



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA**

Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Internazionale Privato e del Lavoro

Corso di dottorato di ricerca

Curriculum: Diritto del lavoro

Ciclo 34°

**LA GIUSTIZIABILITA' DEI DIRITTI DEI LAVORATORI: TECNICHE DI TUTELA TRA
EFFETTIVITA' ED EFFICIENZA DEL SISTEMA GIUSTIZIA**

Coordinatrice: Ch.ma Prof.ssa Arianna Fusaro

Supervisora: Ch.ma Prof.ssa Adriana Topo

Dottoranda: Elisabetta Sartor

INTRODUZIONE	4
SEZIONE 1. IL RITO LAVORISTICO: TECNICHE TRADIZIONALI DI EFFETTIVITÀ ED EFFICIENZA E PROBLEMATICHE ATTUALI.	7
1. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel rito del lavoro. Premessa.....	7
2. Origini storiche della giustizia del lavoro: dall'esperienza dei probiviri al regio decreto 28 ottobre 1940, n. 1443.....	9
3. Le riforme degli anni '70 e l'attuale assetto del processo del lavoro.....	26
4. Problematiche attuali relative all'attuazione del principio di effettività nelle controversie di lavoro.....	37
4.1 La fase introduttiva del giudizio: premessa.....	37
4.1.1. Il rigido sistema delle preclusioni nelle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti.	42
4.1.2. La natura delle domande aventi ad oggetto l'accertamento della nullità del recesso datoriale e le conseguenze in tema di effetto preclusivo del giudicato alla luce del principio di concentrazione ed economia processuale.....	53
4.2. La fase istruttoria: i poteri del giudice del lavoro.....	60
4.2.1. Il primo limite all'esercizio dei poteri istruttori del giudice del lavoro: i fatti tempestivamente allegati dalle parti.	63
4.2.2. Il problema dell'allegazione tardiva del contratto collettivo e della sua acquisibilità d'ufficio. Cenni.	73
4.2.3. Il secondo limite all'esercizio dei poteri di cui all'art. 421 c.p.c.: la c.d. semiplena probatio.	75
4.2.4. L'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 e il suo impatto nel rapporto tra l'art. 421 c.p.c. e l'art. 2697 c.c.....	78
4.2.5. Natura giuridica dei poteri istruttori del giudice e obbligo di motivazione.....	84
4.3. La fase decisoria: gli aspetti di peculiarità delle sentenze nel rito del lavoro.....	88
4.3.1. L'effettività delle decisioni dei giudici del lavoro: il problema dell'esclusione delle controversie lavoristiche dall'ambito di applicazione dell'art. 614 <i>bis</i> c.p.c.	93
SEZIONE 2. ACCESSO ALLA GIUSTIZIA, POTERE INTERPRETATIVO DEL GIUDICE DEL LAVORO E FUNZIONE DETERRENTE DEL PROCESSO. LE SFIDE DELLA GIUSTIZIA PREDITTIVA.	112
1. Il diritto di accesso alla giustizia e la nuova “funzione deterrente” del processo civile.....	112
2. L'erosione del principio di gratuità del processo del lavoro e previdenziale. Premessa.....	117
2.1. Profili critici attinenti al contributo unificato nelle liti di lavoro.....	117

2.2. Profili critici attinenti al pagamento delle spese processuali in caso di soccombenza del lavoratore. L'evoluzione normativa dell'art. 152 disp. att. c.p.c.....	122
2.3. La sentenza della Corte costituzionale n. 77/2018 sulla compensazione delle spese. Prima parte.	124
2.4. La sentenza della Corte costituzionale n. 77/2018 sulla compensazione delle spese. Seconda parte.....	133
3. La limitazione dei poteri interpretativi del giudice del lavoro come leva deflattiva e deterrente.	139
4. La prevedibilità delle decisioni e l'effetto deterrente-deflattivo del contenzioso.	150
5. La prevedibilità come “mito” del diritto moderno e l'avvento della giurisdizione per principi.	154
6. Le clausole generali nel diritto del lavoro e il peculiare ruolo della giurisprudenza giuslavorista. Un caso emblematico: il licenziamento per ragioni economiche.....	156
7. La giustizia del lavoro e le sfide della giustizia predittiva.	162
CONCLUSIONI.....	168
BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA.....	172

Introduzione

Il presente lavoro di ricerca si propone l'obiettivo di analizzare le caratteristiche principali del rito lavoristico, quale modello processuale di tutela giurisdizionale *differenziata*, allo stesso tempo efficiente ed effettiva.

Studiare oggi l'origine della giustizia del lavoro e ripercorrerne l'evoluzione sotto i vari profili storici, culturali, sociali, oltre che strettamente giuridici, consente di comprendere quanto sia importante continuare ad interrogarsi su quali siano le migliori tecniche per garantire effettività ed efficienza al sistema giustizia¹: se il legislatore degli anni '70 riuscì a forgiare paradigmi processuali che, anche attualmente, costituiscono un riferimento costante (si pensi, ad esempio, alla struttura del c.d. rito Fornero e dei vari procedimenti in materia discriminatoria, modellati sull'esempio dell'art. 28 St. Lav.), nondimeno la dottrina degli ultimi anni ha registrato diverse zone d'ombra, frutto di interventi normativi e giurisprudenziali non sempre coerenti con le aspirazioni originarie della disciplina processual-lavoristica.

Nella prima Sezione, si approfondiranno alcune delle predette criticità, legate ad istituti centrali della materia giuslavorista, quali:

- la particolare connotazione del sistema di preclusioni allegatorie e probatorie degli atti introduttivi del giudizio, che, benché originariamente previsto a garanzia della rapidità e immediatezza del processo, rischia, qualora portato alle estreme conseguenze interpretative, di costituire un ostacolo all'accertamento dei fatti e, soprattutto, al rilievo (anche d'ufficio) dei più gravi vizi di cui può essere affetto il provvedimento datoriale di recesso;
- i penetranti poteri istruttori del giudice del lavoro e le nuove (possibili) configurazioni (a seguito dell'introduzione dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015) dell'onere della prova nell'ambito delle controversie lavoristiche, definite tradizionalmente come controversie a controprova per la posizione di asimmetria conoscitiva del prestatore di lavoro rispetto alla controparte datoriale;

¹ La tematica del processo del lavoro e della crisi delle sue tecniche di tutela è stata, negli ultimi anni, ed è tutt'ora, al centro di numerosi incontri di studio ed interventi dottrinali, tutti rivolti a sollecitare maggiore attenzione e sensibilità rispetto ai profili processuali della materia lavoristica, anche in funzione comparativa rispetto al rito civile ordinario. Si segnala, in questo senso, per la particolare importanza formativa dell'esperienza, il Convegno tenutosi a Lucca, il 19-20 ottobre 2019, organizzato dalla Fondazione G. Pera e interamente dedicato al Processo del lavoro; si rinvia, inoltre, ai recentissimi articoli di R. Sanlorenzo, *L'origine del processo del lavoro come strumento effettivo di tutela dei diritti*, editoriale del quotidiano *Domani*, 21 giugno 2021 e di S. Gentile (Presidente della Corte d'Appello, Sezione Lavoro, di Bari), *La specificità del processo del lavoro e il cambiamento della prassi*, in *Questione Giustizia*, versione online, 10 giugno 2021.

- l'esclusione delle liti di lavoro dall'applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. e il differente trattamento processuale riservato al dipendente pubblico in sede di giudizio amministrativo di ottemperanza.

Nella seconda Sezione, invece, lo sguardo volgerà al futuro della giustizia del lavoro, dopo aver dato atto delle tendenze, normative e giurisprudenziali, ormai in atto (anche) in questo settore.

La gran parte delle riforme degli ultimi anni ha avuto come fine principale quello di introdurre meccanismi processuali sanzionatori in funzione deterrente e, quindi, deflattiva del contenzioso: non è un caso se, proprio in questo ambito della giustizia civile, vi sia stato un netto calo delle nuove iscrizioni a ruolo a partire dal 2012².

Nell'analisi di alcuni dei più significativi interventi legislativi che si sono mossi in questa direzione si è cercato di cogliere un filo conduttore, unendo tra loro due fenomeni che, pur potendo sembrare lontani, in realtà agiscono congiuntamente verso il medesimo fine deterrente-deflattivo: ci si riferisce al fatto che spesso il legislatore (in ambito sia sostanziale che processuale) ha inteso, da un lato, aumentare il costo di accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti (così superando, ormai del tutto, l'originario principio di gratuità del processo del lavoro) e, dall'altro lato, ricollegare alcune sanzioni processuali di natura patrimoniale (condanna alle spese, condanna al pagamento del doppio del contributo unificato, revoca del patrocinio a spese dello Stato) all'aver agito in giudizio in spregio alla certezza del diritto, cioè alla prevedibile soccombenza nella causa.

Il principio della certezza del diritto (e della sua interpretazione) è ormai un tema cruciale nel sistema giustizia di oggi e di domani: per realizzare tale principio, il giudice del lavoro è stato via via privato sempre più dei suoi originari poteri interpretativi e di valutazione (discrezionale ed evolutiva, in base al contesto storico-sociale di riferimento) delle clausole generali e delle norme flessibili che costellano, da sempre, il diritto del lavoro (si pensi alle nozioni di "giusta causa" e "giustificato motivo", ma anche di "equivalenza" delle mansioni).

In questo contesto, si cercherà di mettere in luce l'importanza delle recenti sentenze della Corte costituzionale (n. 195/2018 e n. 150/2020), in tema di illegittimità del meccanismo di

² I risultati delle statistiche relative al numero di controversie lavoristiche pendenti a ruolo registrano una rilevante diminuzione del contenzioso, a partire dal 2012. Così, ad esempio, nel 2016 i procedimenti sono ammontati a meno di 100.000 unità (7 ogni 1000 dipendenti del settore privato), oltre il 30% in meno rispetto a cinque anni prima per i carichi del tribunale e oltre il 50% in meno per i ruoli iscritti in appello. Su questi aspetti, cfr. F. D'Amuri, R. Nizzi, *Tendenze recenti nel contenzioso in materia di lavoro privato*, Bollettino Adapt, 28 febbraio 2018, n. 8. Le statistiche sono consultabili al sito del Ministero della Giustizia. Si leggano anche le interessanti considerazioni di P. Ichino, *Licenziamenti, crolla il contenzioso*, in *Corriere della sera*, 18 febbraio 2017, 16. In particolare, è cambiato anche l'oggetto del contenzioso: a fronte di un aumento delle controversie relative ai licenziamenti, si sono ridotte le liti riguardanti, invece, gli istituti tipici della relazione contrattuale, come ad esempio l'esercizio dello *ius variandi*.

predeterminazione automatica dell'indennità risarcitoria dovuta al dipendente, assunto con contratto a tutele crescenti ed ingiustamente licenziato: la Corte ha, infatti, restituito al giudice del lavoro il potere di stabilire, in base alle peculiarità del caso concreto e secondo i parametri di equità indicati all'art. 18, comma 5, St. Lav., (anzianità del lavoratore, numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e delle condizioni delle parti), l'esatto ammontare della somma dovuta al prestatore, tra un minimo e un massimo previsto.

Inoltre, è interessante leggere le predette decisioni dei giudici delle leggi nella prospettiva del dibattito, ancora in fase embrionale, riguardante la c.d. giustizia predittiva, intesa come insieme di tecniche di (ri)elaborazione informatica di *open data* (basate su algoritmi) aventi funzione integrativa e/o sostitutiva del ragionamento giudiziario, utilizzabili (anche) per la liquidazione "automatizzata" di indennizzi, indennità, risarcimento etc.

Se riesce difficile immaginare, allo stato, la delegabilità all'intelligenza artificiale della giustizia del lavoro, per la sua intrinseca inerenza a diritti fondamentali della nostra Costituzione (diritto al lavoro e all'iniziativa economica), da bilanciare di volta in volta nella fattispecie concreta, anche in base ai valori storici, economici e sociali di una determinata dimensione spazio-temporale, nondimeno la giustizia predittiva potrebbe costituire un'occasione per riportare maggiore efficienza ed effettività al meccanismo della giustizia nazionale nel suo complesso.

In conclusione, si rifletterà, dunque, su varie iniziative (già promosse a livello europeo e nazionale) di raccolta, archiviazione e pubblicizzazione di orientamenti e prassi giurisprudenziali, che potrebbero facilitare la conoscenza e/o conoscibilità del diritto anche alla collettività e, pertanto, realizzare (indirettamente) un effetto deflattivo.

Diritto di accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti, riduzione del potere interpretativo del giudice del lavoro, prevedibilità dell'esito del giudizio in funzione deflattiva-deterrente: sono queste le tematiche con le quali la giustizia (anche) del lavoro deve e dovrà confrontarsi, per cercare, oggi come allora, di intercettare e realizzare, pionieristicamente, le nuove possibili tecniche, efficienti ma soprattutto effettive, di protezione delle posizioni giuridiche soggettive inerenti al rapporto di prestazione lavorativa.

Sezione 1. Il rito lavoristico: tecniche tradizionali di effettività ed efficienza e problematiche attuali.

1. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel rito del lavoro. Premessa.

La genesi storico-giuridica del principio di effettività è rinvenibile nella c.d. teoria della strumentalità del processo, formulata dall'illustre processualista G. Chiovenda: tale teoria, definita dallo stesso Autore «*come principio così generale, che non ha d'uopo d'esser formulato in alcun luogo*», implica che «*il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*»³.

La successiva positivizzazione di questo principio nel nostro ordinamento avvenne, anzitutto, con l'art. 24, comma 1, della Costituzione⁴, in base al quale chi è titolare di un diritto soggettivo o interesse legittimo è anche titolare dell'azione processuale necessaria ad attribuire ad esso concreta attuazione. La Corte costituzionale ha descritto tale principio come «*patrimonio costituzionale comune*» (*ex multis*, si consultino le sentenze nn. 104/2006, 182/2008, 154/2013, 281/2010), desumibile, oltre che dalla legislazione nazionale, anche dagli obblighi internazionali e dall'ordinamento comunitario⁵.

Ed infatti, l'art. 19, paragrafo 1, comma 2, T.U.E. prevede «*gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*»; l'art. 47 della Carta di Nizza dispone che «*ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo*». La stessa Corte di Giustizia, peraltro, ha ulteriormente esteso la portata del principio di effettività, attraverso l'enunciazione di importanti corollari applicativi (tra i quali, giusto processo, terzietà ed imparzialità del giudice, accesso alla tutela giurisdizionale)⁶.

3 G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 81; Id, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, 39 ss.; Id, *Della azione nascente da contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, ripubblicato in Id. *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, Milano, ristampa 1993, 101 e ss.; si veda anche P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*, in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968.

4 A. Proto Pisani, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 620.

5 M. De Luca, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in *Foro it.*, 2011, V, 216; Id. M. De Luca, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 815.

6 *Ex multis*, cfr. Corte di giustizia, 13 marzo 2007 secondo cui «*L'effettività della tutela giurisdizionale costituisce principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri; tale principio è sancito dagli art. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risulta ribadito nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*,

Infine, vanno ricordati anche agli artt. 6 (Diritto ad un equo processo) e 13 (Diritto ad un ricorso effettivo) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (C.E.D.U.), secondo cui, rispettivamente, «*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia*» e «*Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali*».

Tornando alle fonti interne, va poi sottolineato che (esclusivamente) il nuovo Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010) dedica al principio in esame la disposizione di apertura: «*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*» (art. 1).

Pur non rinvenendosi negli altri codici di rito un'analogha previsione espressamente dedicata all'effettività della tutela giurisdizionale, giurisprudenza e dottrina non dubitano che essa costituisca principio immanente al sistema, cui fare riferimento ogniqualvolta vi sia la necessità di realizzare una maggiore aderenza tra fatto e diritto, tra esigenze del singolo caso e rigidità (o assenza) della fattispecie, tra diritto riconosciuto sulla carta e concreta protezione degli interessi sottesi⁷.

proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000»; in senso conforme cfr. Corte di giustizia, 7 giugno 2007 e Corte di giustizia, 15 aprile 2008.

7 I. Pagni, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2016, 209 ss.; G. Vettori, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *ED - Annali X*, 2017; G. Arnone, *Il principio di effettività: una guida nel labirinto delle fonti tra diritto civile e diritto del lavoro*, in *Lavoro, diritti, Europa*, II, 2019, 7 ss. Quest'ultimo Autore, in particolare, cita un'importante pronuncia della Cassazione del 17 settembre 2013, n. 21255 (in *Foro it.*, I, 2015, 2909), nella quale la S. C. si è espressa sul principio di effettività in termini che meritano essere ivi riportati per la loro incisività: «*la necessità di partire dalla ricerca del profondo e decisivo significato del principio di effettività, rettamete inteso, nella sua innegabile dimensione di regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, come diritto ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella specifica, unica, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato (onde la necessità di indagare funditus i confini della discrezionalità legislativa nella scelta della sanzione adeguata)...Il diritto ad una tutela effettiva è, in ultima analisi, la facoltà di beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse*

La presente Sezione intende illustrare le ragioni per le quali il rito del lavoro è stato, storicamente, il primo modello processuale ad intercettare, fin dalla fine del XIX secolo, le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti. Si cercherà di comprendere quali tecniche processuali si siano rivelate particolarmente idonee a garantire “*tutto quello e proprio quello*” cui aspiri, a buon diritto, qualsiasi cittadino e quali siano, invece, i profili di maggior criticità ravvisabili nella prassi applicativa dell’odierno processo del lavoro.

Il tema dell’effettività, in questa prima parte del lavoro di ricerca, sarà vagliato, dunque, da un punto di vista strettamente tecnico-processuale, mentre la successiva Sezione sarà dedicata ad approfondire le tematiche dell’accesso alla tutela giurisdizionale (quale corollario dell’effettività, ancorché in tensione, oggi, con le esigenze di efficienza del sistema giustizia) e dei peculiari poteri del giudice nell’ambito delle controversie lavoristiche.

2. Origini storiche della giustizia del lavoro: dall'esperienza dei probiviri al regio decreto 28 ottobre 1940, n. 1443.

La giustizia del lavoro nasce con l’istituzione dei collegi dei probiviri (legge 15 giugno 1893, n. 295)⁸, come forma di tutela giurisdizionale speciale, caratterizzata, da un lato, da una funzione conciliativa del tutto peculiare ed ulteriore rispetto a quella tipicamente decisoria della giurisdizione civile ordinaria; dall’altro lato, da un indissolubile intreccio con il diritto sostanziale, diritto che i probiviri, con un’attività suppletiva (se non addirittura creativa), contribuirono ad elaborare, essendo ancora embrionale lo sviluppo della legislazione sociale⁹.

azionato, dovendosi interpretare la norma costituzionale sul(l'inviolabile) diritto alla tutela giurisdizionale 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 alla luce del più generale contesto rappresentato dall'ordinamento internazionale che quella norma integra (C. Cost. 22 ottobre 1999, n. 388), ordinamento nel quale il moltiplicarsi di accenti sul diritto al rimedio effettivo che emerge dalla lettura degli artt. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 13 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (stando all'interpretazione offertane dalla Corte di Giustizia già a far data dalla sentenza Johnston del 1986) e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e oggi del Trattato di Costituzione Europea, è indicativa del fatto che quello alla tutela giurisdizionale non viene inteso soltanto come diritto di accesso al giudizio o all'esercizio in esso di un determinato potere processuale, ma è concepito pure, in una prospettiva contenutistica, come diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela».

8 E. Redenti, *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, Milano, 1962, 579.

9 R. Foglia, *Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, 7 ss.; G. Sigillò Massara, *Tutele alternative dei diritti dei lavoratori*, Torino, 2017, 2, secondo cui «alla nascita di una tutela giurisdizionale differenziata in materia giuslavoristica è da connettersi la stessa nascita del diritto del lavoro. Infatti, le pronunce dei probiviri hanno contribuito sostanzialmente all'emersione di un diritto del lavoro affrancato dal diritto commerciale, se non addirittura dal diritto civile. Del resto, la legge di istituzione dei

Nel presente paragrafo, si illustreranno le caratteristiche della giurisdizione probivirale e, soprattutto, le ragioni sottese alla scelta legislativa – risalente alla fine del XIX secolo e in seguito confermata anche nell'ambito della riforma del 1973 – di creare una forma di giustizia riservata esclusivamente alle liti lavoristiche.

La prima legge speciale sui conflitti di lavoro si rese necessaria, anzitutto, a fronte dei profondi cambiamenti socio-economici che il Paese stava attraversando: le prime fasi dello sviluppo industriale determinarono, infatti, il repentino spostamento di grandi masse dalle campagne ai centri urbani e, quindi, l'emergere di nuove problematiche giuridico-sociali (c.d. questione sociale)¹⁰.

*collegi probivirali si inserisce di diritto in una concezione che vede la disciplina del rapporto di lavoro al di fuori del codice civile: una legislazione satellite rispetto a quel centro che era e doveva restare il codice, quasi parte immutabile dell'ordinamento. Le origini del diritto del lavoro sono da rinvenire nell'esigenza di dare protezione alla persona del lavoratore in ragione della sua qualità di soggetto debole sul piano storico, economico e quindi contrattuale. Ebbene tale operazione di riequilibrio si costituisce a cavallo tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX secolo attraverso tre momenti: l'emanazione di una legislazione speciale di diritto sostanziale, il riconoscimento del fenomeno sindacale e la predisposizione di una giurisdizione domestica, rappresentata dai consigli dei probiviri. Tanto lo squilibrio economico sociale tra lavoratore e datore quanto l'alto tasso di litigiosità proprio dei rapporti di lavoro spingono già il primo legislatore sociale a realizzare una tutela giurisdizionale differenziata rispetto al rito ordinario, ove sia privilegiata la celerità dei giudizi e la composizione amichevole del conflitto, nell'intento, da un lato, di proteggere la parte debole, la quale, avendo più modeste possibilità di resistenza e di attesa, rischia di subire maggiori pregiudizi da una durata dilatata del processo. Dall'altro lato, poi, alla stessa parte debole del rapporto deve essere riconosciuta una preferenza per la composizione il più amichevole possibile della controversia, stante il suo innegabile interesse alla conservazione del rapporto». Per approfondimenti: A. Cova, *Impresa e Lavoro a Milano nei primi del Novecento*, in M. Napoli (a cura di) *La nascita del diritto del lavoro. Il contratto di lavoro di Ludovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milano, 2003; L. Gaeta, *Il lavoro e il diritto. Un percorso storico*, Bari, 2013, 12 ss.; G. Tesoriere, *Diritto processuale del lavoro*, Padova, 2012; P. Leanza, *Il processo del lavoro*, Milano, 2005, 10 ss.; G. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1999; A. Borghesi, *Processo del lavoro*, Torino, 2005; L. Castelveteri, *Il diritto del lavoro alle origini*, Milano, 1994.*

¹⁰ Tra il 1860 e il 1900 lo sviluppo della produzione industriale tessile, e in seguito anche di quella meccanica, siderurgica e alimentare, determinò lo spostamento di migliaia di contadini nei centri urbani e la loro occupazione come operai salariati nelle moderne manifatture. La crescita industriale causò forti squilibri sociali che spinsero il legislatore ad intervenire tramite la c.d. legislazione sociale (leggi 11 febbraio 1886, n. 3657, 19 giugno 1902, n. 242, 17 marzo 1898, n. 80), tesa a porre rimedio alle principali "piaghe" della prima industrializzazione, quali lo sfruttamento delle "mezze forze lavoro" (fanciulli e donne), il trasferimento del costo economico degli infortuni e delle malattie professionali sui lavoratori lesi, l'assoluta mancanza di precauzioni di sicurezza sui luoghi di lavoro. Per maggiori approfondimenti, cfr. M.V. Ballestrero e R. Levrero, *Genocidio perfetto. Industrializzazione e forza-lavoro nel leccese 1840-1870*, Milano, 1979; L. De Rosa, *La rivoluzione industriale in Italia*, Roma-Bari, 1980. Più nello specifico, gli eventi che spinsero il legislatore ad introdurre i collegi probivirali presso le industrie vanno individuati nei violenti scioperi che si susseguirono a partire dal 1875 nel mantovano e poi nel biellese. Il dibattito sull'opportunità di istituire giurisdizioni speciali per le controversie di lavoro si sviluppò nell'ambito dei lavori della Commissione di inchiesta istituita per individuare le cause e i rimedi agli scioperi nelle industrie del Nord Italia: la Relazione finale, presentata nel marzo 1879, è stata di recente ri-pubblicata in G. Vallauri, *Scioperi e conflitti sociali nell'Italia liberale. La relazione finale della commissione ministeriale di inchiesta sugli scioperi (1878)*, Roma, 2000. La Commissione sollecitò l'introduzione dei collegi di probiviri nell'ottica di preservare la pace sociale: a tali istituzioni si assegnò, fin da subito, il ruolo di «*moderatori della micro-conflittualità quotidiana, portatori di*

Non solo: l'istituzione dei collegi probivirali intercettò – e ne fu, di fatto, il risultato – il vivace dibattito culturale che, proprio in quegli anni, impegnava i processualisti europei sul tema della funzione da attribuirsi al processo civile¹¹: a tal proposito, è possibile affermare che la legge sui probiviri fu rivoluzionaria poiché anticipò, sia a livello di principi ispiratori, che di regole tecniche, tutti gli elementi che furono codificati, molti anni dopo, dalla legge n. 533/1973 e che connotano ancora oggi il rito del lavoro¹².

Anteriormente alla legge 15 giugno 1893, n. 295, le controversie di lavoro erano sottoposte al rito ordinario previsto per le liti civili dal Codice di procedura civile del Regno d'Italia del 1865.

Il funzionamento della giustizia civile ordinaria, tuttavia, si mostrò ben presto inadeguato a far fronte ai nuovi bisogni dei lavoratori, i quali, versando in condizioni economiche precarie, non avrebbero avuto le risorse necessarie per sostenere i costi e la lunga durata dei processi civili dell'epoca, lenti e farraginosi¹³; la forza lavoro, pertanto, finiva spesso per rinunciare alla tutela dei propri diritti, con conseguente aumento del divario tra classe operaia e classe imprenditoriale e, quindi, delle tensioni sociali.

Di tale fenomeno era ben consapevole Ludovico Barassi quando, con estrema lucidità e acume, scriveva: *«le liti sono numerosissime (...), ma il rito ordinario innanzi al giudice ordinario mal si addice per inconvenienti di tempo e di denaro per le classi lavoratrici disagiate. Inoltre a risolvere degnamente quelle controversie occorrerebbe una conoscenza tecnica del lavoro, dell'ambiente da esso creato, delle consuetudini che sorgono nelle singole località, che hanno una importanza grandissima in quanto attecchiano il rapporto giuridico, per sé vagamente determinato dai principi del diritto, ai bisogni della pratica»*¹⁴.

quella linea di mediazione in grado di regolare le piccole controversie individuali prima che confluiscono nelle grandi violenze collettive. I probiviri sono visti come mezzo di prevenzione delle intemperanze dell'operaio industriale» (così P. Passaniti, *Storia del diritto del lavoro*, I, Milano, 2006, 360). Vi è da dire, tuttavia, che già prima della creazione della Commissione d'inchiesta del 1878 e della successiva emanazione della legge n. 295/1893, si registra la formazione spontanea di collegi probivirali a Como e a Mantova, sul modello dei *conseils des prodhommes* francesi e dei *equitable councils* inglesi (riferimenti in P. Passaniti, *cit.*, nota n. 10, 359): di queste esperienze a livello europeo parlò diffusamente anche E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906. Per approfondimenti, anche nel contesto europeo, AA.VV. *The making of labor law in Europe. A comparative study of Nine Countries up to 1945 (Studies in Labour and Social Law)*, London-New York, 1986; G. Monteleone, *Una magistratura del lavoro: i collegi dei probiviri nell'industria*, in *Studi storici*, 1977, 87 ss.

11 A. Carratta, *La funzione sociale del processo civile tra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2017, 2, 579 ss.

12 P. Sandulli, A.M. Socci, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Milano, 2016, 7.

13 Vedi nota n. 9.

14 Passo tratto da G. Pera, *Il contratto di lavoro di L. Barassi e la giurisprudenza dei probiviri*, Milano, 105. Sulla posizione di Ludovico Barassi rispetto alla successiva giurisprudenza probivirale, si veda anche *infra*. Significativo, in questo senso, anche quanto affermava E. Redenti, in *Massimario*, *cit.*, 8: *«e in verità alle controversie in materia di*

“Tempo” e “denaro”: simili riferimenti al potenziale impatto sociale del processo erano stati, fino alla metà del XIX secolo, del tutto estranei al dibattito giuridico nazionale ed europeo¹⁵.

Infatti, secondo la concezione liberale della dottrina processualistica europea – alla quale erano ispirati sia il Codice napoleonico del 1806 che la legislazione vigente nei principali ordinamenti del Vecchio Continente (dal Codice di procedura unitario italiano del 1865 alla Z.P.O. tedesca del 1877, alla codificazione giuseppina austriaca) – il processo civile doveva avere la sola ed unica funzione di risolvere controversie tra privati¹⁶. In altri termini, il processo era inteso come appendice del diritto privato civile, risolto pratico e meramente secondario del diritto soggettivo sostanziale: poiché quest'ultimo doveva ritenersi nella piena disponibilità delle parti, parimenti doveva esserlo lo strumento che l'ordinamento predisponesse per la sua tutela. Ne derivava una visione prevalentemente (se non esclusivamente) individualista dello strumento processuale, dominata dal *laissez faire* delle parti, dal loro libero gioco in contraddittorio: la controversia era estranea allo Stato, era mero interesse individuale e, di conseguenza, andava lasciata al pieno dominio dei privati, sia per la sua introduzione, che per la determinazione del suo oggetto e la sua conduzione fino alla decisione finale del giudice¹⁷.

Il superamento dell'idea liberale ed individualistica del processo civile e l'affermarsi di una visione nuova, tesa ad attribuire al processo rilevanza sociale e collettiva, venne a determinarsi solo verso la metà del XIX secolo, per effetto dell'influenza che esercitò sul resto d'Europa la dottrina processualvilistica tedesca e austriaca, presso la quale andava affermandosi l'idea che il processo civile dovesse essere inteso come uno strumento di giustizia sociale. In particolare, il merito di aver sviluppato e trasposto nella nuova ordinanza di procedura civile austriaca (*Zivilprozessordnung*, c.d. Z.P.O. Del 1898) tali principi fu del giurista tedesco Franz Klein¹⁸, secondo cui qualsiasi conflitto

contratto di lavoro, controversie di limitato valore economico, in cui una delle parti è normalmente ignorante e senza mezzi è effettivamente inadeguato il processo civile ordinario, così favorevole alla parte più facoltosa, lento, fatalmente aperto alle interminabili questioni de iuris apicibus, appesantito dal sistema dei gravami, incomprensibile e pertanto ripugnante proprio a quella parte povera e ignorante, per cui solo tali controversie hanno di solito grande e urgente importanza».

15 Così, A. Carratta, *cit.*, 589 e *passim*.

16 Il massimo esponente di questa concezione fu il giurista tedesco A. Wach, *Vortage uber die Reichs-Civilprozessordnung gehalten vor praktischen Juristen im Fruhjahr 1879*, 2-Aufl., Bonn, 1896, 2.

17 G. Tarello, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto di secolo. Per uno studio sulla genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*, in R. Guastini e G. Rebuffa (a cura di) *Dottrine del processo civile*, 1989, 12.

18 Franz Klein fu allievo di Anton Menger, ordinario di procedura civile nell'Università di Vienna dal 1874 al 1899. Menger è particolarmente conosciuto per aver indagato gli aspetti sociali dell'ordinamento giuridico ed è considerato il padre del socialismo giuridico. Le sue opere hanno avuto larga diffusione in Europa: *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen 1890; trad. it., *Il diritto civile e il proletariato*, Torino 1894. Sul socialismo di Menger, cfr. Orrù, 'Idealismo' e 'realismo' nel socialismo giuridico di Menger, in "Quaderni fiorentini", III-IV, 1974,

individuale assumeva sempre anche rilevanza sociale: il processo doveva tendere alla realizzazione dei medesimi fini dello Stato, quali l'effettiva attuazione del diritto obiettivo, la realizzazione e la progressione del benessere collettivo¹⁹. Per questo motivo gli ingranaggi della giustizia dovevano evitare sprechi di tempo e denaro, onde allentare tensioni sociali e agevolare, quindi, il buon funzionamento dell'economia: il processo, dunque, doveva essere inteso in senso pubblicistico ed analizzato anche secondo un'angolazione economicistica, in base ad una valutazione costi-benefici²⁰. L'influenza del pensiero di Klein si diffuse e si radicò ben presto anche in Italia²¹.

187 ss. L'opera principale nel quale è racchiuso il pensiero di Franz Klein è Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Zivilprozessreform in Oesrerreich², inserita nella raccolta di saggi Juristische Blätter, Wien, XIX, 1890, n. 43-52 e XX, 1891, n. 20. I più importanti studi italiani dedicati a Franz Klein sono: F. Menestrina, *Francesco Klein*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1926, 271 ss.; F. Cipriani, *Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile fra libertà e autorità)*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 969 ss., riedito nel volume dello stesso Autore, *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi*, Napoli 1997; C. Consolo, *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore*, in *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe 1895*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi e Giuliani, Milano, 2004, XXXXVII ss.

19 N. Picardi, *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein, Il giusto processo civile*, 2011, 1067-1106; A. Chizzini, *Franz Klein e i patres della procedura civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2011, 740; N. Trocker, *La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, in *Il giusto proc. civ.*, 2012, 68 ss.

20 L. P. Comoglio, *Il principio di economia processuale*, Pavia. 1980. Le principali soluzioni tecniche processuali proposte da Klein e trasposte nell'ordinanza di procedura civile austriaca sono così riassumibili: 1) articolazione del processo in due fasi, una preparatoria scritta e una principale orale che doveva svolgersi in un'unica udienza; 2) principio di preclusione quale espediente per rendere certo, ordinato e sollecito, il cammino del processo e la certezza delle situazioni processuali; 3) ampliamento poteri anche istruttori del giudice, organo statale a servizio del diritto, del bene comune e della pace sociale. Ad esso doveva essere riconosciuto il potere di formare il proprio convincimento sulla base della libera valutazione delle risultanze probatorie senza alcun vincolo derivante dalle prove legali.

21 P. Calamandrei, Lodovico Mortara, in *Studi sul processo civile*, Padova, 1947, 21, affermava che, secondo L. Mortara, il processo, in un'ottica pubblicistica e sociale, doveva costituire lo strumento per l'attuazione dell'uguaglianza sostanziale tra tutti i cittadini (si veda L. Mortara, *Principi di procedura civile*, Firenze, 1890 e Id, *Lotta per l'uguaglianza. Prolusione al Corso di diritto costituzionale per incarico dell'Università di Pisa* (14 gennaio 1889), in *Quaderni Fiorentini*, 19/1998, 160). Sulla stessa scia, anche il pensiero di C. Lessona, *I doveri sociali del diritto giudiziario*, Torino, 1897 (si consulti, per approfondire il pensiero di questi Autori, F. Cipriani, *Le perizie di Carlo Lessona tra Mortara, Chioyenda e Calamandrei*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1991, 74 e direttamente C. Lessona e L. Mortara, *Sui progetti di riforma dei processi civili*, Mantova, 1886). C. Lessona, esaminando i difetti del processo civile dell'epoca, denunciava come «l'esercizio di molti, troppi diritti è impedito da quelle che mitemente si chiamano convenienze sociali e che con cruda verità devono chiamarsi ingiustizie sociali». Lo stesso Autore riteneva che il ricorso alla giurisdizione d'equità dei probiviri fosse lo strumento più adatto non solo per sopperire alla disuguaglianza sostanziale fra le parti, ma anche per consentire l'adattamento dell'ordinamento giuridico alle trasformazioni sociali dell'epoca (C. Lessona, *La giurisdizione dei probiviri rispetto al contratto collettivo di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, 224). Ancora, fautori della visione pubblicistica del processo furono, ancorché con toni più moderati, G. Chioyenda, *Lodovico Mortara*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 100; G. Chioyenda, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, I, 1907, 280 (per un'analisi del pensiero di G. Chioyenda, cfr. M. Taruffo, *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chioyenda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 1155), nonché il suo allievo E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906. In particolare, la rilevanza sociale del processo in G. Chioyenda è legata soprattutto alle seguenti tematiche: 1) l'eccessivo costo di accesso alla tutela giurisdizionale; 2) il rapporto tra iniziativa del giudice e iniziativa delle parti: a tal proposito, secondo l'illustre Autore «la lite può diventare più o meno accessibile all'uomo debole e incolto secondo che il giudice ha mezzi maggiori o minori di venire in suo aiuto, di illuminarlo su quanto egli può fare per sua difesa, di correggerne gli errori; qui è la chiave delle riforme

L'istituzione della giustizia probivirale costituì, di fatto, la prima manifestazione della nuova consapevolezza circa la funzione sociale da attribuirsi alla tutela giurisdizionale²²: come auspicato da L. Barassi, infatti, il legislatore decise di intervenire, con l'obiettivo principale di ridurre le tensioni sociali, sottraendo, in nome della peculiarità delle situazioni giuridiche soggettive sottostanti, le controversie di lavoro al rito civile ordinario e assoggettandole ad un rito speciale e più celere, che, almeno in prima battuta, puntasse alla composizione amichevole della controversia. Prima di analizzare, brevemente, le caratteristiche e i profili più critici e ancora oggi dibattuti del fenomeno che fu la giustizia probivirale, preme sottolineare un aspetto cui già si è fatto cenno: tutta la storia del rito lavoristico, fin dalle sue origini, si caratterizza per la presenza di norme processuali differenziate rispetto a quelle del rito ordinario civilistico.

La differenziazione delle tecniche di tutela processuale in base alla diversa natura delle situazioni giuridiche soggettive costituisce un corollario della concezione strumentale del processo civile, cui si è accennato all'inizio della Sezione²³. In base a questa teoria, è compito dello Stato predisporre i mezzi giurisdizionali più adeguati ai bisogni di tutela delle diverse situazioni di diritto sostanziale²⁴: la tutela giurisdizionale potrà dirsi effettiva solo ove consenta la piena ed esaustiva realizzazione della pretesa sostanziale del privato, pregiudicata dal comportamento dei terzi. In particolare, l'effettività della tutela giurisdizionale implica inevitabilmente, secondo illustri Autori come G. Chiovenda e, successivamente, A. Proto Pisani, la differenziazione dei modelli processuali: a bisogni diversi di tutela devono corrispondere tecniche diverse di tutela giurisdizionale. E' pertanto

*processuali, il segreto dell'adattamento del processo ai bisogni sociali». Unica voce contraria allo sviluppo di questa nuova visione pubblicistica e sociale del processo è quella di S. Satta, che rimase legato all'idea che l'elemento essenziale della disputa processuale dovesse individuarsi nell'interesse privatistico: il processo non doveva servire ad altro se non a «dar ragione a chi l'ha» (S. Satta, *Orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 32 ss.).*

22 G. Chiovenda osservò, ne *I Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1919, 718, che la giustizia probivirale, nell'ambito della quale vennero riconosciuti ampi poteri istruttori d'ufficio, costituì un modello cui ispirarsi per la riforma anche del processo civile ordinario, avendo tale intervento normativo cercato di ottenere un processo veramente orale con la conseguente massima concentrazione dell'attività. In questo senso anche G. Tesoriere, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 1972, 1318 ss.

23 G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, I, 39.

24 G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 515; V. Andrioli, *Lezioni, di diritto processuale civile*, I, 17, 167, 205; A. Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*, Napoli, 2003, 6-7; E. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 4 ss: leggendo questo Autore emerge lo stretto legame tra concezione pubblicistica e concezione strumentale del processo. Invero, secondo Betti dare ragione a chi ce l'abbia dal punto di vista sostanziale non è un interesse privato delle parti, ma un interesse pubblico della società intera. La funzione giurisdizionale si incentra sull'applicazione della sanzione prevista dall'ordinamento per la violazione della norma sostanziale: solo tramite l'intervento dello Stato e dei suoi organi giurisdizionali «il processo dà efficace garanzia di comporre la lite o di superare la resistenza opposta dal privato al privato, e così di raggiungere la sua finalità: portare cioè all'accertamento vincolante o alla forzata realizzazione del rapporto giuridico».

necessaria la predisposizione di procedimenti differenziati modellati sulle particolarità delle singole categorie di situazioni sostanziali controverse.

L'espressione «tutela giurisdizionale differenziata», riferita alla giustizia del lavoro, è stata utilizzata per la prima volta da A. Proto Pisani in uno studio del 1973, dal titolo *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, dedicato alla riforma di cui alla legge n. 533/1973 (su cui *infra*). Questa espressione, come lo stesso Autore avverte, non deve essere equivocata: con essa ci si riferiva al fatto che le liti del lavoro, per la delicatezza degli interessi sottostanti e per l'intrinseca diversità socio-economica tra le parti contendenti, avrebbero dovuto essere soggette – come è stato nella L. n. 533/1973 – a regole procedurali più snelle rispetto a quelle ordinarie; essa non implicava, invece, che tali controversie dovessero essere devolute a forme di giurisdizione speciali e straordinarie. Ecco perché risulta non tecnicamente corretto l'utilizzo dell'espressione «tutela giurisdizionale differenziata», nel senso inteso da A. Proto Pisani, con riferimento alla giustizia probivirale: un conto, infatti, è attribuire le controversie di lavoro alla competenza della magistratura ordinaria prevedendo che esse siano soggette a regole processuali diverse rispetto a quelle ordinarie (come accadrà a seguito dell'abrogazione dei collegi di probiviri); un altro è aver assegnato, come fece, invece, il legislatore di fine '800, ad un collegio di privati cittadini, esponenti della classe operaia e imprenditoriale, seppur dotati di adeguata preparazione tecnica e presieduti da un componente togato, la competenza principale a conciliare e, solo eventualmente, decidere – in funzione giurisdizionale – le liti industriali²⁵.

Chiarito l'equivoco legato all'utilizzo, *ante litteram*, dell'espressione «tutela giurisdizionale speciale» anche con riferimento alla giustizia dei probiviri, si possono ben comprendere i rilievi critici espressi dal processualista G. Chiovenda sulla giustizia probivirale, secondo cui «*la formazione di giurisdizioni speciali va tenuta nei più stretti limiti (...). La molteplicità delle*

²⁵ In effetti, la natura *strictu sensu* giurisdizionale dei collegi dei probiviri non era pacifica e fu motivo di acceso dibattito in sede parlamentare. Nel momento in cui la Commissione d'inchiesta sulle cause e i rimedi degli scioperi del 1878 si accingeva ad elaborare il progetto relativo all'istituzione dei probiviri vi fu una spaccatura tra la maggioranza (poi confluita nel “progetto Maffi”), favorevole ad un modello misto, in base al quale i probiviri costituivano una vera e propria giurisdizione speciale, avente la funzione di conciliare e giudicare, e la minoranza (“progetto Berti”), che – invece – concepiva i collegi quali autorità essenzialmente morale preposta alla funzione conciliativa, con devoluzione della controversia alle cure della magistratura togata in caso di insuccesso. Dopo circa tre anni di dibattito, si giunse all'approvazione della legge n. 295/1893 che recepiva l'impostazione del progetto Maffi, per quanto concerne la natura giurisdizionale dei collegi, ma con l'attribuzione ai probiviri anche della funzione conciliativa, che riprendeva – in parte – le posizioni del progetto Berti, facendole, però, confluire all'interno della natura giurisdizionale della nuova istituzione. Per approfondimenti, E. Redenti, *Massimario, cit.*, 27, il quale si esprimeva in questi termini: «*quanto poi a qualificare i tribunali industriali giurisdizioni speciali o piuttosto organi speciali di giurisdizione ordinaria mi pare in verità indifferente, semprechè non si dimentichi che essi presentano le caratteristiche estrinseche della giurisdizione speciale, ma non ne hanno il fondamento intrinseco (essere organo di un ordinamento giuridico chiuso e autonomo, secondo Mortara, Codice di commercio commentato, Verona, 1885)*».

giurisdizioni moltiplica le questioni di competenza e stabilisce uno stato di cose proprie di altri tempi e che a ragione si era considerato un progresso aver abolito»²⁶. Come spiegherà in seguito A. Proto Pisani, le critiche del Chiovenda erano rivolte non già alla nuova procedura introdotta nel processo probivirale, bensì alla creazione di una nuova giurisdizione speciale: in altri termini, il Chiovenda sosteneva che la particolarità della materia del lavoro, «*se rendeva necessario sottrarre i litiganti al procedimento comune, così inadeguato a questo genere di conflitti*», non imponeva affatto la necessità sociale o tecnica di istituire un giudice speciale²⁷.

Illustrato il contesto socio-giuridico e culturale nel quale venne elaborata la legge sui collegi probivirali, nonché chiarita la loro natura di organo giurisdizionale speciale (nel senso anzidetto), è possibile a questo punto esaminare la disciplina delle regole procedurali introdotte dalla legge n. 295/1893.

La competenza dei collegi dei probiviri era duplice: 1) funzione di conciliazione preventiva obbligatoria²⁸; 2) funzione decisoria giurisdizionale nei limiti della competenza di lire 200 (le

26 G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 515.

27 Vedi nota precedente e A. Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., 8.

28 Si trattava, invero, della funzione precipua attribuita ai collegi, almeno nelle intenzioni della Commissione d'inchiesta: E. Redenti sottolineava l'importanza prioritaria di questa funzione, rispetto a quella decisoria, secondo il progetto legislativo originario, aggiungendo altresì che al tentativo di conciliazione (rispetto ad un rapporto di lavoro già in essere) si aggiungeva la diversa e peculiare funzione di mediazione e prevenzione del conflitto collettivo, rispetto alla determinazione di condizioni contrattuali – salari e orario – inerenti ad un rapporto non ancora costituito (in *Massimario*, cit., 10 ss.): «*un conto è la conciliazione di una controversia, un altro è la mediazione di una divergenza: l'assimilazione delle controversie alle divergenze è superficiale e inconsistente: le controversie possono essere composte con atto sovrano dello Stato (ed è questa la sua funzione essenziale), le divergenze non altrettanto (né riguardo ad esse lo Stato ha alcuna funzione essenziale). Infatti, nelle controversie si garantisce (attuazione del diritto); nelle divergenze o conflitti contrattuali si contende per la costituzione di diritti subbiettivi, cui il diritto obiettivo e quindi lo Stato (in attuazione del diritto) garantisce solo la libertà di costituire per contratto. In questo secondo caso, pertanto, lo Stato può ingerirsi nella contesa solo in via di azione sociale, cura promovendae salutis. Da ciò deriva anche che la conciliazione stessa assume, come detto, carattere e proprietà diverse nell'uno e nell'altro caso: quasi-giurisdizionale nel primo caso, di mera mediazione nel secondo (...)*». Secondo il Redenti, la funzione di conciliazione attribuita ai probiviri è una funzione sociale di natura pubblicistica, in quanto attribuita direttamente dallo Stato ai collegi. I collegi, ancorché, non possano imporre (*imperium*) alle parti la conciliazione, possono nondimeno esercitare questa funzione essendo stato loro attribuito tale officium dallo Stato: «*per le sue finalità, questa funzione formalmente di Stato è intermedia tra amministrazione sociale e polizia: non si saprebbe infatti definirla piuttosto ispirata alla cura di promuovere il benessere pubblico o alla cura di pervenire il danno sociale. I mezzi sono propri della amministrazione sociale*». Sebbene quello conciliativo-di mediazione dovesse essere il compito principale dei probiviri, esso si rivelò un indiscusso fallimento: nella Relazione del comm. Azzolini su *I collegi dei probiviri alla Commissione per la statistica giudiziaria e notarile*, Roma, 1905 si legge che «*i probiviri falliscono interamente il loro compito di pacificazione, mentre viceversa funzionarono come organi giurisdizionali (...)*. Il funzionamento dei Collegi (145 istituiti, di cui solo 47 funzionanti nel 1902, 33 nuove istituzioni nel 1903) è stato assai scarso. Nel 1902 furono presentate ai probiviri 3.885 controversie. Nel 1900 le controversie furono 2033, 3535 nel 1901, 3885 nel 1902, 3251 nel 1903, con una percentuale di cause effettivamente conciliate che scende dal 37% al 38%. Le ragioni di questo insuccesso sono state accuratamente ricercate nella Inchiesta condotta dall'Ufficio del Lavoro (Inchiesta sulla istituzione e sulla vita dei Collegi dei probiviri pubblicata dall'Ufficio del Lavoro di Roma nel 1903). La ragione profonda, in base a questa

controversie di valore superiore erano attribuite alla giurisdizione ordinaria ma le parti potevano comunque adire la giuria in qualità di collegio arbitrale)²⁹.

I collegi erano composti da un Ufficio di conciliazione (per la fase conciliativa) e una Giuria (per l'eventuale fase giurisdizionale). L'Ufficio di conciliazione era composto da almeno due membri, uno di nomina operaria e l'altro industriale, ed era presieduto dal presidente del collegio e dal vicepresidente. La Giuria era composta da quattro membri, due nominati da operai e due dai datori ed era presieduto dal presidente scelto tra funzionari dell'ordine giudiziario (quindi, si trattava di un magistrato, nominato con decreto reale in base ad una proposta del ministro di agricoltura industria e commercio)³⁰.

Sotto l'aspetto tecnico, come accennato, la procedura conteneva in embrione tutti gli elementi che caratterizzano, ancora oggi, la specialità dell'attuale rito del lavoro:

1. oralità, immediatezza e concentrazione (art. 32: «*non sono permesse memorie a difesa*»)
2. comparizione personale delle parti (art. 32, commi 1 e 2: «*le parti debbono comparire personalmente. Nondimeno in caso di comprovata malattia o assenza, che l'ufficio riconosca giustificata, possono farsi rappresentare da un membro della loro famiglia o in mancanza da un operaio o industriale appartenente alla rispettiva classe e che dimostri, in qualsiasi modo sia ritenuto sufficiente dall'ufficio, l'incarico ricevuto*»);
3. tentativo obbligatorio di conciliazione (art. 10: «*nessuna delle controversie può essere portata avanti alla giuria o, se eccede la competenza di questa, innanzi ai magistrati ordinari senza previo esperimento di conciliazione*»);

inchiesta, è stata la diffidenza della classe industriale verso l'istituto, in alcuni centri, nello scetticismo di ambedue le classi, universalmente». Tra le ragioni dell'insuccesso dell'opera di conciliazione dei probiviri vanno ricordate anche, da un lato, la limitata diffusione nel territorio questi collegi, presenti – di fatto – nei soli centri industriali più progrediti (Milano, Torino, Firenze, Bologna); dall'altro, la loro competenza limitata sia per valore alle controversie fino a 200 lire che per materia (cfr. su questi aspetti C. Trebeschi, *Conflitti e contratti di lavoro in agricoltura*, in *Giornata Lincea in ricordo di Enrico Redenti: il diritto del lavoro ai suoi primordi (Roma, 22 gennaio 1994)*, Roma, 1995, 127, il quale evidenzia come i collegi operassero solo con riferimento al settore industriale, escludendo la loro competenza per le controversie riguardanti le imprese commerciali e agricole, i trasporti e le ferrovie, gli stabilimenti, i cantieri e gli arsenali gestiti dallo Stato.

