato, e la tutela del lavoro e del posto di lavoro dall'altro³³³. Appare inoltre del tutto disatteso il monito a suo tempo lanciato dalle Sezioni Unite della Cassazione³³⁴, che assumeva il respiro di un principio generale, secondo il quale: «Il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma».

L'opzione per la monetizzazione pura e semplice del licenziamento economico, com'è facile intuire, e alla luce di tutto quanto già rilevato, riapre, dunque, sia una questione di costituzionalità, sia una questione di compatibilità con la disciplina comunitaria e internazionale³³⁵. È pur vero che la previsione di una sola sanzione economica a carico del datore apparentemente non contrasta con il principio, di derivazione costituzionale, secondo cui

³³¹ L'art. 1, comma 7, lett. c, della l. 10 dicembre 2014, n. 183 (legge-delega), nell'introdurre il c.d. contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, lungi dal prevedere un crescendo graduale di garanzie, contiene infatti la perentoria esclusione del diritto alla reintegrazione per i licenziamenti qualificati come economici; cfr. sul punto F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, Adapt University Press, 2015.

³³² C. Cester, op.cit., 94 ss.

³³³ A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, cit., passim; F. Scarpelli, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 252/2015, 3 ss.

³³⁴ Il riferimento è alla nota sentenza Cass. S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.

³³⁵ S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., 10.

il legislatore non è obbligato a sanzionare in forma specifica l'illecita interruzione, da parte del datore di lavoro, del rapporto a tempo indeterminato. Rimane tuttavia il fatto che la mancata previsione di una sanzione reintegratoria solleva ulteriori problemi di compatibilità costituzionale, soprattutto in riferimento al parametro della dissuasività delle sanzioni, nel solco di quanto recentemente ribadito dalla Corte costituzionale³³⁶. Risulta infatti difficile sostenere che la previsione di un mero indennizzo, peraltro in misura fissa e prevedibile³³⁷, per l'illegittima risoluzione unilaterale del contratto di lavoro, costituisca una "sanzione" sufficientemente dissuasiva per il datore di lavoro; il che vale, a maggior ragione, ove l'anzianità del dipendente non sia particolarmente elevata. Sarebbe dunque sufficiente, per il datore di lavoro, motivare il licenziamento con una ragione economico-organizzativa al fine di sottrarsi dal rischio della reintegrazione. Si è da più parti avvertito il pericolo che un datore di lavoro spregiudicato possa far passare sotto l'etichetta delle ragioni oggettive un licenziamento dettato da altre, inconfessate ragioni³³⁸. Tale prospettiva è suscettibile di obliterare definitivamente l'idea stessa della tutela reintegratoria, sancendone la definitiva monetizzazione³³⁹.

Le possibilità a questo punto sono, a parere di chi scrive, soltanto due: o si ricava in via interpretativa un modo per garantire al lavoratore il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro anche nei casi più gravi di insussistenza del motivo oggettivo addotto dal datore, oppure il contrasto della disciplina con l'art. 4 Cost. e l'art. 24 della Carta sociale europea, con particolare riferimento ai canoni di ragionevolezza e dissuasività, rischia di divenire difficilmente superabile.

L'art. 18 Stat. lav. prevede, nell'ultimo periodo del comma 7, che «Qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato

³³⁶ Di cui parla, da ultimo, C. Cost., 26 settembre 2018, n. 194, cit.

³³⁷ In quanto ancorata all'anzianità di servizio; si consideri tuttavia che la C. Cost. ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 d.lgs. 23/2015 nella parte in cui ancora il risarcimento alla sola anzianità di servizio. L'analisi della compatibilità costituzionale della disciplina, così come modificata dall'intervento della Consulta, verrà effettuata nei paragrafi che seguono.

³³⁸ M. Miscione, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in *DPL*, 2015, 12, 741 ss.; L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, Torino, 2015, 749-750, per il quale «Non si può pensare che un licenziamento senza reali motivi resti ugualmente per giustificato motivo oggettivo, solo perché quest'«etichetta» gli era stata messa dal datore di lavoro»; C. Zoli, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutela crescenti»*, Cedam, Padova, 2015, 93.

³³⁹ A. Perulli, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia Francia e Spagna*, in *RGL*, 2012, 3, 565.

da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo»: trattasi di una sorta di clausola di sicurezza, espressione peraltro di principi generali³⁴⁰, indirizzata a non precludere al lavoratore la possibilità di guadagnarsi la tutela reintegratoria, ove ne sussistano i presupposti. Nel d.lgs. n. 23/2015 la suddetta clausola è stata mantenuta nell'art. 4 (allorché il licenziamento sia viziato quanto a forma e procedura), ma non nell'art. 3 sul licenziamento ingiustificato con sanzione solo economica. Si è sostenuto che la finalità della clausola – cioè la garanzia della trasparenza e l'applicazione al licenziamento illegittimo delle sanzioni proprie del tipo di vizio realmente esistente – non solo non sia venuta meno, ma, al contrario, si sia amplificata³⁴¹. Se infatti il licenziamento economico nasconde un intento discriminatorio, ritorsivo o un motivo illecito, trattandosi di un'ipotesi di nullità, questa può essere fatta valere, come afferma l'art. 2, c.1, «indipendentemente dal motivo formalmente addotto». Rimangono tuttavia consistenti problemi di carattere probatorio, ciò in quanto, a differenza del licenziamento economico o disciplinare, la cui prova incombe sul datore *ex art. 2 l. 604/1966*, l'onere della prova del motivo illecito o discriminatorio, per costante giurisprudenza, grava sul lavoratore³⁴².

Ancor più problematica appare la questione con riguardo al possibile c.d. “motivo disciplinare nascosto”, specialmente ove si consideri che il dipendente licenziato per motivo oggettivo, al fine di ambire alla reintegrazione, dovrebbe “accusarsi” di un determinato comportamento nemmeno contestato da parte datoriale. Si è dunque cercato di aprire qualche spiraglio per superare l'*impasse*³⁴³, da un lato, sottolineando come presupposto per l'applicazione dell'art. 3, comma 1, è che il licenziamento sia stato costruito e motivato come licenziamento “ontologicamente” oggettivo³⁴⁴, secondo la classica definizione dell'art. 3 della l. n. 604/1966.

³⁴⁰ C. Cester, op.cit., 94 ss.

³⁴¹ C. Cester, op.cit., 102.

³⁴² *Ex multis*, cfr. Cass., 7 novembre 2018, n. 28453, in *Giust.civ.mass.*; Cass., 27 settembre 2018, n. 23338, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 1, II, 46; Cass., 8 agosto 2011, n. 17087, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 7-8, 1158

³⁴³ M. Miscione, op.loc.cit.; C. Zoli, op.cit., 90 ss.; A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, cit., 43-44, che valorizza la “pretestuosità” del licenziamento (tenuta distinta dal caso di frode e da quello di motivo illecito) per ricollegarvi ugualmente la sanzione della reintegrazione, nella prospettiva dell'abuso del diritto, prospettiva ricorrente nella dottrina giuslavoristica, sempre affascinante ma sempre incerta quanto sia alla qualificazione sia ai rimedi.

³⁴⁴ In questi termini, C. Zoli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*, cit., 94. Analogamente, M. Miscione, op.loc.cit., che stigmatizza la “cultura dell'etichetta” e che peraltro conclude rapidamente nel senso che in mancanza di prova circa il carattere oggettivo del licenziamento questo sarebbe inefficace e nullo per totale carenza di motivazione.

Dall'altro lato, osservando che se tale natura "ontologicamente" oggettiva non risulta provata in giudizio, il licenziamento non può che essere soggettivo (*tertium non datur*), ma a quel punto scatterebbe la sanzione della frode, perché il datore di lavoro in questo modo aggirerebbe la norma che impone la reintegrazione in caso di insussistenza del fatto oggetto di contestazione³⁴⁵.

Nella giurisprudenza di merito è, inoltre, opportuno segnalare il tentativo di quei giudici che hanno costruito la categoria del licenziamento arbitrario³⁴⁶, rilevando che «nel caso in cui il datore di lavoro adotti un licenziamento nella piena consapevolezza dell'inesistenza delle ragioni oggettive o soggettive indicate nella contestazione disciplinare, è configurabile un licenziamento arbitrario. In tale ipotesi, l'intento (motivo) e la causa concreta del negozio di recesso (estinzione acausale del rapporto) sono difformi dalla causa tipica dei licenziamenti assoggettati alla disciplina vincolistica, che è costituita dalla cessazione del rapporto in presenza di ragioni giustificative di carattere oggettivo o di natura soggettiva». La divergenza tra causa tipica dei licenziamenti, da un lato, ed intento (motivo) nonché causa concreta, dall'altro, comporta dunque necessariamente, secondo tale visione, l'illiceità di questi ultimi elementi e conseguentemente la nullità del recesso *ex art.* 1345 e, rispettivamente, 1343 c.c. Trattasi di tentativi isolati, i quali peraltro non consentono di superare il problema dell'onere della prova della nullità del licenziamento, la quale grava sempre sul lavoratore, diversamente da quanto avviene nel licenziamento per motivo oggettivo. Sarà dunque quantomai arduo, per il lavoratore licenziato per un motivo oggettivo solo "apparente", ottenere un accertamento in ordine alla nullità del licenziamento, dimostrando l'intento ritorsivo, discriminatorio o l'arbitrarietà del provvedimento.

Alla luce di quanto evidenziato, non pare dunque possibile superare le perplessità sopra evidenziate: per il licenziamento "ontologicamente" economico non esiste tutela reintegratoria nel *corpus* normativo del d. lgs. 23/2015. La tutela meramente indennitaria anche nelle imprese con oltre quindici dipendenti è astrattamente suscettibile di violare il canone di ragionevolezza, non realizzando un equo temperamento degli interessi in conflitto, nonché – soprattutto - il principio di dissuasività, non costituendo, una simile forma di tutela, adeguata dissuasione nei confronti del datore di lavoro dal porre in essere recessi ingiustificati, ed anzi, costituendo per la verità un incentivo a licenziamenti del tutto pretestuosi.

³⁴⁵ Ancora C. Zoli, *op.cit.*, 94.

³⁴⁶ Trib. Trento, 9 aprile 2015, Flaim, reperibile in *DeJure*.

Le considerazioni di cui sopra sono, da un lato, state attenuate dal d.l. 87/2018, conv. con modif. in l. 96/2018, che ha elevato da sei a trentasei mensilità i limiti minimo e massimo dell'indennizzo nonché, soprattutto, dall'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 194/2018, ciò in quanto, avendo la Consulta dichiarato l'incostituzionalità del meccanismo indennitario, fisso e prevedibile, in misura di due mensilità per anno di servizio, risulta oggi più aleatorio per il datore di lavoro fare un preciso calcolo prognostico del costo del licenziamento. Detta considerazione, pur tuttavia, è attenuata dal fatto che, dovendo oggi i giudici applicare, a seguito dell'intervento della Consulta, i criteri di cui all'art. 8 l. 604/1966, è comunque possibile per il datore fare una stima verosimile dell'ammontare dell'indennità, il che vale a maggior ragione ove si consideri che, nella giurisprudenza di merito, sta prendendo piede la tesi secondo cui «l'anzianità di servizio del lavoratore conserva un rilievo prioritario e serve a determinare la base di partenza della quantificazione dell'indennità di cui all'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015, che potrà essere elevata dal giudice tenendo conto di tutti gli altri parametri desumibili dal sistema»³⁴⁷.

Dall'altro lato, gli esaminati rilievi critici sono aggravati dal meccanismo della c.d. conciliazione *standard* di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015, che consente al datore di lavoro, al fine di evitare il giudizio, di offrire al lavoratore, entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, una somma di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a tre mensilità. È pur vero che il suddetto importo è pari alla metà³⁴⁸ di quanto il lavoratore potrebbe ottenere in caso di esito positivo del giudizio, tuttavia lo stesso articolo prevede non solo che tale importo non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito, ma altresì che non è assoggettato a contribuzione previdenziale, in tal modo consentendo al lavoratore un risparmio considerevole in termini di imposte³⁴⁹. Poiché, al

³⁴⁷ Trib. Roma, 13 giugno 2019, n. 5422/2019, in *DRI*, 2020, 1, 183.

³⁴⁸ È pur vero che, a seguito della sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale, l'ammontare del risarcimento non è più predeterminato in misura fissa, tuttavia l'importo di due mensilità per anno di servizio rimarrà verosimilmente la base di partenza per i giudici, i quali, salvo casi eccezionali, non si discosteranno significativamente da tale previsione.

³⁴⁹ Si consenta un esempio: si prenda un lavoratore con tre anni di anzianità, dunque con diritto ad un'indennità, in ipotesi di licenziamento illegittimo, pari a sei mensilità. Ipotizzando un lordo mensile di € 1.500,00, in caso di esito positivo del giudizio, avrebbe diritto a € 9.000,00 lordi. Prendendo come aliquota Irpef lo scaglione più basso del 23% e come aliquota previdenziale quella, generalmente applicata, del 9,19%, la somma netta che otterrebbe il lavoratore con la sentenza sarebbe pari a € 6.293,00. Ove il lavoratore accettasse le tre mensilità in sede di conciliazione, avrebbe invece diritto ad € 4.500,00. Trattasi all'evidenza di una differenza non considerevole, con l'evidente vantaggio di evitare costi, tempi e *alea* di un eventuale giudizio.

contrario, le somme liquidate in sentenza sono assoggettate ad imposte e contributi, ecco che la differenza tra la somma ottenibile all'esito di un giudizio lungo ed incerto e quella che il lavoratore può ottenere in via conciliativa a pochi giorni dal licenziamento si assottiglia consistentemente, dunque incentivando ulteriormente il lavoratore ad accettare l'offerta di conciliazione *standard* da parte del datore di lavoro.

Le suddette considerazioni altro non fanno dunque che enfatizzare le problematiche della normativa in esame sotto il profilo della dissuasività delle sanzioni, incentivando ulteriormente le aziende a risolvere i rapporti di lavoro, in palese violazione del diritto a non subire un licenziamento illegittimo ricavabile dall'art. 4 Cost., dall'art. 24 della Carta sociale europea e dall'art. 30 della Carta di Nizza. È pur vero, infatti, che il legislatore sostanziale non è costretto a prevedere, nel caso di licenziamento illegittimo, la tutela reale, tuttavia non è neppure libero di configurare come vuole le conseguenze dell'illegittimo esercizio del potere. L'arretramento del piano della tutela specifica a favore di una per equivalente può essere infatti posto in essere dal legislatore a condizione che questi effettui un adeguato bilanciamento tra i diversi interessi in gioco³⁵⁰. Bilanciamento che, se può forse continuare a sostenersi con riferimento al licenziamento disciplinare (laddove, nelle ipotesi più gravi di illegittimità, il lavoratore ha ancora diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, con evidenti funzioni anche dissuasive), non pare essere stato operato con riguardo ai licenziamenti economici.

8. (segue). Profili di incostituzionalità della disciplina.

La normativa di cui al d.lgs. 23/2015 presenta diversi possibili profili di incostituzionalità, alcuni dei quali sono già stati oggetto di analisi nei paragrafi che precedono.

Nel corso dell'analisi delle diverse tipologie di licenziamento e relative tutele, si è avuto modo di richiamare a più riprese la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale - per violazione degli artt. 3, 4, primo comma, 35, primo comma, 76 e 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea - dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015 laddove prevede una indennità fissa e crescente in funzione della sola anzianità di servizio, «in quanto contrastante con il principio di eguaglianza, per ingiustificata omologazione di situazioni diverse, e con il principio di ragionevolezza, essendo

³⁵⁰ I. Pagni, op.ult.cit., 400.

tale indennità inidonea a configurare un adeguato ristoro per il lavoratore ingiustamente licenziato e una adeguata dissuasione per il datore di lavoro avverso licenziamenti illegittimi».

Più recentemente, identiche motivazioni sono state rese dalla Consulta con sentenza n. 150/2020³⁵¹, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale del successivo art. 4 d.lgs. 23/2015, il quale, con riferimento ai vizi formali e procedurali, egualmente stabiliva un indennizzo in misura fissa, pari a una mensilità per anno di servizio.

Particolari problemi pone altresì, come osservato nel paragrafo che precede, la tutela meramente indennitaria in ipotesi di licenziamento per motivo oggettivo, la quale appare suscettibile di violare il canone di ragionevolezza, non realizzando un equo contemperamento degli interessi in conflitto, nonché il principio di dissuasività, non costituendo, una simile forma di tutela, adeguata dissuasione nei confronti del datore di lavoro dal porre in essere recessi ingiustificati, ed anzi, costituendo per la verità un incentivo a licenziamenti del tutto pretestuosi. Si è visto infatti nel par. 1.7 che il criterio di scelta, da parte del legislatore, della forma di tutela dovrebbe consistere non tanto nel tipo di diritti (assoluti/relativi), quanto piuttosto nel tipo di interesse costituzionalmente protetto e nel suo grado di tenuta rispetto ad ulteriori interessi; ciò in quanto, se è vero che il processo deve dare al titolare dell'azione tutto quello e proprio quello che il diritto sostanziale riconosce, e se è altrettanto innegabile che, in ambito lavoristico, entrano in gioco interessi della persona di preminente rilevanza costituzionale, ne consegue che la tutela in forma specifica dovrebbe costituire la regola in ipotesi di licenziamento illegittimo, mentre quella per equivalente l'eccezione. La prima, infatti, è indubbiamente quella che meglio si conforma al principio di effettività della tutela giurisdizionale derivante dall'art. 24 Cost., a dispetto della tutela risarcitoria, se non addirittura indennitaria, come pare insegnare la stessa Corte di cassazione laddove afferma che «il risarcimento per equivalente, rispetto a quello in forma specifica, costituisce una forma meno ampia di ristoro del pregiudizio subito»³⁵². Alla luce di quanto evidenziato, l'inversione di prospettiva adottata da parte del d.lgs. 23/2015 – che relega la tutela specifica a mera eccezione – appare poco rispettosa dei suddetti principi generali, oltre che dei canoni stabiliti dall'art. 2058 c.c.. Poiché tuttavia, come visto nel cap. 1, la tutela in forma specifica non gode di protezione costituzionale, appare difficile che la Consulta possa giungere ad affermare l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 d.lgs. 23/2015, nella parte in cui non prevede la possibilità di reintegrazione nel posto di lavoro a seguito di

³⁵¹ C. Cost. 16 luglio 2020, n. 150, in *Giur. Cost.* 2020, 4, 1697

³⁵² Cass., 22 gennaio 2015, n. 1186, in *G. Dir.*, 2015, 17, 67.

licenziamento per motivo oggettivo, ciò anche in considerazione del fatto che, come visto, la tutela indennitaria ivi prevista (da sei a trentasei mensilità di retribuzione) appare sufficientemente rispettosa dei canoni a cui la Corte costituzionale pare essere maggiormente “fedele”, ovvero quelli di proporzionalità, dissuasività e ragionevolezza.

Un ulteriore profilo di incostituzionalità è stato posto in rilievo dalla dottrina con riferimento all’eccesso di delega e alla disparità di trattamento tra vecchi e nuovi assunti³⁵³. Si è in particolare evidenziato che lo scopo della delega per l’introduzione del contratto a tutele crescenti (articolo 1, comma 7, l. 183/2014), era quella di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro, nell’ambito dei seguenti principi e criteri direttivi: promuovere il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro, rendendolo più conveniente rispetto ad altri tipi di contratto e prevedere, per le nuove assunzioni, una disciplina dei licenziamenti che incrementa quella flessibilità in uscita che era rimasta a metà strada nella legge Fornero³⁵⁴. Il contratto a tutele crescenti avrebbe dunque dovuto essere riservato non a qualunque assunzione successiva all’entrata in vigore del decreto 23/2015, ma solo alle assunzioni di quelle categorie di lavoratori che statisticamente incontrano maggiori difficoltà nel reperimento di un’occupazione³⁵⁵. Essendo quella del contratto a tutele crescenti una disciplina generale, applicabile a tutti i rapporti di lavoro instaurati dopo una certa data, emerge con evidenza una disparità di trattamento tra lavoratori occupati nella medesima unità produttiva, fondata unicamente sulla data di assunzione.

Al riguardo, la Corte costituzionale, con la nota pronuncia n. 194 del 2018, pur prendendo atto del fatto che la tutela prevista dal d.lgs. 23/2015 è in effetti deteriore rispetto a quella precedentemente in vigore, ha tuttavia evidenziato che la delimitazione della sfera di applicazione *ratione temporis* di normative che si succedono nel tempo sono frutto di scelte di politica normativa che «non contrastano, di per sé, con il principio di eguaglianza, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni

³⁵³ Per le quali si rinvia a S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*.IT, cit., 14; G. Gentile, *L’ambito di applicazione della nuova disciplina*, in Fiorillo L., Perulli A., *Il contratto a tutele crescenti e la Nاسpi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, Giappichelli, Torino, 60; M. Marazza, op.cit., 320; V. Speziale, op.ult.cit., 20.

³⁵⁴ M.V. Ballestrero, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. dir.*, 2015, 47 ss.

³⁵⁵ Tra cui, principalmente, i giovani nella fascia di età da 15 a 24 anni e le donne in alcune fasce di età e/o zone geografiche

giuridiche»³⁵⁶. Il legislatore, nel rispetto del canone di ragionevolezza, sarebbe libero quindi di delimitare la sfera temporale di applicazione delle norme³⁵⁷.

Si è evidenziato in dottrina e giurisprudenza che la differenza nei contenuti delle norme non contrasta con la Costituzione quando devono essere regolate situazioni differenti³⁵⁸. La diversità di disciplina deve essere valutata in base a due forme di controllo. Il primo, che pone a raffronto diverse normative della stessa materia (*tertium comparationis*), impone un controllo di coerenza e razionalità delle differenze di regolazione. Il secondo «prescinde da raffronti con termini di paragone» «per esaminare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavabili dalla tavola costituzionale o al bilanciamento degli stessi»³⁵⁹ ed in base a considerazioni «di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità e coerenza» delle disposizioni³⁶⁰.

Con riferimento alla tutela in ipotesi di licenziamento illegittimo, l'omogeneità tra la situazione dei vecchi e dei nuovi assunti appare difficilmente discutibile, riguardando la medesima materia. La giustificazione della disparità non può essere rinvenuta, come si è sostenuto, nella necessità di incrementare le assunzioni³⁶¹, trattandosi non soltanto di un assunto indimostrabile *a priori*, ma che altresì prescinde da qualsivoglia bilanciamento con la tutela del posto di lavoro già occupato, ricavabile in via interpretativa dall'art. 4 Cost. In altre parole, appare difficilmente sostenibile e difendibile sul piano costituzionale un provvedimento normativo che parta da un assunto indimostrato (il futuro auspicato incremento dell'occupazione) al fine di porre in essere un immediato deterioramento di diritti aventi protezione costituzionale, per giunta con riferimento solo ad una limitata platea di soggetti (gli assunti dopo il 7 marzo 2015).

³⁵⁶ La Consulta cita le proprie pronunce n. 25 del 2012, n. 224 del 2011, n. 61 del 2010, n. 170 del 2009, n. 212 e n. 77 del 2008 en. 254 del 2014

³⁵⁷ Cfr sentenze C. Cost. n. 273 del 2011, punto 4.2. del Considerato in diritto, n. 94 del 2009, punto 7.2. del Considerato in diritto, e n. 104 del 2018, punto 7.1. del Considerato in diritto.

³⁵⁸ V. Speciale, op.ult.cit., 21, che evidenzia che la inosservanza del principio di eguaglianza si verifica «qualora situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso e non quando alle diversità di disciplina corrispondano situazioni non assimilabili»; cfr. sul punto C. cost., 4 giugno 2014, n. 155, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 1, II, 44, con nota di Di Paola

³⁵⁹ P. Casavola, *La giustizia costituzionale nel 1994*, in www.cortecostituzionale.it, Documentazione, relazioni annuali, 1995, 1 ss.; A. Celotto, *Art. 3, 1° co., Cost.* in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 65 ss.

³⁶⁰ Su tale evoluzione del giudice delle leggi v. A. Celotto, op.cit. 77 ss.; G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 25 ss.

³⁶¹ C. Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Torino, 2015, 22.

Pertanto, ove anche si potesse dimostrare il futuro incremento occupazionale, la riduzione dello *standard* normativo sarebbe comunque così radicale da determinare esclusivamente la considerazione del fine occupazionale, a totale detrimento della tutela della stabilità del lavoro, che, pur non imponendo la reintegrazione, richiede solide garanzie contro il licenziamento; il tutto senza dimenticare che una protezione efficace contro il recesso è strumentale alla «dignità» del lavoratore (art. 41, c. 2, Cost.), in quanto funzionale all'esercizio dei diritti fondamentali – principalmente quelli di natura sindacale e retributiva - sul posto di lavoro³⁶².

Se dunque è vero, come si è osservato nel capitolo 1, che esiste una protezione costituzionale del diritto al lavoro, la riflessione dovrebbe essere focalizzata sul valore costituzionale della stabilità, come deducibile dall'articolo 4 della Costituzione e dall'articolo 30 della Carta dei diritti fondamentali Unione Europea, come integrato dall'articolo 24 della Carta sociale Europea³⁶³. Se, come rilevato, i punti fondanti di una disciplina dei licenziamenti coerente con la nostra Costituzione e con le fonti sovranazionali devono essere rinvenuti nella necessaria giustificazione del licenziamento, nell'adequazione delle sanzioni e nella loro dissuasività, ecco che tutti questi capisaldi – e sicuramente il secondo ed il terzo - sono messi fortemente in discussione dalla disciplina dei licenziamenti contenuta nel decreto 23/2015. Il che vale particolarmente con riferimento al licenziamento economico, nel quale, come visto, il datore, proprio in ragione della prevedibilità dei costi del licenziamento illegittimo e dall'esiguità delle sanzioni, ben può apporre un motivo oggettivo pretestuoso, in tal modo venendo meno anche all'obbligo di giustificatezza. Alla luce di tutto quanto osservato, il livello di tutela offerto dalla nuova disciplina non pare soddisfare i requisiti sopra evidenziati ed ampiamente esposti nel capitolo che precede. Monetizzare il posto di lavoro con una somma di denaro, peraltro modesta e predeterminata, in cambio della reintegrazione nel posto ingiustamente tolto al lavoratore,

³⁶² V. Speciale, op.ult.cit., 18. Evidenzia inoltre l'A. che Queste considerazioni, peraltro, mettono in evidenza la contraddittorietà tra disciplina per i vecchi e nuovi assunti nella logica del *tertium comparationis*. Infatti, anche se si è in presenza di situazioni «sostanzialmente identiche» (i licenziamenti) che coinvolgono i medesimi valori costituzionali descritti, per i nuovi contratti viene introdotta una disciplina che riduce in modo così drastico le tutele da apparire “incoerente”. Il legislatore, infatti, pur potendo modificare la materia (in considerazione della mancata costituzionalizzazione della reintegra), avrebbe dovuto “graduare” il nuovo sistema sanzionatorio, senza introdurre una «contraddizione insanabile»³⁶² tra i due regimi normativi. In presenza delle medesime esigenze costituzionali di tutela della stabilità del lavoro e della attuazione di diritti fondamentali connessi all'adempimento della prestazione, la radicale differenza tra i sistemi sanzionatori del licenziamento introduce una «diversità ingiustificata» di regole. Inoltre, anche in una valutazione di ragionevolezza, è evidente che la nuova disciplina è intrinsecamente irrazionale per la «evidente sproporzione tra i mezzi appropriati ed il fine asseritamente perseguito». Cfr. su questo ultimo punto P. Casavola, *La giustizia costituzionale nel 1994*, cit., 10.

³⁶³ M. V. Ballestrero, *A proposito di rimedi*, cit., 496

equivale a violare il significato costituzionale del lavoro (artt. 1 e 4) e la dignità del lavoratore, essendo il lavoro parte essenziale e fondante della sua personalità³⁶⁴.

³⁶⁴ G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Einaudi, Torino, 2013, *passim*.

3. L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA PROCESSUALE AVVERSO I LICENZIAMENTI ILLEGITTIMI

1. Premessa; 2. Le preclusioni nel rito del lavoro; 3. Il problema della rigidità delle preclusioni e la ricerca della verità materiale; 4. I poteri officiosi del giudice come temperamento alla rigidità delle preclusioni; 5. La rilevabilità d'ufficio e la modifica in corso di causa dei motivi di nullità del licenziamento; 6. Il rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti: le preclusioni; 7. (segue) Il rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti: rilevabilità d'ufficio e deduzione di ulteriori motivi di invalidità del licenziamento. 8. L'utilizzabilità del procedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* per l'impugnazione dei licenziamenti.

1. Premessa

Si è osservato nel capitolo introduttivo che la materia lavoristica, coinvolgendo diritti costituzionali e tutelando, da ultimo, la dignità della persona umana, è caratterizzata da una serie di specialità, che la contraddistinguono dal diritto generale delle obbligazioni ed in virtù delle quali le tecniche di tutela dovrebbero radicarsi nella garanzia dell'effettività dei diritti, attraverso strumenti sostanziali e processuali di tutela³⁶⁵. Si è, dunque, giunti alla considerazione secondo cui il diritto costituzionale al lavoro può dirsi realmente effettivo qualora, nel caso in cui venga violato, questo possa essere concretamente ristorato, in forma specifica o per equivalente, evidenziando che, affinché ciò accada, sono necessarie, da un lato, norme sostanziali che attuino il principio costituzionale, dall'altro norme processuali che consentano una risposta rapida e soprattutto efficace alle violazioni del diritto. Si è altresì evidenziato che in un sistema, come quello lavoristico, fortemente improntato alla tutela dei diritti fondamentali della persona, parlare di diritto ad un rimedio effettivo dovrebbe significare, quantomeno in via generale, postulare un diritto alla tutela specifica, la quale, pur nella rilevata assenza di una copertura costituzionale, appare senz'altro più idonea a garantire la tutela effettiva dei diritti fondamentali in gioco³⁶⁶.

Le peculiarità della materia lavoristica hanno, in effetti, portato il legislatore alla predisposizione di uno strumentario processuale tale – quantomeno “sulla carta” - da rendere

³⁶⁵ R. Santucci, *op.cit.*, 221.

³⁶⁶ Sebbene si sia rilevato, nel capitolo che precede, che anche la tutela per equivalente può dirsi rispettosa del dettato costituzionale, purché i ristori previsti dal legislatore rispondano ai criteri, enucleati dalla CGUE e dalla Corte costituzionale, di proporzionalità, adeguatezza e dissuasività.

effettiva e immediata la tutela sostanziale³⁶⁷. Il processo del lavoro assume così una funzione strumentale di notevole rilievo, consistente nel garantire l'attuazione delle tutele sostanziali previste dalla Costituzione italiana, dai Trattati europei³⁶⁸, dalla legislazione ordinaria e dalla contrattazione collettiva³⁶⁹. L'introduzione del rito speciale del lavoro ad opera della l. 533/1973 si spiega principalmente con l'esigenza di raggiungere questo obiettivo. Si è in tal modo dato vita ad un processo che, pur nel cronico panorama di inadeguatezza del sistema giudiziario italiano, ha dimostrato di avere un grado di efficienza ben più elevato di quello ordinario, sia per quanto riguarda i tempi, sia per quanto attiene alla sua concreta idoneità a garantire i diritti coinvolti nel rapporto di lavoro³⁷⁰. Il suddetto rito risponde, nelle intenzioni del legislatore, ai requisiti chiovendiani di oralità, concentrazione ed immediatezza, i quali a loro volta si traducono in una serie di peculiari regole procedurali. Tra queste, assumono rilievo preminente gli incisivi poteri istruttori del giudice, le rigide preclusioni sin dagli atti introduttivi del giudizio e le estreme concentrazione ed oralità (almeno nelle intenzioni del legislatore) della procedura. Se, da un lato, le preclusioni di cui agli artt. 414 e 416 c.p.c. e la concentrazione del procedimento³⁷¹ rendono più rapido il giudizio, obbligando le parti a fissare in modo pressoché immutabile le proprie allegazioni, difese, produzioni e deduzioni probatorie, dall'altro lato il giudice viene dotato, dall'art. 421 c.p.c., di particolari poteri istruttori, che possono essere esercitati d'ufficio, anche al di fuori dei limiti previsti dal codice civile³⁷² e che gli consentono di acquisire le prove anche in presenza di preclusioni e decadenze delle parti, pur con una serie di limiti che vedremo nel corso della presente trattazione, in considerazione dell'esigenza di «contemperare il principio dispositivo con quello della ricerca della verità materiale»³⁷³.

La materia giuslavoristica si connota, dunque, per un peculiare ed inestricabile intreccio tra diritto sostanziale e diritto processuale³⁷⁴: il valore dell'effettività delle garanzie dei diritti del

³⁶⁷ C. Romeo, *La crisi dell'effettività delle tutele nel processo del lavoro*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2017, 10, 848.

³⁶⁸ Artt. 151 ss. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea; art. 6 del Trattato sull'Unione Europea.

³⁶⁹ La quale ha ulteriormente ampliato le posizioni soggettive dei lavoratori subordinati; cfr. V. Speciale, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, cit., 10.

³⁷⁰ V. Speciale, op.ult.cit., 11.

³⁷¹ Cfr. art. 420 c.p.c.

³⁷² Ad eccezione del giuramento decisorio, come prevede lo stesso art. 421 c.p.c.

³⁷³ *Ex multis*, v. Cass., 4 maggio 2012, n. 6753, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 5, 558; Cass., 2 ottobre 2009, n. 21124, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 10, 1401; in dottrina v. P. Licci, *I limiti del potere istruttorio del giudice del lavoro*, in *Quaderni di Judicium*, Pacini, Pisa, 2020, 79 ss.

³⁷⁴ E. Sartor, *Il rito del lavoro tra rigidità delle preclusioni e difficoltà probatorie*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2018, 6, 610.

lavoratore pare potersi compiutamente realizzare solo adattando le regole formali e processuali alla realtà materiale degli interessi, non meramente patrimoniali, che vengono in rilievo nelle controversie in esame³⁷⁵.

