



temilavoro press

temilavoro.it

sinossi internet di diritto del lavoro e della sicurezza sociale
internet synopsis of labour law and social security law

| Volume 4 n. 1 del 2012 |



temilavoro press

Riassunto – Lo studio propone una prima analisi delle norme che regolano il c.d. nuovo rito dei licenziamenti, introdotto dalla riforma Fornero, come complemento alla modificazione disciplina della reintegrazione e dei licenziamenti collettivi, allo scopo di snellire e accelerare i processi in questa materia e di aumentare la certezza in ordine alla risoluzione dei rapporti. Chiude lo studio un'appendice in cui l'autore propone un modello alternativo di rito dei licenziamenti.

Abstract – The study provides an initial analysis of the rules of the new trial of dismissals. It introduced by the Fornero reform, as a complement to the modification both dismissal reinstatement and collective redundancies. The purpose of reform is addressing to streamline and accelerate the trials in this matter and to increase certainty in regard to termination of the relationship. Annex to the study find a propose of an alternative model of dismissals trial.

1. Introduzione: ancora un rito civile, tra esigenze di marketing politico e di economia giudiziaria.

La pulsione decodificatrice del legislatore sembra non conoscere pausa; nemmeno di un anno fa è il d. lgs. n. 150 del 2011, intitolato alla «riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione», nato per porre (parziale) rimedio alla Babele processuale, non seconda a quella della nota “controversia liparitana”¹, a cui siamo stati costretti dal susseguirsi incessante di interventi sul rito, dettati dall'esigenza di fare vedere che si stava facendo qualcosa contro la cronica lentezza del processo civile, piuttosto che da un'idea anche vaga di quello che si stava facendo. In media negli ultimi dieci anni più di una novella a ministro della Giustizia.

* Testo riveduto e ampliato, con l'aggiunta della note, delle relazioni tenute al convegno «La riforma del mercato del lavoro», organizzato dall'A.G.I. e dall'Ordine avvocati Agrigento, il 13 ottobre 2012 ad Agrigento. L'appendice è tratta dallo studio [Danno alla persona e Reintegrazione](#) in q. rivista Volume 1 n. 1 e da [Le proposte di modifica dell'impugnazione del licenziamento: un passo avanti e due indietro](#), in q. rivista. Volume 1 n. 1.

¹ Sul punto cfr. l'ampia analisi contenuta in Sciascia L., *Recitazione della controversia liparitana dedicata ad A.D.*, Einaudi, Torino, 1969

Sul nuovo rito dei licenziamenti e una proposta di modifica*

di

Calogero Massimo Cammalleri

Sommario – 1. Introduzione: ancora un rito civile, tra esigenze di marketing politico e economia giudiziaria. 2.- Caratteristiche generali. 3.- Campo di applicazione. 4.- segue: l'applicazione al lavoro pubblico. 5.- segue: la risoluzione pregiudiziale delle questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro. 6.- Attributi del rito: necessario ed esclusivo. 7.- Segue: gli errori nella scelta del rito. 8.- Struttura del processo: la fase sommaria. 9.- segue: la fase di opposizione. 10.- Il procedimento di opposizione: fase introduttiva. 11.- Segue: la trattazione e l'istruzione. 12.- Il secondo grado: reclamo o appello? 13.- Norme per il giudizio di legittimità. 14.- Disciplina intertemporale. 15. Norme acceleratorie e conclusioni. -Appendice: Una proposta.

Questa volta è addirittura il ministero del lavoro che si intesta la riforma processuale, inglobandola nel più ampio contesto della riscrittura della tutela reintegratoria. Viene così introdotto un nuovo rito speciale del già speciale rito del lavoro; perciò un rito *particolare*, che disciplina un insieme molto limitato di controversie. La legge circoscrive il *petitum* a una sola categoria di domande e si colloca in un testo extra-codicistico (i commi da 47 al 69 dell'art. 2 della legge n. 92 del 2012, c.d. riforma Fornero²).

Si tratta di un testo per sé stesso non è autosufficiente a regolare tutti gli accidenti di un'intera causa, come del resto non lo è neppure quello speciale del lavoro.³

² Sul “vezzo” di intestarsi riforme (che di riforma nel senso letterale del termine nulla hanno) cfr. icasticamente Carinci F., *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente CSDLE, Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_443536570.pdf

³ De Angelis, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in WP, CSDLE, http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20120918-014705_deangelis_n152-2012itpdf.pdf; Curzio, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in WP, CSDLE, [http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-](http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-)

La nuova disciplina raccatta strutture, qua e là, da almeno più riti speciali e dà vita a una ibridazione genetica che supera perfino i mostri della mitologia. Questi infatti erano spesso l'ibridazione di due specie, ma qui il legislatore ne combina addirittura quattro: l'impostazione monitoria deriva dal procedimento di repressione del comportamento antisindacale *ex art. 28 st. lav.*, il procedimento cautelare generale *ex artt. 669 bis e ss. c.p.c.* governa l'istruzione sommaria e il rito sommario di cognizione *ex art. 702 bis c.p.c.* le fase dell'opposizione; termini, posizione delle parti sono analoghi a quelli del processo ordinario del lavoro *ex artt. 409 ss. c.p.c.* Ma nessuno di essi, nemmeno il rito ordinario del lavoro, come sarebbe stato naturale, assume un ruolo dominante, cosicché il rito dei licenziamenti – pur nella sua non autosufficienza - vive di vita propria.⁴

Che lo scopo dell'intervento non fosse propriamente tecnico giuridico è ben chiaro, perché lo enuncia il titolo della legge, «riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita». Che la *ratio* ispiratrice della riforma non sia stata quella propriamente della giustizia sociale, intesa a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono [...] l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3 co. 2 Cost.), pure. Una prospettiva questa, è stato osservato, del tutto antitetica a quella che ispirò la legge n. 533 del 1973, che istituiva – e finanziava - il processo del lavoro.⁵

La riforma si muove in un'evidente prospettiva di *law and economics*. Secondo detta teoria economica, il

[IT/2012/1113-100650_curzio_158-2012itpdf.pdf](#) ; Consolo, Rizzardo, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, *Corr. Giur.* 2012, 729 ss. Borghesi, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, in Carinci F. Miscione M. (a cura di), *Commentario della riforma Fornero*, p. 18ss.; In senso parzialmente diverso Cosmai, *L'impugnazione del licenziamento: limiti al sindacato giurisdizionale e specialità del rito. Primi spunti di riflessione*, op. loc. ult. cit. p. 26s., che ritiene prevalente il modello *ex art. 702 bis c.p.c.*

⁴ In tale senso cfr. Curzio, cit.

⁵ De Angelis, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in WP, CSDLE, http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONAIT/20120918-014705_deangelis_n152-2012itpdf.pdf

diritto è predicato si utile, e perfino necessario, ma solo perché esso risulta utile alla correzione della asimmetrie del mercato che ne impediscono l'autoregolazione, procurando perciò un'allocazione efficiente delle risorse. La scelta regolativa del *law and economics* non a caso inverte il *second best*, il *first best* essendo un archetipo concettuale a cui tendere ma in presenza del quale l'*abestention of law* rimane lo spazio proprio del diritto. Esso viene relegato in posizione ancillare alle esigenze dell'economia e gli si negano perciò le funzioni progettuale, pedagogica e performativa che invece non gli sono affatto estranee; sono sue proprie in quanto espressione dell'ordine costituzionale ed emanazione della sovranità popolare.

In questo quadro diventa perciò comprensibile, sebbene niente affatto giustificabile, la totale assenza di razionalità dell'intervento normativo che dà vita al “processo o rito dei licenziamenti”, così lo chiameremo di qui in avanti, e al fatto che non sia stato fatto neanche il tentativo di trovare nei riti vigenti modelli utili allo scopo acceleratorio, formalmente addotto a ragione giustificatrice dell'introduzione di un ulteriore rito.

Come subito vedremo esaminando il dettato della legge, l'accelerazione costituisce lo scopo pubblicitario della regolazione. Lo scopo vero è realizzare una operazione di *marketing* internazionale, cercando di vendere all'investitore straniero un pacchetto “*all inclusive*” che lo persuadesse da un lato che la normativa sui licenziamenti non è più quella di prima, da un altro lato che la cronica lentezza del processo civile italiano non avrebbe condizionato la risoluzione delle controversie di licenziamento e cioè la possibilità, in termini economici, di stimare *ex ante* il costo di un licenziamento; irrilevante al fine restando se esso sia legittimo oppure no; e conseguentemente anche se detto costo venga sopportato dalla parte che ha torto o venga invece addirittura in ogni caso scaricato in una parte più o meno grande sul lavoratore.

Da un lato non sarebbe stato credibile l'annuncio dell'accelerazione di tutta la giustizia civile; da un altro lato, l'intervento su specifiche disposizioni del codice di rito o il rinvio ad uno dei riti sommari già disciplinati dalla legge non sarebbe stato facilmente intellegibile “ai mercati”, espressione antropologizzante con la quale - come si disse per il socialismo della Pri-

mavera di Praga - si tenta di dare un volto umano a un mostro concettuale.

Che il nuovo rito sia un'operazione di facciata lo tradisce il comma 69 per il quale «dall'attuazione delle disposizioni di cui ai commi da 47 a 68 non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ovvero minori entrate»; e ciò, malgrado che con i commi 65 e 66 si introducano modifiche ordinali, cioè riforme strutturali che come tali per funzionare devono essere adeguatamente finanziate, come lo fu a suo tempo il processo del lavoro.⁶ Anche esse, inoltre, invece che essere inglobate, come un minimo di rigore sistematico avrebbe richiesto, nella legge sull'ordinamento giudiziario (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12) sono state scritte in calce allo stesso pacchetto promozionale; una sorta di "sigillo di garanzia".

2. Caratteristiche generali.

Per tale ragione, oltre che per l'*iter* parlamentare, il "rito dei licenziamenti" trova la sua sede esattamente di seguito alla novellazione⁷ dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970. Una tecnica normativa, già lo si intuisce a tutta prima, che è fonte di non pochi problemi ermeneutici e di coordinamento anche su aspetti non secondari.

Ventidue commi (dal 47° al 68° dell'art. 1 della legge n. 92 del 2012), che tracciano le linee essenziali di ogni stato fase e grado e che a più tratti richiamano le norme del rito speciale del lavoro al quale quindi si dovrà fare riferimento per colmare eventuali lacune; rito codest'ultimo che a sua volta, si appoggia, per dir così, sulle altre norme del codice processuale civile relative al rito ordinario.⁸

Un'ulteriore modifica indiretta ed extra codicistica è contenuta nel comma 43 (che modifica il comma 1 dell'art. 30 della legge n. 183 del 2010, c.d. collegato lavoro) e che ora dispone: «l'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto». Ciò, anche alla luce dell'art. 8

⁶ Sul punto cfr. De Angelis, cit. e la bibliografia ivi citata.

⁷ Sull'appropriatezza di detto termine esprime fondate riserve Carinci F., *Art. 18 St. lav.* cit. a causa della sopravvivenza del vecchio testo dell'art. 18 st.lav. per il lavoro pubblico.