29 P. Sandulli, A.M. Socci, *cit.*, 6; Cappelletto, *Per una storia del diritto del lavoro: il contratto collettivo e probiviri*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1977, 122.

30 Secondo V. Andrioli, C.M. Barone, G. Pezzano, A. Proto Pisani, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, 1987, 26: «*I motivi per i quali il legislatore sottrasse alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione di queste controversie sono diversi (...) innanzi tutto, la sfiducia della classe operaia nei giudici e nei giudizi borghesi*». In questo senso anche L. Gaeta, *Il lavoro e il diritto*, *cit.*, 16. *Contra*, P. Sandulli, A.C. Socci, *cit.*, 8: «*Questa opinione è viziata per il semplice fatto che il presidente dei probi-viri veniva individuato tra i magistrati e il presidente aveva un rilievo preminente nel collegio per la sua imparzialità e per la sua competenza tecnica, era l'unico in grado di tradurre in termini giuridici la controversia che si svolgeva senza difensori e oralmente. Conseguentemente non si poteva parlare all'epoca di sfiducia nei giudici e nei giudizi*».

4. poteri istruttori d'ufficio³¹;
5. esenzione da tasse di registro e possibilità di autodifesa (art. 41, comma 2);
6. ampio ricorso all'istituto della compensazione delle spese nel caso in cui le parti avessero optato per l'assistenza legale³².

In generale, il procedimento era molto snello e de-formalizzato: *«Per le controversie portate avanti alla giuria, il presidente, all'udienza fissata, sentite le ragioni delle parti, preso atto che non riuscii la conciliazione avanti l'ufficio competente, tenta nuovamente la conciliazione, facendo redigere in caso di conciliazione il processo verbale. Se il comportamento non avviene, la giuria, esaminati i documenti presentati dai contendenti e tenuto conto delle consuetudini locali può ove lo creda necessario ordinare la esibizione di libretti di lavoro, libri di maestranza, registri o altri documenti, sentire i testimoni proposti dalle parti o chiamarne d'ufficio, interrogare persone pratiche della materia controversa e, ove occorra, procedere a qualche verifica sul luogo, delegare il presidente ad accedervi solo o accompagnato da due dei giudicanti, uno industriale, l'altro operaio al fine di verificare con processo verbale lo stato delle cose»* (art. 38).

Le decisioni della Giuria erano immediatamente esecutive: esse potevano essere appellate solo per incompetenza per valore o materia innanzi al giudice ordinario. In caso di appello avanti al tribunale, la loro efficacia poteva essere sospesa (art. 41 comma 2).

31 *«Ove all'udienza la causa non appaia sufficientemente istruita, la Giuria deve sospendere la decisione e mandare le parti di maturare gli incombenti»* (massima di Metallurgiche, Torino, 21 marzo 1904-Rocca c. De Marchi, conformi Metallurgiche, Torino, 21 marzo 1904 – Barberis c. De Marchi); *«Ove dalle prove addotte non risulti il fondamento in fatto di un'azione o eccezione proposta in giudizio, la Giuria può ordinare d'ufficio la citazione di testi, che possano attestare il fatto»* (Ediliazia Torino, 16 ottobre e 3 dicembre 1903 – Cena c. Perona). Scrive E. Redenti, *Massimario*, cit., 16: *«La prova dei fatti e la dimostrazione del diritto riescono in questa sede (nel rito civile) irraggiungibili per essa (che, di soluto, perchè oppressa, è attrice), per il che il contratto di lavoro è sempre sprovvisto di prove precostituite, spesso di qualsiasi prova ed è di solito rudimentale; mentre il giudice togato, dall'altra parte è di solito digiuno di ogni nozione tecnica e di ogni conoscenza dell'ambiente (...). L'onere della prova è alleggerito per i poteri inquisitori del tribunale; interrogatorio delle parti ex officio iudicis (reso efficace dall'obbligo della comparsa personale ed anche dal dibattito preliminare diretto alla conciliazione) e la possibilità tecnica del giudice di valersi largamente delle presunzioni indotte dalla normalità delle cose»*.

32 *«E' ammissibile la compensazione delle spese del giudizio, anche nel caso in cui una delle parti sia dichiarata totalmente soccombente in merito, allorquando dal complesso della causa venga a risultare che potesse avere buone ragioni di ritenere di aver azioni da esperire, sia per il contegno a suo riguardo dell'altra parte, sia per vaghi affidamenti datile (nella specie: promessa di mantenimento del lavoro per un dato tempo, accompagnata da diminuzione del salario, vietata dai contratti vigenti)»* (massima tratta da Probiviri Edilizie, Milano, 9-2-1905, Albini c. Scaglia). In un altro caso si arriva a ritenere *«equo porre a carico dell'industriale parte delle spese del giudizio, pur assolvendolo dalla domanda dell'attore, che non ha potuto provare il credito che vantava»* (massima Probiviri tessili, Brescia, 5-3-1905, Zanotti c. Negrinelli).

Tratteggiati, seppur brevemente, i caratteri principali del funzionamento dei collegi probivirali, merita, da ultimo, un approfondimento la questione relativa al diritto applicato dai probiviri e al ricorso, da parte di questa giurisdizione, allo strumento dell'equità.

Come spiega E. Redenti, nell'esplicare la propria attività, i collegi si muovevano in un vero e proprio “vuoto normativo”: *«essi furono chiamati a supplire, tramite la produzione giurisdizionale, alla mancanza di una disciplina legislativa del contratto di lavoro, che il codice civile si limitava a ricordare in un paio di articoli e in modo assai generico; in altre parole, la classe politica del tempo, appoggiata dalla prevalente dottrina giuridica, teorizzò il non intervento del legislatore in un settore che in quel momento non si sentiva in grado di codificare e scelse di affidare ai collegi dei probiviri il compito di rendere esplicito il diritto operaio che viveva negli accordi tra industriali e gruppi di lavoratori, nelle consuetudini, negli usi locali»*³³.

Lo *ius dicere* dei probiviri si fondava su cognizioni estranee alla giurisdizione ordinaria e si avvicinava, piuttosto, al modello delle giurisdizioni di equità³⁴: il criterio di giudizio, infatti, non era cristallizzato in norme di diritto scritto ma nasceva da accertamenti e conoscenze di fatto.

La dottrina si divise, tuttavia, tra chi affermava che i probiviri fossero investiti di una funzione meramente suppletiva/integrativa del diritto civile ordinario³⁵ e coloro che, invece, ritenevano i collegi autorizzati a plasmare e applicare un diritto nuovo, il c.d. “*diritto dell'avvenire*”³⁶.

Il dibattito sul ruolo dell'equità – sia essa in funzione suppletiva/integrativa o creativa del diritto – come criterio di giudizio nei casi dubbi, ancorché riferito ad un contesto storico-giuridico diverso e ormai lontano, risulta nondimeno ancora oggi estremamente attuale: basti pensare alle sue connessioni con il tema della discrezionalità del giudice del lavoro nell'interpretazione delle c.d. clausole generali e norme elastiche (tra le quali, le nozioni di “giusta causa”, “giustificato motivo

33 E. Redenti, *Massimario*, cit., 97; nello stesso senso, L. Gaeta, *Enrico Redenti e il diritto del lavoro*, in AA.VV. *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Padova, 2005, 359, secondo cui i probiviri vennero a porsi come un organismo capace di (e legittimato a) creare diritto, estrapolandolo dalla prassi e dall'equità. La posizione di Ludovico Barassi rispetto al contributo giurisprudenziale dei probiviri fu positivo: egli considerò i repertori di giurisprudenza probivirali utili per il legislatore ai fini della successiva codificazione del diritto del lavoro (cfr. G. Pera, cit., 81).

34 E' di L. Barassi la definizione dei collegi di probiviri come organi dell'equità: *«i probiviri decidono secondo il diritto: ma appunto, perciò, secondo l'equità, che pervade largamente il nostro diritto contrattuale, supplendo meravigliosamente alla lacuna del nostro sistema legislativo in materia di contratto di lavoro. In questo senso è perfettamente esatto il sostenere che i probiviri siano l'organo dell'equità – essi, più del giudice normale, vivono a contatto con la vita del lavoro industriale, ne risentono le correnti varie, sono il portavoce immediato dell'apprezzamento padronale e operaio»* (sempre in G. Pera, cit., 81 ss.).

35 In questo senso, L. Mortara, *Per la riforma della legge sui Probiviri, 15 giugno 1893*, in *Giur. it.*, 1904, 26; G. Chiovenda, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, Napoli, 1907, 389; C. Lessona, *La giurisdizione dei probiviri rispetto al contratto collettivo*, in *Riv. Dir. comm.*, 1903, I, 231.

36 L. Tartufari, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo (discorso letto per l'inaugurazione dell'anno accademico nell'università di Macerata)*, Macerata, 1893, 39.

oggettivo”, “giustificato motivo soggettivo”), ampiamente utilizzate nella materia giuslavoristica. Si tratta di profili che verranno più ampiamente trattati nella seconda Sezione del presente lavoro di ricerca. Per ora, ci si limita ad evidenziare che l'ampia discrezionalità interpretativa in questo settore della giustizia civile – con tutti i problemi che ne derivano in termini di certezza e prevedibilità del diritto – costituirono in passato e costituiscono ancora oggi una cifra distintiva della giustizia del lavoro³⁷.

Al di là delle *supra* richiamate divisioni della dottrina in merito alla funzione meramente suppletiva o integrativa dell'equità probivirale, è certa la radicale diversità degli orizzonti ermeneutici in cui si muovevano la magistratura togata, da un lato, e la giurisdizione dei probiviri, dall'altro: la prima, infatti, assumeva come parametro di giudizio il consenso tra le parti, confluito nel contratto e, quindi, nel regolamento industriale; al contrario, la seconda valorizzava l'effettività di tale consenso, mettendone in discussione i contenuti. In altri termini, tramite il ricorso alla consuetudine e all'equità, i probiviri si spingevano ove il giudice ordinario non poteva, ovvero sino al sindacato di patti che, pur accettati dalle parti, contenevano regole vessatorie in quanto difformi al modello socialmente tipico³⁸. In questo modo, «*la consuetudine diventa una sorta di confezione giuridica, se non del buon senso comune, di una massima di esperienza ricavata dalla pratica industriale*»³⁹.

37 P. Sandulli, A.M. Socci, *cit.*, 9: «*il giudizio si doveva svolgere più secondo equità che secondo diritto, da ciò anche il nome del collegio: probi-viri, che letteralmente significa uomini-probi, ai quali, per la loro probità (cioè per l'integrità morale e l'onestà di coscienza) è rimesso il giudizio sulla controversia di lavoro. Queste caratteristiche del diritto del lavoro e del processo del lavoro resistono anche attualmente, tanto che la creazione del diritto del lavoro, nonostante le numerosi leggi e contratti collettivi, è rimasta fundamentalmente giurisprudenziale; o quantomeno non può prescindere dalla giurisprudenza, e spesso dall'equità per la disciplina del rapporto di lavoro*». L'attenzione per l'argomento è oggi molto alta: molteplici sono, infatti, i contributi della dottrina tesi ad indagare il ruolo di “fonte” del diritto della giurisprudenza del lavoro: ci si limita ai seguenti riferimenti: F. Rosselli, *La dottrina del secondo dopoguerra sull'interpretazione giudiziale. Il contributo della giurisprudenza in materia di lavoro*, in *Giust. civ.*, 2, 2018, 483 ss.; M. Miscione, V. Filì, *La giurisprudenza come fonte formale e non solo sostanziale del diritto del lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2019, 7, 113 ss.; M. Fabiani, M. Taruffo, A. Proto Pisani, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003; V. Speciale, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 215/2014; G. Santoro-Passarelli, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 513 ss., secondo cui l'attività interpretativa del giudice del lavoro è anche attività di valutazione e di mediazione tra interessi contrapposti del datore e del prestatore di lavoro. L'autore si spinge più on là osservando che «*in realtà quando il giudice del lavoro è chiamato a pronunciare la norma di diritto, la sua attività interpretativa non è certamente immune da giudizi di valore o più in generale da valutazioni soggettive che tengono conto non solo degli enunciati normativi ma anche del contesto storico economico e culturale nel quale la norma, pur rimanendo immutata, si trova ad operare*».

38 Ad esempio, con riferimento all'obbligo di motivazione del licenziamento, escluso dal regolamento industriale: «*sebbene l'operaio abbia apposta la sua firma al regolamento di fabbrica, non si può ammettere che il regolamento possa con ciò dispensare dall'addurre il motivo di licenziamento*» (massima Probiviri Metallurgiche e Meccaniche, Torino, 22-4-1904, Bertetti c. Canera).

39 L. Ratto, *Le consuetudini di ordine pubblico nel contratto di lavoro*, in *Il Contratto di lavoro*, II, 1905, 8 E. Caldara (in Ministero di Agricoltura industria e commercio, Ufficio del Lavoro, Atti del secondo congresso dei probiviri italiani, Roma, 16-19 Maggio 1911, Roma, 1911, 45), fece un esempio di comparazione tra il modo di decidere dei probiviri

Leggendo i repertori della giurisprudenza probivirale, si comprende che il contributo più importante che essa diede all'elaborazione del futuro diritto del lavoro fu quello di concepire il contratto di lavoro alla stregua di una relazione continuativa, affrancandolo dal suo inquadramento civilistico fondato sul mero scambio di prestazioni: si spiegano, così, le decisioni che imponevano al datore di riammettere al lavoro l'operaio che aveva lasciato il lavoro per svolgere il servizio di leva (Probiviri Milano, Alimentari, Bensa e Mazzolini, 3-12-1901) o l'operaia impegnata nell'allettamento, sia pure solo «*ove risulti che l'imprenditore ha effettivamente dei posti disponibili nella sua fabbrica*» (Probiviri Prato, Tessili, 22-7-1902, Paoli e Kossler)⁴⁰. Mentre il giudice ordinario doveva limitarsi a verificare se la richiesta dell'operaio fosse o meno configurabile nell'ambito dello schema del contratto di scambio – nel quale il padrone aveva come unico obbligo quello del pagamento della mercede per una determinata prestazione e non era tenuto, quindi, ad aspettare il ritorno degli operai militari o delle operaie madri –, i probiviri indagavano nella prospettiva del rapporto di durata, arrivando a giustificare delle tutele minime che trovavano la loro giustificazione nel profilo relazionale, alla base delle singole prestazioni. Nell'ottica probivirale, una persona legata nella propria esistenza alla realizzazione di un disegno imprenditoriale matura dei diritti originati dal contratto stesso, proprio per il forte intreccio che si viene a determinare tra la contrattualità professionale e l'esistenza: in definitiva, secondo gli interpreti, la maturità giuridica che traspare, ancor oggi, dalle massime dei collegi probivirali segnò il passaggio dal paradigma dello scambio a quello del rapporto⁴¹.

In conclusione, può dirsi che l'esperienza dei collegi probivirali, malgrado lo scetticismo di una parte della dottrina e nonostante la sua scarsa diffusione (limitata – di fatto – ai grandi centri industriali), si impose nel contesto sociale e segnò una tappa fondamentale nella costruzione della giustizia del lavoro del futuro⁴².

rispetto al giudice ordinario: «*noi abbiamo una raccolta di queste consuetudini fata dalla Camera di Commercio di Milano, che è una delle maggiori e migliaia raccolte del genere e che serve di testo a tutti i tribunali della Lombardia. In essa vi è una disposizione di questo genere: che i termini di preavviso di licenziamento sono diminuiti se il dipendente è stato al servizio meno di cinque anni e sono raddoppiati se è stato alla dipendenza di più di dodici anni. Prendiamo questa disposizione e portiamola avanti al magistrato che deve applicare la lettera, anziché davanti ai probiviri: ed allora vediamo delle ditte che, con espedienti amministrativi fanno trasformazioni interne, dare ad un impiegato licenziato dopo 29 anni solo 45 giorni di preavviso per il licenziamento, perchè un anno prima era avvenuta una trasformazione della ditta stessa. Portate una questione simile avanti ai probiviri, dove vi siano anche rappresentanti degli industriali, e sono sicuro che nessuno di essi si presterà ad un'interpretazione così farisaica di una tale disposizione*».

40 I probiviri arrivarono persino a sostenere che la malattia temporanea di un operaio non può essere causa del suo licenziamento (Probiviri Milano, Legno, 14-5-1901, Pasi c- Mehnert e C.).

41 P. Passaniti, *cit.*, 388.

42 P. Calamandrei, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, Modena, 1921, 36.

Ben presto, a causa del cambiamento degli equilibri politici e dell'avvento del regime fascista, i tentativi di riforma e rinnovamento dei collegi fallirono.

La legge 3 aprile 1926, n. 563 e il regio decreto del 26 febbraio 1928 n. 471 determinarono l'abrogazione della giustizia probivirale e l'attribuzione delle controversie di lavoro ai pretori e tribunali, con l'assistenza di esperti nominati dalle parti, in espressa contrapposizione alla giurisdizione di equità dei collegi: infatti, il criterio di giudizio, in caso di lacune del diritto sostanziale e inapplicabilità dei principi civilistici ordinari, era sì indicato nell'equità, ma essa era vincolata al necessario e prioritario interesse superiore della produzione, sulla cui osservanza doveva vigilare il PM, ora obbligato ad intervenire in questo tipo di controversie (art. 16 legge 563/1926)⁴³.

Nonostante l'abrogazione dei collegi, la giustizia del lavoro continuò a rimanere segregata rispetto alla giurisdizione comune, sia per l'individuazione dei magistrati competenti che per le regole processuali applicabili⁴⁴.

Sotto il primo profilo, infatti, la Magistratura del lavoro rappresentava una sezione speciale della Corte di appello, composta da tre magistrati a cui erano aggregati due cittadini esperti in problemi della produzione e del lavoro, nominati di volta in volta per ciascuna controversia dal Presidente della Corte tra gli iscritti in apposito albo⁴⁴.

Sotto il secondo aspetto, il regio decreto n. 471/1928 assoggettò il rito lavoristico ad un procedimento "speciale", che avrebbe dovuto garantire la risoluzione rapida dei conflitti.

Anzitutto, la preventiva denuncia di lite alle associazioni sindacali di appartenenza ed il tentativo obbligatorio di conciliazione preventiva (che già allora integrava un filtro all'azione processuale) avrebbero dovuto evitare che il contenzioso individuale sfociasse in conflitti collettivi, impensabili secondo la retorica ideologica del regime fascista: come è stato scritto, infatti, attraverso la specialità del rito (e l'introduzione della conciliazione preventiva obbligatoria), il fascismo non si proponeva di deflazionare il contenzioso, quanto piuttosto di controllarlo⁴⁵.

43 P. Passaniti, *cit.*, 406. Si veda la Relazione alla legge n. 563/1926, presentata alla Camera da Alfredo Rocco e riportata testualmente da G.C. Jocteau, *La magistratura e i conflitti del lavoro durante il fascismo*, Milano, 1978, 24: in essa si evidenzia come il criterio equitativo su cui si basava la giurisprudenza probivirale andava a scontrarsi con il nuovo criterio dei superiori interessi della produzione. Per approfondimenti cfr. anche R. Pessi, *Gli arbitrati in materia di lavoro*, Napoli, 2012.

44 U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro durante il fascismo. Uno sguardo di insieme*, in *Lav. dir.*, 2003, 77.

45 F. Luiso, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1999, I, 376.

Più nel dettaglio, i regi decreti attuativi 1 luglio 1926, n. 1130, 26 febbraio 1928, n. 471 e 21 maggio 1934, n. 1073 prevedevano le seguenti disposizioni processuali, che furono, poi, alla base della successiva riforma del rito lavoristico (legge n. 533/1973):

1. atto introduttivo avente la forma giuridica del ricorso;
2. prima udienza fissata dal presidente in calce al ricorso;
3. presenza di rigide decadenze e preclusioni in prima udienza; svolgimento della fase introduttiva ed istruttoria secondo principi chiovendiani di oralità, immediatezza e concentrazione⁴⁶: *«Nel giorno fissato per l'udienza le parti compariscono avanti il presidente, con l'intervento del pubblico ministero. Ivi la parte convenuta deve anzitutto: a) dichiarare se aderisce alla domanda attrice, o se ne chiede la reiezione; b) proporre le questioni intorno alla competenza del magistrato, alla legittimazione della parte attrice, alla procedibilità dell'azione e ogni altra questione pregiudiziale. A sua volta la parte attrice deve: a) dichiarare se insiste nella sua domanda o se vi rinuncia; b) proporre le questioni intorno alla legittimazione della parte convenuta e ogni altra questione pregiudiziale. Se le questioni indicate nella lettera b) non sono proposte nella prima udienza, la parte decade dal diritto di proporle in seguito, quando non si tratti di questioni che il giudice possa sollevare d'ufficio»* (art. 79 R.D. n. 1130/1926).
4. ammissibilità anche d'ufficio delle prove, senza limiti;
5. divieto di udienze di mero rinvio (art. 11 R.D. n. 471/1928);

⁴⁶ La procedura delineata dal regio decreto n. 1130/1926 risentì molto degli insegnamenti chiovendiani, che, solo in minima parte, furono in seguito trasposti nel codice di rito del 1940 (in tal senso E. Liebman, *Storiografia giuridica «manipolata»*, in *Riv. Dir. proc.*, 1974, 116 ss: su questo aspetto si veda *infra*). Come già si è detto, G. Chiovenda, ne *Principii*, 1919 *cit.*, 718 ss. considerò il procedimento speciale avanti ai probiviri un modello cui ispirarsi: la legge sui probiviri *«ha cercato di ottenere un processo veramente orale con la conseguente concentrazione di attività»*. Da quel modello il processualista trasse i principi ai quali, a suo dire, avrebbe dovuto ispirarsi il nuovo processo civile moderno, quali quelli della oralità, concentrazione e immediatezza. In particolare, nel Progetto che elaborò nel 1919 immaginava una giustizia *«rapida, pronta ed economica»*, sotto la direzione e l'impulso dell'organo giurisdizionale, al quale dovevano essere attribuiti ampi poteri di direzione e di istruzione della causa: l'art. 29 del suo Progetto, rubricato *«Poteri dell'autorità giudiziaria»* prevedeva che il giudice potesse *«disporre quanto è necessario per chiarire la verità dei fatti e per assicurare alla causa una decisione conforme a giustizia»*, pur dovendo egli *«mantenere l'uguaglianza delle parti e vegliare perché l'istruzione della causa sia il più possibile celere ed economica»* (Progetto di riforma del procedimento civile, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1930, 124). Di pochi anni più tardi (1926) è il Progetto di riforma del processo civile di F. Carnelutti, in linea con il pensiero del Chiovenda, soprattutto con riferimento alla posizione di supremazia che doveva essere attribuita al giudice nella direzione ed istruzione della causa, senza che ciò si traducesse nell'idea di un giudice ausiliario del litigante socialmente debole. Il Progetto del Carnelutti fu allo stesso modo determinante nell'elaborazione della procedura lavoristica del regio decreto n. 1130/1926 (F. Carnelutti, *Progetto del Codice di procedura civile*, Padova, 1926).

6. possibilità della concessione della provvisoria esecuzione della sentenza, quando vi fosse pericolo nel ritardo (art. 18 R.D. n. 1073/1934).

Con questa disciplina, il rito del lavoro si differenziava in modo netto dal processo civile ordinario, che invece si svolgeva senza alcuna decadenza e preclusione allegatoria e probatoria a carico delle parti e in forma scritta: come è stato scritto, questo fu il momento della «*massima distanza storica*» tra i due processi⁴⁷.

Tale distanza venne, infatti, meno – almeno in parte – a seguito all'emanazione del nuovo Codice di procedura civile (regio decreto 28 ottobre 1940 n. 1443)⁴⁸.

Il Codice trasferì nella disciplina del rito civile ordinario, alcuni dei principi che ispirarono i regi decreti nn. 1130/1926, 471/1928 e 1073/1934: ad esempio, fu rafforzata la posizione del giudice civile, che si ritrovò ad avere poteri discrezionali che prima non aveva, quali quelli di fissare la prima udienza a proprio arbitrio (art. 173, comma 2 c.p.c.), consentire alle parti di sollevare nuove eccezioni e chiedere nuovi mezzi di prova (art. 183, comma 2, e 184 c.p.c.), convocare le parti per interrogarle liberamente in ogni stato e grado del giudizio (art. 117 c.p.c.), disporre l'ispezione corporale non solo delle parti, ma anche dei terzi (art. 118 c.p.c.), tentare (e ritentare) la conciliazione delle parti (art. 185 c.p.c.). Dall'altra parte, però, nel nuovo Codice venne sacrificato il principio chiovendiano di concentrazione e immediatezza. dal momento che, mentre la fase di trattazione era di competenza del giudice istruttore, la funzione decisoria della causa era attribuita al collegio: ciò finì per frammentare l'unità soggettiva e temporale del procedimento di formazione della decisione finale⁴⁹.

47 G. Fabbrini, *A proposito di un progetto di riforma del processo individuale del lavoro*, in *Riv. Dir. proc.*, 1971, 370.

48 Il Codice di procedura civile del 1940 è ispirato alla nuova concezione pubblicistica del processo e risente degli studi del G. Chiovenda, pur non attuandoli del tutto, come già anticipato alla nota n. 44 (in questo senso cfr. F. Cipriani, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, 2009, 89 ss.).

49 A. Carratta, *cit.*, 605. La dissociazione tra giudice istruttore e collegio venne meno solo con la riforma di cui al d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, che soppresse la figura del pretore e statuí la regola della cognizione del tribunale in composizione monocratica, individuando specificamente – all'art. 50 c.p.c. – le controversie devolute, eccezionalmente, al collegio. Su questi aspetti, F. Cipriani, *Problemi del processo di cognizione tra passato e presente, Relazione alla sessione su I problemi della giustizia italiana tra passato e presente* del Convegno di studio su *Esperienze e prospettive della giustizia italiana*, tenutosi nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma «La Sapienza», dal 14 al 16 novembre 2002 per iniziativa dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile e dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale: «*Gli avvocati fecero fuoco e fiamme contro quel sistema e, soprattutto, contro il giudice istruttore, ma ottennero ben poco. Eppure, mi sembra evidente che essi avessero non poche ragioni, perché la dicotomia istruttore-collegio comportava (e comporta) conseguenze innegabilmente antieconomiche e indifendibili: dalla divisione del processo in fasi, al rischio che l'istruttore ammetta prove che poi il collegio reputerà irrilevanti, al pericolo che l'istruttore non rimetta subito al collegio una fondatissima questione idonea a definire il giudizio, alla bizzarria di un collegio formato da un giudice che ha fatto tutto e da due giudici che non fanno nulla: benché la dottrina preferisca sorvolare, a me sembra evidente che l'istituto del giudice istruttore (specie dacché sono state previste le c.d. ordinanze anticipatorie di condanna) sia manifestamente illegittimo*».

All'interno del nuovo Codice, comunque, il rito lavoristico continuò a distinguersi da quello civile soprattutto per l'attribuzione al giudice di forti poteri istruttori d'ufficio⁵⁰, per l'obbligatorietà del preventivo tentativo di conciliazione della controversia, per l'intervento obbligatorio del P.M: dal punto di vista sistematico, va rilevato che, nonostante gli elementi di differenziazione, per la prima volta la disciplina del processo del lavoro confluì all'interno del codice stesso e non rimase più confinata, come in passato, in leggi speciali⁵¹.

Immediatamente dopo la caduta del fascismo, venne promulgata la legge n. 581 del 14 luglio 1950 (la c.d. controriforma del processo civile) che modificò il rito ordinario e sottopose ad esso anche quello lavoristico, rendendolo prevalentemente scritto e privo di decadenze e preclusioni allegatorie e probatorie per le parti, quindi complessivamente più lento⁵². In particolare, in entrambi i modelli procedurali fu consentito, nel caso in cui ricorressero «fini di giustizia o altri gravi motivi» (ritenuti, nella prassi, sempre ricorrenti), modificare la domanda, proporre nuove eccezioni o nuove prove fino all'udienza di precisazione delle conclusioni (artt. 183 e 184 c.p.c. nel testo previgente modificato dalla riforma)⁵³.

Tuttavia, l'assimilazione tra i due riti ebbe breve durata: ben presto emersero nuovamente analoghe esigenze, socio-economiche prima ancora che giuridiche, di differenziazione: esigenze del tutto

in relazione agli art. 3, 24, 2° comma, 25, 1° comma, e 111, 2° comma, Cost.».

50 Art. 439 c.p.c. «il giudice può disporre d'ufficio tutti i mezzi di prova che ritiene opportuni. Può disporre la prova testimoniale anche fuori dai limiti [2721, 2722 c.] stabiliti dal codice civile. Si applica anche davanti al tribunale la disposizione dell'articolo 316» art. 316 c.p.c. rubricato "Rettificazione o integrazione di atti" prevedeva che: «il pretore o conciliatore può indicare alle parti in ogni momento le lacune che ravvisa nell'istruzione e le irregolarità degli atti e dei documenti che possono essere riparate, assegnando un termine per provvedervi, salvi a ciascuna parte gli eventuali diritti quesiti»

51 G. Santoro Passarelli, *Diritto e Processo del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, 2014, 2819.

52 P. Sandulli, A.M. Socci, *cit.*, 13; A. Proto Pisani, *Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice (Un bilancio e una proposta)*, in *Riv. Dir. proc.*, 1972, 35 ss. La II risoluzione del Convegno fra gli studiosi del processo civile, tenutosi a Firenze sotto la presidenza di Calamandrei l'11 e 12 gennaio 1947 (sul quale v. F. Cipriani *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cinquantenario dall'entrata in vigore*, Napoli, 109 ss.), era così formulata: «Il Convegno, considerato che secondo i dati dell'esperienza il processo civile ha insita una necessità obiettiva e fisiologica di svolgimento, che non permette ai contendenti di stabilire fin da principio in modo definitivo la propria linea di difesa, propone che vengano abolite tutte le preclusioni relative alle nuove deduzioni di fatti e alle nuove prove orali e documentali, in tutte le fasi dell'istruttoria di primo e di secondo grado, fermo l'attuale sistema del codice per il giudizio di rinvio, salva però la facoltà dell'istruttore di non ammettere le eccezioni manifestamente dilatorie, che richiedano ulteriore istruzione probatoria, e salvo l'apprezzamento da parte del giudice del comportamento delle parti che abbiano tardivamente dedotto e eccepito, anche ai fini della responsabilità per le spese». Negli anni successivi, però, quella fu, di fatto, dimenticata (v. però il cenno di A. Proto Pisani, *Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 68, in nota, secondo il quale quella risoluzione sarebbe dovuta semplicemente a «sbandamenti» della dottrina).

53 A. Proto Pisani, *Vita, morte (e resurrezione?) del processo del lavoro*, in *Il Foro it.*, 2016, 4, 132

simili a quelle che, già alla fine del XIX secolo, avevano spinto il legislatore a distinguere la giustizia lavoristica da quella civile.

3. Le riforme degli anni '70 e l'attuale assetto del processo del lavoro.

Come anticipato in chiusura del precedente paragrafo, è possibile tracciare un parallelismo tra le condizioni socio-economiche e le riflessioni giuridico-culturali dell'Italia di inizio XX secolo e quelle che caratterizzarono, poi, gli anni '50 e '60 del '900: infatti, grazie al c.d. boom economico⁵⁴, si realizzò un (nuovo) repentino spostamento del baricentro strutturale del Paese dal mondo delle campagne a quello urbano, per effetto delle migrazioni su breve e lunga distanza.

L'esito fu il prevalere dell'occupazione nei settori industriale e nel terziario e una maggiore libertà e mobilità individuale e collettiva, legate all'espansione dei centri urbani e al massiccio incremento dei mezzi di trasporto.

Furono rapidi, conseguentemente, anche i mutamenti sociali, determinati dall'accesso all'istruzione di massa, dallo sviluppo della tutela sanitaria e soprattutto, dalla stabilità occupazionale, che consentì una graduale crescita dei salari e innescò una mobilità sociale ascendente.

Come osserva la dottrina storicistica⁵⁵, gli elementi essenziali di questa crescita furono, specialmente: la disponibilità di forza lavoro a basso costo, la modernizzazione dell'apparato produttivo (con l'introduzione su larga scala della catena di montaggio e della produzione in serie), le politiche di governo dell'economia e di redistribuzione delle risorse e dei redditi attuate tramite la leva fiscale e lo sviluppo dei servizi di *welfare*.

Tale contesto e tali dinamiche determinarono l'incontro tra identità individuali e, in seguito, anche e soprattutto collettive: ciò indusse la formazione di soggetti e attori sociali capaci di mobilitarsi sulla scena pubblica nel confronto, e nel conflitto, con altri attori fino ad allora dominanti.

In particolare, per quanto rileva in questa sede, la modernizzazione industriale comportò il riaccendersi degli animi delle nuove generazioni di lavoratori, i quali, all'interno delle fabbriche, condividevano ritmi di lavoro intensi e bassi salari. Fin dai primissimi anni Sessanta il disagio e le aspettative di questi lavoratori riaccesero la conflittualità di fabbrica e la lotta sindacale: gli obiettivi erano quelli di aumentare i salari e migliorare le condizioni di lavoro e di vita. Prese ben presto

54 Nel quinquennio 1958-1963, il Pil crebbe ad un tasso del 6,3% annuo: la crescita dei consumi – specialmente i cosiddetti beni di consumo durevoli (elettrodomestici, autovetture, ecc.) –, divenuti accessibili non solo da una larga platea di ceti medi, ma anche di crescenti strati di ceti popolari, determinò un innalzamento sostanziale del benessere e si tradusse in un rapido quanto profondo mutamento della vita sociale. Per approfondimenti: P. Craveri, *La repubblica dal 1958 al 1992*, Torino, 1995; G. Crainz, *Storia della repubblica. L'Italia dalla Liberazione a oggi*, Roma, 2016.

55 E. Felice, *Ascesa e declino. Storia economica d'Italia*, Bologna, 2015.

forma e forza una mobilitazione variegata nelle iniziative operaie che rivendicavano la loro dignità sociale ed economica⁵⁶.

La mobilitazione operaia di questi anni sollecitò nuove riflessioni nel mondo del diritto, che si tradussero in provvedimenti legislativi che, ancora oggi, costituiscono le tappe fondamentali del diritto del lavoro: nel giro di appena qualche anno, il legislatore emanò la legge n. 604/1966 sull'obbligo di motivazione del licenziamento, lo Statuto dei Lavoratori (legge n. 300/1970) e la legge n. 533/1973 che sottrasse – ancora una volta – il rito lavoristico a quello civile ordinario riformato nel dopoguerra⁵⁷.

Vale la pena sottolineare quanto le leggi appena citate siano strettamente connesse tra loro, non solo da un punto di vista socio-economico, ma anche sotto un profilo squisitamente tecnico-processuale. Se, infatti, finora si è dato conto delle ragioni storiche, sociali ed economiche che spinsero il legislatore ad intervenire in un'ottica (nuovamente) rinnovatrice, giuridicamente l'urgenza di una riforma complessiva e radicale del rito del lavoro⁵⁸ trovò il suo fondamento nell'importanza che la Costituzione attribuì al valore del lavoro (artt. 1, 3, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 Cost.) e nel passaggio storico dallo Stato di diritto liberale-individualistico allo Stato sociale di diritto o *welfare state*⁵⁹.

In particolare, il principio di uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.) e quello di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24, comma 2, Cost.) imposero al legislatore di adeguare le regole giurisdizionali alle diverse situazioni giuridiche soggettive di titolarità dei cittadini, in modo da

56 M. Tolomelli, *Politica e movimenti nella prima repubblica*, Roma, 2015; A. Sangiovanni, *Tute blu. La parabola operaia nell'Italia repubblicana*, Roma, 2006.

57 A. Proto Pisani, *Vita, morte (e resurrezione?) del processo del lavoro*, in *Foro it.*, 2016, 4, 123: «in questa situazione è agevole comprendere come, specie dopo l'emanazione del c.d. statuto dei lavoratori, i movimenti sindacali e le forze parlamentari che avevano approvato la legge 300/1970 si adoperassero con energia per una radicale riforma del rito speciale del lavoro, allo scopo soprattutto di consentire che i nuovi diritti sostanziali potessero trovare una tutela giurisdizionale caratterizzata dall'effettività». Per ampi riferimenti di storia del diritto, cfr. L. Gaeta, *Il lavoro e il diritto*, cit.; V. A. Poso, *Era di maggio. Lo Statuto dei Lavoratori compie cinquant'anni. Quasi un racconto*, in www.giustiziainsieme.it, 20 maggio 2020 e ivi ampi riferimenti; T. Treu, *Lo Statuto dei lavoratori: vent'anni dopo*, in *Quaderni dir. lav. rel. ind.*, 1989, n. 6, p. 7ss. La Rivista *Lavoro e Diritto* nel 2010 ha dedicato il fascicolo n. 1 al 40° anniversario dello Statuto dei Lavoratori, dal titolo “*Buon giorno, Statuto*” e contributi di Luigi Mariucci, Maria Vittoria Ballestrero, Oronzo Mazzotta, Umberto Romagnoli, Lorenzo Gaeta, Lorenzo Zoppoli, Franco Liso, Bruno Caruso, Mario Rusciano e Mario Napoli.

58 C.M. Barone, G. Pezzano, A. Proto Pisani, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, 1987, 50; P. Grossi, *La grande avventura giuslavoristica (a proposito de "Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana - Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 1, 5 ss.

59 M. Cappelletti, *Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 1420 ss: questo mutamento comportò altresì «il passaggio dalla concezione del diritto e della giustizia come “mantenimento dell'ordine sociale”, ad una concezione dinamica del diritto e della giustizia, come postulazione di “mutamento sociale”».

garantire che determinati interessi, per la loro particolare natura, non venissero compromessi dalle regole processuali comuni del rito civile⁶⁰.

Nell'ambito di questo clima culturale e giuridico, non possono non essere ricordate le riflessioni di Autori, quali M.M. Pedrazzoli e A. Proto Pisani, i quali si resero conto che, soprattutto a seguito dell'emanazione dello Statuto dei Lavoratori e dell'introduzione dell'obbligo di reintegra nel caso di licenziamento illegittimo (art. 18 legge n. 300/1970), le controversie lavoristiche dovevano garantire speditezza ed effettività alle decisioni dei giudici, per non frustrarne la loro concreta attuazione: occorreva, in sostanza, che gli strumenti processuali garantissero l'esecuzione specifica di tutte le nuove garanzie, patrimoniali ma anche e soprattutto personali (legate, quindi, a obblighi di *facere* infungibili del datore), stabilite dalla rivoluzionaria legge n. 300/1970⁶¹.

In particolare, secondo M.M. Pedrazzoli⁶² la giustizia del lavoro avrebbe potuto considerarsi effettiva solo se il giudice avesse potuto contare sulla possibilità di emanare provvedimenti d'urgenza, provvisoriamente esecutivi, onde sopperire alla necessità di “far presto”, esigenza tanto più avvertita per le liti concernenti quelle situazioni (es. in materia di mansioni, qualifiche, sicurezza del lavoro, salute) che presentano un grado di deteriorabilità e irreversibilità particolarmente accentuato.

Così, mentre nell'ambito della giustizia civile ordinaria, l'art. 700 c.p.c. era stato immaginato dal legislatore del 1942 come uno strumento residuale, a chiusura del sistema per esigenze non prevedibili o episodiche o marginali, divenne invece – nella riflessione di M.M. Pedrazzoli e di A. Proto Pisani⁶³ – un modello di riferimento per le controversie lavoristiche, quale forma di tutela

60 I. Pagni, *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di tutela e rapidità della tutela*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 2013, 1, con riferimento a M. Pedrazzoli, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1973, 1020 ss. Secondo questo Autore negli anni '70 vi era «l'esigenza di spostare il baricentro del processo verso una tutela che tenesse massimamente conto dell'emersione nelle controversie di lavoro di diritti della persona diversi dal tradizionale diritto di credito e della accentuazione dei profili personalistici della stessa retribuzione, già espressi nella Carta costituzionale (...)». Si veda anche A. Proto Pisani, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, 205 ss.; Id *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 536 ss.; M. Cappelletti, *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*, (1969), in *Giustizia e società*, Milano, 1972, 111 ss.

61 Si veda nota precedente. Osserva G. Vidiri, in *A cinquant'anni dallo Statuto, ovvero dal diritto valoriale al diritto del Covid-19*, in *Lav. nella giur.*, 7, 2020, 710 che «La generale consapevolezza che i nuovi diritti rischiavano di essere in buona misura vanificati da risposte giudiziarie spesso tardive - con ricadute particolarmente negative sul piano socio-economico - è stata di certo la causa determinante della successiva L. 11 agosto 1973, n. 533».

62 M. Pedrazzoli, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, 1046.

63 Come ha spiegato A. Proto Pisani, nel suo Intervento *Virgilio Andreoli e le riforme processuali del lavoro degli anni '70. Quasi un racconto*, pronunciato in occasione delle *Conversazioni sul Lavoro* dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi, *Il diritto del Lavoro e il suo Processo*, Lucca, 19 ottobre 2019, anche altri illustri processualisti, quali V. Andrioli e P. Calamandrei, avevano colto l'importanza dei procedimenti cautelari e sommari: addirittura, mentre Calamandrei

cardine di tutte quelle situazioni giuridiche soggettive che, per il loro contenuto o la loro funzione, potevano subire un pregiudizio irreparabile dal trascorrere del tempo (sul punto, anche *infra*).

In effetti, le nuove esigenze di speditezza ed effettività delle decisioni giurisdizionali trovarono riscontro, anzitutto, nell'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori (legge n. 300/1970): la norma introdusse, infatti, un rimedio processuale particolarmente rapido ed efficace per contrastare le condotte antisindacali dei datori, ossia un procedimento caratterizzato – seppur nella prima fase – da forme di cognizione ed istruzione sommarie.

Vale la pena riportare il testo della disposizione in commento: «*Qualora il datore di lavoro ponga in essere comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e della attività sindacale nonché del diritto di sciopero, su ricorso degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, il pretore del luogo ove è posto in essere il comportamento denunciato, nei due giorni successivi, convocate le parti ed assunte sommarie informazioni, qualora ritenga sussistente la violazione di cui al presente comma, ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti. L'efficacia esecutiva del decreto non può essere revocata fino alla sentenza con cui il pretore in funzione di giudice del lavoro definisce il giudizio instaurato a norma del comma successivo. Contro il decreto che decide sul ricorso è ammessa, entro 15 giorni dalla comunicazione del decreto alle parti, opposizione davanti al pretore in funzione di giudice del lavoro che decide con sentenza immediatamente esecutiva. Si osservano le disposizioni degli articoli 413 e seguenti del codice di procedura civile. Il datore di lavoro che non ottempera al decreto, di cui al primo comma, o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale. L'autorità giudiziaria ordina la pubblicazione della sentenza penale di condanna nei modi stabiliti dall'articolo 36 del codice penale*».

Dal punto di vista processuale, l'art. 28 St. Lav. è stato definito un «*vero e proprio uragano improvviso*», poiché «*ha comportato la riscoperta della importanza centrale della tutela sommaria nel sistema della tutela giurisdizionale complessivamente intesa*»⁶⁴.

Ma non solo.

La portata rivoluzionaria della norma risiede altresì nell'aver voluto sperimentare, nel sistema giuridico-processuale, un nuovo *paradigma*, che tanta fortuna ha avuto, in seguito, nell'ambito delle

considerava i procedimenti cautelari di stretta interpretazione, ossia procedimenti speciali da limitarsi alle ipotesi previste per legge, il Chiovenda immaginava un procedimento cautelare generale quale rito autonomo. Si veda su questi aspetti, A. Proto Pisani, voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991; Id, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2012, V, 169 ss.

64 A. Proto Pisani, *op. ult. cit.*, *passim*.

liti lavoristiche: la discrezionalità del comando giudiziale, ove ben impiegata, diventava, per la prima volta, elemento di rafforzamento dell'effettività dei rimedi giurisdizionali (si tratta di un aspetto che verrà trattato *amplius* nella Sezione 2): *«il carattere sommario del procedimento di repressione della condotta antisindacale si coniuga con l'attribuzione al giudice di poteri molto rilevanti, tali da incidere in misura considerevole sulla stessa struttura organizzativa dell'impresa (...) Il provvedimento del giudice ha carattere di atipicità ed è a contenuto indeterminato, potendosi sostanziare in qualunque ordine che imponga al datore di lavoro di interrompere la continuazione dell'illecito e di ripristinare il diritto lesa. Il comando giudiziale, in questo caso, può incidere sulla dimensione individuale del rapporto di lavoro e, di riflesso, può condizionare la struttura organizzativa dell'impresa, come quando viene ordinata la reintegrazione di un lavoratore illegittimamente licenziato o si stabilisca la sua riadibizione alle mansioni originarie o la ricollocazione nel luogo di lavoro dove operava prima che fosse trasferito. L'ordine del magistrato, peraltro, può tradursi anche in obblighi di fare che condizionano direttamente la stessa attività di impresa, come nei casi in cui si imponga l'effettuazione di un'assemblea sindacale (obbligando il datore di lavoro a mettere a disposizione un idoneo locale), si garantisca l'esecuzione di uno sciopero o si disponga di modificare assetti organizzativi interni dell'impresa al fine di rimuovere la lesione della libertà o dell'attività sindacale»*⁶⁵.

Volutamente si è scelto di utilizzare il termine, invero ardito, “*paradigma*” con riferimento al modello processuale di cui all'art. 28 St. Lav.: esso, infatti, ha influenzato anche la predisposizione di altre importanti forme di tutela processuale in ambito giuslavoristico, quali:

1. artt. 36-37 d.lgs. n. 198/2006 (c.d. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna): per contrastare le discriminazioni di genere nel rapporto di lavoro, le norme prevedono un *iter* processuale bifasico del tutto sovrapponibile a quello esperibile per la repressione delle condotte antisindacali, anche e soprattutto per quanto riguarda il contenuto “atipico” della decisione giudiziale. In base agli artt. 36-37, infatti, a fronte della presentazione del ricorso da parte della consigliera o consigliere di parità o del lavoratore o della lavoratrice o, ancora, delle associazioni che ne abbiano ricevuto la delega, il giudice del lavoro adito, nei due giorni successivi, convoca le parti e assume sommarie informazioni, ove ritenga sussistente la violazione, emette decreto motivato immediatamente esecutivo, con il quale, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all'autore della discriminazione la cessazione del comportamento

65 V. Speciale, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 215/2014, 11.

- pregiudizievole e adotta ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti delle discriminazioni accertate, ivi compreso l'ordine di definizione ed attuazione da parte del responsabile di un piano di rimozione delle medesime. Contro il decreto è ammessa, entro quindici giorni dalla comunicazione alle parti, opposizione avanti alla medesima autorità giudiziaria territorialmente competente, che decide con sentenza immediatamente esecutiva;
2. art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 (c.d. decreto di semplificazione riti): per contrastare le discriminazioni sul luogo di lavoro a causa di razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale, la norma prevede l'applicazione delle regole processuali del rito sommario di cognizione (artt. 702 *bis* c.p.p.), introdotto nell'ordinamento dalla legge n. 69/2009. Tuttavia, non si tratta di un mero rinvio, in quanto il rito civile viene, anche in questo caso, declinato alle peculiarità dei beni giuridici oggetto delle controversie che, tramite esso, si possono instaurare. Ne deriva un rito speciale, caratterizzato: 1) dalla possibilità per le parti di comparire personalmente; 2) dall'alleggerimento dell'onere probatorio in capo al lavoratore; 3) dalla possibilità, già riscontrata nel modello dell'art. 28 St. lav. e negli artt. 37-38 d.lgs. n. 198/2006, per il magistrato, nel caso in cui ritenga l'azione fondata, di adottare un provvedimento atipico⁶⁶ avente ad oggetto «ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti», nonché, al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, «di ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accettate»⁶⁷;

Da ultimo, può osservarsi che il modello processuale dell'art. 28 St. Lav. è alla base anche della formulazione dell'art. 1, commi 47 ss., legge 28 giugno 2012, n. 92: si tratta del c.d. rito Fornero, previsto per l'impugnativa dei licenziamenti rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 18 St. Lav.,

66 B. Troisi, *Profili civilistici del divieto di discriminazioni*, in *Il contratto a danno di terzi e altri saggi*, Napoli, 2008. e C. Baldassarre, *Il principio di non discriminazione nella prassi giurisprudenziale: una rassegna critica*, in *Riv. critica dir. privato*, 2012, II, 345: «l'atipicità del potere provvedimentoale si ricollega all'esigenza di rimuovere gli effetti della discriminazione che è, in sé, illecito atipico...L'ampiezza dei poteri conferiti al giudice evidenzia come il momento giudiziale assurga a snodo il fondamentale del riconoscimento del diritto a non essere discriminati». Ancora, Z. Fantuzzi, *Il diritto antidiscriminatorio è uno strumento per garantire il benessere dei lavoratori*, in *Resp. civ. e prev.*, 6, 2020, 1956, osserva che «Nel caso in cui il giudice accerti il carattere discriminatorio della condotta realizzata dal convenuto, il ventaglio dei poteri sanzionatori a sua disposizione è piuttosto ampio (...)». Segue, tuttavia, da parte dell'Autrice una riflessione sulla scarsa effettività che pur dovrebbe contraddistinguere tali poteri: «Ne deriva, almeno prima facie, che le soluzioni adottabili dal giudice per assicurare effettività alla tutela antidiscriminatoria siano molteplici e diversificate, così da potersi adattare a ogni singolo caso concreto, e in perfetta attuazione di quanto disposto dalla Direttiva 2000/43/CE, laddove prevede che il regime sanzionatorio debba essere contraddistinto dall'effettività, dalla proporzionalità e dalla dissuasività. Tuttavia, non è infrequente che le pronunce con le quali si accerta l'avvenuta discriminazione non siano idonee a tutelare compiutamente la vittima, risolvendosi in provvedimenti formali e ben poco effettivi».

67 A. Guarisio, *I provvedimenti del Giudice*, in AA.VV., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007.

la cui struttura è stata modellata in base alla procedura bifasica del procedimento di cui all'art. 28 St. Lav⁶⁸:

- la prima fase ha carattere necessario, è a cognizione sommaria ma non cautelare, e si conclude con ordinanza, resa nel contraddittorio delle parti ed in esito ad istruttoria de-formalizzata. L'ordinanza, se non viene opposta, è idonea al giudicato sostanziale;
- la seconda fase, c.d. di opposizione, è meramente eventuale ed è caratterizzata dalla cognizione piena; si conclude con sentenza suscettibile di impugnazione in appello.