La trattazione che segue sarà dunque volta a verificare se ed in che modo le tecniche di tutela in ipotesi di licenziamento illegittimo possano dirsi rispettose del principio di effettività come sopra inteso. L'attenzione verrà in particolare focalizzata su quegli aspetti del processo del lavoro che maggiormente lo caratterizzano e che, non a caso, si pongono in stretta correlazione, in senso sia positivo che negativo, con il principio di effettività della tutela del lavoratore illegittimamente licenziato. Tra questi, come si è già accennato, assume preminente rilievo il rigido sistema di preclusioni che caratterizza il rito lavoristico, il quale, a sua volta, si pone in stretta correlazione con gli incisivi poteri istruttori del giudice del lavoro nonché, con specifico riferimento alla materia dei licenziamenti, con la rilevabilità d'ufficio dei vizi di nullità del provvedimento espulsivo. Si può al riguardo sin d'ora anticipare che, se il sistema di preclusioni risponde ad esigenze di celerità soprattutto nell'accertamento del fatto e nella risposta dell'ordinamento alla richiesta di tutela, l'attribuzione di incisivi poteri all'organo giudicante si colloca al contrario nell'ottica della ricerca della verità materiale. Le due esigenze devono essere, naturalmente, oggetto di temperamento e bilanciamento³⁷⁶: se l'applicazione eccessivamente formalistica delle regole in tema di preclusioni è suscettibile di pregiudicare l'accertamento della verità, dall'altro lato l'utilizzo smodato dei poteri officiosi rischia di

³⁷⁵ V. Speciale, op.ult.cit. 5 ss. Sul tema cfr. anche I. Pagni, *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e rapidità della tutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1, 75; C. Romeo, op.cit., 845 ss., il quale, dopo aver osservato che «le questioni legate all'effettività della tutela del lavoro, tradizionalmente prospettate dalla dottrina giuslavoristica in chiave sostanzialistica, ben possono essere declinate anche in riferimento alla materia delle controversie del lavoro», specifica, tuttavia, che «l'approccio, in tal caso, deve misurarsi con una giusta dose di obiettività e non più nel segno della tutela del contraente più debole, atteso che le parti in causa non è affatto detto corrispondano: il lavoratore al ricorrente e il datore al resistente». Cfr. altresì A. Vallebona, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti nel rapporto del lavoro*, in *ADL*, 2001, 3, 789, secondo cui «l'esigenza di protezione della parte debole può realizzarsi solo nella disciplina sostanziale, mentre le regole del gioco processuale devono essere, come in effetti sono, identiche per entrambe i contraenti. L'eventuale difficoltà nell'assolvimento degli oneri di allegazione e di prova può indurre innovazioni di diritto sostanziali incidenti sulla distribuzione e sul contenuto di tali oneri, ma non può mai giustificare forzature delle regole processuali che mal si concilierebbero con l'imparzialità anche psicologica del giudice. Se il buon funzionamento e la celerità del rito del lavoro sono affidati al principio fondamentale della allegazione tempestiva ed immodificabile dei fatti ad opera delle parti, all'interprete non resta che prenderne atto per la ricostruzione del sistema, senza cedere a comprensibili ma inammissibili insofferenze per i vincoli all'accertamento della verità materiale in un processo a forte connotazione sociale relativo a diritti derivanti da norme inderogabili».

³⁷⁶ G. Balena, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Il giusto processo civile*, 2006, 1, 82.

andare a discapito della concentrazione del procedimento, nonché di pregiudicare le strategie difensive delle parti in violazione del principio del contraddittorio e di quello dispositivo di cui all'art. 115 c.p.c.³⁷⁷. Nella parte finale della trattazione i suddetti aspetti verranno analizzati anche con riferimento al rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti introdotto dall'art. 1, cc. 47 ss., l. 92/2012.

Ai fini della presente analisi deve, da ultimo, essere tenuto in particolare considerazione l'importante – e troppo spesso, nella prassi, ignorato – monito della Corte di cassazione, secondo cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale deve essere inteso quale esigenza che alla domanda di giustizia debba, per quanto possibile, essere esaminata sempre e preferibilmente nel merito; pertanto «le norme processuali, se ambigue, vanno interpretate in modo da favorire una decisione sul merito, piuttosto che esiti "abortivi" del processo», ciò in quanto «le regole processuali costituiscono solo lo strumento per garantire la giustizia della decisione, non il fine stesso del processo»³⁷⁸.

2. *Le preclusioni nel rito del lavoro*

Come il processo ordinario, anche il rito del lavoro è retto dal principio dispositivo e dalla domanda di parte³⁷⁹: l'iniziativa processuale è attribuita esclusivamente alle parti, le quali hanno il potere di determinare l'oggetto del processo mediante la prospettazione delle relative domande ed eccezioni³⁸⁰. La cognizione del giudice deve dunque limitarsi alle questioni prospettate negli atti da attore e convenuto, secondo il principio della corrispondenza tra il

³⁷⁷ M. Taruffo, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, in Carratta - Taruffo, *Poteri del giudice. Commentario del codice di procedura civile* (a cura di Chiarloni), Zanichelli, Bologna, 2011, 83 ss.

³⁷⁸ Cass., 5 giugno 2019, n. 15274, cit. .

³⁷⁹ Cfr. artt. 99 e 112 c.p.c.; in dottrina, sul principio dispositivo nel processo del lavoro, v. C. Mandrioli – A. Carratta, *Corso di diritto processuale civile – Nozioni introduttive e disposizioni generali*, I, Giappichelli, Torino, 2019, 59 ss.; G. Tarzia - L. Dittrich, *Manuale del processo del lavoro*, Giuffré, Milano, 2015, 166; P. Sandulli - A. M. Socci, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Giuffré, Milano, 2016, 182; in generale sul tema del principio dispositivo v. E. T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in Riv. Dir. proc., 1960, 551 ss.

³⁸⁰ E. Sartor, *Il rito del lavoro tra rigidità delle preclusioni e difficoltà probatorie*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2018, 6, 610.

chiesto e il pronunciato³⁸¹. L'unica – modesta - eccezione a tale principio è costituita dalla previsione contenuta nell'art. 429, c.3, c.p.c.³⁸².

Il legislatore, adottando il principio di preclusione³⁸³, ha stabilito che l'attività di allegazione dei fatti e la richiesta delle prove non possa essere effettuata durante tutto il corso del processo, ma debba essere concentrata negli atti introduttivi (e nella prima udienza, ma solo come conseguenza dello svolgimento dialettico del processo)³⁸⁴. Nel rito del lavoro, stanti le rigide preclusioni di cui agli artt. 414 e 416 c.p.c.³⁸⁵, deduzioni e produzioni intempestive – effettuate in un momento successivo al deposito del ricorso e della memoria difensiva - precludono di regola l'assolvimento dell'onere della prova, sebbene le parti possano dedurre, all'udienza di discussione, i mezzi di prova che non abbiano potuto proporre prima³⁸⁶. Il regime delle preclusioni, nonostante il fatto che la decadenza sia espressamente prevista solo per il resistente dall'art. 416, comma 3 c.p.c., riguarda pacificamente anche il ricorrente, come risulta dal combinato disposto dagli artt. 414, n. 4 e 420 c.p.c. e dal fatto che l'art. 420, commi 1 e 5, ponga

³⁸¹ P. Leanza, *Il processo del lavoro. Il giudizio di primo grado, le impugnazioni, l'esecuzione, i procedimenti speciali*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Giuffrè, Milano, 2005, 327; G. Tarzia - L. Dittrich, op.cit., 166; P. Sandulli - A. M. Socci, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Giuffrè, Milano, 2016, 182; C. Mandrioli - A. Carratta, op.cit., 60.

³⁸² A mente del quale «il giudice, quando pronuncia sentenza di condanna al pagamento di somme di denaro per crediti di lavoro, deve determinare, oltre gli interessi nella misura legale, il maggior danno eventualmente subito dal lavoratore per la diminuzione di valore del suo credito, condannando al pagamento della somma relativa con decorrenza dal giorno della maturazione del diritto».

³⁸³ G. Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1933, 1; V. Andrioli, voce *Preclusione (dir. proc. civ.)*, in *Nss. dig. it.*, XIII, Giappichelli, Torino, 1966, 567, i quali definiscono la preclusione come la «perdita o consumazione di una facoltà processuale», costituendo essa una «sanzione imposta all'inosservanza delle norme che regolano l'ordine e il tempo dell'attività delle parti». M. Taruffo, voce *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, 1997, 794 evidenzia che il concetto di preclusione si interseca con quello di decadenza, intesa nel senso di «perdita del diritto non esercitato». La decadenza viene identificata come il profilo statico rispetto a quello dinamico rappresentato dalla preclusione, considerata come impossibilità di esercitare successivamente quel diritto (per ulteriori approfondimenti sul concetto cfr. altresì E. Grasso, *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 639; G. Tesoriere, *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, Cedam, Padova, 1983, 25 ss; F. Marelli, *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*, Cedam, Padova, 1996, 11).

³⁸⁴ F. Luiso, op.ult.cit., 51 ss.

³⁸⁵ Artt. 414 e 416 c.p.c.

³⁸⁶ Art. 420, comma 5, c.p.c.; cfr. sul punto G. Tarzia - L. Dittrich, op.cit., 168, secondo cui «l'impossibilità, che spetterà alla parte dimostrare, può derivare da motivi oggettivi, che di per sé comportano il superamento delle conclusioni istruttorie, ma può anche fondarsi su cause concrete e personali della parte, che il giudice dovrà valutare caso per caso. In un processo a tempi rapidi, come questo, non v'è ragione plausibile per escludere quello strumento di garanzia dell'effettività della difesa, correttivo della rigidità delle preclusioni che è, appunto, la rimessione in termini per le attività istruttorie, qualora il presupposto indicato dalla legge per la sua operatività sia congruamente dimostrato».

le parti sullo stesso piano³⁸⁷. Tale impostazione è stata avallata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione³⁸⁸ e dalla Consulta, la quale ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità dell'art. 418 c.p.c., sollevata in relazione al profilo della disparità di trattamento del ricorrente rispetto al convenuto, proprio sul rilievo che le decadenze valessero anche per il primo³⁸⁹.

Per quanto riguarda il ricorrente, gli elementi soggetti a preclusione in virtù dell'art. 414 c.p.c., dunque da versare necessariamente nel ricorso introduttivo, sono l'oggetto della domanda, l'esposizione dei fatti costitutivi e degli elementi di diritto sui quali la domanda si fonda, l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui intende avvalersi e dei documenti che intende produrre. A differenza della tardiva allegazione dei fatti, la tardività della produzione dei documenti non può essere rilevata d'ufficio ed è comunque consentita se resa necessaria dalla domanda riconvenzionale³⁹⁰. Nella prima udienza il ricorrente può infine dedurre eventuali fatti resi necessari dalle eccezioni del convenuto, come ad esempio il fatto interruttivo della prescrizione, ove questi l'abbia eccepita³⁹¹. Con specifico riferimento alla tardiva produzione in giudizio della lettera di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, a seguito dell'eccezione di decadenza sollevata da parte della società resistente all'atto della costituzione in giudizio, la Corte di cassazione ha recentemente specificato che tale tardiva produzione è giustificata dall'evolversi della vicenda processuale successivamente al deposito del ricorso, ciò in base al principio secondo cui il rigido sistema di preclusioni trova un contemperamento nei poteri d'ufficio del giudice in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova, ove indispensabili ai fini della decisione della causa³⁹².

Quanto al convenuto, l'art. 416 c.p.c. dispone in punto preclusioni simmetricamente rispetto a quanto previsto dall'art. 414 c.p.c. per il ricorrente con riguardo ad eccezioni, allegazioni, difese, mezzi di prova e documenti, cui si aggiungono le domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio³⁹³. Le preclusioni per il convenuto operano dal

³⁸⁷ G. Tarzia - L. Dittrich, op.cit., 68.

³⁸⁸ Cass. S.U., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Dir. lav.* 1999, II, 12; Cass., 17 giugno 2004, n. 11353, in *Aran Newsletter* 2005, 28.; Cass. S.U., 20 aprile 2005, n. 8202, in *Foro it.* 2005, I, 2719.

³⁸⁹ C. Cost., 15 gennaio 1977, n. 13, in *Foro it.*, 1977, I, 259.

³⁹⁰ Cass., 9 ottobre 2019, n. 25346, in *Dir. Giust.* 2019, 10 ottobre; Cass. S.U., 20 aprile 2005, cit.; Cass., 10 marzo 1985, n. 10777, in *Foro it.*, *Rep.* 1985, voce *Lavoro e Previdenza (controversie)*, 195.

³⁹¹ C. Pisani, *Le preclusioni nel rito del lavoro*, in *www.iudicium.it*, 2012, 6.

³⁹² Cass., 9 ottobre 2019, n. 25346, cit.

³⁹³ Occorre peraltro distinguere, con riferimento al convenuto e secondo l'impostazione delle Sezioni Unite (*ex multis*, v. Cass. S.U. n. 1099 del 1998, in *Foro it.*, 1988, I, 764), tra mere difese, eccezioni in senso proprio e eccezioni in senso stretto. Le mere difese non sono mai precluse e sono rilevabili d'ufficio. Le eccezioni in senso "improprio" possono anche essere rilevate d'ufficio dal giudice, ma

momento della scadenza del termine della costituzione in giudizio, ossia dieci giorni prima dell'udienza di discussione. Il convenuto che si costituisce dopo tale termine all'udienza può partecipare attivamente al giudizio, ma solo nei limiti delle allegazioni e delle prove offerte dell'attore³⁹⁴.

Vi sono, infine, dei mezzi istruttori non soggetti a preclusioni: la consulenza tecnica, la richiesta di informazioni alle associazioni sindacali ex artt. 421, c. 2 e 425 c.p.c. ed il giuramento decisorio, utilizzabile solo dopo l'espletamento dell'attività istruttoria e sulla base degli esiti di questa attività³⁹⁵.

3. *Il problema della rigidità delle preclusioni e la ricerca della verità materiale*

Le preclusioni nel rito del lavoro sono, come si è visto, caratterizzate da particolare rigidità, imponendo ad entrambe le parti del processo di spiegare nel primo scritto difensivo di primo grado tutte le rispettive domande, eccezioni, produzioni e richieste di prova³⁹⁶, al fine di individuare compiutamente il *thema decidendum* sulla base dei soli atti introduttivi³⁹⁷, così da consentire al giudice di conoscere la causa prima dell'udienza (teoricamente unica), dunque di effettuare “con cognizione di causa” il tentativo di conciliazione, l'interrogatorio libero delle

devono essere basate su fatti introdotti dalle parti (ad es., l'eccezione di avvenuto pagamento e quella relativa all'*aliunde perceptum*); non possono essere considerate come mere difese perché presuppongono l'acquisizione al processo di una serie di fatti; ma non sono qualificabili neppure eccezioni in senso stretto. Parte della giurisprudenza le inquadra allora nelle eccezioni improprie in quanto, in presenza della tempestiva allegazione e prova dei relativi fatti fondanti, il giudice deve tenerne conto anche d'ufficio, e cioè anche se il datore di lavoro non le abbia fatte valere, omettendo di chiederne la detrazione da quanto dovuto al lavoratore (Cass. S.U. n. 1099 del 1998, cit.; Cass. n. 5655 del 2004, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 540; Cass. n. 1890 del 2001, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 1156). Vi sono infine le eccezioni in senso stretto, per le quali non basta la tempestiva allegazione del fatto, ma occorre anche l'espressa tempestiva manifestazione di volontà della parte di avvalersi dell'eccezione medesima; esse sono dunque riservate alla parte e non rilevabili d'ufficio. Tipico esempio è l'eccezione di prescrizione dei crediti di lavoro, l'eccezione di decadenza dal termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento (Cass. n. 1035 del 2001, in *Foro it. Rep.*, 1991, voce *Lavoro e Previdenza (controversie)*, 152), l'eccezione di decadenza dal termine di sei mesi per l'impugnazione della rinuncia del lavoratore ai sensi dell'art. 2113 c.c. (Cass. n. 13466 del 2004, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 827; Cass. n. 5574 del 1980, in *Mass. giur. lav.*, 1981, 178; in senso contrario v. Cass. n. 2206 del 1974, in *Foro it.*, 1975, 1, 101).

³⁹⁴ C. Pisani, op.cit., 7.

³⁹⁵ F. Luiso, op.ult.cit., 51 ss.

³⁹⁶ C. Pisani, op.cit., 6.

³⁹⁷ Cass., 3 aprile 2008, n. 13939, in *Guida dir.*, 2008, 34, 86.

parti, l'ammissione dei mezzi di prova, nonché, eventualmente, di decidere la causa già all'esito di tale udienza³⁹⁸.

La rigidità di tale sistema preclusivo conosce, peraltro, ben pochi temperamenti. Tra questi, non paiono potersi annoverare né la regola della rimessione in termini di cui all'art. 153, c. 2, c.p.c. - la quale risulta applicabile ai termini per depositare o notificare un atto processuale, ma non al differente aspetto concernente invece l'atto incompleto, ovvero le modificazioni di un atto depositato tempestivamente³⁹⁹ - né la previsione contenuta nell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 420 c.p.c., cioè in quanto la modifica delle domande, eccezioni e conclusioni contenute nel ricorso o nella memoria di costituzione, consentita alla prima udienza e solo «se ricorrono gravi motivi ... previa autorizzazione del giudice», non riguarda le allegazioni dei fatti, la cui innovazione darebbe origine non ad una semplice modifica (*emendatio libelli*), ma ad una domanda del tutto nuova (*mutatio libelli*)⁴⁰⁰. Del presente tema si discuterà più approfonditamente nel paragrafo successivo. Per ora basti considerare che, per dottrina e giurisprudenza costanti, si ha domanda nuova, con riferimento alla *causa petendi*, se viene mutato il fatto storico allegato e non semplicemente il titolo giuridico, che costituisce mera *emendatio*⁴⁰¹. Pertanto, la modifica per gravi motivi di cui alla norma in questione è sì ammessa per la prospettazione in diritto, non per le allegazioni di fatto⁴⁰². Per quanto attiene, invece, al *petitum*, si ha *mutatio* non consentita solo se cambia il *petitum* mediato, cioè il bene della vita

³⁹⁸ V. Andrioli – C. Barone – G. Pezzano – A. Proto Pisani, *Le controversie in materia di lavoro*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1986, 660 ss.; G. Tarzia - L. Dittrich, op.cit., *Manuale del processo del lavoro*, Giuffré, Milano, 1980, 98; L. Montesano – R. Vaccarella, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Jovene, Napoli, 1984, 117.

³⁹⁹ C. Pisani, op.cit., 14; in generale, sulla rimessione in termini, v. F. De Santis, *La rimessione in termini nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 1997 e R. Caponi, *La rimessione in termini nel processo civile*, Giuffré, Milano, 1996.

⁴⁰⁰ In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cass. 20 giugno 2001, n. 8423, in *Giur. it.*, 2002, 932; in dottrina, sul punto, v. A. Vallebona, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1988, 42; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, III, Giappichelli, Torino, 2019, 229; G. Tarzia, op.loc.ult.cit. ; V. Andrioli – C. Barone – G. Pezzano – A. Proto Pisani, *Le controversie in materia di lavoro*, II Foro italiano, Roma e Zanichelli, Bologna, 1986, 651

⁴⁰¹ F. Ferroni, *Mutatio ed emendatio libelli nel processo civile di rito ordinario e di rito del lavoro*, in *Giur. civ.*, 1986, II, 89; G. Tarzia, op.loc.ult.cit., 98; L. Montesano – R. Vaccarella, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Jovene, Napoli, 1984, 117; V. Andrioli – C. Barone – G. Pezzano – A. Proto Pisani, op.cit., 280;; A. Vallebona, op.ult.cit., 42; in giurisprudenza v. Cass., 14 luglio 2017, n. 17457, in *Foro it. Rep.*, 2009, voce *Procedimento civile*, 191; Cass., 28 maggio 2008, n. 13989, in *Guida al lav.*, 2008, 34, 86; Cass., 5 luglio 1986, n. 4422, in *Foro it. Rep.*, 1984, voce *Lavoro e Previdenza (controversie)*, 205; Cass., 28 aprile 1984, n. 2657, in *Foro it. Rep.*, 1984, voce *Lavoro e Previdenza (controversie)*, 206

⁴⁰² A. Vallebona, op.loc.ult.cit..

richiesto, mentre la semplice modifica del provvedimento richiesto, e cioè il *petitum* immediato, costituisce mera *emendatio*⁴⁰³.

Gli unici effettivi strumenti di temperamento alle rigidità delle preclusioni sono previsti essenzialmente in relazione alle prove e consistono nei poteri officiosi attribuiti al giudice dagli artt. 420, c. 5 e 421, c. 2, c.p.c., in primo grado, e dall'art. 437 in appello (cui deve aggiungersi la questione – ormai risolta positivamente dalla giurisprudenza - relativa alla deducibilità, rispetto al contesto temporale dedotto sotto il profilo cronologico nel giudizio, di quanto si verifichi, in merito alle medesime circostanze di fatto, in data successiva al deposito del ricorso⁴⁰⁴).

Dei poteri officiosi di cui all'art. 421, c. 2, c.p.c. si tratterà nel paragrafo seguente. Quanto alle prove tardive, tendenti a dimostrare un fatto comunque già tempestivamente allegato, l'art. 420, c. 5, c.p.c. dispone che il giudice può, alla prima udienza, ammettere i mezzi di prova che le parti non abbiano potuto proporre prima, «se ritiene che siano rilevanti»⁴⁰⁵. Il potere del giudice di derogare alle preclusioni passa attraverso il criterio dell'«impossibilità», le cui ragioni fondanti non sono necessariamente obiettive, ma eventualmente anche soggettive⁴⁰⁶; possono anche riguardare le prove che si siano rese necessarie per lo sviluppo e le esigenze del contraddittorio⁴⁰⁷.

Nel giudizio di appello, inoltre, in base all'art. 437 c.p.c., non sono ammessi nuovi mezzi di prova, tranne il giuramento estimatorio e decisorio, salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili⁴⁰⁸ ai fini della decisione della causa e, nel caso del reclamo *ex art. 1, cc.*

⁴⁰³ F. Ferroni, *Mutatio ed emendatio libelli nel processo civile di rito ordinario e di rito del lavoro*, in *Giur. civ.*, 1986, II, 90; V. Andrioli – C. Barone – G. Pezzano – A. Proto Pisani, op.cit., 651; in giurisprudenza v. Cass. S.U., 13 settembre 2018, n. 22404, in *Guida dir.* 2019, 1, 75; Cass. S.U., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Ilprocessocivile.it*, 18.10.2016, con nota di Tedesco; da ultimo v. Cass., 7 settembre 2020, n. 18546, in *Guida dir.* 2020, 38, 35

⁴⁰⁴ Cass. n. 3807 del 1982, in *Foro it. Rep.* 1982, voce *Lavoro e Previdenza (controversie)*, 239. In dottrina, V. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, Giuffrè, Milano, 1971, 65; B. Caruso, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, in *RGL* 1982, I, 196.

⁴⁰⁵ C. Pisani, op.cit., 26.

⁴⁰⁶ G. Tarzia, op.ult.cit.op.cit., 108.

⁴⁰⁷ E. Fazzalari, *Appunti sul rito del lavoro*, in *Giur. it.*, 1974, 5; Cass. n. 1509 del 1995, in *Giur. it.* 1996, I, 1, 132.

⁴⁰⁸ Sul requisito dell'indispensabilità della prova cfr. A. Tedoldi, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Cedam, Padova, 2000, 188 ss.; G. Verde - G. Olivieri, voce *Processo del lavoro e della previdenza*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, 198 ss. L'espressione è interpretata dalla maggioranza degli interpreti nel senso che il giudice di merito dovrà valutare in modo discrezionale l'indispensabilità del mezzo. In giurisprudenza cfr. Cass. n. 10640 del 2000, in *Foro it.*, 2001, 1, 127 ss.

51 ss. l. 92/2012, che la parte dimostri di non averli potuti produrre in primo grado per causa a lei non imputabile.

Le posizioni dottrinali sulla nozione di indispensabilità della prova, che può legittimare il giudice (o il collegio) a disporre l'assunzione d'ufficio anche in appello, sono le più varie⁴⁰⁹. Nella giurisprudenza di legittimità si è tentato di individuare alcuni criteri per l'esercizio di tale potere da parte del giudice di merito, affermandosi che il giudizio di indispensabilità implica la valutazione della prova a dissipare un perdurante stato di incertezza su fatti controversi⁴¹⁰, oppure presuppone che le risultanze di causa offrano già significativi dati di indagine, in quanto la prova disposta in appello è solo un approfondimento, ovviamente ritenuto indispensabile ai fini della decisione, di elementi probatori già obiettivamente presenti nella realtà del processo⁴¹¹. Non sono mancate pronunce che, invece, hanno ritenuto insuperabile la decadenza della prova formalmente dichiarata in primo grado «atteso che la natura della decadenza legale è inconciliabile con il concetto di revocabilità, soprattutto nel processo del lavoro»⁴¹².

Fatta eccezione per le suddette particolari ipotesi (le quali, come si è visto, riguardano unicamente le prove), il ricorso e la memoria difensiva costituiscono, dunque, una barriera preclusiva che risulta, per il resto, di fatto insuperabile⁴¹³, dal momento che – salvo casi assolutamente eccezionali - non è ammessa l'allegazione tardiva di fatti, né l'introduzione o la modifica di domande ed eccezioni⁴¹⁴.

La *ratio* di tale schema processuale, detto a preclusioni rigide, è basata sul temperamento tra l'esigenza di celerità del processo e la ricerca della verità materiale⁴¹⁵. La necessità di garantire effettività alla tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori⁴¹⁶ ha portato infatti il legislatore a predisporre, sul piano processuale, un rito particolarmente celere, in cui la causa

⁴⁰⁹ Cfr. la rassegna di G. Dondi e A. Miscione, *La produzione di nuovi documenti in appello*, in *ADL*, 2/2006, 675.

⁴¹⁰ Cass., 20 giugno 2005, n. 14133, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 1014, n. 32.

⁴¹¹ Cass., 10 gennaio 2005, n. 278, in *Mass. giur. lav.*, 2005, n. 23.

⁴¹² Cass., 6 agosto 2003, n. 11873, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 963, n. 56.

⁴¹³ A. Vallebona, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 2, 1 ss.

⁴¹⁴ C. Pisani, *op.cit.*, 8.

⁴¹⁵ A. Vallebona, *op.loc.ult.cit.*, secondo cui «l'aspirazione ad una decisione fondata sulla verità materiale indurrebbe a non porre limiti alla introduzione dei fatti e alla attività istruttoria. Ma l'aspirazione alla celerità del processo esige preclusioni, che accrescono le probabilità di una decisione fondata sulla regola formale dell'onere di allegazione e prova. Ricerca della verità materiale e ragionevole durata del processo richiedono, dunque, un temperamento (...)».

⁴¹⁶ V. Speciale, *op.ult.cit.*, 5 ss., secondo il quale per effettività si intende l'idoneità del diritto ad essere concretamente applicato tramite strumenti giuridici che garantiscano la concreta realizzazione del comando contenuto nella norma.

possa delinearli nei suoi aspetti essenziali fin da subito⁴¹⁷, in modo tale da assicurare una risposta rapida da parte della giustizia nell'ambito dei rapporti tra datori e lavoratori⁴¹⁸.

La rigidità delle preclusioni non pare, per la verità, aver assolto l'obiettivo che, per il suo tramite, il legislatore intendeva realizzare: il valore della "concentrazione" processuale, cui la l. 533/1973 intendeva aspirare, pare infatti attualmente compromesso, anche a causa dell'ingente carico pendente presso ciascun ruolo e delle tempistiche, del tutto disomogenee, di gestione dello stesso nelle varie realtà giudiziarie del territorio nazionale⁴¹⁹.

Con specifico riferimento alla tematica di nostro interesse, inoltre, la rigidità delle preclusioni rischia di pregiudicare l'accertamento della verità sostanziale del rapporto controverso⁴²⁰, dunque l'effettività stessa della tutela del lavoratore illegittimamente licenziato, intrappolando la lite in una "camicia di forza" di preclusioni allegatorie e probatorie, tale per cui la controversia rischia di apparire già segnata in anticipo e, potenzialmente, nel suo esito irreversibile⁴²¹. La rigidità che connota il sistema preclusivo in primo e secondo grado è, peraltro, resa ancora più stringente, come vedremo a breve, dalla severa interpretazione giurisprudenziale dei limiti alle modifiche delle domande nelle impugnative dei licenziamenti, dall'impossibilità di sottoporre al giudice profili di illegittimità del recesso datoriale diversi da

⁴¹⁷ G. Amoroso - V. Di Cerbo - R. Foglia - A. Maresca, *Diritto del lavoro. Il processo*, Giuffrè, Milano, 2016, IV, 168.

⁴¹⁸ Da ultimo, in argomento, cfr. E. Sartor, op.cit., 612.

⁴¹⁹ Sulla crisi della celerità del processo lavoristico cfr. P. Sandulli - A. M. Soggi, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Giuffrè, Milano, 2016, 192; P. Leanza, *Il processo del lavoro. Il giudizio di primo grado, le impugnazioni, l'esecuzione, i procedimenti speciali*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Giuffrè, Milano, 2005, 330; C. Romeo, op.cit., 855.

⁴²⁰ G. Balena, op.cit., 79 ss.

⁴²¹ A. Vallebona, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, in *ADL*, 2001, 788; in senso ancor più critico v. P. Sandulli - A. M. Soggi, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Giuffrè, Milano, 2016, 191 ss. Secondo gli Autori, in base al c.d. principio di eventualità, cui si ispirano gli artt. 414 e 416 c.p.c., è richiesto al ricorrente un «*super lavoro*, di natura parzialmente divinatoria» in quanto egli deve allegare tutti i fatti diretti ed indiretti che, a suo giudizio unilaterale, appaiono idonei a chiarire la fattispecie e a dimostrare la sussistenza del diritto azionato. Tuttavia, solo la dialettica del contraddittorio permette al giudice e alle parti di definire con certezza il *thema decidendum* e *probandum*. Gli stessi suggeriscono dunque di modificare la fase introduttiva del rito del lavoro, «che può benissimo formarsi come quella introdotta per il rito civile dagli artt. 183 e 184 c.p.c., con gli opportuni adattamenti per rendere snella e non ridondante ed inutile la fase introduttiva». Sul principio di eventualità, cfr. altresì D. Dalfino (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Laterza, Bari, 2011, 12 ss. con rinvii a A. Segni, *Il principio di eventualità e la riforma del processo civile*, in *Scritti giuridici*, I, Giappichelli, Torino, 1965, 338 e F. Luiso, *Principio di eventualità e principio della trattazione orale della causa*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, Giuffrè, Milano, 1993, 205 ss.

quelli tempestivamente dedotti e dal divieto per il giudice di rilevare d'ufficio i suddetti vizi di nullità.

4. *I poteri officiosi del giudice come (possibile) strumento di temperamento alla rigidità delle preclusioni*

Si è visto, nel paragrafo introduttivo, che mentre il sistema di preclusioni sopra descritto risponde ad esigenze di celerità nell'accertamento del fatto e nella risposta dell'ordinamento alla domanda di tutela, l'attribuzione di incisivi poteri all'organo giudicante si colloca, al contrario, nell'ottica della ricerca della verità materiale, e che le due esigenze devono essere oggetto di bilanciamento. Nel paragrafo che precede abbiamo, poi, osservato che un primo e importante strumento di contemperamento tra celerità del processo e ricerca della verità materiale trova luogo nella disciplina delle prove tardive, tendenti a dimostrare un fatto comunque già tempestivamente allegato, secondo quanto dispongono l'art. 420, c. 5, c.p.c., in primo grado e l'art. 437 c.p.c. in appello.

Il potere più incisivo in materia, nonché di maggior interesse per la tematica qui in discussione, è, tuttavia, senza dubbio quello attribuito al giudice dall'art. 421, c. 2, c.p.c.⁴²² essendo esercitabile in qualsiasi momento anche senza la sollecitazione della parte⁴²³ ed estendendosi ad ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile⁴²⁴, con l'unica eccezione del giuramento decisorio. Si è al riguardo evidenziato che, nonostante l'onere probatorio, come quello di allegazione, sia soggetto al sistema delle preclusioni processuali, il rito lavoristico si caratterizza proprio per i peculiari poteri istruttori esercitabili d'ufficio dal giudice ai sensi dell'art. 421 c.p.c.⁴²⁵, al punto di essere qualificato come un giudizio semidispositivo (o

⁴²² A mente del quale il giudice può disporre d'ufficio l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche al di fuori dei limiti del codice civile, ad eccezione del giuramento decisorio.

⁴²³ Secondo Cass., 12 marzo 2009, n. 6023, in *Foro it. Rep.* 2009, voce *Lavoro e Previdenza (controversie)*, 88, il mancato esercizio da parte del giudice dei poteri officiosi ex art. 421 c.p.c., non è censurabile in Cassazione ove la parte non abbia investito lo stesso giudice una specifica richiesta in tal senso indicando anche i mezzi istruttori.

⁴²⁴ Cfr. Cass., 21 maggio 2002, n. 7465, in *Mass.*, 2002, in relazione all'ammissione della prova testimoniale della simulazione al di fuori dei limiti di cui all'art. 1417 c.c., nonché Cass., 11 maggio 2009, n. 17614, in *Foro it. Rep.* 2009, voce *Lavoro e Previdenza (controversie)*, 84, che evidenzia che questo potere non si riferisce ai requisiti di forma previsti dal codice per alcuni tipi di contratto, sia *ad substantiam che ad probationem*. Per approfondimenti v. L. Montesano, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 189.

⁴²⁵ G. Trisorio Liuzzi, *La riforma del c.p.c. - Art. 421 e 429*, in *Nuove leggi civ.*, 2010, 1036; S. Gentile, *I poteri istruttori del giudice del lavoro*, in *Giur. mer.*, 2009, suppl. Vol. XLI, 102; G. Massetani, *Prove indispensabili e prove necessarie. I poteri del giudice*, in *Foro it.*, 2009, I, 2093; P. Lambertucci,

parzialmente acquisitivo)⁴²⁶, ciò in quanto, fermo il limite inderogabile delle circostanze allegiate dalle parti, il giudice può disporre nuovi mezzi di prova per accertare quanto dedotto negli atti, fermo l'onere di adeguata motivazione in ordine all'esercizio dei suddetti poteri⁴²⁷. È solo il mezzo di prova, e non l'oggetto della prova, che può essere ammesso anche a fronte delle maturate preclusioni e/o decadenze processuali⁴²⁸. In altri termini, le allegazioni delle circostanze di fatto costitutive delle domande delle parti rappresentano il limite invalicabile dei poteri officiosi del giudice, che non può, quindi, indicare nuovi elementi rilevanti per la soluzione della controversia né ricercarne autonomamente la prova⁴²⁹.

Poteri istruttori del giudice nel rito del lavoro, in *Giust. civ.*, 1990, 554; G. Vidiri, *I poteri istruttori del giudice del lavoro nel processo civile rinnovato*, in *Giust. civ.*, 2010, 3, 147, secondo cui il riconoscimento al giudice del lavoro di incisivi poteri istruttori trova la sua *ratio* nella natura dei diritti spettanti al lavoratore, meritevoli di una tutela differenziata sul piano processuale in ragione della loro natura e del loro rilievo socio-economico; C. Vellani, *La collaborazione tra il giudice e le parti nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 4, 979 ss.

⁴²⁶ F. Luiso, *Il processo del lavoro*, Utet, Torino, 1992, 191; G. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1999, 107; P. Sandulli - A. M. Socci, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Giuffrè, Milano, 2016, 280. Nel modello dispositivo, invece, l'onere di allegazione e l'onere probatorio sono completamente rimessi all'iniziativa delle parti, senza che sia ammissibile qualsiasi tipo di intervento sussidiario del giudice *iudex secundum alligata et probata partium decidere debet*).

⁴²⁷ Secondo Cass., S.U. n. 11353/2004, in *Foro it.*, 2005, 1135, l'esercizio o il mancato esercizio dei poteri di cui all'art. 421 c.p.c. non costituisce una scelta meramente discrezionale del giudice, bensì un potere-dovere, che può essere sottoposto al sindacato di legittimità come vizio di motivazione (art. 360, n. 5, c.p.c.), qualora la sentenza di merito non adduca un'adeguata spiegazione delle ragioni per le quali il giudice abbia reputato di fare o meno ricorso all'uso dei poteri istruttori relativi a un punto della controversia che, se esaurientemente istruito, avrebbe potuto condurre ad una diversa decisione. Secondo la giurisprudenza successiva, tuttavia, il mancato esercizio da parte del giudice dei poteri officiosi ex art. 421 c.p.c. non è censurabile in Cassazione ove la parte non abbia avanzato una specifica richiesta in tal senso, indicando anche i relativi mezzi istruttori: in questi termini cfr. Cass., 15 maggio 2014, n. 10662, in *Guida dir.*, 2014, 28, 69; in dottrina v. L. De Angelis, *La prova nel processo del lavoro e la Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 3, 334 ss.

⁴²⁸ E. Sartor, op.cit., 622.