⁸ v. pure Curzio, cit. De Angelis, cit. Cosmai, cit.

della legge n. 148 del 2011, idoneo a modificare e scardinare il sistema di contrattazione collettiva, potrebbe essere fonte di non poche imprevedibili complicazioni.

3. Campo di applicazione.

In linea generale il rito dei licenziamenti riguarda tutte le controversie per la cui risoluzione l'attore invochi l'applicazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, come modificato dalla legge n. 92 del 2012; sia che ciò avvenga in dipendenza di un licenziamento individuale o di un licenziamento collettivo.

Benché il comma 47 disponga che «le disposizioni dei commi da 48 a 68 si applicano alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni» deve ritenersi sistematicamente coerente con il disegno del legislatore interpretare il riferimento all'art. 18, nel senso di casi in cui l'art. 18 trova applicazione.

In tale senso il comma 46 della legge, che ha modificato il regime sanzionatorio previsto dalla legge n. 223 del 1991 che regola il licenziamento collettivo, rinvia a vari commi dell'art. 18 dello St. lav. per definire le varie fattispecie sanzionatorie⁹, cosicché anch'esse devono coerentemente ritenersi attratte dal campo di applicazione del rito in discussione.

Sul piano teorico, restano fuori dal campo di applicazione del rito speciale le controversie di licenziamento: nell'ambito della c.d. tutela obbligatoria (per requisiti dimensionali o per il licenziamento intimato da organizzazioni di tendenza), quella oramai residua di diritto comune (nel lavoro domestico, del dirigente per motivi non disciplinari, dell'ultra sessantacinquenne avente diritto a pensione di vecchiaia).

Vi sono però due ragioni per escludere che ciò che è sicuramente vero sul piano formale della lettera della legge non valga pure dal punto di vista applicativo.

Per la prima perché - anche fuori e a prescindere dai limiti dimensionali previsti per l'applicabilità dell'art. 18 al licenziamento ingiustificato - la novella unifica nell'art. 18 St. lav. i regimi sanzionatori previsti contro

⁹ Dubbio è se analogamente accada rispetto all'applicazione del comma 45, che modifica il regime sanzionatorio del licenziamento collettivo inefficace, adottando la sanatoria in sede di accordo collettivo, proprio per la ipotesi del mancato accordo sanante.

i licenziamenti discriminatori, quelli affetti da vizi di forma ex art. 2 della legge n. 604 del 1966 o da vizi di procedimento ex art. 7 della legge n. 300 del 1970, quelli altrimenti nulli per violazione di un divieto di licenziamento (matrimonio, gravidanza e puerperio, maternità e paternità) e quelli nulli per motivo illecito unico determinante ex art. 1345 c.c.; in ogni caso a prescindere dalle dimensioni del datore di lavoro.

Sicché è sufficiente dedurre come domanda principale la richiesta di applicazione dell'art. 18 st. lav. e solo in subordine l'applicazione dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966 perché la controversia sia attratta dal rito speciale a prescindere dai requisiti dimensionali.¹⁰

La seconda ragione è che - oramai a datare da S.U n. 141 del 2006, il cui orientamento viene vieppiù rafforzato dalla novellazione dell'art. 18 in punto di vizi formali e di nullità - l'onere della prova dei requisiti dimensionali dell'applicazione della tutela debole grava sul datore di lavoro, cosicché in via di azione principale è normale che il lavoratore chieda, anche per il caso di ingiustificatezza, l'applicazione dell'art. 18 st. lav., potendo sempre contare sull'errore datoriale.¹¹ Così facendo il lavoratore da una lato sfugge al residuo tentativo obbligatorio di conciliazione previsto della legge n. 108 del 1990 per le controversie ex art. 8 della legge n. 604 del 1966 che la legge n. 183 del 2010 ha dimenticato di abrogare e da un altro fa attrarre la controversia nel nuovo rito, ottenendo - se il licenziamento è illegittimo - soddisfazione delle sue ragioni già in fase sommaria.

4. Segue: l'applicazione al lavoro pubblico.

Più problematico, infine, è stabilire se il nuovo rito si applichi anche ai licenziamenti nel lavoro pubblico.

Stante il rinvio formale degli art. 2 comma 2 e dell'art. 51 comma 2 del tu 165 del 2001, per quel che qui interessa, all'intera legge n. 300 del 1970, il rito speciale dovrebbe applicarsi anche alle controversie di licenziamento in cui sia parte una pubblica amministrazione.

In contrario, tuttavia, il comma 7 dispone che le «disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei di-

pendenti delle pubbliche amministrazioni» e il comma 8 che «assegnano» «al Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche» la competenza a individuare e definire, «anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche».¹²

Sembrerebbe perciò che il legislatore, sebbene con una tecnica normativa di assai dubbia efficacia, abbia voluto (*rectius*: aveva l'intenzione di) mantenere in vigore il vecchio testo dell'art.18 st. lav. per il lavoro pubblico privatizzato. Se l'interpretazione teleologica proposta da una dottrina¹³, non senza aspre critiche e con notevole contorsionismo ermeneutico, persuaderà la giurisprudenza pratica a vincere quella letterale e logica proposta a una altra¹⁴ è ancora presto per dire.

Si può per ora osservare che l'applicazione del rito dei licenziamenti alle controversie regolate dall'art. 18 è neutro rispetto all'alternativa sanzionatoria indennità-reintegrazione che costituisce l'innovazione sostanziale e la ragione di resistenza del vecchio testo al rinvio recettizio del t.u. n. 165 del 2001. Del resto, oramai rientrano nell'art. 18 st. lav. ipotesi che prima vi erano sottratte in ragione della consistenza numerica (licenziamento inefficace ex art. 2 della legge n. 604 del 1966 vecchio testo) o in ragione della specialità (nullità del licenziamento della gestante etc.) e per le quali la legge prevede, in ogni caso, solo e sempre la reintegrazione con tutela risarcitoria piena. Dunque, la ragione del nuovo rito non sta nella necessità di giudicare sull'alternativa indennizzo reintegrazione, ma sta proprio nella celere definizione della tutela reintegratoria.

¹² Sul punto ampiamente Carinci F., *Art. 18 st. lav.* cit. per il quale, dopo ampia ricostruzione storico-teleologica della genesi della norma giunge alla conclusione sistematica che, ad oggi, nell'ordinamento italiano, pur in assenza di una appiglio testuale espresso, sono in vigore due, per così dire, "articoli 18": uno, risultante dalla modificazione della legge n. 92 del 2012 per il lavoro privato e un altro, il vecchio testo, per il lavoro pubblico. Nello stesso senso Vallebona, *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino 2012 p. 55. *Contra*: ivi citato Rivero, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*.

¹³ Carinci F. op. loc. ult. cit.

¹⁴ Rivero op. loc. ult. cit.

¹⁰ In tale senso anche Vallebona, cit. Curzio cit. pp. 12 e 14

¹¹ Così pure Vallebona, cit.

Per questa ragione il rito introdotto dalla legge n. 92 del 2012 sembrerebbe porsi al di fuori sia dei profili sostanziali di regolazione dei rapporti di lavoro, per i quali le sue norme costituiscono principi generali sia materia di successivo intervento armonizzatore del ministro per la pubblica amministrazione.

Ci sembra perciò che ritenere applicabile il rito suddetto alle controversie di licenziamento a una pubblica amministrazione, anche laddove ad essere applicato debba essere il vecchio testo dell'art. 18 st. lav., non faccia maggior torto all'esegesi, di quanto non gliene faccia l'escludere l'applicazione del testo dell'art. 18 scritto dall'art. 1 della legge n. 92 del 2012.¹⁵

5. segue: la risoluzione pregiudiziale delle questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro.

L'ultima parte del comma 47 estende l'applicazione del rito speciale, parallelamente a quanto dispone in tema di impugnazione stragiudiziale del licenziamento la legge n. 183 del 2010, anche alle controversie di licenziamento in cui debbano «essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro».

Si tratta delle controversie in cui si contesti la natura autonoma o parasubordinata del rapporto e in cui la cessazione di quel rapporto di natura controversa sia avvenuta mediante recesso del committente.

Sono pertanto escluse le controversie in materia di nullità del termine,¹⁶ sia perché si tratta di un giudizio di accertamento sulla validità di una clausola contrattuale e non invece di un giudizio di impugnazione come richiede la disposizione, sia perché l'estinzione del rapporto che avviene per decorso del termine è un effetto del contratto e segnatamente di un suo elemento accidentale, e non avviene – invece – per l'operare di un negozio giuridico avente ad oggetto l'estinzione di un altro negozio giuridico come nel licenziamento. Vi osta, inoltre, il fatto che nelle ipotesi di nullità del termine il giudice non pronuncia una condanna ex art. 18 st. lav. che quanto in definitiva richiede il comma 47 per stabilire l'applicazione del rito.

¹⁵ Giunge a questa stessa conclusione, ma sulla base di diverse motivazioni, Curzio, cit. per il quale oltre al rito dei licenziamenti alla p.a. si applicherà anche il nuovo art. 18 st. lav., almeno fino a quando il ministro non eserciterà i poteri dei cui al comma 8.

¹⁶ In tale senso Curzio, cit. Vallebona, cit., *contra* Borghesi, cit.

Altro argomento a sostegno dell'esclusione consiste, come è stato puntualmente osservato,¹⁷ nella scelta del novellatore, a proposito della modificazione dell'art. 32 comma 3 lett. a) della legge n. 183 del 2010 (sulla decadenza dall'azione di impugnazione del licenziamento e da quella di nullità del termine), introdotta dall'art. 1 comma 11 della legge n. 92 del 2012, di tenere distinte le due questioni mediante l'uso, tipicamente burocratico,¹⁸ della congiunzione disgiuntiva ovvero: «licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla nullità del termine apposto al contratto di lavoro». Parallelamente, tiene distinte le due azioni nel rito dei licenziamenti.

Diversa soluzione potrebbe darsi allorché nel contratto a termine, il datore di lavoro intimi un licenziamento per giusta causa oppure, nel presupposto dell'avvenuta conversione del contratto, intimi un licenziamento e non invii una mera disdetta.

Il rito troverà applicazione nei rapporti di lavoro nero, per altro a prescindere dalla consistenza numerica dell'unità produttiva nel caso – abbastanza ricorrente in tali fattispecie – che il licenziamento sia stato orale.¹⁹ Infatti si tratterebbe di un licenziamento nullo per vizio di forma attratto dal nuovo comma 1 dell'art. 18 st. lav. In tale ipotesi oggetto dell'accertamento preliminare sarà la dimostrazione della natura subordinata della prestazione per invocare la tutela e poi la esistenza del licenziamento per legittimare il rito; fatti della cui prova è onerato il lavoratore.

6. Attributi del rito: necessario ed esclusivo.

Il rito in esame, a tenore del comma 48 che recita «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» si presenta come un rito ad *applicazione necessaria*, nel senso che per ottenere la caducazione del licenziamento non è possibile adire il normale rito del lavoro per una delle controversie previste dal comma 47.²⁰

¹⁷Curzio, cit. p. 11

¹⁸Infatti, nella lingua comune ovvero significa cioè.