Non è possibile, in questa sede, approfondire l'annoso dibattito sulle problematiche connesse alla nuova procedura speciale introdotta dalla legge n. 92/2012.

E', tuttavia, particolarmente significativo osservare come l'abrogazione del rito con riferimento ai licenziamenti soggetti al d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 (art. 11 del medesimo testo normativo) abbia portato gli interpreti a ri-scoprire le potenzialità della tutela sommaria come strumento processuale per l'impugnativa dei licenziamenti: le riflessioni *supra* riportate sulla centralità, nel diritto processual-lavoristico, dell'art. 700 c.p.c. risultano, quindi, quantomai attuali⁶⁹.

68 F. P. Luiso, *La disciplina processuale speciale della l. n. 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, in www.judicium.it. Inoltre, secondo M. Cirulli, *Il rito Fornero nel sistema della tutela decisoria sommaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 3, 444, l'affinità tra i due procedimenti non è soltanto strutturale ma anche funzionale: «L'ordinanza che dispone la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato, al pari del decreto che ordina la cessazione della condotta antisindacale, produce effetti inibitori delle ulteriori conseguenze pregiudizievoli del recesso datoriale, che ha natura (se nullo o inefficace o ingiustificato) di illecito istantaneo ad effetti permanenti. Il contenuto del provvedimento è quindi condannatorio (...) con funzione non soltanto repressiva sanzionatoria, ma anche preventivo-inibitoria dell'aggravamento delle conseguenze dannose dell'illecito (e quindi della protrazione dello stato di inoccupazione, con privazione del diritto alla retribuzione: la condotta unico actu perficitur, ma l'evento è diacronico)».

69 Il rapporto tra rito del lavoro e art. 700 c.p.c. è sempre stato al centro dell'attenzione dei processualisti, come già si è potuto constatare *supra*. A seguito della riforma del 1973, come osserva I. Pagni, *cit.*, 40 il rimedio di cui all'art. 700 c.p.c. è divenuto nel tempo «il principale presidio dei diritti della personalità, delle libertà costituzionalmente protette e dei bisogni primari dell'individuo (tra i quali, anche diritti a contenuto economico, come appunto la retribuzione)». In particolare, esso è stato non solo lo strumento per la tutela nei casi di licenziamento illegittimo, ma è stato applicato anche in altre materie (mansioni, qualifiche, sicurezza sul lavoro), che presentano un grado di deteriorabilità e irreversibilità ancora più accentuato e che esigono perciò più delle altre un processo veloce. All'indomani dell'introduzione del nuovo rito del lavoro (legge n. 533/1973), caratterizzato da termini più brevi e un rigido sistema di preclusioni allegatorie e probatorie, la giurisprudenza si interrogò circa la perdurante possibilità di esperire ricorsi ex art. 700 c.p.c. in ambito lavoristico. Secondo Alcuni la risposta doveva essere negativa (Pretore Verona, 1 giugno 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 369); tuttavia, questo indirizzo venne ben presto superato dall'affermarsi di un orientamento di segno opposto. La stessa Cassazione arrivò a pronunciarsi, escludendo che la maggior celerità del processo del lavoro potesse di per sé impedire il ricorso alla tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. (cfr. Cass., 21 gennaio 1986, n. 382, in *Foro it.*, 1982, I, 3083). Medesimi dubbi circa la potenziale concorrenza tra rito del lavoro "ordinario" e procedimento cautelare d'urgenza, si riproposero a seguito dell'introduzione del rito Fornero (art. 1, commi 47 ss., legge n. 92/2012), che disciplinò una corsia accelerata e preferenziale per l'impugnazione dei licenziamenti: come suggerito anche da parte della dottrina maggioritaria (ex multis e con ivi ampi riferimenti, B. Capponi, *Il processo del lavoro al tempo dei tecnici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 2013, 1, 297), la giurisprudenza giunse a ritenere che non vi fosse alcuna incompatibilità tra il rito sommario e il rito cautelare, ma che – nondimeno – la decisione sull'ammissibilità o meno del

In linea con le nuove esigenze intercettate dallo Statuto dei Lavoratori, appena tre anni dopo la legge 11 agosto 1973, n. 533, recante la “*Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie*”, stabilì che alle controversie di lavoro e di previdenza sociale si applicasse un rito che, benché a cognizione e istruzione piene, si distinguesse nettamente dal rito ordinario civile⁷⁰ e fosse, al tempo stesso, una sintesi ed una rielaborazione dei caratteri della giustizia del lavoro delle origini, in attuazione dei richiamati principi chiovendiani di celerità, immediatezza e concentrazione:

1. attribuzione delle controversie al giudice monocratico, con l'unica eccezione dei reclami contro i provvedimenti cautelari ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c.
2. tentativo obbligatorio di conciliazione (art. 420, comma 1, c.p.c.);
3. preclusioni allegatorie ed istruttorie fin dagli atti introduttivi (artt. 414 e 416 c.p.c.);
4. previsione di provvedimenti immediatamente esecutivi di condanna al pagamento di somme non contestate o per le quali sia stata raggiunta la prova (art. 423 c.p.c.);
5. divieto di udienze di mero rinvio;
6. oralità nella trattazione della causa (art. 420 c.p.c.);
7. poteri istruttori del giudice (art. 421 c.p.c.);
8. dispositivo letto in udienza (art. 421 c.p.c.);
9. esecutorietà della sentenza di primo grado che pronuncia condanna pecuniaria a favore del lavoratore (art. 431 c.p.c.).

L'idea di fondo della riforma era che l'efficienza del processo costituisse *condicio sine qua non* dell'effettività dei diritti dei lavoratori⁷¹.

ricorso ex art. 700 c.p.c. non potesse che fondarsi su un accertamento più rigoroso circa la sussistenza di un preciso e (più) pregnante periculum in mora (in tal senso, ex multis Tribunale Ravenna, 18 marzo 2013, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1-2, 163 ss: «*Non esiste incompatibilità tra il procedimento ex art. 1 comma 48 l. 28 giugno 2012 n. 92 e il procedimento ex art. 700 c.p.c. in quanto è possibile ipotizzare l'esistenza di situazioni in cui, nel tempo necessario a far valere il diritto con il rito Fornero, questo possa essere minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile. (Nella fattispecie tale pregiudizio è stato ritenuto sussistente in considerazione dello stato del lavoratore gravemente inabile, genitore monoreddito separato e affidatario di tre figli di cui due minori e uno in condizioni di handicap e versante in gravi e dimostrate difficoltà economiche)*» e anche Tribunale Palermo, 17 luglio 2018: «*L'illegittimità del licenziamento non comporta ex se la ricorrenza di un pregiudizio imminente ed irreparabile ai sensi dell'art. 700 c.p.c., dovendo lo stesso essere oggetto di concreta allegazione e prova da parte del lavoratore*». Oggi, venuto meno il rito Fornero con riferimento ai licenziamenti dei lavoratori assunti in data successiva al 7 marzo 2015 (art. 11 d.lgs. n. 23/2015), l'applicazione dell'art. 700 c.p.c. per l'impugnativa dei recessi tornerà, verosimilmente, ad espandersi ancor di più nella materia lavoristica. Sull'abrogazione del rito Fornero e sulle possibili prospettive future, cfr. A. Borghesi, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in *Bollettino Adapt*, n. 46/2015.

70 E. Vullo, *Il nuovo processo del lavoro*, Torino, 2015, 2; R. Tiscini, *Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e prospettive*, Napoli, 2015, 1.

71 Così A. Proto Pisani, *op. ult. cit.*, 1973, 206 ss.

Il successo di questa nuova formula processuale, ancora oggi in vigore, si può cogliere sotto un duplice profilo⁷².

Da un lato, riflettendo sulla progressiva estensione del raggio di applicabilità del rito del lavoro ad altri importanti settori⁷³, quali:

1. controversie agrarie (legge n. 203/1982);
2. controversie in materia di equo canone (legge n. 392/1978) e successivamente tutte quelle in materia di locazione e di comodato di immobili urbani e affitto di aziende (art. 447 bis introdotto dalla legge n. 69/2009);
3. opposizione alle ordinanze ingiunzioni (legge n. 689/1981);
4. opposizione al verbale di accertamento di violazione del codice della strada ex art. 204 bis d.lgs. n. 285/1992;
5. opposizione a sanzione amministrativa in materia di stupefacenti ex art. 75 comma 9 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309;
6. opposizione ai provvedimenti di recupero degli aiuti di Stato ex art. 1 d.l. 8 aprile 2009, n. 59, convertito con modificazioni dalla legge 6 giugno 2008, n. 101;
7. controversie in materia di protezione dei dati personali, ex art. 152 del d.lgs. n. 196/2003;
8. impugnazione dei provvedimenti in materia di registro dei protesti ex art. 4 della legge 12 febbraio 1955, n. 77, nonché di opposizione ai provvedimenti in materia di riabilitazione del debitore protestato ex art. 17 commi 3 e 4 della legge 7 marzo 1996, n. 108;

Dall'altro lato, considerando le tante caratteristiche del rito lavoristico che sono state importate, nel corso degli anni, nel processo ordinario civile, quali:

1. la prevalente monocraticità del giudice di primo grado (art. 50 bis c.p.c.);

⁷² D. Borghesi, *Tutele processuali e diritto del lavoro*, in O. Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa tra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Torino, 2016, 198.

⁷³ G. Santoro Passarelli, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 3, 517. Ancorchè sia opportuno distinguere tra “rito del lavoro in senso ampio” e “rito del lavoro in senso stretto”. Il rito nelle controversie di lavoro è regolato dalle Sezioni I e II del Capo I del Titolo IV del Libro II del codice di procedura civile (artt. da 409 a 441); mentre il rito del lavoro in senso lato applicabile alle altre controversie come di seguito indicate presenta, per ciascun settore di riferimenti, delle peculiarità. Ad esempio, l'art. 447 bis c.p.c. (applicabile alle controversie in materia di locazione e di comodato di immobili urbani e di affitto di aziende) richiama espressamente solo alcuni specifici articoli (artt. 414, 415, 417, 418, 419, 420, 421 comma 1, 422, 423, comma 1 e 3, 424, 425, 426, 427, 428, 429 comma 1 e 3, 430, 433, 434, 435, 436, 436 bis, 437, 438, 439, 440 e 441, specificando «in quanto applicabili». Va poi ricordato che l'art. 28 d.lgs. n. 150/2011 relativo alle controversie in materia di discriminazione, ove rientranti nella competenza del giudice del lavoro (art. 44 d.lgs. n. 286/1998 in materia di immigrazione; art. 4 d.lgs. n. 215/2003 per la parità di trattamento indipendentemente dalla razza e origine etnica; art. 4 d.lgs. n. 216/2003 per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni lavoro), sono soggette al rito sommario di cognizione di cui all'art. 702 bis c.p.c.

2. la possibilità di emanare provvedimenti anticipatori di condanna (artt. 186 bis, 186 ter, 186 quater c.p.c.);
3. la provvisoria esecutività delle sentenze di condanna di primo grado (art. 282 c.p.c.);
4. il rafforzamento delle possibilità di tentativo di conciliazione da parte del giudice (art. 185 bis c.p.c.);
5. l'introduzione della possibilità di leggere dispositivo e motivazione della sentenza in udienza secondo il modello dell'art. 281 *sexies* c.p.c.

In ogni caso, i due processi continuano, ad oggi, a differenziarsi per alcuni importanti aspetti, di seguito schematizzati⁷⁴:

1. il processo del lavoro si introduce con ricorso (art. 414 c.p.c.), il rito ordinario con citazione (art. 165 c.p.c.);
2. nel processo civile manca l'attribuzione al giudice, in via generale, di poteri istruttori d'ufficio, nei termini delineati dall'art. 421 c.p.c.;
3. le preclusioni nel rito del lavoro sono legate agli atti introduttivi (artt. 414, 416 c.p.c.), mentre nel processo civile ad una fase successiva (costituita dalle tre memorie di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c.);
4. il rito del lavoro si svolge, principalmente, in forma orale, essendo quelli introduttivi gli unici atti scritti autorizzati dal codice (ancorché nella prassi sia invalso l'uso di concedere un termine per il deposito di note conclusive in vista della discussione della causa: si veda *infra*);
5. per il solo lavoratore, è consentito procedere all'esecuzione della sentenza avendone a disposizione il mero dispositivo (art. 431, comma 1, c.p.c.); nel caso di appello, l'inibitoria all'esecuzione è concessa, nel rito civile, per gravi motivi (art. 283 c.p.c.), mentre nel rito del lavoro solo per gravissimo danno, quando la sentenza è di condanna a favore del lavoratore (art. 431, comma 3, c.p.c.).

Nonostante gli attuali progetti di riforma del rito ordinario civile tradiscano una rinnovata attrazione verso il modello processual-lavoristico⁷⁵, la dottrina giuslavorista è concorde nel ritenere che

74 G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari, 2014, 17 ss; Costantino. Amoroso, Di Cerbo, Foglia; Maresca, *Diritto del lavoro – Il Processo*, Milano, IV, 2016, XLIII ss.

75 Già negli anni '70, secondo A. Proto Pisani, il rito civile avrebbe dovuto essere riformato e modellato su quello lavoristico (A. Proto Pisani, *La specialità del nuovo rito del lavoro*, in *Il nuovo processo del lavoro*, Bari, 1974, 43). In effetti, con l'emanazione del d.lgs. n. 150/2011 (c.d. decreto di semplificazione dei riti) quello del lavoro cessa di essere un processo speciale per diventare uno dei tre modelli "generali" cui devono essere ricondotte tutti i procedimenti civili (in questo senso, D. Borghesi, *op. ult. cit.*, 198). Oggi, il disegno di legge avente ad oggetto la delega al Governo per la riforma del processo civile – disegno n. 1662, attualmente in fase di esame presso la Commissione Giustizia – si pone l'obiettivo di migliorare l'efficienza del giudizio civile, introducendo diversi elementi di novità che richiamano le

quest'ultimo si sia, nel tempo, progressivamente “devitalizzato” e “neutralizzato”⁷⁶: in definitiva, esso risulta a molti interpreti ormai distante dalle originarie aspirazioni di differenziazione, efficienza ed effettività⁷⁷.

Nei successivi paragrafi si procederà, dunque, ad enucleare – per ciascuna delle tre macro-fasi in cui è possibile suddividere qualunque *iter* processuale civilistico (introduttiva, istruttoria, decisoria) – alcune tematiche che consentano di riflettere sullo stato di attuazione (o disapplicazione) del principio di effettività della tutela giurisdizionale nei tribunali del lavoro del nostro Paese.

caratteristiche del rito lavoristico: 1) ricorso come atto introduttivo anche del giudizio civile, con conseguente abrogazione dell'istituto dell'atto di citazione; 2) riduzione dei casi in cui il tribunale giudica in composizione collegiale, in considerazione dell'oggettiva complessità giuridica e della rilevanza economico-sociale delle controversie; 3) modifica al sistema delle preclusioni allegatorie e probatorie, le quali dovrebbero scattare già negli atti introduttivi del giudizio, con soppressione della prima memoria di cui all'art. 183 comma 6 c.p.c.; 4) riduzione dei termini processuali: dopo il deposito del ricorso, il giudice fissa udienza entro il termine di centoventi giorni; il convenuto (*rectius* resistente) dovrà costituirsi entro il termine di quaranta giorni prima dell'udienza; entro venti giorni dall'udienza l'attore (*rectius* ricorrente) potrà depositare una memoria contenente le precisazioni o modificazioni delle domande, eccezioni e conclusioni già proposte; analogamente, entro 10 giorni dall'udienza il convenuto (*rectius* resistente) avrà la possibilità di depositare un'ulteriore memoria per repliche; 5) velocizzazione della fase decisoria: in via alternativa rispetto alle modalità di cui agli articoli da 187 a 190 del codice di procedura civile, la decisione potrà avvenire all'esito di discussione orale davanti al collegio, previa precisazione delle conclusioni nel corso della medesima udienza, ovvero, su richiesta delle parti, con assegnazione di un termine perentorio non superiore a quaranta giorni prima dell'udienza per il deposito di sintetiche note difensive contenenti anche le conclusioni finali ed eventuale ulteriore termine perentorio non superiore a dieci giorni prima dell'udienza per il deposito di note di replica; in ogni caso, al termine della discussione, il collegio pronuncia la sentenza dando lettura del dispositivo e delle ragioni della decisione, oppure ne riserva il deposito entro i sessanta giorni successivi.

76 Espressioni tratte dalle riflessioni di R. Romei, *L'accesso alla giustizia del lavoro dal garantismo alle tecniche deflative*, in O. Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Torino., 372; e A. Proto Pisani, *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*, in *Foro it.*, V, 321.

77 Illuminanti, in questo senso, le considerazioni espresse dagli studiosi di diritto del lavoro nel Convegno, già richiamato nelle note precedenti, *Conversazioni di diritto del lavoro*, svoltosi a Lucca nell'ottobre 2019, ai cui atti si rinvia. Si rinvia, inoltre, a G. Armone, *Principio di effettività e diritto del lavoro*, in *Questione Giustizia*, versione online 24 aprile 2018: l'Autore si chiede se «il principio di effettività possa far riacquistare al diritto del lavoro la sua tradizionale capacità di lettura della realtà sociale e di interpretazione dei cambiamenti». In questo senso, altri numerosi Autori: D. Borghesi, *Tutele processuali e diritto del lavoro*, *cit.*, 197; M. De Luca, *Processo del lavoro e deflazione del contenzioso: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva ed alcune criticità delle misure deflative*, in O. Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa tra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, *cit.*, 343 ss.; L. De Angelis, *Sguardo su effettività dei diritti e deflazione delle controversie di lavoro*, in O. Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze*, *cit.*, 354 ss.; G. Meliàdò, *Il Processo del lavoro e la sua crisi: cause e rimedi*, in O. Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze*, *cit.*, 367 ss.; C. Romeo, *La crisi di effettività delle tutele nel processo del lavoro*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 10, 2017, 845 ss.; F. Carinci, *Dalla crisi del diritto alla crisi del processo del lavoro*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2019, 2, 113 ss.; V. Speciale, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, *cit.*

4. Problematiche attuali relative all'attuazione del principio di effettività nelle controversie di lavoro.

4.1 La fase introduttiva del giudizio: premessa.

Come il processo civile, anche il rito del lavoro è retto dal principio dispositivo e della domanda di parte (artt. 99 e 112 c.p.c.): l'iniziativa processuale è attribuita esclusivamente alle parti, le quali hanno altresì il potere di determinare l'oggetto del processo mediante la prospettazione delle relative domande ed eccezioni. Di conseguenza, la cognizione del giudice deve limitarsi alle questioni prospettate negli atti da attore e convenuto, secondo la regola di corrispondenza tra chiesto e pronunciato⁷⁸.

Tra i molteplici elementi di specialità che connotano il rito lavoristico⁷⁹, spicca il peculiare regime preclusivo previsto dagli artt. 414 e 416 c.p.c., secondo cui il ricorrente e il resistente devono determinare il *thema decidendum* ed il *thema probandum* sin dagli atti introduttivi del giudizio, a pena di decadenza: il ricorso e la memoria difensiva costituiscono, pertanto, una barriera preclusiva che, di fatto, risulta insuperabile⁸⁰, dal momento che non è ammessa l'allegazione tardiva di fatti, né l'introduzione o la modifica di domande, eccezioni e richieste probatorie⁸¹.

La *ratio* di tale schema processuale, detto a preclusioni rigide⁸², è basata sul temperamento tra l'esigenza di celerità del processo e la ricerca della verità materiale⁸³.

78 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*, Milano, 2005, 327; G. Tarzia - L. Dittrich, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2015, 166; P. Sandulli - A.M. Socci, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Milano, 2016, 182; C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile - Nozioni introduttive e disposizioni generali*, I, Torino, 2007, 59 ss.

79 P. Sandulli - A.M. Socci, *op. cit.*, 3 ss.; V. Speciale, *cit.*, 8 ss.

80 A. Vallebona, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, in *Nuova giur. comm. comm.*, 2006, II, 1 ss.

81 Il regime delle preclusioni, con riferimento all'onere di allegazione, può riassumersi nel principio di circolarità tra oneri di allegazione, contestazione e prova. Tale principio richiede la necessità che, ai sensi degli artt. 414 e 416 c.p.c., gli elementi di fatto e di diritto posti a base delle diverse domande e/o istanze dell'attore e del convenuto siano compiutamente contenuti nei rispettivi primi atti processuali (ricorso e memoria difensiva) e richiede altresì che risulti individuato in modo chiaro nel ricorso introduttivo quanto richiesto dal giudice (*petitum*) con conseguente impossibilità di dimostrare circostanze non ritualmente e tempestivamente allegate nel ricorso (Cassazione, sez. lavoro, 27 maggio 2008, n. 13825, in *DeJure*).

82 P. Sandulli - A.M. Socci, *op. cit.*, 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*: "è giunta, pertanto, l'ora 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. D. Dalfino (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Bari, 2011, 12 ss. con rinvii a A. Segni, *Il principio di eventualità e la riforma del processo civile*, in *Scritti giuridici*, I, Torino, 1965, 338 e F. Luiso, *Principio di*

Come già accennato nei paragrafi precedenti, la necessità di garantire effettività⁸⁴ alla tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori ha portato il legislatore a predisporre, sul piano processuale, meccanismi di efficiente accelerazione procedurale, tali per cui la causa possa delinarsi nei suoi aspetti essenziali fin da subito e il giudice possa tentare la conciliazione della lite, nonché condurre al meglio l'istruttoria, mediante i poteri di cui all'art. 421 c.p.c.⁸⁵

Tuttavia, a fronte delle originarie istanze di effettività, efficienza e celerità, sono emerse nel tempo, in una sorta di eterogenesi dei fini, molteplici contraddizioni inerenti all'interpretazione giurisprudenziale della disciplina delle preclusioni processuali nel rito del lavoro: ci si concentrerà, in particolare, nella problematica connessa all'impossibilità – contrariamente a quanto accade nel rito civile – di dedurre o rilevare d'ufficio, in ogni stato e grado, profili di nullità o illegittimità del licenziamento non prospettati o individuati in modo diverso nell'atto introduttivo del giudizio.

In sintesi, il rischio che oggi si avverte tra gli interpreti è quello di pregiudicare la verità sostanziale del rapporto controverso, intrappolando la lite in una “camicia di forza” di preclusioni allegatorie e probatorie, tale per cui la controversia rischi di apparire già segnata in anticipo nel suo esito irreversibile.

Per trovare un bilanciamento tra l'aspirazione alla verità materiale e il rispetto dei principi processuali di imparzialità del giudice e auto-responsabilità delle parti, pare auspicabile un

eventualità e principio della trattazione orale della causa, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, II, Milano, 1993, 205 ss.

83 A. Vallebona, *op. ult. cit.*, 1: «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 contemperamento (...)».

84 V. Speciale, *op. 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. Sul tema cfr. anche I. Pagni, *cit.*, 75 e C. Romeo, *La crisi dell'effettività delle tutele nel processo del lavoro*, *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 obbiettività 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». Infine, per un'altra prospettiva, cfr. A. Vallebona, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti nel rapporto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 3, 789: «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».

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

approccio più “flessibile” al sistema delineato dal codice, in grado di aggiornare, nel campo processual-lavoristico, l’interpretazione di concetti come “*causa petendi*”, “*mutatio/emendatio libelli*”, “rilievo d’ufficio”, affinché essi assumano un significato non solo più coerente ed effettivo rispetto alla domanda di giustizia delle parti sostanziali, ma anche più attuale alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale in materia di nullità di protezione.

Rinviando, dunque, al successivo paragrafo l’analisi delle suddette problematiche, in questa sede pare opportuno limitarsi a dare atto delle principali nozioni concernenti la fase introduttiva del rito lavoristico.

Anzitutto, il ricorso, ai sensi dell’art. 414 c.p.c. deve contenere, in sintesi, le seguenti indicazioni: 1) il giudice; 2) le parti; 3) l’oggetto della domanda; 4) l’esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si fonda la domanda con le relative conclusioni.

Per quanto riguarda il resistente, egli, ai sensi dell’art. 416 c.p.c. egli si deve costituire almeno dieci giorni prima dell’udienza. La memoria difensiva, analogamente a quanto previsto per il ricorso, deve contenere a pena di decadenza: 1) eventuali domande riconvenzionali e eccezioni processuali e di merito non rilevabili d’ufficio; 2) la precisa contestazione dei fatti affermati dall’attore; 3) la proposizione di tutte le difese in fatto e in diritto; 5) l’indicazione dei mezzi di prova dei quali ci si intende avvalere e in particolare i documenti, che devono essere tempestivamente depositati⁸⁶

L’obbligo di indicare, a pena di decadenza rilevabile d’ufficio⁸⁷, fin dagli atti introduttivi, i fatti a fondamento delle proprie pretese e i relativi mezzi probatori che si chiede al giudice di ammettere è perfettamente simmetrico: la Corte costituzionale ha infatti chiarito che «è da escludere che gli artt. 414 e 416 c.p.c. come modificati dall’art. 1 della legge n. 533 del 1973, nel disciplinare, secondo i principi di concentrazione, immediatezza e semplificazione della procedura a cui si ispira il nuovo rito del lavoro, l’attività defensionale delle parti e i relativi poteri e preclusioni, abbiano operato fra di esse discriminazioni che ne incrinino la posizione di parità...è da escludere che la non tempestiva indicazione, nel ricorso dell’attore come nella memoria di costituzione del convenuto, delle domande, eccezioni, mezzi di prova, documenti etc., solo per il secondo, e non anche per il primo, sia colpita da decadenza...La lettura sistematica del dato normativo, anche alla luce dei lavori parlamentari, conferma infatti che tale sanzione, benché espressamente sancita (nell’art.

86 Secondo la Cassazione (sezione I, 22 settembre 2006, n. 20700 e sezione II, 9 novembre 2017 n. 26574) ove la parte convenuta si sia costituita oltre il termine di cui all’art. 416 c.p.c., la decadenza in ordine alle relative istanze istruttorie si estende anche alla prova contraria.

87 Giurisprudenza pacifica: ex multis, Cass., sezione Lavoro, 24.11.2008, n. 27866, in *Mass. Foro it.*, 2008, 1603; 27.9.2003, n. 14404, in *Rep. Foro it.*, 2003, 103.

416) solo per il convenuto, deve ritenersi prevista, sia pure in modo implicito, in base al disposto dell'art. 414, n. 5 e dell'art. 420, anche per l'attore».

Quanto, poi, all'onere di tempestiva contestazione dei fatti indicati nei rispettivi atti (art. 115 c.p.c.), pur essendo esso espressamente previsto solo con riferimento al resistente dall'art. 416 comma 3 c.p.c, esso – in realtà – è certamente imposto anche al ricorrente, il quale dovrà adempiervi, rispetto ai fatti allegati dal convenuto, nella prima difesa utile e dunque alla prima udienza *ex art. 420 c.p.c.*: *«l'onere di contestazione non è desumibile solo dagli artt. 166 e 416 c.p.c., ma deriva da tutto il sistema processuale come risulta: dal carattere dispositivo del processo, che comporta una struttura dialettica a catena; dal sistema di preclusioni, che comporta per entrambe le parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa; dai principi di lealtà e probità posti a carico delle parti e, soprattutto dal generale principio di economia che deve informare il processo, avuto riguardo al novellato art. 111 Cost. Conseguentemente, ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto) un onere di allegazione (e prova), l'altra ha l'onere di contestare il fatto nella prima difesa utile»* (così, Cassazione sezione lavoro 13 giugno 2005 n. 12636).

Sul punto, alcune ulteriori precisazioni si rendono necessarie in virtù di quanto verrà poi detto nel paragrafo dedicato ai poteri istruttori del giudice del lavoro⁸⁸.

L'onere di contestazione, invero, concerne solo le allegazioni assertative della controparte (quindi, ad esempio, non il contenuto dei capitoli della prova testimoniale – in questo senso, Cassazione sez. III, 27 giugno 2018, n. 16908 – né i documenti prodotti dalla controparte, rispetto ai quali vi è invece l'onere di eventuale disconoscimento, nei casi e nei modi di cui all'art. 214 c.p.c. o di proporre – ove occorra – querela di falso, come rimarcato da Cassazione sezione III 8 febbraio 2018 n. 3022).

In particolare, la contestazione deve riguardare tutte le circostanze che siano state allegare specificamente dalla parte avversaria⁸⁹ inerenti ai c.d. fatti primari (cioè fatti costitutivi del diritto allegati dall'attore e fatti impeditivi, modificativi ed estintivi dell'altrui pretesa, allegati, di contro, dal convenuto): sicché il principio di contestazione non si applica alle mere difese (Cassazione, sezione lavoro, 13 dicembre 2016 n. 17966).

In ordine, invece, ai c.d. fatti secondari (cioè ai fatti dedotti in esclusiva funzione probatoria, in quanto tesi a provare indirettamente – per interferenza logica-deduttiva – i fatti costitutivi, estintivi

⁸⁸ Per le considerazioni che seguono, cfr. D. Borghesi e L. De Angelis, *Processo del lavoro e della previdenza*, cit., 203 ss.

⁸⁹ Cassazione, sezione Lavoro 9 febbraio 2012 n. 1878, Cassazione sezione III 22 settembre 2017, n. 2205; Cassazione, sezione V, 6 dicembre 2018, n. 31619

o modificativi del diritto), invece, deve segnalarsi il prevalente orientamento della giurisprudenza secondo cui *«la mancanza di specifica contestazione, se riferita ai fatti principali, comporta la superfluità della relativa prova perché non controversi, mentre se è riferita ai fatti secondari consente al giudice solo di utilizzarli liberamente quali argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 comma 2 c.p.c., sicché nel giudizio di impugnazione il riesame dell'accertamento risultante dalla sentenza impugnata è subordinato alla proposizione di specifiche cesure solo rispetto ai primi, operando in mancanza la preclusione derivante dal giudicato interno, mentre per i secondi è sufficiente, anche in assenza di contestazione, l'avvenuta impugnazione dell'accertamento riguardante i fatti costitutivi della domanda per la riapertura del relativo dibattito processuale»* (Cassazione, sez. I, 2 ottobre 2015 n. 19709)⁹⁰.

Ancora, con riferimento alle modalità di contestazione dei fatti allegati da controparte, vanno ricordate anche le seguenti puntualizzazioni della giurisprudenza di legittimità: *«nel caso in cui il fatto costitutivo del diritto si connoti per la concomitante ricorrenza di più circostanze, occorre che la contestazione del convenuto esplicitamente si appunti su una o più caratteristiche del fatto costitutivo complesso, essendo altrimenti priva della specificità necessaria a radicare, per un verso, l'onere dell'altra parte di offrire la prova, e per altro verso, il dovere del giudice di procedere ad uno specifico esame»* (Cassazione sez. III, 21 maggio 2008, n. 13079); *«i fatti allegati da una parte possono essere considerati pacifici, esonerando la parte sulla quale grava il relativo onere, dalla necessità di fornire la relativa prova, quando l'altra parte abbia imposto la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti medesimi»* (Cassazione 5 agosto 2004 n. 15107 Cassazione sez II, 5 marzo 2002 n. 3175, Cassazione, Sezione II, 5 luglio 2002, n. 9741).

Infine, si sottolinea che, come la mancata allegazione dei fatti e la mancata formulazione delle richieste probatorie negli atti introduttivi, così anche la non contestazione di un fatto, ad opera della parte che ne abbia l'onere, è circostanza, di norma, irreversibile, ancorché non impedisca *ex se* al giudice di acquisire comunque la prova del fatto non contestato (su questi aspetti, *amplius infra*).

Al contrario, nel rito ordinario, prevale la tesi secondo cui la mancata tempestiva contestazione, sin dalle prime difese, dei fatti allegati dall'attore è comunque retrattabile nei termini previsti per il compimento delle attività processuali consentite dall'art. 183, comma 6, c.p.c., risultando preclusa

⁹⁰ Anche se, si ritiene, tale orientamento andrebbe quantomeno messo dubbio a fronte della modifica dell'art. 115 c.p.c. nel 2009 (che ha esteso l'obbligo di necessaria contestazione a tutti i fatti allegati dalla controparte, senza distinzioni di alcun tipo tra "fatti principali" e "fatti secondari"): del resto, l'incidenza della riforma della suddetta disposizione è stata rimarcata, seppur in un *obiter dictum*, da Cassazione Sezioni Unite 29 maggio 2014 n. 12065, a sua volta richiamata da Cassazione, Sezione lavoro 13 settembre 2015, n. 17966

ogni ulteriore modifica deduttiva e probatoria solo all'esito della fase di trattazione: in altri termini, solo allo spirare dei termini per il deposito delle memorie previste all'art. 183, comma 6, c.p.c. sarà precluso alle parti allegare nuovi fatti – diversi da quelli indicati negli atti introduttivi –, revocare espressamente la non contestazione dei fatti già allegati, nonché dedurre una narrazione dei fatti alternativa e incompatibile con quella posta a base delle difese precedentemente svolte (Cassazione, sezione VI, sentenza dicembre 2019 n. 31402).

4.1.1. Il rigido sistema delle preclusioni nelle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti.

Entrando nello specifico delle problematiche connesse al rigido sistema delle preclusioni allegatorie e probatorie nel rito del lavoro, può dirsi, anzitutto, che l'onere di allegazione consiste nell'esposizione, da parte dell'attore-ricorrente, dei fatti costitutivi della pretesa azionata in giudizio e, da parte del convenuto-resistente, delle circostanze impeditive ed estintive della situazione sostanziale prospettata dalla controparte.

I motivi in fatto e in diritto indicati nel ricorso introduttivo costituiscono la *causa petendi* dell'azione, mentre il tipo di provvedimento richiesto dal giudice e il bene della vita cui materialmente aspira il ricorrente determinano, rispettivamente, il *petitum* immediato e mediato della domanda processuale⁹¹.

Come già detto, secondo il sistema delle preclusioni rigide tipico del rito lavoristico, il ricorso è l'atto tramite cui il ricorrente deve dedurre, a pena di decadenza, gli elementi costitutivi delle sue pretese, essendo vietata la modifica della *causa petendi* e del *petitum* nel corso del giudizio di primo grado (artt. 414, 416 e 420, comma 1, c.p.c.) e, a maggior ragione, in fase di appello (art. 437 c.p.c.).

La dottrina processualistica, non senza difficoltà⁹², è solita distinguere tra mera modifica (c.d. *emendatio libelli*) e vero e proprio mutamento della domanda (c.d. *mutatio libelli*).

Si avrà domanda nuova (*mutatio libelli*) quando il ricorrente modifichi la *causa petendi*, ossia alleghi nuovi fatti storici costitutivi tali da alterare l'oggetto sostanziale dell'azione e determinare, quindi, un diverso tema di indagine. La *mutatio libelli* è inammissibile, tanto nel rito del lavoro

91 P. Sandulli e A.M. Socci, *op. cit.*, 181, 264.

92 A. Proto Pisani, *Lezioni di Diritto processuale civile*, Napoli, 2010, 112; C. Consolo, *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.

quanto in quello civile, poiché non è consentita alcuna allegazione tardiva dei fatti costitutivi della pretesa dedotta in giudizio⁹³.

La mera modifica della domanda (*emendatio libelli*), invece, non comporta un cambiamento né del *petitum* né della *causa petendi*⁹⁴. Secondo il costante orientamento della dottrina e della giurisprudenza, costituisce *emendatio libelli* la diversa ri-qualificazione giuridica del fatto allegato: il semplice mutamento dei motivi in diritto del ricorso non determina la diversità della domanda⁹⁵.

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 giudice⁹⁶.

È evidente il regime 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 entro la prima memoria di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c., ove richiesta e concessa.

Il divieto di *mutatio libelli* in primo e in secondo grado è applicato dalla giurisprudenza in maniera particolarmente rigorosa nelle controversie di impugnazione dei licenziamenti.

Secondo i giudici di legittimità, la *causa petendi* dell'azione proposta dal lavoratore per contestare la validità 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

93 Cass., Sez. II, 28 gennaio 2015, n. 1585, in *Mass. Gius. civ.*, 2015; Cass., Sez. III, 15 novembre 2013, n. 25764, in *Gius. civ. mass.*, 2013; Cass., Sez. lav., 10 settembre 2012, n. 15101 in *Mass. Giust. civ.*, 2012.

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

95 D. Borghesi (a cura di), *Il processo del lavoro*, in F. Carinci (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, VI, Torino, 2005, 259 ss.; G. Amoroso - V. Di Cerbo - R. Foglia - A. Maresca, *op. cit.*, 296; P. Sandulli - A.M. Socci, *op. cit.*, 264; in giurisprudenza, ex multis, cfr. Cass., Sez. lav., 20 aprile 2006, n. 9247, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 4; Cass., Sez. lav., 15 giugno 2007, n. 13997, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 6.

96 La preclusione non riguarda i fatti rilevanti sopravvenuti nel corso del giudizio (Cass., SS.UU., n. 1099/1998, in *Dir. lav.*, 1999, II, 577). Si discute in dottrina circa l'individuazione dei "gravi motivi". Per una ricostruzione puntuale 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*, 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»). Altri Autori, invece, estendono 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" (in questo senso, F.P. Luiso, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, 177). Per quanto riguarda l'autorizzazione del giudice, la giurisprudenza ammette anche una autorizzazione implicita, in mancanza di opposizione della controparte (Cass., Sez. lav., 25 maggio 2006, n. 12430). 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., SS.UU., 13 luglio 1993, n. 7708 in *Giur. it.*, 1994, I, 1576).

del recesso, discende da circostanze di fatto che è onere del ricorrente dedurre e allegare tempestivamente negli atti introduttivi.

L'allegazione, nel corso del giudizio di primo grado o in appello, di nuovi e diversi fatti costitutivi posti a fondamento della pretesa illegittimità del licenziamento determina un vero e proprio mutamento della domanda processuale, pertanto inammissibile: infatti, nonostante il *petitum* mediato e immediato rimanga lo stesso, costituisce *mutatio libelli* la prospettazione di un profilo di illegittimità del licenziamento non dedotto tempestivamente negli atti introduttivi⁹⁷. Al contrario, qualora la modifica della domanda resti limitata alla sola qualificazione giuridica di fatti già tempestivamente allegati nel ricorso introduttivo, si avrà mera *emendatio libelli*, ammissibile, pertanto, in primo grado e in appello⁹⁸.

In applicazione di questi principi di diritto, la costante giurisprudenza della Cassazione ritiene che il lavoratore, che deduca con il ricorso introduttivo l'illegittimità del licenziamento per difetto di giusta causa o giustificato motivo, non possa far valere successivamente la nullità per inosservanza della procedura prevista dall'art. 7 Stat. lav. ai fini dell'irrogazione del licenziamento disciplinare, in quanto tale ulteriore prospettazione costituisce domanda nuova poiché comporta la deduzione di una diversa circostanza di fatto, inizialmente non allegata a fondamento dell'azione promossa⁹⁹; allo stesso modo sono "nuove" le domande volte a far valere l'assenza di giusta causa o giustificato motivo, a fronte di un'azione con la quale originariamente era stato prospettato il carattere ritorsivo o discriminatorio del recesso oppure un vizio procedurale o formale (e viceversa)¹⁰⁰; inoltre, secondo la S.C., non è neppure ammissibile modificare nel corso del giudizio le ragioni esposte a fondamento della nullità del licenziamento, deducendo, ad esempio il carattere ritorsivo del recesso a fronte dell'iniziale prospettazione del carattere discriminatorio dello stesso, oppure denunciando vizi formali del procedimento disciplinare diversi da quelli indicati nel ricorso introduttivo¹⁰¹.

97 Cass., Sez. lav., 26 marzo 1990, n. 2418, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 3; Cass., Sez. lav., 12 giugno 2008, n. 15795, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 6, 935.

98 Cass., Sez. lav., 26 marzo 1990, n. 2418, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 3; Cass., Sez. lav., 12 giugno 2008, n. 15795, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 6, 935.

99 Cass., Sez. lav., 13 febbraio 1993, n. 1793, in *Mass. Giur. civ.*, 1993, 294; Cass., Sez. lav., 20 novembre 1993, n. 11469, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 11.

100 Cass., Sez. lav., 22 giugno 2016, n. 12898, in *Mass. Giust. civ.*, 2016.

101 Cass., Sez. lav., 20 aprile 2005, n. 8264, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 4; Cass., Sez. lav., 16 gennaio 2015, n. 655, in *Mass. Giust. civ.*, 2015; Cass., Sez. lav., 25 maggio 2012, n. 8293 in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 5, 667; Cass., Sez. lav., 9 aprile 2011, n. 5555, in *Mass. Gius. civ.*, 2011, 3, 377; Cass., Sez. lav., 12 giugno 2008, n. 15795, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 6, 935.

Non è, invece, ravvisabile la *mutatio* ma la sola *emendatio libelli* nella domanda volta ad accertare l'assenza delle ragioni del licenziamento per giustificato motivo soggettivo e non per giusta causa come originariamente era stato chiesto¹⁰².

Non può non suscitare perplessità la tesi, sostenuta dalla costante giurisprudenza di legittimità, secondo la quale costituisce inammissibile *mutatio libelli* l'allegazione, nel corso del giudizio, di motivi di invalidità del licenziamento diversi da quelli indicati nel ricorso introduttivo, anche nell'ipotesi in cui essi risultino dagli atti di causa.

Invero, parte della dottrina dubita che il tenore letterale degli artt. 420-437 c.p.c giustifichi tale rigidità: fermo restando l'onere di tempestiva allegazione dei fatti materiali sottostanti il recesso datoriale, non vi sarebbe alcun dato normativo certo da cui desumere che, mentre il passaggio dall'allegazione del giustificato motivo soggettivo alla giusta causa non costituisce domanda nuova (essendo mera ri-qualificazione giuridica dello stesso fatto), lo è invece la prospettazione della nullità per inosservanza dell'art. 7 Stat. lav. rispetto all'originaria deduzione del difetto di giusta causa o l'indicazione di un vizio di nullità diverso da quello inizialmente denunciato nel ricorso introduttivo, ma pure emergente dallo stesso¹⁰³.

Tentando di indicare nuove strade ermeneutiche da percorrere, una soluzione potrebbe essere quella di valorizzare la disciplina sostanziale del *tipo* di vizio del licenziamento allegato dal ricorrente (*causa petendi*), nonché delle relative conseguenze giuridiche (*petitum* mediato e immediato): tenendo in considerazione le caratteristiche sostanziali dei vari profili di illegittimità del licenziamento, si potrebbe pervenire alla corretta individuazione degli elementi costitutivi della domanda processuale - *causa petendi* e *petitum* - e comprendere quando vi siano gli estremi di una inammissibile *mutatio libelli* oppure di una mera *emendatio libelli*.

Nella sua struttura originaria, l'art. 18 Stat. lav. prevedeva tre diverse tipologie di vizi del licenziamento: nullità (licenziamento discriminatorio, illecito o affetto da altri motivi di nullità), inefficacia (licenziamento orale) e annullabilità (mancanza di giustificato motivo e giusta causa). Prima della riforma Fornero e del c.d. *Jobs Act*, la dottrina equiparava le tre figure di invalidità dal punto di vista degli effetti, in quanto era sempre garantita la tutela reale con conseguente stabilità del rapporto: più precisamente, tutti e tre i vizi erano generalmente ricondotti al modello della

102 Cass., Sez. lav., 28 settembre 1988, n. 5263, cit.

103 In questo senso, cfr. P. Sandulli - A.M. Soggi, *op. cit.*, 269; in giurisprudenza, Trib. Milano 20 aprile 1991, in *Giust. civ.*, 1992, 1595, secondo cui la prospettazione di un ulteriore motivo di illegittimità del licenziamento non può essere considerata una vera e propria *mutatio libelli*, quanto piuttosto una *emendatio* parziale alle originarie cause di illegittimità, inidonea a mutare il *petitum* dell'azione.

nullità¹⁰⁴, poiché l'illegittimità del licenziamento non era mai idonea, idealmente, ad interrompere la giuridica continuità del rapporto di lavoro, essendo sempre prevista la reintegra (tutela reale), oltre ad un'indennità risarcitoria parametrata alle retribuzioni perse dal licenziamento al ripristino del rapporto e al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali¹⁰⁵.

A seguito degli interventi legislativi del 2012 e del 2015, tuttavia, tale "unitarietà", di qualificazione e di protezione non pare più sostenibile con riferimento al settore privato.

Nella nuova disciplina, invero, il frammentato sistema di tutele impedisce la riconducibilità dei vizi del recesso datoriale nell'ambito delle tradizionali categorie della nullità, annullabilità o inefficacia¹⁰⁶.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, che, se nel "vecchio" regime la violazione della procedura disciplinare di cui all'art. 7 Stat. Lav. avrebbe comportato l'illegittimità, intesa come nullità, del licenziamento, con conseguente continuità giuridica del rapporto, oggi l'elusione dei vincoli procedurali a garanzia del corretto esercizio del potere disciplinare non costituisce più, in sé considerata, motivo di nullità del recesso, essendo prevista l'estinzione del rapporto e l'applicazione della sola tutela risarcitoria (artt. 18, comma 6, Stat. Lav. e 4, D.Lgs. n. 23/2015).

Del tutto diversa appare la situazione nell'ambito del pubblico impiego, in cui, invece, l'art. 63, comma 2, T.U.P.I., come modificato dal D.Lgs. n. 75/2017, prevede che il giudice, con la sentenza che annulla o dichiara nullo il licenziamento, dispone *sempre* la tutela reintegratoria, oltre a quella indennitaria. Nel pubblico impiego continua, quindi, ad applicarsi l'art. 18 nella versione anteriore alle modifiche del 2012 e del 2015¹⁰⁷. Riprendendo l'esempio del licenziamento disciplinare, può dirsi che, nonostante i molti dubbi sorti in merito alla qualificazione del vizio derivante dalla

104 Vi era, in realtà, un altro orientamento secondo il quale le invalidità contemplate nell'art. 18 sarebbero state riconducibili allo schema dell'annullabilità: la sentenza del giudice di accertamento della mancanza di giusta causa o giustificato motivo avrebbe avuto natura costitutiva, in quanto avrebbe comportato l'illegittimità del licenziamento con effetto retroattivo (cfr. Cass., Sez. lav., 5 aprile 2001, n. 5092, in *Foro it.*, 2001, 1, 2527; Cass., Sez. lav., 19 maggio 2005, n. 10394, in *Riv. giur. lav.*, 2006, 2, 286). Per maggiori approfondimenti cfr. G. Di Martino, *Successione di licenziamenti, collettivo ed individuale: effetti sul rapporto di lavoro nell'area della tutela reale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 1, 39 ss.

105 L. Nogler, *Disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, in *Dir. lav. e rel. ind.*, 2007, 4, 656 ss.; M. D'Antona, *Licenziamento illegittimo e prova del danno: la stabilità economica del rapporto secondo le Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 1985, 1, 2247. In giurisprudenza cfr. Corte cost. 14 gennaio 1986, n. 7, in *Lav. prev. oggi*, 1986, 5, 864; Cass., SS.UU., 5 luglio 2007, n. 15143, in *Foro it.*, 2008, I, 4, 1204; Cass., Sez. lav., 14 maggio 2008, n. 12100, in *Mass. Giur. lav.*, 2009, 5, 329.

106 O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in M. Cinelli - G. Ferraro - O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, 242; A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi, un mutamento di paradigma nel diritto del lavoro?*, in A. Perulli - L. Fiorillo (a cura di), *Il contratto a tutele crescenti e Naspi*, Torino, 2015, 31 ss.

107 E. Pucetti, *Il nuovo art. 18 si applica al pubblico impiego, anzi no*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2015, 6, II, 949.

violazione della procedura di cui all'art. 55 *bis*, D.Lgs. n. 165/2001¹⁰⁸, oggi l'elusione delle garanzie formali previste dalla norma comporta comunque l'applicazione della tutela reale di cui al vecchio art. 18, comma 1, analogamente a quanto accadeva nel settore privato per le violazioni procedurali di cui all'art. 7 Stat. Lav., anteriormente alla riforma Fornero¹⁰⁹.

I delineati regimi sostanziali non possono non influire sulla corretta individuazione della domanda processuale avanzata dal lavoratore. Invero, l'allegazione di un vizio di licenziamento piuttosto che un altro (*causa petendi*) può portare, anzitutto, alla pronuncia di una sentenza meramente dichiarativa (casi di nullità) ovvero costitutiva (casi di annullabilità per mancanza di giustificato motivo o giusta causa), quindi a *petita* mediati diversi; inoltre, potrà avere conseguenze giuridiche diverse, determinando, nel settore privato, la tutela reintegratoria o la mera tutela indennitaria (forte o debole), quindi *petita* immediati diversificati.

Pertanto, tenendo a mente la frammentarietà della disciplina sostanziale dei licenziamenti, sarebbe corretto sostenere che la *mutatio libelli* si configuri qualora si modifichino, nel corso del giudizio, i motivi di invalidità del licenziamento ma solo a condizione che il nuovo motivo

a) non solo risulti fondato su circostanze di fatto del tutto diverse e non tempestivamente allegate nel ricorso introduttivo,

b) ma sia anche tale da incidere sul tipo di pronuncia richiesta, dichiarativa o costitutiva, nonché sul regime delle conseguenze giuridiche derivanti dall'accertamento del vizio (tutela reintegratoria o tutela indennitaria, forte o attenuata).

La presente proposta interpretativa trova conforto nelle parole della giurisprudenza civile di legittimità, secondo la quale «*il criterio orientatore per stabilire se il riferimento a fatti diversi implichi diversa causa petendi sta nel verificare se il fatto diverso fonda un diritto diverso oppure no*» (Cassazione, n. 25745/2017).

Così, a titolo esemplificativo, potrebbe configurarsi un'inammissibile *mutatio libelli*, alla luce dell'attuale assetto normativo, tanto nel settore privato quanto in quello pubblico, quando, dedotta inizialmente la natura discriminatoria o ritorsiva, quindi la nullità del recesso, o l'inefficacia del licenziamento perché comminato oralmente, il ricorrente allegghi poi nel corso del giudizio il difetto

108 Per una puntuale ricostruzione del dibattito, cfr. M. Miscione, *Quale art. 18 dello Statuto dei lavoratori per il pubblico impiego?*, in www.cedam.it; A. Scarcella, *Statuto dei lavoratori, il nuovo articolo 18 si applica anche ai dipendenti pubblici?*, in www.ipsoa.it; A. Vallebona, *Licenziamento dei dipendenti pubblici: tutela reale o indennitaria?*, in *Mass. Giur. lav.*, 2016, 141 e C. Pisani, *Le conseguenze del licenziamento disciplinare illegittimo per violazioni procedurali nel lavoro pubblico e privato*, in *Mass. Giur. lav.*, 2016, 144. Per un'analisi delle modifiche apportate dai D.Lgs. n. 74 e n. 75 del 25 maggio 2017, cfr. A. Ingrao, *Le norme imperative nel procedimento disciplinare del pubblico impiego privatizzato: gli assenti hanno sempre torto?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 3, 636 ss.