⁴²⁹ G. Tarzia - L. Dittrich, *Manuale del processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2015, 171; P. Sandulli - A. M. Socci, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Giuffrè, Milano, 2016, 201. In giurisprudenza, per tutte, Cass., S.U., 17 giugno 2004, n. 11353, in *Foro it.*, 2005, I, 1135, che evidenzia che « nel rito del lavoro sussiste una "necessaria circolarità" tra oneri di allegazione, oneri di contestazione ed oneri di prova dalla quale discende l'impossibilità di contestare o richiedere prove - oltre i termini preclusivi stabiliti dal codice di rito - su fatti non allegati nonché su circostanze che, pur configurandosi come presupposti o elementi condizionanti il diritto azionato, non siano stati esplicitati in modo espresso e specifico nel ricorso introduttivo del giudizio. L'ampliamento dei poteri del giudice in sede istruttoria non incide sulla determinazione dell'oggetto della domanda, che resta demandata all'esclusiva attività delle parti. Sicché l'iniziativa probatoria officiosa deve essere svolta nell'ambito dei soli fatti ritualmente dedotti dalle parti e sulla base del materiale di causa legittimamente acquisito. Pertanto, è censurabile in sede di legittimità per violazione di legge la sentenza resa a fronte dell'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio sulla base del sapere privato del giudice o, in generale, con riferimento a fatti non allegati in modo rituale».

Per questo motivo, tecnicamente parlando, i poteri istruttori del giudice del lavoro costituiscono, più che un temperamento al rigido sistema delle preclusioni allegatorie previste dagli artt. 414 e 416 c.p.c., un correttivo alle preclusioni istruttorie, funzionale al bilanciamento del principio dispositivo⁴³⁰ con quello della ricerca della verità materiale⁴³¹. Peraltro, in virtù di quanto poc'anzi osservato, si può parlare di temperamento e non di deroga, non potendo il giudice supplire alla totale mancanza di deduzioni probatorie⁴³². Di conseguenza, non si pone propriamente alcuna questione di preclusione o decadenza processuale a carico delle parti, in quanto la nuova prova disposta d'ufficio può costituire solo un approfondimento di elementi probatori già presenti nella realtà processuale⁴³³, dovendo riguardare fonti di prova relative ai fatti emergenti dagli atti del giudizio, ossia già allegati dalle parti⁴³⁴; il giudice, inoltre, può venire a sapere dell'esistenza della fonte di prova solo dagli atti ritualmente acquisiti in causa⁴³⁵.

⁴³⁰ Inteso qui, per il vero, in un senso molto ampio. Per un dibattito sul punto v. J. Picó i Junoy, *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 1497 ss. e A. Panzarola, *Iudex secundum allegata et probata (partium) iudicare debet: a proposito di un antico brocardo e di una recente interpretazione*, in *Historia et ius*, 2019, 1-27.

⁴³¹ Cass., 1 agosto 2013, n. 18410, in *Guida dir.*, 2013, 36, 101, secondo cui «nel rito del lavoro il principio dispositivo è contemperato - atteso il riconoscimento dei poteri officiosi del giudice ex artt. 421 e 437 c.p.c., intesi alla luce del principio del giusto processo e dell'art. 6 della CEDU - con le esigenze della ricerca della verità materiale al fine di assicurare ai diritti che con esso vengono azionati una tutela differenziata in ragione della loro natura»; v. altresì Cass., 15 gennaio 1998, n. 310, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2259: «nel rito del lavoro, dove, per la peculiare natura dei rapporti controversi il principio dispositivo va contemperato con quello della ricerca della verità materiale mediante una rilevante ed efficace azione del giudice nel processo, quando le risultanze di causa offrono significativi dati di indagine, non può farsi meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova ma occorre che il giudice, ove reputi insufficienti le prove già acquisite, eserciti il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale, senza che a ciò sia d'ostacolo il verificarsi di preclusioni o decadenze in danno delle parti»; nello stesso senso Cass., 10 dicembre 2008, n.29006, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 12, 1762; Cass., 24 ottobre 2007, n. 22305, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 10.

⁴³² P. Sandulli - A. M. Socci, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Giuffrè, Milano, 2016, 285-286; G. Amoroso - V. Di Cerbo - R. Foglia - A. Maresca, op.cit., 372. In questo senso cfr., *ex multis*, Cass. n. 17178/2006, in *Not. giur. lav.*, 2006, 823, secondo cui per l'ammissione *ex officio*, da parte del giudice del lavoro, di mezzi istruttori preclusi alle parti, è necessario che essi siano indispensabili ai fini della decisione della causa, si riferiscano a fatti allegati dalle parti ed emersi nel processo a seguito del contraddittorio delle parti stesse e, infine, che siano stati già ritualmente acquisiti altri mezzi istruttori che siano meritevoli dell'integrazione affidata alle prove officiose. Si precisa che un ulteriore limite all'esercizio dei poteri officiosi del giudice del lavoro è dato dal rispetto del contraddittorio tra le parti: il giudice non può ordinare l'ammissione di prove prima dell'udienza, ossia prima di aver sentito le parti, né può disporre prove senza che le parti siano messe nelle condizioni di contrapporvi nuove deduzioni probatorie.

⁴³³ G. Tarzia - L. Dittrich, op.ult.cit., 373.

⁴³⁴ L. De Angelis, *La prova nel processo del lavoro e la Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 3, 317; in giurisprudenza tra tante cfr. Cass., 6 luglio 2000, n. 9034, in *RGL*, 2001, II,337 con nota di A. Mazziotti, *Potere-dovere istruttorio del giudice nel rito del lavoro*.

⁴³⁵ F. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., 51 ss.

Questi poteri istruttori, pur non escludendo in astratto l'operatività della regola dell'onere della prova⁴³⁶, possono in concreto temperarne l'applicazione, aumentando la possibilità dell'accertamento della verità dei fatti⁴³⁷. Al riguardo, le Sezioni Unite hanno da tempo affermato che il potere officioso è un potere-dovere che va esercitato al fine di evitare, ove possibile, l'applicazione "meccanica" della regola finale di giudizio dell'onere della prova; hanno, tuttavia, precisato che il potere officioso non può riguardare i fatti pacifici, sottratti, come tali, all'istruttoria di parte e d'ufficio, così come non può esplicitarsi mediante una prova atipica o non voluta dalle parti, né per sminuire una prova già espletata⁴³⁸.

Uno degli interrogativi più delicati che solleva la norma in questione è se il potere officioso possa riguardare una prova da cui le parti siano decadute. Il problema concerne soprattutto la prova documentale: come è stato correttamente osservato, non essendo ammissibile l'introduzione di fatti non tempestivamente allegati, neppure *ex art. 421 o 437 c.p.c.*, per la prova testimoniale il problema si riduce solo alla possibilità di escutere un teste non tempestivamente indicato nel primo atto⁴³⁹. La questione è stata risolta in senso positivo dalle Sezioni Unite, seppur con alcune precisazioni e critiche⁴⁴⁰. La prima puntualizzazione riguarda il fatto che l'applicazione della norma deve avvenire con la prudenza che la rende compatibile con l'imparzialità del giudice⁴⁴¹, ciò in quanto, ogni volta che il giudice ammette le prove dalle quali le parti sono decadute, finisce per surrogare le deficienze di iniziativa delle parti medesime⁴⁴². La Cassazione, con una pronuncia successiva alle Sezioni Unite appena citate, ha al riguardo affermato che i poteri istruttori officiosi di cui all'art. 421 c.p.c. «non possono sopperire alle carenze probatorie delle parti, così da porre il giudice in funzione sostitutiva degli

⁴³⁶ G. Verde, *La disciplina delle prove nei processi del lavoro e del pubblico impiego*, in *Riv. dir. proc.* 1986, 72.

⁴³⁷ A. Proto Pisani, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Studi di diritto processuale del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1976, 120-121; L. Comoglio, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, vol. 19, Giappichelli, Torino, 1985, 219-221; S. Patti, *Prove*, in Scialoja e Branca (a cura di), *Commentario al codice civile*, II Foro italiano, Roma e Zanichelli, Bologna, 1987, 143.

⁴³⁸ Cfr. ancora Cass. S.U., 17 giugno 2004, n. 11353, cit., con nota critica di M. Fabiani, in *Foro it.*, 2005, I, 1142 e Cass. S.U., 20 aprile 2005, n. 8202, cit.

⁴³⁹ C. Pisani, *op.cit.*, 28.

⁴⁴⁰ V. ancora Cass. S.U., 17 giugno 2004, n. 11353, cit.,

⁴⁴¹ C. Mandrioli – A. Carratta, *Diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2019, II, 234; L. Montesano, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 189.

⁴⁴² G. Verde, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 250; A. Vallebona, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, cit., 44; Cass., 7 maggio 1080, n. 2231, in *Mass.* 1980; Cass., 16 febbraio 1985, n. 1583, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1646.

oneri delle parti medesime»⁴⁴³. Pertanto, il giudice non può utilizzare i suoi poteri istruttori per sopperire alla totale e ingiustificata inerzia della parte ormai decaduta⁴⁴⁴, bensì solo per risolvere un dubbio residuo dopo l'istruttoria sollecitata dalla parte e non per capovolgerne l'esito⁴⁴⁵. Le conclusioni cui sono giunte le Sezioni Unite paiono peraltro in linea con quanto a suo tempo affermato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 69 del 2003⁴⁴⁶, laddove, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità ivi sollevata, aveva statuito, seppur con riferimento al procedimento in composizione monocratica di cui agli artt. 281 *bis* ss. c.p.c., che i poteri istruttori officiosi di cui all'art. 281 *ter* c.p.c.⁴⁴⁷ si risolvono pur sempre in una eccezione al principio della disponibilità delle prove, in un processo governato dal principio di preclusione, e che deve conseguentemente escludersi che il giudice possa esercitare quel potere oltre i limiti della fase istruttoria, dopo che le preclusioni istruttorie sono maturate a carico delle parti⁴⁴⁸.

⁴⁴³ Cass., 22 luglio 2009, n. 17102, in *Foro it. Rep.* 2009, voce *Lavoro e Previdenza (controversie)*, 85; in quel caso vi era stata la mancata specifica richiesta nel ricorso dell'esperienza probatoria in ordine ai fatti e accadimenti pur dedotti come indici della subordinazione e, correlativamente, della formulazione in capitoli separati e dei testi da escutere su di essi.

⁴⁴⁴ Cfr. L. Montesano, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 189; L. Montesano – R. Vaccarella, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Jovene, Napoli, 1984, 134; G. Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1975, 152; in giurisprudenza v. Cass., 19 maggio 1981, n. 4896, in *Riv. it. dir. lav.* 1982, 587, secondo cui il potere di disporre d'ufficio dei mezzi di prova non può sopravvivere alle decadenze in cui sia incorsa la parte, ove non sussistano "gravi motivi"; Cass., 5 maggio 1983, n. 6658, in *Foro it. Rep.*, 1983, voce *Lavoro e Previdenza (controversie)*, 298; Cass., 6 febbraio 1983, n. 1489, in *Foro it. Rep.*, 1983, voce *Lavoro e Previdenza (controversie)*, 261; Cass., 6 aprile 1981, n. 4896, in *Foro it.*, 1982, I, 448

⁴⁴⁵ A. Vallebona, *Il trionfo del processo del lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2009, 566.

⁴⁴⁶ C. Cost., 14 marzo 2003, n. 69, in *Giur. it.* 2003, 1330, con nota di S. Chiarloni.

⁴⁴⁷ A mente del quale «Il giudice può disporre d'ufficio la prova testimoniale formulandone i capitoli, quando le parti nella esposizione dei fatti si sono riferite a persone che appaiono in grado di conoscere la verità».

⁴⁴⁸ Come rilevato da G. Finocchiaro, *Commento a C. cost. 14 marzo 2003*, n. 69, in *Giust. civ.* 2003, I, 865, tale opinione era già stata espressa da una parte della dottrina: E. Grasso, *L'istituzione del giudice unico di primo grado. Prime osservazioni sulle disposizioni relative al processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 651; M. Tarzia, *L'istituzione del giudice unico di primo grado e il processo civile*, *ivi*, 2000, 633; A. Carratta, *Poteri istruttori del tribunale in composizione monocratica*, in *Giur. it.*, 2000, IV, 662. *Contra*, nel senso che il potere pubblicistico del giudice non soggiace alle preclusioni istruttorie: Lazzaro-Guerrieri-D'Avino, *Il giudice unico nelle mutate regole del processo civile e nella nuova geografia giudiziaria*, Giuffrè, Milano, 1998, 131; C. Consolo, *L'avvento del giudice unico fra riorganizzazione e timidezze*, in *Corriere giur.*, 1998, 256; A. Didone, *Processo di cognizione e giudice unico*, Giuffrè, Milano, 1999, 158-159; B. Cavallone, *Un tardo prodotto dell'Art déco*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 99; L. P. Comoglio, *La transizione dal giudice unico in tribunale al giudice unico di primo grado*, in *Le riforme della giustizia civile*, 2^a ed., a cura di M. Taruffo, Giappichelli, Torino, 2000, 55-56; E. Fabiani, *Sul potere del giudice monocratico di disporre d'ufficio la prova testimoniale ai sensi dell'art. 281-ter c.p.c.*, in *Foro it.*, 2000, I, 2102.

Alcuni studiosi si sono mostrati critici sul punto, affermando che «ogni ammissione di prova d'ufficio costituisce un *vulnus* alla regola dell'onere della prova, il che si ripercuote sul principio di disponibilità della tutela giurisdizionale a domanda di parte e attribuisce al giudice un ruolo che contrasta con la sua imparzialità»⁴⁴⁹. La dottrina maggioritaria, conformemente ai giudici di legittimità, sostiene tuttavia che, pur in presenza di già verificatesi decadenze o preclusioni ed anche in mancanza di istanza di parte, il giudice abbia il potere-dovere di esercitare i poteri di cui agli artt. 421 e 437 c.p.c.⁴⁵⁰. Merita, inoltre, di essere segnalato un isolato – ma interessante - orientamento giurisprudenziale, secondo cui non decade dalla prova la parte che abbia omissso di dedurre il mezzo di prova su di una circostanza che, al momento del deposito dell'atto, fosse da ritenere superflua sulla base di una ragionevole presunzione di non contestazione del fatto⁴⁵¹.

Più recentemente, le Sezioni Unite hanno riaperto il dibattito, affermando che il giudice, pur tenuto ad una esaustiva motivazione sul punto, deve disporre d'ufficio l'ammissione di nuovi mezzi di prova, anche quando si siano verificate delle decadenze o delle preclusioni, ove ciò risulti indispensabile ai fini della ricerca della verità, e ciò pur in mancanza di una espressa richiesta delle parti⁴⁵², al riguardo richiamando quanto già evidenziato nel 2005, ossia che «è caratteristica precipua del detto rito speciale il contemperamento del principio dispositivo con le esigenze della ricerca della verità materiale, di guisa che, allorquando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, il giudice ove reputi insufficienti le prove già acquisite, non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, ma ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori

⁴⁴⁹ V. ancora v. J. Picó i Junoy, *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, cit., 1497 ss. e A. Panzarola, *Iudex secundum allegata et probata (partium) iudicare debet: a proposito di un antico brocardo e di una recente interpretazione*, cit., 1 ss.; in generale sul tema cfr. C. Mandrioli – A. Carratta, *Corso di diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, III, 2019, 236; G. Monteleone, *Limiti alla prova d'ufficio nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 866.

⁴⁵⁰ V. Andrioli – C. Barone – G. Pezzano – A. Proto Pisani, op.cit., 313; A. Proto Pisani, *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, in *Noviss. dig. it., Appendice*, IV, Giappichelli, Torino, 1983, 651; E. Fazzalari, *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 594; G. Verde, op.ult.cit., 251; B. Caruso, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, in *RGL* 1982, I, 209; Cass. n. 5123 del 1984, in *Giur. civ.*, 1985, I, 783; Cass. n. 860 del 1985, in *Foro it. Rep.*, 1985, 259; Cass. n. 2167 del 2008, in *Informazione prev.* 2008, 1020.

⁴⁵¹ Cass., 30 agosto 2005, n. 17513, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 387, n. 9.

⁴⁵² Cass., 6 ottobre 2016, n. 20055, in *Redazione Giuffrè* 2016.

sollecitati da tale materiale ed idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione»⁴⁵³.

La stessa Corte di cassazione ha, per la verità, parzialmente stemperato tale orientamento, evidenziando che, fermo il principio che la norma speciale configura «un potere-dovere del cui esercizio o mancato esercizio il giudice è tenuto a dar conto, tuttavia, per idoneamente censurare in sede di ricorso per cassazione l'inesistenza o la lacunosità della motivazione sul punto della mancata attivazione di tali poteri, occorre dimostrare di averne sollecitato l'esercizio, in quanto diversamente si introdurrebbe per la prima volta in sede di legittimità un tema del contendere totalmente nuovo rispetto a quelli già dibattuti nelle precedenti fasi di merito»⁴⁵⁴.

La giurisprudenza recente pare, per la verità, orientata verso un utilizzo “depotenziato” dell'art. 421 c.p.c., essenzialmente in funzione agevolatoria di verifiche istruttorie che sarebbero comunque consentite⁴⁵⁵. La giurisprudenza della Cassazione è così passata da un orientamento più risalente, in cui interpretava tali poteri in modo molto estensivo, tanto da consentire al giudice di superare anche gli effetti di una ingiustificata decadenza della parte dalla prova⁴⁵⁶, nell'ottica della valorizzazione della ricerca della verità materiale, ad un orientamento più restrittivo in cui si tende, invece, a condizionare l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio alla insussistenza di colpevole inerzia della parte interessata o alla sua decadenza per la tardiva costituzione in giudizio⁴⁵⁷, evidenziandosi a più riprese che i poteri istruttori officiosi di cui all'art. 421 c.p.c., «non possono sopperire alle carenze probatorie delle parti, così da porre

⁴⁵³ Cass. S.U., 17 giugno 2004, n. 11353, cit..

⁴⁵⁴ Cass., 31 luglio 2014, n. 17470, in *DeJure*; R. Bolognesi, *Il prudente esercizio dei poteri istruttori officiosi da parte del giudice del lavoro*, in *www.judicium.it*, 2014.

⁴⁵⁵ S. Gentile, *L'accertamento del fatto nel processo del lavoro tra effettività e deflazione*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2018, 12, 1113 ss., il quale evidenzia che, nei repertori, si rinvenivano casi concernenti: il CCNL applicabile (che è una fonte normativa di generale conoscibilità, ancorché negoziale; cfr. Cass., 14 marzo 2017, n. 6610, in *DeJure*), il requisito dimensionale ai fini della tutela reale (al riscontro del quale può pervenirsi in vario modo: non contestazione, presunzioni; cfr. Cass., 23 maggio 2017, n. 12907, cit.), la consulenza medico-legale (sempre nella disponibilità del giudice che ne ravvisi la necessità; cfr. Cass., 5 giugno 2017, n. 14197, in *Giust.civ.mass.*), la riformulazione *ex novo* delle prove testimoniali (al fine di regolarizzarne i capitoli in conformità all'art. 244 c.p.c., risultato cui il giudice può pervenire *ex se* mediante un'ordinanza selettiva; cfr. Cass., 5 ottobre 2016, n. 19915, cit.).

⁴⁵⁶ Cass. n. 5123 del 1984, in *Giur. civ.*, 1985, I; Cass. n. 860 del 1985, in *Foro it. Rep.*, 1985; Cass. n. 2167 del 2008, in *Informazione prev.* 2008; Cass. n. 29006 del 2008; Cass. n. 2379 del 2007, in *DeJure*. In dottrina, cfr. V. Andrioli – C. Barone – G. Pezzano – A. Proto Pisani, op.cit., 663; E. Fazzalari, *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 594; G. Verde, op.loc.ult.cit.; B. Caruso, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, in *RGL* 1982, I, 209.

⁴⁵⁷ C. Pisani, *Il c.d. rito Fornero: preclusioni e decadenze*, in *Guida al Lavoro* n. 25/2014, 12.

il giudice in funzione sostitutiva degli oneri delle parti medesime»⁴⁵⁸. Anche in dottrina si è sostenuto che l'applicazione della norma da parte del giudice non deve pregiudicare l'imparzialità di quest'ultimo⁴⁵⁹: sicché, se questi ammettesse le prove dalle quali le parti sono decadute, finirebbe per surrogare le deficienze di iniziativa delle parti medesime⁴⁶⁰.

Appare, tuttavia, a chi scrive che, essendo la materia lavoristica dotata di una speciale matrice protettiva nei confronti del lavoratore subordinato, per giunta con riferimento a diritti di matrice costituzionale, l'applicazione delle regole processuali non possa avvenire in via puramente meccanica, ma debba tenere conto, da un lato, della necessità di ricercare la verità materiale e, dall'altro, dell'esigenza di tutela effettiva dei diritti in gioco. Il che vale a maggior ragione con riferimento ai procedimenti di impugnazione dei licenziamenti, in una materia, cioè, nella quale sono coinvolti diritti fondamentali che attengono all'esistenza stessa ed alla dignità della persona. Senza considerare che, specialmente in tema di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, il lavoratore si trova spesso costretto ad agire in giudizio senza essere dotato degli elementi conoscitivi necessari per sindacare compiutamente le scelte organizzative aziendali, sicché eventuali integrazioni istruttorie officiose, pur con i limiti sopra osservati, ben possono aiutare a far luce sulla sussistenza dei presupposti di liceità del provvedimento espulsivo.

Non si dimentichi del resto che, come è stato pregevolmente rilevato, «il processo non è pura tecnica e la sua conoscenza non si esaurisce nella cultura tecnica. La tecnica serve a fabbricare lo strumento processuale, mentre l'ideologia determina gli scopi che il processo dovrebbe conseguire. Entrambe sono congiuntamente necessarie e disgiuntamente insufficienti: la tecnica senza l'ideologia è vuota, mentre l'ideologia senza la tecnica è impotente»⁴⁶¹.

Come si è visto, l'istituzione stessa del rito speciale del lavoro nel 1973 ebbe luogo con l'obiettivo di assecondare la tendenza evolutiva diretta ad accentuare il carattere razionale del processo civile moderno, mediante «la scelta politica di fondo di un processo dominato dal principio inquisitorio quanto all'acquisizione dei mezzi di prova relativi ai fatti allegati dalle parti»⁴⁶². L'auspicio, dunque, è che i giudici del lavoro tornino ad applicare in modo più incisivo

⁴⁵⁸ Cass., 12 aprile 2013, n. 18366, in *Mass giur. lav.*, 2013, 790; Cass., 29 luglio 2011, n. 16781, in *Mass giur. lav.* 2012, 240; Cass., 11 marzo 2011, n. 5878, in *Mass giur. lav.*, 2011, 863;; Cass., 9 luglio 2009, n. 17102, in *Foro it. Rep.* 2009, voce *Lavoro e Previdenza (controversie)*.

⁴⁵⁹ C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, cit., 234; L. Montesano, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 189.

⁴⁶⁰ G. Verde, op.loc.ult.cit.; A. Vallebona, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, cit., 44.

⁴⁶¹ M. Taruffo, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 71.

⁴⁶² V. Andrioli – C. Barone – G. Pezzano – A. Proto Pisani, op.cit., 309.

i poteri loro attribuiti dall'art. 421 c.p.c., forti non solo del dettato normativo e degli insegnamenti delle Sezioni Unite, ma anche e soprattutto dell'obbligo istituzionale di ricercare ed accertare la verità dei fatti, in tal modo garantendo l'effettività dei diritti fondamentali dei lavoratori subordinati, dei cassintegrati, degli invalidi⁴⁶³, di chi è stato ingiustamente privato del posto di lavoro.

5. La rilevabilità d'ufficio e la modifica in corso di causa dei vizi di nullità del licenziamento

È ora necessario approfondire il discorso, analizzando l'eventuale possibilità di allegazione, in corso di causa, di motivi di invalidità del recesso datoriale diversi rispetto a quelli dedotti negli atti introduttivi del giudizio, nonché, corrispettivamente, l'eventuale potere-dovere, per il giudice del lavoro, di rilevare d'ufficio profili di nullità del licenziamento diversi da quelli prospettati dalle parti negli atti introduttivi.

Per una compiuta disamina della questione è necessario effettuare alcune precisazioni preliminari. La dottrina distingue tra modifica - *emendatio libelli* - e mutamento della domanda - *mutatio libelli* - ⁴⁶⁴. Si ha *mutatio libelli* quando il ricorrente modifica la *causa petendi*, allegando nuovi fatti costitutivi, dunque alterando l'oggetto sostanziale dell'azione e determinando un diverso tema di indagine. La *mutatio libelli* è inammissibile, non essendo consentita alcuna allegazione tardiva dei fatti costitutivi della pretesa dedotta in giudizio⁴⁶⁵. Al contrario, la semplice *emendatio* non comporta un cambiamento né del *petitum* né della *causa petendi*⁴⁶⁶. Per dottrina e giurisprudenza costanti, costituisce *emendatio libelli* la diversa riqualificazione giuridica del fatto allegato⁴⁶⁷, sicché il mero mutamento dei motivi in diritto

⁴⁶³ S. Gentile, op.cit., 1113 ss.

⁴⁶⁴ A. Proto Pisani, *Lezioni di Diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2010, 112; C. Consolo, *Mutatio libelli: l'accettazione tacita o presunta e l'eccezione di domanda nuova, ovvero di un costruito giurisprudenziale incoerente*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 640.

⁴⁶⁵ Cass., 28 gennaio 2015, n. 1585, in *Mass. Giust. civ.*, 2015; Cass., 15 novembre 2013, n. 25764, in *Mass. Giust. civ.*, 2013; Cass., 10 settembre 2012, n. 15101, in *Mass. Giust. civ.*, 2012.

⁴⁶⁶ G. Amoroso - V. Di Cerbo - R. Foglia - A. Maresca, op.cit., 295 ss. In giurisprudenza v. Cass., 1 febbraio 2006, n. 2240, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 2; Cass., 27 luglio 2009, n. 17457, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 7-8, 1143; Cass., 28 gennaio 2015, n. 1585, cit.

⁴⁶⁷ E. Sartor, op.cit., 622.

del ricorso non determina la diversità della domanda⁴⁶⁸. Si ritiene che la preclusione non riguardi tuttavia i fatti rilevanti sopravvenuti nel corso del giudizio⁴⁶⁹.

Nel rito del lavoro, come si è visto, l'art. 420, comma 1, c.p.c. permette alle parti, fino all'udienza di discussione, di modificare le loro domande, qualora sussistano gravi motivi e previa autorizzazione del giudice. Il regime è più stringente rispetto al rito civile ordinario, nell'ambito del quale l'*emendatio libelli* è invece ammessa, senza i limiti suddetti, sia all'udienza di comparizione delle parti (art. 183, comma 5, c.p.c.), sia nelle memorie *ex art.* 183, comma 6, c.p.c., ove concesse. Infine, l'art. 437 c.p.c. (secondo cui in appello non sono ammesse nuove domande ed eccezioni) ripropone, nel giudizio di secondo grado, le stesse preclusioni alla modificabilità dei fatti di causa allegati all'inizio del processo⁴⁷⁰. Ad una lettura rigorosa del testo normativo, peraltro, il divieto pare più restrittivo in questa fase processuale, estendendosi anche alla mera *emendatio libelli*, consentita, invece, entro i limiti dell'art. 420 c.p.c., in primo grado di giudizio⁴⁷¹, sebbene, per la verità, la giurisprudenza dominante ammetta anche in appello la diversa qualificazione giuridica dei medesimi fatti già tempestivamente allegati in primo grado⁴⁷².

⁴⁶⁸ G. Amoroso - V. Di Cerbo - R. Foglia - A. Maresca, op.cit., 296; P. Sandulli - A. M. Succi, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Giuffré, Milano, 2016, 264; D. Borghesi (a cura di), *Il processo del lavoro*, in F. Carinci (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, VI, Giappichelli, Torino, 2005, 259 ss.; in giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cass. n. 9247/2006, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 4; Cass. n. 13997/2007, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 6.

⁴⁶⁹ Cfr. *ex multis* Cass., S.U., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Dir. lav.*, 1999, II, 577). Si discute in dottrina circa l'individuazione dei "gravi motivi". Per una ricostruzione del dibattito cfr. D. Borghesi, op.cit., 260-261. L'interpretazione più restrittiva ritiene che essi si riferiscano solo alle "novità di oggetto" scaturite dal contraddittorio (in questo senso G. Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, Giuffré, Milano, 1975, 129: «il potere di mutamento non è e non può essere una specie di *ius poenitendi o corrigendi* dell'attore che ritenga di aver sbagliato; è e può essere solo un momento di realizzazione della effettività del contraddittorio di fronte alle novità di oggetto, o quanto meno di fatti, introdotte nel giudizio dal convenuto o da terzi interventori»); F. Luiso, *Il processo del lavoro*, cit., 177 estende i "gravi motivi" ad ogni adattamento, che si rende necessario dalla posizione della controparte o dai rilievi del giudice, a prescindere dalla "novità dell'oggetto". Per quanto riguarda l'autorizzazione del giudice, la giurisprudenza ammette anche una autorizzazione implicita, in mancanza di opposizione della controparte (Cass. n. 12430/2006). L'inammissibilità di una domanda radicalmente nuova o modificata in assenza dei presupposti di cui all'art. 420, comma 1, c.p.c. non può essere sanata nemmeno dall'accettazione del contraddittorio; il vizio è rilevabile anche d'ufficio (per tutte cfr. Cass., S.U., 2 aprile 1993, n. 7708 in *Giur. it.*, 1994, I, 1576).

⁴⁷⁰ C. Pisani, *Le preclusioni*, in *Il diritto processuale del lavoro*, Cedam, Padova, 2011, 225.

⁴⁷¹ Cass. 15886 del 2002, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1965; Cass. 1743 del 1990, in *Mass. Giust. civ.*, 1990, 3; Cass. n. 17176 del 2014; in dottrina v. G. Amoroso - V. Di Cerbo - R. Foglia - A. Maresca, op.cit., 569.

⁴⁷² Cfr. D. Borghesi, op.cit., 360 e relativi riferimenti giurisprudenziali, tra cui, *ex multis*, Cass. n. 5263 del 1998, in *Mass. Giust. civ.*, 1988, 8-9.

Venendo ora specificamente ai temi oggetto della presente analisi, per ciò che riguarda la disciplina sostanziale il punto di partenza è costituito dall'art. 1421 c.c., che sancisce la regola della rilevanza della nullità da parte di chiunque vi abbia interesse e la possibilità di rilievo d'ufficio da parte del giudice. Sul piano processuale, le norme che assumono rilievo sono, da un lato, l'art. 112 c.p.c., a mente del quale il giudice deve decidere sulle domande proposte dalle parti e non può porre a fondamento della propria decisione questioni la cui proposizione è riservata ad esse; dall'altro, l'art. 416 c.p.c. e 437 c.p.c., che stabiliscono la barriera preclusiva per il rilievo delle eccezioni, ad istanza di parte o d'ufficio, nella fase introduttiva del giudizio di primo grado e nel giudizio d'appello. Tali norme, pur con formulazioni non esattamente coincidenti, stabiliscono il principio secondo il quale le eccezioni non rilevabili d'ufficio devono essere sollevate dalla parte interessata entro la barriera preclusiva stabilita a pena di decadenza e che in grado d'appello non possono essere proposte eccezioni nuove rispetto a quelle che hanno formato oggetto di trattazione nel corso del giudizio di primo grado, a meno che non si tratti di eccezioni rilevabili anche d'ufficio dal giudice⁴⁷³.

Nel 2012 le Sezioni Unite della Corte di cassazione⁴⁷⁴, aderendo all'orientamento minoritario e valorizzando gli insegnamenti della giurisprudenza comunitaria in materia di rilevanza d'ufficio dell'illegittimità delle clausole abusive⁴⁷⁵, hanno affermato che ogni forma di nullità del contratto è rilevabile d'ufficio nel giudizio in cui ne è stata chiesta la risoluzione, con la precisazione che restano escluse dal regime della rilevanza d'ufficio le nullità soggette a regime speciale e quelle cd. "di protezione", per le quali la legge prevede una disciplina speciale, in forza della quale il rilievo del vizio genetico è espressamente riservato a beneficio di una specifica parte e rimesso alla volontà di questa⁴⁷⁶.

⁴⁷³ L. Cosattini, *Nullità del licenziamento: sulla rilevanza d'ufficio la Sezione Lavoro smentisce le Sezioni Unite*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2018, 1, 71.

⁴⁷⁴ Cass., S.U., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Giust.civ.*, 2012, 10, I, 2275.

⁴⁷⁵ Il riferimento, in particolare, è a quanto ha stabilito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. 4, 4 giugno 2009, causa 243/08, secondo la quale il giudice deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga; v. anche la sentenza Asturcom (6 settembre 2009 in procedimento C-40/08), in forza della quale il giudice è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore.

⁴⁷⁶ Osserva L. Cosattini, op.loc.cit., che tale fattispecie «ben si attaglia alle ipotesi di nullità in materia di lavoro, che risultano con evidenza previste a garanzia dei diritti inderogabili del lavoratore prima ed a prescindere dalle esigenze di tutela di altri; si pensi al regime dell'invalidità delle transazioni, ai sensi dell'art. 2113 c.c., e così pure al regime dell'invalidità del licenziamento, che per disposizione di legge può essere presa in considerazione solo ove il licenziamento si stato impugnato dal lavoratore entro il termine di decadenza di cui all'art. 6, L. n. 604/1966».

Le stesse Sezioni Unite, con due sentenze “gemelle” nel 2014, sono nuovamente intervenute sul punto, affermando che il rilievo d’ufficio di una nullità negoziale – ivi comprese le nullità speciali o “di protezione” – deve ritenersi consentito, oltre che nelle cause in cui la parte agisca per far valere un diritto fondato sulla validità dell’atto, come già in precedenza riconosciuto, anche in tutte le ipotesi di impugnativa negoziale, quali la richiesta di risoluzione, annullamento e rescissione, al riguardo ponendo in rilievo il potere-dovere del giudice di rilevare di ufficio, in qualsiasi stato e grado del processo, l’esistenza di una causa di nullità diversa da quella allegata dalla parte, ed in particolare evidenziando che «le indicazioni provenienti dalla stessa Corte di Giustizia in tema di rilievo officioso consentono di desumere un chiaro rafforzamento del potere dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità» e che «la riconduzione ad unità funzionale delle diverse fattispecie di nullità, lungi dal risultare uno sterile esercizio teorico, consente di riaffermare a più forte ragione l'esigenza di conferire al rilievo d'ufficio obbligatorio il carattere della irrinunciabile garanzia dell'effettività della tutela di valori fondamentali dell'organizzazione sociale»⁴⁷⁷.

Nonostante i forti impulsi provenienti da queste pronunce, in cui le Sezioni Unite hanno consistentemente esteso la portata del principio di effettività, gli anni successivi sono stati caratterizzati da una certa prudenza e dall'emergere di frequenti distinguo, come si può osservare proprio in materia lavoristica, laddove le esigenze protettive del lavoratore e la caratura pubblicistica di molte disposizioni potrebbero indurre, per la verità, a pensare a un uso molto penetrante del rilievo officioso della nullità, ad esempio in materia di licenziamenti⁴⁷⁸. Dopo un iniziale allineamento della Sezione Lavoro⁴⁷⁹, si è, infatti, registrato un ritorno ad una lettura più restrittiva. Gli stessi giudici di legittimità hanno, così, affermato che «la rilevabilità d’ufficio di profili di nullità del recesso non può incidere sul rigido sistema di preclusioni e decadenze di cui agli artt. 414 e 416 c.p.c. Il giudice del lavoro, infatti, non può rilevare d’ufficio una ragione di nullità del licenziamento diversa da quella prospettata dalle parti negli atti

⁴⁷⁷ Cass., S.U., n. 26242 e n. 26243 del 12 dicembre 2014, in *Foro it.* 2015, 3, I, 862.