¹⁹ Sebbene la ricostruzione in termini di nullità venga condivisibilmente criticata in Cammalleri, *L'inefficacia del licenziamento. Tutela obbligatoria e diritto comune*, Palermo 2005.

²⁰ Nel senso del testo De Angelis, cit., e con convincenti argomenti di raffronto con altri riti Curzio, cit. *contra*: Consolo Rizzardo,

Ciò introduce l'ulteriore problema – in verità storicamente irrilevante – di qual debba essere il rito applicabile nel caso in cui ad agire sia il datore di lavoro.²¹ Ammesso ma non concesso che - dopo la novellazione dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966 - possa ritenersi sussistente l'interesse ad agire del datore di lavoro nello spazio di centottanta giorni intercorrente tra l'impugnazione stragiudiziale e quella giudiziale, gli è che il rito dei licenziamenti non sembra applicabile proprio a tenore letterale del comma 48 che testualmente si riferisce alla «impugnativa del licenziamento di cui al comma 47».

Di tutta evidenza il datore di lavoro non impugna il licenziamento da egli intimato, ma agisce in mero accertamento. Se perciò si ritiene sussistente l'interesse ad agire in mero accertamento del datore di lavoro ciò importerà che il ricorso soggiacerà al rito ex art. 409 ss. c.p.c. e non a quello dei licenziamenti dei commi 47 ss. della legge.²²

Ciò determina da un lato una rottura del sistema e da un altro lato una conferma che l'accelerazione del processo è pensata tutta e solo nell'interesse del datore di lavoro.

Il rito è inoltre ad *applicazione esclusiva* (o quasi esclusiva), nel senso che non possono essere introdotte domande diverse da quelle del comma 47 «salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi». La previsione dell'identità dei fatti non sembra lasciare spazio a nessun'altra domanda. Anche la domanda relativa ai danni da licenziamento ingiurioso non sembra ammissibile, giacché presuppone l'accertamento del danno che è un fatto diverso dal recesso.²³

cit.

²¹ In casi di impugnazione stragiudiziale l'azione di mero accertamento è stata finora ritenuta ammissibile dalla giurisprudenza, ad es. Cass. n. 6891 del 1998. Tuttavia la situazione di incertezza dovrebbe adesso essere ri-valutata alla luce del termine di decadenza per la proposizione dell'azione giudiziaria.

²² *Contra*: De Angelis, cit. p. 14 che ritiene sia esperibile l'azione datoriale di accertamento sia con il ricorso al rito ordinario sia a quello dei licenziamenti. L'autore, infatti, sembra incline ad aderire alla dottrina da lui stesso citata (Dalfino *Il nuovo procedimento in materia d'impugnativa del licenziamento (nella legge 28 giugno 2012 n. 92*, e Consolo, Rizzardo cit.), che qualifica l'azione di impugnazione del licenziamento azione dichiarativa e non costitutiva.

²³ Così Borghesi, cit. *contra*: Cosmai, cit. che ritiene le domande risarcitorie da licenziamento comprese nelle ipotesi ammissibili di cui al comma 48. Sebbene non esplicitamente anche Curzio, cit. e

Le uniche due possibilità che – stando alla lettera della legge - sembrano ammissibili sono le seguenti. Una potrebbe concernere la domanda di differenze retributive conseguenti alla qualificazione come rapporto di lavoro subordinato del lavoro nero, laddove vi sia stato un licenziamento, normalmente orale perciò trattato dall'art. 18 comma 1 novellato; ovvero domande conseguenti alla riqualificazione in termini di subordinazione di un rapporto autonomo o parasubordinato o associativo, sempre che sia stato dedotto anche un recesso datoriale e sia stato tempestivamente impugnato.

Sebbene questa conclusione appaia aderente alla lettera della legge e al suo spirito acceleratorio (per i soli licenziamenti) sembra possibile un'altra ricostruzione.

Invero, potrebbe ricorrere l'ipotesi, in caso di impugnazione di licenziamento discriminatorio, allorquando la discriminazione allegata sia intrinsecamente ingiuriosa, che il danno da ingiuria debba/possa essere liquidato solo equitativamente. Si tratterebbe di un'ipotesi di licenziamento illegittimo pluri-offensivo, in cui per economia processuale – per la stessa *ratio* sottesa all'ammissibilità delle domande fondate su fatti identici - dovrebbe escludersi la necessità di ripetere un processo in cui, senza alcun accertamento di fatto rispetto a quello compiuto nel giudizio di impugnazione del licenziamento, dovrebbero solo esercitarsi i poteri equitativi del giudice; attività che non è suscettibile di rallentare la decisione della domanda di licenziamento.

Ora, se si ritiene ammissibile questa ipotesi non dovrebbe essere di ostacolo interpretare «*domande diverse [...] fondate sugli identici fatti costitutivi*» come domande «originanti dal licenziamento», sia esso legittimo oppure no. Così dovrebbero essere ritenute ammissibili le domande relative al preavviso e al T.F.R.

Basti considerare le ipotesi in cui l'art. 18 st. lav. anche in caso di declaratoria dell'illegittimità del licenziamento (commi 4 e 7) preveda la sola tutela indennitaria e la dichiarazione di risoluzione del rapporto; essa è presupposto di fatto identico anche per rivendicare il TFR e l'indennità di preavviso; lo stesso dicasi qualora il licenziamento per giusta causa sia stato de-rubricato a giustificato motivo soggettivo; o ancora alle ipotesi in cui, per la prova del difetto di consistenza numerica, sia stato applicato l'art. 8 delle legge n. 604

De Angelis (benché criticamente verso la scelta del legislatore) sembrano escludere la possibilità estensiva.

del 1966. Tutte ipotesi plasticamente definibili «spreco di giurisdizione».²⁴ In altri termini tutte ipotesi in cui costringere a più processi potrebbe – si sembra – integrare la violazione della regola del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. Tanto più che, il divieto di altre domande non basate su (tutti) gli stessi identici fatti costitutivi, se strettamente interpretato, porta poi il corollario, derivante dalla contestuale presenza nel rito dei licenziamenti delle caratteristiche di necessità ed esclusività, che tutti i processi dipendenti dall'accertamento della legittimità del licenziamento dovrebbero essere sospesi *ex art.* 295 c.p.c. Con un ulteriore peggioramento della tutela complessiva.

7. Segue: gli errori nella scelta del rito.

Il corpo normativo in esame non prevede nulla in ordine all'eventualità tutt'altro teorica, data l'elevato tasso di incertezza che caratterizza tutta la nuova normativa, che una controversia soggetta al rito ordinario del lavoro sia introdotta con il rito particolare dei licenziamenti o viceversa. In particolare non detta disposizioni analoghe a quelle degli artt. 426 e 427 c.p.c. o a quelle dell'art. 4 del d. lgs n. 150 del 2011 che disciplinano le ipotesi di cambiamento del rito.

Deve essere osservato che la 'individuazione del rito applicabile è affidata più al giudice, che emette il decreto con cui fissa l'udienza e ordina alle parti gli incumbenti necessari alla instaurazione del contraddittorio, che alla parte che propone la domanda.

I due riti in discussione, infatti, si introducono entrambi con ricorso ed entrambi avanti allo stesso giudice competente per territorio e materia. Entrambi – salva l'ipotesi patologica in cui trovi applicazione l'art. 427 c.p.c. – hanno ad oggetto domande in una delle materie di cui all'art. 409 c.p.c. Ed entrambi potrebbero avere come domanda principale l'impugnativa di un licenziamento. Per entrambi la litispendenza si determina con il deposito del ricorso ed entrambi si depositano presso la stessa cancelleria.²⁵

²⁴ La farsa è di De Angelis, cit.

²⁵ Una sorta di pre-individuazione del rito ad opera della parte potrebbe rinvenirsi nel contenuto della nota di iscrizione a ruolo. Allo stato tuttavia non è previsto alcun codice specifico. Una nota del dirigente di cancelleria della sezione lavoro del Tribunale di Bologna - <http://www.ordine-forense.bo.it/default.asp?id=1&ACT=5&content=672&mnu=1> chiede di usare codice «2.10.012 "Procedimento *ex art.* 18 7° comma Statuto dei Lavoratori», che però ri-

Dunque l'individuazione del rito applicabile è sostanzialmente rimessa al giudice che, sulla base del principio della domanda e senza che rilevi la sua fondatezza, fisserà l'udienza in un giorno destinato alla trattazione delle cause *ex art.* 18 st. lav.(comma 65) e assegnerà i più brevi termini di cui al comma 48, ovvero, in caso contrario, emetterà un decreto *ex art.* 415 c.p.c. fissando una delle altre udienze tabellari.

Procede che il giudice dovrà esaminare attentamente il ricorso già in fase di emissione del decreto di fissazione di udienza, cosa che è nella natura di entrambi i riti ma che di rado viene fatto.

In caso di errore nella individuazione del rito, autonomamente commesso da giudice o indotto dalla parte, le conseguenze possono essere di diversa natura.

La prima questione riguarda la distribuzione tabellare degli affari, che non comporta alcun effetto sulla regolarità del processo²⁶

Perciò il giudice, rilevata l'erroneità del rito e in aderenza al principio di conservazione degli atti e di economia processuale, dovrebbe sempre disporre con un'ordinanza²⁷ il mutamento del rito.

La soluzione in ordine alla eventuale integrazione degli atti e alla disposizioni per la prosecuzione del processo sarà diversa secondo che il mutamento avvenga verso il rito speciale o verso il rito ordinario.

La differenza non è di poco momento, posto che il contenuto del ricorso introduttivo del rito sommario è semplificato, dovendo rispettare solo le prescrizioni dell'art. 125 c.p.c. e non invece le più rigide previsioni dell'art. 414 c.p.c., in primo luogo in ordine alle conclusioni.²⁸

Così, nella prima ipotesi, poiché il ricorso *ex art.* 414 c.p.c. ha certo i contenuti di quello *ex comma* 48 il giudice dovrebbe solo mutare il rito e, in caso di proposizione di domande non consentite, applicando in

guarda il vecchio testo e cioè l'ipotesi ora disciplinata dal comma 11 del nuovo art. 18 st. lav., in attesa dell'aggiornamento del software.

²⁶ In questo caso si tratta di distribuzione all'interno del ruolo di uno stesso magistrato e non importa vizio di costituzione del giudice.

²⁷ Che – analogamente a quelle emessa *ex art.* 427 c.p.c. - deve ritenersi priva di valore decisorio e perciò non impugnabile nemmeno per regolamento di competenza.

²⁸ Ma sul punto v. funditus *infra* §. Il procedimento di opposizione: fase introduttiva.

via analogica il disposto del comma 56, dispone la separazione. Non si ritiene che vada pronunciata l'inammissibilità, perché sarebbe una sanzione fine a se stessa. Questo aspetto è particolarmente importante al fine di ritenere impedita la decadenza prevista dall'art. 6 comma 2 della legge n. 604 del 1966. Infatti, in caso contrario, il deposito di un ricorso diverso da quello inteso a impugnare un licenziamento nel modo prescritto dalla legge potrebbe non equivalere al compimento dell'atto previsto dalla norma decadenziale.