109 Cass., Sez. lav., 9 giugno 2016, n. 11868, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2015, 6, II, 944.

di giusta causa o giustificato motivo oggettivo¹¹⁰. In questo caso, infatti, non solo appare diverso il vizio di illegittimità allegato (nullità/inefficacia-annullabilità), ma saranno diversi anche il *petitum* immediato (pronuncia dichiarativa-costitutiva) e, nel settore privato, le conseguenze giuridiche (tutela reintegratoria-tutela indennitaria).

Completamente diverso è il caso in cui, invece, il ricorrente, pubblico o privato, dopo aver dedotto un profilo di nullità del licenziamento (ad esempio perché discriminatorio) alleghi, nel corso del giudizio, un altro vizio tale da rendere il licenziamento ugualmente nullo (ad esempio perché ritorsivo): nonostante il contrario avviso della giurisprudenza maggioritaria¹¹¹, in questo caso non vi sarebbe alcun mutamento della domanda, ma solo una parziale *emendatio libelli*, considerato che le ragioni di invalidità, la tipologia di pronuncia richiesta e le conseguenze giuridiche derivanti dall'accertamento del nuovo motivo sarebbero, comunque, le stesse. A questa conclusione pare essere giunta di recente una (isolata, a quanto consta) sentenza della Cassazione (sentenza n. 27655/2017), la quale ha affermato che non è ravvisabile alcuna *mutatio libelli* nella deduzione, per la prima volta in fase di opposizione, dell'intento ritorsivo del recesso a fronte dell'iniziale prospettazione della sola natura discriminatoria dello stesso: il fatto costitutivo nuovo si riferisce, infatti, sempre alla domanda introduttiva del giudizio avente ad oggetto la declaratoria di illegittimità, *rectius* nullità, del licenziamento (*petitum* immediato) e di conseguente condanna alla reintegra (*petitum* mediato).

Peraltro, nell'ipotesi di nullità del recesso datoriale, la suddetta opzione interpretativa trova ulteriore conferma alla luce del fatto che la domanda di nullità di un negozio giuridico è pertinente ad un diritto autodeterminato e pertanto essa è individuata indipendentemente dallo specifico vizio dedotto in giudizio: mentre in materia di diritti eterodeterminati i fatti oggetto di valutazione devono essere tempestivamente allegati dalle parti fin dagli atti introduttivi del giudizio, a pena di decadenza, nel caso dei diritti autodeterminati, secondo la giurisprudenza, «*non viola il divieto di domande nuove (mutatio libelli) in appello la deduzione da parte dell'attore di un fatto costitutivo*

110 Cass., Sez. lav., 22 giugno 2016, n. 12898, in Mass. Giust. civ., 2016: «*qualora il lavoratore, impugnato il licenziamento, agisca in giudizio deducendo il motivo discriminatorio o ritorsivo, l'eventuale difetto di giusta causa, pur ricavabile da circostanze di fatto allegate, integra un ulteriore, e non già compreso, motivo di illegittimità del recesso, come tale non rilevabile d'ufficio dal giudice e neppure configurabile come mera diversa qualificazione giuridica della domanda*»; Cass., Sez. lav., 11 gennaio 1997, n. 202: «*la domanda di declaratoria di nullità del licenziamento non comprende quella, diversa, di annullamento per mancanza di giusta causa, né tale ultima domanda può ritenersi implicitamente proposta per il solo fatto che sia stata richiesta l'indennità di cui all'art. 8, l. n. 604 del 1966 (prevista solo per l'ipotesi di annullamento), ove manchi del tutto la prospettazione dei fatti su cui la suddetta richiesta è fondata*».

111 Ex multis cfr. Cass. n. 15795/2008, cit.; Cass. n. 655/2015, cit.; Cass. n. 8293/2012, cit.; Cass. n. 5555/2011, cit.

del tutto diverso rispetto a quello prospettato in primo grado a sostegno della domanda introduttiva del giudizio»¹¹².

Più in generale, a ben vedere, l'allegazione tardiva di un motivo di nullità del licenziamento dovrebbe essere consentita sempre, ossia non solo quando la domanda del ricorrente originariamente riguardi un altro profilo attinente alla medesima categoria di vizio (es. nullità), ma anche quando, invece, inizialmente il lavoratore abbia contestato il recesso per motivi completamente diversi (illegittimità per mancanza di giusta causa o giustificato motivo oggettivo). Non si ravvisa, invero, alcuna valida ragione per escludere l'applicazione al provvedimento di recesso datoriale della regola di deducibilità e rilevabilità d'ufficio, in qualsiasi stato e grado, delle nullità negoziali, secondo i principi generali enunciati dalle sentenze delle Sezioni Unite civili della Cassazione (Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., SS.UU., 4 settembre 2012, n. 14828)¹¹³.

Le Sezioni Unite, nell'ottica di favorire la rapidità ed economia processuale, nonché la concentrazione in un unico processo di tutte le possibili problematiche giuridiche connesse ad una medesima fattispecie negoziale, hanno affermato che il giudice civile può, in qualsiasi stato e grado del giudizio, rilevare d'ufficio le nullità, anche di protezione, del negozio giuridico, anche per profili diversi da quelli allegati dalle parti, in qualsiasi azione di impugnativa contrattuale (azione di adempimento, risoluzione, annullamento e rescissione), a condizione che il vizio sia desumibile *ex actis*. Una volta rilevata d'ufficio la nullità, il giudice dovrà segnalarla alle parti, invitandole a prendere posizione: queste ultime, quindi, potrebbero proporre, una nuova domanda, anche in fase di appello, avente ad oggetto la dichiarazione di nullità contrattuale, senza che a ciò osti l'avvenuta maturazione di tutte le preclusioni processuali in primo grado.

Tuttavia, per il momento e a quanto consta, solamente una sentenza della Suprema Corte ha ritenuto corretto esportare il suddetto principio anche in ambito giuslavoristico, valorizzando in tal senso anche gli orientamenti della giurisprudenza europea in tema di nullità di protezione¹¹⁴: la pronuncia

112 Cass., Sez. II, 8 gennaio 2015, n. 40, in *Mass. Giust. civ.*, 2015; per approfondimenti cfr. L. A. Cosattini, *Nullità del licenziamento: sulla rilevabilità d'ufficio la Sezione Lavoro smentisce le Sezioni Unite*, in *Il Lavoro nella Giur.*, 2018, 1, 67 ss.

113 Cfr. L. Di Paola, *Rilevabilità officiosa delle nullità negoziali e diritto del lavoro: un tema da approfondire*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 4, II, 1113 ss.

114 Cass., Sez. lav., 28 agosto 2015, n. 17286, in *Mass. Giust. civ.*, 2015. Cass. 28 agosto 2015, n. 17286 in un caso di sanzione disciplinare irrogata a un dipendente di un'azienda appartenente al settore autoferrotranviario (in cui quindi il procedimento disciplinare era scandito da norme di legge imperative), impugnata dal lavoratore per uno specifico motivo, la S.C. ha così argomentato: “*il principio di rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali emergenti ex actis si estende (contrariamente a quanto affermato da Cass. S.U. n. 14828/12) anche alle nullità cd. di protezione (per esse intendendosi quelle che possono farsi valere solo dal soggetto nel cui interesse la nullità medesima è prevista), da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, come una species*

cui ci si riferisce ha riconosciuto il potere di rilevazione officiosa della nullità del recesso per violazione del procedimento disciplinare, tardivamente denunciata in appello dal ricorrente, evidenziando che *«l'invalidità della sanzione derivata dalla violazione dell'iter legislativo previsto per la sua irrogazione rientra nella categoria delle nullità di protezione, atteso che la procedura garantistica prevista in materia disciplinare (...) è inderogabile ed è fondata su un evidente scopo di tutela del contraente debole del rapporto (vale a dire il lavoratore dipendente)»*.

Al contrario, ad oggi, risulta consolidato l'orientamento di segno opposto secondo cui non è consentita al ricorrente la tardiva deduzione di un vizio del procedimento disciplinare non dedotto nell'atto introduttivo, né può il giudice rilevare d'ufficio una ragione di nullità del licenziamento diversa da quella eccepita dalla parte¹¹⁵.

Secondo tale indirizzo interpretativo, la specialità della disciplina della invalidità del licenziamento renderebbe legittimo il regime derogatorio rispetto a quello civile ordinario di cui all'art. 1421 c.c. poiché il medesimo art. 1421 c.c. fa salve le «altre disposizioni di legge».

Inoltre, la peculiarità dei vizi del recesso datoriale (rispetto al regime delle nullità contrattuali) sarebbe desumibile dalla presenza del termine di decadenza per impugnare il licenziamento ritenuto illegittimo. Si tratta, in realtà, di un argomento del tutto superabile, come osserva la dottrina¹¹⁶: infatti, un termine di decadenza è previsto anche con riferimento all'impugnativa della nullità del contratto a termine, rispetto al quale, secondo la giurisprudenza, opera, invece, il rilievo officioso della nullità¹¹⁷. Inoltre, qualche Autore¹¹⁸ ha ravvisato, in questa argomentazione, il rischio di

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, atteso che la procedura garantistica prevista in materia disciplinare (dall'art. 7 Stat. in linea generale e, nello specifico dei rapporti di lavoro autoferrotranviario, dall'art. 53 r.d. n. 148/31) è inderogabile ed è fondata su un evidente scopo di tutela del contraente debole del rapporto (vale a dire del lavoratore dipendente).»

115 Cass., Sez. lav., 24 marzo 2017, n. 7687, in *Ilgiuslavorista.it*, 2017, 19 e Sez. L, n. 23869/2018, Torrice, Rv. 650548-01, e Sez. L, n. 9675/2019, Torrice, Rv. 653619-01; nel procedimento sfociato nella sentenza n. 7687/2017, il Pubblico Ministero presso la Cassazione aveva concluso per la rimessione al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite Civili, ma questo suggerimento non è stato raccolto neanche dalla giurisprudenza successiva: v. infatti la più recente Cass. 5 aprile 2019, n. 9675, che ha confermato l'indirizzo negativo. In precedenza ex multis cfr. Cass., Sez. lav., 21 dicembre 2004, n. 23683, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 12; Cass. 22 aprile 2005, n. 8474, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 4; Cass., Sez. lav., 14 gennaio 2003, n. 435, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 80; Cass., Sez. lav., 3 luglio 2015, n. 13673, in *Mass. Giust. civ.*, 2015.

116 L. Di Paola, *Rilevabilità officiosa della nullità del licenziamento: la Cassazione ci ripensa*, in *Ilgiuslavorista.it*, 2017, 19.

117 Solo ex multis, App. Firenze 18 febbraio 2015, n. 816, con nota di L. Di Paola, *Rilevabilità officiosa delle nullità negoziali*, *cit.*, 1113 ss. e ivi ampi riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

118 G. Arnone, *Il principio di effettività*, *cit.*, 19

cadere in un'inversione metodologica: se, infatti, nella logica delle Sezioni Unite del 2014, il rilievo d'ufficio ha, anche, una funzione protettiva della parte debole («*il potere del giudice, in questi ambiti, rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata*», paragrafo 3.12.1), preclusioni e decadenze non possono di per sé essere opposte come barriere a tale potere del giudice, perché esse stesse costituiscono un potenziale limite al pieno dispiegarsi del principio di effettività¹¹⁹.

In terzo luogo, la non rilevabilità officiosa dei profili di nullità del recesso datoriale non tempestivamente dedotti dalla parte sarebbe desumibile dal tenore letterale degli artt. 18, comma 7, L. n. 300/1970 e 4, D.Lgs. n. 23/2015, ove si fa riferimento alla «*domanda formulata dal lavoratore*»: tuttavia, le disposizioni anzidette riguardano solo il licenziamento discriminatorio, non le altre ipotesi di nullità del recesso. Inoltre, come è stato osservato, non si dovrebbe confondere la rilevabilità da parte del giudice con l'accertamento e la successiva declaratoria di invalidità: la prima attività ha, infatti, funzione solamente propulsiva, in quanto, una volta sottoposta d'ufficio la questione alle parti, sarà il lavoratore a decidere se introdurre o meno la nuova domanda¹²⁰.

Infine, secondo la Cassazione, il regime della nullità contrattuale non sarebbe compatibile con la natura unilaterale del provvedimento di recesso datoriale (art. 1324 c.c.): l'impugnativa del licenziamento, a differenza di quella contrattuale, resterebbe circoscritta all'atto e non sarebbe idonea a estendere l'oggetto del processo al rapporto. Peraltro, tale impugnativa non potrebbe essere

119 Sui rischi dell'istituto della decadenza rispetto al principio di effettività: C. Giust. 27 febbraio 2003, causa C-327/00, Soc. Santex c. Usl 42, Pavia, in FI, 2003, IV, c. 474, in materia di appalti pubblici; nonché C. Giust. 18 settembre 2003, causa C-125/01, Pflücke, e C. Giust. 16 luglio 2009, causa C-69/08, Visciano c. Inps. Più di recente v. C. Giust., 20 ottobre 2016, causa C-429/15, Danqua, in cui i giudici di Lussemburgo, dopo aver ribadito «*che spetta agli Stati membri determinare, per le normative nazionali che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, termini in funzione, segnatamente, della rilevanza che le decisioni da adottare rivestono per gli interessati, della complessità dei procedimenti e della legislazione da applicare, del numero di soggetti che possono essere coinvolti e degli altri interessi pubblici o privati che devono essere presi in considerazione (v., in tal senso, sentenza del 29 ottobre 2009, Pontin, C-63/08, EU:C:2009:666, punto 48)*», hanno tuttavia concluso che «*il principio di effettività deve essere interpretato nel senso che osta ad una norma procedurale nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che assoggetta una domanda volta ad ottenere lo status di protezione sussidiaria ad un termine di decadenza di quindici giorni lavorativi a decorrere dalla notifica, da parte dell'autorità competente, della possibilità, per un richiedente asilo la cui domanda sia stata respinta, di presentare una siffatta domanda*», nonché la citata C. Giust. 20 settembre 2018, causa C-448/17, EOS KSI Slovensko s. r. o.; in tempi recentissimi v. anche C. Giust. 28 marzo 2019, causa C637/2017, Cogeco Communications, in materia di danno concorrenziale, in cui la Corte ha affermato: «*l'articolo 102 TFUE e il principio di effettività devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale la quale, da un lato, prevede che il termine di prescrizione in materia di azioni per il risarcimento del danno sia di tre anni e inizi a decorrere dalla data in cui la persona lesa è venuta a conoscenza del suo diritto al risarcimento, anche se l'autore della violazione non è noto e, dall'altro, non prevede alcuna possibilità di sospensione o interruzione di tale termine durante un procedimento dinanzi ad un'autorità nazionale garante della concorrenza*».

120 L. Di Paola, *Rilevabilità officiosa delle nullità negoziali*, cit., 1120.

equiparata all'azione con la quale si fanno valere diritti autodeterminati, attesa la molteplicità dei profili di nullità, annullabilità e inefficacia che possono incidere sulla validità del recesso e che implicano l'allegazione (tempestiva) di circostanze di fatto tra loro diverse.

Tale ultimo argomento pare condivisibile, alla stregua di quanto *supra* affermato in merito alla disciplina sostanziale dei vizi del licenziamento, ma solo con riferimento all'allegazione tardiva di fatti a fondamento di profili di illegittimità completamente diversi, per natura e rimedi, da quelli originariamente dedotti (es. il ricorrente prima deduce la nullità per motivo illecito e successivamente il difetto di giusta causa o di giustificato motivo oggettivo). Dovrebbe, invece, ritenersi sempre ammissibile la rilevabilità d'ufficio di diversi profili (motivo ritorsivo o discriminatorio, violazione procedura disciplinare *ex art. 55 bis T.U.P.I.*) attinenti allo stesso tipo di vizio (nullità e conseguente obbligo di reintegra), qualora il giudice possa dedurli in base agli atti di causa.

Questa soluzione appare più coerente con il tentativo delle Sezioni Unite della Cassazione civile di creare un regime unitario delle varie forme di nullità negoziale: come è stato osservato, infatti, «*ciò che rileva (...) 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. In tale ottica proprio il fatto che l'invalidità possa essere conseguenza di cause diverse impone (...) di rendere possibile tramite il rilievo d'ufficio che tutte vengano scrutinate in sede giudiziale, a prescindere dall'allegazione di parte; ragionando diversamente, si renderebbe possibile la validità di un atto viziato da nullità per il solo fatto che le parti non ne hanno fatto valere in giudizio tutti i possibili profili di invalidità, o comunque quello rilevante: un risultato che, secondo l'orientamento delle Sezioni Unite, è in contrasto con l'interesse collettivo ad espungere dal panorama giuridico gli atti viziati da nullità*»¹²¹.

Come si evince dal dibattito dottrinale sul punto, il tema del rilievo officioso dei vizi di nullità del recesso datoriale costituisce oggi un vero e proprio banco di prova dell'attuazione del principio di effettività nel rito lavoristico, sol che si pensi all'importanza della elaborazione giurisprudenziale europea in materia proprio di nullità contrattuali¹²².

121 L. G. Cosattini, *op. cit.*, 78.

122 In questo senso cfr. v. L. Di Paola., *cit.*, 1113, G. Armone, *Principio di effettività e diritto del lavoro, cit., passim*; G. Armone *Il principio di effettività nel labirinto delle fonti, cit., passim*. Le sentenze delle Sezioni Unite (c.d. Travaglino), *ut supra* citate, in materia di rilievo officioso delle nullità contrattuali, affermano: «*Le indicazioni provenienti dalla stessa Corte di Giustizia in tema di rilievo officioso (nella specie, delle clausole abusive nei contratti relativi alle ipotesi di cd. commercio business-to-consumer) consentono di desumere un chiaro rafforzamento del potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità, (nella sentenza Pannon del 4 giugno 2009, in causa C-243/08, la Corte ha stabilito che il giudice deve esaminare di ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga, qualificando, in buona sostanza, in termini di*

Risulta, in effetti, poco comprensibile che la giurisprudenza giuslavoristica non avverta, contrariamente a quella civile, l'esigenza di debellare i rilevanti effetti, patrimoniali e non, di un recesso datoriale affetto dalle forme più gravi di invalidità, tali da determinare, a prescindere dai vari profili deducibili, la assoluta nullità del provvedimento (garantendo così al prestatore di lavoro l'accesso alla tutela reintegratoria): paradossalmente, la specialità stessa del diritto del lavoro rischia oggi di giustificare un regime più svantaggioso per la parte che, invece, tale diritto diseguale intendeva proteggere, almeno nelle sue aspirazioni originarie¹²³.

4.1.2. La natura delle domande aventi ad oggetto l'accertamento della nullità del recesso datoriale e le conseguenze in tema di effetto preclusivo del giudicato alla luce del principio di concentrazione ed economia processuale.

Si è detto, nel precedente paragrafo, che, secondo la giurisprudenza maggioritaria, costituisce inammissibile *mutatio libelli* la deduzione di motivi di nullità e/o illegittimità e/o inefficacia diversi da quelli prospettati nel ricorso introduttivo (ancorché i fatti costitutivi delle diverse categorie di vizi siano desumibili *ex actis*), in quanto ciascun vizio costituisce una diversa *causa petendi* dell'azione.

Questo concetto merita di essere meglio approfondito con riferimento al problema della deducibilità/rilevabilità di (diversi) motivi di nullità nel corso del giudizio di primo grado e in sede di gravame, considerata la gravità e l'odiosità dei vizi menzionati nelle norme di cui agli artt. 18, comma 1, St. Lav. e 2 d.lgs. n. 23/2015.

Si è già illustrato nel precedente paragrafo il contrasto della giurisprudenza lavoristica rispetto a quella civile in ordine al rilievo d'ufficio delle nullità negoziali: benché secondo i principi

dovere l'accertamento officioso del giudice circa il carattere eventualmente abusivo delle clausole contenute in siffatti contratti, sia pure con il limite, ostativo alla disapplicazione, dell'opposizione del consumatore). E proprio in conseguenza degli interventi della Corte di giustizia sembra destinata a restare definitivamente sullo sfondo, senza assumere il rilievo che parte della dottrina ha cercato di attribuirvi, la nozione di nullità relativa intesa come realizzazione di una forma di annullabilità rafforzata (di cui è traccia nel non condivisibile decisum di questa Corte, nella sentenza 9263/2011) anziché come species del più ampio genus rappresentato dalla nullità negoziale. Nullità che non a torto è stata definita, all'esito del sopravvento del diritto europeo, ad assetto variabile, e di tipo funzionale, in quanto calibrata sull'assetto di interessi concreto, con finalità essenzialmente conformativa del regolamento contrattuale, ma non per questo meno tesa alla tutela di interessi e di valori fondamentali, che trascendono quelli del singolo. Si è così osservato che, se le nullità di protezione si caratterizzano per una precipua natura ancipite, siccome funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale (l'integrità e l'efficienza del mercato, secondo l'insegnamento della giurisprudenza europea) quanto particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti), la omessa rilevazione officiosa della nullità finirebbe per ridurre la tutela di quel bene primario consistente nella deterrenza di ogni abuso in danno del contraente debole".

123 L. Di Paola, *Rilevabilità officiosa delle nullità negoziali*, cit., 1121.

giurisprudenziali civilistici la domanda di accertamento della nullità negoziale debba ritenersi pertinente ad un diritto autodeterminato e, quindi, non costituisca *mutatio libelli* la modifica dello specifico vizio dedotto in giudizio (così Cass. Sezioni Unite della Cassazione civile, 12 dicembre 2014, n. 26242-43), è – invece – precluso al lavoratore ricorrente dedurre (e al giudice del lavoro rilevare d'ufficio) un motivo di nullità diverso rispetto a quello prospettato nell'atto introduttivo nel giudizio, costituendo tale modifica un inammissibile mutamento della domanda.

Pertanto, (solo) nell'ambito delle controversie relative all'impugnativa dei licenziamenti¹²⁴, le domande dichiarative della nullità del negozio dovrebbero, a rigore, essere qualificate, in senso diametralmente opposto rispetto a quanto accade nei giudici civili, come domande eterodeterminate. In questi termini si esprime chiaramente Cassazione, sez. Lavoro, 24 marzo 2017, n. 7687 al paragrafo 11: *l'azione di l'impugnativa del licenziamento «non può essere equiparata all'azione con la quale si fanno valere diritti autodeterminati, attesa la molteplicità dei profili di nullità, annullabilità e inefficacia che possono incidere sulla validità in senso lato del recesso e che implicano la deduzione e la allegazione di circostanze di fatto che, per le peculiarità proprie del rito, devono entrare a far parte del thema decidendum e del thema probandum sin dal primo atto introduttivo».*

Se così è, allora, dovrebbe riconoscersi la possibilità al ricorrente di promuovere più impugnative del medesimo licenziamento, aventi ad oggetto motivi di nullità o vizi di illiceità diversi da quelli prospettati in un primo giudizio, dal momento che questi non avrebbero potuto né essere dedotti né essere rilevati d'ufficio dal primo giudice. Come si vedrà, però, questa strada, pur percorribile, comporta una evidente forzatura del principio di economia e concentrazione processuale (su questo aspetto, subito *infra*).

Non solo: anche nell'ipotesi in cui un licenziamento sia stato già oggetto di una sentenza definitiva (di accertamento della sua legittimità o, anche, della sua illiceità, in entrambi i casi per vizi diversi da – o per profili diversi di – nullità), ugualmente dovrebbe ammettersi la possibilità per il lavoratore di instaurare un nuovo giudizio su quello stesso rapporto giuridico, deducendo altri

124 La stessa giurisprudenza lavoristica ribadisce, invece, la tradizionale natura autodeterminata delle azioni declaratorie della nullità negoziale nell'ambito di azioni diverse da quelle aventi ad oggetto l'impugnativa dei recessi datoriali. Così ad esempio Cassazione, sez. Lavoro, 14 aprile 2001, n. 5591: *«Nel processo del lavoro, sono consentite, a norma dell'art. 420, comma primo, cod. proc. civ., solo previa autorizzazione del giudice, ed in presenza di gravi motivi, quelle modifiche della domanda che integrino mera "emendatio libelli". (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che, rispetto alla originaria domanda di declaratoria di nullità di un patto di assunzione in prova per genericità ed indeterminatezza dello stesso, costituisse "emendatio libelli" consentita la successiva, ulteriore deduzione, nella memoria difensiva autorizzata, a seguito delle circostanze emerse dall'interrogatorio libero, della nullità del patto stesso anche per mancanza della forma scritta richiesta "ad substantiam" all'atto dell'assunzione)».*

profili di invalidità. Ciò in quanto il principio secondo cui il giudicato copre dedotto e deducibile può essere applicato solo con riferimento alle azioni aventi ad oggetto diritti autodeterminati (nelle quali tutti i possibili fatti genetici del diritto ben potevano e dovevano essere dedotti nel primo giudizio, senza che ne conseguisse alcun inammissibile mutamento della domanda)¹²⁵.

Tuttavia, siffatta conclusione, benché coerente con la premessa iniziale circa la natura eterodeterminata dell'impugnativa del licenziamento, finisce per porsi in ulteriore contrasto con il principio giurisprudenziale secondo cui il giudicato copre, sempre ed in ogni caso, le questioni giuridiche che costituiscono precedenti logici ed essenziali della statuizione (c.d. giudicato implicito): infatti, nel caso in cui la sentenza definitiva abbia statuito la legittimità o l'illegittimità del licenziamento intimato per giusta causa, giustificato motivo oggettivo/soggettivo, dovrebbe ritenersi implicitamente riconosciuta (a monte) l'efficacia e la validità di quel recesso, perlomeno in relazione al rispetto di quei requisiti formali che ne determinano la sua stessa esistenza giuridica (forma scritta, obbligo di motivazione, intimazione in momento non coperto dal diritto al mantenimento del posto *etc.*)¹²⁶.

Senonché il principio del c.d. giudicato implicito riguardante i vizi più gravi¹²⁷ (nullità/inefficacia) di un licenziamento – ove questo sia stato impugnato, in un precedente giudizio, per altri profili “minori”, suscettibili, cioè, di essere “assorbiti” (annullabilità per giusta causa, giustificato motivo oggettivo/soggettivo) – non dovrebbe, in linea di principio, ritenersi applicabile ai vizi di nullità/inefficacia del recesso datoriale, giacché essi, ancorché inficianti *ab origine* il provvedimento (originariamente invalido ma temporaneamente efficace), se non prospettati tempestivamente nel giudizio di primo grado, giammai potrebbero essere rilevati d'ufficio dal

125 F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, II, 6.9 e 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, 620 ss.

126 Sul principio del giudicato implicito con riferimento ai vizi di nullità negoziali, si rinvia alla lettura delle pronunce della Cassazione a Sezioni Unite n. 26242-43, già più volte richiamata. Inoltre, di recente e ex multis, Cassazione, sez. III, 26 maggio 2020, n. 9712: «*L'autorità del giudicato copre sia il dedotto, sia il deducibile, cioè non soltanto le ragioni giuridiche fatte espressamente valere, in via di azione o in via di eccezione, nel medesimo giudizio (giudicato esplicito), ma anche tutte quelle altre che, se pure non specificamente dedotte o enunciate, costituiscono, tuttavia, premesse necessarie della pretesa e dell'accertamento relativo, in quanto si pongono come precedenti logici essenziali e indefettibili della decisione (giudicato implicito)*».

127 Quanto alla nullità dei motivi di licenziamento, la loro gravità e, dunque, il loro carattere definibile come “assorbente” (nel lessico delle Sezioni Unite nn. 26242-43/2014) rispetto alle altre ipotesi di illiceità (assenza di giusta causa, giustificato motivo oggettivo/soggettivo) si desume sia dalla disciplina sostanziale (trattandosi di violazioni di norme imperative dell'ordinamento, in primis il divieto di discriminazioni) sia dalla conseguente tutela reintegratoria e risarcitoria apprestata dall'ordinamento tanto dallo Statuto dei Lavoratori quanto dalla nuova disciplina di cui all'art. 2 d.lgs. n. 23/2015. Medesime considerazioni valgono per l'inefficacia del licenziamento, che ne determina, di fatto, la sua inesistenza giuridica.

giudice o essere successivamente denunciati dalle parti, ancorché emergenti *ex actis* (a differenza di quanto accade per le nullità negoziali).

Tuttavia, rispetto a queste problematiche, i giudici di legittimità – in ossequio al richiamato principio del giudicato implicito, ma in contraddizione con le riconosciuta natura eterodeterminata delle azioni di impugnazione dei licenziamenti – ritengono che l'effetto preclusivo del giudicato, ormai calatosi su un provvedimento di recesso datoriale, si estenda a coprire sia i vizi espressamente dedotti, sia ogni altro eventuale motivo di nullità che, benché emergente *ex actis*, non sia stato chiaramente denunciato dal ricorrente; e questo nonostante il diverso profilo di nullità – ed è questo il punto di criticità – non fosse, in realtà, per nulla deducibile/rilevabile nel giudizio in un momento successivo al deposito dell'atto introduttivo avente ad oggetto un qualsiasi altro motivo (“minore”) di illecità del recesso: *«in presenza di più impugnazioni dello stesso licenziamento, il principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile implica che il risultato di un processo (concluso, appunto, con sentenza passata in giudicato) non possa più essere messo in discussione mediante ragioni o argomentazioni che in quello stesso processo avrebbero potuto essere fatte valere dall'interessato. Sulla base di questo principio, si è ritenuta preclusa dal passaggio in giudicato della sentenza che accerta la legittimità di un licenziamento, sotto il profilo dell'esistenza di un inadempimento del lavoratore, la proposizione di una nuova domanda intesa ad ottenere la declaratoria di illegittimità del medesimo licenziamento, sotto il profilo della sua intimidazione in costanza di malattia (Cass. n. 5933/1984); in particolare, con riguardo al licenziamento disciplinare la preclusione è stata ravvisata per la nuova impugnazione che deduca nuovi e diversi profili di illegittimità (Cassazione n. 1339/1984). E se si è ammesso, in alcune decisioni, che il giudicato sulla legittimità formale del licenziamento non preclude la preposizione in diverso giudizio della questione della sua validità sostanziale, si è comunque escluso che il giudicato della validità sostanziale consenta un'altra impugnazione per ragioni formali, restando del tutto irrilevante che gli eventuali, relativi vizi non siano stati dedotti o lo siano stati tardivamente, e perciò inammissibili, dedotti (Cassazione n. 3802/1981 e n. 2965/1984). Più in generale, in tema di nullità degli atti negoziali, si è precisato (Cassazione n. 4181/1980) che dal principio, in forza del quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile, deriva che la definitiva statuizione sulla domanda diretta all'accertamento della nullità di un contratto, pur se limitatamente ad uno specifico profilo (nella specie, difetto di causa) osta a che la nullità medesima possa essere fatta valere tra le stesse parti di una nuova distinta azione, ancorché per una diversa ragione (nella specie, difetto di consenso)»* (in questi termini si è espressa Cassazione, Sezione lavoro, n. 21036/2006).

In definitiva, l'effetto preclusivo del giudicato formatosi su un licenziamento (impugnato per qualunque motivo: nullità, assenza di giusta causa, giustificato motivo oggettivo/soggettivo, inefficacia) finisce per estendersi a tutti i profili di nullità/illiceità (diversi da quelli inizialmente prospettati), ancorché essi (ed è questa la contraddizione della giurisprudenza) non fossero in realtà per niente deducibili/rilevabili d'ufficio nell'ambito di quello stesso giudizio, ancorché emergenti *ex actis*, proprio a causa della rigorosa declinazione del divieto di *mutatio libelli* nelle controversie lavoristiche.

All'esito di queste considerazioni, si può evincere la contraddittorietà delle pronunce giurisprudenziali, laddove:

- da un lato, qualificano l'impugnativa del licenziamento come domanda eterodeterminata, anche nei casi di prospettata nullità del recesso;
- ma, dall'altro lato, affermano che il giudicato formatosi sul licenziamento preclude l'ulteriore proposizione di un ricorso avente ad oggetto il medesimo recesso datoriale censurato per un vizio diverso da quello prospettato nel primo giudizio¹²⁸.

La soluzione interpretativa a tale *empasse*, come di seguito indicata, è, tuttavia, anch'essa insoddisfacente, se letta nella prospettiva della tutela del principio di concentrazione ed economia processuale, ancorché essa garantisca, d'altra parte, la *chance* di pervenire ad una decisione finale maggiormente aderente alla verità materiale dei fatti.

Invero, solo la formazione del giudicato determina il divieto di proposizione di una nuova impugnativa del medesimo licenziamento; al contrario, la giurisprudenza riconosce la possibilità di instaurare nuovi giudizi, censurando – sotto altri profili – lo stesso recesso datoriale, quando esso non sia ancora stato oggetto di pronuncia definitiva: *«costituisce insegnamento risalente di questa Suprema Corte che, nel rito del lavoro, nel quale il divieto di proporre domande nuove nel corso del giudizio di primo grado è particolarmente rigoroso, non è tuttavia, precluso alla parte che abbia già proposto, con un primo ricorso, determinate domande, di proporre ulteriori nei confronti del medesimo convenuto, con un nuovo e separato ricorso (...). Le preclusioni previste, nel rito del lavoro, dagli artt. 414-416 e 420 comma 1 c.p.c., essendo volte a garantire le esigenze del contraddittorio e del diritto di difesa, non impediscono, infatti, per non determinarsi alcuna contraddizione con la ratio del relativo divieto, che una nuova domanda, la cui proposizione sia dalle stesse inibita, possa essere separatamente introdotta con un autonomo atto, destinato ad*

128 Si tratta di interrogativi che hanno meritato l'attenzione dell'Ufficio del Massimario della Suprema Corte di Cassazione: ad essi è stato infatti dedicato un capitolo degli Approfondimenti tematici redatti in occasione della *Relazione del Massimario* – anno 2019 (Parte Seconda, paragrafo XI, L. Di Paola, *La rilevazione officiosa delle nullità nel diritto del lavoro*, 143 ss.).

essere riunito a quello originario (Cassazione, Sezione Lavoro, nn. 589/2002, 9764/2000, 1372/1982)» (in questi termini, Cassazione, Sezione Lavoro, n. 24339/2010).

Tale possibilità processuale comporta, tuttavia, l'elevato rischio di proliferazione di giudizi aventi ad oggetto lo stesso rapporto giuridico¹²⁹.

Nondimeno, nel caso di proposizione di un nuovo vizio dello stesso licenziamento già *sub iudice*, il magistrato dovrebbe essere chiamato ad analizzare la sussistenza – o meno – dell'interesse del lavoratore a far valere un motivo di licenziamento non dedotto nell'azione precedente, sulla scorta del principio affermato di recente dalle Sezioni Unite in materia di divieto di frazionamento della domanda, proprio nell'ambito dei rapporti di lavoro (Sez. U, n. 4090/2017, Di Iasi, Rv. 643111-01): *«Le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, benché relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi, ma, ove le suddette pretese creditorie, oltre a far capo ad un medesimo rapporto tra le stesse parti, siano anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o, comunque, fondate sullo stesso fatto costitutivo, - sì da non poter essere accertate separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza dell'identica vicenda sostanziale - le relative domande possono essere formulate in autonomi giudizi solo se risulti in capo al creditore un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata, e, laddove ne manchi la corrispondente deduzione, il giudice che intenda farne oggetto di rilievo dovrà indicare la relativa questione ex art. 183, c.p.c., riservando, se del caso, la decisione con termine alle parti per il deposito di memorie ex art. 101, comma 2, c.p.c.)».*

Pertanto, occorrerà distinguere caso per caso.

Ove non emerga un interesse precipuo alla proposizione di un'azione ulteriore e separata, cronologicamente successiva a quella già intrapresa contro lo stesso convenuto e avente ad oggetto il medesimo licenziamento, la nuova iniziativa giudiziale dovrebbe essere dichiarata inammissibile per abuso dello strumento processuale e violazione dei principi di concentrazione ed economia processuale.

Qualora, invece, detto interesse sussista (si pensi, ad esempio, al caso in cui solo nelle more del primo giudizio il dipendente sia riuscito a scoprire che il licenziamento, formalmente intimato per giusta causa, si fondasse – in realtà – su fattori discriminatori, non dedotti nella prima domanda giudiziale, tesa a sostenere il difetto della giusta causa prospettata in modo illecito dalla

¹²⁹ L. Di Paola, *La rilevazione officiosa delle nullità nel diritto del lavoro*, in *Massimario Civile – Approfondimenti tematici*, volume IV, Roma, 2019, 146 (si veda nota precedente).

controparte), ravvisandosi tra i due procedimenti una ipotesi di connessione, il secondo potrebbe e dovrebbe essere riunito al primo, o riassunto, *ex art. 40 c.p.c.*, per la trattazione unitaria.

Nel caso estremo in cui, invece, il primo processo si sia già concluso con sentenza, il secondo procedimento potrà essere sospeso ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c., solo previo accertamento della permanenza dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) in capo al ricorrente nel secondo processo. Infatti, ove la prima sentenza sia stata allo stesso favorevole e gli abbia assicurato la massima utilità possibile (in ipotesi, la reintegra nel posto di lavoro nel caso di declaratoria di nullità del licenziamento o accertata insussistenza del fatto costituente giusta causa), il giudice dovrà dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse del lavoratore ricorrente a coltivare il secondo processo; ove, invece, la prima decisione accerti la legittimità del licenziamento (ad esempio, riconoscendo la giusta causa o l'insussistenza di un vizio di nullità), il giudice adito per secondo dal ricorrente (che abbia, in ipotesi, nuovamente impugnato il recesso per profili di invalidità diversi, ad esempio perché intimato in costanza di malattia o perché fondato su motivi discriminatori) potrà certamente sospendere il giudizio ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c., essendo ancora attuale l'interesse al (secondo) pronunciamento¹³⁰.

La complessità, che si è ora cercato di tratteggiare, delle conseguenze derivanti:

130 Soluzione prospettata sempre da L. Di Paola, *cit.* L'art. 337, comma 2, c.p.c. dispone che, «*quando l'autorità di una sentenza è invocata in un diverso processo, questo può essere sospeso se tale sentenza è impugnata*». Ai fini del legittimo esercizio del potere di sospensione discrezionale del processo, previsto dalla disposizione citata, è necessario che vi sia un rapporto di dipendenza tra i due giudizi, tale per cui la definizione della lite pregiudicata deve attendere il giudizio sull'elemento di connessione tra le situazioni giuridiche controverse collegate; con maggiore specificità, l'istituto trova applicazione allorché gli effetti dichiarativi o costitutivi della sentenza invocata siano pregiudiziali all'oggetto del processo nel quale si fanno valere, e presuppone, pertanto, la necessità di due decisioni: una nella controversia che costituisce l'indispensabile antecedente logico e giuridico della decisione dell'altra o nella quale viene decisa una questione fondamentale comune alla seconda lite, e l'altra nel secondo processo (che viene sospeso), nel quale si dibattono questioni consequenziali o domande più ampie (in termini, Cass. civ., sez. VI, ord. 11 giugno 2012, n. 9478 e, nello stesso senso, *ex multis*, Cass. civ., Sez. Un., 19 giugno 2012, n. 10027; Cass. civ., sez. VI, ord. 29 maggio 2019, n. 14738; per un'applicazione, v. Cass. civ., sez. lav., 21 febbraio 2017, n. 4442). Va sottolineata la natura meramente discrezionale del potere del giudice di sospendere il giudizio nel quale sia stata invocata una sentenza, nel frattempo oggetto di impugnazione: ciò a differenza dell'obbligo di sospensione necessaria per pregiudizialità di cui all'art. 295 c.p.c. La giurisprudenza, a tal proposito, ha chiarito che «*Salvi soltanto i casi in cui la sospensione del giudizio sulla causa pregiudicata sia imposta da una disposizione specifica, quando tra due giudizi esista un rapporto di pregiudizialità e quello pregiudicante sia stato definito con sentenza non passata in giudicato, la sospensione del giudizio pregiudicato può essere disposta soltanto ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c. sicché, ove il giudice abbia provveduto ex art. 295 c.p.c., il relativo provvedimento è illegittimo e deve essere, dunque, annullato, ferma restando la possibilità, da parte del giudice di merito dinanzi al quale il giudizio andrà riassunto, di un nuovo e motivato provvedimento di sospensione in base al menzionato art. 337, comma 2 c.p.c.*» (Cass. civ., sez. VI, ord. 18 marzo 2014, n. 6207 e, da ultimo, Cass. civ., sez. VI, ord. 9 luglio 2018, n. 17936; Cass. civ., sez. lav., ord. 4 gennaio 2019, n. 80; v. anche Cass. civ., Sez. Un., 30 novembre 2012, n. 21348).

- da un lato, dall'impossibilità di dedurre in un unico giudizio tutti i profili di licenziamento accumulati (nei termini proposti nel paragrafo 4.1.1.) da medesima *causa petendi* e medesimo *petitum*, ancorché risultanti *ex actis*;
- e, dall'altro lato, dalla possibilità di impugnare più volte il medesimo atto negoziale sotto diversi profili (con eventuale sospensione del processo instaurato successivamente),

tradisce non solo la contraddittorietà degli esiti cui la giurisprudenza è pervenuta in questa materia, ma anche la contrarietà di tali esiti con i principi di concentrazione ed economia processuale, nel senso delineato dalle, già richiamate, Sezioni Unite della Cassazione nelle sentenze n. 26242-43 del 2014. Infatti, in queste sentenze emergeva chiaramente l'intenzione dei giudici di legittimità di incoraggiare soluzioni interpretative volte a concentrare, in un'unica decisione, la complessiva situazione sostanziale direttamente o indirettamente dedotta in giudizio, evitando, dunque, «*di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all'infinito*»¹³¹.

Si tratta di un monito che la giurisprudenza giuslavorista non sembra, ad oggi, cogliere appieno.

4.2. La fase istruttoria: i poteri del giudice del lavoro.

La disciplina dei poteri istruttori d'ufficio di cui dispone il giudice costituisce uno dei profili più salienti del processo del lavoro¹³², non essendo prevista alcuna disposizione, di tale portata sistematica e generale, analoga nell'ambito del rito ordinario civile.

L'art. 421 c.p.c., inserendosi nel solco dell'art. 38 legge 15 giugno 1893, n. 295 sui probiviri, dell'art. 11 r.d. 26 febbraio 1928 n. 471 e dell'art. 14 r.d. 21 maggio 1934, n. 1073, prevede che il giudice possa disporre d'ufficio, in qualsiasi momento, l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, ad eccezione del giuramento decisorio, nonché la richiesta di informazioni ed osservazioni alle associazioni sindacali indicate dalle parti.

Secondo la dottrina, la norma costituisce una «valvola di sfogo» al rigido sistema di preclusioni allegatorie ed istruttorie dettato dagli artt. 414 e 416 c.p.c, dal momento che i poteri istruttori del giudice del lavoro possono essere esercitati anche dopo che le parti siano decadute dalla possibilità di avanzare le loro istanze istruttorie¹³³.

131 F. T. Vespasiani, *La portata della rilevazione d'ufficio della nullità contrattuale e del giudicato implicito*, in *Questione Giustizia*, 15 gennaio 2015.

132 E. Fazzalari, in A. Genovese (a cura di) *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975, 114.

133 L. De Angelis, *La prova nel processo del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, 332; C. M. Cea, *Valori ed ideologie del processo civile: le ragioni di un «terzista»*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 100 ss. Su questo aspetto meglio *infra*.

Inoltre, essa è ritenuta uno strumento di riequilibrio delle differenti possibilità difensive del lavoratore, da un lato, e del datore di lavoro, dall'altro¹³⁴: la disposizione è stata concepita come servente rispetto allo scopo che, almeno a partire dalla fine del XX secolo¹³⁵, è attribuito al processo, quello della ricerca della verità materiale, o, per meglio dire, della sua rivelazione come verità *anche* processuale¹³⁶.

134 Le controversie di lavoro sono dette a controprova: la debolezza processuale del lavoratore consiste, principalmente, nel fatto che a costui è tendenzialmente preclusa la possibilità di valutare appieno, nella fase pre-processuale, la sua situazione giuridica sostanziale, per le difficoltà di reperire adeguate fonti di prova, che spesso si trovano nell'esclusiva disponibilità della controparte datoriale. Inoltre, gli ostacoli all'accertamento della verità materiale si possono manifestare anche in pendenza di causa: si pensi, ad esempio, alle tante implicazioni connesse alla richiesta del lavoratore di far testimoniare i propri colleghi di lavoro, i quali, per il timore di perdere il posto, difficilmente renderanno dichiarazioni del tutto attendibili. Su questi aspetti cfr. G. Vidiri, *I poteri istruttori del giudice del lavoro nel processo civile rinnovato*, in *Giust. civ.*, 2010, 3, 147; C. Vellani, *La collaborazione tra il giudice e le parti nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, 4, 979 ss.; *contra* A. Vallebona, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro in giurisprudenza*, in *Nuova giur. comm.*, 2006, 2; A. Vallebona, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti nel rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 3, 789. L'argomento della disparità processuale tra datore e lavoratore nelle rispettive *chances* probatorie – disparità comunque eventuale e da accertare caso per caso – è stato recentemente valorizzato in entrambe le ordinanze (Tribunale ordinario di Torino, sez. lavoro, ordinanza del 30 gennaio 2016 e Tribunale ordinario di Reggio Emilia, sez. lavoro, ordinanza del 28 febbraio 2017) di rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 92, comma 2, c.p.c. Secondo la tesi dei giudici di merito, non condivisa dalla Corte costituzionale (sentenza n. 77/2018), nelle controversie di lavoro e previdenza avrebbe dovuto trovare sempre applicazione, in favore del lavoratore soccombente, l'istituto della compensazione delle spese (art. 92, comma 2, c.p.c.), proprio in ragione della disparità sostanziale e, quindi, a loro dire, anche processuale tra le parti. Le ordinanze traevano spunto proprio da casi in cui, secondo i magistrati rimettenti, sarebbe stato ingiusto non accordare la compensazione delle spese a favore del lavoratore soccombente, considerato che quest'ultimo aveva instaurato il processo in assoluta buona fede e nell'impossibilità di valutare adeguatamente la situazione giuridica sostanziale per fattori a lui non imputabili. Nel giudizio pendente avanti al Tribunale di Torino, il rigetto delle pretese del lavoratore era dipeso dal “diverso assetto difensivo della resistente” imprevedibile per il ricorrente, avendo la controparte datoriale indicato, per la prima volta in corso di causa, l'applicabilità di CCNL diversi da quelli precedenti. La fattispecie analizzata dal Tribunale di Reggio Emilia, invece, concerneva l'impugnazione di un licenziamento da parte di una lavoratrice la quale, nell'impossibilità di individuare con certezza la società datrice di lavoro, aveva rivolto le sue pretese nei confronti di numerosi convenuti, affermando l'esistenza di un unico centro di imputazione giuridica e la contemporanea utilizzazione della propria prestazione da parte di tutte le imprese resistenti. Il giudice rimettente, nonostante avesse rigettato nel merito le pretese della ricorrente, riteneva opportuno compensare le spese tra la lavoratrice e le società coinvolte, a fronte della difficoltosa ricostruzione degli avvenimenti e dell'impossibilità per la ricorrente di individuare l'effettiva controparte datoriale, a causa del complesso avvicendamento di trasformazioni e cessioni societarie in forza delle quali le plurime aziende coinvolte, tra loro collegate, avevano cambiato nome, assetto e composizione societaria, nonché ceduto rami di azienda.

135 A. Carratta, *La “funzione sociale” del processo civile fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, II, 579 ss.; A. Carratta, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, I, 47 ss.

136 M. Taruffo, *Poteri del giudice*, in S. Chiarloni (a cura di) *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 473; Id., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, 2002, 226 ss. Per un approfondimento, cfr. G. Miccolis, *L'accertamento dei fatti nel processo di primo e secondo grado*, relazione tenuta al XXXII Convegno dell'Associazione Italiana Studiosi del Processo Civile, *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti*, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina, il 27 settembre 2019.

In effetti, l'esigenza di ricerca della verità era particolarmente avvertita nell'ambito dei lavori preparatori della riforma del rito speciale lavoristico¹³⁷: l'indisponibilità e la rilevanza costituzionale delle situazioni soggettive che ne sono oggetto imponeva la necessità che il processo pervenisse a decisioni giuste, ossia fondate su un accertamento dei fatti il più vicino possibile alla realtà. E' questa la ragione che ha spinto il legislatore del 1973 a ridisegnare il ruolo del giudice tramite una configurazione maggiormente inquisitoria rispetto al rito ordinario¹³⁸.

Chiarita la *ratio* alla disposizione, se ne deve ora segnalare il carattere eccentrico rispetto ad un modello processuale, quale è quello civile, ispirato al principio di disponibilità delle prove, in base al quale sulle parti ricade l'onere di dedurre e dimostrare in giudizio i fatti a fondamento delle proprie pretese¹³⁹.

Invero, l'art. 421 c.p.c. pare derogare, da un lato, all'art. 115, comma 1, c.p.c., secondo cui il giudice deve decidere in base alle prove offerte dalle parti e, dall'altro lato, agli stessi artt. 414, 416 e 420 c.p.c., che impongono al ricorrente e al resistente, a pena di decadenza, di allegare e provare i fatti a fondamento delle proprie pretese negli atti introduttivi del giudizio, o, al più tardi, previa autorizzazione del giudice e al ricorrere di gravi motivi, nel corso dell'udienza di discussione della causa.

In realtà, si deve ricordare che il processo del lavoro è soggetto, oltre che alle disposizioni generali del Libro I del codice di procedura civile, anche alle norme dettate per il processo davanti al tribunale, in quanto applicabili (principio di non autosufficienza del rito lavoristico). Ne consegue che anche al rito del lavoro si applicano il principio della domanda e quello dell'onere delle parti di allegare i fatti costitutivi ed estintivi (artt. 99 e 112 c.p.c.), nonché le regole generali che governano, a livello sostanziale (art. 2697 c.c.) e processuale (artt. 115 e 116 c.p.c.), l'onere della prova.

In questa prospettiva, si comprende come l'art. 421 c.p.c. costituisca, più che una vera e propria deroga, una attenuazione del principio di disponibilità delle prove¹⁴⁰, *rectius* un suo bilanciamento con l'esigenza, particolarmente avvertita nel rito lavoristico, di ricerca della verità materiale¹⁴¹.

137 L. De Angelis, *Giustizia del lavoro*, Padova, 1992, 43.

138 A. Proto Pisani, voce *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, in *Digesto Civ.*, X, 1993, 374; G. Verde, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 239 ss. Nel rito civile ordinario, i mezzi di prova che il giudice può disporre d'ufficio sono tassativamente indicati nel codice: artt. 117 (interrogatorio libero delle parti), 118 e 262 (ordine di ispezione di persone e di cose), 191 (nomina del consulente tecnico sia per la ctu deducente, sia per quella percipiente), 213 (acquisizione di informazioni dalla P.A.), 257 (assunzione di nuovo testimone indicato da testimone) e 281 ter (assunzione di nuovo testimone indicato dalle parti quale soggetto in grado di conoscere la «verità»), 702 ter, quinto comma e (poteri istruttori nel rito sommario di cognizione) e 714 (poteri istruttori nel processo per inabilitazione e interdizione). A ciò si aggiunge l'art. 669 sexies, primo comma, c.p.c. per i poteri istruttori nel procedimento cautelare.