⁴⁷⁸ G. Arnone, *Il rilievo officioso delle nullità: profili problematici*, in Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Principi di diritto processuale civile*, vol. III, 2019, 948.

⁴⁷⁹ Cass., 28 agosto 2015, n. 17286, in *Dir.Giust.*2015, 31 agosto, la quale aveva affermato che «il principio di rilevabilità d’ufficio delle nullità negoziali emergenti *ex actis* si estende anche alle nullità c.d. di protezione, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia UE, come una *species* del più ampio *genus* rappresentato dalle prime. Si tratta di una nullità caratterizzata dalla coesistenza della legittimazione ristretta (potendo essere fatta valere dal solo soggetto nel cui interesse è prevista) e della rilevabilità d’ufficio, ovviamente subordinata alla verifica dell’utilità pratica che il soggetto protetto possa trarne. La nullità d’una sanzione disciplinare per violazione dell’*iter* legislativo previsto per la sua irrogazione rientra - appunto - nella categoria delle nullità di protezione».

introduttivi in quanto la disciplina dell'invalidità del recesso datoriale è caratterizzata da specialità rispetto a quella generale dell'invalidità negoziale, desumibile dalla previsione di un termine di decadenza per impugnarlo e di termini perentori per l'instaurazione del giudizio»⁴⁸⁰. Si è, dunque, sancito che costituiscono domande nuove quelle volte a far valere l'invalidità del licenziamento per assenza di giusta causa o giustificato motivo, a fronte di un'azione con la quale originariamente era stato prospettato solo il motivo ritorsivo o discriminatorio⁴⁸¹; oppure ad ottenere la dichiarazione di nullità del licenziamento discriminatorio, sia pure sulla base di circostanze emergenti dagli atti, in fattispecie nella quale era stata dedotta solo la mancanza di giusta causa⁴⁸²; oppure ancora a prospettare vizi formali del procedimento disciplinare diversi da quelli denunciati nell'atto introduttivo⁴⁸³.

Più di recente la Sezione Lavoro della Corte di cassazione ha avuto modo di precisare che i principi espressi dalle Sezioni Unite, pur condivisibili con riguardo alle nullità contrattuali, risultano inapplicabili agli atti unilaterali, ciò in quanto «la applicabilità agli atti unilaterali della normativa che regola la materia contrattuale in tanto è possibile *ex art. 1324 c.c.*, in quanto la disciplina, che a tal fine non può essere disgiunta dalla sua interpretazione, sia compatibile con la natura dell'atto che viene in rilievo e non sia derogata da diverse disposizioni di legge»⁴⁸⁴. La Corte richiama, a questo proposito, le norme disciplinanti i licenziamenti illegittimi⁴⁸⁵, evidenziando che le stesse prevedono tutte l'onere per il lavoratore dipendente di contestare la legittimità del licenziamento e di procedere all'impugnazione di esso in sede giudiziale entro un termine di decadenza⁴⁸⁶, il che, nelle prospettazioni dei giudici di legittimità, appare incompatibile con la disciplina della nullità, rilevabile d'ufficio sempre e comunque. Aggiungono, infine, che l'art. 18, c. 7, l. n. 300 /1970, come modificato dalla l. n. 92/2012 e l'art. 4 d. lgs. n. 23/2015, facendo riferimento all'applicazione della disciplina della nullità in

⁴⁸⁰ Cass., 2 gennaio 2020, n. 8, in *Dir.Giust.*2020, 3 gennaio; Cass., 11 luglio 2019, n. 18705, in *Dir.Giust.*2019, 12 luglio; Cass., 5 aprile 2019, n. 9675, in *Giustizia Civile Massimario* 2019; Cass., 2 ottobre 2018, n. 23869, in *Ilgiuslavorista.it* 8.11.2018;; Cass., 22 giugno 2016, n. 12898, in *Foro it.* 2016, 9, I, 2746; Cass., 3 luglio 2015, n. 13673/2015, in *Dir.Giust.*2015, 6 luglio.

⁴⁸¹ Cass., 22 giugno 2016, n. 12898, cit.

⁴⁸² Cass., 3 luglio 2015, n. 13673/2015, cit.e, con riferimento al motivo ritorsivo, Cass., 29 settembre 2015, n. 19142, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 7/8.

⁴⁸³ Cass., 16 gennaio 2015, n. 655, che riprende l'orientamento già in precedenza espresso da Cass., 25 maggio 2012, n. 8293/2012, tutte in *DeJure*.

⁴⁸⁴ Cass., 24 marzo 2017, n. 7687, in *Guida al diritto* 2017, 17, 66; più recentemente v. Cass., 5 aprile 2019, n. 9675, in *DeJure*.

⁴⁸⁵ L. n. 604/ 1966; art. 18 St. lav.; d. lgs. n. 23/2015.

⁴⁸⁶ Art. 32 l. 183/2010.

caso di licenziamento discriminatorio «sulla base della domanda formulata dal lavoratore», comporterebbero il divieto per il giudice di pronunciare la nullità dell'atto sulla base di un vizio diverso da quello allegato dal lavoratore illegittimamente licenziato, pena la violazione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

I giudici di legittimità hanno, in seguito, motivato il proprio dissenso rispetto alle argomentazioni espresse dalle Sezioni Unite sotto due ulteriori punti di vista⁴⁸⁷. Il primo è riferito al fatto che le sentenze del 2014 hanno (fra l'altro) sottolineato che nelle azioni giudiziali in cui si discute della validità di un contratto, il negozio giuridico viene in rilievo «nella sua duplice accezione di fatto storico e di fattispecie programmatica», con la conseguenza che costituiscono sempre oggetto del giudizio, da un lato, l'atto negoziale in cui si sostanzia il fatto genetico dal quale il rapporto contrattuale scaturisce, dall'altro, il rapporto stesso nella sua accezione funzionale. A detta dei giudici di legittimità, nel caso dell'impugnazione del licenziamento tale “duplice accezione” non sembra potersi ravvisare, posto che l'impugnazione del recesso è e rimane sempre limitata alla validità dell'atto unilaterale di recesso e non coinvolge, invece, il rapporto di lavoro⁴⁸⁸. Il secondo motivo di dissenso riguarda la riconducibilità dell'impugnativa del licenziamento all'alveo dei diritti autodeterminati, che sarebbero costituiti da «situazioni giuridiche assolute, articolate in base a un solo elemento costitutivo»⁴⁸⁹; il che renderebbe la categoria dei diritti autodeterminati inconferente rispetto alle ipotesi di invalidità del licenziamento, per il fatto che esso può risultare invalido per molteplici e differenti motivi, ciascuno dei quali riconducibile a fatti costitutivi diversi «che, per le peculiarità proprie del rito, devono entrare a far parte del *thema decidendum* e del *thema probandum* sin dal primo atto introduttivo». Sulla base di tale percorso argomentativo è stato così riaffermato l'orientamento tradizionale della Sezione Lavoro, anteriore alle pronunce delle Sezioni Unite, secondo cui «il giudice non può rilevare di ufficio una ragione di nullità del licenziamento diversa da quella eccepita dalla parte».

Ad oggi, l'orientamento della Sezione Lavoro della Cassazione che preclude la rilevanza d'ufficio di profili di nullità del recesso diversi da quelli prospettati dalle parti negli atti introduttivi, corrispettivamente qualificando come domande nuove quelle volte a far valere

⁴⁸⁷ Cass., 24 marzo 2017, n. 7687, cit.

⁴⁸⁸ L. Cosattini, op.loc.cit..

⁴⁸⁹ Secondo la lettura datane da Cass., 24 marzo 2017, n. 7687, cit..

l'invalidità del licenziamento per motivi diversi da quelli dedotti in ricorso, pare potersi dire consolidato, essendo stato confermato in numerose successive pronunce di legittimità⁴⁹⁰.

Tale impostazione è stata oggetto di critiche, che hanno evidenziato come la natura di atto unilaterale del licenziamento non implichi caratteristiche così peculiari tali da imporre una valutazione radicalmente diversa da quella che le Sezioni Unite hanno espresso con riferimento alle nullità contrattuali e come la previsione a carico del lavoratore dell'onere di provvedere all'impugnazione del recesso datoriale entro un termine di decadenza molto stretto dovrebbe, semmai, condurre a conclusioni diametralmente opposte, consentendo, cioè, la rilevabilità di ulteriori profili di illegittimità anche dopo il deposito del ricorso introduttivo⁴⁹¹. Si è, inoltre,

⁴⁹⁰ Cass., 2 gennaio 2020, n. 8, in *Dir.Giust.*2020, 3 gennaio; Cass., 11 luglio 2019, n. 18705, in *Dir.Giust.* 2019, 12 luglio; Cass., 5 aprile 2019, n. 9675, in *Giustizia Civile Massimario* 2019; Cass., 2 ottobre 2018, n. 23869, in *Ilgiuslavorista.it* 8.11.2018;; Cass., 22 giugno 2016, n. 12898, in *Foro it.* 2016, 9, I, 2746; Cass., 3 luglio 2015, n. 13673/2015, in *Dir.Giust.*2015, 6 luglio

⁴⁹¹ V. ancora L. Cosattini, op.loc.cit., il quale sottolinea ulteriori profili controversi dell'impostazione della Sezione Lavoro e le cui critiche si ritiene qui interessante ed utile trascrivere: « Non sembra a chi scrive che la natura di atto unilaterale del licenziamento implichi caratteristiche peculiari dell'atto tali da consentire (se non addirittura di imporre) una valutazione radicalmente diversa da quella che le Sezioni Unite hanno espresso con riferimento alle nullità contrattuali; a tal fine, infatti, non appaiono pienamente convincenti le argomentazioni addotte per sostenere la necessità di un regime giuridico diverso. Non risulta pienamente convincente il ragionamento fondato sulla "specialità" del regime che disciplina l'invalidità del licenziamento, ed in particolare sul fatto che le norme in materia di invalidità del licenziamento impongono a carico del lavoratore l'onere di provvedere all'impugnazione del recesso datoriale entro un termine di decadenza. Tale argomentazione, infatti, o dimostra troppo (posto che in qualunque ipotesi di nullità, anche in quelle "non speciali", il fatto che essa sia rilevabile d'ufficio dal giudice presuppone pur sempre che una parte si sia attivata in sede giudiziale procedendo all'instaurazione del giudizio) o non dimostra nulla, posto che ciò di cui si discute è appunto la rilevabilità della questione in sede giudiziale e quindi una volta che il maturare della decadenza è già stato impedito in forza dell'iniziativa a tal fine assunta dalla parte di ciò onerata. Né, d'altra parte, assume rilievo decisivo il fatto che il diritto di far valere l'invalidità del licenziamento rientri nel novero delle nullità cd. "di protezione", in quanto posta a tutela del contraente identificato come "debole" dall'ordinamento; su tale aspetto, infatti, le sentenze delle Sezioni Unite del 2014 si sono intrattenute a lungo, spiegando come la tutela di uno specifico interesse individuale si assommi (ma non elida) alla contemporanea tutela di un più ampio interesse collettivo, di modo che proteggendo il soggetto "debole" l'ordinamento persegue, indirettamente, anche l'obiettivo di tutelare l'intera collettività; obiettivo da cui discende l'interesse dell'ordinamento ad espungere gli atti viziati, consentendo anche al giudice il rilievo di tale vizio. Neppure convince appieno l'argomento che fa perno sul tenore dell'art. 18, comma 7, Stat. lav. riformato, laddove esso stabilisce che il giudice valuta i profili di invalidità del licenziamento «sulla base della domanda formulata dal lavoratore»; che il giudice decida (e debba decidere) sulla base della domanda formulata dalla parte (e solo su di essa) è infatti principio generale posto dall'art. 112 c.p.c., al quale si è sempre ancorata la giurisprudenza tradizionalmente orientata a negare che il giudice possa rilevare d'ufficio un vizio di nullità non dedotto dalla parte o diverso da quello che la parte ha allegato a sostegno della propria domanda. Ma è proprio tale impostazione che le Sezioni Unite hanno inteso superare nel 2012 e poi nel 2014, ritenendo preferibile la soluzione che (anche in considerazione del principio espresso dall'art. 1421 c.c.) fa prevalere l'interesse pubblicistico ad espungere dall'orientamento gli atti nulli sul principio dispositivo dell'oggetto del giudizio. Ancora, poco convincente risulta l'argomentazione relativa alla natura asseritamente eterodeterminata dei profili di invalidità del licenziamento. Il fatto che il recesso datoriale possa risultare affetto da nullità per una

acutamente evidenziato che la «natura proteiforme del principio di effettività, la sua capacità di adattarsi a tutte le situazioni giuridiche protette in funzione di un loro potenziamento costituiscono, a ben vedere, un limite in sede applicativa, perché inducono una certa diffidenza quando si tratti non semplicemente di evitare formalismi processuali, ma di attribuire strumenti di tutela non esplicitamente previsti dal diritto positivo o di sollecitare la proattività del giudice nel corso del processo»⁴⁹². Si è osservato altresì come «talvolta la non piena coincidenza tra piano sostanziale e piano rimediale non nasce dall'assenza del rimedio nel sistema, ma piuttosto dalla presenza di un rimedio che lo stesso legislatore ha voluto in qualche maniera manomettere per impedirgli di sviluppare tutte le sue potenzialità di effettività»⁴⁹³, e che, talvolta, la stessa giurisprudenza guarda al principio di effettività come a un'arma di potenza incontrollata, dunque pericolosa, e che questo sguardo la induce a esercitare un forte *self-restraint*, finalizzato ad innescare quei rimedi che pure le norme del diritto positivo mettono a disposizione dell'interprete⁴⁹⁴.

Nell'attesa di un eventuale ulteriore intervento delle Sezioni Unite con specifico riferimento al tema della rilevabilità d'ufficio della nullità del licenziamento (o quantomeno degli atti unilaterali), non si può che evidenziare che una simile rigida impostazione della Sezione Lavoro, per giunta in contrasto con i già richiamati orientamenti espressi dalle Sezioni Unite, pregiudica l'accertamento della verità materiale e, con essa, il principio di effettività della tutela del diritto al posto di lavoro. Appare paradossale, infatti, che un lavoratore licenziato illegittimamente, per giunta in ragione di un vizio radicale di nullità del licenziamento, non possa ottenere tutela in virtù di una simile rigida impostazione. Eppure, le sentenze sopra citate non fanno cenno alcuno al principio di effettività. Probabilmente, una maggiore attenzione ai

pluralità di motivi fra di loro eterogenei (natura discriminatoria, motivo illecito, contrarietà a norme imperative di legge e così via) e riconducibili a circostanze di fatto diverse è comune infatti a varie ipotesi di diritti pacificamente autodeterminati, ed è quindi argomento inidoneo a sostenere la conclusione cui giunge la sentenza in commento. Ciò che rileva, invece, e lo hanno evidenziato chiaramente le sentenze delle Sezioni Unite del 2014, non è lo specifico profilo di invalidità fatto valere in giudizio, ma l'invalidità in sé nella sua accezione di «situazione giuridica assoluta», qualunque ne sia la causa», concludendo evidenziando che «la frattura ingenerata dalla sentenza in commento riapre un dibattito che poteva sembrare definitivamente chiuso; ove essa dovesse trovare seguito in analoghe prese di posizione della Sezione Lavoro la remissione della questione alle Sezioni Unite affinché esse si esprimano (anche) sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del licenziamento (o comunque degli atti unilaterali) risulterà inevitabile».

⁴⁹² G. Armone, *Il rilievo officioso delle nullità: profili problematici*, in Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Principi di diritto processuale civile*, vol. III, 2019, 948.

⁴⁹³ A. Carratta, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in G. Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 2019, 708.

⁴⁹⁴ G. Armone, *op.cit.*, 948.

principi costituzionali in tema non solo di effettività della tutela dei diritti (art. 24 Cost.), ma altresì di diritto alla conservazione del posto di lavoro (art. 4 Cost.) consentirebbe di affrontare il problema con una maggiore adesione ai valori sociali che il processo lavoristico è nato per tutelare.

6. *Il rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti: le preclusioni.*

Questioni analoghe a quelle viste finora con riferimento al rito ordinario del lavoro si pongono nell'ambito del cd. rito Fornero, introdotto dall'art. 1, cc. 47 ss., l. 92/2012 ed avente ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 18 St. lav. Tale rito, com'è noto, si applica con riferimento ai licenziamenti intimati ai lavoratori, assunti *ante* 7 marzo 2015, dipendenti di aziende con oltre quindici dipendenti nel territorio comunale (o sessanta su quello nazionale), nonché a quelli di aziende non dotate di tale requisito dimensionale ove venga dedotto un motivo di nullità, e non semplice illegittimità, del licenziamento. In tutte le altre ipotesi si applica il rito ordinario del lavoro⁴⁹⁵.

Il rito è caratterizzato, in primo grado, da una fase urgente a cognizione sommaria, al termine della quale il giudice emette un'ordinanza immediatamente esecutiva ed opponibile in trenta giorni; in caso di opposizione, viene introdotta una fase a cognizione piena, che termina con sentenza. Il legislatore, anziché limitarsi a prevedere una fase sommaria e per il resto rinviare al rito del lavoro (come avviene, ad esempio, nel procedimento per repressione della condotta antisindacale)⁴⁹⁶, ha introdotto, mediante poche norme, un intero rito speciale in tutte le sue fasi e gradi. Il risultato inevitabile è che tale rito risulta affetto da numerose lacune⁴⁹⁷. A ciò si deve aggiungere che, nella legge n. 92/2012, è assente una norma di chiusura, che faccia rinvio ad un *corpus regolativo* per quanto non previsto dalla legge stessa⁴⁹⁸, sebbene vi sia oggi assoluta

⁴⁹⁵ L'art. 11 d.lgs. n. 23/2015 prevede che ai licenziamenti disciplinati dal medesimo decreto, e quindi ai rapporti instaurati con i c.d. contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti, non si applicano le disposizioni dei commi da 48 a 68 dell'art. 1 della l. n. 92/2012, ossia non si applica il rito speciale da tale legge introdotto.

⁴⁹⁶ Cfr. A. Vallebona, op.ult.cit., 77.

⁴⁹⁷ G. Amoroso, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, cit., 327 ss.

⁴⁹⁸ P. Curzio, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in WP CSELL "Massimo D'Antona", n. 158/2012, 3.

concordia sul fatto che l'integrazione vada cercata dapprima nella disciplina del rito del lavoro e, solo in subordine, in quella nel rito ordinario⁴⁹⁹.

La disciplina della fase sommaria è contenuta nei soli commi 48 e 49 dell'art. 1 della l. 92/2012, i quali prevedono un'istruttoria deformalizzata, senza richiamo alcuno alle norme disciplinanti gli atti introduttivi (artt. 414 e 416 c.p.c.) e l'udienza di discussione (art. 420 c.p.c.) nel rito ordinario del lavoro; tali norme sono, infatti, richiamate solo con riferimento alla fase di opposizione avverso l'ordinanza di cui al comma 49⁵⁰⁰. L'art. 1, comma 51, L. n. 92/2012 dispone poi che «con il ricorso [in opposizione] non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi».

Secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, la fase dell'opposizione, introduttiva di un giudizio a cognizione piena, non consiste in una *revisio prioris instantiae*, ma nella prosecuzione del giudizio di primo grado⁵⁰¹. Anche la giurisprudenza di legittimità a Sezioni

⁴⁹⁹ F. Luiso, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, in AA.VV., *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, Torino, 2013, 56; L. De Angelis, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 2012, § 3; P. Tosi, *L'improbabile equilibrio tra rigidità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *ADL*, 2012, 45; D. Buoncristiani, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, § 10; P. Curzio, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in *WP CSELL "Massimo D'Antona"*, n. 158/2012, § 1; P. Sordi, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente. Relazione al Corso Csm su La riforma del mercato del lavoro nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, Roma, 29-31 ottobre 2012, 365.

⁵⁰⁰ Ai sensi dell'art. 1, comma 48, L. n. 92/2012 il ricorso introduttivo deve avere i requisiti di cui all'art. 125 c.p.c. e non può contenere domande diverse da quelle di cui al comma 47 del medesimo art. 1 (ossia "impugnative dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18"), salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi. Il ricorso introduttivo della fase dell'opposizione deve, invece, contenere i requisiti di cui all'art. 414 c.p.c. e non può prospettare domande diverse da quelle di cui al comma 47, salvo che esse siano fondate sui medesimi fatti costitutivi o siano svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti. Il resistente opposto, invece, dovrà costituirsi mediante deposito in cancelleria della memoria difensiva, a norma e con le decadenze di cui all'art. 416 c.p.c. Su questi aspetti cfr. L. Cavallaro, *Il processo del lavoro al tempo dei "tecnici"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1, 298, il quale ritiene incompatibile con le finalità acceleratorie della procedura l'assenza del rigoroso regime di preclusioni di cui agli artt. 414-416 c.p.c.; Cfr. altresì E. Raimondi, *Il rito per i licenziamenti tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 1, 102, secondo cui la verifica dei vizi del licenziamento avverrà in termini di mera verosimiglianza, mentre la cognizione del giudice sarà piena nel corso dell'opposizione.

⁵⁰¹ C. Cost., 13 maggio 2015, n. 78, in *Giur. cost.*, 2015, 3, 711; in questo senso, in precedenza cfr. Cass., S.U., 19 settembre 2014, n. 19674, in *Foro it.*, 2015, 2, I, 540, con nota di Dalfino. Successivamente anche Cass., 17 luglio 2015, n. 15066, in *Mass. Giust. civ.*, 2015; Cass., 29 settembre 2015, n. 19142, cit.; Cass., 11 dicembre 2015, n. 25046, in *Mass. Giust. civ.*, 2015. Parte della dottrina invece attribuisce natura (o perlomeno funzione) impugnatoria alla fase di opposizione: in questo senso cfr. D. Dalfino, *Rito Fornero: la tendenziale autonomia tra procedimento sommario e opposizione*, in *Foro it.*, 2015, 1, 553 ss.; M. Cirulli, *Il rito Fornero nel sistema della tutela decisoria sommaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017,

Unite ha affermato che «l'opposizione non verte sullo stesso oggetto dell'ordinanza opposta (pronunciata su un ricorso 'semplificato', e sulla base dei soli atti di istruzione ritenuti, allo stato, indispensabili), né è circoscritta alla cognizione di *errores in procedendo* o *in iudicando* eventualmente commessi dal giudice della prima fase, ma può investire anche diversi profili soggettivi⁵⁰², oggettivi⁵⁰³ e procedurali, essendo previsto che in detto giudizio possano essere dedotte circostanze di fatto ed allegati argomenti giuridici anche differenti da quelli già adottati e che si dia corso a prove ulteriori. Il che esclude che la fase di opposizione - in cui la cognizione si espande in ragione non solo del nuovo apporto probatorio, ma anche delle ulteriori considerazioni svolte dalle parti - possa configurarsi come la riproduzione dell'identico itinerario logico decisionale già seguito per pervenire all'ordinanza opposta»⁵⁰⁴. L'opposizione, dunque, può riguardare nuovi profili soggettivi ed oggettivi, non verte sullo stesso oggetto dell'ordinanza opposta e non è circoscritta alla cognizione di *errores in procedendo* o *in iudicando* eventualmente commessi dal primo giudice⁵⁰⁵.

Sulla base di tali rilievi, la dottrina maggioritaria ritiene che la fase sommaria non conosca decadenze, né preclusioni, come conferma il fatto che il ricorso deve essere redatto rispettando i requisiti previsti dall'art. 125 c.p.c., il quale non prevede l'assolvimento di oneri istruttori, dal che si ricava l'inesistenza di preclusioni istruttorie o decadenze per il ricorrente⁵⁰⁶. Ulteriori argomenti sono stati fatti discendere dal mancato richiamo dell'art. 414 c.p.c. nell'ambito della disciplina del rito sommario⁵⁰⁷. Analogamente per il convenuto, a fronte della mancanza di una previsione analoga a quella contenuta nell'art. 416 c.p.c., sull'onere di sollevare, a pena di

3, I, 443; F. M. Giorgi, *Rito Fornero: la giurisprudenza di legittimità sul rapporto tra le due fasi e cenni sull'interferenza del rito fallimentare*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2016, 7, 641. Alla tesi sostenuta in giurisprudenza osterebbe, secondo la dottrina, l'attitudine al giudicato sostanziale del provvedimento sommario, in difetto di tempestiva opposizione, mentre non rileverebbe in senso contrario la mancanza di assoluta identità di oggetto tra le due fasi.

⁵⁰² Stante anche il possibile intervento di terzi.

⁵⁰³ In ragione dell'ammissibilità di domande nuove, anche in via riconvenzionale, purché fondate sugli stessi fatti costitutivi.

⁵⁰⁴ Così Cass., S.U. n. 4308/2017, in *DeJure*.

⁵⁰⁵ E. Sartor, op.cit., 614.

⁵⁰⁶ R. Rivero, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2013, 21 ss., che aggiunge che «Pertanto quand'anche il convenuto si costituisca in ritardo non incorrerà in alcuna decadenza. Comunque ciascuna parte potrà dedurre ulteriori istanze istruttorie anche all'udienza e nel corso del giudizio. Alla costituzione nel rito sommario non si può perciò applicare alcuna decadenza, né per gli oneri istruttori né per le allegazioni».

⁵⁰⁷ D. Dalfino, *Il nuovo rito, la fase urgente. Relazione al corso "La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione"*, Scandicci, 25-27 novembre 2013; C. Romeo, *Licenziamenti e nuovo rito*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, 71.

decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio e di prendere posizione in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione dei fatti affermati dalla parte ricorrente⁵⁰⁸, è stata generalmente affermata l'inapplicabilità del regime delle preclusioni ivi previsto⁵⁰⁹. La mancata previsione nel giudizio di opposizione di preclusioni espresse comporterebbe, dunque, che, «nel caso in cui venga promosso il procedimento di opposizione, non vi saranno decadenze processuali che si estendono dalla fase sommaria a quella a cognizione piena, avendo le parti del giudizio d'opposizione facoltà di deduzioni e di merito e produzioni istruttorie illimitata, ovviamente nei limiti del combinato disposto degli artt. 414 e 416 c.p.c.»⁵¹⁰.

La parte della dottrina che si è espressa in senso contrario ha fatto leva sulla finalità acceleratoria del procedimento in questione, un modello proiettato sulle esigenze di celerità, allo scopo di assicurare in tempi brevi una decisione sulla legittimità del licenziamento e sull'eventuale diritto alla reintegra, altresì evidenziando il rischio che una parte, giocando proprio sull'assenza di preclusioni, allegghi un fatto determinante per la decisione al termine della trattazione oppure a stato avanzato dell'istruttoria. Il che, da un lato, farebbe “tornare indietro” il processo (con buona pace della celerità) e, dall'altro lato, consentirebbe al giudice della stessa fase sommaria di svolgere un giudizio che, in realtà, di sommario ha ben poco e che è assai prossimo a quello a cognizione piena⁵¹¹. Così ragionando, si ritiene sia più coerente e maggiormente rispettoso dello lo scopo perseguito dal legislatore del 2012 riaffermare il principio generale della necessaria tempestiva allegazione dei fatti nel rito del lavoro⁵¹².

Anche con riguardo alla fase di opposizione si registra discordia in dottrina. Si è inizialmente sostenuto che «non vi sono preclusioni che provengono dallo svolgimento della precedente

⁵⁰⁸ B. Sassani, *L'onere della contestazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 5, 401 ss.

⁵⁰⁹ I. Pagni, *I correttivi alla durata del processo nella legge 28 giugno 2012, n. 92: note brevi sul nuovo rito in materia di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 350; G. Verde, op.ult.cit., 249; D. Dalfino, *Il nuovo rito, la fase urgente. Relazione al corso "La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione"*, Scandicci, 25-27 novembre 2013.

⁵¹⁰ M. De Cristofaro - G. Gioia, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in *www.judicium.it*, 2012, 17; I. Pagni, *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e rapidità della tutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1, 102; V. Petrella, *Fase di opposizione del c.d. "Rito Fornero" e preclusioni*, in *Riv. proc.*, 2017, 300.

⁵¹¹ R. Tiscini, in AA.VV., *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, Torino, 2013, 115.

⁵¹² C. Pisani, *Il c.d. rito Fornero: preclusioni e decadenze*, in *Guida al Lavoro*, 2014, 25, 1 ss.; nella giurisprudenza di merito v. Trib. Roma ord. 21 febbraio 2013, est. Casola, *DeJure*; Trib. Milano ord. 23 aprile 2013, est. Porcelli, in *ADL*, 2013, II, 1142.

fase»⁵¹³ e che, dunque, vi sarebbe la massima libertà in ordine all'introduzione dei fatti e delle domande nuove nel giudizio di opposizione, anche se completamente omesse nel procedimento sommario. Pertanto, nella fase di opposizione sarebbe ben possibile proporre domande o eccezioni ulteriori rispetto a quanto già proposto ed esaminato nella precedente fase⁵¹⁴. A tale tesi si è replicato evidenziando che il comma 51 prevede che, con il ricorso in opposizione, «non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi», e che non avrebbe senso ipotizzare che vi possano essere domande diverse fondate su identici fatti costitutivi⁵¹⁵. Inoltre, poiché ad oggi appare pacifico che le preclusioni relative alle allegazioni non scattino nella fase sommaria, nel giudizio di opposizione dovrebbe essere precluso alle parti allegare fatti costitutivi differenti e proporre domande nuove e rispetto a quelle allegate e proposte nella fase sommaria: se, infatti, si negano le preclusioni per le allegazioni tardive nel procedimento sommario, le parti, in quella fase, «hanno avuto agio di dedurre tutto quello che volevano, hanno avuto la possibilità di conoscere tutti i fatti e le difese avversarie e di chiedere tutto quello che interessava loro»⁵¹⁶. Pertanto, appare difficile trovare una ragione per non far operare questo tipo di preclusioni in ordine alle allegazioni dei fatti e alle domande tra procedimento sommario e quello di opposizione. Se si segue questa tesi, rimane confermato che, quanto al perimetro dei fatti, il processo resta definito già nel procedimento sommario⁵¹⁷. Il che, peraltro e come già osservato, è confermato dal tenore dell'art. 1 l. 92/2012, che nella fase di opposizione richiama espressamente gli artt. 414 e 416 c.p.c. e, dunque, le relative preclusioni.

Con riguardo, infine, alla fase del reclamo (art. 1, commi 58 ss., L. n. 92/2012), essa è assimilabile, secondo la dottrina unanime, al giudizio di appello del processo lavoristico ordinario, le cui norme risultano, quindi, del tutto applicabili, anche con riferimento al divieto di *ius novorum*⁵¹⁸. Come avviene nel rito ordinario con riferimento al divieto di *nova* di cui

⁵¹³ R. Tiscini, in AA.VV., *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, Torino, 2013, 168.

⁵¹⁴ R. Tiscini, op.loc.ult.cit..

⁵¹⁵ F. P. Luiso, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti*, cit., 56.

⁵¹⁶ C. Pisani, , op.ult.cit. 8.

⁵¹⁷ C. Pisani, op.loc.ult.cit..

⁵¹⁸ E. Raimondi, *Il rito per i licenziamenti tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 1, 111; M. De Luca, *Reclamo contro la sentenza di primo grado in materia di licenziamenti (art. 1, commi 58 ss. legge n. 92 del 2012): natura, forma e filtro del giudizio dell'appello*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 847; I. Pagni, op.ult.cit., 99; L. De Angelis, *Crisi dell'appello di lavoro tra scelte legislative, tensioni ordinamentali, autosufficienza del rito e qualche ambiguità testuale: considerazioni sparse*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 331/2017, 12.

all'art. 437 c.p.c., anche in sede di reclamo non saranno, dunque, ammissibili modifiche dei fatti costitutivi delle pretese avanzate negli atti introduttivi, salvo che esse non si risolvano in una mera riqualificazione giuridica di fatti già tempestivamente e ritualmente allegati.

V'è, per la verità, da rilevare che nonostante i tentativi di parte della dottrina di ritenere applicabile, pur in assenza di previsioni al riguardo, il rigido sistema di preclusioni di cui agli artt. 414 e 416 c.p.c. anche alla fase sommaria del rito Fornero (e, simmetricamente, i tentativi di altra parte della dottrina di sostenere l'inoperatività delle preclusioni *anche* nella fase di opposizione), la giurisprudenza di merito e di legittimità non pare aver mai dubitato del fatto che la prima sia una fase a cognizione sommaria basata su una istruttoria parziale, nell'ambito della quale le preclusioni non scattano, e che solo in sede di opposizione vi sia una cognizione basata su una istruttoria piena, con piena operatività dei meccanismi preclusivi di cui agli artt. 414 e 416 c.p.c. (cfr. commi 51 e 53 dell'art. 1 della legge 92/2012)⁵¹⁹. Di conseguenza, nella fase di opposizione possono essere dedotte circostanze di fatto ed allegati argomenti giuridici anche differenti da quelli già esposti ed è possibile dare corso all'assunzione di nuove prove, non richieste nella fase sommaria.

7. (segue) Il rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti: rilevanza d'ufficio e deduzione di ulteriori motivi di invalidità del licenziamento.

Una volta chiarito il funzionamento del sistema di preclusioni nelle allegazioni nell'ambito del rito Fornero, possiamo, dunque, esaminare la questione relativa alla proponibilità, nel giudizio di opposizione, di nuove domande o alla possibilità di variare le domande originariamente proposte, nello specifico censurando, nel giudizio a cognizione piena, un vizio di nullità del licenziamento non dedotto nel ricorso sommario, nonché la connessa tematica della rilevanza d'ufficio di un vizio di nullità del licenziamento non dedotto da parte del ricorrente lavoratore.

A rigor di logica, se è vero che nella fase sommaria non scattano preclusioni e che il giudizio di opposizione è perfettamente assimilabile al primo grado del rito ordinario, ne dovrebbe discendere la possibilità, rispettivamente in capo alla parte e al giudice, di dedurre o rilevare ulteriori motivi di nullità del licenziamento sino alla fase introduttiva della fase di opposizione.

⁵¹⁹ Cass., 14 luglio 2020, n. 14976, in *Giust.civ.mass.*; Cass., 19 luglio 2019, n. 19579; Cass., 15 novembre 2018, n. 29429; Trib. Perugia n. 163 del 2019; Trib. Salerno n. 2505 del 15 novembre 2019, tutte in *DeJure*.

La Corte di cassazione, tuttavia, contrariamente a quanto si è appena sostenuto nel testo, appare ad oggi ferma nell'affermare che «la *causa petendi* dell'azione proposta dal lavoratore per contestare la validità e l'efficacia del licenziamento va individuata nello specifico motivo di illegittimità dell'atto dedotto nel ricorso introduttivo, in quanto ciascuno dei molteplici vizi, dai quali può derivare la illegittimità del recesso, discende da circostanze di fatto che è onere del ricorrente dedurre e allegare. Pertanto, pur a fronte del medesimo *petitum*, escluse le ipotesi nelle quali la modifica resta limitata alla sola qualificazione giuridica, costituisce inammissibile domanda nuova la prospettazione, nel corso della fase di opposizione nel c.d. rito Fornero e, a maggior ragione, in sede di reclamo, di un profilo di illegittimità del licenziamento non tempestivamente dedotto e fondato su fatti costitutivi non allegati nell'atto introduttivo della fase sommaria; ne consegue che la parte, dopo avere proposto il ricorso, non può sollevare in giudizio nuove ragioni di invalidità del recesso datoriale, che non siano giustificate da fatti sopravvenuti o che si provi non fossero conoscibili, né il giudice può rilevare di ufficio ragioni di invalidità del licenziamento diverse da quelle eccepite dalla parte»⁵²⁰.