Il caso opposto non è sostanzialmente configurabile salvo che nell'ipotesi di controversia di licenziamento in area di tutela obbligatoria introdotta con il rito speciale della legge n. 92 del 2012. In questo caso è dubbio se il giudice debba dichiarare semplicemente inammissibile il ricorso²⁹ o debba pronunciare l'ordinanza *ex art. 426 c.p.c.* Quest'ultima soluzione sembra preferibile sia perché l'errore di rito potrebbe non essere imputabile alla parte sia perché la integrazione degli atti potrebbe non essere necessaria; sarebbe perciò incongruo se non del tutto irrazionale costringere le parti alla ripresentazione degli stessi atti avanti lo stesso giudice una seconda volta.

8. Struttura del processo: la fase sommaria.

Il rito speciale prevede una fase preventiva e necessaria a cognizione sommaria e due ulteriori gradi di merito a cognizione piena e rito semplificato oltre al giudizio di legittimità che si svolge nelle forme ordinarie.

La struttura della fase sommaria ricalca quella del procedimento di repressione della condotta antisindacale *ex art. 28 dello st. lav.*, sebbene preveda termini molto più ampi. È un giudizio sommario non cautelare che pertanto non richiede l'allegazione né conseguentemente l'accertamento del *periculum in mora*,³⁰ che infatti è stato fatto preventivamente valutata dal legislatore *ratione obiecti*.³¹

²⁹ In tal senso Cosmai, cit., ma la domanda sarebbe ovviamente riproponibile.

³⁰ Borghesi, cit. il quale anche sottolinea la differenza dei due giudizi in tema di riproponibilità della domanda rigettata; ammissibile nei procedimenti cautelari e inammissibile in quello considerato. Per natura non cautelare anche Cosmai, cit. De Angelis, cit. Vallebona, cit.

³¹ Così Vallebona, cit.; Curzio, cit. e – citato da Curzio - Dalfino, cit. Borghesi, cit.

La natura non cautelare della fase monitoria necessaria non impedisce – almeno in linea ipotetica – che essa sia preceduta dal ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, sempre che il ricorrente possa allegare e provare per la dimostrazione del *periculum in mora* sì pressanti circostanze da rendere irreparabile il danno durante il tempo invero breve della fase sommaria (la quale è appunto un giudizio ordinario).³²

La fase sommaria è introdotta con ricorso avente i soli requisiti dell'art. 125 c.p.c. al tribunale in funzione di giudice del lavoro. Esso ha un contenuto semplificato sia rispetto all'art. 414 c.p.c. che regola l'atto introduttivo del rito ordinario del lavoro sia rispetto all'art. 702 bis c.p.c. che regola il ricorso introduttivo del processo sommario *rectius* semplificato di cognizione.³³

Il riferimento alla competenza funzionale del tribunale del lavoro consente di ritenere applicabile l'art. 413 c.p.c. per la determinazione della competenza per territorio.³⁴

Successivamente alla presentazione del ricorso «il giudice fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti» e «assegna un termine per la notificazione del ricorso non inferiore a venticinque giorni prima della stessa nonché un termine non inferiore a cinque giorni prima della stessa udienza per la costituzione del resistente». Il che dovrebbe suggerire ai magistrati di non riservare il giovedì e il venerdì alla comparizione nella fase sommaria dei processi di licenziamento, per evitare che il termine di cinque giorni scada di Sabato o Domenica con inevitabile assottigliamento del già breve termine di venti giorni assegnato al convenuto – che è però onerato della prova della giustificazione e della prova della tutela applicabile - per preparare le sue difese .

La notificazione, che è sempre a istanza di parte, può avvenire a mezzo posta elettronica certificata; il che ovviamente presuppone che siano rispettate le non agevoli né veloci previsioni dell'art. 149 *bis* c.p.c., tra

³² Curzio, cit. ritiene che debba farsi riferimento non al tempo teorico previsto dal rito, ma al tempo concreto che impiega l'ufficio. Per la ammissibilità anche Vallebona, cit., De Angelis, cit. Borghesi, cit.

³³ Per una disamina di tutte le differenze e concordanze tra comma 47 e art. 414 c.p.c. cfr. Curzio, cit.; per il confronto con l'art. 702 *bis* c.p.c., v. Cosmai, cit.

³⁴ In tale senso anche Curzio, cit. e gli autori cit. alla nota 30

le quali la sottoscrizione con firma digitale e la pubblicazione dell'indirizzo p.e.c. (posta elettronica certificata) del destinatario in pubblici elenchi, tra i quali ovviamente rientrano il registro delle imprese³⁵ e gli albi professionali.

In caso di nullità o vizi della notificazione o di violazione dei termini a comparire non vi dovrebbero essere ostacoli all'applicazione dell'art. 164 c.p.c.

Il comma 48 nulla prevede sulla costituzione del resistente, sicché questa potrà avvenire anche mediante il deposito della sola procura e anche in udienza, dato che nella fase sommaria non sono previste preclusioni (salvo come si vedrà indirettamente con riferimento alla fase di opposizione). È ovvio che nel caso in cui le difese del resistente vengano spiegate dopo la scadenza del termine di costituzione assegnatogli il ricorrente avrà diritto a un termine a difesa non inferiore a cinque giorni.

L'ultimo periodo del comma 58 dispone che l'eventuale produzione documentale delle parti debba essere fatta in duplice copia. Il che da un lato lascia intendere che la seconda copia debba servire per lo scambio, così semplificando le attività di cancelleria, e da un altro lato che il legislatore non si è accorto che anche in fase sommaria potrebbe esserci più litisconsorti (si intende necessari).³⁶ Sarebbe auspicabile che, per buona prassi o semplice *fair play*, magari sollecitato dagli ordini forensi, duplice lo si intendesse molteplici quante sono le parti del processo.³⁷

All'udienza, (comma 49), «il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, ai sensi dell'articolo 421 del c.p.c.».

La formulazione del comma 49 ricalca quella dell'art. 669 *sexies* c.p.c., il potere del giudice di limi-

³⁵ Omette – discutibilmente – questo elenco Cosmai, cit. che si riferisce ai soli professionisti.

³⁶ In tale senso anche Cosmai, cit.

³⁷ Mostra preoccupazioni per la logistica (per l'aumento di volume dei fascicoli archiviati?) Curzio, cit. il quale suggerisce di intendere che il duplo sia su supporto informatico. Si ritiene però che ciò complicherebbe le cose, non essendo le cancellerie attrezzate per verificare informaticamente la conformità del cartaceo al digitale. La regola di semplificazione dovrebbe valere anche per le cancellerie, che dovrebbero rilasciare la copia formata dalla parte “a vista”.

tare ai soli «atti di istruzione meramente indispensabili» la cognizione della domanda conferma la natura sommaria del procedimento. Cognizione sommaria preventiva che ha ricevuto l'avallo della Consulta con riferimento all'analogo procedimento *ex art. 28 st. lav.* e che non sembra nemmeno collidere con le disposizioni costituzionali (art. 111 Cost.) sul giusto processo atteso che la cognizione sommaria in sede di opposizione può trasformarsi in cognizione piena.³⁸

La cognizione sommaria alleggerisce in questa fase l'onere probatorio delle parti: con riferimento al lavoratore per esempio sul quadro indiziario della discriminazione e con riferimento al datore di lavoro alla prova dei fatti costitutivi della giustificazione,³⁹ comunque del tutto a suo carico *ex art. 5 della legge n. 604 del 1966*, o del requisito dimensionale.

Non sembrano ammesse in questa fase né domande riconvenzionali né chiamate di terzo, salvo, a nostro avviso, che per l'integrazione necessaria del contraddittorio.⁴⁰

Esaurita l'istruzione sommaria il giudice provvede «con ordinanza immediatamente esecutiva all'accoglimento o al rigetto della domanda». Nulla esclude che il giudice possa avvalersi della riserva. Anzi la previsione dell'ultima parte del primo periodo del comma 51 relativa alla comunicazione o notificazione sembra presupporre ordinariamente un provvedimento pronunciato fuori udienza.

Quanto alla natura essa ha i tratti di un'ordinanza a contenuto decisorio il cui contenuto, da un canto, sarà essenziale, *ex art. 34 c.p.c.*, con riferimento alla motivazione e, da un altro canto, dovrà essere disteso, *ex art. 112 c.p.c.*, con riferimento all'ampiezza della domanda.

³⁸ Sul punto Caratta, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, Europa Studi (a cura di) Napoli 2012; Borghe- si, cit. osserva che se anche le fasi di opposizioni e di reclamo dovessero considerarsi a cognizione sommaria saremmo in presenza di un rito che prevede la cognizione piena solo in Cassazione, con chiari dubbi di legittimità costituzionale. Nel senso della sufficienza dei principi Chiarloni, *Il nuovo art. 11 Cost. e il processo civile*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2000, 1116; *Contra*: Graziosi, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, Riv. trim. dir. proc. Civ. 2009, 137 che ritiene che ogni aspetto debba essere regolato dalla legge.

³⁹ Sottolinea la correlazione di questo aspetto Vallebona cit.

⁴⁰ Cfr. 7sopra

È controverso se essa sia suscettibile di passare in giudicato, come anche suggerisce la previsione di un termine di decadenza per l'opposizione dell'ordinanza, sebbene l'argomento della definitività non sembri decisivo.⁴¹

Al pari di quanto dispone l'art. 28 st. lav. e diversamente da quanto dispone l'art. 669 *decies* c.p.c. l'efficacia esecutiva dell'ordinanza «non può essere sospesa o revocata fino alla pronuncia della sentenza con cui il giudice definisce il giudizio» di opposizione; sono dunque destinate inesorabilmente all'inammissibilità tutte le istanze che la dovessero chiedere. La stabilità di cui è dotata l'ordinanza non dovrebbe invece impedire al giudice dell'esecuzione, ricorrendone i presupposti specifici, la sospensione dell'esecuzione.⁴²

9. Segue: la fase di opposizione.

Il giudizio di opposizione, che è un giudizio solo eventuale, trasforma l'originario giudizio sommario in un processo a cognizione piena.

L'opposizione all'ordinanza, a mente del comma 51, può essere proposta «a pena di decadenza entro trenta giorni dalla notificazione [...] o dalla comunicazione se anteriore». La regolazione dell'opposizione molto inopportunamente non rinvia al rito ordinario del lavoro, come invece accade *ex art. 28 st. lav.*, ma è disciplinata nei commi successivi dalla stessa legge; sebbene poi i termini e il contenuto degli atti processuali siano gli stessi.

Si pone il problema di stabilire quale sia il termine per l'opposizione nel caso in cui l'ordinanza non sia né notificata né comunicata (per esempio perché pronunciata in udienza).