139 C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2009, 109.

140 G. De Stefano, *Sui limiti dei poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, 35 ss.; G. Fabbrini,

Il fatto che l'art. 421 c.p.c. sia una attenuazione e non una vera e propria deroga al principio della domanda e della disponibilità delle prove è dimostrato dall'ampia elaborazione giurisprudenziale e dottrinale¹⁴² che si è premurata, nel corso del tempo, di fissare, delineare e specificare di volta in volta alcuni importanti limiti, di natura processuale, all'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro:

- 1) quest'ultimo può utilizzare le prerogative che l'art. 421 c.p.c. gli attribuisce solamente nell'ambito dei fatti tempestivamente allegati dalle parti;
- 2) i poteri istruttori d'ufficio possono essere attivati solo con riferimento a materiale probatorio già emerso in corso di causa, ossia solo nel caso in cui dalla dialettica processuale emergano delle c.d. piste probatorie da approfondire.

Nei successivi paragrafi verrà svolta l'analisi dei due limiti processuali appena enunciati, nonché delle loro criticità pratico-operative.

Successivamente, si tratterà la delicata questione concernente il controllo sull'esercizio dei poteri istruttori del giudice: si cercherà quindi di comprendere se la norma in esame attribuisca al magistrato un potere meramente discrezionale o se, invece, essa sia espressione di un'attività vincolata, come tale suscettibile di essere sottoposta al controllo di legittimità della Corte di Cassazione.

4.2.1. Il primo limite all'esercizio dei poteri istruttori del giudice del lavoro: i fatti tempestivamente allegati dalle parti.

E' opinione condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza che il giudice del lavoro possa attivare i poteri di cui all'art. 421 c.p.c. solo nell'ambito delle circostanze di fatto allegare – *id est* affermate o

Diritto processuale del lavoro, Milano, 1975, 128; per ampi riferimenti alla dottrina maggioritaria orientata in questo senso cfr. C. Arrigoni, *Poteri istruttori ex officio del giudice del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, I, 2, 333 ss: «non si può pensare ad un rito ad impronta autoritaria o inquisitoria: il principio dispositivo è solo temperato dall'esistenza degli artt. 421 e 427 c.pc., ma non minato nella sua essenza».

141 La costante giurisprudenza di legittimità ritiene che la finalità principale del giudizio del lavoro sia l'accertamento della verità materiale e che, quindi, i poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro costituiscano il modo per ammortizzare esiti processuali «troppo distanti dalla realtà dei fatti» (Cass. Sez. Unite, 20 aprile 2005, n. 8202). Si veda in senso analogo e in precedenza, Cass., sez. lavoro, n. 11915/1992, in *Dir. Lav.*, II, 737 ss.; in dottrina A. Proto Pisani, *L'istruzione della causa*, in A. Proto Pisani (a cura di) *Le controversie in materia di lavoro*, 1987, 719 e ss. e Id, *In tema di prova nel processo del lavoro: temperamenti al principio di eventualità*, Milano, 1992, 242 ss; nello stesso senso cfr. E. Fazzalari, *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1975, n. 586 ss. Peraltro, la giurisprudenza più recente, dopo aver ribadito che, nel rito del lavoro, il principio dispositivo è contemperato – atteso il riconoscimento dei poteri ufficiosi ex art. 421 cpc – con le esigenze di ricerca della verità materiale, ha anche sottolineato la necessità di applicare le suddette norme alla luce del principio del giusto processo e dell'art. 6 CEDU (Cass., sez. lavoro, 1 agosto 2013, n. 18410).

142 Si vedano i riferimenti contenuti nelle note 13, 61 e 64. Per un riepilogo, cfr. C. Vellani, *L'istruzione probatoria*, in AA.VV., *Diritto del lavoro*, Comm. DL, VI, 275 ss.

dedotte¹⁴³ – dalle parti a fondamento delle proprie domande¹⁴⁴: *iudex secundum alligata iudicare debet*¹⁴⁵. In altri termini, «per la posizione della situazione di fatto, il giudice è tenuto, anziché strettamente alla realtà, alle affermazioni delle parti»¹⁴⁶.

Questa regola generale costituisce diretta attuazione sia del principio della domanda (artt. 99 e 112 c.p.c.), sia del divieto, per il giudice, di fondare la sua decisione su circostanze apprese in forza di motivi che esulano dalla dinamica processuale, entrambi senz'altro vigenti anche nel rito lavoristico¹⁴⁷.

Inoltre, è di tutta evidenza come il principio della domanda e il divieto di utilizzo della scienza privata derivino, a loro volta, dal principio costituzionale di imparzialità del giudice (artt. 101, 104, 111 Cost.): proprio per questo, il potere di iniziativa del magistrato deve riguardare fonti di prova relative esclusivamente ai fatti allegati dalle parti negli atti introduttivi del giudizio¹⁴⁸.

Pertanto, si deve ritenere che sia solo il *mezzo* di prova e non l'*oggetto* della prova che può essere ammesso d'ufficio dal giudice, anche a seguito delle maturate preclusioni processuali delle parti (artt. 414-416 c.p.c.). In altri termini, è opinione condivisa che le allegazioni delle circostanze di fatto costitutive delle domande delle parti rappresentino il limite invalicabile dei poteri ufficiosi del giudice, che non può, quindi, indicare, nel corso della causa, nuovi elementi rilevanti per la soluzione della controversia, né ricercarne autonomamente la prova¹⁴⁹.

143 Secondo F. Carnelutti, *La prova civile*, Edizioni dell'Ateneo, 1946, 14, l'allegazione di un fatto è la posizione di questo come presupposto della domanda rivolta al giudice.

144 Cass., Sezioni Unite, n. 8202/2005, cit.; Cass., Sezioni Unite, 17 giugno 2004, n. 11353; cfr. anche, ex multis, Cass., sezione lavoro, 26 maggio 2010, n. 12856, in *Mass. foro it.*, 2010, 581; Cass., sezione lavoro, 29 novembre 2004, n. 22464, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, 1030; Cass., sezione lavoro, 6 luglio 2000, n. 9034, in *Riv. giur. lavoro*, 2001, II, 637 con note di A. Mazziotti, *Potere-dovere istruttorio del giudice nel rito del lavoro* e I. Cimatti, *Luci e ombre di una contraddittoria norma processuale ex art. 421 e 437 c.p.c.*; in dottrina, per tutti, L. Dittrich-G. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2015, 172; L. De Angelis e D. Borghese, *Il processo del lavoro e della previdenza*, Milano, 2013, 262 ss.; F. P. Luiso, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, 192 secondo cui «il giudice non può disporre prove d'ufficio in relazione a fatti non allegati dalle parti, quand'anche si tratti di fatti secondari: in altri termini, il giudice non può allegare d'ufficio il quadro dei fatti in relazione ai quali esercitare il suo potere istruttorio. Non può cioè andare alla ricerca di fatti che le parti non abbiano introdotto in causa. Lo impediscono la sua posizione di terzietà e il divieto di scienza privata».

145 G. Tarello, *Dottrine del processo civile*, Bologna, 1989, 16.

146 F. Carnelutti, *op. cit.*, 15.

147 In giurisprudenza, tra le tante, cfr. Cass., sezione lavoro, 7 gennaio 2005, n. 249; Cass., sezione lavoro, 6 luglio 2000, n. 9034; Cass., sezione lavoro, 13 aprile 1999 n. 3631; in dottrina, per tutti, G. Tarzia-L. Dittich, *op. cit.*, 154.

148 C. Pisani, *Processo del lavoro, allegazione tardiva dei fatti e limiti al potere istruttorio del giudice*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 207 ss.

149 G. Tarzia-L. Dittrich, *op. cit.*, 171; P. Sandulli-A.M. Socci, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Milano, 2016, 201. In giurisprudenza, per tutte, Cass., Sezioni Unite, 16 maggio 2004, n. 11353, cit.

Ecco perché la previsione di un rigido sistema di preclusioni allegatorie (artt. 414-416 c.p.c.) non è affatto incompatibile con l'attribuzione al giudice del lavoro di poteri istruttori d'ufficio: il processo del lavoro è un processo semplicemente a metodo inquisitorio ma non inquisitorio in senso puro e sostanziale, dal momento che l'art. 421 c.p.c. riguarda il problema delle modalità di accertamento dei fatti che è logicamente successivo e distinto rispetto a quello della introduzione dei fatti in giudizio¹⁵⁰. In definitiva, il giudice del lavoro ha la disponibilità del *mezzo* ma non della fonte materiale di prova¹⁵¹.

In base al ragionamento che si è svolto finora, non sarebbe quindi corretto sostenere che i poteri istruttori del giudice del lavoro costituiscano, di per sé, un temperamento al rigido sistema delle preclusioni previste dagli artt. 414-416 c.p.c.; si dovrebbe piuttosto distinguere e specificare, posto che, invero, l'art. 421 c.p.c. rappresenta un temperamento alle preclusioni probatorie, ma non certo a quelle allegatorie, temperamento – si ribadisce – funzionale, nell'ottica del legislatore, al bilanciamento del principio dispositivo con quello di ricerca della verità materiale¹⁵².

Le Sezioni Unite hanno ribadito più volte questi principi, affermando che l'allegazione dei fatti spetta solo alle parti, essendo vietata al giudice qualsiasi integrazione in punto di fatto, per il rispetto dei già ricordati principi della domanda, di imparzialità del giudice e di divieto di utilizzo della sua scienza privata¹⁵³.

Nonostante il perimetro entro cui il giudice del lavoro può ammettere d'ufficio nuovi mezzi di prova possa sembrare, in base a quanto finora indicato, di facile ed immediata determinazione, la pratica

150 C. Pisani, *op. cit.*, 222. Sul tema cfr. anche F. P. Luiso, *op. cit.*, 191; G. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1999, 107; P. Sandulli-A.M. Soggi, *op. cit.*, 280. Il rito lavoristico può essere definito, più precisamente, un giudizio semidispositivo (o parzialmente acquisitivo), in quanto, fermo il limite inderogabile delle circostanze allegare dalle parti, il giudice può disporre nuovi mezzi di prova per accertare quanto dedotto dagli atti. In questi termini, in giurisprudenza, cfr. anche Cass., Sezione lavoro, 15 maggio 2014, n. 10662 in *Guida dir.*, 2014, 28, 69.

151 L. Montesano, R. Vaccarella, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1999, 191.

152 Cass., sez. lavoro, 1° agosto 2013, n. 18410, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2013, 11, 1037: «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». Cass., Sez. lavoro, 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., sez. lavoro, 10 dicembre 2008, n. 29006, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 12, 1762; Cass., sez. lavoro, 24 ottobre 2007, n. 22305, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 10.

153 Cass., Sezioni Unite, n. 1099/1998, cit.; Cass., Sezioni Unite, n. 11353/2004, cit.; Cass., Sezioni Unite, n. 8202/2005, cit.

applicazione del principio *iudex secundum alligata iudicare debet* pone, in realtà, diverse problematiche operative.

In questa sede, vista la vastità della tematica, si è scelto di approfondire i seguenti aspetti: da un lato, il problema relativo alla possibilità del giudice di attivare i poteri *ex art. 421 c.p.c.* in relazione a fatti tardivamente allegati dalle parti; dall'altro lato, la questione attinente al rapporto tra l'art. 421 c.p.c. e il principio di contestazione (art. 115, comma 1, c.p.c.) nel processo del lavoro.

Per quanto riguarda il primo profilo, si è già avuto modo di spiegare (nei paragrafi 4.1. e 4.1.1.) che il rito lavoristico si distingue da quello ordinario soprattutto perchè, nell'ottica di garantire la massima celerità e concentrazione, gli artt. 414 e 416 c.p.c. impongono al ricorrente e al resistente di indicare tempestivamente, a pena di decadenza, già negli atti introduttivi tutti i fatti costitutivi delle domande e i mezzi istruttori di cui intendono avvalersi in giudizio¹⁵⁴. Il ricorso e la memoria difensiva costituiscono – a differenza di quanto avviene nel rito civile ordinario¹⁵⁵ – una barriera preclusiva che, di fatto, risulta insuperabile, non essendo ammessa l'allegazione tardiva di fatti, l'introduzione o la modifica di domande, eccezioni e deduzioni probatorie¹⁵⁶. In particolare, la

154 La sanzione della decadenza è in realtà testualmente prevista a carico del solo convenuto dall'art. 416 cpc; un diverso trattamento del ricorrente però non è ipotizzabile alla luce del principio di parità dell'attività difensiva delle parti, che discende dagli artt. 3, 24, 111 Cost. In questo senso, cfr. Corte cost., 14 gennaio 1977, n. 13, in *Giust. Lav.*, 1305 ss, che ravvisa una perfetta simmetria di posizioni tra attore e convenuto nel rito del lavoro ed estende quindi il regime decadenziale anche al ricorrente. Per questi aspetti si rinvia ai § precedenti.

155 Nel quale, come già si è spiegato nel paragrafo 4.1., la *deadline* delle attività difensive e istruttorie coincide con il termine per il deposito della memoria n. 2 dell'art. 183, sesto comma, c.p.c.

156 A. Vallebona, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, *op. cit.* Come è già stato illustrato nel paragrafo 4.1., la regola per cui attore e convenuto devono “scoprire le carte” sin dall'inizio del processo – a differenza di quanto avviene nel processo civile – è ricondotta al c.d. principio di eventualità, secondo il quale la parte, predisponendo la sua difesa, dovrebbe prevedere tutte le possibili contestazioni e anticiparle tramite la deduzione dei mezzi di prova fin dagli atti introduttivi. Il principio di eventualità pone non poche problematiche: la disciplina delle preclusioni, infatti, impedisce al ricorrente di indicare, in un secondo momento, fatti o mezzi di prova a seguito delle contestazioni della controparte (salva la sussistenza di gravi motivi e comunque previa autorizzazione del giudice). Per un approfondimento sul principio di eventualità cfr. D. Buoncrisiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, Torino, 2001, 145 ss: «l'elaborazione del c.d. principio di eventualità è il risultato di un'evoluzione secolare. Rappresenta la risposta (o meglio, il tentativo di risposta) al problema della durata eccessiva del giudizio e si accompagna al passaggio dal *iudicium* al *pocessus*, con il riaffermarsi del carattere statutale della procedura (...). L'origine del principio di eventualità si colloca nell'antico processo tedesco. Queste le sue caratteristiche peculiari: era suddiviso in tre fasi rigorosamente separate l'una dall'altra tramite una decisione, con effetto preclusivo per le attività che dovevano essere effettuate nella fase precedente». Cfr. anche P. Sandulli - A.M. Soggi, *op. cit.*, 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*: «è giunta, pertanto, l'ora 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. anche D. Dalfino (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Bari, 2011, 12 ss. con rinvii a A. Segni, *Il principio di eventualità e la riforma del processo civile*,

possibilità per il giudice del lavoro di autorizzare, in presenza di gravi motivi, alla prima udienza (art. 420 c.p.c.) la modifica delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già formulate negli atti introduttivi (c.d. *emendatio libelli*), non comprende anche la possibilità per le parti di allegare fatti materiali nuovi o diversi rispetto a quelli già indicati nel ricorso e nella memoria¹⁵⁷: ciò si tradurrebbe, infatti, come si è già illustrato nel paragrafo 4.1.1., in un'inammissibile *mutatio libelli*¹⁵⁸.

Richiamate, a grandi linee, le principali caratteristiche del sistema delle preclusioni allegatorie del rito lavoristico, occorre a questo punto tornare all'interrogativo iniziale, riguardante la possibilità o meno per il giudice del lavoro di attivare i suoi poteri istruttori d'ufficio anche in relazione a fatti allegati tardivamente dalle parti, ossia successivamente rispetto agli atti introduttivi.

La giurisprudenza non fornisce una risposta del tutto chiara al riguardo, quando afferma che l'esercizio dei poteri istruttori del giudice non è impedito da decadenze e preclusioni in cui siano incorse le parti¹⁵⁹.

Non si comprende, infatti, se la Cassazione voglia solo affermare che il giudice può esercitare i suoi poteri anche quando per le parti sono calate le preclusioni¹⁶⁰ oppure voglia anche suggerire che egli

in *Scritti giuridici*, I, Torino, 1965, 338 e F. Luiso, *Principio di eventualità e principio della trattazione orale della causa*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, II, Milano, 1993, 205 ss.

157 La preclusione non riguarda però fatti rilevanti sopravvenuti nel corso della giudizio (Cass., Sezioni Unite, n. 1099/1998, in *Dir. lav.*, 1999, II, 577).

158 L'inammissibilità di una domanda radicalmente nuova in quanto fondata su nuovi o diversi fatti costitutivi non può essere sanata nemmeno dall'accettazione del contraddittorio; il vizio è rilevabile anche d'ufficio (per tutte Cass., Sezioni Unite, 13 luglio 1993, n. 7708 in *Giur. it.*, 1994, I, 1576). In giurisprudenza su questi aspetti cfr. Cass., Sez. II, 28 gennaio 2015, n. 1585, in *Mass. Gius. civ.*, 2015; Cass., Sez. III, 15 novembre 2013, n. 25764, in *Gius. civ. mass.*, 2013; Cass., Sez. lav., 10 settembre 2012, n. 15101 in *Mass. Giust. civ.*, 2012. ; in dottrina, cfr. A. Proto Pisani, *Lezioni di Diritto processuale civile*, 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.

159 *Ex multis*, cfr. Cass., sez. lavoro, 7 gennaio 2005, n. 249, in *DeJure*, Cass., sez. lavoro, 12 febbraio 1997, n. 1304 in *DeJure*, Cass. 15 dicembre 2000 n. 15820, in *Foro it.*, 2001, I, 3266, con nota di M. Iozza; *contra* Cass. 8 agosto 2002, n. 12002, in *DeJure*. Tra le due posizioni, prevale in giurisprudenza l'impostazione secondo cui il corretto esercizio dei poteri istruttori d'ufficio nel rito del lavoro postula, ad evitare che sia oltrepassato il limite obbligato della terzietà del giudice, l'esistenza, in seno al processo, sia di elementi positivi (la deduzione, sia pure implicita, di fatti e mezzi di prova idonei a sorreggere, se non compiutamente, le ragioni delle parti con profili di decisività della controversia; la sollecitazione dell'esercizio predetto delle parti nei confronti del giudice; l'impossibilità soggettiva ed oggettiva per le medesime di reperire o dedurre la prova carente o di integrare quella lacunosa o polivalente pur nella sua acclarata idoneità a sorreggere le ragioni), sia di elementi negativi, inerenti al rispetto del principio della domanda, all'onere di deduzione in giudizio dei fatti costitutivi, impeditivi o estintivi del diritto controverso, al rispetto del divieto di utilizzazione della scienza privata da parte del giudice, all'eventuale inerzia probatoria o all'eventuale rinuncia, esplicita o per *facta concludentia*, della parte, cui il giudice non può ovviare con il potere ufficioso (Cass., sez. lavoro, 6 marzo 20001, n. 3228, in *Notiz. giur. lav.*, 2001, 541).

160 Su questo aspetto, cfr. paragrafo successivo. Per ora, è sufficiente riflettere sul fatto che la previsione di cui all'art. 420 comma 6 c.p.c., richiamata dall'art. 421 comma 2 (secondo cui il giudice deve concedere alle parti dei termini a difesa dopo aver disposto l'acquisizione d'ufficio di nuove prove), milita a favore della tesi che ritiene che il giudice sia

possa approfondire, mediante l'ammissione d'ufficio di nuovi mezzi istruttori, notizie che le parti gli forniscono tardivamente¹⁶¹.

La dottrina non è concorde sul punto.

Secondo alcuni Autori la risposta dovrebbe essere negativa perché altrimenti: 1) si vanificherebbero le preclusioni allegatorie previste per le parti; 2) ci si affiderebbe all'arbitrio del giudice che, nella sua piena discrezionalità, potrebbe accontentare una parte e scontentare l'altra; 3) il giudice, che dovesse fondare l'esercizio del suo potere istruttorio su un'affermazione tardiva, in realtà tradirebbe il principio generale per cui egli dovrebbe trarre le fonti della sua conoscenza da atti rituali¹⁶².

Altri interpreti ritengono invece che la risposta dovrebbe essere positiva perché 1) altrimenti si dovrebbe escludere dalle fonti di conoscenza anche le risposte che le parti forniscono in sede di interrogatorio libero¹⁶³; 2) il potere del giudice è comunque controllabile in sede di legittimità¹⁶⁴.

Il principio, affermato dalla Cassazione, secondo cui il giudice sarebbe autorizzato a disporre nuovi mezzi istruttori per approfondire *tutto* il materiale disponibile negli – e desumibile dagli – atti di causa, ha indotto parte della dottrina a sposare la tesi favorevole all'utilizzo dei poteri istruttori ufficiosi anche con riferimento a fatti tardivamente allegati dalle parti, poiché, anch'essi costituirebbero materiale probatorio a disposizione del giudice¹⁶⁵.

Invero, le sentenze delle Sezioni Unite che si sono occupate del tema¹⁶⁶ hanno puntualizzato che l'esercizio dei poteri *ex art. 421 cpc* possa riguardare anche fatti, non allegati, ma comunque *emersi* nel processo a seguito del contraddittorio o dell'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti. Si tratta dei c.d. fatti avventizi: circostanze di fatto che il giudice ben potrebbe approfondire mediante i suoi poteri *ex art. 421 c.p.c.*, purchè risultino dagli atti o dall'attività istruttoria ritualmente espletata, ancorchè nessuna parte li abbia allegati o valorizzati¹⁶⁷. A ciò si aggiunga che,

autorizzato ad approfondire, mediante i suoi poteri istruttori ufficiosi, anche circostanze di fatto tardivamente allegate o comunque tardivamente emerse nel corso del procedimento.

161 M. Bove, *Istruzione probatoria nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, III, 909 ss.

162 In questo senso, G. Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975, 151-154; F. P. Luiso, *op. cit.*, 192, 193; C. Vellani, *La collaborazione tra il giudice e le parti nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1037. Del resto, anche la Cassazione ritiene che l'esistenza di un limite temporale per le deduzioni delle parti costituisca un «male necessario» a tutela di un processo equo in termini di durata e razionalità (Cass., 7 maggio 2013, n.10531).

163 Per una accurata ricostruzione dello strumento dell'interrogatorio libero, M. De Ioris, *L'interrogatorio nel processo del lavoro e la sua rilevanza ai fini della decisione della controversia*, in *Mass. Giur. lav.*, 2002, 702 ss. La Cassazione ha espressamente affermato che i fatti emersi dall'interrogatorio libero possono costituire fonte per ulteriori accertamenti probatori ufficiosi da parte del giudice del lavoro (cfr. Cass., sez. lavoro, 28 maggio 2003, n. 8468)

164 E. Fazzalari, *op. cit.*, 594; A. Proto Pisani, *Controversie individuali di lavoro*, *op. cit.*, 86.-87; M. Bove, *op. cit.*, 916. In relazione al controllo di legittimità sull'utilizzo dei poteri *ex art. 421 c.p.c.*, cfr. *infra*.

165 A. Proto Pisani, *Controversie individuali di lavoro*, *op. cit.*, 86.-87; M. Bove, *op. cit.*, 916.

166 Le già più volte richiamate Cass., Sez. Unite, n. 8202/2005 e n. 11353/2004.

167 Cfr. G. Tarzia-L. Dittrich, *op. cit.*, 171 ss.; F. P. Luiso, *op. cit.*, 192. Secondo A. Proto Pisani, *Le controversie di*

in un recente arresto giurisprudenziale, la Corte di Cassazione (Cass., sez. lavoro, 28 maggio 2003, n. 8468) ha considerato «fonti di prova emergenti dagli atti di causa e legittimamente esperibili per far luce su fatti incerti»¹⁶⁸ anche i c.d. fatti pacifici, che si ritengono generalmente esclusi dall'essere provati perchè non costituenti oggetto di contrasto¹⁶⁹. Questa sentenza, che impone al giudice di attivarsi ai sensi dell'art. 421 c.p.c. anche con riferimento a fatti non contestati, si colloca nel solco di quella dottrina che ha affermato che nel rito del lavoro la pacificità di un fatto non lo esclude dal *thema probandum*, dovendo comunque il giudice utilizzare tutti i mezzi a sua disposizione per verificarne la reale sussistenza¹⁷⁰.

Invero, anche nell'ambito del processo civile parte della dottrina ritiene che il principio di non contestazione – secondo cui il giudice deve porre a fondamento della sua decisione i fatti non specificamente contestati dalle parti costituite – non integri nel nostro ordinamento una prova legale, ossia non vincoli il giudice a ritenere vero e sussistente il fatto non contestato: secondo questa ricostruzione, l'art. 115 c.p.c. non escluderebbe il fatto non contestato dal *thema probandum* e non attribuirebbe ad esso efficacia di prova legale, ma valenza ed efficacia di prova liberamente valutabile, allo stesso ed identico modo di quanto è riconosciuto agli altri mezzi istruttori previsti dal codice di rito (ad es. la prova testimoniale). Il dato testuale del primo comma dell'art. 115 c.p.c., come riformulato dalla l. n. 69/2009, riconosce al fatto non contestato lo stesso valore che attribuisce alla prova liberamente valutabile (e quindi non un rango inferiore, ma neanche un rango superiore), lasciando al giudice – secondo il suo prudente apprezzamento *ex art. 116, primo comma, c.p.c.* ed alla luce delle massime d'esperienza – il potere di stabilire l'idoneità di tali elementi istruttori a determinare il suo convincimento. In altri termini, la non contestazione offre al giudice – allo stesso modo di quanto avviene con le prove liberamente valutabili – uno strumento per pervenire al convincimento circa la sussistenza o meno dei fatti allegati, ma non elimina a priori (ed in maniera netta e radicale) la potenziale incertezza circa l'esistenza degli stessi, né tanto meno preclude al giudice la possibilità (ed anche il dovere) di porsi il problema del loro accertamento¹⁷¹.

lavoro, op. cit., 86, l'indicazione della fonte materiale deve comunque pervenire dalle parti o, almeno, emergere dall'assunzione di prove dedotte dalle medesime, anche se non in una logica formalistica, nel senso che tale indicazione può pervenire al giudice anche semplicemente dall'impostazione degli atti delle parti, dai quali emergano circostanze di fatto che, ancorchè non enfatizzate, possono essere fonte di ulteriori accertamenti probatori. *Contra* E. Fazzalari, *op. cit.*, 593, secondo cui il giudice può utilizzare solo i fatti propriamente allegati dalle parti.

168 R. Bellè, *Poteri istruttori del giudice del lavoro e sindacabilità in Cassazione della loro mancata utilizzazione*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2147.

169 Per ampi riferimenti, cfr. C. Ceccarelli, *L'accertamento della verità materiale nel processo del lavoro: ruolo e iniziativa del giudice nella ricostruzione di un puzzle*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 417 ss.

170 A. Proto Pisani, *L'istruzione della causa*, in A. Proto Pisani (a cura di), *Le controversie in materia di lavoro*, 1987, 717.

171 In questo senso G. Balena, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge n. 18*

Se si accede alla tesi secondo cui la non contestazione non è una prova legale, ossia non vincola il giudice a ritenere il fatto come sussistente, allora certamente, anche con riferimento ai fatti non tempestivamente contestati, il giudice del lavoro potrà ordinare l'ammissione di nuovi mezzi istruttori *ex art. 421 c.p.c.*

Aderendo ad una simile ricostruzione, si dovrebbe, conseguentemente, giungere alla conclusione secondo cui l'art. 421, comma 2, c.p.c., oltre a costituire una attenuazione del principio di disponibilità delle prove, finisce per svilire, nel rito del lavoro ancor più che nel rito civile, anche la portata del principio di non contestazione: infatti, le conseguenze della non contestazione di un fatto sarebbero più gravi nel rito civile rispetto al rito del lavoro, posto che, nel primo caso, il giudice sarebbe tenuto solo a valutare prudentemente, ai sensi dell'art. 116 c.p.c., la circostanza dedotta e non contestata, nel secondo caso, invece, le parti potrebbero – comunque – contare e fare affidamento sui poteri istruttori d'ufficio del giudice previsti all'art. 421 c.p.c. in ordine all'accertamento del fatto non contestato.

Questa impostazione, tuttavia, non pare giustificabile alla luce dei principi di speditezza, efficienza e concentrazione che connotano il rito speciale lavoristico fin dalle origini: l'esercizio dei poteri istruttori anche con riferimento a fatti pacifici porterebbe ad un appesantimento ingiustificato del giudizio e ad una eccessiva dilatazione dei tempi processuali¹⁷².

Non solo: imporre al giudice del lavoro di attivarsi *ex art. 421 c.p.c.* anche con riferimento ai fatti non contestati dalle parti determinerebbe una violazione del principio di autoresponsabilità e minerebbe l'imparzialità del giudice stesso¹⁷³.

Peraltro, l'orientamento anzidetto, che nega il valore di prova legale alla non contestazione del fatto e ammette l'utilizzo dei poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro anche con riferimento ai fatti

giugno 2009, n. 69), in www.judicium.it; nello stesso senso, ma con riferimento all'art. 115 c.p.c. ante riforma, cfr. A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1965, 285 ss., secondo il quale la non contestazione costituisce uno degli elementi di valutazione che il giudice può utilizzare ai sensi dell'art. 116 c.p.c., secondo comma, c.p.c., laddove gli si riconosce il potere di desumere argomenti di prova dal contegno delle parti nel processo. Di diverso avviso, invece, M. Bove, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Napoli, 2010, 88, il quale sostiene che «la mancata contestazione non rappresenta una fonte del convincimento del giudice, essa non è un comportamento valutabile del giudice nella soluzione della *quaestio facti*, ma essa è propriamente un mezzo di fissazione formale del fatto allegato e non contestato, scaturente non da una prova del fatto, bensì dalla mancata necessità di provare il fatto». Nello stesso senso dell'Autore da ultimo citato, ma con riferimento alla formulazione dell'art. 115 c.p.c. ante riforma, cfr. G. Verde, voce *Domanda (principio della)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, par. 10; C. Consolo, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig.civ.*, VII, 1991, Torino, 55, che assume il fatto non contestato come verificatosi e come tale non più bisognoso di essere provato.

172 C. Ceccarelli, *op. cit.*, 421.

173 C. Pisani, *op. cit.*, 207; A. Vallebona, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, *op. cit.*, 789; V. Turco, *Onere di allegazione e onere della prova. Ricorso introduttivo sanabile ex art. 164*, in *Dir e gius.*, 2004, 32, 31 ss.

pacifici, non trova riscontro nella maggioritaria giurisprudenza di legittimità: le Sezioni Unite, con la storica sentenza del 23 gennaio 2002, n. 761, hanno affermato l'esistenza, nel nostro ordinamento processuale, del principio di non contestazione e, conseguentemente, di un generale onere di contestazione tempestiva, in mancanza del quale il fatto è da considerarsi pacifico e sottratto al *thema probandum*¹⁷⁴.

La pronuncia risolutiva era stata sollecitata da un contrasto sorto proprio all'interno della Sezione Lavoro a proposito della necessità della contestazione, da parte del datore di lavoro convenuto, anche dei conteggi elaborati dall'attore-lavoratore, in presenza di una contestazione riguardante solo l'*an debeat*. Le Sezioni Unite statuirono che «*gli artt. 167, comma 1 e 416, comma 3, imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti costitutivi, fanno della non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con conseguenti effetti vincolanti per il Giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua di siffatta regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti*».

Secondo la citata sentenza n. 761/2002, la non contestazione (ravvisabile nel silenzio serbato su determinate circostanze allegare dalla parte avversa o anche nella contestazione generica delle medesime) comporta l'esclusione del fatto non contestato dal *thema probandum* ed è irreversibile (salva la sussistenza dei presupposti per una rimessione in termini) oltre l'udienza di cui all'art. 420 c.p.c. (per il rito ordinario, è da ritenersi, l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c.); la non contestazione opera, tuttavia, solo in ipotesi di controversie relative a diritti disponibili, esclusivamente con riguardo all'atteggiamento processuale del convenuto costituito, e sempre che essa abbia ad oggetto

174 Cass., Sezioni Unite, 23 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2002, I, 2019 ss., con nota di C.M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite*. Anteriormente a tale pronuncia, la prevalente giurisprudenza di legittimità aveva costantemente ritenuto che i fatti allegati potevano considerarsi pacifici, esonerando la parte allegante dall'onere di fornire la prova, soltanto quando l'altra parte li avesse esplicitamente ammessi o avesse impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti medesimi, ovvero quando si fosse limitata a contestarne esplicitamente e specificamente alcuni soltanto, così indirettamente manifestando la propria mancanza di interesse all'accertamento degli altri. (v. tra le tante Cass. 26 agosto 1986 n. 5229, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, VIII; Cass. 5 dicembre 1992 n. 12947, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, XII; Cass. 20 maggio 1993, n. 5733 in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 895; Cass. 23 maggio 1995, n. 5643 in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1049; Cass. 18 luglio 1997, n. 6623, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1238; Cass. 13 ottobre 1999, n. 11513, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2112; Cass. 8 agosto 2000, n. 10434 in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1743). Tuttavia, si registra anche la presenza di sentenze che hanno, in qualche modo, favorito la valorizzazione del principio di non contestazione, attribuendo rilevanza alla semplice non contestazione ed anche al mero silenzio serbato dal convenuto, senza necessità di un'esplicita ammissione dei fatti allegati dall'attore, nonché ad una difesa incompatibile con la negazione di quei fatti o una contestazione solo parziale dei medesimi (Cass. 23 giugno 1998, n. 6230 in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1379; Cass. 20 agosto 1997, n. 7758 in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1452; Cass. 14 febbraio 1995, n. 1576, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 339; Cass. 4 agosto 1988, n. 4834, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, VIII).

i fatti «*posti dall'attore a fondamento della domanda*», quindi i cd. fatti costitutivi, con conseguente esclusione dei fatti cd. «secondari» (ossia i fatti affermati dall'attore in funzione di prova dei fatti costitutivi).

Il principio è stato ribadito successivamente da altre sentenze della Sezione Lavoro¹⁷⁵, mentre – a quanto consta – la pronuncia più *supra* richiamata (Cass., sezione lavoro, 21 agosto 2003, n. 12317, *cit.*¹⁷⁶), insieme ad un'altra sentenza del 2009 (Cass., sezione lavoro, 27 maggio 2009, n. 12274)¹⁷⁷, costituiscono gli unici arresti di un orientamento che ormai può dirsi consolidato in senso opposto¹⁷⁸.

In conclusione, guidati dalla stella polare dei principi di autoresponsabilità delle parti, di imparzialità del giudice e di speditezza processuale, è possibile sciogliere il contrasto interpretativo (a ben vedere, meramente apparente), *ut supra* richiamato, a proposito della possibilità per il giudice di approfondire, mediante i suoi poteri istruttori d'ufficio *ex art. 421 c.p.c.*, fatti allegati tardivamente o non contestati dalle parti.

A tal proposito, può essere opportuno distinguere due macro-categorie di “fatti” che possono venire in rilievo nell'istruzione processuale:

- da un lato, le circostanze di fatto dedotte irritalmente dalle parti per causa a loro imputabile o non contestate tempestivamente secondo quanto imposto dall'art. 115 c.p.c.: esse non potranno costituire fonti di prova da approfondire ai sensi e per gli effetti dell'art. 421

175 Solo *ex multis*, cfr. Cass., sezione lavoro, 17 aprile 2002, n. 5526 in *Giust. civ. mass.*, 2002, 661. Per riferimenti giurisprudenziali in tal senso cfr. C.M. Cea, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 268 ss. Per una ricostruzione critica dell'evoluzione giurisprudenziale, cfr. L. De Angelis, *Il processo del lavoro e della previdenza*, *op. cit.*, 203 ss.

176 Secondo la quale, «*la previsione dell'obbligo del convenuto di formulare nella memoria difensiva di primo grado, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito, nonché di prendere posizione precisa in ordine alla domanda e di indicare le prove di cui intende avvalersi, (...), non esclude il potere dovere del giudice di accertare se da parte attorea sia stata data dimostrazione probatoria dei fatti costitutivi e giustificativi della pretesa, indipendentemente dalla circostanza che, in ordine ai medesimi, siano state o meno proposte, dalla parte legittimata a contraddire, contestazioni specifiche, difese ed eccezioni in senso lato (...)*».

177 In *Dir e giust.*, 2009, 82, con la quale la Suprema Corte compie sorprendentemente un passo indietro rispetto all'orientamento consolidatosi in materia, negando l'inesistenza nel nostro ordinamento di «*un principio che vincoli alla contestazione specifica di ogni situazione di fatto dichiarata dalla controparte, occorrendo invece che esso sia esplicitamente ammesso dalla controparte, ovvero che questa, pur non contestandolo in modo specifico, abbia impostato il proprio sistema difensivo su circostanze o argomentazioni logicamente incompatibili con il suo disconoscimento*».

178 Con la sentenza del 13 giugno 2005, n. 12636 (in *Giust. civ. mass.*, 2005, 6), la Suprema Corte aggiunge qualche indicazione in più rispetto alla sentenza delle Sezioni Unite n. 761 del 2002, affrancando il principio in questione dal dato positivo rappresentato dagli artt. 416 c.p.c. per il rito del lavoro, e 167 c.p.c. per il rito ordinario. La Cassazione ha infatti statuito che il principio di non contestazione deriva dal carattere dispositivo del processo che comporta una struttura dialettica a catena, dal principio di preclusione che obbliga le parti a circoscrivere il *thema decidendum* e *probandum* fin dalle prime battute, dai doveri di lealtà e probità e dal principio di economia processuale, costituzionalizzato dall'art. 111 Cost.

- c.p.c.¹⁷⁹ e il giudice dovrà, rispettivamente, ignorarle (circostanze tardivamente dedotte) o considerarle ai fini della decisione come certamente sussistenti (fatti pacifici);
- dall'altro lato, tutti gli altri elementi di fatto che entrano nella sfera di cognizione del giudice per effetto di una rituale dialettica processuale: in questa categoria rientreranno le informazioni acquisite in sede di interrogatorio libero (anche se concernenti “fatti nuovi”, non allegati), e i c.d. fatti avventizi, presenti negli atti o comunque emersi nel corso delle prove richieste dalle parti, ancorchè non valorizzati: essi costituiscono materiale probatorio che il giudice potrà approfondire ai sensi dell'art. 421 c.p.c., in quanto ritualmente acquisito.

4.2.2. Il problema dell'allegazione tardiva del contratto collettivo e della sua acquisibilità d'ufficio. Cenni.

Nell'ambito del dibattito ricostruito nel paragrafo precedente, merita qualche breve cenno la controversa questione relativa alla possibilità per il giudice del lavoro di autorizzare il deposito tardivo del contratto collettivo invocato da una parte ma non allegato nell'atto introduttivo e/o di disporre l'acquisizione d'ufficio ai sensi del combinato disposto degli artt. 421 e 425, comma 4, c.p.c.

Nonostante il tenore letterale delle due norme possa indurre a ritenere che il giudice del lavoro possa/debba supplire, d'ufficio, alle carenze allegatorie della parte che invoca l'applicabilità del contratto collettivo, dottrina e giurisprudenza affermano che il potere di richiedere il testo dei contratti collettivi alle parti sociali lascia inalterato il generale principio dispositivo, e quindi l'esistenza dell'onere, in capo a chi invoca l'applicazione dell'accordo, di dimostrarne l'esistenza e di produrlo in giudizio¹⁸⁰.

Più nello specifico, gli interpreti hanno elaborato e delineato, nel tempo, i margini entro cui il giudice del lavoro può attivare, in relazione a questa peculiare fattispecie, i poteri che gli artt. 421 e 425 c.p.c. gli attribuiscono.

179 Salvo si tratti di fatti sopravvenuti (cfr. nota n. 25) o, più in generale, fatti che la parte non abbia potuto allegare tempestivamente per fatto a lei non imputabile (art. 153, comma 2, c.p.c.). Per quest'ultimo profilo cfr. A. Mengali, *Preclusioni e verità nel processo civile*, Torino, 2018, 111 ss. Peraltro, si rifletta su questo punto: è possibile che una parte non allegi una circostanza di fatto per ignoranza dello stesso oppure, a seguito di una valutazione di strategia processuale, perchè non in grado di dimostrarlo. Nel caso in cui, durante la causa, la parte scopra o rinvenga la prova di quell'elemento di fatto, si deve ritenere che quest'ultimo ben potrà entrare nel processo ai sensi e per gli effetti dell'art. 420, comma 5, c.p.c. secondo il quale il giudice deve ammettere, se ritenuti rilevanti, i mezzi di prova che le parti non abbiano potuto proporre tempestivamente negli atti introduttivi. In questa evenienza, il profilo dell'onere allegatorio si confonde con quello istruttorio e dovrebbe pertanto ritenersi assorbito dalla relativa disciplina.

180 In dottrina G. Tarzia-L. Dittrich, *op. cit.*, 190; F.P. Luiso, *op. cit.*, 211; L. De Angelis, *Il processo del lavoro e della previdenza*, *op. cit.*, 273; in giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cass., sezione lavoro, 14 marzo 1981, n. 1276, in *Rep. Foro it.*, 1981, 241.

Anzitutto, il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità ritiene che la mancata o errata indicazione della contrattazione collettiva applicabile al caso di specie non incide sull'oggetto della domanda e non comporta, quindi, la nullità del ricorso¹⁸¹.

In secondo luogo, quanto ai poteri di acquisizione d'ufficio del testo del contratto, la Cassazione distingue tre ipotesi¹⁸²:

- 1) nel caso di mancata produzione del contratto, pur invocato nel ricorso, e di contestazione della controparte in ordine alla esistenza e al contenuto dello stesso, il giudice deve rigettare la domanda nel merito, trovandosi nell'impossibilità di determinare l'*an* e il *quantum* della pretesa fatta valere (Cass., sezione lavoro, 12 aprile 2000, n. 4714; Cass., sezione lavoro, 19 maggio 10993, n. 5655);
- 2) nel caso in cui invece l'attore, pur non avendo indicato gli estremi del contratto collettivo, abbia comunque fornito idonei elementi di identificazione del contratto e la controparte non ne abbia contestato l'esistenza e il contenuto ma solo l'applicabilità, allora il giudice avrà il potere-dovere di acquisirlo d'ufficio *ex art. 421 cpc*;
- 3) qualora, infine, il ricorrente non abbia né indicato né depositato il contratto collettivo e la controparte ne abbia contestato l'esistenza, è precluso al giudice l'esercizio dei poteri ufficiosi per l'acquisizione del contratto (Cass., Sezione Lavoro, 16 gennaio 2004, n. 639, in *Nuova giur lav.*, 2004, 385).

Risulta particolarmente significativo rilevare come la suddetta disciplina, elaborata dai giudici di legittimità in merito alle possibilità di ingresso del contratto collettivo nel processo, sia più favorevole rispetto al regime delineato, con riferimento alla produzione documentale, dalle note sentenze a Sezioni Unite del 20 aprile 2005, n. 8202 (per il rito lavoristico) e del 20 settembre 2005, n. 8203 (per il rito civile ordinario)¹⁸³. Le citate pronunce hanno equiparato la prova precostituita

181 Cass., sezione lavoro, 18 giugno 2002, n. 8839, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 2101; Cass., sezione lavoro, 5 aprile 2002, n. 4889, in *Foro it.*, 2002, I, 2740; Cass., sezione lavoro, 9 febbraio 10989, n. 818; Cass. Sezioni Unite, 22 maggio 1985, n. 3105, in *Giustizia it.*, 1986, I, 597. Al contrario, si deve segnalare un orientamento molto più rigido in alcune pronunce, peraltro recenti, della giurisprudenza di merito: cfr. Tribunale L'Aquila, 29 gennaio 2014, n. 21, secondo cui il ricorso introduttivo sarebbe nullo *ex art. 156 comma 2 c.p.c.*, se privo dell'indicazione del contratto collettivo invocato: nemmeno la produzione di uno stralcio del contratto collettivo di cui si chiede l'applicazione sarebbe sufficiente a soddisfare l'onere di allegazione gravante sulla parte, dovendosene operare la produzione integrale. Secondo Tribunale di Bari, 28 aprile 2016, n. 2186, l'allegazione del contratto collettivo attiene agli stessi fatti costitutivi della domanda, pertanto il Giudice non è autorizzato a colmare una simile lacuna. In altri termini, l'acquisizione tardiva del contratto collettivo avrebbe natura sostitutiva rispetto all'onere allegatorio della parte istante: essa è quindi inammissibile.

182 Per una ricostruzione puntuale e riferimenti giurisprudenziali, cfr. G. Amoroso, V. Di Cerbbo, A. Maresca, R. Foglia, *Diritto del lavoro. Il processo*, volume IV, III edizione, Milano, 2016, 173 ss. e 178 ss.

183 In *Foro it.*, 2005, I, 1690 con note di A. Proto Pisani, *Nuove prove in appello e funzione del processo*, di D. Dalfino, *Limiti all'ammissibilità di documenti in appello: le sezioni unite compongono il contrasto di giurisprudenza (anche con*

(documentale) a quella costituenda (es. testimoniale), sancendo il principio secondo cui l'omessa indicazione, nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, dei documenti e l'omesso deposito degli stessi contestualmente a tale atto, determina la decadenza del diritto alla produzione dei documenti stessi, salvo che la produzione non sia giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi della vicenda processuale successiva al ricorso e alla memoria di costituzione (ad esempio, a seguito di domanda riconvenzionale o intervento o chiamata in causa del terzo)¹⁸⁴.

Anche a seguito delle suddette pronunce delle Sezioni Unite, la Sezione Lavoro, in relazione alla produzione del contratto collettivo, ha costantemente ribadito che l'omessa tempestiva produzione in giudizio può determinare il rigetto della domanda solo se siano contestati l'esistenza o il contenuto del contratto medesimo, non già allorchè la contestazione si limiti alla sua applicabilità al rapporto dedotto in giudizio, potendo, in quest'ultimo caso, i poteri istruttori del giudice (artt. 421, comma 2, e 425, ultimo comma, c.p.c.) supplire alla carenza allegatoria della parte, qualora quest'ultima abbia comunque fornito elementi idonei alla identificazione del contratto applicabile¹⁸⁵.

4.2.3. Il secondo limite all'esercizio dei poteri di cui all'art. 421 c.p.c.: la c.d. *semiplena probatio*.

Si è visto, che il giudice del lavoro, nell'esercitare i poteri istruttori previsti all'art. 421 c.p.c., deve rispettare, anzitutto, l'onere di deduzione e contestazione a carico delle parti dei fatti costitutivi, impeditivi o estintivi del diritto controverso: egli deve quindi evitare di intervenire direttamente, qualora la parte non abbia tempestivamente allegato o contestato i predetti fatti, non potendo i poteri

referimento al rito ordinario) e di L. Barone, *Nuovi documenti in appello: è tutto chiarito?*; In *Foro it.*, 2005, I, 2719, con nota di L. Cea, *Principio di preclusione e nuove prove in appello*; in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, con nota di M. Miscione, *La Cassazione cambia indirizzo sulla produzione dei documenti nel processo del lavoro*.

184 In precedenza, a favore dell'inclusione dei documenti tra i mezzi di prova, cfr. M. E. La Torre, *Contributo alla teoria giuridica del documento*, Milano, 2004, 167 ss., secondo cui gli artt. 416, comma 3, e 437, comma 2, c.p.c. non presuppongono alcuna distinzione tra i mezzi di prova e i documenti.

185 Ex multis, Cass., sez. lavoro, 7 luglio 2008, n. 18584. Addirittura, un'interessante recente sentenza della Cassazione ha sostenuto che il contratto collettivo, invocato negli atti introduttivi come criterio di giudizio, non può essere annoverato tra i mezzi di prova, in senso tecnico, e in particolare tra i documenti; non può pertanto essere ricompreso tra i mezzi di prova che a pena di decadenza il ricorrente deve indicare nel ricorso ai sensi dell'art. 414 c.p.c. (Cass., sez. lavoro, 13 aprile 2015, n. 7403 in *DeJure*). Quest'ultima affermazione appare in linea con il crescente rilievo riconosciuto dal legislatore ai contratti collettivi nel processo del lavoro: in particolare, l'art. 360, n. 3, c.p.c., come modificato dall'art. 2, d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, prevede la impugnazione in Cassazione per violazione o falsa applicazione degli accordi o contratti collettivi nazionali di lavoro; inoltre, l'art. 420 bis c.p.c., inserito dall'art. 18, d.lgs. n. 40/2006, prevede che quando per la decisione sia necessario risolvere una questione relativa a l'efficacia, la validità o l'interpretazione delle clausole di un contratto collettivo nazionale, il giudice – prima di emettere qualsiasi altro provvedimento – può decidere tale questione con sentenza non definitiva sospendendo il processo. Contro questa sentenza si può ricorrere direttamente in Cassazione entro sessanta giorni e la causa continua a restare sospesa fino alla decisione della Corte.

di cui all'art. 421 c.p.c. estendersi al punto tale da costituire un vero e proprio rimedio alle richieste irrituali delle parti o al mancato adempimento dell'onere di precisa contestazione (art. 115 c.p.c.).

Oltre a doversi attenere al predetto divieto di sostituirsi alle parti che non abbiano allegato o contestato i fatti rilevanti per sostenere in giudizio le proprie istanze, il giudice del lavoro, secondo la giurisprudenza, non può nemmeno ricorrere all'art. 421 c.p.c. nel caso in cui tali circostanze di fatto, pur allegate dalle parti, siano sformite di qualsiasi supporto probatorio¹⁸⁶. In altri termini, l'art. 421 c.p.c. non dispensa le parti dall'onere di dedurre tempestivamente¹⁸⁷ i mezzi di prova idonei a sorreggere le loro ragioni: i poteri istruttori d'ufficio hanno, infatti, una funzione meramente integrativa e non suppletiva delle carenze istruttorie delle parti in causa¹⁸⁸. La nuova prova disposta d'ufficio deve essere solo l'approfondimento di elementi probatori già obiettivamente presenti nella realtà del processo, non potendo il giudice sopperire alla totale mancanza di prova rispetto ai fatti allegati da una parte¹⁸⁹.