Eppure, la stessa Corte di cassazione, nell'ambito di una serie di pronunce altrettanto numerose, pare sancire un principio diametralmente opposto, laddove afferma che «nel rito Fornero, il giudizio di primo grado è unico a composizione bifasica, con una prima fase ad istruttoria sommaria, diretta ad assicurare una più rapida tutela al lavoratore, ed una seconda fase, a cognizione piena, che della precedente costituisce una prosecuzione, sicché non costituisce domanda nuova, inammissibile per mutamento della *causa petendi*, la deduzione di ulteriori motivi di invalidità del licenziamento impugnato»⁵²¹.

L'apparente contrasto si risolve prestando attenzione alla motivazione delle sentenze in commento e alla lettera dell'art. 1, c. 51, l. 92/2012, a mente del quale il ricorso introduttivo della fase dell'opposizione deve contenere i requisiti di cui all'art. 414 c.p.c. e non può prospettare domande diverse da quelle di cui al comma 47 art. cit., «salvo che esse siano fondate sui medesimi fatti costitutivi». Pertanto, come spiega la stessa Corte, nella fase di opposizione sarà ben possibile per il lavoratore dedurre ulteriori profili di illegittimità del licenziamento, purché questi siano fondati sui fatti costitutivi già dedotti con il ricorso introduttivo della fase

⁵²⁰ Cass., 2 gennaio 2020, n. 8, in *Dir.Giust.*2020, 3 gennaio; Cass., 11 luglio 2019, n. 18705, in *Dir.Giust.* 2019, 12 luglio; Cass., 5 aprile 2019, n. 9675, in *Giustizia Civile Massimario* 2019; Cass., 2 ottobre 2018, n. 23869, in *Ilgiuslavorista.it* 8.11.2018;; Cass., 22 giugno 2016, n. 12898, in *Foro it.* 2016, 9, I, 2746; Cass., 3 luglio 2015, n. 13673/2015, in *Dir.Giust.*2015, 6 luglio.

⁵²¹ Cass., 21 novembre 2017, n. 27655, in *Giust.civ.mass.* 2017; Cass., 6 settembre 2018, n. 21720, in *Giust.civ.mass.* 2018; Cass., 4 aprile 2019, n. 9458 in *DeJure*.

sommatoria. Gli atti introduttivi della fase urgente, pur costituendo la barriera preclusiva per l'allegazione dei fatti storici costitutivi delle relative domande, non rappresentano tuttavia l'ultimo momento per la deduzione di istanze istruttorie. Nella fase dell'opposizione si potranno, così, proporre nuove istanze istruttorie, ma non potranno essere introdotti nuovi elementi di fatto, tali da ampliare il *thema decidendum*, definitivamente individuato nel ricorso sommario. Al pari di quanto è previsto nel rito ordinario del lavoro, sarà, invece, ammessa la mera *emendatio libelli*, ossia la riqualificazione giuridica delle circostanze già tempestivamente dedotte nell'atto introduttivo della prima fase⁵²². Nessun dubbio, invece, per ciò che attiene alla rilevanza d'ufficio di ulteriori profili di nullità del licenziamento: su tale questione la Cassazione ripropone gli argomenti già utilizzati in ambito di procedimento ordinario, ribadendo l'impossibilità, per il giudice dell'opposizione, di procedere a tale rilievo⁵²³.

La Cassazione ha inteso perseguire la via della massima concentrazione e immediatezza del rito Fornero, giacché ha stabilito che le parti restano, di regola, vincolate a quanto hanno esposto, o omesso di esporre, negli atti introduttivi della fase sommatoria *ex art. 1, c. 48, l. n. 92/2012* e ha pertanto ricollegato a tale inadempienza la preclusione in sede di opposizione del primo grado⁵²⁴.

Tale impostazione non appare, tuttavia, immune da rilievi critici.

Quanto al divieto per il giudice di rilevare d'ufficio ulteriori motivi di nullità del licenziamento, sia consentito il richiamo a quanto già esposto nel par. 3.5⁵²⁵.

⁵²² C. Romeo, *Effetto devolutivo dell'opposizione prevista nel rito Fornero*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2016, 4, 355: i due riti, ordinario del lavoro e speciale, coincidono in merito all'applicazione del principio di immodificabilità dei motivi del licenziamento intimato.

⁵²³ Cass., 2 gennaio 2020, n. 8, in *Dir.Giust.2020*, 3 gennaio; Cass., 11 luglio 2019, n. 18705, in *Dir.Giust.* 2019, 12 luglio; Cass., 5 aprile 2019, n. 9675, in *Giustizia Civile Massimario* 2019; Cass., 2 ottobre 2018, n. 23869, in *Ilgiuslavorista.it* 8.11.2018;; Cass., 22 giugno 2016, n. 12898, in *Foro it.* 2016, 9, I, 2746; Cass., 3 luglio 2015, n. 13673/2015, in *Dir.Giust.2015*, 6 luglio.

⁵²⁴ C. Buonocore, *Sul limite alla cognizione del giudice dell'opposizione nel rito Fornero*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 1/2020, 33 ss. Sullo specifico tema della cognizione in sede di opposizione, v. L. Dittrich, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, in *Riv. proc.*, 2014, 104 ss.; D. Dalfino, *Il rito Fornero nella giurisprudenza: sul rapporto tra procedimento sommario, opposizione e mezzi di impugnazione*, in *RGL*, 2015, II, 391 ss.; C. Romeo, *op.ult.cit.* 348 ss.; G. Mannacio, *Osservazioni sull'opposizione all'ordinanza ex art. 1 comma 48 della legge Fornero*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2013, 775 ss.; V. Petrella, *Fase di opposizione del c.d. "rito Fornero" e preclusioni*, in *Riv. proc.*, 2017, 298 ss.; E. Sartor, *op.cit.*, 605 ss.; B. Tabasco, *Rito Fornero: gli stretti rapporti tra le due fasi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 196 ss.; F. Simeone, *Rito Fornero: sulla proponibilità di nuove eccezioni, nella "fase" di opposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 677 ss.

⁵²⁵ Ci si riferisce in particolare all'orientamento della Sezione Lavoro che preclude la rilevanza d'ufficio di profili di nullità del recesso diversi da quelli prospettati dalle parti negli atti introduttivi, corrispettivamente qualificando come domande nuove quelle volte a far valere l'invalidità del

Per ciò che attiene, invece, all'impossibilità per il lavoratore di dedurre, nella fase di opposizione, ulteriori profili di illegittimità del licenziamento non fondati sugli stessi fatti costitutivi, alcune ulteriori riflessioni meritano di essere svolte, al fine di metterla quantomeno in discussione.

In primis, dalla lettera del comma 51 dell'art. 1, l. n. 92/2012 non è dato ricavare alcun divieto alla proposizione di nuove domande rispetto a quelle già avanzate nella fase sommaria⁵²⁶. Come è stato acutamente rilevato, il comma 51 vieta solamente di porre domande «diverse da quelle di cui all'art. 47, salvo che siano fondate sugli stessi fatti costitutivi», non da quelle proposte ai sensi del comma 48 con il ricorso introduttivo del giudizio⁵²⁷. Il comma 47, infatti, afferma che le disposizioni di cui al rito Fornero «si applicano alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 St. lav.», mentre il comma 48 dispone che «la domanda avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento di cui al comma 47 si propone con ricorso al tribunale in funzione di giudice del lavoro». Il comma 51, dunque, non fa altro che ribadire, anche in fase di opposizione, il divieto di proporre domande diverse da quelle relative all'impugnazione del licenziamento, ma non prescrive il divieto di proporre domande di impugnativa del licenziamento diverse da quelle avanzate con il ricorso sommario.

In secondo luogo, come è stato autorevolmente sostenuto in dottrina, il riferimento, contenuto nell'art. 1, comma 51, l. 92/2012 ai medesimi fatti costitutivi (requisito la cui sussistenza, come si è visto, legittima la proposizione di domande diverse nell'ambito della fase di opposizione) «non è troppo felice ed è da intendersi con una certa elasticità, poiché tra domande diverse l'identità dei fatti costitutivi non può che essere parziale»⁵²⁸, dunque sarebbe auspicabile conferire, in via interpretativa, al giudice il potere di effettuare una valutazione caso per caso⁵²⁹.

licenziamento per motivi diversi da quelli dedotti in ricorso, pare potersi dire consolidato, essendo stato confermato in numerose successive pronunce di legittimità.

⁵²⁶ E. Sartor, *op.cit.*, 614.

⁵²⁷ E. Raimondi, *Il rito per i licenziamenti tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 1, 102; *contra* F. M. Giorgi, *Rito Fornero: la giurisprudenza di legittimità sul rapporto tra le due fasi e cenni sull'interferenza del rito fallimentare*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2016, 7, 641, secondo cui se il comma 48 si limitasse a vietare l'espansione del rito a pretese non attinenti al licenziamento sarebbe pleonastica, essendo tale regola già prevista nel comma 47.

⁵²⁸ G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Laterza, Bari, 2019, 56; F. Luiso, *Il processo speciale per l'impugnazione del licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 1, 13, il quale rileva che vi possono infatti essere domande identiche fondate su diversi fatti costitutivi, ma non anche domande diverse fondate sui medesimi fatti costitutivi. Su tali aspetti cfr. A. Vallebona, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, in F. P. Luiso - R. Tiscini - A. Vallebona, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, cit., 18 ss.; A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, cit., 73 ss.

⁵²⁹ C. Buonocore, *op.cit.*, 33 ss.

In terzo luogo, non si comprende la ragione per cui la giurisprudenza abbia applicato restrittivamente i principi enunciati dalla Consulta nel 2015⁵³⁰ con riferimento alle modifiche delle domande in fase di opposizione e non anche con riferimento all'introduzione di nuove eccezioni da parte del resistente opposto. La Suprema Corte ha, infatti, ritenuto ammissibile l'eccezione di decadenza dall'impugnativa del licenziamento sollevata per la prima volta dal resistente nella memoria di costituzione nel giudizio di opposizione, sul presupposto che in questa fase ben può essere ampliato il *thema decidendum* (non solo *probandum*) già sottoposto al giudice in sede di urgenza⁵³¹. Pare dunque che, secondo la Cassazione, per le eccezioni in senso stretto non scatti alcuna preclusione, né allegatoria né probatoria, rispetto alla memoria difensiva della fase sommaria, nemmeno nel caso in cui tali eccezioni siano fondate su elementi di fatto prima non dedotti, come, appunto, la decadenza del lavoratore dalla facoltà di impugnativa del licenziamento⁵³². Il che costituisce, all'evidenza, un'ingiustificata disparità di trattamento, per giunta in danno della parte debole del rapporto di lavoro.

A parere di chi scrive, gli argomenti critici che si sono poco sopra formulati non esimono dall'affrontare il problema in una prospettiva più ampia. Si è già osservato, a più riprese, che l'accertamento della verità dei fatti rappresenta uno dei più importanti capisaldi dei valori indispensabili per la realizzazione di un processo giusto, specie se si tratta di tutelare il posto di lavoro⁵³³. Sarebbe dunque utile, al fine di rimeditare l'approccio eccessivamente formalistico adottato dai giudici di legittimità, innanzitutto riflettere sul monito della dottrina, secondo la quale un processo che preveda «preclusioni che scattano subito ... è un processo irrazionale e non interessato alla giustizia sostanziale»⁵³⁴, a maggior ragione in un rito in cui vengano in gioco fondamentali valori costituzionali e nell'ambito del quale viene preclusa, proprio alla parte debole del rapporto, la possibilità di sollevare ulteriori motivi di nullità del provvedimento espulsivo censurato come illegittimo. Gli strumenti a disposizione dell'interprete non mancano, al fine di patrocinarne una lettura più equilibrata come quella che qui si propone. Senza ulteriormente scomodare i precetti costituzionali a più riprese citati - tutela del lavoro, ricerca

⁵³⁰ Di cui si è parlato al paragrafo precedente.

⁵³¹ Cass., 11 dicembre 2015, n. 25046, cit..

⁵³² E. Sartor, op.cit., 614.

⁵³³ Nel senso che il processo deve tendere, ove il vizio processuale sia sanabile, ad una decisione di merito e limitare le pronunce di rito ai casi strettamente necessari, I. Pagni, *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno 2012, n. 92: note brevi sul nuovo rito in materia di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 350.

⁵³⁴ F. Cipriani, *Prefazione*, in F. Cipriani - G. Monteleone, *La riforma del processo civile*, Cedam, Padova, 2007, VI.

della verità nell'ambito del processo, effettività dei diritti, i quali dovrebbero pur sempre guidare le scelte dell'interprete -, sarebbe infatti sufficiente prendere atto, *sic et simpliciter*, che l'art. 1 l. 92/2012 richiama l'art. 414 c.p.c. soltanto con riferimento alla fase di opposizione a cognizione piena, dunque le preclusioni – non solo nelle deduzioni, ma anche nelle allegazioni – dovrebbero scattare solo a seguito del deposito del ricorso in opposizione. Eppure, paradossalmente e beffardamente accade, nell'ambito di un rito dichiaratamente introdotto a tutela del lavoratore, che quest'ultimo non soltanto si trovi costretto ad impugnare il licenziamento nei serratissimi termini di sessanta e centottanta giorni⁵³⁵, ma anche che ove lo stesso - a causa della brevità dei termini concessi, del non immediato compiuto riscontro dei fatti rilevanti o di qualsivoglia altra ragione - sia incorso in un errore od anche solo in un'imprecisione nelle proprie allegazioni (per giunta nell'ambito del ricorso introduttivo di una fase procedimentale a cognizione sommaria) il diritto invocato in giudizio rischi di rimanere irrimediabilmente vanificato.

8. *L'utilizzabilità del procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. per l'impugnazione dei licenziamenti.*

Un cenno merita, infine, il procedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, considerato il ruolo saliente svolto con riferimento all'anticipazione, dunque all'effettività della tutela, del diritto al lavoro nelle controversie *de quibus* dal 1970 in poi. Come evidenziato dalla dottrina, il provvedimento d'urgenza in quegli anni ha infatti iniziato ad acquisire una centralità, nella giurisdizione del lavoro, che non avrebbe più abbandonato⁵³⁶: una «forma di tutela cautelare precisamente coordinata ad uno stato di bisogno dell'istante che, non potendo materialmente attendere il riconoscimento del suo diritto, può essere garantito solo anticipando provvisoriamente quel riconoscimento»⁵³⁷.

Il rimedio previsto dalla norma in esame è posto a presidio dei diritti della personalità, delle libertà costituzionalmente protette e dei bisogni primari dell'individuo⁵³⁸. Con riferimento alla tematica di nostro interesse, è stato evidenziato che l'insieme formato da «provvedimenti

⁵³⁵ Rispettivamente previsti, per l'impugnazione stragiudiziale e quella giudiziale, dall'art. 32 l. 183/2010.

⁵³⁶ I. Pagni, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, cit., 371.

⁵³⁷ M. Pedrazzoli, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1046.

⁵³⁸ I. Pagni, *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro*, cit., 923.

d'urgenza, provvisoria esecuzione, e provvisoria», quali «strumenti processuali che, in linea teorica, possono sistematizzarsi come idonei a sopperire alla particolare necessità di “far presto” esistente nel processo del lavoro»⁵³⁹, è divenuto la cornice non solo della tutela nei confronti del licenziamento illegittimo, ma anche delle liti concernenti quelle situazioni (in materia di mansioni e qualifiche, sicurezza del lavoro, salute, ecc.) che presentano «un grado di deteriorabilità e di irreversibilità ancora più accentuato di quello proprio delle situazioni controverse a fine rapporto (a parte quelle collegate alla reintegra) e che esigono perciò più delle altre un processo veloce»⁵⁴⁰.

Della compatibilità tra procedimento d'urgenza e rito ordinario del lavoro non si è mai dubitato, così come dell'utilizzabilità del primo nell'ambito delle controversie per l'impugnazione dei licenziamenti. L'atipicità dello strumento di cui all'art. 700 c.p.c. – che non impone al giudice di adottare un provvedimento corrispondente a quello che prevedibilmente sarà il contenuto della sentenza, ma solo di emettere i provvedimenti più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito⁵⁴¹ – abilita infatti senz'altro il giudicante ad emettere una pronuncia di reintegrazione *ante causam*.

Le questioni affrontate nel tempo dalla giurisprudenza hanno riguardato, innanzitutto, la possibilità per il lavoratore di richiedere al datore il pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione prevista dal comma 5 dell'art. 18 st. lav. a seguito di un'ordinanza di reintegrazione nel posto di lavoro emessa in via cautelare *ex art. 700 c.p.c.*. La Corte di cassazione, dopo aver inizialmente affermato che le diversità non solo strutturali ma anche funzionali dell'ordine di reintegrazione emesso ai sensi dell'art. 18 l. n. 300 del 1970, rispetto al provvedimento che ordina il ripristino del rapporto *ex art. 700 c.p.c.*, escludono che il provvedimento di urgenza consenta l'opzione per la indennità sostitutiva in luogo della reintegrazione nel posto di lavoro⁵⁴², è infine giunta a conclusioni differenti, ritenendo ammissibile l'esercizio dell'opzione anche all'esito della pronuncia cautelare⁵⁴³. In passato, la Suprema Corte aveva peraltro già precisato che tale facoltà di opzione non può ritenersi

⁵³⁹ M. Pedrazzoli, *op.ult.cit.*, 1038.

⁵⁴⁰ I. Pagni, *op.loc.ult.cit.*, che evidenzia altresì come « L'eliminazione del nesso di strumentalità strutturale che, fino al 2005, e con l'eccezione del diritto societario, aveva legato la tutela sommaria alla cognizione piena, imponendo al ricorrente vittorioso di intraprendere il giudizio di merito nel termine previsto a pena di decadenza dall'art. 669-*octies*, c.p.c., ha dato un ulteriore impulso alla rapidità della tutela, offrendo l'opzione di una cautela ottenuta in via di tutela sommaria in luogo del pieno accertamento con efficacia di giudicato, ove entrambe le parti siano disposte a rinunciarvi».

⁵⁴¹ Cass., 16 giugno 1998, n. 6005, in *Giust.civ.*, 1998, I, 3089.

⁵⁴² Cass., 25 gennaio 2005, n. 1431, in *DRI*, 2005, 785

⁵⁴³ Cass., 25 febbraio 2011, n. 1690, in *DL Riv. critica dir. lav.*, 2011, 1, 195

consumata né per effetto della richiesta di provvedimento cautelare di reintegrazione, né per effetto della ripresa del lavoro conseguente al provvedimento stesso⁵⁴⁴, con la conseguenza che il lavoratore, reintegrato in via d'urgenza, potrà sempre richiedere l'indennità sostitutiva all'esito della pronuncia di merito. D'altro lato, non paiono esservi dubbi sul fatto che, in ipotesi di reintegrazione del disposta con provvedimento ai sensi dell'art. 700 c.p.c., «la successiva revoca con la decisione di merito dichiarativa della legittimità del licenziamento comporta la caducazione degli effetti del provvedimento stesso, che incide immediatamente sull'esecuzione dell'ordine di reintegrazione, escludendo il permanere del relativo obbligo», sicché da tale momento l'estromissione del lavoratore dall'azienda non richiede un autonomo atto di esercizio della facoltà del datore di lavoro di recedere dal rapporto, ben potendo derivare dal legittimo rifiuto del datore medesimo di continuare ad adempiere a tale obbligo⁵⁴⁵.

Un'interessante questione sotto il profilo dell'effettività riguarda l'idoneità della proposizione del procedimento d'urgenza ai fini dell'impedimento del termine di decadenza di 180 giorni per l'impugnazione giudiziale del licenziamento di cui all'art. 6, comma 2, della legge 604/1966 (come novellata dall' articolo 32 della legge 183/2010). Al riguardo, la Corte di cassazione aveva adottato un'impostazione restrittiva, sostenendo che fosse necessaria la proposizione di un giudizio ordinario, ossia di un ricorso *ex* articolo 414 del codice di procedura civile, nell'ambito del quale, eventualmente, proporre un'istanza cautelare *ex* articolo 700 del codice di procedura civile⁵⁴⁶. Sul punto è tuttavia recentemente intervenuta la Corte costituzionale⁵⁴⁷, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell' art. 6, comma 2, l. 15 luglio 1966, n. 604, come sostituito dall' art. 32, comma 1, l. 4 novembre 2010, n. 183, «nella parte in cui non

⁵⁴⁴ Cass., 16 giugno 1998, n. 6005, in *Gius. Civ.* 1998 ,I, 3089

⁵⁴⁵ Cass., 7 dicembre 1991, n. 13181, in *Giust. civ.* 1992 , I, 3113.

⁵⁴⁶ Cass., 6 dicembre 2018, n. 31647, in *Guida al diritto* 2019, 17, 55, la quale ha specificato che la soluzione antecedente «si giustificava in relazione alle peculiari caratteristiche del rito Fornero, prevedendosi altresì un canale preferenziale per le relative controversie, mentre tale ratio non era in sè trasponibile in relazione alle fattispecie, come quella in questione, alle quali il rito Fornero fosse inapplicabile»; v. anche Cass., 14 luglio 2016, n. 14390 e Cass., 7 novembre 2017, n. 26309, entrambe in *DeJure*

⁵⁴⁷ C. Cost., 14 ottobre 2020, n. 212, in *Guida al diritto* 2020, 43, 30, secondo cui « la giurisprudenza di questa Corte ha più volte riconosciuto che la tutela cautelare è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e, pur potendo venire variamente configurata e modulata, essa è necessaria e deve essere effettiva (sentenze n. 236 del 2010, n. 403 del 2007; n. 165 del 2000, n. 437 e n. 318 del 1995, n. 190 del 1985; ordinanza n. 225 del 2017), costituendo espressione paradigmatica del principio per il quale «la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione» (sentenza n. 253 del 1994). Essa, infatti, in quanto preordinata ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, e in particolare a non lasciare vanificato l'accertamento del diritto, costituisce uno strumento fondamentale e inerente a qualsiasi sistema processuale, anche indipendentemente da una previsione espressa (sentenza n. 403 del 2007)».

prevede che l'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di centottanta giorni, oltre che dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato, anche dal deposito del ricorso cautelare anteriore alla causa ai sensi degli artt. 669-bis , 669-ter e 700 c.p.c.» , essendo irragionevole escludere che la proposizione del ricorso cautelare possa impedire la decadenza dall'impugnativa del provvedimento datoriale. Tale pronuncia acquisisce importanza anche sistematica, ivi affermandosi l'importante principio secondo cui «nel processo del lavoro la tutela cautelare riveste un'importanza peculiare in quanto il ritardo della risposta di giustizia comporta un pregiudizio particolarmente grave, atteso che le controversie regolate dagli artt. 409 c.p.c. e seguenti hanno spesso ad oggetto situazioni sostanziali di rilievo costituzionale in quanto attinenti alla dignità del lavoro». Viene dunque ulteriormente ribadita l'importanza di una tutela effettiva nell'ambito delle controversie di lavoro, ed in particolare in quelle di impugnativa dei licenziamenti, nell'ambito della quale la tutela cautelare assume un ruolo tutt'altro che secondario. A seguito di tale pronuncia, la Corte di cassazione ha mutato il proprio precedente orientamento, allineandosi a quanto statuito dalla Corte costituzionale⁵⁴⁸.

Se sulla compatibilità tra procedimento d'urgenza e rito ordinario del lavoro non si è mai posta alcuna questione, alcune considerazioni merita invece la *vexata quaestio* dell'utilizzabilità del procedimento *de qua* nell'ambito del rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti di cui alla l. 92/2012. La dottrina, sin dai tempi immediatamente successivi all'approvazione della suddetta legge, ha evidenziato come la fase iniziale del giudizio di primo grado di cui all'art. 1, cc. 47 ss., l. 92/2012, sia semplificata e sommaria, ma non già cautelare in senso stretto, nel senso che non occorre la prova di alcun concreto *periculum*, essendo l'urgenza preventivamente ed astrattamente valutata dal legislatore in considerazione del tipo di controversia⁵⁴⁹. Conseguentemente, in astratto non può escludersi un ricorso cautelare *ex art. 700 c.p.c.*, sebbene, nell'ambito di tale procedimento, il requisito del *periculum* debba essere valutato con notevole rigore in considerazione della rapidità che contraddistingue la fase sommaria tipica, «sicché il pregiudizio irreparabile dovrebbe essere così imminente da non poter essere evitato con un provvedimento emesso in un paio di mesi»⁵⁵⁰. L'urgenza potrebbe, in determinati casi, legittimare anche l'emanazione di un provvedimento cautelare *inaudita altera parte* in ambito

⁵⁴⁸ Cass., 15 febbraio 2021, n. 3818, in *Giust.civ.mass. 2021*

⁵⁴⁹ G. Amoroso, *op.cit.*, 19.

⁵⁵⁰ R. Rivero, *Indicazioni ...*, cit., 19.

di rito Fornero, nei casi in cui l'urgenza sia particolarmente impellente⁵⁵¹. Ove si considerino l'essenzialità e complementarietà della tutela cautelare rispetto alla tutela di tutte le situazioni giuridiche, non si può dunque escludere *a priori* - in presenza di *periculum* - l'utilità del ricorso alla tutela cautelare, posto che «ogni situazione giuridica deve poter trovare un suo momento cautelare»⁵⁵². Altrove la questione è stata risolta in termini più perentori. Si è rilevato che, poiché la funzione “non cautelare” del procedimento Fornero è indubbia, in considerazione del fatto che nessuna norma che lo riguarda fa riferimento al *periculum in mora*, ne consegue che la tutela cautelare deve ritenersi pienamente compatibile con esso⁵⁵³. Del resto, la stessa Corte di cassazione sopra citata⁵⁵⁴, nell'affermare – prima dell'intervento correttivo della Corte costituzionale – che il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* in ambito di rito Fornero non è idoneo ad impedire la decadenza, ammette implicitamente la compatibilità dello strumento d'urgenza con il procedimento speciale.

In senso parzialmente contrario si è evidenziato che, nell'ambito di tale procedimento, il ricorso all'art. 700 c.p.c., se non può essere *a priori* escluso, potrebbe risultare complicato, in particolare per le difficoltà di coniugare il danno grave e irreparabile con i tempi – sulla carta molto rapidi - della fase sommaria⁵⁵⁵. La medesima dottrina ammette tuttavia che non si possa nemmeno escludere che, sia pure in casi estremi, il *periculum* richiesto dall'art. 700 c.p.c. potrebbe ricorrere anche nel caso in cui il licenziamento sia sanzionato soltanto con l'indennità risarcitoria, specialmente nei casi in cui la situazione soggettiva del lavoratore sia tale da non consentirgli di attendere i tempi necessariamente lunghi imposti dalla cognizione piena per

⁵⁵¹ R. Rivero, *op.loc.ult.cit.*, il quale fa l'esempio del licenziamento illegittimo intimato in prossimità di una progressione di carriera non ripetibile.

⁵⁵² Corte cost. n. 326 del 1997. Come osservava Satta, «l'idea della cautela è un'idea non giuridica e quindi ispiratrice di un'infinità di norme, se non di tutte poiché non c'è norma che non sia dettata da ragioni di cautela».

⁵⁵³ F. P. Luiso, *La disciplina processuale speciale*, cit., 2, che evidenzia altresì che «ciò è evidente per la tutela cautelare conservativa (si pensi alla eventualità di un sequestro conservativo); ma anche la tutela di urgenza *ex art. 700 c.p.c.* può essere richiesta in relazione alle controversie, oggetto del procedimento in questione. La (tendenziale, nelle intenzioni del legislatore) maggior celerità del procedimento, infatti, riduce ma non annulla del tutto il *periculum in mora*. Sicché ben è possibile che il dipendente licenziato richieda i provvedimenti di urgenza idonei a impedire il pregiudizio che gli deriverebbe da un provvedimento che, nella migliore delle ipotesi, potrà essere pronunciato non prima di quaranta giorni. In altri termini, l'utilizzabilità di un procedimento sommario non impedisce *de iure* la richiesta di un provvedimento cautelare ma esige una particolare cura nella valutazione del *periculum in mora*, sì da rendere assai esiguo il margine di ammissibilità della tutela di urgenza. Sempre, s'intende, che i termini previsti dal legislatore siano di fatto rispettati».

⁵⁵⁴ Cass., 6 dicembre 2018, n. 31647, cit., Cass., 14 luglio 2016, n. 14390, cit. e Cass., 7 novembre 2017, n. 26309, cit.

⁵⁵⁵ D. Borghesi, *op.cit.*, 7.

ottenere un titolo esecutivo⁵⁵⁶. Tale approdo è coerente con la considerazione secondo cui anche i diritti di credito, e non soltanto i diritti assoluti, sono suscettibili di tutela d'urgenza qualora essi sottostiano a situazioni strumentali finalizzate a soddisfare interessi a loro volta suscettibili di rimanere lesi in modo irreparabile, come il diritto di credito dell'alimentando ed il diritto di credito del lavoratore il quale sia privo di altre fonti di sostentamento⁵⁵⁷. Del resto, il procedimento *ex art. 700 c.p.c.* è ritenuto comunemente ammissibile dalla giurisprudenza anche a tutela dei crediti pecuniari di lavoro, nella misura in cui detti crediti siano necessari per assicurare il bene dell'esistenza libera e dignitosa del lavoratore *ex art. 36 Cost.* Il che vale, in particolare, quando dal ritardo nel pagamento della retribuzione possa derivare un pregiudizio non altrimenti riparabile⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ D. Borghesi, *op.cit.*, 7.

⁵⁵⁷ F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 282; v. anche R. Francaviglia, *L'art. 700 c.p.c. in materia di lavoro*, in E. Brandolini (a cura di), *700 c.p.c. - Strategie processuali ed ambiti applicativi (Il diritto applicato)*, Cedam, Padova, 2011, 88 ss., secondo cui nemmeno la previsione dell'ordinanza di pagamento di somme a titolo di provvisoria *ex art. 423*, comma 2, c.p.c. può escludere il rimedio di cui all'art. 700 c.p.c., attesa la diversità dei presupposti per cui tale ordinanza prescinde dal *periculum in mora*

⁵⁵⁸ Trib. Potenza, ord. 30.5.2010, in *DeJure*; Cass. 2 settembre 1997, n. 8373, in *Giust. civ. Mass. 1997*, 1601; Pret. Roma 30 luglio 1974 e Pret. Roma 6 luglio 1987, in *Foro it. 1988*, I, 3463; Trib. Modena, ord. 5 maggio 2005, in *Redazione Giuffrè 2008*; Trib. Reggio Calabria, 10 febbraio 2010, n. 21, in *Redazione Giuffrè 2010*, secondo cui «La tutela cautelare del credito pecuniario è da ritenersi ammissibile quando tale credito è destinato a soddisfare esigenze fondamentali di sopravvivenza (nel caso di specie la retribuzione del lavoratore dipendente è l'unica fonte di sostentamento della propria famiglia)». In ipotesi di licenziamento ma con riferimento alla retribuzione, la giurisprudenza di merito ha poi ritenuto che «l'esistenza del *periculum in mora* debba essere accertata caso per caso in relazione all'effettiva situazione socioeconomica del lavoratore, sicché il ricorrente è tenuto ad allegare e provare circostanze (in ordine alla sua situazione familiare, alla necessità di affrontare spese indilazionabili, alla compromissione del suo equilibrio psico-fisico) dalle quali emerga che la perdita del posto di lavoro o la mancata assunzione e quindi la conseguente perdita (o mancata acquisizione) della retribuzione possa configurarsi come fonte di pregiudizio irreparabile, così da permettere alla controparte l'esercizio di un'effettiva difesa ed al giudice di operare una verifica finalizzata alla tutela di un pregiudizio concretamente e non teoricamente irrimediabile, non potendo il *periculum in mora* reputarsi esistente *in re ipsa* neppure nel fatto stesso della disoccupazione, poiché, in caso contrario, ogni licenziamento integrerebbe il pregiudizio imminente ed irreparabile» (Trib. S. Maria Capua Vetere, Sez. lav., 13 maggio 2010, in *Redazione Giuffrè 2011*). Trib. Firenze, 17 ottobre 2012, in www.diritto.it, 19 novembre 2012, con commento di M. Rinaldi, Il procedimento cautelare d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* in materia di lavoro e “compatibilità” con il “nuovo rito veloce” previsto dalla Riforma Fornero (L. 92/2012), ha inoltre precisato che: a) il rito *ex L. 92/2012* è facoltativo, ed è compito della parte scegliere se – per il proprio caso – sia più utile tale rito oppure il classico *ex art. 414 c.p.c.*; b) il datore di lavoro ha facoltà di utilizzare il nuovo rito per ottenere in tempi ridotti l'accertamento della legittimità del licenziamento intimato; c) l'esistenza del nuovo rito veloce non elimina la tutela d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* che continua a sopravvivere; d) sono inammissibili tutti i ricorsi rientranti nella tutela obbligatoria o aventi ad oggetto la richiesta di costituzione del rapporto per nullità della clausola oppositiva del termine; e) nel nuovo rito il regime delle preclusioni e delle decadenze è alleggerito in quanto non si decade dalla prova ma le parti devono offrire una completa prospettazione dei fatti costitutivi, modificativi, impeditivi ed estintivi. Altrove si è affermato che «anche con riferimento a controversie in

In conclusione, il provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* risulta senz'altro utilizzabile anche nelle controversie per l'impugnazione dei licenziamenti, tanto nell'ambito del rito ordinario del lavoro quanto nel rito Fornero (sebbene in quest'ultimo caso la valutazione del *periculum* debba essere effettuata con maggior rigore). Lo strumento in esame è destinato a rivestire una rinnovata importanza nella materia che ci riguarda, a seguito dell'abrogazione, ad opera del d.lgs. 23/2015, del rito di cui all'art. 1, cc. 47 ss., l. 92/2012, per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015. In tutte quelle situazioni in cui il *periculum* derivi dallo stato di bisogno del lavoratore - a maggior ragione qualora egli costituisca l'unica fonte di reddito della propria famiglia - il procedimento d'urgenza è l'unico suscettibile di fornire una tutela celere, in grado di anticipare la tutela del diritto al lavoro e, mediatamente, ad un'esistenza libera e dignitosa. Simmetricamente, un approccio restrittivo, da parte della giurisprudenza, nei confronti dell'utilizzabilità del provvedimento in esame, potrebbe condurre ad un grave *vulnus* nei confronti di soggetti economicamente e socialmente deboli, così pregiudicando l'effettività non soltanto della tutela avverso i licenziamenti, ma altresì dei diritti della personalità, delle libertà costituzionalmente protette e dei bisogni primari dell'individuo⁵⁵⁹.

materia di lavoro, il giudice è tenuto a valutare l'urgenza di ottenere il provvedimento e le conseguenze sul piano dell'imminenza e dell'irreparabilità del danno derivanti dalla situazione antiggiuridica protratta nel tempo: non è cioè sufficiente la qualità di lavoratore o l'asserita violazione di un diritto del lavoratore per giustificare l'adozione di un provvedimento di urgenza, rilevando invece le condizioni personali e la fattispecie nella sua concretezza e contingenza» (Trib. Palermo, 17 luglio 2018, in *Redazione Giuffrè 2018*).

⁵⁵⁹ I. Pagni, *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro*, cit., 923.