Il comma 51, invero, non rinvia all'art. 327 c.p.c. per l'applicazione del termine lungo di opposizione in mancanza di comunicazione o di notificazione. Mentre invece i commi 61 e 64 fanno esplicito rinvio a tale disposizione per i casi rispettivamente di reclamo avver-

⁴¹ Sostengono che l'ordinanza non passi in giudicato Consolo Rizzardo, cit. Cosmai, cit. sulla base del disposto letterale dell'art. 2909 c.c. Vallebona, cit.; *contra*: De Angelis, cit. nel senso della definitività (con Dalfino, cit. da lui citato) argomentando dalla perentorietà del termine di opposizione e dalla giurisprudenza da ultimo formatasi sulla opposizione e cartella previdenziale con ivi, nota 34, riferimenti di giurisprudenza.

⁴² Al pari di quanto può accedere con i titoli esecutivi giudiziali definitivi.

so alla sentenza di primo grado e di ricorso per cassazione avverso la sentenza di secondo grado. Laddove si riconosca all'ordinanza l'attitudine a passare in giudicato non ci dovrebbe essere difficoltà ad applicare l'art. 327 c.p.c. ancorché non richiamato, anche in coerenza con la previsione di una decadenza collegata al termine breve. Diversamente, nel caso di ordinanza pronunciata in udienza il termine dovrebbe essere di trenta giorni e dovrebbe decorrere dall'udienza, mentre se pronunciata fuori udienza, dalla effettiva conoscenza del provvedimento, per esempio con la richiesta (*rectius*: del rilascio) della copia (d)alla cancelleria.⁴³

Non par dubbio, però, che per la decorrenza del termine breve, la comunicazione (e *a fortiori* la notificazione) dell'ordinanza debba avvenire nel testo integrale e non limitata al solo dispositivo.

L'opposizione si propone con «con ricorso contenente i requisiti di cui all'articolo 414 del codice di procedura civile, da depositare innanzi al tribunale che ha emesso il provvedimento opposto».

Il tribunale dovrebbe essere qui inteso come ufficio e non come magistrato, anzi si deve ritenere applicabile l'art. 51 c.p.c., al pari di come lo è nel giudizio di opposizione *ex art. 28 St. lav.*,⁴⁴ il quale ha, fino a questa fase, identica struttura di quello in esame.

Il ricorso in opposizione, stante il richiamo all'art. 414 c.p.c., è soggetto alle preclusioni e inoltre rimane soggetto, pur in forma attenuata rispetto alla fase sommaria, alla esclusività del *petitum*. Infatti, il comma 51 dispone che con il ricorso non possano «essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 [...], salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi o siano svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti».

La formulazione è alquanto impropria sol che si pensi che l'opposizione la propone il soccombente⁴⁵ della fase sommaria, il che non coincide per forza con l'attore di quella fase, cioè colui che propone la domanda *ex comma 47*, che è il solo lavoratore, il quale magari potrebbe anche aver vinto.⁴⁶

⁴³ Da ciò derivano anche altri problemi che saranno esaminati più avanti in ordine al contenuto del reclamo.

⁴⁴ C. Cost. n. 387 del 1999; In tal senso anche Cosmai, cit.

⁴⁵ Così Cosmai, cit.

⁴⁶ Oppure si deve dire che si tratta di un *lapsus* freudiano del legislatore auspicante il rigetto a tappeto delle domande, almeno in fa-

Dal comma 51 che ripropone in forma attenuata la regola dell'esclusività dell'oggetto del giudizio, derivano sei corollari in ordine alle domande proponibili.

Uno è che il richiamo al comma 47 esclude che in fase di opposizione il *petitum* possa essere diverso da quello articolato in fase sommaria, cosicché anche se potranno essere dedotte e nuove prove e nuove eccezioni è dubbio che si possano allegare fatti costitutivi diversi.

La giurisprudenza⁴⁷ ritiene infatti che i fatti allegati dal ricorrente nel giudizio *ex art. 28 St. lav.* rappresentino il campo in cui può dispiegarsi la cognizione del giudice dell'opposizione. Tale regime di endo-preclusione diviene tanto più rilevante in relazione all'oggetto della domanda e al conseguente riparto dell'onere della prova in fase sommaria.

Il lavoratore che deduca la discriminatorietà del licenziamento dovrebbe essere quanto più circostanziato possibile nell'allegazione dei fatti, così come – all'opposto – dovrebbe esserlo il datore di lavoro colpito da una contestazione della giustificazione.

La domanda di impugnazione rimane, dunque, sempre quella del ricorso del lavoratore in fase sommaria, e al contempo i fatti giustificativi del licenziamento dovrebbero rimanere quelli declinati dal datore di lavoro in sede di costituzione.⁴⁸

Ovviamente il lavoratore potrà proporre tutte le domande fondate sugli identici fatti costitutivi che avrebbe potuto direttamente proporre in fase sommaria e che non ha proposto.

Due, il principio di esclusività del *petitum* si attenua in caso di chiamata in causa di un terzo per causa comune o in garanzia, che non è ammessa in fase sommaria. In tali casi i fatti che legittimano la chiamata e l'intervento e l'eventuale ulteriore chiamata degli intervenuti non potranno essere mai identici a quelli del comma 47, giusto che, in caso di garanzia sono appunto quelli che fondano il rapporto di garanzia, e in caso di comunanza di causa dovranno comunque essere diversi da quelli della fase sommaria, altrimenti potrebbe ritenersi che quella fase si è svolta a contraddittorio

se sommaria, sempre per incoraggiare i mercati!

⁴⁷ Cass. n. 2808 del 1994 e n. 21245 del 2006

⁴⁸ Per questa ragione non sembra prudente affidare nella fase sommaria la contestazione della impugnativa di licenziamento alla sola difesa orale.

disintegro. Anche se in questo caso la legge non richiede l'identità di fatti costitutivi, per coerenza sistematica, dovrebbe richiedersi comunque la connessione per l'oggetto alla materia del comma 47, cioè al *petitum* del ricorso.

Tre, allorché sia proposta una domanda riconvenzionale non fondata sugli identici fatti concernenti la domanda *ex* comma 47 – domanda che in sede sommaria non è *tout court* ammessa – dovrà essere disposta la separazione dei giudizi, senza discrezionalità del giudice in merito alla opportunità della separazione (comma 56), ma anche senza sanzione nel caso in cui non la disponga.

Quattro, che in caso di soccombenza reciproca, per esempio riguardo al regime sanzionatorio applicabile al licenziamento, tra i cinque regimi oramai previsti, ogni parte potrà proporre una propria opposizione; la prima delle quali sarà la principale e le altre quelle incidentali.

Cinque, nel silenzio della legge, in ordine a un'eventuale opposizione incidentale tardiva nel giudizio di opposizione, essa si dovrebbe ritenere ammissibile.⁴⁹ Il giudizio di opposizione, infatti, altro non è che un'impugnazione dell'ordinanza da parte del soccombenza, malgrado il comma 51 parli di domanda.

Sei, se a essere soccombenza in fase sommaria è il datore di lavoro il lavoratore non dovrà riproporre in via riconvenzionale la sua domanda di impugnazione, poiché la domanda è sempre quella introdotta con il giudizio in fase sommaria.⁵⁰ Così come il datore di lavoro potrà proporre direttamente con l'opposizione la sua domanda riconvenzionale (nei limiti predetti) o la chiamata in causa che gli erano precluse in fase sommaria.

10. Il procedimento di opposizione: fase introduttiva.

Depositato il ricorso il giudice fissa con decreto l'udienza da tenersi entro sessanta giorni e assegna all'opposto termine fino a dieci giorni prima per costituirsi (comma 51 ultimo periodo). La notificazione del ricorso e del decreto a istanza di parte deve avvenire almeno trenta giorni prima dell'udienza anche a mezzo p.e.c. (comma 52);⁵¹ il legislatore recepisce così la

⁴⁹ Affermativamente Borghesi, cit. Curzio, cit. Vallebona cit.,

⁵⁰ Nello stesso senso Curzio, cit.

⁵¹ V. p. 9

prassi e il consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi nel rito ordinario in ordine alle conseguenze della violazione del termine ordinatorio di dieci giorni dalla pronuncia del decreto per la notificazione.

Trattandosi di un giudizio di impugnazione,⁵² ma pur sempre di un giudizio di primo grado, v'è il dubbio se debba farsi applicazione il recente e rigoroso orientamento giurisprudenziale che ritiene inammissibile l'appello in caso di omessa notificazione del ricorso e del decreto.⁵³ Si tratta di questione assai sensibile a cui non si può dare una risposta esauriente in questa sede, essendo essa ancora una volta condizionata dalla natura riconosciuta all'ordinanza. Trattandosi della prima fase a cognizione piena l'inammissibilità sembra doversi escludere al pari di quanto avviene di massima in tema di opposizione a decreto *ex art. 28 st. lav.*⁵⁴

L'opposto deve costituirsi depositando in cancelleria memoria *ex art. 416 c.p.c.* e nel caso intenda chiamare in causa un terzo farne dichiarazione nella memoria stessa (comma 54). In ordine al regime delle preclusioni vale ovviamente quanto già detto a proposito del ricorso in opposizione.

In ordine alla chiamata è previsto che il giudice fissi una nuova udienza da tenersi entro i successivi sessanta giorni e per il terzo valgono le stesse regole e gli stessi termini di costituzione previsti per l'opposto (comma 55).

Come nel rito ordinario non sembra che il giudice possa sindacare l'opportunità della chiamata, cioè possa non autorizzarla fuori dal contraddittorio delle parti, sicché ogni giudizio anche in ordine all'applicabilità del rito dei licenziamenti non potrà che essere rinviato all'udienza.

All'udienza di comparizione il giudice «sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammissibili e rilevanti richiesti dalle parti nonché disposti d'ufficio».

⁵² Così pure Vallebona, cit.

⁵³ Cass. SU n. 20604 del 2008.

⁵⁴ Ma la posizione potrebbe essere ribaltata alla luce di SU ult. cit.

11. Segue: la trattazione e l'istruzione.

La disciplina della trattazione e dell'istruttoria sono sensibilmente diverse da quelle dettate per la fase sommaria e in parte anche da quella dell'art. 420 c.p.c. del rito del lavoro ordinario.

Rispetto a quest'ultimo la disciplina speciale si differenzia per la libertà del giudice di omettere, come accade in fase sommaria, ogni formalità non essenziale al contraddittorio, e quella di procedere nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione.

Ma la differenza più significativa risiede nel riferimento agli atti di istruzione ammissibili e rilevanti invece che ai soli atti istruttori indispensabili.

Si tratta di una differenza sostanziale, perché deve escludersi che, nella fase a cognizione piena, l'ammissione dei mezzi di prova possa essere compressa dalle esigenze di celerità e condurre a un accertamento sommario invece che *funditus e pleno iure*.⁵⁵ Del resto c'è anche chi dubita⁵⁶ che nel processo a cognizione piena – semplificato o non - vi possano essere spazi di disciplina del rito affidati alla discrezionalità del giudice senza violare l'attuazione del giusto processo disciplinato dalla legge *ex art. 111 Cost.*

Se la cognizione in fase di opposizione non dovesse considerarsi realizzata dovrebbe ritenersi che la legge ha previsto la conversione del rito sommario in rito a cognizione piena solo nel giudizio di Cassazione, giusto che, anche per la fase del reclamo, sono previste analoghe norme di semplificazione del rito. E ciò sarebbe in palese violazione dell'art. 111 Cost. stante l'impossibilità per il giudice di legittimità di procedere ad atti istruttori.⁵⁷

Per altro, il giudice «provvede con sentenza all'accoglimento o al rigetto della domanda»; la scelta della sentenza è indice forte della cognizione piena del giudizio a cui deve corrispondere un accertamento istruttorio pieno.