La distinzione tra funzione integrativa e funzione suppletiva dei poteri istruttori del giudice si coglie confrontando la disposizione di cui all'art. 421 c.p.c. con l'art. 507 c.p.p.: mentre il giudice del lavoro può disporre nuovi mezzi di prova in qualunque fase processuale¹⁹⁰ e solo allo scopo di

186 Ex multis, Cass., sez. lavoro, 23 maggio 2003, n. 8220; Cass., sezione lavoro, 6 luglio 2000, n. 9034.

187 Ossia negli atti introduttivi del giudizio (artt. 414-416 c.p.c.) o, al più tardi, nel caso in cui una parte riesca a dimostrare di non aver potuto produrre prima il mezzo istruttorio, nel corso dell'udienza di discussione (art. 420, comma 5, c.p.c.). Si rinvia al paragrafo dedicato all'analisi delle preclusioni allegatorie e istruttorie nel rito del lavoro.

188 F. Carpi-M. Taruffo, *sub art. 421 c.p.c.*, in *Commentario al codice di procedura civile*, Padova, 2002, 1306.

189 A. Belsito, *L'esercizio dei poteri istruttori del giudice del lavoro*, in *Dir. relaz. ind.*, 2007, II, 408 ss; in giurisprudenza, Cass., sez. lavoro, 27 luglio 2006, n. 17178, in *Notiz. giur. lavoro*, 2006, 823; Cass., sez. lavoro, 5 febbraio 2007, n. 2379, in *DeJure*; Cass., sez. lavoro, 13 giugno 2007, n. 13783, in *DeJure*. In particolare, a titolo esemplificativo, il giudice del lavoro non può ordinare alla ditta convenuta la produzione di tanti documenti per poi scegliere nominativi di testi ricavati dalla narrativa del ricorso introduttivo o disporre una consulenza tecnica d'ufficio senza che mai il ricorrente abbia prodotto una dettagliata relazione tecnica di parte; allo stesso modo, il giudice non può disporre una consulenza tecnica d'ufficio se il ricorrente nel chiedere le differenze retributive non produca alcun conteggio analitico e relativi riferimenti tecnici.

190 C. Ceccarelli, *op. cit.*, 420; A. Proto Pisani, *op. cit.*, 720; in giurisprudenza cfr. Cass., sez. lavoro, 23 giugno 2015, n. 12962; Cass., sezione lavoro, 1 agosto 2013, n. 18410; Cass., Sez. Unite, 17 giugno 2004, n. 11353, in *Foro it.*, 2005, I, 1135; Cass. sez. lavoro, 28 maggio 2003, n. 8468. Nelle medesime pronunce è stato altresì precisato che i poteri d'ufficio del giudice del lavoro possono essere esercitati anche dopo il verificarsi delle preclusioni e decadenze delle parti e pur in assenza di esplicita richiesta delle parti in causa. Nello stesso senso, cfr. Cass., sezione lavoro, 5 novembre 2012, n. 18924, secondo la quale, nel rito del lavoro, il verificarsi di preclusioni o di decadenze in danno delle parti non osta all'ammissione d'ufficio delle prove, trattandosi di potere diretto a vincere i dubbi residuati dalle risultanze istruttorie, ritualmente acquisite agli atti del giudizio di primo grado. Ne consegue che, essendo la prova nuova disposta d'ufficio funzionale al solo indispensabile approfondimento degli elementi già obiettivamente presenti nel processo, non si pone una questione di preclusione o decadenza processuale a carico della parte. Da queste sentenze si evince come l'art. 421 c.p.c. costituisca attuazione dell'interesse pubblicistico e generale al raggiungimento della verità materiale nel corso del giudizio, per questo sottratto completamente alla disponibilità delle parti e alle loro chances processuali. Risulta allora contraddittorio rispetto a questa premessa l'indirizzo giurisprudenziale più recente secondo cui: 1) il giudice è tenuto a motivare in ordine all'esercizio o al mancato esercizio dei poteri ex art. 421 c.p.c. solo in caso di

approfondire materiale probatorio già presente nel giudizio, il giudice penale può esercitare tale potere solo una volta terminata l'istruzione dibattimentale, dopo che le parti abbiano esaurito le loro istanze istruttorie, qualora risulti assolutamente necessario, anche con riferimento a prove non richieste o coltivate dalle parti, in funzione, quindi non meramente integrativa, bensì anche suppletiva, purchè limitata alle prospettazioni dei fatti emersa nel giudizio¹⁹¹.

Si può dunque ritenere che, nel rito del lavoro, allorquando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine (c.d. *semiplena probatio*¹⁹²), 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 (art. 2697 c.c.), ma ha il «potere-dovere» (nel senso *ut supra* precisato) di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale probatorio ed idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione.

Nello specifico, la giurisprudenza di legittimità si è interrogata in merito al rapporto che intercorre, nel rito speciale lavoristico, tra il principio dell'onere della prova e l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro.

Si deve premettere, a tal proposito, che l'art. 2697 cod. civ. costituisce una disposizione che il giudice applica non quando dalle risultanze processuali risulta proprio quello che il medesimo articolo prevede, ossia l'assolvimento dei rispettivi oneri probatori delle parti¹⁹³. Al contrario, l'art. 2697 cod. civ. troverà applicazione come regola di giudizio quando *manca la prova* dei fatti che le parti erano chiamate a dimostrare, in base alla norma di diritto sostanziale. In altri termini, la regola dell'onere della prova serve a determinare la decisione quando *manca la prova* dei fatti allegati, rispettivamente, dalle parti. Tale principio, dunque, serve a ripartire fra le parti le conseguenze *negative* della mancata prova dei fatti, in base alla ripartizione dell'onere di fornirne la prova¹⁹⁴.

La giurisprudenza non sembra avere più dubbi in merito alla peculiare declinazione del suddetto principio nel processo del lavoro: infatti, i giudici di legittimità costantemente ribadiscono che, nel

richiesta esplicita delle parti in tal senso; 2) non è possibile censurare, per la prima volta, in sede di legittimità il vizio di motivazione in relazione alla decisione del giudice di attivare o meno i poteri istruttori d'ufficio di cui all'art. 421.

191 Cass. Penale, 20 aprile 2001, n. 23436 e Cass. Sezioni Unite, Pen., 17 ottobre 2006, n. 41281. Su questi aspetti, cfr. A. Belsito, *L'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro*, in *Dir. relaz. ind.*, II, 2007, 408 ss.

192 Cass., sez. lavoro, 10 dicembre 2008, n. 29006.

193 L'art. 2697 c.c. dispone che chi vuol fare valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda. La disposizione agisce come mera norma di rinvio rispetto alla norma sostanziale che dev'essere applicata come criterio giuridico di decisione. In altri termini, sarà la norma sostanziale e non l'art. 2697 c.c. a determinare la decisione del giudice nel caso in cui sia raggiunta la prova dei fatti giuridici rilevanti ai fini dell'applicazione della norma stessa. (M. Taruffo, *La valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile*, in *Comm. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2012, 248; Id., *Onere della prova*, in *Dig. civ.*, XIII, Torino, 1995, 67).

194 Cfr. riferimenti bibliografici nota precedente.

rito speciale lavoristico, la regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c. deve essere applicata solo dopo che siano stati esercitati i poteri istruttori che il legislatore ha attribuito al giudice del lavoro con gli artt. 421 e, per l'appello, 437 c.p.c.¹⁹⁵. In altri termini, il giudice del lavoro, a fronte di un dubbio circa l'esistenza di un fatto, che gli imporrebbe di pervenire alla decisione *sic et simpliciter* applicando la regola di cui all'art. 2697 c.c., ha il potere-dovere di decidere solo dopo aver disposto d'ufficio l'assunzione di un mezzo di prova per accertare la sussistenza o meno delle circostanze dubbie, purchè esse siano state allegare e/o risultino ritualmente dagli atti di causa¹⁹⁶.

Si può quindi concludere affermando che, nel rito del lavoro, l'applicazione dell'art. 421 c.p.c. deve precedere quella del principio di cui all'art. 2697 c.c.

Dopo aver tratteggiato, in via generale, il rapporto tra l'art. 421 c.p.c. e la regola del riparto dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c., nel successivo paragrafo, si dedicherà un *focus* alla nuova disposizione di cui all'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, per comprendere se e come essa incida nella peculiare declinazione del principio dell'onere della prova nel rito lavoristico.

4.2.4. L'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 e il suo impatto nel rapporto tra l'art. 421 c.p.c. e l'art. 2697 c.c.

Nell'ambito degli argomenti trattati, costituisce una novità di indubbio rilievo la disposizione di cui all'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, secondo cui il giudice, nelle sole ipotesi di licenziamento per motivi disciplinari in cui sia «*direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato*» – rispetto al quale gli è interdetta ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento ai sensi del comma 1 –, condanna il datore alla reintegrazione del lavoratore nel posto del lavoro, oltre al pagamento di un'indennità risarcitoria.

Tra gli interpreti, vi è molta incertezza su come debba essere intesa la regola secondo la quale, ai fini dell'applicazione del più favorevole regime di tutela reale attenuata (art. 3, comma 2, d.lgs. n.

195 Cass., sez. lavoro, n. 5123/1984, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 783; Cass. n. 3009/1984; Cass., sezione lavoro, n. 11915/1992, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 2143; Cass., sez. lavoro, 28 maggio 2003, n. 8468. In dottrina cfr. R. Marengo, *Ammissione officiosa nel processo del lavoro: natura e sindacabilità*, in *Giust. Civ.*, I, 1215; C. Cecchella, *Limiti all'iniziativa istruttoria del giudice del lavoro: le preclusioni all'attività difensiva delle parti e la regola dell'onere della prova*, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 783.

196 Cass., sezione lavoro, 6 luglio 2000, n. 9034, in *DeJure*; Cass., 8 agosto 20002, n. 12002, in **Il Lavoro nella Giur.**, 2003, 79 ss.; Cass. 1 agosto 2013, n. 18410 in *Dir e giust.*, 2013; Cass. 14 luglio 2010, n. 16542, in CED Cassazione. 2010 (in cui chiaramente si precisa che il giudice deve esercitare i suoi poteri istruttori prima di applicare l'art. 2697 c.c., sempre che non vi sia una totale assenza della prova); Cass., 10 dicembre 2008, n. 29006, in *DeJure*, in cui si segue la stessa logica: là dove si ha una sorta di prova semipiena e risulta dagli atti la possibilità di assumere d'ufficio un mezzo di prova, il giudice ha il dovere di assumerlo o di dire il motivo che lo porta alla scelta contraria. Nello stesso senso ancora, Cass. 15 dicembre 2000, n. 15820, in *DeJure*, Cass., 12 febbraio 1997, n. 1304, in *DeJure*; Cass. 2 agosto 1996, n. 6995, in *Il Lavoro nella Giur.*, 1997, 168. In dottrina nello stesso senso, cfr. F.P. Luiso, *Il processo del lavoro*, op. cit., 188; C. Vellani, *op. cit.*, 1037.

23/2015), in luogo della tutela indennitaria forte (prevista in caso di insussistenza della giusta causa, giustificato motivo soggettivo o oggettivo ex art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015), l'insussistenza del fatto debba essere *direttamente* provata in giudizio dal prestatore di lavoro.

Fin dai primi commenti, sono apparse minoritarie le posizioni di coloro che hanno sostenuto che la disposizione in esame abbia abrogato¹⁹⁷ o perlomeno incrinato¹⁹⁸ il generale principio sul riparto dell'onere della prova in materia di licenziamenti di cui all'art. 5 legge n. 604 del 1966, che pone a carico del datore di lavoro la prova della giustificatezza del licenziamento¹⁹⁹.

In particolare, secondo la dottrina maggioritaria²⁰⁰ la norma introdotta dal legislatore del 2015 non agisce sul piano dell'onere probatorio, ma solo su quello della scelta del regime di tutele applicabile: il datore di lavoro rimarrebbe onerato dell'obbligo di fornire la prova della sussistenza dei fatti posti a fondamento del proprio recesso; nel caso in cui egli riesca a fornire tale prova il licenziamento sarà considerato legittimo, altrimenti illegittimo, con la conseguente applicabilità dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015 (c.d. tutela indennitaria forte). Solo nel caso in cui sia il lavoratore a dimostrare «*direttamente*» l'insussistenza del fatto contestatogli, egli avrà diritto alla reintegrazione ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015. Pertanto, la mancata soddisfazione degli oneri probatori posti a carico del datore di lavoro (art. 2697 c.c.) inciderebbe esclusivamente sulla valutazione della illegittimità del licenziamento (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015) ma non anche sul regime sanzionatorio applicabile (art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015)²⁰¹.

197 F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del d.lgs. 24 dicembre 2014)*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi del decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, in Adapt Labour Studies e-book series n. 37, 120.

198 D. Borghesi, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in www.iudicium.it

199 Si è osservato, invero, che se davvero l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015 avesse voluto abrogare la fondamentale norma di cui all'art. 5 legge n. 605 del 1966 lo avrebbe fatto espressamente. In questo senso cfr. L. De Angelis, *Gli aspetti processuali della disciplina del d.lgs. n. 23/2015*, in *Foro It.*, 2015, V, col. 256 e segg. e Id, in M.T. Carinci-A.Tursi (a cura di), *Jobs Act – Il contratto a tutele crescenti*, Torino, 2015, pagg. 254-255; M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, II, pag. 327 e segg.; G. Mimmo, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23*, in giustiziacivile.com; C. Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015, pagg. 32-33.

200 L. De Angelis, *Gli aspetti processuali della disciplina del d.lgs. n. 23/2015*, *op. cit.*, pag. 261; F. Perrone, *Profili processuali del contratto a tutele crescenti*, in G. Zilio Grandi-M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma del "Jobs Act"*, *op. cit.*, pagg. 284-285; M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, *op. cit.*, pag. 310; R. Riverso, *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd Jobs Act*, in www.questionegiustizia.it, 2015, 3; M. Persiani, *Notarelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, pag. 393 e segg.; D. De Feo, *L'onere della prova in ordine alla insussistenza del fatto materiale contestato ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015*, in www.giustiziacivile.com, 28 febbraio 2018.

201 I. Fedele, *Il licenziamento disciplinare*, in L. Di Paola (a cura di), *Il licenziamento. Dalla Legge Fornero al Jobs Act*, Milano, 2016, pag. 211.

Questa tesi è stata accolta, nella giurisprudenza di merito, da Trib. Napoli, Sez. Lav., sentenza 27 giugno 2017²⁰².

Altri Autori hanno sostenuto che, affermare che, benché solo ai fini dell'accesso alla tutela reale, è il lavoratore a doversi fare carico della prova dell'insussistenza del fatto sul quale il licenziamento si fonda, non costituisce altro che una contraddizione rispetto alla premessa da cui la tesi in esame trae origine, quella secondo la quale l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015 non avrebbe inteso abrogare la regola generale di cui all'art. 5 legge n. 604 del 1966²⁰³.

Per trovare una risposta a tali dilemmi interpretativi, appare utile proseguire nell'analisi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015 e comprendere cosa voglia dire che la prova dell'insussistenza del fatto materiale contestato debba essere *diretta*²⁰⁴.

Anche in questo caso le opinioni divergono²⁰⁵.

La tesi che pare più aderente al dato normativo²⁰⁶ sostiene che l'inciso «direttamente» previsto al comma 2 dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015 sembrerebbe voler chiarire che la prova del fatto negativo, vale a dire «l'insussistenza del fatto materiale contestato», costituente presupposto applicativo della tutela reale, debba essere offerta dal lavoratore per mezzo di uno specifico accertamento sul punto, «e non semplicemente dedotta quale conseguenza logico-giuridica dell'inadempimento dell'onere di provare l'esistenza del presupposto giustificativo del licenziamento gravante sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015»²⁰⁷.

In altri termini, il lavoratore, per poter godere della tutela reintegratoria, dovrebbe fornire una prova *diretta*, nel senso di *piena*, anche per mezzo di presunzioni, a condizione che esse siano effettivamente gravi, precise e concordanti, tali cioè da permettere di risalire, con ragionevole probabilità, dai fatti noti a quelli ignoti²⁰⁸.

202 Su banca dati De Jure.

203 D. De Feo, *op. cit.*, 5.

204 Nega la rilevanza di questa precisazione C. Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015 pag. 36.

205 Secondo alcuni Autori (M. Marazza, *op. cit.*, 329; F. Carinci, *op. cit.*, 87; L. De Angelis, *op. cit.*, 262), tale precisazione avrebbe l'effetto di inibire al lavoratore la possibilità di ricorrere alla prova presuntiva o, in generale, a qualunque prova indiretta, inclusa quella basata su fatti secondari; secondo altri Autori (M. Persiani, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. dir. Lav.*, 2015, 2, 397) l'avverbio “direttamente” dovrebbe essere inteso nel senso di escludere l'utilizzabilità, nel giudizio nel quale è stata avanzata la richiesta di reintegrazione nel posto di l'utilizzabilità di prove raccolte in altri giudizi, civili o penali.

206 Ma che, nondimeno, ove accolta ed applicata nelle sue estreme conseguenze, potrebbe sollevare diversi dubbi di legittimità costituzionale, che verranno trattati nella Sezione successiva.

207 F. Perrone, *op. cit.*, 284-285. Lo stesso Autore, del resto, nel prosieguo del contributo, evidenzia le limitazioni e le perplessità di ordine costituzionale che una simile lettura solleva.

208 Si tenga a mente, peraltro, che secondo costante giurisprudenza, la prova per presunzione semplice può anche costituire l'unica fonte del convincimento del giudice (ex multis cfr. Cass., Sez. III, 26 febbraio 2019, n. 5484).

In attesa di direttive della Cassazione al riguardo, una recente sentenza di merito ha fatto applicazione proprio di questa lettura interpretativa²⁰⁹: da un lato, infatti, essa chiarisce che l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015 non costituisce una deroga all'art. 5 legge n. 604 del 1966, ma si limita ad incidere sul grado di tutela, subordinando l'applicazione della tutela reale al fatto che il lavoratore dimostri l'insussistenza del fatto addebitato; dall'altro lato, la Corte d'Appello romana ritiene che solo nel caso di prova *piena* da parte del lavoratore di insussistenza del fatto contestato il giudice potrà fare applicazione dell'art. 3, comma 2, laddove, invece, in caso di «*elementi acquisiti equivoci e/o contraddittori*»²¹⁰, il dipendente riceverà la sola tutela indennitaria forte (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015).

Tuttavia, in questo modo, cioè esigendo dal lavoratore una “prova diretta” nel senso di “prova piena”, si finisce per accollare su quest'ultimo il prezzo dell'incertezza probatoria, quantomeno ai (soli) fini dell'accesso alla tutela reale.

Ciò si traduce, nonostante la premessa condivisa dalla prevalente dottrina *supra* citata, in una palese deroga, in danno al lavoratore, del combinato disposto degli artt. 5 l. n. 604 del 1966 e 2697 Cod. Civ.: se davvero l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 non costituisse una deroga all'art. 5 l. n. 604/1966, allora – in applicazione dell'art. 2697 c.c. - le conseguenze negative dell'inadempimento dell'onere probatorio circa la sussistenza del fatto dovrebbero interamente ricadere in danno al datore, con conseguente diritto del lavoratore alla tutela reintegratoria di cui al comma 2 della disposizione in commento.

Infatti, se si parte dal presupposto che il legislatore del 2015 non abbia voluto abrogare tacitamente l'art. 5 l. n. 604/1966, dovrebbe allora ritenersi che, nel caso in cui le risultanze probatorie non consentano di stabilire con ragionevole probabilità:

1. se si sia effettivamente verificata la condotta addebitata al lavoratore e se essa sia a lui imputabile (art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015),
2. se essa costituisca giusta causa/giustificato motivo soggettivo (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015),

209 Corte d'Appello Roma, 9 aprile 2019: «*l'art. 3 comma 2 d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui prevede che l'insussistenza del fatto contestato sia «direttamente dimostrata in giudizio», non trasferisce sul lavoratore l'onere di dimostrare quanto da lui affermato in sede di impugnazione del licenziamento, in deroga al principio generale codificato all'art. 5 legge n. 604 del 1966. La norma introduce, invece, un differente grado di tutela: nel caso in cui sia acquisita in giudizio la prova piena dell'insussistenza del fatto, anche sotto il profilo della non addebitabilità dello stesso al lavoratore, la domanda di reintegrazione da quest'ultimo proposta dovrà ritenersi fondata, laddove, in caso di elementi equivoci e/o contraddittori, il lavoratore riceverà la sola tutela indennitaria».*

210 Così, testualmente, Corte Appello Roma, 9 aprile 2019, cit.

in entrambi i casi a pagare il prezzo di tale incertezza dovrebbe essere il datore, in ossequio all'art. 5 legge n. 604/1966 che, appunto, addossa su tale soggetto l'onere di provare la sussistenza della causale del suo recesso.

Invece, la sentenza di merito cui si è fatto cenno (Corte d'Appello di Roma 9 aprile 2019), in linea con le ricostruzioni dottrinali maggioritarie, ritiene che se gli elementi acquisiti in relazione alla prova del fatto contestato siano equivoci e/o contraddittori, il lavoratore avrà diritto (solo) alla tutela indennitaria perchè dovrà essere ritenuto soccombente rispetto all'onere della prova impostogli dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015²¹¹.

A medesima decisione si dovrebbe quindi logicamente pervenire anche in tutti i casi in cui, pur non avendo il datore di lavoro assolto l'onere di dimostrare la sussistenza della giusta causa/giustificato motivo soggettivo (art. 5 legge n. 604 del 1966), il lavoratore si sia limitato a contestare le affermazioni della controparte, senza però essere riuscito a fornire una chiara ed inequivocabile dimostrazione della mancanza del fatto contestato o della sua irrilevanza disciplinare: in questo caso, ferma restando l'insussistenza della giusta causa/giustificato motivo soggettivo, il rapporto di lavoro verrà sciolto dal giudice, e il lavoratore potrà accedere solo alla tutela indennitaria forte di cui al comma 1 dell'art. 3 d.lgs. n. 23/2015²¹².

211 *Contra*, ancorché precedente, Tribunale di Lodi, 16 febbraio 2017, inedita a quanto consta, secondo cui «L'onere della prova della legittimità del licenziamento disciplinare è integralmente in capo al datore di lavoro anche in regime di contratto di lavoro cd. a tutele crescenti. La locuzione “direttamente dimostrata”, utilizzata dal Legislatore del 2015, non determina uno sdoppiamento dell'onere probatorio tale per cui spetterebbe al datore di lavoro la dimostrazione dell'esistenza del giustificato motivo o della giusta causa e a carico del lavoratore la dimostrazione dell'insussistenza del fatto contestato». Il giudice, in questo caso, ha addossato in capo al datore di lavoro le conseguenze delle «gravi lacune ed ingiustificate incongruenze testimoniali» circa la sussistenza del fatto materiale contestato al dipendente, concedendo a quest'ultimo la tutela reintegratoria. Secondo il Tribunale, il regime reintegratorio attenuato deve, infatti, ritenersi applicabile tutte le volte in cui il datore di lavoro non riesca a dimostrare la giusta causa consistente nella sussistenza del fatto contestato. Ciò in quanto, qualora non vi riesca, deve dedursi a contrario che sia stata direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore. Ad abundantiam il Giudice rileva, poi, che tale interpretazione deve dirsi necessitata anche in virtù dell'art. 24 Cost. Il principio di vicinanza della prova posto dalla norma costituzionale implica infatti che la legge debba interpretarsi in modo da evitare che l'esercizio del diritto di difesa risulti eccessivamente gravoso, se non addirittura impossibile. E porre la prova dell'“insussistenza” del fatto materiale in capo al lavoratore violerebbe questo principio, anche sulla base della nota difficoltà che accompagna la dimostrazione di fatti negativi, che spesso si rivela essere una probatio diabolica. Inoltre, qualora si interpretasse il disposto normativo ancor più rigidamente, sino a ritenere che non solo l'onere probatorio del fatto negativo sia in capo al lavoratore, ma l'espressione “direttamente dimostrata in giudizio” sia da intendersi in termini di impossibilità di ricorrere alla prova per presunzioni ex art. 2727 c.c., emergerebbe un ulteriore profilo di contrasti con l'art. 24 Cost., dal momento che la prova indiretta è normalmente usata per accertare fatti negativi.

212 M. Brizzi, *Il fatto nella configurazione del licenziamento disciplinare*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, Milano, 2015, 72, secondo il quale appare «bizzarro che l'insufficienza di prove fornite dal datore di lavoro in ordine alla contestazione si risolva in un beneficio cui corrisponde un aggravio della posizione processuale del lavoratore».

Sorvolando sui dubbi di legittimità costituzionale che solleva una simile ricostruzione²¹³, in questa sede interessa comprendere come possa trovare applicazione l'art. 421 c.p.c. in un giudizio in cui il giudice debba decidere circa la legittimità di un licenziamento disciplinare di un lavoratore assunto successivamente al 7 marzo 2015: qualora la prova della sussistenza del fatto contestato al dipendente non sia piena e vi sia quindi incertezza probatoria sul punto (c.d. *semiplena probatio*), il giudicante, dovrà attivare i suoi poteri istruttori, come gli imporrebbe di fare l'art. 421 c.p.c., o, al fine di non frustare la *ratio legis* dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, dovrà arrestarsi prima e far ricadere sul lavoratore le conseguenze negative delle carenze probatorie in relazione all'insussistenza del fatto? Optare per la seconda soluzione significa attribuire all'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 una portata *latu sensu* derogatoria (anche) dell'art. 421 c.p.c., nonché limitare la discrezionalità processuale del giudice del lavoro²¹⁴. In altri termini, è come se l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 imponesse al giudice di accettare l'incertezza probatoria sulla sussistenza o meno del fatto materiale posto a base del licenziamento disciplinare, e di far ricadere le conseguenze negative di tale esito istruttorio sul lavoratore: in questo modo, è evidente che la norma finisce per

213 La norma pone infatti una inaccettabile differenza di trattamento tra datore e lavoratore dal momento che, mentre il datore anche nel caso in cui sia inadempiente rispetto alla prova della sussistenza della giusta causa/giustificato motivo soggettivo, potrà comunque avvalersi della risoluzione del rapporto, limitandosi a pagare un'indennità risarcitoria; invece, il lavoratore potrà ottenere la tutela reale solo se riuscirà a dimostrare in base a prove specifiche, univoce e quindi piene l'insussistenza del fatto contestatogli. E' evidente la grave divergenza, sul piano degli interessi perseguiti dalle parti, che sussiste tra gli esiti dei rispettivi inadempimenti probatori. Occorre allora chiedersi: è conforme al principio di uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.) e di vicinanza della prova (art. 24 Cost.) addossare il rischio dell'incertezza probatoria a carico del lavoratore, ossia ritenere che il rapporto di lavoro si scioglia nel caso in cui, pur non avendo il datore di lavoro assolto all'onere probatorio di cui all'art. 5 legge n. 604 del 1966, il lavoratore, dal canto suo, non riesca a fornire – per ragioni che possono essere tra le più varie – una “prova schiacciante” dell'insussistenza del fatto contestato, limitandosi a mettere in dubbio la ricostruzione della controparte? E' legittimo subordinare l'applicazione della tutela massima per il lavoratore alla variabile delle chances probatorie che il dipendente si ritrova a poter sfruttare, a seconda del fatto contestatogli e delle circostanze – invero imprevedibili – delle dinamiche processuali? E' particolarmente interessante il profilo di incompatibilità, segnalato dalla dottrina (F. Perrone, *op. cit.*, 286), dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015 rispetto all'art. 30 della Carta Fondamentale dei Diritti dell'Unione Europea in materia di “tutela in caso di licenziamento ingiustificato”. Infatti, la disposizione interna prevede una forma di tutela effettiva (quella reale), la quale tuttavia, in ragione della neo introdotta barriera probatoria, potrebbe non costituire un rimedio giurisdizionale concretamente azionabile e fruibile dal lavoratore. Né varrebbe obiettare che il lavoratore non resterebbe comunque sfornito di qualsivoglia tutela in caso di licenziamento ingiustificato, posto che residuerebbe comunque l'operatività delle altre tutele previste dagli artt. 2 e 3 d.lgs. 23 del 2015. L'art. 30 della Carta, infatti, sancisce il diritto alla tutela contro “ogni” licenziamento ingiustificato, e a tale riguardo l'art. 3 comma 2 d.lgs. 23 del 2015 prevede una specifica ipotesi di ingiustificatezza del licenziamento la quale rimane, tuttavia, sfornita di una tutela giurisdizionale effettiva. dubbi di illegittimità costituzionale, ai sensi degli artt. 3 e 24 Cost., non possono dirsi sopiti dal momento che, comunque, la disposizione in esame ha senza alcun dubbio aggravato la condizione del dipendente che agisca in giudizio per invocare la tutela reale: da un lato, infatti, egli è gravato della difficile prova di un fatto negativo: dall'altro lato, ai soli fini della tutela reintegratoria, di fatto l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015 ha sostanzialmente neutralizzato gli effetti dell'art. 5 l. n. 604 del 1966, facendo ricadere in danno al lavoratore le conseguenze negative dell'inadempimento dell'onere probatorio circa l'insussistenza del fatto contestato.

214 Su cui *infra*, cap. 2.

paralizzare la portata dell'art. 421 c.p.c. e frustarne la *ratio* intrinseca, che – come si è detto nel precedente paragrafo – è proprio quella di superare l'incertezza e i limiti delle *chances* probatorie delle parti, per certare di ricostruire, nel processo, la verità dei fatti.

Dal quadro finora tratteggiato ne deriva, complessivamente, l'indebolimento della posizione processuale del lavoratore, considerato che possono essere frequenti i casi in cui, all'esito del giudizio, la ricostruzione della verità sostanziale rimanga incerta: il lavoratore che invochi la tutela reale è oggi esposto non più solo all'aleatorietà insita ad ogni processo, ma anche al rischio, prima incombente sul datore di lavoro (art. 5 l. n. 604/1966 e art. 2697 c.c.), di subire gli effetti negativi di un quadro probatorio ritenuto dal giudice non chiaro ed equivoco con riferimento alla sussistenza del fatto materiale: infatti, a fronte dell'inadempimento del (nuovo) onere probatorio posto a carico del lavoratore, il giudice dichiarerà il rapporto di lavoro sciolto e applicherà la sola tutela indennitaria.

4.2.5. Natura giuridica dei poteri istruttori del giudice e obbligo di motivazione.

Resta ancora controverso, in dottrina e in giurisprudenza, se l'art. 421 c.p.c. attribuisca al giudice del lavoro un potere meramente discrezionale, come tale insindacabile in sede di legittimità, o se, viceversa, esso configuri un dovere del magistrato, il cui esercizio o mancato esercizio sia, come tale, censurabile avanti alla Cassazione.

Prima di ricostruire i termini del dibattito, si ritiene necessario anticipare, già in questa sede, alcune considerazioni che verranno in seguito approfondite nella seconda Sezione, dedicato, appunto, alla discrezionalità del giudice del lavoro²¹⁵.

L'importanza del tema della discrezionalità del giudice, in questo caso rispetto a scelte che incidono «nel rito» e non nel merito, si coglie riflettendo sulla conseguenza giuridica che l'ordinamento riconduce all'esercizio di poteri meramente discrezionali da parte dell'organo giudicante, vale a dire l'insindacabilità dei relativi provvedimenti.

Ecco perchè, anche la discrezionalità «processuale»²¹⁶ può essere definita un filtro all'accesso ai gradi successivi di giudizio e, in particolare, alla giustizia di legittimità.

215 Sono molte le norme processuali che – almeno apparentemente (cfr. *infra*, Sezione 2) – attribuiscono al giudice del lavoro grande discrezionalità nella conduzione della dinamica processuale: si pensi, a titolo semplificato, all'autorizzazione alla modifica delle domande, eccezioni e conclusioni già formulate negli atti introduttivi, che lascia, di fatto, alla discrezionalità del giudice la valutazione circa la sussistenza dei gravi motivi (art. 420, comma 1, c.p.c.); all'ammissione di nuovi mezzi di prova tardivamente richiesti dalle parti, che il giudice concede valutando la rilevanza degli stessi e l'impossibilità per le parti di produrli antecedentemente (art. 420, comma 5); all'autorizzazione alla chiamata in causa del terzo, anch'essa rimessa alla decisione del giudice (art. 420, comma 9); all'interrogatorio libero delle parti e delle parti incapaci di testimoniare (art. 421, comma 4, c.p.c.).

La nozione di discrezionalità è complessa, così come è complesso distinguere, in base al tenore letterale delle norme processuali, quando esse attribuiscono al giudice un potere discrezionale o, viceversa, impongano un'attività vincolata. In questa sede, è opportuno limitarsi alle seguenti considerazioni²¹⁷:

- l'uso delle espressioni «*il giudice può, ha facoltà di...*» etc. è spesso fuorviante: non è possibile soffermarsi alla lettera della norma, ma occorre chiedersi se essa o il sistema normativo nel quale è inserita impongano al giudice di utilizzare quel potere solo in presenza di alcuni presupposti. Ove si riscontrino dei requisiti e delle precise condizioni per l'esercizio del potere, esso deve ritenersi espressione di un dovere vincolato: l'atto è dovuto e non discrezionale;
- la discrezionalità implica un bilanciamento tra più soluzioni che, tutte ugualmente percorribili, impongono un diverso assetto di interessi. Nel caso del dovere vincolato, invece, tale bilanciamento è stato già effettuato a monte dal legislatore, essendo i presupposti e il contenuto dell'atto compiutamente descritti dalla norma o facilmente desumibili, per via interpretativa, dal contesto normativo nel quale essa si colloca. Nel caso del potere discrezionale, invece, è il soggetto agente (l'interprete, il giudice) ad avere il compito di individuare la causa, cioè lo scopo, la *ratio* dell'atto, quale fissato dalla norma o desumibile attraverso un'interpretazione sistematica, per determinare il contenuto della propria condotta, anche con riferimento alle peculiarità del caso concreto²¹⁸.

Delineate a grandi linee le caratteristiche della discrezionalità in rito del giudice, è possibile entrare nel merito del dibattito concernente la natura giuridica, meramente discrezionale o vincolata, dei poteri istruttori ufficiosi attribuiti al giudice del lavoro.

La giurisprudenza di legittimità ha sostenuto per lungo tempo, in modo costante, che l'esercizio dei poteri istruttori del giudice del lavoro fosse meramente discrezionale e, come tale, incensurabile in sede di legittimità²¹⁹.

216 Espressione mutuata da R. Marengo, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996.

217 Si attinge, per questa breve e introduttiva ricognizione dei tratti distintivi del potere discrezionale rispetto a quello vincolato, alla monografia di R. Marengo, *op. cit.*, 134 ss.

218 A. Raselli, *Il potere discrezionale del giudice civile*, Padova, 1927, 165; M. Cappelletti, *Giustizia e società*, Milano, 1972, 132.

219 Tra le tante: Cass., sezione lavoro, 11 marzo 2002, n. 3505, in *Rep. Foro it.*, che ha precisato che il mancato esercizio dei poteri ex art. 421 c.p.c. fa ritenere che il giudice abbia per implicito considerato sufficienti le risultanze probatorie già acquisite, senza necessità di ulteriore motivazione; Cass., sezione lavoro, 27 settembre 1999, n. 10658, in *Rep. Foro it.*; Cass., sezione lavoro, 15 gennaio 1999, n. 370, in *Notiziario giurisprud. Lav.*, 1999, 258, in cui si precisa che non è necessaria alcuna motivazione in merito all'esercizio o al mancato esercizio dei poteri istruttori d'ufficio. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, cfr. L. De Angelis, *La prova nel processo del lavoro*, *op. cit.*, 334 ss., e in particolare la nota 75. Per la dottrina orientata in questo senso cfr. R. Foglia, *Il processo del lavoro*, *cit.* 351 ss., secondo

Tuttavia, questo orientamento consolidato è stato via via eroso, prima dalle posizioni di autorevole dottrina²²⁰ e, in seguito, da alcune importanti pronunce della giurisprudenza²²¹.

Si è così iniziato a sostenere che la particolare natura dei rapporti controversi implichi che nel rito del lavoro il principio dispositivo vada temperato con quello della ricerca della verità materiale mediante una rilevante ed efficace azione del giudice nel processo, sicchè quando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, non è possibile fare 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 dal materiale probatorio e idonei a superare l'incertezza sui fatti costitutivi dei diritti in contestazione, senza che a ciò osti il verificarsi di preclusioni o decadenze delle parti; il mancato esercizio di tale «*potere-dovere*» può tradursi in un vizio di illogicità della decisione, in particolare quando questa si fondi su un elemento probatorio offerto da una delle parti ma contestato dall'altra e di per sé non dotato di sicura affidabilità, senza la necessaria verifica e senza che dal contesto del provvedimento possano desumersi le ragioni che hanno indotto ad omettere l'attività di integrazione probatoria²²².

E' evidente come questo indirizzo interpretativo, delineando i presupposti, i requisiti e i limiti cui si deve attenere il giudice nell'applicazione dell'art. 421 c.p.c., ha attribuito al magistrato del lavoro un potere, *rectius* un dovere vincolato: egli cioè *deve* attivarsi ed integrare l'istruzione mediante i suoi poteri ufficiosi, al ricorrere delle condizioni – già descritte nei precedenti paragrafi – che, per via interpretativa e sistematica, la dottrina e la giurisprudenza hanno nel tempo elaborato. Tali requisiti, condizioni e limiti possono così riassumersi: 1) il giudice del lavoro può disporre d'ufficio nuovi mezzi di prova solo in riferimento a fatti allegati o comunque risultanti dagli atti, ricavandone la cognizione sempre e solo da atti di causa e non da una sua scienza privata; 2) egli non può sopperire alla totale mancanza di una prova di una parte, ma solo integrare le risultanze istruttorie della causa; 3) se un fatto, dopo l'avvenuta istruzione su di esso, risulta ancora dubbio, il giudice che abbia la possibilità di assumere un mezzo di prova per accertarne l'esistenza o l'inesistenza deve procedere in tal senso oppure motivare le ragioni della sua scelta opposta²²³.

il quale i poteri istruttori del giudice del lavoro hanno natura discrezionale ed il loro esercizio o mancato esercizio non è sindacabile in sede di legittimità.

220 A. Proto Pisani, *Controversie*, op. cit., 87, nota 369; F.P. Luiso, op. cit., 193 ss.

221 Cass., Sezioni Unite, 17 giugno 2004, n. 11353, cit.; Cass., sezione lavoro, 26 maggio 2010, n. 12856; Cass., sezione lavoro, 12 marzo 2004, n. 5152, in Rep. Foro it., 2004, 31.; Cass., sezione lavoro, 24 ottobre 2007, n. 222305, in Mass. Foro it., 2007, 1747 ss. Per un riepilogo della giurisprudenza in Cassazione cfr. C. Vellani, *L'istruzione probatoria*, op. cit., 275 ss.

222 L. De Angelis, *Il processo del lavoro e della previdenza*, op. cit., 265 ss.

223 Cass., sezione lavoro, 28 maggio 2010, n. 8468, in C. Cecchella, op. cit., 420 ss. Riferimenti in tal senso già in C.

In questa linea, sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione, affermando la doverosità di motivare in ordine all'esercizio positivo dei poteri istruttori o, pur in presenza di richiesta delle parti, in ordine al loro mancato esercizio, con conseguente sindacabilità del provvedimento in Cassazione, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, qualora non sorretto da una congrua e logica spiegazione nel disattendere la richiesta di mezzi istruttori relativi ad un punto della controversia che, se esaurientemente istruito, avrebbe potuto condurre ad una diversa decisione della medesima²²⁴.

La Cassazione ha quindi definitivamente sancito l'obbligo di motivazione del giudice e chiarito come il potere istruttorio *ex art. 421 c.p.c.* non abbia carattere puramente discrezionale, ma costituisca, piuttosto, secondo un'espressione in seguito utilizzata da tutta la successiva giurisprudenza, un «*potere-dovere*».

A seguito dei chiarimenti delle Sezioni Unite, nonostante altre (isolate) pronunce continuino a qualificare i poteri *ex art. 421 c.p.c.* come meramente discrezionali e non censurabili in Cassazione²²⁵, l'attuale giurisprudenza ribadisce l'obbligo di motivazione in ordine all'esercizio o al mancato esercizio dei poteri istruttori, in presenza di una esplicita richiesta delle parti, ammettendo pacificamente il controllo in sede di legittimità della scelta del giudice, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.²²⁶.

Si deve segnalare, in conclusione, che alcune pronunce, richiamandosi al principio di economia processuale, richiedono altresì che, ai fini della censurabilità in Cassazione della mancata attivazione dei poteri istruttori sotto il profilo della inesistenza o lacunosità della motivazione, la parte dimostri 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

Cecchella, *Limiti all'iniziativa istruttoria del giudice del lavoro: le preclusioni all'attività difensiva delle parti e la regola dell'onere della prova*, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 783.

224 Cass., Sezioni Unite, 17 giugno 2004, n. 11353, cit. Sul punto, si veda in particolare il commento di E. Fabiani, *Le Sezioni Unite intervengono sui poteri istruttori del giudice del lavoro*, in *Foro it.*, 2005, I, 1135 ss.

225 Cass., sezione lavoro, 9 gennaio 2007, n. 209, la quale, con riferimento al giudizio di appello, ha affermato che l'acquisizione di nuovi documenti e l'ammissione di nuove prove da parte del giudice d'appello rientra tra i poteri discrezionali del giudice del lavoro attribuiti dagli artt. 421 cpc e 437 e che l'esercizio di tali poteri è insindacabile in sede di legittimità anche quando manchi una espressa motivazione in ordine alla indispensabilità o necessità del mezzo istruttorio ammesso, dovendosi la motivazione ritenere implicita nel provvedimento adottato.

226 Cass., sezione lavoro, 25 maggio 2010, n. 12717: nel rito del lavoro, l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio, nell'ambito del temperamento del principio dispositivo con quello di ricerca della verità, involge un giudizio di opportunità rimesso ad un apprezzamento meramente discrezionale, che può essere sottoposto al sindacato di legittimità solamente come vizio di motivazione. In senso conforme Cass. 24 ottobre 2007, n. 22305, la quale ha precisato che, mentre deve esserci sempre la specifica motivazione dell'attivazione dei poteri istruttori d'ufficio *ex art. 421 c.p.c.*, il mancato esercizio di questi va motivato solo in presenza di circostanze specifiche che rendano necessaria l'integrazione probatoria.

nelle precedenti fasi di merito²²⁷. Pertanto, il mancato esercizio dei poteri ex art. 421 cpc, preordinato al superamento di una meccanica applicazione della regola di giudizio fondata sull'onere della prova, non è censurabile con ricorso per Cassazione ove la parte non abbia investito lo stesso giudice di una specifica richiesta in tal senso, indicando anche i relativi mezzi di prova.

4.3. La fase decisoria: gli aspetti di peculiarità delle sentenze nel rito del lavoro.

In base all'art. 429 c.p.c., la decisione, nel rito lavoristico, avviene immediatamente dopo la discussione orale, mediante lettura del dispositivo e delle ragioni di fatto e di diritto della decisione²²⁸.

Tuttavia, a seguito della riforma della disposizione (art. 53, comma 2, decreto legge n. 112/2008 convertito nella legge n. 133/2008), in caso di particolare complessità della controversia, il giudice può limitarsi a dare lettura del dispositivo, fissando un termine non superiore a sessanta giorni per il deposito della sentenza completa di motivazione²²⁹.

Inoltre, su richiesta delle parti²³⁰, il giudice, qualora lo ritenga necessario, concede un termine, non superiore a dieci giorni, per il deposito di note difensive, con rinvio della causa all'udienza immediatamente successiva alla scadenza del termine, per la discussione e la pronuncia della sentenza (art. 429, comma 2, c.p.c.). In questa ipotesi, la giurisprudenza ritiene che sussista «*la violazione dell'art. 429 c.p.c., con conseguente nullità della sentenza, qualora, pur essendo stato disposto il rinvio dell'udienza, venga pronunciata sentenza senza che le parti abbiano potuto procedere alla discussione orale, in violazione del diritto di difesa e del conseguente principio del*

227 In questo senso, cfr. Cass., sezione lavoro, 26 giugno 2006, n. 1473; Cass. 23 ottobre 2014 n. 222534, Cass. 12 marzo 2009, n. 6023. E' stato altresì precisato (Cass. 21 giugno 2006, n. 14331) che, ove manchi un provvedimento decisorio esplicitante le ragioni per le quali il giudice ritenga di far ricorso all'uso dei poteri istruttori ovvero di non farvi ricorso, nonostante la formale ed esplicita richiesta di una delle parti, non è consentita una censura che, seppur sollevabile precedentemente, sia stata avanzata per la prima volta in sede di legittimità e con la quale si denunci il mancato esercizio dei poteri d'ufficio, censura che finirebbe, con il giudizio di rinvio, per prolungare ulteriormente la durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.).

228 In generale sull'art. 429 c.p.c., cfr. C. Guarnieri, *Sulla lettura del dispositivo in udienza nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 220 ss., 481 ss.; M. Vaccarella, *L'esecutività della sentenza di primo grado nel processo del lavoro ed il giudizio d'appello*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, 177.

229 L. De Angelis, *Manovra economica del 2008, efficienza del processo del lavoro, abuso del processo*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 1364, cui, 1376 ss.; C. Guarnieri, *Dispositivo: adiós?*, in *Lav. nella giur.*, 2008, 1115.

230 In dottrina, ritiene necessaria e sufficiente la richiesta proveniente anche da una sola delle parti in causa, G. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2008, 273, e F. Luiso, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, 239; *contra*, A. Perone, *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975, 298. Si ritiene più coerente da un punto di vista sistematico la prima lettura interpretativa, in coerenza con quanto previsto all'art. 281 sexies c.p.c., il quale riconosce anche ad una sola delle parti la facoltà, di chiedere il differimento della discussione orale della causa.

contraddittorio, che deve realizzarsi nella sua piena effettività durante tutto lo svolgimento del processo»²³¹.

La giurisprudenza è granitica nel sostenere la nullità insanabile della sentenza nel caso di mancata lettura del dispositivo all'udienza²³².

La disciplina di cui all'art. 429 c.p.c. rende evidente quanto anche questa fase del rito lavoristico sia ispirata ai principi chiovendiani di celerità, oralità, immediatezza e concentrazione²³³ rispetto a quanto previsto, invece, nell'ambito del rito civile ordinario, nel quale, solo con la riforma di cui al d.lgs. n. 51 del 19 febbraio 1998, è stata introdotta la possibilità della decisione a seguito di discussione orale, con lettura del dispositivo e della motivazione contestuale (art. 281 *sexies* c.p.c.)²³⁴.

231 In questi termini, cfr. Cassazione, Sezione Lavoro, 31 marzo 2017, n. 8441 in DeJure e solo apparentemente contra Cassazione, sezione III, 9 marzo 2010, n. 5659, che si riferisce alla diversa ipotesi in cui, dopo la discussione della causa, nell'udienza di rinvio si proceda alla lettura del solo dispositivo: «non determina nullità della decisione e del procedimento la lettura del dispositivo in altra udienza, successiva a quella di discussione della causa, in quanto tale irregolarità non impedisce all'atto di raggiungere il suo scopo, né comporta una violazione insanabile dei diritti di difesa, come nel diverso caso di omessa lettura del dispositivo che determina, invece, la nullità insanabile della sentenza per la mancanza di un requisito formale indispensabile per il raggiungimento dello scopo dell'atto». Secondo L. De Angelis, *op. ult. cit.*, 310, l'omissione della discussione, però, non comporta nullità del procedimento: in considerazione della possibilità per i procuratori delle parti di rinunciare ad essa e di limitarsi a chiedere che la causa sia decisa, si deve ritenere che la discussione orale possa essere sostituita dagli scritti difensivi (e in giurisprudenza Cassazione, Sez. Lavoro, 12 novembre 1998, n. 11458, in Rep. Foro it., 1998, 359).

232 «La mancata lettura del dispositivo all'udienza, così come previsto dagli artt. 429 e 437 c.p.c., nel testo modificato dall'art. 1 della legge n. 533 del 1973, dà luogo alla nullità insanabile per raggiungimento dello scopo dell'atto, a norma dell'art- 156 comma 2 c.p.c., poiché la omissione della lettura del dispositivo preclude ineluttabilmente la possibilità di ancorare il momento dell'immodificabilità della decisione alla data della udienza stessa e di fornire al lavoratore, in cui favore sia pronunciata sentenza di condanna, il titolo necessario per procedere immediatamente alla esecuzione sin da questa data. Trattandosi di nullità e non di inesistenza della sentenza, ne consegue che la mancata lettura del dispositivo si converte in motivo di impugnazione e deve essere fatta valere nei limiti e secondo le regole dell'appello o del ricorso per cassazione» (in questi termini, ex multis Cassazione, sezione lavoro, 18 marzo 1982, n. 1771; Cassazione, sezione lavoro, 16 febbraio 1998, n. 1615 e 28 novembre 2014 n. 25305)

233 In questo senso, A. Proto Pisani, *Controversie, cit.*, 103; M. Cappelletti, *Una procedura nuova per una nuova "giustizia del lavoro"*, in *Riv. giur. lavoro*, 1971, I, 293 ss.

234 In base all'art. 281 *sexies* c.p.c., il giudice, fatte precisare le conclusioni, può ordinare la discussione orale della causa nella stessa udienza o, su istanza di parte, anche in un'udienza successiva e pronunciare sentenza al termine della discussione, dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione. In tal caso, la sentenza si intende pubblicata con la sottoscrizione da parte del giudice del verbale che la contiene ed è immediatamente depositata in cancelleria. Secondo la giurisprudenza (Cass., 12.6.2007, n. 13708, in Rep. Foro it., 2007, 114) la norma è applicabile anche al rito del lavoro a condizione del suo adattamento al rito speciale, nel quale non è prevista l'udienza di precisazione delle conclusioni (in questo senso di recente Cassazione, sez. lavoro, 2 ottobre 2014, n. 20820). In argomento cfr. anche Cassazione, sez. lavoro, 20.4.2006, n. 9235, in Rep. Foro it., 2006, ult. cit., n. 73; 29.1.2004, n. 1673, in Rep. Foro it., 2004, ult. cit., n. 135, secondo cui il principio, consolidato nella giurisprudenza di legittimità con riguardo al rito del lavoro, della non integrabilità del dispositivo con la motivazione in caso di insanabile contrasto fra le due parti della sentenza (su cui infra), con la conseguente inidoneità delle enunciazioni eventualmente contenute nella sola motivazione a costituire giudicato, non trova applicazione nell'ipotesi in cui venga data lettura in udienza sia della motivazione che del dispositivo, ai sensi dell'art. 281 *sexies* c.p.c., atteso che in tal caso

Al di là di quest'ultima possibilità, nel rito civile ordinario, terminata l'istruttoria (art. 188 c.p.c.), il giudice fissa una successiva udienza per la sola precisazione delle conclusioni (art. 189 c.p.c.)²³⁵, concedendo i termini, rispettivamente di sessanta e venti giorni, per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica (art. 190 c.p.c.) e trattenendo, all'esito, la causa in decisione. Nel rito del lavoro, invece, stante il divieto – almeno teorico - delle udienze di mero rinvio (art. 420, ultimo comma, c.p.c.), ogni udienza, compresa la prima, è potenzialmente destinata, oltre che all'assunzione delle prove, alla discussione orale e quindi all'immediata pronuncia della sentenza mediante lettura del dispositivo, mentre non è prevista alcuna udienza per la precisazione delle conclusioni (art. 189 c.p.c.)²³⁶: le conclusioni delle parti, infatti, salvo modifiche autorizzate dal giudice per gravi motivi, al più tardi entro l'udienza di discussione (art. 420 comma 1 c.p.c.), restano per l'attore quelle di cui al ricorso, e per il convenuto quelle di cui alla memoria di costituzione; peraltro, anche laddove il giudice, all'esito dell'istruttoria, decida, ai sensi del richiamato art. 429, comma 2 c.p.c., di rinviare l'udienza per la discussione, il termine per il deposito di eventuali note scritte è di gran lunga più breve (dieci giorni) rispetto a quello previsto per la produzione delle comparse conclusionali del rito civile e, a differenza di quanto accade in quest'ultimo, non sono previste repliche²³⁷.