4. CONCLUSIONI

1. Il declino delle tutele in materia di licenziamenti; 2. Le cause politiche, sociali ed economiche della compressione di tutele; 3. La c.d. economicizzazione del diritto del lavoro; 4. Cenni comparatistici: la compressione di tutele nel sistema spagnolo; 5. Prospettive future: per una tutela “reale”.

1. *Il declino delle tutele in materia di licenziamenti*

Alla luce di tutto quanto evidenziato nei capitoli che precedono, ben si può affermare che, nel corso dell'ultimo decennio, abbia avuto luogo una repentina compressione delle tutele per il lavoratore illegittimamente licenziato, dovuto principalmente alle recenti riforme legislative, ma anche ad una serie di *revirement* della giurisprudenza di legittimità. Il principio di effettività della tutela avverso i licenziamenti illegittimi – il quale aveva assunto, quantomeno negli ultimi cinquanta anni, un ruolo-cardine in ambito giuslavoristico⁵⁶⁰ - ha, di tal guisa, “perso lustro in un solo lustro”, iniziato con la l. 183/2010 e conclusosi con il d.lgs. 23/2015. Il sistema introdotto con le leggi n. 300/1970⁵⁶¹ e 533/1973⁵⁶² vedeva infatti, sul piano sostanziale, una serie di tutele molto incisive, con la tutela reintegratoria quale strumento preferenziale di protezione in caso di licenziamento illegittimo. Corrispettivamente, sul piano processuale, il legislatore aveva dato vita ad un processo molto più efficiente ed effettivo di quello civile ordinario, tanto in relazione ai tempi di definizione delle controversie, quanto sotto il profilo dell'idoneità a garantire i diritti coinvolti nel rapporto di lavoro⁵⁶³. Il carattere comune di tali peculiarità era costituito proprio dalla loro idoneità ad incidere direttamente o indirettamente sui poteri e le prerogative imprenditoriali, al fine di garantire la piena fruibilità di diritti fondamentali del lavoratore illegittimamente negati⁵⁶⁴.

Tale paradigma di ipereffettività della tutela giuslavoristica appare oggi, a seguito delle recenti “tempeste normative”, fortemente compromesso⁵⁶⁵, se non addirittura irrimediabilmente pregiudicato⁵⁶⁶. Si è iconicamente evidenziato come la stagione presente segni in maniera marcata la parabola discendente dello Statuto dei lavoratori⁵⁶⁷ e come la strada scelta dal legislatore sia caratterizzata da un percorso «erosivo e di retromarcia, di smantellamento di

⁵⁶⁰ I. Pagni, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *DPA*, 2016, 401 ss.

⁵⁶¹ Statuto dei Lavoratori.

⁵⁶² Riforma del processo del lavoro.

⁵⁶³ V. Speciale, *La trasformazione del diritto del lavoro*, in *ADL*, 4/2016, 719 ss.

⁵⁶⁴ V. Speciale, *op.loc.ult.cit.*

⁵⁶⁵ R. Del Punta – B. Caruso, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, in *ADL*, 2016, 4, 645 ss.

⁵⁶⁶ L. Mariucci, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *ADL*, 2016, 4, 585 ss.

⁵⁶⁷ M. T. Carinci, *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, *cit.*, 27 ss.

tutele, con restituzione secca di margini di potere al datore di lavoro»⁵⁶⁸. Il principio di effettività – che vedeva nell’ordine di reintegrazione a seguito di licenziamento illegittimo di cui all’art. 18 dello Statuto dei Lavoratori il proprio vessillo – pare aver progressivamente ceduto terreno al contrapposto principio di certezza del diritto, peraltro inteso non in senso tradizionale, come prevedibilità della decisione giurisdizionale allo scopo di soddisfare l’esigenza della parità di trattamento di casi analoghi, quanto piuttosto come insindacabilità della scelta imprenditoriale e sostituzione del controllo giudiziale con un mero filtro monetario⁵⁶⁹. In tale ottica, emblematico è stato il superamento, ad opera del d. lgs. 23/2015⁵⁷⁰, del sistema di tutele di natura ripristinatoria di cui all’art. 18 St. lav., mediante l’introduzione di un meccanismo risarcitorio - c.d. contratto a tutele crescenti - in cui il danno da licenziamento illegittimo è esattamente determinabile *a priori*; ciò a discapito della prevalente interpretazione dottrinale dell’art. 24 della Costituzione, secondo cui l’obbligo di attivare il rimedio specifico si impone, a preferenza del rimedio per equivalente, ogniqualvolta il risultato avuto di mira sia possibile e utile per chi lo propone⁵⁷¹.

Se con il contratto a tutele crescenti appare dunque essersi completata la stagione del “diritto del lavoro prevedibile”⁵⁷², vi è tuttavia da rilevare come la soccombenza del principio di effettività in favore della certezza-prevedibilità (come sopra intesa) si fosse in realtà già manifestata in occasione di precedenti riforme: si considerino, tra le altre, la prima compressione delle ipotesi di reintegrazione di cui all’art. 18 St. Lav. - e relativa previsione di conseguenze di natura meramente indennitaria - operata dalla l. 92/2012 (su cui la dottrina è tendenzialmente concorde nel rilevare come la riforma fosse guidata dal “canone della prevedibilità”⁵⁷³) e la graduale eliminazione dell’obbligo di apporre le c.d. *causali* ai contratti a tempo determinato e di somministrazione di manodopera. In tempi ancor meno recenti, un esplicito affronto del legislatore al principio di effettività era stato posto in essere con la l. 69/2009, la quale opportunamente aveva introdotto nell’ordinamento italiano il meccanismo delle c.d. *astreintes* di cui all’art. 614 *bis* c.p.c., ma ne aveva sancito l’inutilizzabilità proprio in

⁵⁶⁸ F. Liso, op.cit., 19.

⁵⁶⁹ V. Speciale, op.ult.cit., 719 ss.

⁵⁷⁰ Seppur solo per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015.

⁵⁷¹ I. Pagni, op.ult.cit., 401 ss.

⁵⁷² F. Martelloni, *Stagione 183: prevedibilità del diritto del lavoro e sue perversioni*, in *Lavoro e diritti*, 2015, 54 ss.

⁵⁷³ R. Del Punta, *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2014, 1; M. V. Ballestrero, *La riforma del lavoro*, cit., 39 ss; P. Tullini, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, cit., 291-316; F. Martelloni, op.loc.ult.cit.

materia di lavoro, al punto da indurre la dottrina a sollevare dubbi di costituzionalità della norma per violazione degli artt. 3 e 24 Cost.⁵⁷⁴.

In tale visione “aziendalistica” del diritto del lavoro, anche il giudice è stato considerato dal legislatore come un mero “fattore di imprevedibilità”⁵⁷⁵: così, già a partire dalla l. 183/2010, hanno preso forma una serie di misure finalizzate a scoraggiare il ricorso al tribunale o comunque a limitare le prerogative del giudice togato, promuovendosi il ricorso a forme di composizione alternativa delle controversie di lavoro, predeterminando il *quantum* risarcitorio in caso di ricorso abusivo a tipologie contrattuali flessibili ed introducendo termini di decadenza particolarmente stringenti per l’impugnazione dei licenziamenti e dei contratti precari, in tal modo fortemente limitando l’accesso alla giustizia del lavoro.

Preso atto di quanto sopra, appare ora utile interrogarsi al fine di comprendere, da un lato, le cause di una simile repentina riduzione di tutele, dall’altro le attuali tendenze e le future prospettive della disciplina.

2. *Le cause politiche, sociali ed economiche della compressione di tutele*

La dottrina ha messo in evidenza come le cause della rilevata compressione di tutele in ambito lavoristico, con conseguente perdita di stabilità del posto di lavoro, partano da molto lontano, trovando origine nei profondi mutamenti politici, sociali ed economici che hanno avuto luogo negli ultimi decenni in Italia e, ancor più in generale, nella società occidentale.

Il diritto del lavoro, a seguito dell’approvazione delle Costituzioni nazionali del secondo dopoguerra, aveva acquisito un carattere “strutturalmente sociale”, trovando origine, al pari di tutta la legislazione sociale di tale periodo, «dai nuovi mali che la trasformazione economica del mondo ha seco addotto», così venendo a rappresentare «il principio di tutela dei diritti delle classi povere che spetta allo Stato, là dove manca l’opera del privato»⁵⁷⁶. Fondare la Repubblica italiana sul lavoro significava che «era il lavoro a causare il tipo di ordinamento che veniva fondato, ad esprimerne i principi, a determinare il senso della normazione, a dettare i contenuti delle disposizioni normative, a disegnare le istituzioni necessarie per realizzare e sviluppare quel senso dell’ordinamento idoneo a tradurlo nel suo dover essere»⁵⁷⁷. Già a pochi anni dalla sua approvazione, fu posto in risalto il carattere “lavorista in quanto sociale” della Costituzione

⁵⁷⁴ C. Mandrioli – A. Carratta, *Come cambia il processo civile*, Giappichelli, Torino, 2009, 101 ss.; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.*, 2010, 258; G. F. Ricci, *La riforma del processo civile*, Giappichelli, Torino, 2009, 91.

⁵⁷⁵ F. Martelloni, op.loc.ult.cit.

⁵⁷⁶ M. Minghetti, *La legislazione sociale*, in R. Gherardi (a cura di), *Scritti politici*, Carocci, Roma, 1986, 775.

⁵⁷⁷ G. Ferrara, *La Costituzione: dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006, 271.

italiana⁵⁷⁸: costituzionalizzando il lavoro, si costituzionalizzava il contrappeso democratico dell'economia capitalista, il contrappeso della libera iniziativa economica⁵⁷⁹.

Nell'epoca tra la fine della seconda guerra mondiale e la metà degli anni Settanta (i c.d. "Trenta gloriosi" del diritto del lavoro), il sistema capitalista si era così attrezzato per realizzare un'accettabile redistribuzione della ricchezza, in un momento storico in cui il potere contrattuale dei lavoratori aveva portato ad una buona crescita dei livelli salariali, a sua volta motore per l'incremento dei consumi, e quindi dell'occupazione e della forza contrattuale dei lavoratori⁵⁸⁰. Si era realizzata così una "spirale virtuosa", nell'ambito di un confitto garantito e protetto anche dalla Costituzione italiana, di stampo prettamente sociale e volta a rimuovere gli ostacoli alla realizzazione del principio di parità sostanziale di cui all'art. 3, c.2, Cost. Tale bilanciamento aveva luogo non soltanto fuori dal mercato, con gli strumenti dello Stato sociale, ma anche *nel* mercato, attraverso il bilanciamento della debolezza economico-sociale con la forza giuridica delle classi meno abbienti⁵⁸¹. Si era in tal modo assicurato un consenso maggioritario all'ordine economico ed un accettabile equilibrio tra capitalismo e democrazia, alimentato anche dalla contrapposizione tra blocchi capitalista e socialista, che ha indotto il primo a competere con il secondo anche mostrando un "volto umano" e, appunto, sociale⁵⁸².

Il crollo del Muro di Berlino ha portato alla fine di tale equilibrio e all'emersione di due modelli di capitalismo: quello neoamericano, i cui principali esponenti politici furono Ronald Reagan e Margaret Thatcher, e quello renano, proprio dell'esperienza tedesca e riferibile al modello keynesiano. La caratteristica del modello neoamericano fu quella di degradare la relazione di lavoro ad una relazione di mercato qualsiasi, mentre secondo il modello renano quest'ultima costituisce un rapporto stabile e duraturo. Ebbe tuttavia luogo, per una serie di ragioni che stiamo per vedere, un allineamento dei due modelli in favore del primo - una vera e propria "americanizzazione"⁵⁸³ - tanto che l'idea di un rapporto di lavoro stabile costituisce

⁵⁷⁸ C. Mortati, op.ult.cit., 149 ss.

⁵⁷⁹ V. Bavaro, *Lineamenti sulla costituzione materiale dei diritti sociali del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2018, 2, 247.

⁵⁸⁰ A. Barba – M. Pivetti, *La scomparsa della sinistra in Europa*, Imprimatur, 2016, *passim*.

⁵⁸¹ A. Somma, *Il diritto del lavoro dopo i trenta gloriosi*, cit., 307 ss., il quale evidenzia che «Lo stato sociale fu spesso una reazione al fascismo, che fu seguito da costituzioni in cui si recupera la democrazia politica ma si discorre anche di democrazia economica, con forte enfasi sul principio di parità sostanziale, più che sullo sviluppo del mercato concorrenziale. Questo schema accomuna la Costituzioni emanate al crollo di regimi fascisti (Grecia, Italia, Portogallo, Spagna), e non è un caso che si tratti dei Paesi più vessati dalle politiche di *austerità* imposte a livello europeo, e dunque impegnati a ridurre la spesa sociale, privatizzare e liberalizzare i servizi, svalutare il lavoro».

⁵⁸² U. La Malfa, *John Maynard Keynes*, Feltrinelli, Milano, 2015, 112: «il comunismo imponeva ai Paesi dell'Occidente non solo di assicurare un adeguato livello di reddito nazionale, ma di fare in modo che la sua distribuzione non fosse troppo squilibrata»

⁵⁸³ U. La Malfa, op.loc.cit.

ormai, anche nella maggior parte dei paesi a tradizione di stampo sociale-keynesiano, un “lontano ricordo”⁵⁸⁴.

La decisione di rovesciare il modello keynesiano fu presa da parte del potere politico, il quale subì tuttavia le forti pressioni dei grandi poteri economici, che accusarono il modello del *Welfare State* di essere di ostacolo al capitale, specialmente in tempi di globalizzazione dei mercati. Gli Stati vennero indotti a privarsi del potere di “stampare moneta”, dapprima mediante la trasformazione delle banche centrali in istituzioni indipendenti dal potere politico (in Italia ciò avvenne nel 1981)⁵⁸⁵, poi mediante l’istituzione della Banca Centrale Europea e l’adozione della moneta unica. Il Trattato di Maastricht definì una politica monetaria, di competenza del livello centrale, tutta incentrata sul controllo dell’inflazione. I governi nazionali, al fine di attrarre investitori sufficientemente fiduciosi per acquistare i loro titoli di Stato, iniziarono così ad abbassare la pressione fiscale delle imprese ed abbattere il costo del lavoro⁵⁸⁶, in modo tale da evitare eccessivi indebitamenti strutturali, tali da far aumentare gli interessi sul debito in maniera incontrollabile, perdere *rating* sui mercati e fiducia degli investitori, rischiando così il *crack* finanziario ed economico. A livello europeo tale impostazione si tradusse nel c.d. *Fiscal Compact*, che impose di tradurre in disposizioni nazionali, di carattere preferibilmente costituzionale, il vincolo del pareggio di bilancio, dando così adito ad una politica di bilancio, formalmente in mano agli Stati, basata sul controllo del debito e del *deficit*, il tal modo sancendo il definitivo superamento del compromesso keynesiano e dello Stato sociale in Europa⁵⁸⁷.

Tale politica economica, definita come neoliberale, ha fatto così dell’impresa «l’ipotesi del nuovo ordine costituzionale, sostituendola al lavoro»⁵⁸⁸. Secondo tale impostazione, l’efficienza dell’impresa garantirebbe l’esistenza della stessa sul mercato, dunque l’occupazione. L’utilità sociale viene fatta dipendere dal benessere economico dell’impresa, il quale a sua volta postula la libera concorrenza⁵⁸⁹ e minime intromissioni da parte dello Stato, tanto in tema di imposizione fiscale quanto di politiche garantiste per la classe lavoratrice.

⁵⁸⁴ V. ancora A. Somma, *Il diritto del lavoro dopo i trenta gloriosi*, in *Lav. dir.*, 2018, 2, 312, il quale evidenzia che «Tra le ragioni della crisi del modello di capitalismo dei c.d. “Trenta gloriosi” si annoverano gli *shock* energetici degli anni ’70 e la decisione degli Stati Uniti di sospendere convertibilità del dollaro in oro e tornare a cambi flessibili, che ha innescato un circolo vizioso fatto di stagnazione o recessione, aumento di prezzi al consumo, inflazione, disoccupazione, debito pubblico».

⁵⁸⁵ F. Piccioni, Tutto il potere ai mercati, dunque a Draghi, in <https://contropiano.org>, 2020.

⁵⁸⁶ A. Barba – M. Pivetti, *La scomparsa della sinistra in Europa*, Imprimatur, 2016, *passim*. Tale visione era sponsorizzata dai rapporti *Doing Business* della Banca Mondiale, nonché da una relazione di J. P. Morgan, principale responsabile del crollo dei *subprime*: in questi paesi è evidente «la forza politica guadagnata dai partiti di sinistra al crollo del fascismo», si tiene in elevata considerazione la tutela dei diritti dei lavoratori e si rispetta il «diritto di protestare nel caso in cui si imprimano cambiamenti non condivisi dello *status quo*».

⁵⁸⁷ A. Somma, *Il diritto del lavoro dopo i trenta gloriosi*, in *Lav. dir.*, 2018, 2, 307 ss.

⁵⁸⁸ V. Bavaro, *L’aziendalizzazione dell’ordine giuridico-politico del lavoro*, in *Lav. Dir.*, p. 213.

⁵⁸⁹ V. Bavaro, *Lineamenti sulla costituzione materiale dei diritti sociali del lavoro*, cit., 249.

Secondo la scuola ordoliberalista, è dunque l'economia di concorrenza che permette il conseguimento congiunto del buon funzionamento dell'economia e condizioni di vita dignitose. Tali sono i medesimi concetti fatti propri dall'economia sociale di mercato: in tale visione, come evidenzia la dottrina, è il mercato, attraverso il gioco della concorrenza a rendere possibili i diritti sociali, tra cui quello al lavoro⁵⁹⁰. Si è così giunti alla costruzione di un ordine giuridico che progressivamente ha capovolto la gerarchia dei valori rispetto al costituzionalismo sociale, dando così luogo ad una «“socializzazione” dei diritti economici dell'impresa (libertà di concorrenza), che tuttavia altro non è che una “economicizzazione” dei diritti sociali del lavoro»⁵⁹¹. La base costituzionale di questo mutamento di paradigma è stata identificata dalla dottrina nel «nuovo ordine giuridico multilivello maturato in seno all'istituzionalizzazione dell'Europa tra mercato e diritti sociali»⁵⁹². Si è così evidenziato, ad esempio, che «anche a causa della primazia dell'art. 16 della Carta di Nizza (sul diritto alla libertà di impresa) rispetto all'art. 30 (sul diritto alla giustificazione del licenziamento), il bilanciamento tra libertà economica e diritti sociali pare praticamente impossibile a livello europeo»⁵⁹³. Si è già visto

⁵⁹⁰ V. Bavaro, op.ult.cit., 251.

⁵⁹¹ V. Bavaro, op.loc.ult.cit.

⁵⁹² S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna, 2003; Sciarra S., *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitti in tempi di crisi*, Laterza, Roma-Bari, 2013; si veda ancora V. Bavaro, *Lineamenti sulla costituzione materiale dei diritti sociali del lavoro*, cit. 249, il quale evidenzia, a riguardo dell'Europa, che «Fin dal Trattato di Roma, essa si fonda sul “principio di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza” (art.4) e la libertà di impresa trova sanzione nel TFUE (art. 26, 42, 49, 96, 101-107), come nella CDFUE (art. 16)».

⁵⁹³ M. D. Ferrara, *Diritto al lavoro e libertà di stabilimento: qual è il pilastro e qual è il basamento?* In *VTDL*, 2017, 1129); V. Bavaro, *Lineamenti sulla costituzione materiale dei diritti sociali del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2018, 2, 248, il quale cita la sentenza Iraklis della CGUE C 201/15, che «ha dichiarato in contrasto con il diritto UE la legge greca sui licenziamenti collettivi perché essa consente allo Stato greco, in determinate circostanze, di negare ad un'impresa l'autorizzazione al licenziamento collettivo. La legge greca di attuazione della Direttiva europea sui licenziamenti collettivi non poteva impedire ad un'impresa europea di chiudere uno stabilimento, precisando che tale impedimento avrebbe violato la libertà di stabilimento ex art. 49 TFUE». Come osserva Bavaro, «dato che la libertà di ridurre la forza-lavoro mediante licenziamento collettivo è fondata sul diritto alla libertà di impresa ai sensi dell'art. 16 della Carta di Nizza, il giudizio è presto fatto: la libertà di impresa giustifica in ogni caso il licenziamento collettivo». Cfr. altresì A. Lo Faro, *Corte di Giustizia, libertà di impresa e disciplina nazionale dei licenziamenti: un altro passo verso la limitazione delle tutele del lavoro*, in *RGL*, 2017, 2, 229, il quale ha affermato che questa sentenza «esprime un integralismo dei valori della libertà di impresa quale limite alle sovranità nazionali». Cita in seguito Cass. S.U. 302 del 2000, sui licenziamenti collettivi, che ha affermato che «in base alla nozione che si trae dalla direttiva comunitaria ... la legittimità o l'illegittimità del recesso dipendono non tanto dalle ragioni addotte dal datore di lavoro o dalle scelte di politica aziendale – essendo queste, ai sensi dell'art. 41 Cost., del tutto insindacabili – quanto alla regolarità formale del procedimento», nonché Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, cit., in tema di licenziamento individuale per motivo oggettivo, secondo cui «spetta all'imprenditore stabilire la dimensione occupazionale dell'azienda, evidentemente al fine di perseguire il profitto che è lo scopo lecito per il quale intraprende...ne consegue che non è sindacabile nei suoi profili di congruità e opportunità la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il dipendente licenziato». Conclude l'A. evidenziando che «la dogmatica si fonda sull'art. 41 Cost. ed è coerente con la dogmatica economico-politica della sentenza Iraklis, fondata sull'art. 16 della Carta di Nizza».

infatti, nel capitolo 1, che la scelta del modello sanzionatorio del licenziamento ingiustificato, alla luce della formulazione della norma comunitaria e delle clausole orizzontali della Carta di Nizza, resta discrezionale, pur entro certi parametri di ragionevolezza, non apparendo la formulazione dell'art. 30 idonea ad imporre una tutela di tipo ripristinatorio in ipotesi di licenziamento illegittimo, diversamente da quanto ritenuto da parte della dottrina⁵⁹⁴. Gli stessi giudici di Lussemburgo sono del resto disposti ad ammettere la legittimità di misure di tutela per equivalente monetario, purché esse non si traducano nel riconoscimento di un indennizzo “puramente simbolico”⁵⁹⁵.

Alla crisi economico-finanziaria del 2008, l'Europa rispose imponendo agli Stati, ed in particolare all'Italia - in cambio di aiuti economici - nuove e più incisive politiche di austerità⁵⁹⁶, tra cui la richiesta al Governo Monti di una riforma del mercato del lavoro nel senso di una maggiore flessibilità in uscita, al fine di dare sostegno alle imprese. La situazione contingente del mercato del lavoro venne così utilizzata al fine di giustificare la precarietà ed il ripristino della piena libertà di lavoro, in balia del valore reale della merce, per ampie fasce di lavoratori, «nuovamente recuperati al paradosso della libertà economica che si traduce nella piena sottomissione al dominio dell'altro, per un tempo sempre maggiore della vita di ognuno»⁵⁹⁷. La materia lavoristica venne dunque completamente rimessa in discussione, trovandosi *under fire*⁵⁹⁸ non solo sotto il profilo dell'effettività, ma anche e soprattutto sotto quello della legittimazione, essendo sempre meno compatibile con gli imperativi economici⁵⁹⁹. In tal modo si giunse, in Italia, all'approvazione della l. 92/2012, che ha aperto la stagione della progressiva erosione del sistema di tutele costruito a partire dallo Statuto dei Lavoratori del 1970⁶⁰⁰, “rimercificando” il lavoro e marginalizzando la tutela giurisdizionale dei diritti⁶⁰¹. Il paradigma costituzionale del diritto del lavoro come diritto sociale, sotto la spinta economica, è andato così incontro ad una “fase deconstituente”⁶⁰², partecipando ad un ben più ampio fenomeno di “desocializzazione del sociale”⁶⁰³.

⁵⁹⁴ Cit. da D. Izzi, *Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario: quale punto di equilibrio?*, in *Lav. Dir.*, 2007, 366, che cita O. Blanchard – J. Tirole, *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 161 ss. e P. Ichino, *La stabilità del lavoro e il valore dell'uguaglianza*, cit. *Riv. it. dir. lav.*, 7 ss.

⁵⁹⁵ M. Roccella, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, 201.

⁵⁹⁶ Celebre è la dichiarazione resa in TV da Mario Monti poco dopo il suo insediamento al Governo: «Devo arrivare al Consiglio europeo del 28 giugno con la riforma del mercato del lavoro, altrimenti l'Italia perde punti».

⁵⁹⁷ A. Baylos Grau, *Poteri privati e diritti fondamentali dei lavoratori*, in *Lav. Dir.*, 2017, 9.

⁵⁹⁸ A. Goldin, *Some defining components of a Labour Law Influx*, Barcelona, 2013, 99.

⁵⁹⁹ A. Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, in *Lav. dir.*, 2016, 17.

⁶⁰⁰ R. Del Punta – B. Caruso, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, in *ADL*, 2016, 4, 645 ss.

⁶⁰¹ U. Romagnoli, *Momenti di storia della cultura giuridica del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2016, 3 ss.

⁶⁰² L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

⁶⁰³ A. Perulli, op.loc.ult.cit.

3. La c.d. economicizzazione del diritto del lavoro

Le modalità con le quali le sopracitate istanze dei soggetti macro e micro-economici hanno trovato ingresso nella nostra materia sono consistite, essenzialmente, in un vero e proprio tentativo di economicizzazione della disciplina, finalizzata alla riduzione del diritto del lavoro ad un “sistema di prezzi”⁶⁰⁴. La critica degli economisti, infatti, non colpiva tanto l’eccesso di tutela assicurato dalla norma giuridica di marca protettiva (c.d. rigidità del mercato del lavoro), quanto piuttosto le difficoltà di prevedere e quantificare in anticipo le conseguenze di una determinata scelta economico-organizzativa, a partire dalle conseguenze di un licenziamento⁶⁰⁵. In ciò consiste il risvolto, in ambito giuslavoristico, della tesi espressa dalla dottrina giuseconomica della c.d. *efficient breach of contract*, secondo la quale la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di *punitive damages* e, tanto meno, senza imporre la reintegrazione in forma specifica, «in tal modo trattando il bene-lavoro come vera e propria merce di scambio, traducibile in un prezzo, escludendo qualsiasi argomento di natura assiologica a favore del rispetto della norma»⁶⁰⁶. Si è così tentato di applicare al diritto del lavoro il c.d. modello quantitativo, che segue la logica del «chi inquina paga», sicché il costo delle esternalità negative prodotte dall’impresa – ivi compresi i licenziamenti - dovrebbe finanziare il costo sociale del recesso, da un lato mediante il pagamento di un indennizzo prestabilito al lavoratore licenziato, dall’altro mediante dispositivi di sostegno al reddito dei disoccupati e di accompagnamento nella ricerca di un nuovo impiego⁶⁰⁷.

Nella stessa “prospettiva riduzionistica” devono essere collocati i tentativi di depotenziare l’ambito della valutazione giudiziale in merito all’esercizio dei poteri datoriali, su cui si è focalizzata da qualche tempo l’attenzione del nostro legislatore⁶⁰⁸: il riferimento va all’art. 30,

⁶⁰⁴ A. Perulli, op.ult.cit., 23 ss, il quale evidenzia che «La quantificazione del diritto del lavoro può essere pienamente compresa solo se collocata nell’ambito dell’emersione di un mercato totale, in cui l’economia, che in origine apparteneva all’ordinamento privato (l’*oïcos nomos*), è diventata principio ordinatore della società civile (cit. da A. Supiot, *L’esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, Paris, 2010). Una società in cui cambia profondamente sia il riconoscimento della titolarità formale dei diritti sociali (l’*entitlement*), sia, soprattutto, l’effettività del loro godimento (l’*endowment*)»; V. Speciale, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra “clausole generali”, principi costituzionali e giurisprudenza della Cassazione*, cit., 144..

⁶⁰⁵ F. Martelloni, op.loc.ult.cit.

⁶⁰⁶ A. Perulli, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2012, 564 ss.

⁶⁰⁷ Questo modello nasce in Francia, con il famoso rapporto di due economisti al ministero dell’Economia: cfr. P. Cahuc, F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle*, La Documentation française, 2004. Vedi, in Italia, il *Disegno di legge per la transizione a un regime di flexsecurity* n. 1481, primo firmatario P. Ichino, del 25 marzo 2009.

⁶⁰⁸ A. Perulli, op.loc.ult.cit.*Riv. it. dir. lav.*

c. 1, l. 183/2010⁶⁰⁹ - che inibisce al giudice il sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro -, alla nuova interpretazione dell'art. 3 l. 604/1966 elaborata dalla Corte di cassazione⁶¹⁰ - secondo cui il giudice non è abilitato a sindacare il merito delle ragioni organizzative poste a fondamento del recesso economico -, nonché, infine, alla compressione legislativa, ad opera del d.lgs. 23/2015, delle ipotesi in cui il giudice può ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro, stabilendo unicamente un indennizzo fisso e non più modulabile, sancito *a priori* dalla legge in funzione dell'anzianità di servizio del lavoratore⁶¹¹.

Un altro fattore determinante nella metamorfosi della materia è stata la c.d. flessibilità, ciò in quanto, nella visione imprenditoriale, l'apparato garantistico introdotto dalla legge e dai contratti collettivi avrebbe reso il rapporto di lavoro eccessivamente "rigido"⁶¹²: tale rigidità non consentirebbe di adattare la prestazione ai mutati assetti organizzativi delle imprese, penalizzerebbe le stesse professionalità dei lavoratori, avrebbe effetti negativi sull'occupazione ed impedirebbe ai salari di remunerare i diversi apporti individuali dei dipendenti. Per risolvere tali problemi, la strada sarebbe stata dunque quella di varare riforme che rendessero il rapporto di lavoro più flessibile, modificandone i contenuti con risultati che concretamente richiedono una riduzione dei diritti dei lavoratori, restituendo alle imprese gran parte delle prerogative manageriali messe in discussione da decenni di sviluppo del diritto del lavoro⁶¹³.

Pur con le proprie fisiologiche oscillazioni, la dottrina appare ad ogni modo tendenzialmente concorde nel rilevare come il carattere comune delle succitate modifiche legislative vada identificato nella compressione delle tutele, e dunque dell'effettività dei diritti del prestatore, in favore delle esigenze aziendali di prevedibilità delle conseguenze non soltanto delle proprie scelte imprenditoriali, ma anche della violazione delle norme legali e contrattuali⁶¹⁴. È stato dunque posto in risalto un vero e proprio rovesciamento di prospettiva del diritto del lavoro, chiamato a garantire non più i diritti costituzionali del prestatore, quanto piuttosto la

⁶⁰⁹ A mente del quale « In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei 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»; v. sul punto G. Ferraro, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in M. Cinelli, G. Ferraro, *Il contenzioso del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 3 ss.

⁶¹⁰ Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, cit.

⁶¹¹ Su cui ampiamente cap. 2, par. 5-6.

⁶¹² R. De Luca Tamajo, *Jobs Act e cultura giuslavoristica*, in *DLM*, 2016, 1, 6 ss.

⁶¹³ V. Speciale, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, cit.

⁶¹⁴ R. Del Punta, *Labour Law and the Capability Approach*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2016, 32, 4, 383 ss.; V. Speciale, *La trasformazione del diritto del lavoro*, cit., 719 ss.; F. Martelloni, op.loc.ult.cit.; A. Perulli, op.loc.ult.cit. *Riv. it. dir. lav.*

competitività dell'impresa e dei sistemi economici, in un contesto in cui le esigenze di protezione del lavoratore e di effettività della tutela giurisdizionale dei suoi diritti, pur se ancora esistenti, sono poste in secondo piano rispetto ad obiettivi di natura strettamente economica⁶¹⁵, al punto da indurre gli studiosi a parlare di vera e propria "subordinazione" del diritto del lavoro all'economia⁶¹⁶.

Tali, dunque, le modalità con le quali i nuovi comandamenti della *Law and Economics* hanno condotto all'utilizzo della tutela indennitaria in alternativa a quella specifica, alla sottrazione al giudice del controllo sui poteri imprenditoriali, al contenimento del contenzioso ed alla prevedibilità del costo dell'inadempimento datoriale, del tutto ignorando le esternalità positive prodotte dalla legislazione sociale in genere e dal diritto del lavoro in particolare, così riducendo il diritto ad un sistema mercantile governato dai prezzi, ossia da norme ridotte a prezzi⁶¹⁷, posto che la loro violazione è sanzionabile esclusivamente attraverso il pagamento di una somma di denaro predeterminata.

4. Cenni comparatistici: la compressione di tutele nel sistema spagnolo

Le conclusioni sinora raggiunte possono essere corroborate dall'analisi dell'ordinamento che, per condizioni economiche e scenario sociale e politico, appare maggiormente simile a quello italiano. In Spagna come in Italia, nell'anno 2012 ha avuto luogo una riforma del diritto del lavoro che ha inciso profondamente, tra le altre cose, sulla disciplina in tema di licenziamenti, peraltro in assenza di qualsiasi tentativo di contrattazione con le parti sociali⁶¹⁸. Il *Real decreto ley* n. 3/2012 (approvato con decretazione d'urgenza) contiene numerosi riferimenti all'Europa, sia come modello occupazionale⁶¹⁹, sia come voce autorevole riportata nella relazione introduttiva alla legge, anche in questo caso al fine di sostenere la tesi secondo la quale la rigidità del modello normativo spagnolo sarebbe la causa endemica dei suoi mali occupazionali ed economici⁶²⁰. Ha avuto così luogo un consistente alleggerimento, rispetto al passato, non

⁶¹⁵ L. Mariucci, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *ADL*, 2016, 4, 585 ss.; R. Del Punta, op.ult.cit., , 383 ss.; V. Speciale, op.ult.cit., 719 ss.

⁶¹⁶ V. Speciale, op.loc.ult.cit.; L. Mariucci, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *ADL*, 2016, 4, 585 ss.

⁶¹⁷ Cfr. A. Lyon-Caen, J. Affichard, in A. Lyon-Caen, A. Perulli, *Valutare il diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2010.

⁶¹⁸ F. Valdes dal Re, *La regulaciòn del despido en Espana*, in *Lav. dir.*, 2016, 1, 5 ss.; M. D. Santos Fernandez, *La riforma del diritto del lavoro in Spagna*, in *RGL*, 2012, 1, 615 ss.

⁶¹⁹ Si legge nel *Preambolo*: «in modo principale bisogna sottolineare che la crisi economica iniziata nel 2008 ha fatto della Spagna il paese con il maggior numero di disoccupati dell'Unione Europea. Manteniamo una percentuale di assunzioni a termine del 25% molto più alta del resto dei paesi europei, la cui media è del 14%».

⁶²⁰ Si legge ancora nel *Preambolo*: «la rapidità e intensità della distruzione di occupazione in Spagna è fondamentalmente dovuta alla rigidità del Mercato del Lavoro spagnolo, come più volte è stato sottolineato dagli organismi internazionali e dall'Unione Europea».

soltanto del costo economico del licenziamento⁶²¹, ma anche delle cause che lo legittimano e dei controlli giudiziali su tali cause, analogamente a quanto accaduto nel nostro ordinamento con la l. 92/2012, che ha profondamente riformato l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori.