Il Tribunale concede «ove opportuno, termine alle parti per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione».

La decisione della causa avviene, dispone il penultimo periodo del comma 57, «con sentenza, completa di

⁵⁵ Vallebona, cit. Curzio, cit. De Angelis, cit.

⁵⁶ Graziosi, cit.

⁵⁷ Cfr. Borghesi, cit.

motivazione», che «deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione».

Non è chiaro se la norma sostituisca interamente l'art. 429 comma 1 c.p.c. o solo il secondo periodo nel testo novellato e si debba procedere comunque alla lettura del dispositivo. La questione è di assoluta gravità perché per giurisprudenza consolidata l'omessa lettura del dispositivo in pubblica udienza comporta la nullità della sentenza.⁵⁸ Esistono diversi argomenti a sostegno di una tesi o dell'altra.

A sostegno della sostituzione parziale militano le norme che prevedono la possibilità di procedere a esecuzione forzata con la sola copia del dispositivo, la non incompatibilità del primo periodo del comma 1 dell'art.429 con la disposizione del comma 60 ultimo periodo, il quale avrebbe la funzione acceleratoria di ridurre a dieci giorni il più lungo termine di sessanta per il deposito della motivazione previsto dal secondo periodo del comma 1 dell'art. 429 c.p.c.⁵⁹

Se si optasse per la tesi sostitutiva il termine di dieci giorni sarebbe addirittura dilatorio rispetto alla decisione della causa. Inoltre il terzo comma del novellato art. 18 st. lav. fa decorrere il termine per l'opzione del lavoratore per l'indennità sostitutiva della reintegrazione dalla comunicazione del deposito della sentenza ed essa è espressione uguale alla precedente formulazione dell'art. 18 che era relativa a un rito che prevedeva sempre uno iato temporale tra lettura del dispositivo e deposito della motivazione. Infine, la mancanza di un dispositivo letto in udienza rimarrebbe un caso isolato proprio per le cause più rilevanti.⁶⁰

Viceversa, malgrado i numerosi argomenti a sostegno della sostituzione integrale, militano a nostro avviso più convincenti ragioni a favore della sostituzione totale.

Una di essi è che la disposizione in argomento è per sé stessa autosufficiente e non richiede l'integrazione con il rito ordinario. La seconda e più pregnante è che la lettura disgiunta del dispositivo è incompatibile sia con il reclamo sia con il procedimento di inibitoria pure previsto dalla legge al comma 60 secondo periodo.⁶¹ A margine si potrebbe aggiungere che il legislatore ha

⁵⁸ *E pluribus* Cass. n. 16998 del 2002.

⁵⁹ In tale senso De Angelis, cit., consapevole però che si tratta di una forzatura.

⁶⁰ Così ancora De Angelis, cit.

⁶¹ *Infra*

preso atto che la lettura del dispositivo in udienza, da simbolo importante della riaffermazione pubblica del diritto violato, in un settore del diritto, come quello del lavoro, ad alta rilevanza sociale, attenendo ai principi fondativi dello Stato,⁶² la prassi lo ha ridotto a mero simulacro.

12. Il secondo grado: reclamo o appello?

Il comma 58, cercando un filo di velleitaria coerenza al rito semplificato, dispone che «contro la sentenza che decide sul ricorso è ammesso reclamo davanti alla corte d'appello». Fortunatamente con sano realismo ha evitato di indicare lo stesso Tribunale, in composizione collegiale, quale giudice competente a conoscere, sarebbe stata la terza volta, di un'impugnazione avverso una sentenza (e non un'ordinanza) in una materia grave come quella dei licenziamenti.⁶³

Il reclamo si propone «con ricorso da depositare, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione, o dalla notificazione, se anteriore» della sentenza che decide il ricorso. In mancanza si applica il termine lungo dell'art. 327 c.p.c. (comma 61).

L'eventuale fase istruttoria ha una disciplina identica a quella del giudizio d'appello, giacché al comma 59 prevede che «non sono ammessi nuovi mezzi di prova o documenti, salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione ovvero la parte dimostri di non aver potuto proporli in primo grado per causa ad essa non imputabile». Pertanto valgono tanto le considerazioni prima svolte a proposito della cognizione *pleno iure* nella fase di opposizione e da un altro lato la consolidata giurisprudenza sulle nuove prove in appello.

Il comma 60, abbastanza laconicamente, inoltre dispone: «la corte d'appello (ma probabilmente può ritenersi legittimo che lo faccia il suo presidente)⁶⁴ fissa

⁶² In tal senso cfr. De Angelis, cit. che cerca di recuperarne l'alto valore di simbolo.

⁶³ L'opinione prevalente è che si tratti di un giudizio di appello vero e proprio, pertanto soggette alle regole del giudizio di appello. Così, Vallebona, cit. De Angelis, cit. Curzio, cit. Borghesi, cit. Non è chiara la posizione di Cosmai, cit. e citati da Curzio e De Angelis Dalfino, cit. Consolo Rizzardi, cit.

⁶⁴ Così, senza dubbi alcuni commentatori De Angelis, cit. Curzio, cit. Non a caso si tratta di due magistrati, giustamente preoccupati delle assurde conseguenze che la lettera della legge, ancora una volta di fattura dilettantesca, potrebbe provocare.

con decreto l'udienza di discussione nei successivi sessanta giorni e si applicano i termini previsti dai commi 51, 52 e 53.»

Il rinvio si deve però intendere riferito non solo ai termini ma anche all'attività prevista dai commi 51, 52 e 53, cioè quelle della fase di opposizione, diversamente il reclamo non verrebbe mai notificato e l'appellato non avrebbe l'onere di costituirsi.

Il reclamo e la memoria devono pertanto avere rispettivamente i requisiti previsti dagli articoli 414 e 416 c.p.c. e non invece quelli degli art. 434 e 436 c.p.c..

Il che dovrebbe escludere la necessità che l'appello debba contenere «a pena di inammissibilità: 1) l'indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado; 2) l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata» (art. 434 c.p.c.). Allo stesso modo non dovrebbe esserci l'applicazione del filtro di cui al novello art. 436 bis c.p.c..

Le due questioni sono connesse e sono condizionate dalla natura attribuita all'atto di reclamo. Così, l'opinione contraria di alcuni autori⁶⁵ intesa a qualificare il reclamo come appello, sebbene ciò non abbia alcun sostegno testuale, dovrebbero considerare che in questo modo si rischia, di fatto, un quinto grado di giudizio, consistente nella decisione filtro.

È probabile che l'attuale pulsione verso lo snellimento del contenzioso, attuata senza risorse e meramente attraverso una sostanziale negazione della giurisdizione, farà alla fine prevalere questo indirizzo e sottoporrà il reclamo alle forche caudine dell'udienza filtro.

L'opinione preferibile, pur ferma la natura di appello del giudizio di reclamo, dovrebbe escludere l'applicabilità delle due richiamate disposizioni per via dell'autosufficienza riguardo alla svolgimento del giudizio e al contenuto degli atti, delle disposizioni dettate dai commi 58-61 della legge n. 92 del 2012.⁶⁶

⁶⁵ V. nota n. 63

⁶⁶ Sembrerebbe essere di tale opinione Curzio, cit. che ritiene applicabili le norme del giudizio di appello solo per quanto necessario e non disciplinato dal rito speciale.

Il comma 60 secondo periodo dispone che «alla prima udienza, la corte può sospendere l'efficacia della sentenza reclamata se ricorrono gravi motivi».

La disposizione avvantaggia sostanzialmente il solo datore di lavoro (salvo che per la condanna alle spese che può interessare anche il lavoratore) soccombente. Essa costituisce sensibile novità rispetto al rito ordinario sotto due profili significativi.

Il primo è che per l'inibitoria non si richiedono più né l'inizio dell'esecuzione né il «gravissimo danno». Da un lato consente la sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza;⁶⁷ da un altro lato si opera riferimento alla generale formula del «gravi motivi». Si equiparano così le posizioni del lavoratore e del datore di lavoro, anche se uno perde una prestazione alimentare e un altro solo una prestazione finanziaria.

Si tratta dell'ennesima dimostrazione che la filosofia ispiratrice ripudia ogni funzione di promozione della giustizia sociale sostanziale a favore di una mercantizzazione delle relazioni di lavoro.⁶⁸

Il secondo profilo, ancora più rilevante, è che viene ora e così ammessa anche la sospensione dell'ordine di reintegrazione, la quale prima era al contrario pacificamente esclusa.⁶⁹

Come per la fase di opposizione in primo grado la «sentenza, completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione». Valgono dunque le considerazioni già svolte.

13. Norme per il giudizio di legittimità.

I commi 62-64 non incidono direttamente sul giudizio di Cassazione che resta regolato dalle norme ordinarie, salvo minime differenze che non incidono sul rito. Le modificazioni più profonde procedono da altre norme e riguardano tutti i ricorsi per cassazione e non solo quelli in materia di licenziamento. Quella che ha maggiore impatto per la materia considerata è sicuramente la disposizione del comma 43 della legge n.

⁶⁷ La scelta è criticata da Consolo Rizzardi, citati da Curzio, cit., perché introduce un regime differenziato e specifico di sospensione.

⁶⁸ Che poi altro non è che lo scopo non espresso delle politiche di flexicurity; il vero tormentone degli ultimi venti anni ora alla sperimentazione esplicita, ma finta, nella legge Fornero.

⁶⁹ Es. Cass. 4424 del 1984

92, del 2012, che a sua volta modifica l'art. 30 comma 1 della legge n. 183 del 2010 aggiungendovi un periodo, che rende ricorribile in cassazione per violazione di norme di diritto la sentenza che abbia giudicato il merito delle scelte imprenditoriali nell'applicazione di clausole generali nelle «materie di cui all'articolo 409 del c.p.c. e all'articolo 63, comma 1, del d. lgs. n. 165 del 2001. E ciò per via dell'uso delle suddette clausole in materia di giustificazione del licenziamento.

Le poche disposizioni che incidono sul giudizio di cassazione sono: il comma 62, che fissa il termine per la proposizione del ricorso «a pena di decadenza, entro sessanta giorni dalla comunicazione della stessa, o dalla notificazione se anteriore»; il comma 64 che in mancanza di comunicazione o notificazione rende applicabile l'art. 327 c.p.c..

Il comma 62 secondo periodo che disciplina il potere di sospensione della corte d'appello anche in caso di ricorso per cassazione, con diretto rinvio al comma 60 relativo alla sospensione dell'efficacia della sentenza di primo grado.

Infine il comma 63 stabilisce che l'udienza debba essere fissata non oltre sei mesi dalla proposizione del ricorso, il che dovrebbe significare dalla sua notificazione e non dal suo deposito.