Quanto al contenuto della sentenza, si ravvisano i seguenti elementi di specialità.

Secondo l'art. 429, comma 3, c.p.c.²³⁸ *«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*

la parte motiva e quella dispositiva concorrono entrambe a cristallizzare la statuizione consentendo, mediante un'interpretazione complessiva, il passaggio in giudicato (anche) delle enunciazioni contenute soltanto nella motivazione.

235 La quale si risolve, di fatto e nella gran parte dei casi, in un mero rinvio agli atti da parte dei difensori, senza alcuna discussione orale vera e propria, del resto non prevista e demandata allo scambio delle comparse conclusionali e repliche (scritte).

236 In giurisprudenza cfr. Cass., 20.4.2006, n. 9235, in Rep. Foro it., 2006, 73 e Cass. 12.12.2003, n. 19056, in Rep. Foro it., 2003, 109 secondo le quali non sussiste alcun dovere per il giudice del lavoro di invitare le parti a precisare le conclusioni, al termine dell'udienza in cui è stata trattata la causa e prima della pronuncia della sentenza.

237 Anche in questo caso, tuttavia, andrebbe censurata la prassi di consentire alle parti un mero richiamo alle note difensive, essendo invece comunque imposto dai principi ispiratori del rito lavoristico un confronto dialettico orale tra le parti, anche in funzione dell'immediatezza della decisione che dovrà essere assunta dal giudice nella susseguente camera di consiglio.

238 A. Proto Pisani, *op. ult. cit.*, 108, 123 ss; secondo l'Autore, la norma assume anche una funzione acceleratoria del processo. Invero, la norma avrebbe rappresentato una delle novità più importanti della riforma del 1973: mediante tale disposizione il legislatore avrebbe inteso disincentivare comportamenti ostruzionisti e dilatori in capo alla parte più forte del rapporto nella fase di esecuzione della sentenza (sui mezzi di coercizione indiretta nel rito del lavoro, infra, paragrafo 4.3.1.).

maturazione del diritto». La norma si riferisce ai soli crediti di lavoro, intesi quali crediti dei soggetti rientranti nell'art. 409 c.p.c., con esclusione dei rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione; dei crediti del datore di lavoro e dei crediti previdenziali e assistenziali. Il riconoscimento della rivalutazione monetaria e la liquidazione degli interessi vanno disposti d'ufficio, senza necessità di apposita domanda da parte del lavoratore²³⁹.

La disposizione in commento non ha trasformato il credito del lavoratore da credito di valuta in credito di valore²⁴⁰, ma ha comunque introdotto un regime speciale e derogatorio, anche di natura sostanziale²⁴¹: il giudice, infatti, deve eccezionalmente concedere al creditore-lavoratore il cumulo tra interessi moratori e rivalutazione monetaria, prescindendo dalla liquidità o meno del relativo diritto patrimoniale, nonché dalla costituzione in mora, dall'imputabilità colpevole dell'inadempimento, dalla prova del danno e dalla prevedibilità del medesimo²⁴².

Inoltre, ulteriore tratto distintivo delle pronunce lavoristiche attiene senz'altro alla natura autonoma del dispositivo rispetto alla motivazione della sentenza.

L'art. 431 c.p.c. prevede, al comma 1, la provvisoria esecutività della sentenza di condanna in favore del lavoratore. Si tratta di una regola che, al momento della sua introduzione da parte della legge n. 533/1973, rappresentava una rilevante novità, dal momento che il rito civile ordinario non prevedeva l'immediata esecutività delle sentenze: oggi, invece, l'immediata esecutività costituisce principio generalizzato per tutte le sentenze di condanna emesse in primo grado ai sensi degli artt. 282 e 283 c.p.c., come modificati dalla legge n. 353/1990. Permane, invece, la specialità del rito lavoristico con riferimento alla possibilità, riservata esclusivamente in favore del lavoratore, di procedere ad esecuzione forzata con il solo dispositivo (art. 431 comma 2 c.p.c.), con facoltà di

239 Giurisprudenza consolidata: ex multis, Cass., 9.11.2001, n. 13924, in Rep. Foro it., 2001,169 ; Cassazione 19 luglio 2006, n. 16531, inedita.

240 Corte cost., 14.1.1977, n. 13, in Foro it., 1977, I, 257; però, secondo Corte cost., 19.10.1992, n. 394, in Mass. giur. lav., 1992, 556, la norma costituisce, invece, una deroga al principio nominalistico.

241 Cass., 19.8.1992, n. 9669, in Riv. it. dir. lav., 1993, II, 606, con nota di E. Gragnoli; G. Tarzia, *op. ult. cit.*, 253; F. Luiso, *op. cit.*, 249 ss., ed ivi, nota 72, riferimenti bibliografici; in giurisprudenza, cfr. Cass., sezione lavoro, 21 maggio 2004, n. 9748, in Rep. Foro it., 2004, voce Lavoro (rapporto), n. 1832.

242 Secondo la giurisprudenza, «La norma di cui all'art. 429 comma 3 c.p.c. pone una presunzione assoluta di dannosità della svalutazione monetaria, togliendo rilevanza all'elemento soggettivo dell'inadempimento e all'intimazione di pagamento ed introducendo il criterio automatico della liquidazione del danno dipendente dalla svalutazione stessa. Pertanto, per effetto della presunzione di legge, detto danno a differenza di quanto previsto dall'art. 1224 comma 2, c.c. non deve formare oggetto di prova, essendo connesso al fenomeno del deprezzamento intrinseco del valore della moneta e va determinato dal giudice anche d'ufficio secondo i criteri di liquidazione stabiliti dall'art. 150 disp. att. c.c.» (Cassazione, sezione lavoro, 26 gennaio 1984, n. 622). In senso conforme: Cass., sezione lavoro, 21 maggio 2004, n. 9748, in Rep. Foro it., 2004, voce Lavoro (rapporto), n. 1832. In dottrina, per tutti, G. Tarzia, *op. ult. cit.*, 282.

riservare l'integrazione dei motivi a seguito del deposito della motivazione del provvedimento da parte del giudice di primo grado (art. 433, comma 2, c.p.c.).

La peculiare natura del dispositivo nel processo del lavoro ha indotto la costante giurisprudenza di legittimità a ritenere che, in tale rito, *«il dispositivo letto in udienza e depositato in cancelleria acquisisce rilevanza autonoma, poiché racchiude gli elementi del comando giudiziale, che non possono essere mutati in sede di redazione della motivazione, e non è suscettibile di interpretazione a mezzo della motivazione stessa, sicché le proposizioni in essa contenute e contrastanti con il dispositivo devono considerarsi non apposte e non sono idonee a passare in giudicato o ad arrecare un pregiudizio giuridicamente apprezzabile»*²⁴³.

Non solo: la Cassazione ha stabilito la radicale nullità della sentenza nella quale sia stato modificato il dispositivo letto in udienza (Cassazione, sezione lavoro, 3 febbraio 2015, n. 1906). Ne deriva quindi che *«il principio secondo cui la portata precettiva di una sentenza di accertamento o di condanna va individuata con riferimento al solo dispositivo, ma, quando questo sia indeterminato ovvero incompleto o contraddittorio, anche alla motivazione, non può trovare applicazione alle sentenze di natura processuale, nonché a maggior ragione, in quelle pronunciate con il rito del lavoro, per le quali il dispositivo ha rilevanza esterna»* (così Cassazione sezione lavoro 17 febbraio 2016 n. 3024, in cui è stato precisato che la contraddittorietà tra dispositivo e motivazione non può essere sanata né facendo applicazione del principio dell'integrazione del dispositivo con la parte motivazionale, né con il procedimento di correzione degli errori materiali e determina pertanto la nullità della sentenza ai sensi dell'art. 156 comma 2 c.p.c., difettando l'atto, considerato nella sua unità, dei requisiti indispensabili per il raggiungimento dello scopo cui è destinato)²⁴⁴.

Tornando al tema dell'immediata esecutività della pronuncia, la legge n. 353/1990, nel generalizzare la regola a tutte le sentenze anche del rito ordinario (art. 282 c.p.c.), ha adeguato il principio anche al rito del lavoro, con riferimento alla parte datoriale, introducendo, nell'art. 431 c.p.c., il comma 5: esso prevede che anche le sentenze di condanna a favore del datore siano provvisoriamente esecutive, pur non potendosi estendere a quest'ultimo la possibilità, riservata – come detto – al solo lavoratore, di agire in via esecutiva con il solo dispositivo.

Infine, un ulteriore elemento di specialità discende dalla disciplina della sospensione dell'esecutività della sentenza e, in particolare, dalla differenziazione dei suoi presupposti: infatti, la sentenza emessa a favore del lavoratore potrà essere sospesa solo ove i giudici d'appello riconoscano la sussistenza di un “gravissimo danno”; al contrario, nel caso di richiesta di sospensione formulata

243 Cassazione, sezione lavoro, 17 novembre 2015 n. 23463.

244 Sul principio di intangibilità del dispositivo, cfr. L. De Angelis, in *Commentario breve*, cit., 1615 ss. e per una ricca casistica giurisprudenziale, Id., *Il processo del lavoro*, cit., 314 ss.

dal lavoratore avverso una pronuncia favorevole alla controparte datoriale, si applicherà il requisito ordinario dei “gravi motivi” (art 283 c.p.c.).

Le nozioni “gravissimo danno” e “gravi motivi” sono di difficile interpretazione: ciò che è certo è che esse manifestano una marcata distinzione tra le posizioni delle parti, implicando, nel caso di richiesta del datore, una complessa valutazione di gravità del danno temuto (che prescinde dalla fondatezza o meno dei motivi dell’appello), mentre, nel caso di domanda del dipendente, un più agevole giudizio prognostico (e sommario) sulla probabile fondatezza dell’appello²⁴⁵. Più in generale, si ritiene la nozione di gravissimo danno meno restrittiva di quella di “irreparabile danno” contenuta nell’art. 373 c.p.c., ancorchè la stessa richieda comunque estremo rigore nella valutazione²⁴⁶. Secondo l’orientamento prevalente, la nozione implica lo scrutinio comparato dei danni che subirebbe il lavoratore dal ritardo dell’esecuzione con quelli, non irreparabili ma appunto gravissimi, che subirebbe il datore di lavoro dall’esecuzione della sentenza²⁴⁷.

4.3.1. L’effettività delle decisioni dei giudici del lavoro: il problema dell’esclusione delle controversie lavoristiche dall’ambito di applicazione dell’art. 614 bis c.p.c.

Si è già detto – nei primi paragrafi della Sezione – che, secondo l’elaborazione dottrinale del principio di effettività, esso implica – quale suo imprescindibile corollario – la diversificazione delle forme di tutela giurisdizionale, nel senso del loro adeguamento alla specifica natura degli interessi protetti dal diritto sostanziale (c.d. teoria strumentale del processo)²⁴⁸.

Rispetto a questo profilo, si rileva come, mentre in alcuni casi il processo può attribuire - concretamente e materialmente – “*tutto quello e proprio quello*” che la parte vittoriosa ha diritto di ottenere, in altri casi ciò non è naturalisticamente o normativamente possibile.

245 G. Tarzia, *op. ult. cit.*, 298; A. Proto Pisani, *op. ult. cit.*, 107; F. Luiso, *op. cit.*, 262.

246 In questo senso, Corte cost., 22.4.1980, n. 63, in *Mass. giur. lav.*, 1980, 388. In tale pronuncia la Corte, nel rigettare la questione di costituzionalità della norma, prospettata, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui prevede appunto il gravissimo danno come presupposto dell’inibitoria, ha argomentato soprattutto dal raffronto con l’art. 373 c.p.c.; v., altresì, Corte cost., 3.12.1986, n. 311, in *Foro it.*, 1987, I, 2589. Si è rilevato che l’interpretazione dominante della nozione «è estremamente restrittiva, e tale da rendere assai poco efficace l’inibitoria»: in questo senso, cfr. R. Montesano, M. Vaccarella, *op. cit.*, 318.

247 E. Fazzalari, *Appunti sul rito del lavoro*, in *Giur. it.*, 1974, IV, 12; in giurisprudenza, Trib. Lecce, ord. 23.7.1993, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1993, 769.

248 P. Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, 13; M. Taruffo, *Note sul diritto alla condanna e all’esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 640 ss. 84; G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, passim.

Così, ad esempio, se la lesione del bene si è già irrimediabilmente verificata e la situazione precedente non può essere in alcun modo ripristinata, il titolare del diritto non potrà che trovare una soddisfazione meramente sostitutiva, consistente in un equivalente monetario del danno sofferto²⁴⁹.

Altre volte, invece, pur essendo ancora possibile la soddisfazione del preciso interesse protetto dalla legge sostanziale, l'ordinamento processuale non predispone i mezzi a tal fine necessari: in queste ipotesi, si verifica, secondo alcuni Autori, il fenomeno della divaricazione tra diritto sostanziale e diritto processuale²⁵⁰.

In generale, nel nostro ordinamento è possibile classificare in due macro-categorie le modalità di attuazione dei diritti riconosciuti nei provvedimenti giurisdizionali: da un lato, vi è l'esecuzione forzata per equivalente, che si concretizza nell'espropriazione forzata sul patrimonio del debitore, nel caso di obbligazioni pecuniarie (artt. 2910 ss. c.c.); dall'altro, l'esecuzione forzata in forma specifica, che riguarda, invece, l'obbligo di consegna o rilascio di una cosa determinata (art. 2930 c.c.) e gli obblighi di *facere* o *non facere* fungibili (artt. 2931-2933 c.c.).

Il codice civile, invece, nulla prevede in relazione all'esecuzione degli obblighi di *facere* infungibili, che la dottrina da sempre ritiene implicitamente esclusi, per loro intrinseca natura, dall'ambito applicativo dell'art. 2931 c.c.²⁵¹.

La nozione di infungibilità continua a non essere codificata dal diritto sostanziale: essa, nondimeno, è stata elaborata dalla dottrina, secondo la quale gli obblighi di *facere* infungibili si caratterizzano per lo stretto rapporto (*rectius*, l'inseparabilità) tra la prestazione oggetto dell'obbligazione e la persona del debitore. La caratteristica dell'inseparabilità (che si traduce, altresì, nella intrasmissibilità dell'obbligo) impedisce qualsiasi forma di surrogazione del debitore nel soddisfacimento dell'interesse oggetto del rapporto obbligatorio. Al contrario, le obbligazioni di fare fungibile si caratterizzano per la possibilità di soddisfare l'interesse del creditore anche per il tramite dell'intervento di terzi, essendo, di fatto, il debitore "rimpiazzabile"²⁵².

249 Si deve comunque ricordare che la nostra Costituzione, sia in generale, sia in particolare per gli stessi interessi di rilievo costituzionale, non impone rigidamente la tutela specifica, la cui prevedibilità è lasciata alla discrezionalità del legislatore ordinario (A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Milano, 1975, 3).

250 E. Scognamiglio, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1969, 23-24; E. Salvi, *Risarcimento del danno*, in *Enc. del dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 1085. A tale affermazione altri studiosi hanno obiettato che essa trascura proprio "quell'indissolubile intreccio tra norme sostanziali e norme processuali da cui risulta la complessiva ed unitaria risposta dell'ordinamento all'esigenza di tutela di un determinato interesse", sicché sono i confini della tutela processuale a dare la misura della reale soluzione del conflitto tra interessi contrapposti, proprio in quanto il limite di rilevanza di un interesse è segnato dai rimedi concretamente predisposti contro la sua lesione (così, A. Vallebona, *op. ult. cit.*).

251 A. Busnelli, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. Codice civile*, a cura di AA.VV., *Della tutela dei diritti*, VI, 4, Torino, 1980, 361.

252 Così, Torrente, Schlesinger (a cura di Anelli e Granelli), *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013, 373: «La

In ogni caso, la valutazione dell'infungibilità della prestazione deve essere valutata in concreto²⁵³, considerando il piano fattuale e gli specifici interessi delle parti: vengono generalmente considerate infungibili le prestazioni riconducibili ai c.d. *rapporti intuitu personae*, quelle che coinvolgono diritti della personalità, quelle che consistono in un obbligo di fare o di astensione, cui si aggiungono le obbligazioni di per sé fungibili ma per le quali sia difficoltosa o complessa l'esecuzione da parte di un terzo; ancora, infungibili possono essere persino quelle obbligazioni che, per volontà contrattuale, implicino una prestazione che – pur essendo di per sé fungibile – debba essere resa esclusivamente da parte di quel determinato debitore²⁵⁴.

Il dibattito inerente i contenuti e, per quanto di immediato interesse, le modalità di esecuzione delle sentenze di condanna all'esecuzione di obbligazioni infungibili è da sempre particolarmente rilevante nell'ambito della giustizia del lavoro²⁵⁵.

Invero, la necessità di assicurare la piena realizzazione dei diritti soggettivi è avvertita con urgenza in questo ramo del diritto, ove l'adempimento della prestazione lavorativa non si riduce solo alla mera esecuzione di un obbligo contrattuale, ma costituisce mezzo di espressione e di realizzazione della personalità del lavoratore.

Proprio per questi motivi, fin dagli anni Settanta, il dibattito si concentrò, soprattutto, sulle tecniche di effettiva attuazione dell'ordine di reintegra nel posto di lavoro, contenuto in una sentenza di condanna resa ai sensi dell'art. 18 Stat. lav., conseguente alla declaratoria di invalidità del licenziamento²⁵⁶.

Fin da subito, l'obbligo di reintegrare il lavoratore illegittimamente licenziato è stato ricondotto dalla maggior parte degli interpreti nell'ambito della categoria delle obbligazioni infungibili²⁵⁷.

prestazione si distingue [...] in fungibile, se per il creditore non sono rilevanti né l'identità né le qualità personali di chi la esegue; infungibile, nel caso contrario».

253 A. Busnelli, *op. cit.*, 361.

254 P. Moscati, *La disciplina generale delle obbligazioni. Corso di diritto civile*, Torino, 2012, 91-92. Ad esempio, la ripartizione in parola è stata impiegata anche dalla dottrina giuslavorista che ha qualificato la prestazione di lavoro subordinato infungibile “soggettivamente” ma non anche “oggettivamente” (così P. Partisani, *Fungibilità e infungibilità nelle diverse specie di obbligazioni*, in *L'obbligazione in generale*, a cura di M. Franzoni, Torino, 2004, 1505).

255 E. Ghera, *Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Lo Statuto dei lavoratori*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, 633 ss.; P. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 49 e ss.; E. Ghera, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1979, 305 ss.; M. D'Antona, *Tutela reale del posto di lavoro*, (voce), EGT, vol. XXXI, 1994; V. Speciale, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 23/2004; F. Nicolosi, *Provvedimenti cautelari nel pubblico impiego e prestazioni infungibili*, in *Lav. nella giur.*, 2003, 617 ss.

256 I. Pagni, *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 75 ss.

257 M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979, 192; G. Pera, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993, 57, che definisce l'esecuzione coattiva della reintegra “una soluzione impositiva che è

Più nello specifico, esso rientra nelle c.d. «obbligazioni a fungibilità imperfetta»²⁵⁸: invero, il dovere in capo al datore non si esaurisce nella mera riammissione del dipendente in servizio (*pati*) – per l'esecuzione della quale il giudice potrebbe procedere tramite ufficiale giudiziario o ricorrendo, se del caso, la forza pubblica (art. 2931 c.c.) –, ma implica altresì un *facere attivo*, che si esplica nell'esercizio, nei riguardi del dipendente reintegrato, dei tipici poteri datoriali di organizzazione, direzione e controllo, non demandabili a terzi (teoria della c.d. disaggregazione dell'obbligo di reintegrazione).

Questa ricostruzione è stata accolta dalla giurisprudenza di legittimità, che – ancora oggi – la conferma: in particolare si riporta quanto statuito dalla Corte di Cassazione nelle note sentenze gemelle Cass., Sez. lav., 18 giugno 2012, nn. 9965 e 9966, in *Giur. It.*, 2013, 875: *«reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro significa “restituire in integro” la relazione del lavoratore col “posto di lavoro”, in ogni suo profilo, anche non retributivo, poiché il lavoro non è solo un mezzo di sostentamento economico, ma anche una forma di accrescimento della professionalità e di affermazione dell'identità, personale e sociale, tutelata dagli art. 1, 2 e 4 Cost. Ne consegue che non ottempera all'ordine giudiziale di reintegrazione del dirigente sindacale illegittimamente licenziato [...] l'imprenditore il quale, facendo leva sull'incoercibilità specifica dell'ordine medesimo, si limiti a versare al lavoratore la retribuzione e a consentirgli l'ingresso in azienda per lo svolgimento dell'attività sindacale, senza permettergli, tuttavia, di riprendere effettivamente il lavoro»*²⁵⁹.

*inimmaginabile fin quando le imprese, private o in mano pubblica ... siano rette con le regole del diritto privato e non da funzionari de facto e de jure di stato»; P. Monteleone, Sulla pretesa esecuzione specifica dell'ordine giudiziale di reintegrazione nel posto di lavoro, in Giur. It., 1979, I, 181. In giurisprudenza, cfr. Cass. 4 febbraio 1993, n. 1360, in Mass. giur. lav., 1993, p. 233; Cass. 20 settembre 1990, n. 9584, in Riv. giur. lav., 1991, II, p. 248, secondo cui “mentre l'esecuzione specifica è possibile per le obbligazioni di fare di natura fungibile, la reintegrazione comporta non soltanto la riammissione del lavoratore in azienda (e cioè un comportamento riconducibile ad un semplice pati) ma anche un indispensabile e insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro di carattere organizzativo funzionale consistente, fra l'altro, nell'impartire al dipendente le opportune direttive, nell'ambito di una relazione di reciproca ed infungibile collaborazione”; Cass. 4 settembre 1990, n. 9125, in Mass. Giur. lav., 1990, p. 559, nell'ambito di un procedimento di repressione di condotta antisindacale; Cass. 19 febbraio 1990, n. 1205, in Foro it., 1991, I, 884; Cass. 11 gennaio 1990, n. 46, in Giust. civ., 1990, I, p. 947, secondo cui l'ordine di reintegra non è suscettibile di esecuzione forzata perché richiede “un indispensabile ed insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro di carattere organizzativo funzionale, consistente nell'impartire al dipendente le opportune direttive, nell'ambito di una relazione di reciproca ed infungibile collaborazione”; Cass. 15 dicembre 1989, n. 5647, in Giust. civ., 1990, I, 2931; Cass. Sezioni Unite, 13 aprile 1988, n. 2925, in Foro it., 1988, 1493; Cass. 11 gennaio 1988, n. 112, in Riv. it. dir. lav., 1988, II, 1071. 258 M. Taruffo, *Problemi di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1976, 789: l'Autore ravvisava nell'obbligo di reintegra a carico del datore di lavoro non già «una prestazione omogenea, bensì un complesso di singole prestazioni articolate, tra loro eterogenee. Si consulti anche Mazzamuto, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1978 e M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979, 175.*

259 Si tratta di un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità: ex multis cfr. Cass. 30 luglio

Chiarita, quindi, per le ragioni anzidette, la natura parzialmente infungibile dell'obbligo di reintegra, la dottrina, seguita anche in questo caso dalla giurisprudenza di legittimità²⁶⁰, ritiene che esso sia suscettibile esclusivamente di esecuzione indiretta: lo strumento necessario ad indurre il datore di lavoro ad adempiere prontamente alla sentenza sarebbe stato individuato direttamente dal legislatore nell'obbligo di pagare un'indennità, pari all'ultima retribuzione globale di fatto, dal licenziamento fino all'effettiva reintegrazione del dipendente, nonché, nel solo caso di licenziamento di un dirigente sindacale, di corrispondere al Fondo adeguamento pensioni una somma pari alla retribuzione dovuta per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della sentenza²⁶¹.

Nonostante tali meccanismi di coercizione indiretta (di certo innovativi per il periodo storico nel quale furono introdotti) siano di per sé idonei a garantire concretamente un effetto deterrente rispetto all'inadempimento o al ritardo nell'attuazione dell'obbligo di reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo, permane comunque, a livello sistematico, l'assenza di una figura generale di *astreinte* in senso tecnico-giuridico invocabile nell'ambito della giustizia del lavoro, stante l'espressa esclusione delle controversie di lavoro e di previdenza sociale (art. 409 c.p.c.) dall'ambito applicativo dell'art. 614 *bis* c.p.c.²⁶².

2014 n. 17372, in una fattispecie che riguardava il licenziamento di un dirigente sindacale non reintegrato nelle concrete funzioni lavorative, ove è contenuto un richiamo all'istituto delle *astreintes*, su cui *infra*.

260 P: Di Majo, *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. giur. lav.*, 1974, I, 293; E. Ghera, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, cit., 636: "può dirsi quindi che la retribuzione dovuta al prestatore in caso di inottemperanza veda la sua originaria funzione corrispettiva affiancata da una funzione risarcitoria e, nello stesso tempo, di sanzione compulsiva, con finalità di esecuzione indiretta dell'obbligo primario di reintegra". In giurisprudenza, vedi Cass. Sezioni Unite 15 marzo 1982, n. 1669, in *Foro It.*, 1982, I, 985.

261 Sulla funzione (anche) compulsoria e deterrente dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 18 St. Lav., cfr. nota precedente e riferimenti in D. Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, I, 342. Tuttavia, secondo parte della dottrina (E. Silvestri, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1981, 41 ss.): «la norma non prevede una sanzione per l'inadempimento, ma solo una prestazione che dipende dal rapporto di lavoro ricostituito per effetto della sentenza, e che quindi rientra negli obblighi del datore». Su questi aspetti, cfr. A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autonomia individuale del lavoratore*, cit., 89-90; L. De Angelis, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in *Lavoro e dir.*, 2007, 484, anche riferimenti alle note 57-59. La Cassazione, nella nota sentenza a Sezioni Unite n. 16601/2017, (cfr. F. Franzoni, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 283 ss. e E. Navaretta, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, 2019, 6 ss.) ha chiaramente attribuito al risarcimento del danno di cui all'art. 18 comma 2 e 14 St. Lav., accanto alla tipica, preponderante e primaria, funzione riparatoria della perdita patrimoniale subita dal dipendente, anche la funzione punitiva e deterrente derivante dall'inadempimento della sentenza di condanna. Si deve comunque specificare che, laddove la somma di denaro da versare in caso di inadempimento/violazione del precetto giurisdizionale non sia destinata al creditore, bensì ad un Ente terzo, si configurerà una mera pena privata o sanzione civile, priva di funzione risarcitoria/riparatoria, ma esclusivamente connotata da finalità punitive/deterrenti.

262 F. Tommaseo, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis*, in *Riv. Dir. proc. civile*, 2014, 2, 267 ss.

La suddetta norma, introdotta nel codice di rito nel 2009 e recentemente modificata nel 2015²⁶³, prevede che il giudice, nella pronuncia di condanna avente ad oggetto una prestazione diversa da quella meramente pecuniaria (*non facere* o *facere* fungibile o meno), può disporre il pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento o per ogni violazione successiva del medesimo precetto giudiziale: si tratta di una misura generale di coercibilità in via indiretta che si iscrive, a pieno titolo, nell'istituto francese delle *astreintes*²⁶⁴.

Come già anticipato, il diritto del lavoro, ancora una volta intercettando le esigenze processuali di tutela e anticipando le soluzioni che solo in momenti successivi il diritto processuale civile avrebbe introdotto, fin dagli anni Settanta aveva elaborato varie e diversificate forme di coercizione indiretta, ulteriori rispetto a quelle, di cui si è dato atto, attivabili in caso di licenziamento illegittimo (art. 18, commi 2, 10 e 14 St. Lav.), tutt'oggi applicabili: tuttavia i diversi meccanismi via via previsti in questo ramo del diritto presentano nature giuridiche diversificate tra loro²⁶⁵ e

263 D. Poletti, *Sulla infungibilità degli obblighi di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2014, 572, il quale osserva che, ai fini dell'applicabilità della norma in commento, è andata affermandosi – anche prima della riforma del 2015 – una nozione di infungibilità della prestazione di natura processuale, intesa come infungibilità non dell'obbligazione sostanziale bensì del contenuto del provvedimento condannatorio. In altri termini, la giurisprudenza e la dottrina si sono orientate nel senso di ritenere applicabile la disposizione anche nei casi in cui la sentenza abbia ad oggetto obbligazioni fungibili ma si ravvisi – nondimeno – il rischio di pregiudizi gravi e imminenti collegati ai tempi dell'esecuzione forzata (Trib. Terni, 6 agosto 2009, in *Giur. It.*, 2010, 637, con nota di F. Mazzamuto, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*; e Trib. Matera, 1 dicembre 2012, in *Dir. e Giust.*, 2013). Questa tendenza interpretativa si è in seguito tradotta nella riforma di cui al decreto legge n. 83 del 2015 che ha modificato la rubrica legis (sostituendo il riferimento agli obblighi di fare infungibili o di non fare con l'espressione – volutamente più ampia e generica – «Misure di coercizione indiretta») e ha espressamente escluso dall'ambito applicativo dell'art. 614 bis solo ed esclusivamente le obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni pecuniarie. Pertanto, oggi può configurarsi l'esecuzione indiretta anche con riferimento a obbligazioni di fare o non fare di per sé fungibili. Sul tema, cfr. S. Chiarloni, *Note comparative sull'esecuzione indiretta in Italia e in Brasile*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2019, 585 ss.; Mandrioli-Carratta, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2017, 210 ss.

264 Auspicavano l'introduzione nel codice di rito di un generale istituto di coercizione indiretta delle obbligazioni, ricollegandolo al tema dell'effettività della tutela giurisdizionale, M. Taruffo, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, cit., p. 163 ss.; E. Vullo, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 727 ss. In generale, può dirsi che l'astreinte o «penalità di mora» nasce nel diritto pretorio francese dei primi anni del XIX secolo quale strumento sanzionatorio di coazione indiretta del debitore affinché questi adempia l'obbligazione assunta e rimasta inadempita ad onta di un sindacato giurisdizionale, in base al quale il giudice, dopo aver accertato l'entità della posizione debitoria, condanna l'obbligato al pagamento di una somma di denaro qualora perduri l'inadempimento. Per un quadro compiuto sulle origini dell'istituto, cfr., in particolare, Ferrara, *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 1915; S. Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1104 ss.

265 Si vedano le note nn. 244, 266 e 267. Per l'analisi dei diversi modelli di sanzione, cfr. A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2010, 159, nonché P. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 283. Ed infatti, come già indicato alla nota n. 267, i vari istituti del cumulo tra rivalutazione e interessi (art. 429, comma 3, c.p.c.); della condanna del datore di lavoro all'indennità risarcitoria, in favore del dipendente, dal giorno del licenziamento fino all'effettiva reintegra (art. 18 St. Lav.); della condanna del datore di lavoro al versamento di una somma al Fondo di cui all'art. 18 comma 14 St. Lav., rispondono ad esigenze – in parte diversificate – e compartecipanti sia della funzione riparatoria-risarcitoria in senso stretto, che deterrente e compulsoria.

ambiti di applicazione meramente settoriali e specifici (essi, pertanto, non risultano tutti indistintamente riconducibili in senso proprio al modello delle *astreintes*).

A titolo esemplificativo, si ricordano:

- in materia di repressione della condotta antisindacale, l'art. 28, comma 4, legge n. 300/1970 stabilisce che «*Il datore di lavoro che non ottempera al decreto di cui al primo comma o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punito ai sensi dell'art. 650 del codice penale*»;
- nell'ambito delle discriminazioni di genere, l'art. 37, comma 5, d.lgs. n. 198/2006 recita: «*L'inottemperanza alla sentenza di cui al comma 3 e al comma 4 al decreto di cui al comma 4 o alla sentenza pronunciata nel relativo giudizio di opposizione è punita con l'ammenda fino a 50.000 euro o l'arresto fino a sei mesi e comporta altresì il pagamento di una somma di 51 euro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento da versarsi al Fondo di cui all'art. 18 e la revoca dei benefici di cui all'articolo 41, comma 1*». Non è invece (inspiegabilmente) prevista analoga misura coercitiva indiretta nel caso di inottemperanza all'ordine inibitorio e di predisposizione di un piano di misure antidiscriminatorie nel procedimento (disciplinato all'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011) avverso le discriminazioni fondate sulla religione, convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale (d.lgs. n. 216/2003), nonché sulla razza ed etnia (d.lgs. n. 215/2003)²⁶⁶: non si comprende, in effetti, la ragione di una simile disparità di trattamento tra fattori di discriminazione che meriterebbero, invece, medesime tecniche di tutela processuale.

Come si può constatare, le ipotesi menzionate sono ricomprese in previsioni “*ad hoc*” riferite a singoli istituti giuridici, che non eludono, quindi, le problematiche connesse agli ambiti in cui esse non risultano, invece, applicabili.

Si pensi, ad esempio, alle difficoltà che, in assenza di un adeguato meccanismo di deterrenza, potrebbe incontrare il lavoratore nel pretendere la concreta esecuzione di una sentenza o ordinanza cautelare in cui il giudice, accertata l'illegittima adibizione a mansioni inferiori, condanni il datore – oltre all'eventuale risarcimento del danno – anche all'obbligo, intrinsecamente infungibile, di reintegrazione nelle mansioni precedenti o a quelle cui, nell'ambito del suo potere discrezionale, può legittimamente attribuire il dipendente ai sensi dell'art. 2103 c.c.²⁶⁷

²⁶⁶ Sull'art. 28 d.lgs. n. 150/2011, cfr F. Bilotta, *La discriminazione diffusa e i poteri sanzionatori del giudice*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2018, 69 ss.

²⁶⁷ P. Persi, *Osservazioni in tema di condanna alla reintegrazione conseguente a mancata adibizione alle mansioni*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1994, 797 e S. Focareta, *Sottrazione di mansioni e risarcimento del danno*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1992, 957 e ss.

Invero, la tematica delle mansioni costituisce oggi (come lo è stato in passato il problema dell'effettività delle decisioni di reintegra del dipendente licenziato ingiustamente, di cui si è già detto) un banco di prova per la tenuta del principio di effettività nelle controversie lavoristiche: è infatti evidente che lo “svuotamento delle mansioni”, pur costituendo un atto di indubbia illiceità, non è fulminato dall'art. 2103 c.c. con la sanzione della nullità. Pertanto, ad oggi, le conseguenze dell'elusione di un ordine giudiziale di reintegra nelle mansioni attribuibili al dipendente in osservanza dell'art. 2103 c.c. restano, di fatto, confinate al rimedio risarcitorio per equivalente: il lavoratore, in altri termini, a fronte della mancata esecuzione dell'obbligo giudiziale, non potrà fare altro che attivare un ulteriore giudizio di merito, chiedendo al magistrato di accertare l'inadempimento del datore e di condannare quest'ultimo al risarcimento del danno patrimoniale e non, che egli sia riuscito a provare²⁶⁸.

Rispetto a tale evenienza²⁶⁹, «*l'impiego di uno strumento di compulsione indiretta all'adempimento in forma specifica (ossia lo strumento generale di cui all'art. 614 bis c.p.c.) sarebbe in grado, (...) di prevenire una nuova richiesta di tutela “per equivalente” (risarcimento del danno) da parte del lavoratore ed una preossichè certa – a fronte di un immutato quadro probatorio – condanna ulteriore del datore di lavoro rimasto inottemperante al primo ordine giudiziale, e (...) di calmierare l'azione verso la dimensione dell'essere e non dell'avere della persona nel lavoro, in tal modo scongiurando così una deriva meramente risarcitoria dei diritti fondamentali*»²⁷⁰.

Rispetto a simili problematiche, qualche Autore ha individuato nel diritto di autotutela (art. 1460 c.c.) la modalità più efficace tramite cui attribuire effettività al comando giurisdizionale²⁷¹: così, per riprendere l'esempio, il lavoratore potrebbe rifiutarsi di adempiere alle mansioni cui venga adibito successivamente alla sentenza del giudice, qualora il datore continui a violare le regole per l'esercizio dello *ius variandi* di cui all'art. 2103 c.c., in spregio al provvedimento reso in favore del dipendente²⁷².

268 C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento di mansioni*, Torino, 2015, 129; in generale, M. Pedrazzoli, *La difficile strada della coercizione indiretta*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, 112.

269 Che, peraltro, potrebbe determinare una proliferazione dei giudizi, ove si susseguano provvedimenti di adibizione a mansioni in violazione dell'art. 2103 c.c., tutti reiteratamente impugnati dal dipendente.

270 M. Biasi, *L'esclusione lavoristica dalla misura coercitiva indiretta ex art. 614 bis c.p.c.: un opportuno ripensamento*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2020, 12. e L. Nogler, *La deriva risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Quaderni di diritto del lavoro*, 2006, 29, 63 ss; E. Navaretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.

271 V. Ferrante, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004.

272 S. Muggia, *Ordine illegittimo del datore di lavoro e autotutela del dipendente*, in *Dir. Lav.*, 2001, 249; G. Tesoriere, *Ancora su dequalificazione e trasferimento illegittimo dei dipendenti pubblici (e privati) tra tutela cautelare ed autotutela*, *Rass. amm. sic.*, 1999; A. Riccobono, *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle*

Trattasi, però, di un'opzione particolarmente rischiosa sotto molteplici profili²⁷³ e che, comunque, potrebbe - al più - atteggiarsi come rimedio *de facto* legato al caso concreto, giammai costituire una risposta giuridicamente e sistematicamente accettabile.

Si impone, quindi, una riflessione sulla volontà del legislatore di escludere le controversie lavoristiche dal raggio applicativo dell'art. 614 *bis* c.p.c.

Tale scelta legislativa è stata spiegata da parte della dottrina come connessa alla specificità del contratto di lavoro quale contratto di durata, in cui l'effetto dissuasivo dell'inottemperanza alla condanna sarebbe già incorporato nella disciplina speciale dei rimedi ordinari risarcitori, come nel caso dell'art. 18 St. Lav²⁷⁴: l'obiezione non coglie nel segno, posto che – come già rilevato – quello dell'art. 18 St. lav. è un meccanismo speciale, previsto “*ad hoc*” solo nell'ambito della tutela avverso i licenziamenti illegittimi, non estendibile al di fuori di esso.

Alcuni, invece, hanno ipotizzato che le ragioni vadano cercate nel timore di un aggravamento eccessivo degli oneri del sistema produttivo²⁷⁵.

Secondo altri Autori ancora, l'ampia discrezionalità datoriale nell'esercizio dei propri poteri non consentirebbe di accertare la corretta o mancata esecuzione della sentenza²⁷⁶. A tale tesi, si è obiettato, tuttavia, che l'inottemperanza presuppone il preventivo accertamento circa un esercizio *contra ius* del potere datoriale e che, in assenza dello strumento coercitivo indiretto, al creditore (lavoratore) non rimarrebbe altra strada che ricorrere ad un secondo giudizio avente ad oggetto proprio il comportamento datoriale successivo all'ordine pretorio disatteso²⁷⁷, con conseguente compromissione del principio di economia processuale.

Gran parte della dottrina ritiene, invece, che l'esclusione sia del tutto “irragionevole” e altresì discriminatoria, poiché ancorata esclusivamente alla qualifica soggettiva del debitore nei confronti del quale si ottenga il provvedimento di condanna ad una condanna di fare infungibile²⁷⁸.

controversie: l'autotutela individuale del lavoratore, Riv. it. dir. lav., 2010, 133.

273 R. Fratini, *Astreintes e diritto del lavoro durante il Covid-19*, in www.iudicium.it, 20 luglio 2020: «*l'alternativa, non priva di problematiche, sarebbe costituita dall'eccezione di inadempimento conseguente all'accertamento del diritto (...), ma qui si pone allo stesso modo il problema fattuale che il lavoratore in media è poco avvezzo a tale rimedio, che gli comporta una specie di “all-in” procedimentale: se decide di non andare a lavorare, probabilmente venire licenziato ed in seguito può solo sperare di ottenere la tutela reale per motivo ritorsivo alla sua legittima eccezione d'inadempimento*».

274 A. Chizzini, *Art. 614-bis*, in A. Chizzini, S. Menchini, R. Caponi, G. Balena, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, 175.

275 B. Sassani, R. Tiscini, *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009*, in Judicium.com, 23 gennaio 2009.

276 C. Mandrioli, A. Carratta, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 101 ss.; A. Saletti, *Commento sub art. 614-bis*, in A. Saletti, B. Sassani, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Torino, 2009, 196.

277 M. Biasi, *cit.*, 2.

278 Definisce “odiosa” la scelta R. Rivero, *Il volto del giudice del lavoro e la Costituzione*, in *Riv. dir. lav.*, 2014, I, 1, 172; “clamorosa” C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti. Prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*,

L'argomento gode oggi di una rinnovata attenzione da parte degli interpreti, sollecitata, in particolare, da due importanti pronunciamenti.

Anzitutto, il Tribunale di Milano²⁷⁹ ha avuto modo di riflettere sul tema, pur ritenendo di rigettare la richiesta, avanzata dalla difesa dei lavoratori, di promuovere incidente di legittimità costituzionale in relazione all'art. 614 *bis* c.p.c.

Nel caso analizzato, tre giornalisti professionisti si dolevano del fatto che, nonostante avessero ottenuto – in un precedente giudizio – la declaratoria di illegittimità dei licenziamenti loro comminati e la conseguente condanna del datore di lavoro alla loro reintegrazione in servizio, la società si era in realtà limitata ad operare una mera reintegrazione formale, senza mai assegnare loro nessun tipo di attività e lasciandoli di fatto del tutto inattivi.

Il Tribunale, dato atto che «*la reintegrazione per equivalente (...) con esonero (...) dalla prestazione lavorativa non rappresenta il corretto adempimento dell'ordine giudiziale*», il quale, viceversa, postulerebbe «*l'integrale ripristino del sinallagma, ossia di quel complesso di posizioni giuridiche connotato da una generale corrispettività*», accertava l'inadempimento datoriale e liquidava ai ricorrenti il danno alla personalità dagli stessi subito.

Tuttavia, il giudice rigettava l'ulteriore domanda attorea di condanna della convenuta al pagamento, in favore di ciascuno dei ricorrenti, della somma di mille euro dal giorno della pronuncia sino all'effettivo adempimento dell'ordine di reintegrazione, previa, rimessione alla Corte costituzionale della legittimità dell'art. 614 *bis* c.p.c. nella parte in cui esclude le controversie lavoristiche dal suo ambito di applicazione.

A tale riguardo, la pronuncia si limitava a constatare che «*Contrariamente a quanto lamentato dalle parti ricorrenti, la disposizione non risulta porsi in contrasto con l'assetto costituzionale dovendosi*

2012, 3, 555; “paradossale” R. Del Punta, *La stabilità nell'epoca dell'instabilità*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, II, Napoli, 2011, 861. Dubbi di legittimità costituzionale sono stati prospettati da S. Chiarloni, *Le principali novità introdotte nel c.p.c. con la legge n. 69/09*, in S. Chiarloni (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2009, pag. 20; A.M. Soldi, *Le nuove norme del processo civile*, in A. Bucci, A.M. Soldi, *La riforma del processo civile*, Padova, 2009, 225; G. Iannumberto, *Sull'incoercibilità dell'ordine di costituzione del rapporto: quale tutela per il lavoratore?*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2018, 2, 5. G. Poletti, *Sulla infungibilità degli obblighi di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Giurisprudenza Italiana*, marzo 2014, 750 ss. Contributi critici all'esclusione anche in A. Proto Pisani, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 223, il quale ha denunciato il carattere classista dell'esclusione, non comprendendo «perché gli obblighi infungibili del datore di lavoro pubblico o privato debbano godere di una simile esenzione». E. Silvestri, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 508 s., che la definisce anch'egli una scelta paradossale, atteso che, come si è detto, il dibattito sui limiti dell'esecuzione forzata in forma specifica e sull'esigenza di introdurre nel nostro ordinamento una misura coercitiva generale nacque proprio dal caso della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

279 Trib. Milano, 19 dicembre 2018, in *Arg. dir. lav.*, 2019, 3, 683, con nota di M. L. Picunio, *L'incerta cittadinanza dei danni punitivi nel diritto del lavoro*.

a tal fine rammentare che l'ordinamento attribuisce una specifica rilevanza costituzionale a entrambe le posizioni giuridiche soggettive coinvolte nel rapporto di lavoro, tutela specifica che non risulta conciliabile con la previsione in commento».

In particolare, secondo il giudice di Milano, l'art. 614 *bis* c.p.c., ove ritenuto applicabile anche al rito del lavoro, inciderebbe sulla libertà di iniziativa economica privata tutelata dall'art. 41 Cost., dunque favorendo troppo la posizione del creditore-lavoratore rispetto a quella del debitore-datore. Proprio quest'ultimo passaggio è risultato il più criticato dalla dottrina, dal momento che la libertà economica non può spingersi fino al punto di privare la parte più debole del rapporto di un'utilità attribuita dall'ordinamento, in generale, a qualunque altro creditore; né, del resto, risulta essere stata messa in discussione la legittimità costituzionale di altri mezzi coercitivi indiretti pur approntati specificamente dalla normativa lavoristica (artt. 18 e 28 St. Lav.)²⁸⁰.

La pronuncia, quindi, non ha certamente offerto risposte esaustive.

All'opposto, un'altra recente sentenza si è spinta fino a violare palesemente il tenore letterale dell'art. 614 *bis*, c.p.c. (Tribunale di Grosseto, ordinanza n. 502, 23 aprile 2020), applicando l'istituto dell'*astreinte* ivi previsto per imporre indirettamente al datore di lavoro l'ordine di adibire il dipendente alla prestazione lavorativa in modalità *smart working*²⁸¹.

La vicenda merita di essere brevemente ripercorsa per i suoi profili di peculiarità, legati all'emergenza sanitaria da Covid-19²⁸².

L'art. 1, comma 2, lettera n) d.l. n. 6/2020 (convertito in legge n. 13/2020 e successivamente abrogato dal decreto legge n. 19/2020) richiedeva alle attività produttive delle aree maggiormente colpite dal contagio di sospendere ogni attività eccetto «*quelle che possono essere svolte in modalità domiciliare*»; dall'altro lato, che il D.P.C.M. del 4 marzo 2020 stabiliva che la modalità agile di lavoro, attivata in base al d.l. n. 6/2020, poteva essere imposta dal datore a prescindere

280 D. Dalfino, *Nuove forme e tecniche di tutela processuale*, in L. Corazza, R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, 2014, 183. M. L. Picunio, *cit.*, osserva che la clausola di salvaguardia prevista dalla norma (“salvo ciò sia manifestamente iniquo”), avrebbe consentito anche al giudice del lavoro di rilevare eventuali elementi del caso specifico tali da far ritenere il contrasto tra la misura ed i valori costituzionali (tra cui, certamente anche quello della libertà economica ex art. 41 Cost.) in ragione delle peculiarità della situazione.

281 Non essendo possibile ripercorrere in questa sede il dibattito sull'applicabilità dell'art. 614 *bis* c.p.c. anche nell'ambito dei procedimenti cautelari, si rinvia a E. Vullo, *Procedimenti cautelari in generale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2017, 212; I. D'Amico, *Sull'applicabilità dell'art. 614 bis c.p.c. ai provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 713 ss. La giurisprudenza è ormai costante nel ritenere applicabile l'art. 614 *bis* anche in sede cautelare: Tribunale Roma, Sez. Spec. Impresa, 15 luglio 2020; Tribunale Pescara, 8 agosto 2020, Tribunale Lecce 17 giugno 2019, Trib. Bari, sez. dist. Rutigliano, 10 maggio 2011.

282 S. D'Ascola, *Il lavoro a distanza come diritto? Sui 700 dell'emergenza (e sulla normalizzazione del lavoro agile)*, in www.questionegiustizia.it, 29 giugno 2020.

dall'accordo individuale (in deroga all'art. 18 della legge n. 81 del 22 maggio 2017, che impone invece “*l'accordo tra le parti*”).

Nel caso esaminato dal giudice del lavoro di Grosseto, un impiegato di backoffice di un'azienda che fornisce gas ed energia, assunto a tempo indeterminato, a metà aprile domandava al proprio datore di lavoro di poter lavorare in modalità a distanza, essendo affetto da una patologia polmonare invalidante. Il lavoratore evidenziava di aver inviato la richiesta di *smart working* già ad inizio marzo: poco dopo, tuttavia, era rimasto assente da lavoro, per malattia. Al suo rientro, a fine marzo, si rendeva conto che, nel frattempo, il datore aveva già assegnato tutti i suoi colleghi alla modalità di lavoro agile, escludendolo da tale piano riorganizzativo. Egli, quindi, riproponeva la domanda, facendo presente di avere attivato appositamente una connessione *wireless* nel proprio domicilio. A quel punto, però, la società opponeva motivazioni economiche e organizzative alla cui stregua le sarebbe ormai risultato impossibile inserire anche il ricorrente nei piani di lavoro da casa. Nonostante un ulteriore certificato medico, presentato dal lavoratore a inizio aprile, che segnalava l'impossibilità per lo stesso di proseguire nello svolgimento della prestazione sul luogo di lavoro, l'azienda non accoglieva le richieste del proprio dipendente, al quale non rimaneva, quindi, che agire giudizialmente ai sensi dell'art. 700 c.p.c., chiedendo al giudice del lavoro di ordinare all'impresa la propria collocazione in modalità a distanza a causa rischio di contagio, aggravato dalla propria preesistente patologia.

Il Tribunale, accogliendo nel merito le ragioni del lavoratore sulla base delle disposizioni emergenziali, imponeva al datore di consentire al dipendente, con effetto immediato, di accedere alla modalità del lavoro agile, condannandolo al pagamento di un'indennità pari a 50,00 euro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento giurisdizionale. Secondo il giudice di Grosseto, il ritardo nell'accesso del dipendente allo *smart working* avrebbe determinato un gravissimo pericolo per la sua salute, non tutelabile se non tramite la misura coercitiva indiretta di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.

Al di là della grave violazione di legge in cui è incorsa – innegabilmente – la pronuncia di cui si è dato atto, essa ha avuto quantomeno il pregio di denunciare e rendere palesi, una volta in più, le problematiche connesse all'esclusione lavoristica contenuta nell'art. 614 *bis* c.p.c.