L'indennizzo in caso di licenziamento illegittimo è stato diminuito da 45 giorni di salario per ogni anno di lavoro del prestatore nell'azienda, con un limite massimo di 42 mensilità, a 33 giorni con un limite massimo di 24 mensilità⁶²². Ancor maggiore flessibilità e certezza, nel senso sopra visto, per il datore, offre il “nuovo” licenziamento per motivi oggettivi, essendo sufficiente una perdita economica per tre trimestri consecutivi al fine di poter licenziare per motivo economico, con corresponsione in favore del lavoratore di un indennizzo prefissato in venti giorni di stipendio per anno di anzianità, con un tetto massimo di dodici.

La riforma del lavoro spagnola ha inoltre ridefinito la nozione di “causa economica” di licenziamento, di fatto rendendo più agevole la possibilità di licenziare⁶²³. Se prima il provvedimento espulsivo era considerato dalla giurisprudenza come *ultima ratio*, intimabile solo nei casi estremi ove fosse in gioco la sopravvivenza dell'impresa⁶²⁴, ora le cause economiche elencate nell'art. 51 dell'*Estatuto de los trabajadores* legittimano il licenziamento anche soltanto se questo è intimato al fine di preservare o favorire la posizione competitiva dell'impresa sul mercato; corrispettivamente, le cause “tecniche, organizzative o produttive” giustificano il licenziamento anche soltanto ove questo sia finalizzato a prevenire una non meglio specificata «evoluzione negativa dell'impresa», o ancora «per migliorare la sua situazione grazie a una migliore organizzazione delle sue risorse, che favorisce la sua competitività sul mercato e una migliore risposta alle esigenze della domanda»⁶²⁵. Viene in tal modo sancita la piena legittimità anche del licenziamento che favorisca (e non solo preservi) la competitività dell'impresa, in tal modo rendendo il licenziamento c.d. preventivo come un normale strumento di gestione dell'impresa⁶²⁶.

⁶²¹ M. F. Fernández Lòpez, *La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de sus costes*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, 57, 199 ss.

⁶²² M. D. Santos Fernandez, *La riforma del diritto del lavoro in Spagna*, in *RGL*, 2012, 1, 615 ss.

⁶²³ J. Aparicio Tovar, *Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, 57, 145 ss.

⁶²⁴ A. Perulli, op.ult.cit.*Riv. it. dir. lav.*, 586.

⁶²⁵ Cfr. Ancora art. 51 E.T.: «II. Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. III. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambio entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado».

⁶²⁶ A. Perulli, op.ult.cit.*Riv. it. dir. lav.*, 587.

Sono stati altresì ridotti i controlli esterni sulla decisione di licenziare: da un lato, eliminando il controllo amministrativo sui licenziamenti collettivi⁶²⁷, dall'altro, ridefinendo in maniera più ampia le cause economiche, tecniche, organizzative e produttive legittimanti il licenziamento economico, sì da rendere molto difficoltoso il controllo giudiziale sul nesso di causalità e sulla proporzionalità della causa allegata dal datore⁶²⁸, dunque di fatto abolendo il controllo di razionalità⁶²⁹ e dando adito a possibili abusi datoriali⁶³⁰.

Sotto il profilo sostanziale, merita infine di essere menzionata l'introduzione del *contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores*. La Ley n. 3/2012 precisa che il nuovo contratto è a tempo indeterminato e a tempo pieno, e che il suo scopo è quello di contribuire alla creazione di occupazione stabile e che si applica la disciplina giuridica generale dell'*Estatuto*, con l'unica eccezione che non si applica quanto previsto nell'articolo 14 dello Statuto relativo alla durata del periodo di prova, che per il nuovo contratto sarà obbligatoriamente di un anno⁶³¹. Nonostante le proclamate intenzioni del Governo, secondo cui la figura in esame avrebbe incentivato la stabilità, è facile intuire come l'introduzione, nei fatti, di un periodo di recesso *ad nutum* della durata di un anno, sia fonte di estrema instabilità per i prestatori⁶³². Il contratto di lavoro diventa così in modo esplicito «uno strumento unilaterale volta a sostenere gli interessi dell'impresa, evocando l'idea secondo cui esso è funzionale agli interessi di una sola delle parti, l'imprenditore, e rifiutando quella logica bilaterale che almeno

⁶²⁷ Il cosiddetto *expediente de regulación de empleo*, che costituiva il controllo per eccellenza per la fattispecie dell'ordinamento spagnolo.

⁶²⁸ J. Aparicio Tovar, *Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, 57, 166.

⁶²⁹ Nel senso che l'imprenditore non è più tenuto a «*justificar la razonabilidad de la decision extintiva para preservar o favorecer su posicion competitiva en el mercado*».

⁶³⁰ A. Perulli, op.ult.cit.*Riv. it. dir. lav.*, 588, evidenzia che: «Di fronte al nuovo approccio del legislatore ci si può chiedere se il giudice, allorquando verifichi la persistente diminuzione del reddito o delle vendite per nove mesi consecutivi, debba *necessariamente* valutare sussistente la causa economica, ovvero possa valutare, caso per caso, se la perdita persistente abbia un impatto modesto o addirittura insignificante in proporzione alla quantità del fatturato aziendale; si faccia l'esempio di una società che fattura 10 milioni di euro all'anno: potrebbe giustificare il licenziamento per causa economica, secondo la nuova formulazione dell'art. 51.1 *ET*, allegando e provando una diminuzione di reddito o di vendita di soli 100 euro nell'arco di tre trimestri consecutivi? Sarebbe in questo caso il giudice costretto a convalidare l'estinzione del contratto? Chiaramente questa è l'intenzione del legislatore; tuttavia, tale soluzione deve fare i conti con il principio di carattere generale che impone al giudice di valutare in ogni caso la *proporzionalità degli interessi in gioco*».

⁶³¹ Il presente contratto è utilizzabile dalle imprese con meno di 50 dipendenti, che in Spagna costituiscono il 99,34% del totale.

⁶³² J. Pérez Rey, *El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, 57, 52, il quale rileva che questa controversa figura contrattuale, estranea alla traduzione giuridica spagnola, racchiude in sé lo spirito della riforma: il semplice accenno alla stabilità come scusa o alibi per eliminare garanzie e diritti dei lavoratori.

formalmente ne riconosceva l'utilità a soddisfare gli interessi di entrambe le parti contrattuali»⁶³³.

Sotto il profilo processuale, il c.d. *proceso laboral* viene regolato dal R.D.L. 2/1995 (*Ley de Procedimiento Laboral*), nonché dalla *Ley de la Jurisdicción Social*, n. 36/2011, che contiene una serie di deroghe alla *Ley de Procedimiento Laboral*. È stato infatti introdotto un percorso specifico per la tutela dei diritti fondamentali, il c.d. *orden judicial social*, per conoscere questioni legate alla tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori rispetto agli imprenditori. La negazione di questa tutela da parte dell'organo giudiziario comporta la sottoponibilità del caso al giudizio del Tribunale Costituzionale mediante il c.d. *recurso de amparo*⁶³⁴.

Il processo per la tutela dei diritti fondamentali è visto come modello di effettività della tutela nell'ordinamento spagnolo⁶³⁵, con lo scopo dichiarato di fornire una «*respuesta más eficaz y ágil a los litigios que se puedan suscitar en las relaciones de trabajo y seguridad social, y ofrece un tratamiento unitario a la diversidad de elementos incluidos en el ámbito laboral para una mejor protección de los derechos*»⁶³⁶. A livello procedimentale, esso presenta numerose similitudini con il ricorso *ex art. 28 St. lav.*: è previsto l'obbligo del giudice di tenere udienza entro cinque giorni dal deposito del ricorso; nell'ambito di tale udienza, tendenzialmente unica, il giudice tenta la conciliazione, assume le prove ritenute necessarie ed emette una sentenza esecutiva entro tre giorni⁶³⁷.

Ai sensi dell'art. 178 della *Ley* n. 36/2011, l'oggetto del procedimento è limitato «*al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad*». Pertanto, ai sensi dell'art. 184 successivo, le domande di impugnazione del licenziamento in cui si invochi la lesione di un diritto fondamentale devono essere proposte con il rito che è loro proprio (dunque, nella specie, il rito per l'impugnazione dei licenziamenti di cui agli artt. 103 ss. della medesima *Ley*), tuttavia a tali procedimenti deve essere data preferenza nella trattazione rispetto alle cause in cui una simile

⁶³³ M. F. Fernández Lòpez, *La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de sus costes*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, 57, 207; A. Perulli, op.loc.ult.cit.*Riv. it. dir. lav.*

⁶³⁴ A. Baylos Grau, *Poteri privati e diritti fondamentali dei lavoratori*, in *Lav. Dir.*, 2017, 14.

⁶³⁵ E. Ros Martínez, *tutela de los derechos fundamentales y libertades publicas en la normativa reguladoradel proceso social*, in *Revista de Derecho Social*, 2014, agosto, 29: «*el proceso laboral y el proceso de Seguridad Social están marcados desde sus orígenes por la búsqueda de lo que se ha llamado “tutela judicial efectiva”; la efectividad de la tutela judicial sigue siendo hoy el fundamento de los procesos laboral y de Seguridad Social*».

⁶³⁶ Preambolo alla legge del 2011 sul *proceso laboral y de seguridad social*.

⁶³⁷ Cfr. art. 181 *Ley* n. 36/2011.

violazione non sia invocata⁶³⁸, cui si aggiunge l'applicazione delle «*reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal*».

La legislazione processuale lavoristica spagnola pare dunque essere attenta all'effettività dell'attuazione dei diritti dei lavoratori, soprattutto quelli di matrice costituzionale, anche sotto il profilo della celerità delle decisioni⁶³⁹. Stante, tuttavia, l'eccessiva debolezza delle tutele sul piano sostanziale e la facilità con cui le aziende possono liberarsi dei propri dipendenti, specialmente adducendo ragioni di tipo economico, gli entusiasmi paiono dover essere ridimensionati. Il processo può infatti garantire celerità, immediatezza, accesso effettivo alla giustizia, ma questo non serve a molto se il diritto violato non viene né ripristinato, né adeguatamente ristorato per equivalente a causa della debolezza delle previsioni di diritto sostanziale.

In conclusione, ben si può affermare che le analogie tra le due legislazioni settoriali relative ai due ordinamenti presi in considerazione non manchino affatto, tanto nelle cause quanto negli effetti. In Spagna, così come in Italia, si è mostrato di credere che i problemi del mercato del lavoro si potessero spiegare completamente all'interno della disciplina del diritto del lavoro. La colpevolizzazione della nostra materia costituisce un *refrain* non solo spagnolo e sembra oggi più un'idea che non può essere criticata, nonostante la povertà dei risultati ottenuti da questo tipo di riforme sul piano occupazionale⁶⁴⁰. Nonostante questo torbido rapporto di causa-effetto tra occupazione e riforma del lavoro, la *Ley 3/2012* si inserisce a pieno titolo in questa logica: si legge infatti nel *Preambulo* che l'alto tasso di disoccupazione mette in evidenza l'insostenibilità di un modello giuridico che ha bisogno di una riforma profonda attraverso questa legge che cerca di creare le condizioni necessarie affinché l'economia spagnola possa

⁶³⁸ Art. 184: «*Las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva*».

⁶³⁹ V'è peraltro da segnalare che i tempi per la definizione delle controversie, in Spagna, vanno da uno a tre anni per le cause a contenuto prettamente economico, come ad esempio in tema di differenze retributive, mentre soltanto da tre a sei mesi per le cause di impugnazione dei licenziamenti e da due a quattro mesi per cause aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali.

⁶⁴⁰ M. Rodríguez Pinero – F. Valdes – M. E. Casas, *La nueva reforma laboral*, in *Relaciones Laborales*, 2012, 5, 24

creare *empleo* e generare la sicurezza necessaria per i lavoratori e per gli imprenditori, per i mercati e per gli investitori⁶⁴¹.

Come in Italia, anche in Spagna il governo ha rivolto il proprio ascolto soltanto alle raccomandazioni europee che più gli interessavano, ovvero a quelle di stampo prettamente economico (in senso liberista), ma non quelle relative alla necessità di coinvolgimento delle parti sociali⁶⁴². Da questo punto di vista la legge spagnola si inserisce nel processo di riforma dei mercati del lavoro dei paesi vicini, soprattutto quelli mediterranei ed Italia compresa, che stanno modificando i loro *standard* di tutela, adattandoli alle esigenze e alle richieste dei paesi più forti dell'Unione Europea, tradotte in norme sulla *governance* economica. A livello interno, la legge si colloca in un ampio processo di riforma del diritto del lavoro spagnolo, che segue quelle già iniziate diversi anni prima e con le quali si condivide l'obiettivo di creare nuova occupazione attraverso la consolidata "ricetta liberista", che passa per la modifica, peggiorativa per i lavoratori, delle regole e degli equilibri che erano stati faticosamente raggiunti dopo l'approvazione dell'*Estatuto de los trabajadores* del 1980⁶⁴³, analogamente a quanto accaduto in Italia allo Statuto del 1970.

La scelta di ridurre le sanzioni in caso di licenziamento illegittimo, soprattutto per quei licenziamenti che non hanno niente a che vedere con la persona del lavoratore, è tornata di attualità sia in Italia che in Spagna, curiosamente, nel medesimo anno, il 2012. È peraltro interessante notare come l'indiretta conseguenza della riduzione dell'indennizzo solamente per i licenziamenti per cause oggettive è stata la perdita di centralità di quelli disciplinari, che da sempre, anche in Spagna, hanno costituito il paradigma regolativo della fattispecie⁶⁴⁴. È chiaro infatti che, in ipotesi di dubbia legittimità di un licenziamento per motivi disciplinari, l'imprenditore preferirà addurre ragioni economiche, tecniche, organizzative, produttive, che nel peggiore dei casi lo costringono al pagamento di un indennizzo anche più basso⁶⁴⁵. Di conseguenza, gli imprenditori utilizzano questo strumento come «sostituto funzionale» del licenziamento, evitando ogni controllo giudiziale sui motivi del recesso⁶⁴⁶. L'istituto è facilmente strumentalizzabile con intenti fraudolenti, esattamente come avviene in Italia, ove a

⁶⁴¹ F. Valdes dal Re, *La regulación del despido en España*, in *Lav. dir.*, 2016, 1, 36.

⁶⁴² Si legge nel *Preambolo*: «la disoccupazione è aumentata nel 2011 ed è previsto che continui a farlo nel 2012. Le pressioni dei mercati finanziari sulla zona euro è il debito pubblico spagnolo, nonché le raccomandazioni dell'Unione Europea, raccolte nella raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 2011 relativa al Programma Nazionale di riforma del 2011, attraverso la quale il Consiglio emette un parere sul programma di stabilità della Spagna per gli anni 2011 fino al 2014, rendono imprescindibile affrontare le deficienze strutturali del Mercato del Lavoro spagnolo e iniziare un processo di recupero dell'economia».

⁶⁴³ A. Perulli, op.loc.ult.cit.*Riv. it. dir. lav.*

⁶⁴⁴ A. Perulli, op.loc.ult.cit.*Riv. it. dir. lav.*

⁶⁴⁵ Come previsto da M. Rodriguez Pinero, *La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo*, in *Relaciones Laborales*, 1997, 9, 12

⁶⁴⁶ F. Valdes dal Re, op.cit., 35.

seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 23/2015 non è più prevista la reintegrazione come possibile conseguenza del licenziamento oggettivo illegittimo, sicché gli imprenditori saranno indotti ad addurre sempre una ragione economica anche soltanto al fine di porsi al riparo da un simile rischio⁶⁴⁷.

Ecco dunque che, anche in Spagna e nel medesimo periodo, pare essere accaduto esattamente quanto avvenuto nei nostri confini: una forte riduzione di tutele per il lavoratore licenziato, in risposta alla crisi economica ed alle istanze imprenditoriali di maggiore flessibilità in uscita, nell'ottica di un contenimento dei costi per le imprese e nel segno della prevedibilità delle decisioni giudiziali e del costo della risoluzione del rapporto.

5. *Prospettive future: per una tutela "reale"*

Giunti al termine della nostra trattazione, è il momento di tentare di comprendere le tendenze future della disciplina nonché di provare a fornire, pur senza pretesa alcuna, alcuni spunti di riflessione al riguardo.

Si è visto⁶⁴⁸ che la Costituzione e le Carte sovranazionali, pur non vincolando il legislatore italiano ad un determinato tipo di tutela (risarcitoria o restitutoria), impongono pur sempre una qualche forma di protezione avverso i licenziamenti ingiustificati, correlativamente sancendo il principio di necessaria giustificatezza del recesso datoriale. La Corte costituzionale ha inoltre a più riprese statuito l'obbligo per il legislatore di porre in essere un adeguato bilanciamento tra diritto al lavoro e libertà d'impresa, all'uopo prevedendo che gli indennizzi per licenziamento ingiustificato siano caratterizzati da adeguatezza, dissuasività e proporzionalità e consentendo al giudice, nell'esercizio della discrezionalità che gli è propria, di calibrare le conseguenze risarcitorie e/o di decidere il tipo di tutela da accordare in relazione alle peculiarità del caso concreto, pur sulla base di una serie di parametri stabiliti dalla legge. Dal che ne consegue che le tutele non possono essere meramente simboliche e che gli indennizzi non devono essere quantificati *a priori* dal legislatore sulla base di parametri oggettivi. Nell'ambito di tali "larghe maglie", il legislatore è libero di muoversi. Di tale libertà si è avuto ampio riscontro negli ultimi anni, allorché il Parlamento ha, in ordine: *a*) fortemente compresso, con la l. 92/2012, le ipotesi di reintegrazione previste dall'art. 18 St. lav., relegando la tutela ripristinatoria per i casi meno gravi e sancendo, per le altre ipotesi, unicamente il diritto ad un'indennità risarcitoria modulabile dal giudice in base ai parametri di cui all'art. 8 l. 604/1966; *b*) ulteriormente limitato, con il d.lgs. 23/2015, le ipotesi di reintegrazione (limitata ormai, oltre alle ipotesi di nullità, ai casi più gravi di illegittimità dei licenziamenti disciplinari, ma non di quelli

⁶⁴⁷ P. B. Rodríguez Diosdado – F. Rosa, *La Jobs Act italiana. Análisis y comparación con la legislación española*, in *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2016, 43, 547.

⁶⁴⁸ Cfr. cap. 1.5.

economici), contestualmente comprimendo la discrezionalità del giudice nella quantificazione dell'indennità risarcitoria, stabilita *ex ante* sulla base della sola anzianità di servizio⁶⁴⁹; c) infine, moderatamente riespanso, per il tramite del d.l. 87/2018, conv. con modif. in l. 96/2018, le tutele di natura risarcitoria per il lavoratore licenziato, mediante l'innalzamento dei limiti minimi e massimi delle indennità di cui all'art. 3 d.lgs. 23/2015.

Complessivamente, tanto sotto il profilo sostanziale quanto sotto quello processuale, si è evidenziata una forte compressione, nell'arco di un solo decennio, delle tutele per il lavoratore licenziato⁶⁵⁰. Alla base di tale "declino della materia" sono state identificate una serie di cause di natura politica, sociale ed economica, tra cui globalizzazione, neoliberismo, rovesciamento del modello keynesiano, perdita degli Stati del potere di "stampare moneta", vincoli di bilancio imposti dall'Unione europea, disoccupazione, perdita di potere dei sindacati, istanze imprenditoriali di flessibilità e prevedibilità dei costi dell'inadempimento datoriale.

Osserviamo dunque come la questione della tutela avverso i licenziamenti ingiustificati abbia forti connotati politici, ponendosi, pur entro certi limiti, sul piano delle scelte di politica del diritto⁶⁵¹. Lo studioso della materia, oggi più che mai, deve dunque attrezzarsi per riconoscere i fondamenti del "diritto del lavoro neoliberale", al contempo abbandonando la pretesa di studiarlo rivendicando la «chiara e netta separazione fra la scienza del diritto del lavoro e l'azione politica»⁶⁵². Come si è altrove sottolineato, infatti, «le conoscenze ora necessarie a interpretare il diritto sono sempre meno riconducibili alla scienza giuridica e riguardano un insieme di principi e regole elaborati in seno alla scienza economica, dei quali il giurista finisce per essere il passivo divulgatore»⁶⁵³. Vi è dunque il rischio che questi, asetticamente limitandosi ad interpretare le norme in via strettamente tecnica, diventi un mero «custode dell'ortodossia neoliberale»⁶⁵⁴, così contribuendo all'avanzata del neoliberalismo, alla "subordinazione del diritto all'economia" ed alla compressione dell'effettività delle tutele di cui i consociati, specialmente quelli appartenenti a fasce deboli della società, sono (o non sono più) titolari. La comprensione delle tendenze future della materia e la prospettazione di soluzioni alternative non può dunque prescindere da un approccio – per quanto possibile - multidisciplinare,

⁶⁴⁹ Sebbene sia poi, come noto, intervenuta la Corte costituzionale, che con le pronunce n. 194/2018 e n. 150/2020 ha sancito l'illegittimità delle relative norme nella parte in cui stabilivano un risarcimento fisso e non modulabile dal giudice secondo le circostanze del caso concreto, contestualmente affermando la non adeguatezza e dissuasività di sanzioni prevedibili *a priori*.

⁶⁵⁰ Seppur vada nuovamente preso atto del fatto che la Consulta, con le pronunce di cui alla nota precedente, ha sancito l'incostituzionalità di ogni ipotesi di mera "monetizzazione" della tutela, così impedendo che la "proprietà" del posto di lavoro «debba sempre cedere di fronte all'interesse dell'imprenditore, che è in sé superiore»; cfr. sul punto M. V. Ballestrero, *Il valore e il costo della stabilità*, cit., 15.

⁶⁵¹ L. Calcaterra, op.cit., 63.

⁶⁵² V. Bavaro, *Appunti su scienza politica e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2016, 4, 715.

⁶⁵³ A. Somma, *Il diritto del lavoro dopo i trenta gloriosi*, in *Lav. dir.*, 2018, 2, 323.

⁶⁵⁴ A. Somma, op.loc.cit.

prestando cioè attenzione anche ai mutamenti economici e politici che hanno caratterizzato il periodo recente.

Al riguardo, è ancora dubbio se la riemersione delle tendenze nazionaliste e antieuropeiste possa condurre ad un'inversione di rotta, piuttosto che al definitivo affossamento delle tutele per i lavoratori subordinati. Da un lato, in larga parte del mondo occidentale è stata fortemente messa in discussione la globalizzazione, anche nei paesi che avevano avuto un ruolo di primo piano nella promozione del neoliberalismo globalista. Proprio in Inghilterra e negli Stati Uniti si sono infatti sviluppate forme di neoliberalismo nazionale, mediante il sostegno dello Stato alle imprese nazionali attraverso misure protezionistiche di contrasto della concorrenza straniera, unite a forme di mercantilismo pensate per incentivare l'esportazione, purtuttavia continuando a non mettere in discussione la volontà di abbattere salari e pressione fiscale sulle imprese; l'incremento della competizione per la conquista dei mercati internazionali che ne è conseguita si è così risolta in un «ulteriore incentivo a incrementare il tasso di adesione all'ortodossia neoliberale»⁶⁵⁵. Dall'altro lato, in Italia, il Governo di coalizione guidato da Lega e Movimento 5 Stelle, che pur riflette tali tendenze, si è caratterizzato - sin da subito e paradossalmente - per una ben maggiore attenzione alla tutela del lavoratore subordinato rispetto a quanta ne avesse avuta il precedente Governo, guidato dal Partito Democratico nella persona del segretario Matteo Renzi, che pur dichiarandosi di centro-sinistra, è riuscito, forte anche della connivenza dei sindacati confederali, in quella sostanziale abrogazione dell'art. 18 St. lav. che non era riuscita nemmeno ai Governi più spiccatamente di destra (su tutti, i Governi di coalizione tra Forza Italia, Lega Nord e Alleanza Nazionale nel corso del primo decennio del nuovo secolo). Il riferimento va al già esaminato d.l. 87/2018, il quale ha incrementato le indennità minima e massima per licenziamento illegittimo ed ha reintrodotto limiti all'utilizzo reiterato di contratti a termine e di somministrazione (limiti, anche questi, che erano stati rimossi proprio dal precedente Governo di "centro-sinistra").

L'auspicio è che la sovranità nazionale, tornata fortemente in voga nell'ultimo decennio, non sia più utilizzata al fine di rivendicare identità escludenti, bensì per valorizzare la partecipazione democratica e la sovranità popolare⁶⁵⁶, con l'obiettivo di dare nuova linfa ai diritti individuali e sociali, ripristinando politiche sensibili alla qualità della vita e del lavoro (e non solo all'occupazione). Il modello neoliberista applicato al lavoro, del quale l'Unione Europea si è fatta promotrice⁶⁵⁷, si è rivelato infatti un fallimento non solo sotto il profilo sociale, ma anche a livello economico, e non è più un mistero il fatto che «le prove contrarie rispetto all'idea della positiva correlazione tra occupazione e riduzione delle tutele in materia di licenziamento sono così evidenti e diffuse da rendere incomprensibile come sia possibile continuare a sostenere un

⁶⁵⁵ A. Somma, op.ult.cit, 318.

⁶⁵⁶ A. Somma, op.loc.cit.

⁶⁵⁷ Cfr. *supra*, par. 2.

opinione così priva di qualsiasi riscontro teorico o pratico»⁶⁵⁸, al punto che anche i critici più accaniti della *Employment Protection Legislation* sul mercato del lavoro sono stati costretti ad ammettere che «la scienza economica non ci offre alcuna evidenza del fatto che l'equilibrio mediterraneo (*ndr*: caratterizzato da forti tutele contro i licenziamenti) determini di per sé tassi di disoccupazione più elevati rispetto all'equilibrio tipico dei Paesi nord europei e di quelli di tipo statunitense»⁶⁵⁹.

Le dottrine giuseconomiche citate ai paragrafi che precedono, peraltro, non soltanto mettono la dignità dell'uomo in secondo piano rispetto all'economia, ma ignorano altresì le c.d. esternalità positive prodotte dalla legislazione sociale ed in particolare dal diritto del lavoro, ciò in quanto «la riduzione del diritto a un sistema mercantile governato dai prezzi (ossia da norme ridotte a prezzi), impedisce di concepire la legislazione del lavoro non come costo, bensì quale fonte di vantaggi che, benché non misurabili, sono comunque economicamente apprezzabili»⁶⁶⁰. Si è visto peraltro che chi sosteneva che fosse la rigidità delle tutele a bloccare l'economia è stato colossalmente smentito dalla realtà dei fatti. È sufficiente mettere a confronto la situazione economica e sociale del nostro Paese nei c.d. “Trenta gloriosi” del diritto del lavoro con quella degli ultimi dieci anni per rendersi conto di ciò. Ci ritroviamo così, ad oggi, con uno Stato sempre più in *deficit*, consumi in costante diminuzione e lavoratori via via più poveri e precari, i quali, a causa della debolezza delle tutele, vivono nel costante timore che la rivendicazione dei propri diritti possa costar loro il posto di lavoro.

Il rischio da scongiurare, oggi, consiste nell'egemonizzazione del ragionamento giuridico da parte di quello economico (la c.d. “subordinazione” del diritto all'economia)⁶⁶¹, con conseguente creazione di un sistema nel quale la norma giuridica trova fondamento unicamente in considerazioni di efficienza⁶⁶². Non bisogna infatti dimenticare che la razionalità giuridica, ed in particolare quella giuslavoristica, è una razionalità di sintesi, che deve sì assorbire la razionalità economica, tuttavia all'interno di un quadro di riferimenti – e di valori – ben più ampio⁶⁶³. Il giurista, dunque, oggi più che mai deve aprirsi alle altre scienze, ma deve pur sempre prestare la massima attenzione all'importanza della tutela di valori non economici, che all'economia sono senz'altro sovraordinati, come l'equità, l'eguaglianza, la solidarietà, la salute

⁶⁵⁸ V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., *Riv. it. dir. lav.* 111 ss.

⁶⁵⁹ P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori*, in <http://www.pietroichino.it>, 2012, 5, citato da V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WP CSDLE D'Antona.It*, 233/14, 16

⁶⁶⁰ Cfr. A. Lyon-Caen, J. Affichard, *op.loc.ult.cit.*

⁶⁶¹ V. ad es. P. Loi, *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, *DLRI*, 1999, 585; A. Perulli, *Efficient breach*, cit., 588 *Riv. it. dir. lav.*; V. Speciale, *La trasformazione del diritto del lavoro*, cit., 719 ss.

⁶⁶² R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., 30.

⁶⁶³ G. Zaccaria, *Complessità della ragione giuridica*, in *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, p.3 ss.

e la sicurezza, la dignità. Trattasi, questo, di un approccio che l'analisi economica del diritto sta mettendo gravemente in crisi, laddove asserisce che il criterio determinante ed esclusivo della decisione giuridica dovrebbe essere quello dell'efficienza economica⁶⁶⁴. Il mercato liberalizzato tende infatti, per sua stessa natura, a creare profonde diseguaglianze, le quali danno adito ad una serie di inefficienze che a loro volta agiscono "contro il mercato", nella misura in cui, da un lato, escludono dal sistema di scambi vaste fasce di individui, dall'altro favoriscono una "cattiva" competizione fra le imprese⁶⁶⁵, in tal modo indotte a farsi concorrenza negativa mediante il taglio dei salari, l'affidamento dei lavori a false cooperative, il sabotaggio dei sindacati, *etc.*

La dottrina più attenta a tali processi paragiuridici, consapevole dell'importanza di non abbandonare i valori sociali, seppur adattandoli agli inarrestabili mutamenti economici e politici a livello globale, invita dunque la cultura lavoristica «ad annoverare tra i propri riferimenti privilegiati quelle correnti del liberalismo sociale che, a partire dall'opera seminale di John Rawls, si sono impegnate nello sforzo di riconciliare una visione del mondo, che pure continua ad assegnare un rango prioritario al principio di libertà – inteso però non in senso esclusivamente negativo, cioè come principio di non interferenze degli altri nelle sfere degli individui -, con l'idea che debba essere non soltanto sopportata, ma promossa, un'azione pubblica finalizzata al perseguimento degli obiettivi sociali»⁶⁶⁶. La ricostruzione del diritto del lavoro presuppone così una riflessione sulle possibilità di ripristinare le condizioni da cui può scaturire una sorta di "capitalismo dal volto umano"⁶⁶⁷. In tal modo il diritto del lavoro può contribuire ad una nuova teoria della giustizia sociale rivolta a fornire a ciascuna persona quelle *capabilities* (cioè la capacità di conseguire i "funzionamenti" desiderati, e di realizzare, così, il massimo possibile delle proprie aspirazioni di vita) che le restituiscano sovranità e piena responsabilità sulla propria esistenza⁶⁶⁸. Le risorse materiali, come i beni e il reddito, vengono dunque considerate come mezzi che verranno poi convertiti in funzionamenti per il raggiungimento del benessere, uscendo da una visione dello sviluppo orientata al PIL e al benessere in termini economici, per promuovere lo sviluppo del progresso umano e delle condizioni di vita delle persone⁶⁶⁹. In un simile contesto, la previsione "dall'alto" di incisivi

⁶⁶⁴ R. Del Punta, *op.loc.ult.cit.*

⁶⁶⁵ S. Deakin e F. Wilkinson, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in *DLRI*, 1999, 587, e "*Capabilities*", *ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in *DML*, 2000, 317, cit. da R. Del Punta, *op.loc.ult.cit.*

⁶⁶⁶ R. Del Punta, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., 124.

⁶⁶⁷ A. Somma, *Il diritto del lavoro dopo i trenta gloriosi*, in *Lav. dir.*, 2018, 2, 320.

⁶⁶⁸ A. K. Sen, *Development as Freedom*, Oxford University Press, 1999; A. K. Sen, *Rationality and Freedom*, Harvard University Press, 2002; A. K. Sen, *The Idea of Justice*, Penguin Group, 2009; M. C. Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality and Species Membership*, Harvard University Press, 2006, tutti citati da R. Del Punta, *Labour Law and the Capability Approach*, cit., 384.

⁶⁶⁹ M. Biggeri – N. Bellanca, *L'approccio delle capability applicato alla disabilità: dalla teoria dello Sviluppo Umano alla pratica*, 2011, 12.

diritti sociali può senz'altro consentire al maggior numero possibile di consociati di acquisire le necessarie *capabilities*⁶⁷⁰, valorizzando la dotazione di risorse a loro disposizione in modo tale da diventare agenti economici autosufficienti, con un beneficio complessivo in termini di ricchezza, oltre che di equità sociale⁶⁷¹. Tale approccio è stato indicato come un «nuovo punto di riferimento di un diritto del lavoro dedito a salvaguardare il meglio della propria tradizione, ma anche alla ricerca di rinnovati fondamenti valoriali e di nuove sintesi, sempre socialmente ispirate ma meno paternalistiche, tra i valori di libertà, eguaglianza e giustizia»⁶⁷². I paradigmi fondativi del diritto del lavoro non risiedono, del resto, nell'allocazione efficiente delle risorse, bensì nei valori costituzionali di libertà, equità, rimozione degli ostacoli per il contraente più debole, tutela dei diritti collettivi, autodeterminazione dei cittadini-lavoratori⁶⁷³.

Sotto il profilo più strettamente giuridico, il punto di partenza per una simile ricostruzione della materia non può che essere la nostra Costituzione. Il cerchio, in tal modo, si chiude. Se è pur vero che la Carta Suprema non impone una determinata forma di tutela per i licenziamenti illegittimi, e che dunque in ultima analisi la decisione in ordine alla reazione nei confronti del licenziamento è prima politica che giuridica (o, se si preferisce, politica entro una serie di vincoli di natura giuridica), è altrettanto vero che è proprio nella Costituzione che vanno rinvenuti fondamenti e principi-guida per guidare le scelte del legislatore in materia. Non a caso, la «fase propulsiva» del diritto del lavoro (dalla metà degli anni '50 alla fine degli anni '70) non vi sarebbe stata senza le norme costituzionali in materia di lavoro ed i movimenti politici e sociali che ad essi si sono ispirati, laddove, al contrario, la riduzione delle tutele è frutto di epocali trasformazioni nell'economia, nella società e nella politica⁶⁷⁴ che hanno trovato parziale riconoscimento giuridico nel nuovo ordinamento giuridico europeo⁶⁷⁵. La Costituzione deve dunque rappresentare il fondamento per la (ri)costruzione di un sistema che, pur accogliendo le istanze dei soggetti economici, non implichi necessariamente la compressione delle tutele sostanziali e processuali del lavoratore, in ossequio all'idea fondamentale secondo cui l'organizzazione tecnico produttiva dell'impresa debba modellarsi sull'uomo, e non viceversa⁶⁷⁶. La Carta Suprema è indubbiamente portatrice e promotrice del «principio lavorista»⁶⁷⁷, con ciò esprimendo il carattere essenziale che il lavoro assume nella nostra legge

⁶⁷⁰ S. Deakin - F. Wilkinson, "Capabilities", *ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in *DML*, 2000, 317.

⁶⁷¹ S. Deakin - F. Wilkinson, *op.loc.cit.*

⁶⁷² R. Del Punta, *Manuale di diritto del lavoro*, *cit.*, 124.

⁶⁷³ R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, *cit.*, 25.

⁶⁷⁴ V. Speciale, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra "clausole generali", principi costituzionali e giurisprudenza della Cassazione*, *cit.*, 145 ss.

⁶⁷⁵ Cfr. *supra*, par. 4.2.

⁶⁷⁶ L. Mengoni, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello statuto dei lavoratori. Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, 379.