14. Disciplina intertemporale.

Il comma 67 non detta una vera e propria disciplina transitoria, ma si limita a stabilire che i «commi da 47 a 66 si applicano alle controversie instaurate successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge», cioè il 18 luglio 2012.

Secondo un autore il «riferimento alle “controversie” e non ai “giudizi” significa che il nuovo rito non si applica ai giudizi di impugnazione successivi alla nuova legge in controversie instaurate prima». ⁷⁰ Non è chiaro, tuttavia, cosa distinguerebbe le controversie dai giudizi, poiché – generalmente – per controversia si intende proprio il giudizio, nella sua interezza, ⁷¹ cioè giudizi il cui atto introduttivo del primo grado sia successivo all'entrata in vigore della legge.

Sembra, invece, che la norma preveda una entrata in vigore immediata, cioè valevole anche per quei licen-

⁷⁰ Vallebona, cit.

⁷¹ Così anche Curzio, cit. p. 16 e ivi Cass. n. 6784 del 2012

ziamenti regolati dal vecchio testo dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966 e dell'art. 18 st. lav. e non ancora impugnati giudizialmente entro il vecchio termine di duecentosettanta giorni, cioè alla del 17 luglio 2012. Diversamente il nuovo art. 18 st. lav. si applica, secondo la regola *tempus regit actum* ai licenziamenti intimati successivamente all'entrata in vigore della legge. ⁷²

Per tale ragione, nel primo non lungo periodo, vi potranno essere controversie “miste” regolate dalla vecchia legge per l'aspetto sostanziale e dalla nuova per quello processuale.

15. Norme acceleratorie e conclusioni.

In conclusione se si sommano i termini previsti dal codice di rito per il processo del lavoro ci si avvede che il rito dei licenziamenti, nella fase di merito, risulta più lungo di quello ordinario di circa settanta giorni, ⁷³ cosicché la funziona acceleratoria sembra affidata unicamente ai commi 65 e 66.

Essi rispettivamente prevedono che alla «trattazione delle controversie regolate dai commi da 47 a 64 devono essere riservati particolari giorni nel calendario delle udienze» e che i «capi degli uffici giudiziari vigilano sull'osservanza della disposizione di cui al comma 65».

Se questa è la portata innovativa del rito, e francamente altre non se ne vedono se non complicazioni e incertezze che finiranno per aumentare la litigiosità, sarebbe valso il piccolo sforzo concettuale di applicare quei due commi al rito ordinario, già ampiamente colaudato.

Anche la cognizione preliminare a istruzione semplificata non riesce ad accelerare significativamente la prima pronuncia sulla legittimità del licenziamento. A fronte di una riduzione di soli venti giorni rispetto al giudizio di primo grado i gradi di merito risultano complessivamente più lunghi dell'intera fase sommaria e del termine per l'opposizione.

⁷² Analogamente a quanto accadde con la novella della legge n. 108 del 1990, cui cui Cammalleri, *Questioni di diritto transitorio nella nuova legge sui licenziamenti individuali*, MGL, 429ss

⁷³ Fase cautelare 40, fase di opposizione 30 + 60, fase di reclamo 30 + 60 = 220 giorni. Primo grado: 60, Appello 30+60 = 150 la fase di merito è dunque più lunga di settanta giorni.

Se proprio si voleva avere una preliminare delibazione del caso prima della cognizione piena si poteva fare ricorso a uno dei tanti riti già esistenti o, come si dirà appresso,⁷⁴ al procedimento di convalida di licenza, che è comunque un rito collaudato.

Il legislatore è immemore che la riforma del processo del lavoro portata dalla legge n. 533 del 1973 fu un successo perché ad essa si accompagnarono forti investimenti; è incurante che l'intervento a costo zero (comma 68), ha dunque grande possibilità non solo di restare inefficace, ma anche di creare non pochi danni al complessivo sistema della giustizia del lavoro. Non dovrebbe essere ignoto ai tecnici che hanno partorito una riforma nata orfana⁷⁵ che riforme a costo zero non ne esistono; c'è sempre qualcuno che paga. Non le casse dello Stato, per effetto del divieto del comma 68, ma tutte le altre cause che subiranno inevitabile ulteriore ritardo dalla indiscriminata distrazione di risorse da un modello organizzativo flessibile a uno vincolato,⁷⁶ destinato a introdurre cause di serie A e di serie B, senza che tra molte di serie B e quelle di serie A ci sia una sostanziale differenza di urgenza e di gravità.⁷⁷

O forse, verrebbe da pensare, è proprio questo uno degli scopi reconditi della riforma: quello di spostare le già scarsissime risorse della giustizia del lavoro dal fine di effettività di tutela del soggetto più debole verso l'interesse dei più forti.⁷⁸

Appendice: Una proposta.

Non sarebbe la prima volta se il futuro legislatore riuscisse a fare marcia indietro rispetto a un rito processuale civile. In precedente riguarda l'estensione, proprio del rito del lavoro, ad alcune controversie di

⁷⁴ V. infra appendice.

⁷⁵ Cfr. al riguardo le caustiche osservazioni di Carinci F. *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, *ADL Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2012, n. 4-5; id. *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, *Lav. Giur.* n. 5 del 2012.

⁷⁶ Osserva precisamente De Angelis, cit. che – specie nelle sedi più piccole – destinare udienze alla sola trattazione dei licenziamenti potrebbe determinare inefficienza, perché talora potrebbero non esservi abbastanza processi di licenziamento da esaurire lo spazio di un'intera udienza.

⁷⁷ Per tutte si pensi alla nullità del termine, al trasferimento alla violazione di obblighi di sicurezza.

⁷⁸ Cfr. al riguardo le osservazioni iniziali di De Angelis, cit.

infortunistica stradale, salvo poi fare macchina indietro con soddisfazione degli addetti a (que)i lavori.

Per tale fiducia nella possibilità di resipiscenza, continuiamo a proporre un modello di riforma, assai semplice e su un rito collaudatissimo, proprio per introdurre quella fase di preliminare delibazione che la fase sommaria del rito in commento persegue, già avanzato alcuni anni addietro,⁷⁹ e poi ripreso in occasione dell'*iter* parlamentare del c.d. collegato lavoro,⁸⁰ che nel testo originario, poi rinviato alle camere dal Capo dello Stato, prevedeva un intervento di aggiramento dell'art. 18 st lav.

Non è raro nell'ordinamento che istituti pensati e strutturati per una disciplina subiscano una fruttuosa *contaminatio* da parte di altri istituti al fine di trovare nuove tecniche di tutela. Così vi sono altri settori dell'ordinamento che dispongono di rimedi che - anche se poco o nulla hanno a che fare con il diritto del lavoro - con gli opportuni adattamenti si prestano a fornire al giuslavorista una nuova materia da plasmare.

Ci limitiamo qui di seguito a riportare la proposta, rinviando all'articolo originale la individuazione del fondamento e delle ragioni della stessa.

L'idea base è quella del licenziamento intimato come si intima lo sfratto.

Si ipotizzi che il datore di lavoro che intimi il licenziamento al lavoratore debba contestualmente citarlo, osservato un termine minimo a comparire, davanti al giudice del lavoro, per la convalida dello stesso. Già questa fase potrebbe sostituire il mini-procedimento ex art. 7 novellato della legge n. 604 del 1966, rendendo

⁷⁹ Comunicazione, al convegno «Danno alla persona: quale tutela nel diritto del lavoro e nel diritto della sicurezza sociale?», Cassino 19 ottobre 2001, *Tutela della persona e reintegrazione*. Allora già si discuteva di abrogazione dell'art. 18 st. lav. e si voleva mettere l'accento sul significato di sicurezza che aveva l'art. 18 st. lav., non solo per il lavoratore ma per il sistema del diritto del lavoro. Era il tentativo di ribadire che senza art. 18 st. lav. la tutela del danno si sarebbe sempre risolta in una tutela risarcitoria. Si trattava di un tentativo di evidenziare come i "mali" di allora, che sono anche quelli che oggi si rimproverano alla reintegrazione, non solo derivavano (e derivano) dall'abnorme durata del processo, ma anche di dimostrare che si potevano, come si possono, ovviare, specie in termini di certezza e rapidità, intervenendo sul processo.

⁸⁰ Cammalleri, *Le proposte di modifica dell'impugnazione del licenziamento: un passo avanti e due indietro (art. 67 del d.d.l. 1441 quater atti camera deputati)*, in q. rivista 2005, vol. 1 n. 1.

effettivo il tentativo di conciliazione ivi previsto; è noto infatti che solo chi è in grado di decidere riesce a condurre efficacemente una conciliazione.

Se il giudice convalida, l'ordinanza di convalida rende definitiva la risoluzione del rapporto. Se invece non convalida si instaura un normale ed eventuale giudizio di cognizione con il rito ordinario del lavoro.

E' facile l'obiezione: quanti lavoratori non si opporrebbero alla convalida? Forse nessuno! Il procedimento sarebbe perciò inutile.

La partita è tutta qua e si gioca sugli adattamenti stragiudiziali (sostanziali, procedurali) e processuali al rito di convalida in relazione alle specificità del diritto del lavoro.

Senza un ordine preciso di esposizione perché gli uni e gli altri sono così interconnessi che ognuno di essi è utile se non necessario per la pervietà dell'ipotesi.

Innanzitutto, vanno abrogati gli istituti del risarcimento del danno in misura minima di cinque mensilità e dell'indennità sostitutiva della reintegrazione. Entrambi finirebbero per incentivare il contenzioso alla ricerca di un valore aggiunto alla reintegrazione; né si palesano ragioni per cui riparato immantinenti e in toto il torto subito al lavoratore debba spettare tale *surplus* di tutela. Nulla impedisce in ogni caso alle parti di trovare un accordo economico sostitutivo; che poi è quello che accade otto volte su dieci.

Quindi, i momenti dell'intimazione e motivazione del licenziamento andrebbero unificati, come adesso accade nell'art. 2 novellato della legge n. 604 del 1966.

Poi, ai requisiti di forma dell'intimazione del licenziamento andrebbe aggiunta l'indicazione specifica delle fonti di prova su cui il licenziamento si fonda. L'indicazione è funzionale sia al meccanismo di incentivazione alla non opposizione sia in funzione di assicurare immediatezza al giudizio di opposizione.⁸¹

Nondimeno, sia nel caso di licenziamenti disciplinari sia in quelli per giustificato motivo soggettivo, il termine dilatorio per le difese del lavoratore dovrebbe essere assorbito nel termine a comparire, anche se qui la tecnica di contestazione/intimazione dovrebbe essere affinata per evitare problemi di costituzionalità. Ci si ritornerà in sede di analisi del giudizio per la convalida.

Nel caso di giusta causa l'istituto della sospensione cautelare, che bisognerebbe inoltre prevedere per legge e che il datore di lavoro può intimare contestualmente alla citazione per la convalida, con gli effetti di fare retroagire gli effetti della convalida stessa al momento dell'intimazione, risolve il problema derivante dalla mancanza del preavviso per esperire il procedimento di convalida.