⁶⁷⁷ C. Mortati, *op.ult.cit.*, 105.

fondamentale e la sua attitudine a caratterizzarne il contenuto sia in relazione ai principi fondamentali che ai diritti riconosciuti ai lavoratori a livello individuale e collettivo. Il rapporto di lavoro non è solo un contratto a prestazioni corrispettive diretto a formalizzare la nascita di un posto di lavoro, bensì uno strumento di emancipazione, inclusione e crescita della cittadinanza attiva di una intera classe sociale⁶⁷⁸. Se è vero che la Corte Costituzionale non ritiene la reintegrazione quale tutela obbligata, essa comunque non ha mai smentito il legame profondo tra art. 4 Cost. (ed altre disposizioni costituzionali) e regole in materia di licenziamenti⁶⁷⁹. L'inclusione del lavoro tra i principi fondamentali comporta che esso assuma «un ruolo centrale nell'interpretazione costituzionale, specialmente nell'ambito del bilanciamento tra diversi valori costituzionali in gioco, prevalendo su altre regole e principi che supremi non sono»⁶⁸⁰. È così ben possibile affermare che il «principio lavorista» si collochi in evidente posizione di supremazia rispetto ad altri diritti costituzionali connessi all'impresa ed alla attività economica⁶⁸¹. Oltre ad essere strumento di emancipazione e cittadinanza sociale, a concorrere alla formazione della identità e della personalità dell'essere umano, i principi costituzionali in tema di lavoro sono funzionali ad attribuire al lavoratore una serie di diritti che, contemplati negli artt. 35 ss., disegnano un incisivo programma di tutele, che attribuiscono al lavoratore posizioni soggettive in tema di retribuzione, formazione ed elevazione professionale, mobilità e lavoro all'estero, tempo di lavoro, eguaglianza tra generi, tutela della madre, del bambino, del disabile, oltre al diritto di sciopero e quelli di natura sindacale in senso lato⁶⁸². In assenza di un'adeguata protezione avverso i licenziamenti ingiustificati, tali diritti sono molto più difficilmente esercitabili, in considerazione del *metus* che una qualsivoglia rivendicazione possa condurre alla perdita del posto di lavoro. Sicché, ad oggi, le direttive programmatiche in materia di lavoro contenute nella Costituzione paiono in grandissima parte deluse dalla realtà dei fatti.

Queste, in sintesi, le ragioni per il ritorno ad una tutela *reale*. Il ripristino della reintegrazione come forma, se non esclusiva, principale di tutela avverso i licenziamenti ingiustificati avrebbe positivi risvolti indubbiamente sul piano sociale e dei diritti individuali, probabilmente anche su quello economico generale. Un'adeguata protezione del posto di lavoro crea le condizioni per l'esercizio dei diritti individuali e collettivi dentro e fuori dal posto di lavoro, per godere di un'esistenza realmente libera e dignitosa. Contribuisce alla stabilità dell'uomo, della famiglia, della comunità, corrispettivamente consentendo l'incremento dei consumi, del benessere generale, dell'economia.

⁶⁷⁸ M. D'Antona, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, cit., 23.

⁶⁷⁹ V. Speciale, op.loc.ult.cit.

⁶⁸⁰ T. Groppi, "Fondata sul lavoro". *La scelta della Costituzione*, in RTDP, 2012, 665 ss.

⁶⁸¹ C. Mortati, , op.loc.ult.cit.

⁶⁸² V. Speciale, op.loc.ult.cit.

BIBLIOGRAFIA

ALAIMO A., *I servizi all'impiego e l'art. 4 Cost. dopo le recenti riforme del mercato del lavoro*, in *DLRI*, 2004, 249 ss.

ALES E., *Libertà e "uguaglianza solidale": il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Dir. Lav.*, 2001, I, 111 ss.

ALESSI C., *L'art. 4 Cost. e il diritto al lavoro*, in *Jus*, 2006, 127 ss.

AMOROSO G. - DI CERBO V. - FOGLIA R. - MARESCA A., *Diritto del lavoro. Il processo*, Giuffré, Milano, 2016

AMOROSO G., *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 3, 327 ss.

ANDRIOLI V., *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1954, I, 312 ss.

ANDRIOLI V., voce *Preclusione (dir. proc. civ.)*, in *Nss. dig. it.*, XIII, Giappichelli, Torino, 1966

ANDRIOLI V. - BARONE C. - PEZZANO G. - PROTO PISANI A., *Le controversie in materia di lavoro*, Il Foro Italiano, Roma e Zanichelli, Bologna, 1986, 309 ss.

APARICIO TOVAR J., *Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, 57, 145 ss.

APOSTOLI A., *Il trapianto del diritto al lavoro nell'ordinamento comunitario e nell'ordinamento regionale ovvero quel che resta dell'art. 4 della Costituzione italiana*, in *Jus*, 2006, 140 ss.

APOSTOLI A., *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Giuffré, Milano, 2005

ARMONE G., *Il rilievo officioso delle nullità: profili problematici*, in Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Principi di diritto processuale civile*, vol. III, 2019, 948 ss.

ARRIGO G., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *DLM*, 2005, 275 ss.

BALDASSARRE A., voce *Diritti sociali*, in *EGT*, XI, Roma, 1989, 14 ss.

BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Laterza, Bari, 2019

BALENA G., *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Il giusto processo civile*, 2006, 1, 82 ss.

- BALLESTRERO M. V., *A proposito di rimedi*, in *Lav. Dir.*, 2017, 3/4, 496 ss.
- BALLESTRERO M. V., *I licenziamenti*, Angeli, Milano, 1975
- BALLESTRERO M. V., *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 4/2016, 665 ss.
- BALLESTRERO M. V., *Il valore e il costo della stabilità*, in ID., *La stabilità del diritto vivente. Saggi su licenziamenti e dintorni*, Giappichelli, Torino, 2009, 1 ss.
- BALLESTRERO M. V., *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. dir.*, 2015, 39 ss.
- BALLESTRERO M. V., *Principi e regole nella giurisprudenza del lavoro. Due esempi e una digressione*, in Ballestrero-Guastini, *Dialogando su principi e regole*, in *MSCG*, 2017, 1, 169 ss.
- BALLESTRERO M.V., *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. dir.*, 2015, 47 ss.
- BALLESTRERO M.V., *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità*, in *Lav. dir.*, 2014, 405 ss.
- BARBA A. –PIVETTI M., *La scomparsa della sinistra in Europa*, Imprimatur, 2016
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984
- BAVARO V., *Lineamenti sulla costituzione materiale dei diritti sociali del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2018, 2, 243 ss.
- BAYLOS GRAU A., *Poteri privati e diritti fondamentali dei lavoratori*, in *Lav. Dir.*, 2017, 9 ss.
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffré, Milano, 1949
- BIGGERI M. –BELLANCA N., *L'approccio delle capability applicato alla disabilità: dalla teoria dello Sviluppo Umano alla pratica*, 2011
- BIN R. - PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010, 118 ss.
- BLANCHARD O. –TIROLE J., *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 161 ss.
- BOLEGO G. - NOGLER L., *Opinioni sul licenziamento per motivi economici*, in *DLRI*, 2014, 403 ss.
- BOLOGNESI R., *Il prudente esercizio dei poteri istruttori officiosi da parte del giudice del lavoro*, in www.judicium.it, 2014
- BORGHESI D. (a cura di), *Il processo del lavoro*, in F. Carinci (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, VI, Giappichelli, Torino, 2005, 259 ss.

BRINO V., *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi – Decreti legislativi 4 marzo 2015*, n. 22 e 23, Giappichelli, Torino, 2015, 83 ss.

BRUN S., *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012

BUONCRISTIANI D., *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 10ss.

BUONOCORE C., *Sul limite alla cognizione del giudice dell'opposizione nel rito Fornero*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 1/2020, 33 ss.

CAHUC P. - KRAMARZ F., *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle*, La Documentation française, 2004

CALCATERRA L., *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 58/2008*

CANNATI G., *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, 4 ss.

CAPONI R., *La rimessione in termini nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1996

CARINCI F. - DE LUCA TAMAJO R. - TOSI P. - TREU T., *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2016, 466 ss.

CARINCI F. - PIZZO FERRATO A., *"Costituzione europea" e diritti sociali fondamentali*, in *Lav. dir.*, 2000, 281 ss.

CARINCI F., *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, Adapt University Press, 2015

CARINCI M. T., *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, in M. T. Carinci, A. Tursi (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 27 ss.

CARRATTA A., *Poteri istruttori del tribunale in composizione monocratica*, in *Giur. it.*, 2000, IV, 662 ss.

CARRATTA A., *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in G. Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 2019, 708 ss.

CARUSO B., *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, in *RGL* 1982, I, 196 ss.

CASAVOLA P., *La giustizia costituzionale nel 1994*, in *www.cortecostituzionale.it, Documentazione, relazioni annuali*, 1995, 1 ss.

CASILLO R., *La dignità nel rapporto di lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 71/2008*, 604 ss.

CASILLO R., *Sulla difficile conciliabilità tra subordinazione e dignità*, in *Dir. merc. lav.*, 2007, 4, 429 ss.

CAVALLARO L., *Il processo del lavoro al tempo dei "tecnici"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1, 298ss.

CAVALLONE B., *Un tardo prodotto dell'Art déco*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 99ss.

CELOTTO A., *Art. 3, 1° co., Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 65 ss.

CESTER C., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, Adapt Labour Studies, e-Book series, 2016, 46, 94 ss.

CHIARLONI S., *Dal diritto alla retribuzione al diritto di lavorare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1479 ss.

CHIOVENDA G., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1933, 1 ss.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Jovene, Napoli, 1935 (rist. 1965), 41 ss.

CIPRIANI F., *Prefazione*, in F. Cipriani - G. Monteleone, *La riforma del processo civile*, Cedam, Padova, 2007, VI, 1 ss.

CIRULLI M., *Il rito Fornero nel sistema della tutela decisoria sommaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 3, I, 443 ss.

COMOGLIO L., *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, vol. 19, Giappichelli, Torino, 1985, 219 ss.

COMOGLIO L.P., *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1076 ss.

COMOGLIO L.P., *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 675 ss.

COMOGLIO L.P., *La transizione dal giudice unico in tribunale al giudice unico di primo grado*, in *Le riforme della giustizia civile*, 2^a ed., a cura di M. Taruffo, Giappichelli, Torino, 2000, 55 ss.

CONSOLO C., *L'avvento del giudice unico fra riorganizzazione e timidezze*, in *Corriere giur.*, 1998, 256 ss.

CONSOLO C., *Mutatio libelli: l'accettazione tacita o presunta e l'eccezione di domanda nuova, ovvero di un costrutto giurisprudenziale incoerente*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 640 ss.

CONSOLO C., *Oggetto del giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 584 ss.

COSATTINI L., *Nullità del licenziamento: sulla rilevabilità d'ufficio la Sezione Lavoro smentisce le Sezioni Unite*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2018, 1, 71 ss.

COSTANTINO G., *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, 7.

CRISAFULLI V., *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione (1951)*, in Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 145 ss.

CURZIO P., *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 158/2012

D'ADDA A., *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Cedam, Padova, 2001

D'ANTONA M., *Il diritto al lavoro nella costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *RGL*, 1999, III, 15 ss.

D'ANTONA M., voce *Tutela reale del posto di lavoro*, in *EGT*, XXXI, Roma, 1994, 2 ss.

DALFINO D. (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Laterza, Bari, 2011

DALFINO D., *Il nuovo rito, la fase urgente*. Relazione al corso "La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione", Scandicci, 25-27 novembre 2013

DALFINO D., *Il rito Fornero nella giurisprudenza: sul rapporto tra procedimento sommario, opposizione e mezzi di impugnazione*, in *RGL*, 2015, II, 391 ss.

DALFINO D., *Rito Fornero: la tendenziale autonomia tra procedimento sommario e opposizione*, in *Foro it.*, 2015, 1, 553 ss.

DE ANGELIS L., *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 2012

DE ANGELIS L., *Crisi dell'appello di lavoro tra scelte legislative, tensioni ordinamentali, autosufficienza del rito e qualche ambiguità testuale: considerazioni sparse*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 331/2017, 12 ss.

DE ANGELIS L., *La prova nel processo del lavoro e la Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 3, 317 ss.

DE CRISTOFARO M. - GIOIA G., *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in *www.judicium.it*, 2012, 17 ss.

DE LUCA M., *Campo di applicazione delle tutele e giustificazione dei licenziamenti*, in *Foro it.*, 1990, 4, 337 ss.

DE LUCA M., *Reclamo contro la sentenza di primo grado in materia di licenziamenti (art. 1, commi 58 ss. legge n. 92 del 2012): natura, forma e filtro del giudizio dell'appello*, in *Riv. it. dir. lav. Riv. it. dir. lav.*, 2013, 847 ss.

DE LUCA TAMAJO R., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario e nella Costituzione italiana*, in *Rass. DPE*, 2008, 3 ss.

DE LUCA TAMAJO R., *Jobs Act e cultura giuslavoristica*, in *DLM*, 2016, 1, 6 ss.

DE SANTIS F., *La rimessione in termini nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 1997

DE SIMONE G. - NOVELLA M. - RAZZOLINI O., *Rimedi e sanzioni nel diritto del lavoro in trasformazione*, in *Lav. Dir.*, 2017, 3/4, 353 ss.

DEAKIN S. - WILKINSON F., *Capabilities, ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in *DML*, 2000, 317 ss.

DEL PUNTA R. – CARUSO B., *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, in *ADL*, 2016, 4, 645 ss.

DEL PUNTA R., *Diritto del lavoro*, Giuffré, Milano, 2017

DEL PUNTA R., *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo art. 18*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 2, 32 ss.

DEL PUNTA R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2001, 89, 25 ss.

DEL PUNTA R., *Labour Law and the Capability Approach*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2016, 32, 4, 383 ss.

DEL PUNTA R., *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffré, Milano, 2019

DENTI V., *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Giuffrè, Milano, 1953

DENTI V., *Processo civile e giustizia sociale*, Giuffré, Milano, 1971

DI MAJO F. - FERRARI BRAVO L. - RIZZO A., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffré, Milano, 2001

DIDONE A., *Processo di cognizione e giudice unico*, Giuffré, Milano, 1999

DITTRICH L., *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, in *Riv. proc.*, 2014, 104 ss.

DONDI G. - MISCIONE A., *La produzione di nuovi documenti in appello*, in *Arg. dir. lav.*, 2/2006, 675 ss.

FABBRINI G., *Diritto processuale del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1975

FABIANI E., *Sul potere del giudice monocratico di disporre d'ufficio la prova testimoniale ai sensi dell'art. 281-ter c.p.c.*, in *Foro it.*, 2000, I, 2102 ss.

FABIANI M., nota a Cass. SS. UU. n. 11353/2004, in *Foro it.*, 2005, I, 1142 ss.

FAZZALARI E., *Appunti sul rito del lavoro*, in *Giur. it.*, 1974, 5 ss.

FAZZALARI E., *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 594 ss.

FEDELE I., *L'irrilevanza disciplinare del fatto contestato al lavoratore equivale alla sua insussistenza (materiale) anche nel Jobs act*, in *Ilgiuslavorista.it*, 25.7.2019

FERNÁNDEZ LÓPEZ M. F., *La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de sus costes*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, 57, 199 ss.

FERRAJOLI L., *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013

FERRARA G., *La Costituzione: dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006

FERRARA M. D., *Diritto al lavoro e libertà di stabilimento: qual è il pilastro e qual è il basamento?* in *VTDL*, 2017, 1129 ss.

FERRARO G., *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in M. Cinelli, G. Ferraro, *Il contenzioso del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2011, 3 ss.

FERRONI F., *Mutatio ed emendatio libelli nel processo civile di rito ordinario e di rito del lavoro*, in *Giur. civ.*, 1986, II, 89 ss.

FINOCCHIARO G., *Commento a C. cost. 14 marzo 2003*, n. 69, in *Giust. civ.* 2003, I, 865 ss.

FIORILLO L. - PERULLI A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015*, n. 22 e n. 23, Giappichelli, Torino, 2015

FLAMMIA R., *I licenziamenti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Scognamiglio (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Angeli, Milano, 1979, 225 ss.

FRANCAVIGLIA R., *L'art. 700 c.p.c. in materia di lavoro*, in E. Brandolini (a cura di), *700 c.p.c. - Strategie processuali ed ambiti applicativi (Il diritto applicato)*, Cedam, Padova, 2011, 88 ss.

GALLINO L., *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, Bari 2007

GENTILE G., *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in Fiorillo L., Perulli A., *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, Giappichelli, Torino, 60 ss.

GENTILE S., *I poteri istruttori del giudice del lavoro*, in *Giur. mer.*, 2009, supplem. Vol. XLI, 102 ss.

GENTILE S., *L'accertamento del fatto nel processo del lavoro tra effettività e deflazione*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2018, 12, 1113 ss.

GHEZZI G., *Fatti e misfatti: il diritto del lavoro nella Repubblica dei referendum*, in *RGL*, 2004, I, 3 ss.

GIANNINI M. S., *Rilevanza costituzionale del lavoro (1949)*, in *Scritti*, III, Giuffré, Milano, 2003, 107 ss.

GIGLIANO G., *Il diritto al lavoro*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2011, 1/2, 263 ss.

GIORGI F. M., *Rito Fornero: la giurisprudenza di legittimità sul rapporto tra le due fasi e cenni sull'interferenza del rito fallimentare*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2016, 7, 641 ss.

GIUBBONI S., *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 46/2006

GIUBBONI S., *Lavoro e diritti sociali nella "nuova" Costituzione europea. Spunti comparatistici*, in *DLM*, 2004, 557 ss.

GIUBBONI S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 246/2015

GIUBBONI S., *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *AA.VV., Diritti sociali e servizi sociali*, Giuffré, Milano, 2005, 496 ss.

GIUGNI G., *Diritto del lavoro*, in *Enciclopedia Treccani, Enciclopedia del Novecento*, 1978, III

GIUGNI G., *Il diritto al lavoro e le trasformazioni dello stato sociale*, in Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Vita e Pensiero, Giuffré, Milano, 1998, 47 ss.

GRANDI M., *"Il lavoro non è una merce": una formula da rimeditare*, in *Lav. dir.*, 1997, 557 ss.

GRASSO E., *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 639 ss.

GRASSO E., *L'istituzione del giudice unico di primo grado. Prime osservazioni sulle disposizioni relative al processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 651 ss.

GROPPI T., *"Fondata sul lavoro". La scelta della Costituzione*, in *RTDP*, 2012, 665 ss.

ICHINO P., *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in L. Nogler, L. Corazza (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 2012, 797 ss.

ICHINO P., *La stabilità del lavoro e il valore dell'uguaglianza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 1, 7 ss.

IZZI D., *Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario: quale punto di equilibrio?*, in *Lav. Dir.*, 2007, 366 ss.

LA MACCHIA C., *La pretesa al lavoro*, Giappichelli, Torino, 2000

LA MALFA U., *John Maynard Keynes*, Feltrinelli, Milano, 2015

LAMBERTUCCI P., *Il diritto al lavoro tra principi costituzionali e discipline di tutela: brevi appunti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, 96 ss.

LAMBERTUCCI P., *Poteri istruttori del giudice nel rito del lavoro*, in *Giust. civ.*, 1990, 554 ss.

LEANZA P., *Il processo del lavoro. Il giudizio di primo grado, le impugnazioni, l'esecuzione, i procedimenti speciali*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Giuffré, Milano, 2005, 330 ss.

LICCI P., *I limiti del potere istruttorio del giudice del lavoro*, in *Quaderni di Judicium*, Pacini, Pisa, 2020, 79 ss.

LICCI P., *L'onere della prova nelle controversie in materia di licenziamento*, in *Riv.dir.proc.*, 2019, 4/5, 1127 ss.

LIEBMAN E.T., *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1960, 551 ss.

LISO F., *Brevi osservazioni sulla disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *WP CSDLE D'Antona*, 257/2015, 19 ss.

LO FARO A., *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2005, 524 ss.

LOI P., *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1999, 585 ss.

LOY G., *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in E. Ghera, A. Pace (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli, 2009, 38 ss.

LUCIANI M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in www.rivistaaic.it/garanzie-ed-efficienza-nella-tutela-giurisdizionale.html, 2014, 7 ss.

- LUISO F. P., *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, in AA.VV., *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, Torino, 2013, 56 ss.
- LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 2017
- LUISO F. P., *Diritto processuale civile. III. Il processo esecutivo*, Giuffrè, Milano, 2009
- LUISO F. P., *Il processo del lavoro*, Utet, Torino, 1992
- LUISO F. P., *Il processo speciale per l'impugnazione del licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 1, 13
- LUISO F. P., *Intervento*, in AA. VV., *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice (Atti del XXII Convegno Nazionale, Lecce 4 – 5 giugno 1999)*, Giuffrè, Milano, 2001, 115 ss.
- LUISO F. P., *Principio di eventualità e principio della trattazione orale della causa*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, II, Giuffrè, Milano, 1993, 205 ss.
- LYON-CAEN A. - AFFICHARD J., in Lyon-Caen A. - Perulli A., *Valutare il diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2010
- MAESTRO BUELGA G., *I diritti sociali nella Costituzione europea*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2006, 89 ss.
- MANCINI G. F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Giuffrè, Milano, 1962
- MANCINI G. F., *Sub art. 4*, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, II Foro italiano, Roma e Zanichelli, Bologna, 1975, 208 ss.
- MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Come cambia il processo civile*, Giappichelli, Torino, 2009
- MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Corso di diritto processuale civile – Nozioni introduttive e disposizioni generali*, I, Giappichelli, Torino, 2019
- MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2019,
- MANDRIOLI C., *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Giuffrè, Milano, 1953
- MANNACIO G., *Osservazioni sull'opposizione all'ordinanza ex art. 1 comma 48 della legge Fornero*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2013, 775 ss.
- MARAZZA M., *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *ADL*, 2015, 310 ss.
- MARELLI F., *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*, Cedam, Padova, 1996
- MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 415 ss.
- MARIUCCI L., *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *ADL*, 2016, 4, 585 ss.

MARTELLONI F., *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 39 ss.

MARTELLONI F., *Stagione 183: prevedibilità del diritto del lavoro e sue perversioni*, in *Lav. dir.*, 2015, 54 ss.

MASSETANI G., *Prove indispensabili e prove necessarie. I poteri del giudice*, in *Foro it.*, 2009, I, 2093 ss.

MAZZIOTTI A., *Potere-dovere istruttorio del giudice nel rito del lavoro*, in *RGL*, 2001, II, 337 ss.

MAZZIOTTI F., *Stabilità formale ed insicurezza strutturale del posto di lavoro*, in *Crit. dir.*, 1975, 95 ss.

MAZZIOTTI M., *Il diritto al lavoro*, Giuffrè, Milano, 1956

MEIFFRET F., *Contratto a tutele crescenti: licenziamento disciplinare e diritto al reintegro se il contratto collettivo prevede la sanzione conservativa*, nota a Trib. Roma, sez. lav., n.4661/2019, in *Igiuslavorista.it*, 9.12.2019

MENGONI L., *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello statuto dei lavoratori, Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, 379 ss.

MIMMO G., *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il d.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in *Giustiziacivile.com*, 24.4.2015

MINGHETTI M., *La legislazione sociale*, in R. Gherardi (a cura di), *Scritti politici*, Carocci, Roma, 1986, 775 ss.

MISCIONE M., *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in *DPL*, 20015, 12, 741 ss.

MODUGNO F., *Legge (vizi della)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 1034 ss.

MONTELEONE G., *Limiti alla prova d'ufficio nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 866

MONTESANO L. –VACCARELLA R., *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Jovene, Napoli, 1984

MONTESANO L., *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 189 ss.

MORTATI C., *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica (1953)*, in Id., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale*, Raccolta di scritti, III, Giuffrè, Milano, 1972, 143 ss.

MORTATI C., *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1954, 1, 149 ss.

NAPOLI M., *Elogio della stabilità*, in *QDLRI*, 2002, 26 ss.

NAPOLI M., *Il lavoro e le regole*, in Id., *Lavoro, diritto, mutamento sociale*, Giappichelli, Torino, 2002, 4 ss.

NAPOLI M., *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di licenziamenti*, in AA.VV., *L'apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, 207 ss.

NOGLER L., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro* (Venezia, 25-26 maggio 2007), Milano, 2008, 5 ss.

NUSSBAUM M. C., *Frontiers of Justice: Disability, Nationality and Species Membership*, Harvard University Press, 2006

ORIANI R., *Diritti potestativi, contestazione giudiziale e decadenza*, Cedam, Padova, 2003

ORTIS S., *Il fatto e la sua qualificazione; dalla querelle della riforma Fornero ai nodi irrisolti del Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 1, 145 ss.

PAGNI I., *I correttivi alla durata del processo nella legge 28 giugno 2012, n. 92: note brevi sul nuovo rito in materia di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 350 ss.

PAGNI I., *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in AA. VV., *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, a cura di D. Dalfino, Tre-Press, Roma, 2016, 400 ss.

PAGNI I., *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e rapidità della tutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1, 75 ss.

PAGNI I., *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *DPA*, 2016, 401 ss.

PAGNI I., *Tutela specifica e per equivalente*, Giuffrè, Milano, 2004

PANZAROLA A., *Iudex secundum allegata et probata (partium) iudicare debet: a proposito di un antico brocardo e di una recente interpretazione*, in *Historia et ius*, 2019, 1-27.

PANZERA C., *Per i cinquant'anni della Carta Sociale Europea*, intervento al convegno "I diritti sociali dopo Lisbona. Il caso italiano. Il diritto del lavoro tra riforme delle regole e vincoli di sistema", Reggio Calabria, 5.11.2011 10 ss.

PATTI S., *Prove*, in Scialoja e Branca (a cura di), *Commentario al codice civile*, II Foro italiano, Roma e Zanichelli, Bologna, 1987, 143 ss.

PEDERZOLI C., *I licenziamenti in Spagna*, in AA.VV., *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2014, 185 ss.

PEDRAZZI G., *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Giuffrè, Milano, 2008, 657 ss.

- PERA G., *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, rist. 2003, 62 ss.
- PÉREZ REY J., *El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, 52 ss.
- PERSIANI M., *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *ADL*, 2013, 17 ss.
- PERSIANI M., *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in *NTDL*, Cedam, Padova, 1971, II, 593 ss.
- PERULLI A., *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia Francia e Spagna*, in *RGL*, 2012, 3, 565
- PERULLI A., *Giustificato motivo oggettivo, soppressione del posto e "paradigma" del diritto del lavoro*, in A. Perulli (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2017, 85 ss.
- PERULLI A., *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?* in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, 27 ss.
- PERULLI A., *Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2014, 253 ss.
- PERULLI A., *Il controllo giudiziario dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 1, 83 ss.
- PERULLI A., *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, in *Lav. dir.*, 2016, 17 ss.
- PERULLI A., *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 1, 413 ss.
- PETRELLA V., *Fase di opposizione del c.d. "rito Fornero" e preclusioni*, in *Riv. proc.*, 2017, 298 ss.
- PICCIONI F., *Tutto il potere ai mercati, dunque a Draghi*, in <https://contropiano.org>, 2020
- PICÓ I JUNOY J., *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1497 ss.
- PISANI C., *Il c.d. rito Fornero: preclusioni e decadenze*, in *Guida al Lavoro*, 2014, 25, 1 ss.
- PISANI C., *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Torino, 2015, 22 ss.
- PISANI C., *Le preclusioni nel rito del lavoro*, in www.iudicium.it, 2012

PISANI C., *Le preclusioni*, in AA. VV. *Il diritto processuale del lavoro*, Cedam, Padova, 2011, 225 ss.

PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.*, 2010, 258 ss.

PROTO PISANI A., *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, in *Foro it.*, 1990, 9, 371 ss.

PROTO PISANI A., *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, V, 1 ss-

PROTO PISANI A., *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, IV, Giappichelli, Torino, 1983, 651 ss.

PROTO PISANI A., *Lezioni di Diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2010

PROTO PISANI A., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, 2000, V, 165 ss.

PROTO PISANI A., *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Studi di diritto processuale del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1976, 120 ss.

RAIMONDI E., *Il rito per i licenziamenti tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 1, 102 ss.

RAZZOLINI S., *I nuovi confini della discrezionalità del giudice in materia di lavoro a termine e licenziamento*, in *Lav. Dir.*, 2016, 3, 425 ss.

RICCI G. F., *La riforma del processo civile*, Giappichelli, Torino, 2009

RICHARD R., *Il diritto al lavoro come fenomeno giuridico*, in *RDL*, 1949, I, 70 ss.

RIVERSO R., *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2013, 21 ss.

ROCCELLA M., *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997

RODRIGUEZ DIOSDADO P. B. – ROSA F., *La Jobs Act italiana. Análisis y comparación con la legislación española*, in *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2016, 43, 547 ss.

RODRIGUEZ PINERO M. – VALDES F. – CASAS M. E., *La nueva reforma laboral*, in *Relaciones Laborales*, 2012, 5, 24 ss.

RODRIGUEZ PINERO M., *La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo*, in *Relaciones Laborales*, 1997, 9, 12 ss.

ROMAGNOLI U., *Momenti di storia della cultura giuridica del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2016, 3 ss.

ROMEO C., *Effetto devolutivo dell'opposizione prevista dal rito Fornero*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2016, 348 ss.

ROMEO C., *La crisi dell'effettività delle tutele nel processo del lavoro*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2017, 10, 845 ss.

ROMEO C., *Licenziamenti e nuovo rito*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, 71 ss.

ROS MARTINEZ E., *Tutela de los derechos fundamentales y libertades publicas en la normativa reguladoradel proceso social*, in *Revista de Derecho Social*, 2014, agosto, 29 ss.

ROSSI L.S., *Il rapporto tra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone (a cura di), *Le sfide dell'Europa. Diritti, istituzioni, politiche*, Ediesse, Roma, 2009

SALAZAR C., *Alcune riflessioni su un tema demodè: il diritto al lavoro*, in *PD*, 1995, 3 ss.

SAMBATI S., *La qualificazione del fatto nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del dialogo aperto dal legislatore delegato*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, 169 ss.

SANDULLI P. - SOCCI A. M., *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Giuffrè, Milano, 2016, 191 ss.

SANTORO PASSARELLI G., *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *ADL*, 2013, 231 ss.

SANTOS FERNANDEZ M. D., *La riforma del diritto del lavoro in Spagna*, in *RGL*, 2012, 1, 615 ss

SANTUCCI R., *Quel che resta della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro: un colpo mortale all'effettività del diritto lesa*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2016, II, 221 ss.

SARTOR E., *Il rito del lavoro tra rigidità delle preclusioni e difficoltà probatorie*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2018, 6, 610 ss.

SASSANI B., *L'onere della contestazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 5, 401 ss.

SATTA S. - PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1994

SCACCIA G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000

SCARPELLI F., *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 252/2015*, 3 ss.

SEgni A., *Il principio di eventualità e la riforma del processo civile*, in *Scritti giuridici*, I, Giappichelli, Torino, 1965, 338 ss.

SEN A. K., *Development as Freedom*, Oxford University Press, 1999

SEN A. K., *Rationality and Freedom*, Harvard University Press, 2002

- SEN A. K., *The Idea of Justice*, Penguin Group, 2009
- SILVESTRI G., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it
- SIMEONE F., *Rito Fornero: sulla proponibilità di nuove eccezioni, nella “fase” di opposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 677 ss.
- SMURAGLIA C., *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1958
- SOMMA A., *Il diritto del lavoro dopo i trenta gloriosi*, in *Lav. dir.*, 2018, 2, 307 ss.
- SORDI P., *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente*, Relazione al Corso Csm su La riforma del mercato del lavoro nella legge 28 giugno 2012, n. 92, Roma, 29-31 ottobre 2012, 365 ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., voce *Professione e lavoro (libertà di)*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, III, Jovene, Napoli, 2001, 195 ss.
- SPEZIALE V., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 259/2015*, 140 ss.
- SPEZIALE V., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 1, 111 ss.
- SPEZIALE V., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra “clausole generali”, principi costituzionali e giurisprudenza della Cassazione*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, 157, 145 ss.
- SPEZIALE V., *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o “normale” licenziamento economico?*, in A. Perulli (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, 11 ss.
- SPEZIALE V., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo oggettivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, 345 ss.
- SPEZIALE V., *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 322/2017*
- SPEZIALE V., *La trasformazione del diritto del lavoro*, in *ADL*, 4/2016, 719 ss.
- SPEZIALE V., *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WP CSDLE D’Antona.It*, 233/14, 16 ss.
- SPEZIALE V., *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, 215/2014, 11 ss.

TABASCO B., *Rito Fornero: gli stretti rapporti tra le due fasi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 196 ss.

TARUFFO M., *Commento all'art. 115 c.p.c.*, in Carratta - Taruffo, *Poteri del giudice. Commentario del codice di procedura civile* (a cura di Chiarloni), II Foro italiano, Roma e Zanichelli, Bologna, 2011, 83 ss.

TARUFFO M., *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 71 ss.

TARUFFO M., voce *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, 1997, 794 ss.

TARZIA G. - DITTRICH L., *Manuale del processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2015, 166 ss-

TARZIA G., *L'istituzione del giudice unico di primo grado e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 633 ss.

TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1980

TEDOLDI A., *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Cedam, Padova, 2000

TESORIERE G., *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, Cedam, Padova, 1983

TISCINI R., in AA.VV., *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, Torino, 2013, 115 ss.

TOSI P., *L'improbabile equilibrio tra rigidità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 45 ss.

TREU T., *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *GLav*, 2015, 3, 13 ss.

TRISORIO LIUZZI G., *La riforma del c.p.c. - Art. 421 e 429*, in *Nuove leggi civ.*, 2010, 1036 ss.

TROCKER N., *La formazione del diritto processuale europeo*, Giappichelli, Torino, 2011

TULLINI P., *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in *GDLRI*, 2016, 150, 291 ss.

VACCARELLA R., *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Giuffrè, Milano 1977

VALDES DAL RE F., *La regulacciòn del despido en Espana*, in *Lav. dir.*, 2016, 1, 5 ss.

VALLEBONA A., *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 2, 1 ss.

VALLEBONA A., *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti nel rapporto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 3, 789 ss.

VALLEBONA A., *Il trionfo del processo del lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2009, 566 ss.

VALLEBONA A., *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1988, 44 ss.

VALLEBONA A., *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, in F. P. Luiso - R. Tiscini - A. Vallebona, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, Torino, 2013, 18 ss.

VALLEBONA A., *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012

VALLEBONA A., *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1988

VALLEBONA A., *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le Sezioni Unite cambiano idea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 449 ss.

VARVA S., *Giurisprudenza e licenziamento economico. Orientamenti in tema di sindacato giudiziale*, in A. Perulli (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, 1 ss.

VELLANI C., *La collaborazione tra il giudice e le parti nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 4, 979 ss.

VERDE G. - OLIVIERI G., voce *Processo del lavoro e della previdenza*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, 198 ss.

VERDE G., *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»* in: AA. VV., *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice* (Atti del XXII Convegno Nazionale, Lecce 4 – 5 giugno 1999), Giuffrè, Milano, 2001, 78 ss,

VERDE G., *La disciplina delle prove nei processi del lavoro e del pubblico impiego*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 72 ss.

VERDE G., *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 249 ss.

VIDIRI G., *I poteri istruttori del giudice del lavoro nel processo civile rinnovato*, in *Giust. civ.*, 2010, 3, 147 ss.

VIDIRI G., *La riforma Fornero: la (in)certeza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 647 ss.

VITALE G., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 2018, 5, 10 ss.

ZACCARIA G., *Complessità della ragione giuridica*, in *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, p.3 ss.

ZAGREBELSKY G. - MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 239 ss.

ZAGREBELSKY G., *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Einaudi, Torino, 2013

ZANGHI C., *Comunità europea*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Giuffrè, Milano, 2000, 303 ss.