Infine, il già abolito tentativo obbligatorio di conciliazione e il nuovo tentativo di conciliazione *ex art. 7* nuovo testo della legge n. 604 del 1966, andrebbe sostituito con un meccanismo che premia la mancata opposizione del lavoratore alla convalida.

Si possono ipotizzare due percorsi alternativi.

Uno interamente rimesso alla volontà delle parti (A) e un altro rimesso solo alla volontà del lavoratore (B).

(A) Il datore di lavoro, contestualmente all'intimazione di licenziamento, dovrebbe potere offrire (ovviamente in aggiunta al TFR), al lavoratore che non si opponga alla convalida, o che non compaia, un'indennità senza altra causa che l'accettazione della risoluzione del rapporto. Indennità del tutto svincolata dal tipo di giustificazione adottata per il licenziamento e insindacabile, ai fini della decisione sulla sussistenza della legittimità del licenziamento, da parte del giudice della convalida. L'accompagnamento della soluzione con misure di vantaggio fiscale e previdenziale rafforzerebbero il successo della soluzione conciliativa; così come in parte avviene oggi per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo .

(B) Il diritto all'indennità spetta al lavoratore che non si opponga o non compaia in una percentuale, variabile in funzione dell'anzianità oppure solo a partire da una certa anzianità e in funzione del periodo di tempo mancante alla pensione, commisurata all'indennità sostitutiva del preavviso e - quando spetta - a questo aggiuntiva. Anche se qui, in caso di giusta causa, appare difficile imporre al datore di lavoro che subisce la condotta illecita il pagamento di una somma straordinaria per ottenere il consenso alla convalida. Si tratterebbe del prezzo della certezza della risoluzione - al riparo dall'alea del giudizio - ma è comunque difficile trovare una giustificazione, tanto più che l'offerta sarà tanto più accettata quanto più fondato si palesa il licenziamento.

⁸¹ *Ampie infra.*

Nulla vieta poi una combinazione delle due soluzioni.

In entrambe le ipotesi tale meccanismo premiale sostituisce energeticamente l'inutile (?) tentativo di conciliazione e spinge convincentemente le parti a trovare un accordo in tempi rapidi.

Si tenga presente che qui il lavoratore conosce non solo i fatti e i motivi ma anche le allegazioni probatorie del datore di lavoro. Il giudizio di prognosi è dunque fondato su elementi precisi e il lavoratore non può sperare di modificare le sorti del giudizio in funzione del lungo tempo né il datore di lavoro può tentare di "lavorare ai fianchi" il lavoratore.

Ovviamente se tra l'intimazione e la convalida datore di lavoro e lavoratore raggiungono un accordo all'udienza possono sottoporlo al giudice della convalida per renderlo inoppugnabile *ex art. 2113 cod. civ.*

Meno che mai l'eventuale sussistenza di vizi di forma (ma questa affermazione sarà più chiara poco oltre in sede di analisi del procedimento giudiziale) potrà indurre il lavoratore, il quale sappia o riconosca il licenziamento fondato nella sostanza, ad opporsi alla convalida; ciò perché, nel successivo giudizio – sanato il vizio di forma in tempi brevi e senza conseguenze particolarmente per lui favorevoli – sarebbe soccombente e perderebbe anche l'indennità di convalida, sia essa del primo o del secondo tipo.

Maggiori elementi di certezza e celerità vengono modellando i poteri del giudice della convalida.

Si è detto dei requisiti dell'intimazione del licenziamento fatti, motivi e fonti di prova. Della citazione a udienza fissa per la convalida, andrebbe precisato il termine minimo a comparire, avvertimenti e garanzie di notificazione del tutto mutuabili dal procedimento locatizio: avvertimento che la mancata comparizione determina la convalida, che l'opposizione determina la perdita dell'indennità di convalida offerta, nel tipo (A) o di quella fissa nel tipo (B), la notificazione a mani proprie al domicilio effettivo, l'avviso con raccomandata in caso di notificazione non a mani proprie, la rinnovazione della notificazione nel caso in cui il giudice abbia motivo di ritenere che l'intimato non ha avuto conoscenza della citazione. (Si pensi al lavoratore ricoverato in caso di licenziamento per superamento del periodo di comporto o assente per malattia) il termine per eventuali difese scritte e contro-argomenti di prova

anche nel caso di proposizione dell'opposizione non ancora avvenuta.

In caso di licenziamenti disciplinari contestazione dell'addebito, l'indicazione delle fonti di prova e intimazione del licenziamento e citazione per la convalida dovrebbero essere contestuali.

Per la discolpa del lavoratore basterebbe prevedere che essa debba essere comunicata in un termine anteriore all'udienza di convalida, del resto il termine legale è di appena cinque giorni. (Non pare che la brevità dei termini possa essere indicata lesiva del diritto di difesa: si pensi al rito direttissimo nel processo penale in cui sono in gioco interessi non meno rilevanti di quelli in discussione.)

Il datore di lavoro, senza nessuna conseguenza, dovrebbe potere:

non comparire all'udienza, così accogliendo tacitamente la discolpa,

comparendo rinunciare alla convalida;

notificare prima dell'udienza l'irrogazione di una sanzione conservativa;

disattendere per *facta concludentia* le discolpe e coltivare il giudizio di convalida, salvi gli effetti dell'opposizione del lavoratore.

All'udienza di convalida può accedere che il datore di lavoro o il lavoratore non compaiano.

Se il lavoratore non compare o comparendo non si oppone la questione della risoluzione del rapporto convalidata diviene definitiva e avverso la stessa saranno esperibili solo i rimedi straordinari.

La decorrenza del preavviso è dalla notificazione dell'intimazione, sicché il tempo del processo di convalida sarebbe neutro correndo durante il preavviso.

In caso di licenziamento per giusta causa il procedimento di convalida si svolgerebbe durante la sospensione cautelare e perciò in un periodo che in ogni caso è di costanza del rapporto.

Può poi accadere che sia il datore di lavoro a non comparire perché per esempio si rende conto di avere commesso degli errori di forma nell'intimazione del licenziamento o perché vi ha rinunciato o perché, secondo la nuova disciplina lo ha revocato o perché si è accordato con il lavoratore (per esempio in sede sindacale) o perché ha accolto le giustificazioni fornitegli dal lavoratore prima dell'udienza.

L'intimazione (e l'eventuale offerta di somma aggiuntiva) deve perdere efficacia e il datore di lavoro può ben reiterare la procedura. Il vantaggio è che i tempi sono brevissimi.

Ma la possibilità del rito presenta i suoi vantaggi anche in caso di opposizione del lavoratore; opposizione che i meccanismi premiali indicati dovrebbero confinare alle ipotesi in cui la mancanza di giustificazione appaia manifesta.

Ora, nel rito locatizio se il conduttore compare e si oppone, il giudice non può convalidare lo sfratto (non occorre infatti alcun motivo per opporsi e la convalida serve appunto ad accertare solamente che opposizione non v'è stata) e deve istruire un ordinario giudizio di cognizione con il rito locatizio (cioè sostanzialmente quello del lavoro).

In caso di opposizione il giudice, su istanza dell'intimante, può emettere ordinanza provvisoria di rilascio con riserva delle eccezioni del convenuto. Non ci si sofferma sui presupposti perché per il caso di licenziamento ne vanno individuati degli altri.

Nel procedimento per convalida di licenziamento i poteri del giudice sia in sede di convalida sia in sede di opposizione, andrebbero estesi alla legittimità sostanziale dell'intimazione e non solo a quelle formali com'è nelle locazioni.

In caso di opposizione del lavoratore, il giudice che nell'intimazione ravvisasse un vizio di forma, d'ufficio o su sollecitazione delle parti, invece di negare la convalida e istruire il processo di opposizione dovrebbe indicare al datore di lavoro i vizi da rimuovere e ordinarli di procedere a una nuova intimazione.

Si otterrebbe così nel giro di un paio di settimane, senza alcun risarcimento, perché fino alla convalida il rapporto non si è mai interrotto, l'effetto di una sentenza resa a distanza di anni, con effetti i cui danni è facile immaginare.

Ovviamente il datore di lavoro potrebbe non raccogliere l'invito del giudice e direttamente, opponendosi all'ordinanza, dare luogo al giudizio di cognizione.

Non sussistendo i presupposti per la rinnovazione della intimazione e in caso di opposizione del lavoratore si apre il giudizio ordinario di cognizione sul licenziamento. Licenziamento che è il caso di ricordare non è ancora efficace perché non è stato convalidato.

Si aprono diverse possibilità.

Su istanza del datore di lavoro il giudice pronunzia ordinanza provvisoria di licenziamento o di convalida della sospensione cautelare con riserva delle eccezioni dell'intimato.

Su istanza del lavoratore il giudice pronunzia ordinanza provvisoria di reintegrazione.

E' chiaro che i presupposti delle due ordinanze dovranno essere diversi.

Nel caso del datore di lavoro non va allegata alcuna circostanza, essendo sufficiente remora a chiedere l'ordinanza provvisoria di licenziamento o di convalida della sospensione cautelare il risarcimento che dovrà corrispondere in caso di soccombenza nel giudizio di opposizione, né al giudice è riconosciuta discrezionalità nella concessione della misura.

Nel caso del lavoratore i presupposti dovranno essere o quelli di qualsiasi provvedimento cautelare *ex art.700 c.p.c.* o quelli di cui all'art.18 ora comma 11 e ovviamente lì il giudice non è affatto vincolato dalla richiesta della parte.

Così l'alea della misura del risarcimento in assenza di prestazione è assai ridotta rispetto al rito ordinario.

Se poi si prevede che il giudizio di opposizione si svolga in unico grado, collegialmente – da preferire per la gravità della materia a causa della non appellabilità della sentenza - anche il problema degli effetti della riforma della sentenza di reintegrazione di primo grado sono superati in radice.

Il giudizio di opposizione dovrebbe perciò seguire immediatamente quello di convalida, con fissazione d'ufficio dell'udienza *ex art.420 c.p.c.*, e dovrebbe basarsi sulle allegazioni di fatto e le deduzioni istruttorie già contenute nella citazione per la convalida, salve le prove contrarie che il lavoratore dovesse articolare nel termine che gli spetta.

Se poi il lavoratore opponente non si costituisce nella fase di opposizione dovrebbe essere riconosciuta la possibilità di una convalida tardiva.

Un sistema siffatto, certo non elimina tutti i problemi e sicuramente con l'applicazione ne porterebbe altri, mi pare però in conclusione che nell'ipotesi data se storture si verificano nella disciplina di riconduzione alla legalità di un licenziamento illegittimo, queste non possono essere attribuite alla reintegrazione, i cui effetti retroattivi arriverebbero, di fatto, solo sull'accordo delle parti su scelta del datore di lavoro e comun-

que nel giro di un paio di mesi, in taluni casi durante il termine di preavviso.

In chiusura, provocatoriamente, potrebbe dirsi che una volta introdotto tale sistema bisognerebbe interrogarsi sull'opportunità di mantenere una soglia di accesso alla tutela reale così alta o meglio un soglia costituita dal numero dei lavoratori.

Reviewd november 18, 2012 - on line november, 20 2012
Words 13691 - Caratcters 90431