Così, la prima dottrina a commento, pur non condividendo la scelta del giudice toscano, si è sforzata di individuare opzioni interpretative che consentano di ottenere, a prescindere dall'applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c., la coercizione indiretta di un obbligo di *facere* infungibile

emesso dal giudice del lavoro, mediante il ricorso ai procedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.²⁸³.

La proposta interpretativa è suggestiva, ma di fatto non praticabile: secondo questa dottrina, sarebbe possibile per il giudice cautelare imporre una sanzione pecuniaria, per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento d'urgenza, in forza del contenuto, aperto e atipico, di cui all'art. 669 *duodecies*, in base al quale «*l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi (...) di fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare, il quale ne determina le modalità di attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti*».

Due sono le obiezioni che è possibile muovere a questa ricostruzione:

a) anzitutto, si deve ricordare come l'art. 614 *bis* c.p.c., a differenza dell'art. 669 *duodecies* c.p.c., non sia una norma concernente la fase esecutiva dei provvedimenti giurisdizionali, bensì sia strumento di esclusiva competenza del giudice della cognizione;

b) in secondo luogo e soprattutto, il principio di strumentalità cautelare (comunque applicabile, benché in forma attenuata, anche ai provvedimenti d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c.²⁸⁴), impedisce di riconoscere al giudice tutelare il potere di adottare provvedimenti che, invece, sarebbero preclusi al giudice di merito, se è vero che «*seppur con una portata attenuata rispetto a quanto previsto dalla disciplina previgente, la strumentalità e la provvisorietà rimangono elementi tipizzanti i provvedimenti d'urgenza e, insieme alle altre caratteristiche della residualità ed atipicità ed ai requisiti del fumus boni iuris e del periculum in mora, contribuiscono a delineare i profili di ammissibilità e di contenuto nonché l'ambito di applicazione dei provvedimenti in questione*» (Tribunale di Roma, sezione XVI, 25 marzo 2019, inedita).

Allo stato, quindi, non pare possibile, nemmeno per il tramite della tutela cautelare, accordare al giudice del lavoro la possibilità di applicare misure di coercizione indiretta al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dall'ordinamento, *ut supra* indicate.

La frustrazione del principio di effettività, con riferimento ai provvedimenti giurisdizionali aventi ad oggetto quei diritti del lavoratore che solo un *facere* infungibile del datore può garantire (come, ad esempio, la tutela della salute e della professionalità), pare, dunque, potersi superare solo tramite l'auspicata riforma dell'art. 614 *bis* c.p.c.

283 R. Frattini, *op. ult. cit., passim*.

284 Principio consolidato in giurisprudenza: *ex multis*, cfr. Tribunale Roma sez. XVI, 25/03/2019; Cassazione civile sez. lav., 15/11/2018, n.29429; Tribunale Trani, 20/07/2007; Cassazione civile, sez. lav., n. 10840 del 25 maggio 2016.

Nel quadro finora delineato, merita, infine, un'ultima riflessione la disciplina prevista nell'ambito del pubblico impiego: infatti, al giudice amministrativo, adito in sede di ottemperanza, è riconosciuto il potere di condannare la pubblica amministrazione (inadempiente rispetto ad un obbligo contenuto in una sentenza del giudice ordinario) al pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni giorno ritardo nell'esecuzione del giudicato (art. 114, comma 4, lettera e, d.lgs. n. 104/2010).

Sul punto, occorre premettere che, nonostante i dubbi di legittimità costituzionale formulati da una parte della dottrina²⁸⁵, al pubblico dipendente è riservato dal diritto processuale civile e amministrativo un sistema di c.d. “doppia tutela”.

In sintesi, la giurisprudenza ammette la possibilità, per il lavoratore della P.A. che pretenda l'attuazione dell'ordine giudiziale, di ricorrere sia al giudice ordinario dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 612 c.p.c. (con richiesta di nomina di un commissario *ad acta* per l'adozione dei provvedimenti amministrativi inerenti al rapporto di pubblico impiego), sia al giudice amministrativo in sede di ottemperanza²⁸⁶.

285 Invero, parte della dottrina ritiene che le condanne verso il datore di lavoro pubblico dovrebbero essere trattate al pari di ogni altra sentenza di condanna ad un fare infungibile: la privatizzazione del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, infatti, avrebbe determinato, secondo questi Autori, una sostanziale parificazione delle tecniche di tutela giurisdizionale, quanto a presupposti, contenuti, conseguenze e limiti, con conseguente applicazione anche nel settore pubblico dei concetti di fungibilità e infungibilità: «*diversamente opinando, si finirebbe con l'attribuire al lavoratore pubblico privatizzato una tutela giurisdizionale (...) per la esecuzione coattiva nei confronti del suo datore di lavoro di obbligazioni di fare infungibili che, viceversa, viene costantemente negata al lavoratore privato, senza che esistano sostanziali ragioni giustificatrici di tale differente tutela, atteso che in entrambi i casi vengono ad avere decisiva rilevanza non certo atti amministrativi, ma atti di gestione del singolo rapporto di lavoro che la pubblica amministrazione adotta, come visto, con i poteri del datore di lavoro*» (S. Brusati, *Esecuzione degli obblighi di fare infungibile nei confronti della P.A. cit.*, 1163; P. Sordi, *I poteri del giudice ordinario nelle controversie del pubblico impiego*, in *Corr. Giur.*, 1999, 512 ss). In passato la tesi dell'assimilazione è stata sostenuta anche da A. Vallebona, *Provvedimenti del giudice ed esecuzione nelle controversie di diritto pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 221 ss. Ha tuttavia prevalso – come si vedrà, anche in giurisprudenza – l'indirizzo interpretativo favorevole al riconoscimento, in favore del pubblico dipendente, di un sistema di c.d. doppia tutela, ossia la possibilità di ottenere l'attuazione delle sentenze emesse in suo favore dal giudice ordinario, tanto mediante gli strumenti del codice di procedura civile, tanto quanto a mezzo del giudizio di ottemperanza (in questi termini, A. Belsito, *Limiti ai poteri del datore di lavoro*, Bari 2005, 106.; G. Albezio, *L'esecuzione delle sentenze del giudice del lavoro nei confronti della Pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1999, I, 3475; G. Montedoro, *Esecuzione forzata e rapporto di lavoro pubblico privatizzato*, in *Cons. Stato*, 2002, II, 2107 ss.). Tale soluzione è quella accolta dalla giurisprudenza maggioritaria, oltre ad essere maggiormente aderente al tenore letterale dell'art. 112, comma 2, lettera c) d.lgs. n. 104/2010, in base al quale l'azione di ottemperanza può essere promossa anche avverso le sentenze passate in giudicato e gli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, senza limiti quanto al contenuto della sentenza che può emettere il giudice amministrativo adito in sede di ottemperanza.

286 La consolidata giurisprudenza è nel senso della concorrenza tra i due rimedi: T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. III, 08/02/2017, n.308, secondo cui per l'esecuzione delle sentenze civili di condanna aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro o altre prestazioni specifiche da parte dell'Amministrazione sono azionabili, in via concomitante o alternativa, sia i rimedi esecutivi ordinari, sia il rimedio dell'ottemperanza innanzi al g.a., dal momento che ricorrono gli estremi per l'esperibilità di entrambi. Possono, infatti, essere esperiti entrambi i rimedi, in via cumulativa o alternativa,

Il giudizio di ottemperanza avente ad oggetto sentenze passate in giudicato del giudice del lavoro ordinario assume caratteri del tutto peculiari: in particolare, i giudici di Palazzo Spada hanno chiarito che, in questo caso, il rito avrà una funzione meramente esecutiva e giammai integrativa, non potendo il giudice amministrativo modificare, sindacare o integrare il contenuto del provvedimento del giudice civile²⁸⁷.

Nondimeno, il giudice amministrativo ben potrà:

- 1) sostituirsi direttamente all'amministrazione inadempiente e adottare egli stesso il provvedimento amministrativo idoneo a soddisfare le pretese riconosciute come meritevoli di tutela dalla sentenza del giudice del lavoro (art. 114, comma 4, lettera a, d.lgs. n. 104/2010);
- 2) nominare un commissario *ad acta* che provveda in tal senso (art. 114, comma 4, lettera d, d.lgs. n. 104/2010);
- 3) ordinare alla pubblica amministrazione l'esecuzione dell'obbligo indicato nella sentenza, condannandola contestualmente o *pro futuro* al versamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo o per ogni violazione o inosservanza successiva (art. 114, comma 4, lettera e) d.lgs. n. 104/2010), in questo modo accordando al pubblico dipendente proprio quel rimedio deterrente precluso dall'art. 614 *bis* c.p.c. al dipendente privato.

L'evidente diversità di trattamento tra i due trattamenti processuali, tuttavia, secondo la dottrina non determina alcun profilo di illegittimità costituzionale, dal momento che gli obblighi della pubblica amministrazione sono sempre, intrinsecamente, fungibili, a differenza di quelli del datore di lavoro

con l'unico limite dell'impossibilità di conseguire due volte le stesse somme e con la conseguenza che le spese della procedura rimasta infruttuosa siano poste a carico del creditore. In definitiva, con riguardo alle sentenze del giudice ordinario, secondo la tesi interpretativa prevalente, esecuzione civile e giudizio di ottemperanza operano in concorso e realizzano un sistema di "doppia tutela". Tuttavia, questa regola incontra delle eccezioni. In particolare, non è possibile ritenere la concorrenza della giurisdizione ordinaria e di quella amministrativa, laddove sia necessario un ulteriore giudizio di cognizione al fine di determinare esattamente l'ammontare del credito riconosciuto dalla sentenza amministrativa, con la conseguente necessaria esperibilità del rimedio del giudizio di ottemperanza. Tale regola vale anche al contrario, cioè quando al giudice amministrativo sia richiesta in via principale l'integrazione del giudicato civile e, in via accessoria, la sua esecuzione (come nel caso di specie). Cfr. Cons. St., sez. IV, 1 ottobre 2014 n. 6362; Cons. St., sez. V, 12 novembre 2001 n. 5788; Cons. St., sez. IV, 9 marzo 2000 n. 1233; TAR Campania, Salerno, sez. I, 22 gennaio 2009 n. 15; Cass., sez. un., 15 luglio 2008 n. 19345; Cass., sez. un., 18 aprile 1994 n. 3680. Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2003, n. 7840; Cons. St., sez. VI, 16 aprile 1994, n. 527; Cons. St., sez. IV, 29 giugno 1982, n. 412, Cass., Sez. Un., 31 marzo 2006, n. 7578.

287 T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, Sez. I, 7 ottobre 2013, n. 322 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2011, n. 6773: «*deve ammettersi, in tema di rapporti di lavoro, il giudizio di ottemperanza innanzi al g.a., anche per l'esecuzione delle sentenze del giudice civile in funzione di giudice del lavoro, senza che questo comporti il pericolo di un indiretto e surrettizio recupero del sindacato sul rapporto di pubblico impiego. La plena cognitio che esercita oggi il giudice civile sugli atti dell'amministrazione del datore di lavoro riduce, infatti, lo spazio di cognizione del giudice di ottemperanza, che non potrà modificare o integrare la sentenza del giudice ordinario, ma solo dargli attuazione, analogamente a quanto avviene per l'ottemperanza delle sentenze del giudice civile di condanna al pagamento di una somma di denaro*» (conforme, T.A.R. Napoli, Sezione VIII 19 novembre 2018 n. 6654 in *Foro Amm.*, 2018, 11, 2071).

privato: l'attività degli enti pubblici, infatti, non è mai libera, ma è sempre ontologicamente funzionalizzata all'esecuzione dei fini pubblicistici che essa è chiamata a perseguire²⁸⁸.

Così, ad esempio, con la sentenza n. 1922/2018, il T.A.R. Napoli (adito in sede di ottemperanza dal pubblico dipendente per l'esecuzione di due sentenze del giudice ordinario, che avevano condannato il Comune alla sua reintegra nel posto di lavoro e al risarcimento del danno pari al pagamento della retribuzione globale di fatto, contributi previdenziali e interessi, dal giorno del licenziamento fino alla reintegra), oltre a fissare il termine entro cui l'ente comunale avrebbe dovuto adempiere alla reintegrazione, precisava che – una volta spirato infruttuosamente detto termine – la pubblica amministrazione sarebbe stata costretta a versare, in favore del dipendente, una pena pecuniaria per ogni giorno di ulteriore ritardo, da calcolarsi nella misura degli interessi legali su quanto complessivamente risultante dal giudicato, considerando come *dies a quo* il giorno della notifica della sentenza di ottemperanza e come *dies ad quem* il giorno dell'adempimento o, in mancanza di adempimento, il giorno dell'insediamento del Commissario *ad acta*.

Ancora, sempre T.A.R. Napoli, con sentenza n. 6654/2018, chiamato a dare esecuzione, nei confronti dell'Ente previdenziale inadempiente, ad una sentenza di riconoscimento del diritto alla pensione di invalidità civile per cecità (e contestuale liquidazione), accoglieva la domanda di condanna dell'Amministrazione resistente al pagamento di un'ulteriore somma di danaro, in applicazione della previsione di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a., da determinare nella misura degli interessi legali su quanto complessivamente risultante dal giudicato, assumendo, da un lato (quale *dies a quo*), il giorno della notificazione della sentenza all'Amministrazione inadempiente e, dall'altro lato (quale *dies ad quem*), il giorno dell'adempimento spontaneo (sia pure tardivo) del giudicato da parte dell'Amministrazione resistente (oppure, in mancanza dell'adempimento, quello dell'insediamento del Commissario *ad acta* investito dei poteri finalizzati all'esecuzione del giudicato medesimo).

288 G. Vercillo, *Profili problematici in ordine alle tecniche di tutela esecutiva dei diritti strumentali del lavoratore alle dipendenze della P.A.*, in www.judicium.it, e ivi ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. L'azione amministrativa posta in essere con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro non costituisce espressione della libertà di iniziativa economica privata garantita dall'art. 41 Cost.: mentre il potere datoriale privato è soggetto al principio di autonomia, per cui il datore può anche organizzare “male” la propria azienda, nella pubblica amministrazione ciò non è possibile, in quanto l'amministrazione non è autonoma, dovendo invece canonizzare la propria gestione secondo l'imparzialità e il buon andamento. La stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 351 del 16 maggio 2008, ha affermato che «a differenza di quanto accade nel settore privato...nel settore pubblico, il potere datoriale è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi...che trovano riconoscimento nelle norme costituzionali». Ciò si traduce, a livello processuale, nella ammissibilità di ogni diversa disciplina processuale che trovi giustificazione nella specialità del rapporto di pubblico impiego: Corte cost., 23 maggio 2003, n. 199 e Corte cost. n. 24 ottobre 2008, n. 351.

La sentenza da ultimo citata risulta particolarmente importante poiché permette di sottolineare la possibilità per il pubblico dipendente, a differenza del lavoratore subordinato privato, di ottenere la misura dell'*astreinte* di cui all'art. 114, comma 4, lettera e) c.p.a. anche per l'esecuzione indiretta degli obblighi di pagamento di somme di denaro, i quali sono, invece, espressamente esclusi per qualsiasi creditore dall'ambito applicativo dell'art. 614 *bis* c.p.c.²⁸⁹.

Tale considerazione induce, quindi, a riflettere sulle differenze esistenti tra i due istituti processuali anzidetti, i quali – in realtà – risultano non perfettamente sovrapponibili, secondo quanto spiegato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 15 del 25 giugno 2014²⁹⁰.

Anzitutto, la Plenaria, chiamata a dirimere il contrasto giurisprudenziale in ordine all'applicabilità delle c.d. *astreintes* anche alle sentenze di condanna pecuniaria emesse verso la pubblica amministrazione²⁹¹, ha affermato che, nell'ambito del giudizio di ottemperanza, la penalità di mora di cui all'art. 114, comma 4, lettera e) è ammissibile per tutte le decisioni di condanna di cui al precedente art. 113, ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni di natura meramente pecuniaria ed in quanto tale, quindi, fungibili.

Tale conclusione consegue sia al mero dato testuale (l'art. 114, comma 4, lettera e, c.p.a., non riproducendo il limite previsto invece espressamente dall'art. 614 *bis* c.p.c.), sia da considerazioni di sistema.

289 Per una puntuale ricostruzione del dibattito, cfr. S. Foà e A. Ubaldi, *L'emancipazione dell'astreinte amministrativa: un modello sui generis?*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2015, 8 ss.

290 «*I profili differenziali rispetto all'omologo istituto di cui all'art. 614 bis c.p.c. sono, infatti, molteplici e di rilevante importanza: a) mentre la sanzione di cui al 614-bis c.p.c. è adottata con la sentenza di cognizione che definisce il giudizio di merito, la penalità è irrogata dal Giudice Amministrativo, in sede di ottemperanza, con la sentenza che accerta il già intervenuto inadempimento dell'obbligo di contegno imposto dal comando giudiziale; b) di conseguenza, nel processo civile la sanzione è ad esecuzione differita, in quanto la sentenza che la commina si atteggia a condanna condizionata (o in futuro) al fatto eventuale dell'inadempimento del precetto giudiziario nel termine all'uopo contestualmente fissato; al contrario, nel processo amministrativo l'astreinte, salva diversa valutazione del giudice, può essere di immediata esecuzione, in quanto è sancita da una sentenza che, nel giudizio d'ottemperanza di cui agli artt. 112 e seguenti c.p.a., ha già accertato l'inadempimento del debitore; c) le astreintes disciplinate dal codice del processo amministrativo presentano, almeno sul piano formale, una portata applicativa più ampia rispetto a quelle previste nel processo civile, in quanto non si è riprodotto nell'art. 114, co. 4, lett. e, c.p.a., il limite della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi ad oggetto un non fare o un fare infungibile; d) la norma del codice del processo amministrativo non richiama i parametri di quantificazione dell'ammontare della somma fissati dall'art. 614 bis c.p.c.; e) il codice del processo amministrativo prevede, accanto al requisito positivo dell'inesecuzione della sentenza e al limite negativo della manifesta iniquità, l'ulteriore presupposto negativo consistente nella ricorrenza di "ragioni ostative" ».*

291 La giurisprudenza maggioritaria forniva al quesito risposta positiva: Cons. Stato, Sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 462, Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3781; Cons. Stato, Sez. V, 19 giugno 2013, nn. 3339, 3340, 3341 e 3342 Cons. Stato, Sez. III, 30 maggio 2013, n. 2933; Cons. Stato, Sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3272; Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2012, n. 2744; Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688 Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4216 Cons. Stato, Sez. VI, 6 agosto 2012, n. 4523; Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4685, tutte in www.giustiziaamministrativa.it. In senso contrario, invece, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 21 gennaio 2013, n. 640, in cui si sottolinea l'esigenza di non diversificare la tutela fruibile a seconda del giudice adito.

Secondo la Plenaria, infatti, mentre l'art. 614 *bis* c.p.c. si cala in un processo in cui, per le pronunce non attuabili *in re*, manca una forma di esecuzione diretta e questa deve necessariamente essere colmata con una tecnica compulsoria, quale la coercizione indiretta del debitore, l'art 114 co. 4 lett. e) c.p.a. si inserisce in un processo che prevede la figura del commissario *ad acta* dotato di poteri sostitutivi, a prescindere dalla natura della sentenza di condanna: proprio questo profilo attribuirebbe alle *astreintes* amministrative una funzione più marcatamente sanzionatoria rispetto all'analogo istituto civilistico.

Vale la pena riportare il passaggio della pronuncia nel quale i giudici amministrativi hanno illustrato le differenze, sistematiche e di *ratio*, dei due istituti in esame: «*La diversità delle scelte abbracciate dal legislatore per il processo civile e per quello amministrativo si giustifica in ragione della diversa architettura delle tecniche di esecuzione in cui si cala e va letto il rimedio in esame. Nel processo civile, stante la distinzione tra sentenze eseguibili in forma specifica e pronunce non attuabili in re, la previsione della penalità di mora per le sole pronunce non eseguibili in modo forzato mira a introdurre una tecnica di coercizione indiretta che colmi l'assenza di una forma di esecuzione diretta. Detto altrimenti, nel sistema processual-civilistico, con l'innesto della sanzione in parola il legislatore ha inteso porre rimedio all'anomalia insita nell'esistenza di sentenze di condanna senza esecuzione, dando la stura ad una tecnica compulsoria che supplisce alla mancanza di una tecnica surrogatoria. Nel processo amministrativo, per converso, la norma si cala in un archetipo processuale in cui, grazie alle peculiarità del giudizio di ottemperanza, caratterizzato dalla nomina di un commissario *ad acta* con poteri sostitutivi, tutte le prestazioni sono surrogabili, senza che sia dato distinguere a seconda della natura delle condotte imposte. La penalità di mora, in questo diverso humus processuale, assumendo una più marcata matrice sanzionatoria che completa la veste di strumento di coazione indiretta, si atteggia a tecnica compulsoria che si affianca, in termini di completamento e cumulo, alla tecnica surrogatoria che permea il giudizio d'ottemperanza. Detta fisionomia impedisce di distinguere a seconda della natura della condotta ordinata dal giudice, posto che anche per le condotte di *facere* o *non facere*, al pari di quelle aventi ad oggetto un dare pecuniario o no), vige il requisito della surrogabilità/fungibilità della prestazione e, quindi, l'esigenza di prevedere un rimedio compulsivo volto ad integrare quello surrogatorio».*

Particolarmente significativa, per lo studio fin qui condotto, risulta altresì la parte finale della sentenza, in cui viene confutata l'asserita inopportunità di una tutela diversificata dello stesso credito (pecuniario, di *facere* infungibile o *non facere*) a seconda del giudice dinanzi al quale si

agisca e, per l'effetto, del tipo di rimedio che il creditore della P.A. scelga di esperire (rito civile di esecuzione vs giudizio di ottemperanza).

Secondo i giudici del Supremo Consesso, la possibilità di avvalersi di meccanismi di esecuzione diversi, a seconda del giudice adito, per ottenere l'attuazione di una sentenza di condanna della pubblica amministrazione non integra una disparità di trattamento, bensì trova un duplice fondamento costituzionale negli artt. 24 e 97 Cost: *«la pregnanza dei canoni costituzionali di imparzialità, buona amministrazione e legalità che informano l'azione dei soggetti pubblici, qualificano in termini di maggior gravità l'inosservanza, da parte di tali soggetti, del precetto giudiziale, in guisa da giustificare la previsione di tecniche di esecuzione più penetranti, tra le quali si iscrive il meccanismo delle penali di mora. In questo quadro va rimarcato che la previsione di cui all'art. 114, comma 4, lett. e, c.p.a., si inserisce armonicamente in una struttura del giudizio di ottemperanza complessivamente caratterizzata, proprio per la specialità del debitore, da un potere di intervento del giudice particolarmente intenso, come testimoniato dall'assenza del limite dell'infungibilità della prestazione, dalla previsione di una giurisdizione di merito e dall'adozione di un modello surrogatorio di tutela esecutiva».*

Nonostante i puntuali chiarimenti dell'Adunanza Plenaria, resta, nondimeno, il dubbio che l'attuale divergenza tra i rimedi processuali a disposizione del dipendente pubblico e del dipendente privato integri, di fatto, una disparità di trattamento (art. 3 Cost.) in danno del secondo e un *vulnus* al principio di effettività della tutela giurisdizionale ad esso riservata: la "specialità" del debitore pubblico, infatti, non può andare a discapito del creditore-lavoratore che, invece, si confronti con un datore-debitore privato, dal momento che le situazioni giuridiche da tutelare hanno medesima natura e dignità.

Sezione 2. Accesso alla giustizia, potere interpretativo del giudice del lavoro e funzione deterrente del processo. Le sfide della giustizia predittiva.

1. Il diritto di accesso alla giustizia e la nuova “funzione deterrente” del processo civile.

Il riconoscimento del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale costituisce la condizione preliminare dell'effettività delle decisioni giudiziali²⁹²: *«l'ordinamento è effettivo se garantisce a tutti il diritto di accedere, anche di fatto, alla giustizia, eliminando gli ostacoli che, sia nella fase dell'esercizio sia in quella della soddisfazione pratica e concreta si frappongono alla più completa realizzazione delle situazioni sostanziali riconosciute dall'ordinamento stesso»*²⁹³.

È soprattutto grazie all'elaborazione giurisprudenziale²⁹⁴ e alla legislazione europea che l'accesso alla giustizia costituisce oggi un diritto autonomo, comprimibile dagli Stati solo all'esito di un rigoroso giudizio di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito²⁹⁵.

Di seguito, sono indicati alcuni dei principali riferimenti normativi, europei e nazionali, della tematica in oggetto:

- art. 6 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: *«Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine*

²⁹² M. Cappelletti, *Access to justice*, Milano, 1978; Id, *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 233 ss.

²⁹³ D. Dalfino, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 913, il quale sottolinea che il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale implica il riconoscimento non solo del diritto di agire i giudici, ma anche del diritto ad una forma di tutela adeguata alla situazione sostanziale dedotta in giudizio (c.d. “*effective remedy*”).

²⁹⁴ Corte europea dir. uomo, 21 febbraio 1975, Golder, in *Riv. dir. internaz.*, 1976, 300 ss.; Corte eur. dir. uomo, 19 marzo 1997, Hornsby c. Grecia, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1997, p. 409 ss. Le indicazioni della Corte sono state recepite anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, la quale ha segnalato la indefettibilità di un sistema di tutele processuali calibrato ed adeguato alle peculiarità della situazione soggettiva (Corte giust., 19 giugno 1990, n. 213/89, House of Lords, spec. punto 21, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 498).

²⁹⁵ Corte eur. dir. uomo 21 novembre 2001, Fogarty c. Regno Unito, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Diritti politici e civili* nn. 140, 144; Corte eur. dir. uomo, 30 gennaio 2003, Cordova c. Italia, in *Foro it.*, 2004, IV, 293. Secondo quanto espresso nelle conclusioni in *Gestoras Pro Amnistia* (C-354/04) dall'Avvocato Generale P. Mengozzi, *«non sarebbe azzardato annoverare il diritto alla giurisdizione effettiva tra i dogmi del diritto comunitario, da porsi accanto a principi quali l'effetto diretto e la primauté cui si deve l'inarrestabile sviluppo di tale ordinamento»*.

pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza»;

- art. 13 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: *«Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali»;*
- art. 47 Carta di Nizza: *«Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia»;*
- art. 19, paragrafo 2, Trattato dell'Unione Europea: *«Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione»;*
- art. 24 Cost.: *«Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad*

ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari».

Dalle fonti normative richiamate si evince il dovere, per i singoli Stati membri del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea, di apprestare strumenti tecnici-normativi volti al superamento dei principali ostacoli all'effettività del diritto in questione, tra i quali: 1) barriera economica iniziale, costituita dall'onere patrimoniale di anticipazione delle spese di lite, in vista di un recupero solo futuro ed ipotetico; 2) condizioni economiche soggettive; 3) durata che può essere eccessiva, quindi, irragionevole, del processo²⁹⁶. Come è stato osservato, infatti, a nulla varrebbe, altrimenti, il mero riconoscimento formale del diritto in esame: *«resta il fatto che tale accesso è ben diverso per chi abbia una sufficiente informazione sui propri diritti, possa farsi rappresentare da un buon avvocato, e abbia la possibilità di attendere i risultati spesso tardivi delle procedure giurisdizionali, e chi manchi invece di tali requisiti economico-culturali»*²⁹⁷.

Nonostante l'acquisita consapevolezza dello stretto rapporto tra diritto di accesso alla giustizia ed effettività delle risposte giurisdizionali, da tempo nel nostro Paese l'evento del processo è visto come un male da contenere ed evitare: *«da anni la giustizia civile appare ossessionata dall'obiettivo della deflazione del contenzioso»*²⁹⁸.

A tal proposito risulta particolarmente incisivo il parallelismo individuato da A. D. De Santis tra le condizioni dell'Austria di fine XIX secolo (nel cui clima culturale maturò la concezione sociale del processo di cui si è dato atto nella precedente Sezione) e l'Italia di oggi: *«Il collegamento ideale con l'Austria di fine XIX secolo e l'Italia (ma forse, meglio sarebbe dire, l'Europa) del primo ventennio del ventunesimo si coglie a colpo d'occhio se, rileggendo i fondamenti dell'opera riformatrice di Klein, ci si sofferma sui suoi due grandi postulati: le cause civili sono dei “mali sociali” (sozial Ubel) che fanno perdere tempo, denaro, determinano l'indisponibilità fruttuosa dei beni patrimoniali, fomentano odio e ira tra i litiganti e “passioni fatali per la convivenza della società”; “il processo blocca i beni in attesa della decisione poiché ogni altra causa turba la collaborazione pacifica, rompe nessi economici ordinati, blocca valori e li distrae dall'ordinaria circolazione”»*²⁹⁹.

Il predetto Autore, dopo aver osservato come *«la lotta per l'affermazione della funzione sociale abbia permesso non soltanto di riconoscere l'esistenza di un diritto autonomo e fondamentale di*

²⁹⁶ L. Comoglio, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civile*, 1998 1, 253 ss.

²⁹⁷ M. Cappelletti, *Voce Accesso alla giustizia*, in *Enc. delle scienze sociali*, Treccani, 1994.

²⁹⁸ A. D. De Santis, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018, 70.

²⁹⁹ A. D. De Santis, *cit.*, 71 ss.

accesso, ma soprattutto di graduare le forme di tutela ai bisogni concreti e di rimuovere gli impedimenti sia di diritto sia, principalmente, di fatto, alla realizzazione della piena uguaglianza», nondimeno rileva che «negli ultimi anni, la forza propulsiva di questa concezione della dimensione sociale pare essersi attenuata o, per lo meno, ridotta, con l'affacciarsi di una nuova accezione di "dimensione sociale" del processo legata, o forse più propriamente dominata, dall'economia»³⁰⁰.

Ed infatti le riforme processuali degli ultimi decenni hanno avuto come unico o principale obiettivo quello di ridurre il contenzioso, incentivando le tecniche di A.D.R. e, specularmente, introducendo vere e proprie sanzioni processuali in funzione deterrente, tali cioè da rendere meno conveniente o più difficoltoso l'esercizio del diritto di azione o, come si vedrà, di impugnazione³⁰¹.

Questa tendenza discende dall'attenzione, ormai quasi ossessiva, del legislatore circa l'incidenza del numero dei processi (delle loro tempistiche e della prevedibilità dei loro esiti) nel mercato nazionale e globale³⁰².

Nell'ultima classifica stilata da *Doing Business nell'Unione Europea 2020: Italia* si evidenzia che

³⁰⁰ A. D. De Santis, *cit.*, 81 ss.

³⁰¹ V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 533 ss.; Id, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* 215/2014; R. De Luca, *Processo del lavoro e deflazione del contenzioso*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2016, 2, 240; Id, *Diritti dei lavoratori: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva (a quarant'anni dalla fondazione del nuovo processo del lavoro)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 1, 271 ss.; F. Amato, S. Mattone (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, in *Quaderni di Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, 2010; G. Chiarloni, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 754 ss.; O. Mazzotta, *Lavoro ed esigenze dell'impresa tra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Torino, 2016.

³⁰² A. Proto Pisani, *Tre note sull'art. 18 dello statuto dei lavoratori scritte da un giurista ingenuo*, in *Foro it.*, 2012, V, 121; L. De Angelis, *Giudice del lavoro e recenti riforme: considerazioni sparse*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, 393 ss.; Id, *Sguardo su effettività dei diritti e deflazione delle controversie di lavoro*, contributo a *L'accesso alla giustizia del lavoro dal garantismo alle tecniche deflative*, nel *Convegno Lavoro ed esigenze dell'impresa: garanzie ed effettività tra diritto sostanziale e processo* (Pisa, 3-4 dicembre 2015); A. D. De Santis, *cit.*, 70, il quale a sua volta rinvia a F. Cipriani, *Nel Centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 969 ss., secondo il quale, in realtà, il numero delle controversie civili non costituisce, di per sé, né un problema né un ostacolo all'andamento dell'economia. Peraltro, negli studi ufficiali della Banca d'Italia si rileva che l'incidenza in senso negativo sull'economia e sul mercato deriva, piuttosto, dalla "opacità" dell'ordinamento giuridico, dall'incertezza degli orientamenti, dalla eccessiva durata dei procedimenti. Secondo S. Giacomelli, S. Mocetti, G. Palumbo, G. Roma, *La giustizia civile in Italia: le recenti evoluzioni*, in *Questioni di economia e finanza. Occasional paper*, Banca d'Italia – Eurosystema, ottobre 2017, n. 401, «La giustizia civile è una componente essenziale del sistema istituzionale di un'economia, in quanto a essa è affidata la tutela giuridica dell'investimento e dello scambio, i due momenti caratterizzanti dell'attività economica. Le analisi empiriche, anche riferite al nostro paese, mostrano che inefficienze nell'amministrazione della giustizia hanno effetti quantitativamente rilevanti sull'economia, attraverso molteplici canali». Ancora, sulla relazione fra amministrazione della giustizia ed economia, cfr. anche A. Giuliani, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997, *passim*: V. Carbone, *Le difficoltà dell'interpretazione giuridica nell'attuale contesto normativo: il diritto vivente*, *Corr. giur.* 2, 53 158: «il mercato è ben attento, sia alla tempestività della decisione e ai tempi tecnici impiegati, sia alla certezza del diritto e al contenuto del diritto vivente giurisprudenziale. Su queste considerazioni si basano gli investimenti stranieri in Italia».

risolvere una controversia nel nostro Paese richiede più tempo e più denaro che nel resto dell'Unione Europea (il costo medio di una causa civile di primo grado, pari al 25,3% del valore della controversia, è superiore di un quinto alla media della UE, pari al 21,2% del valore della controversia). Tuttavia, per quanto concerne l'indice di qualità delle procedure giudiziarie, la media italiana di 13 punti su 18 è migliore rispetto a quella europea (che è di 11,6 punti)³⁰³.

Ebbene, la c.d. “fuga dal processo”³⁰⁴ appare oggi, sulla base delle più recenti indagini statistiche³⁰⁵, un obiettivo raggiunto, quantomeno per la giustizia del lavoro: basti pensare che dal 2012 al 2016 le controversie in questo settore sono diminuite ben di un terzo. Ma ancor più drastica è la riduzione delle liti in materia di licenziamenti e di contratti a termine: nello stesso arco temporale, il numero di questi procedimenti giudiziali si è ridotto del 69 per cento³⁰⁶.

Dinnanzi a questo scenario, occorre chiedersi se via sia il rischio che l'esigenza di scoraggiare l'azione giurisdizionale per migliorare l'efficienza del sistema giustizia (meno processi, più rapidi e prevedibili) finisca per erodere l'effettività delle tutele processuali e sostanziali dei lavoratori tramite la progressiva demolizione delle caratteristiche proprie del rito lavoristico, inteso come (prima) forma di tutela giurisdizionale differenziata, nel senso già chiarito nella prima Sezione³⁰⁷.

Nelle prossime pagine si analizzeranno alcuni interventi normativi e giurisprudenziali accumulati, dal punto di vista teleologico, dall'obiettivo di deterrenza rispetto all'accesso alla tutela giurisdizionale e, dal punto di vista strutturale, dall'indebolimento di due aspetti cruciali e peculiari della giustizia lavoristica e della sua effettività:

- da un lato, il principio di gratuità del processo;
- dall'altro lato, l'ampiezza dei poteri interpretativi tradizionalmente attribuiti al giudice del lavoro.

Come si vedrà, peraltro, i due profili finiscono talvolta per intersecarsi, avendo il legislatore utilizzato, a fini deterrenti, sia la leva del costo del processo che quella della prevedibilità della

³⁰³ Rapporto scaricabile alla pagina www.italiandoingbusiness.org.

³⁰⁴ M. F. Ghirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357 ss; M. Gradi, *Inefficienza della giustizia civile e «fuga dal processo»*, in www.judicium.it, 24 dicembre 2014.

³⁰⁵ F. D'Amuri, R. Nizzi, *Tendenze recenti nel contenzioso in materia di lavoro privato*, in *Bollettino Adapt* 26 febbraio 2018, n. 8; P. Ichino, *Licenziamenti: il crollo del contenzioso giudiziale*, in www.pietroichino.it, febbraio 2017.

³⁰⁶ Nell'ambito del Convegno “*Il Diritto del Lavoro e il suo Processo. Alcuni temi e questioni controversi*”, organizzato dagli studiosi della Fondazione Pera e tenutosi a Lucca il 19 e 20 Ottobre 2019, gli interventi di Pietro Curzio e Giovanni Mammone hanno segnalato, con evidente preoccupazione, il drastico calo delle controversie lavoristiche pervenute negli ultimi anni anche in Cassazione, tanto che a livello organizzativo è stata prevista l'assegnazione alla Sezione specializzata di fascicoli provenienti da altre Sezioni in affanno (tra cui, quella dedicata alla materia della protezione internazionale).

³⁰⁷ N. Trocker, *Dalla tutela giurisdizionale differenziata alla differenziazione dell'offerta di giustizia: obiettivi e limiti degli strumenti alternativi di composizione delle liti*, in AA.VV., *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, 2010, III, 1731, secondo cui, invece, «*occorre preservare la centralità dello strumento processuale e della decisione giudiziale*».

giurisprudenza, non solo separatamente, ma anche congiuntamente (si pensi ad esempio: al collegamento, ravvisabile nell'art. 92, comma 2, c.p.c., tra compensazione delle spese e “assoluta novità della questione” e “mutamento della giurisprudenza”; ai presupposti per la condanna per lite temeraria ai sensi dell'art. 96 c.p.c.; al rigetto dell'istanza di patrocinio a spese dello Stato in caso di manifesta infondatezza della pretesa *ex art.* 126 D.P.R. n. 115/2002; all'obbligo di pagamento del doppio del contributo unificato nel caso di rigetto dell'impugnazione ai sensi dell'art. 13 D.P.R. n. 115/2002).

2. L'erosione del principio di gratuità del processo del lavoro e previdenziale. Premessa.

Il fatto che il costo del processo costituisca un fattore decisivo nel facilitare o, all'apposto, aggravare, in funzione deflattiva-deterrente, l'accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti è dimostrato sia dall'evoluzione legislativa in materia, sia dalla particolare attenzione dedicata anche dalla giurisprudenza costituzionale negli ultimi anni a tale tematica³⁰⁸.

Nel rito del lavoro e della previdenza sociale delle origini (legge n. 533/1973) uno dei principi cardini era rappresentato proprio dalla gratuità del processo³⁰⁹.

Ciò implicava: da un lato, l'esenzione fiscale e la piena gratuità degli atti (paragrafo 2.1.); dall'altro lato, l'esonero dalla condanna alle spese a carico del lavoratore soccombente, in espressa deroga all'art. 91 c.p.c. (paragrafo 2.2.).

2.1. Profili critici attinenti al contributo unificato nelle liti di lavoro.

L'art. 10 della legge n. 533/1973 sanciva l'esonero, per le controversie lavoristiche e previdenziali, dall'obbligo di versamento del contributo unificato ai fini dell'iscrizione della causa a ruolo³¹⁰.

Tale principio è stato dapprima eliminato *in toto* dal decreto-legge n. 112 del 2008 (convertito nella

³⁰⁸ F. Scarpelli e M. Giaconi, *Il costo della giustizia nel processo del lavoro. La compensazione delle spese legali dopo la Corte costituzionale sull'art. 92 c.p.c.*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2018, 1 ss.

³⁰⁹ M. D'Onghia, *La gratuità del processo del lavoro: una storia da raccontare*, *Lavoro nella giur.*, 2002, 3, 213.

³¹⁰ Il contributo unificato costituisce l'“obolo” di accesso alla giustizia civile: come chiarisce la Corte costituzionale, esso ha le caratteristiche essenziali del tributo e, cioè, la doverosità della prestazione ed il collegamento di questa ad una pubblica spesa, quale è quella del servizio giudiziario, con riferimento ad un presupposto economicamente rilevante (Corte Cost. sentenza n. 120/2016). In generale sul tema del contributo fiscale e la sua funzione, anche in chiave deterrente: P. Calamandrei, *Il processo civile sotto l'incubo fiscale*, in *Riv. dir. proc.*, 1931, I, 50 ss.; N. Sartori, *Il contributo unificato quale costo fiscale di accesso alla giustizia*, in *Rassegna Tributaria*, 2017, 1010 ss.; G. Scarselli, *Contro i tributi giudiziari*, in *Il Foro italiano*, 2001, I, 1807 ss.; Id, *Il contributo unificato di iscrizione a ruolo (istruzioni per l'uso)*, in *Foro it.*, 2002, V, 75 ss.

legge n. 133/2008)³¹¹ e, successivamente, ripristinato con effetto *ex tunc* ad opera dell'art. 3 del decreto-legge n. 200 del 22 dicembre 2008, convertito con legge 18 febbraio 2009, n. 9.

In seguito, tuttavia, per le liti previdenziali, in un primo momento è stato imposto il contributo unificato solo per i giudizi in Cassazione (art. 2 comma 212 legge 191/2009) e successivamente anche negli altri gradi di giudizio (art. 37 decreto-legge n. 98 del 6 luglio 2011, convertito nella legge n. 111 del 15 luglio 2011, “*Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*”).

Quest'ultimo intervento normativo, inoltre, ha introdotto nel Testo Unico delle Spese di Giustizia (D.P.R. n. 115/2002) l'art. 9, comma 1 *bis*, in base al quale è dovuto il pagamento del contributo unificato tanto nelle controversie previdenziali quanto in quelle lavoristiche, qualora il ricorrente sia titolare di un reddito imponibile superiore a tre volte l'importo previsto dall'art. 76 del medesimo decreto per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato (€ 11.529,07 x 3 = € 34.585,23)³¹².

A seguito della riforma del 2011, quindi, può dirsi definitivamente superato il principio di gratuità dell'accesso al processo del lavoro e della previdenza sociale.

Le critiche all'attuale assetto normativo riguardano, anzitutto, l'iniquità della disciplina del contributo unificato nel caso in cui parte processuale sia la Pubblica Amministrazione: infatti, l'art. 158, comma 1, lett. a), D.P.R. n. 115/2002 prevede che l'amministrazione pubblica è ammessa alla prenotazione a debito delle spese del contributo unificato, qualora queste, all'esito del giudizio, siano poste a suo carico. Quindi, mentre il privato e le imprese devono versare una tassa per poter accedere alla giustizia del lavoro, qualora venga superato il reddito annuale di € 34.585,23, per le pubbliche amministrazioni continua ad operare la regola della gratuità fiscale, come confermato dalle Sezioni Unite della Cassazione: la Suprema Corte, nelle sentenze n. 4911-4912-4913-4914-4915-5072/2016³¹³ sul precariato pubblico, ha infatti ritenuto giustificato un trattamento

³¹¹ M. Miscione, *Gratuità fiscale o non del processo del lavoro*, in *Lav. nella giur.*, 2008, 12, 1191 ss.

³¹² Nei confronti della riforma del 2011, in senso critico cfr. R. Romei, *L'accesso alla giustizia del lavoro, dal garantismo alle tecniche deflattive*, in O. Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs act*, Torino, 2016: secondo l'Autore, l'introduzione del pagamento del contributo unificato «*non si sa bene se per fare cassa o per deflazionare il contenzioso*» si tradurrebbe, infatti, in una «*evidente compressione*» dell'art. 24 Cost. poiché il pagamento di un contributo, in ultimo grado potenzialmente elevato, costituisce senz'altro un disincentivo all'instaurazione della lite. La riforma fu contrastata anche da avvocati e sindacalisti: si veda il comunicato dell'associazione Giuristi Democratici, *Tornare alla gratuità delle cause di lavoro*, Redazione 16 luglio 2011, ma anche la nota diffusa dalla CGIL, *Come si cancella in punta di piedi il principio di gratuità del processo del lavoro e previdenziale*. In generale, sulla portata della riforma, cfr. A. Frabasile, *Osservazioni a margine delle modifiche e novità introdotte dalla c.d. Manovra finanziaria dell'estate del 2011 nel contenzioso assistenziale e previdenziale*, in www.judicium.it, 27 luglio 2011-

³¹³ Cass., SS.UU., Pres. Rovelli - Est. Amoroso, 14 marzo 2016, nn. 4911 (Comune di Massa c. Lutri ed altri), 4912 (Comune di Massa c. Salvaggio ed altri), 4913 (Comune Massa c. Martelli ed altri), 4914 (Comune di Massa c. Bertini) e 4915 (Milanta c. Comune di Montignoso); 15 marzo 2016, n. 5072 (Azienda ospedaliera universitaria S. Martino di Genova c. Marrosu e Sardino). In merito all'art. 158, comma 1, D.P.R. n. 115/2002 (norma che stabilisce

differenziato tra parte privata e pubblica amministrazione sul piano degli oneri e dei costi processuali.

Tuttavia, secondo la dottrina³¹⁴, questa normativa di favore per le pubbliche amministrazioni determina una iniqua disparità di trattamento, ponendosi in violazione dell'art. 111 Cost., dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, poiché discrimina l'accesso alla giustizia a sfavore della parte privata.

Altrettanto censurabile è la circolare del Ministero della Giustizia n. 65934/2012, di interpretazione del già citato art. 37 decreto-legge n. 98 del 6 luglio 2011, convertito nella legge n. 111 del 15 luglio 2011.

Secondo la suddetta circolare, il rinvio dell'art. 9, comma 1 *bis*, D.P.R. n. 115/2002 all'art. 76 del medesimo Testo Unico andrebbe inteso nella sua interezza, dovendosi applicare, quindi, anche nelle controversie lavoristiche i criteri di determinazione della base reddituale per la verifica della soglia limite oltre la quale si perde il diritto all'esenzione dal versamento del contributo unificato. In particolare, il comma 2 dell'art. 76 prevede che *«se l'interessato convive con il coniuge o con altri familiari, il reddito è costituito dalla somma dei redditi conseguiti nel medesimo periodo da ogni componente della famiglia, compreso l'istante»*. In questo modo, il reddito della parte che chiede l'accesso al beneficio del patrocinio a spese dello Stato per agire in giudizio dovrebbe essere inteso, anche nel rito del lavoro, come reddito del nucleo familiare.

Sotto questo profilo, tuttavia, si deve rilevare come la suddetta regola subisca, in generale, una rilevante eccezione, in quanto il comma 4 del medesimo art. 76 prevede che non si applichi il criterio del reddito familiare (e si tenga conto solo del reddito personale) quando la causa abbia ad oggetto diritti della personalità.

la generale di gratuità fiscale di tutti i processi civili in cui la pubblica amministrazione sarebbe la parte onerata del versamento del contributo unificato e degli altri oneri processuali), cfr. Cass., SS.UU., sent. 8 maggio 2014, n. 9938, la quale si è espressa in questi termini: *«È principio generale dell'assetto tributario che lo Stato e le altre Amministrazioni parificate non sono tenute a versare imposte o tasse che gravano sul processo per la evidente ragione che lo Stato verrebbe ad essere al tempo stesso debitore e creditore di se stesso con la conseguenza che l'obbligazione non sorge. Si tratta, quindi, sostanzialmente di una esenzione fiscale, ma che vale esclusivamente nei confronti dell'amministrazione pubblica. Difatti nella ipotesi in cui la controparte è soccombente relativamente alle spese, la stessa è tenuta al pagamento in favore dell'erario delle spese prenotate a debito analogamente a quanto sarebbe avvenuto nei confronti di qualsiasi altra parte vittoriosa. L'istituto della prenotazione a debito, pertanto, se per un verso esenta la pubblica amministrazione dal pagamento degli importi delle imposte e delle tasse - ivi compresi quelli afferenti il contributo unificato - che gravano sul processo assolve, altresì, alla funzione, sotto il profilo amministrativo contabile, di evitare che di detta esenzione possa giovare la controparte in caso di soccombenza e di sua condanna alle spese»*.

³¹⁴ V. De Michele e S. Galleano, *Le spese di giustizia nel giusto processo del lavoro tra legge e prassi ministeriale*, in *Lav. nella giur.*, 2016, 8-9, 757 ss.

Ebbene, un'interpretazione costituzionalmente orientata del combinato disposto dell'art. 9, comma 1 *bis*, e dell'art. 76 avrebbe dovuto indurre alla conclusione (opposta a quella cui è pervenuta la circolare ministeriale) in base alla quale, avendo sempre le controversie lavoristiche e previdenziali ad oggetto diritti della personalità, la base di calcolo ai fini del contributo unificato debba sempre essere riferita al reddito personale del ricorrente, non già a quello complessivo del nucleo familiare. Il fatto che i diritti dei lavoratori siano sempre qualificabili come diritti della personalità, indipendentemente dal contenuto patrimoniale degli stessi, trova plurime conferme nel sistema ordinamentale sostanziale e processuale. Ed infatti:

- l'art. 2113 c.c. sancisce l'inderogabilità delle norme a tutela dei lavoratori (sia di fonte legale che di fonte contrattuale collettiva) e, conseguentemente, l'indisponibilità dei diritti da essi derivanti;
- l'art. 806 comma 2 c.c. stabilisce che le controversie di cui all'art. 409 c.p.c. possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro, essendo esclusa la libera rimessione in arbitrato delle controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili³¹⁵;
- la giurisprudenza da sempre ha ritenuto ammissibile l'adozione dei provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* per tutelare i crediti retributivi dei dipendenti (ancorché le ragioni di credito siano, tradizionalmente, escluse dal raggio di applicazione della norma, richiedendo la stessa la minaccia di un “*pregiudizio imminente e irreparabile*”, mai configurabile nel caso di obbligazioni pecuniarie per il noto principio *genus numquam perit*)³¹⁶; ciò sul presupposto che sotteso alla pretesa meramente patrimoniale

³¹⁵ V. Bertoldi, *L'arbitrato in materia di lavoro (paradossi e problemi irrisolti)*, in Punzi (a cura di), *Disegno sistematico dell'arbitrato*, III, Milano, 2012; R. Pessi, *Gli arbitrati in materia di lavoro*, Napoli, 2012.

³¹⁶ In materia di crediti da lavoro, la mancata corresponsione della retribuzione costituisce pregiudizio imminente e irreparabile che giustifica la concessione di un provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*: «*l'obiezione, secondo cui, essendosi in presenza di un credito pecuniario, non sarebbe ravvisabile il pericolo imminente ed irreparabile che, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., deve caratterizzare la situazione sostanziale azionata dalla ricorrente, non riveste alcun pregio. Invero non sembra seriamente contestabile che il diritto del ricorrente a percepire la retribuzione spettante per il lavoro prestato, anche per la speciale coloritura che riceve dall'art. 36 Cost., non possa essere equiparato ad un qualsivoglia diritto di credito. A riguardo devesi rilevare, sulla scia dell'insegnamento dottrinale più autorevole, che si è in presenza di un diritto, che pur avendo contenuto patrimoniale, è destinato ad assolvere istituzionalmente (art. 36 Cost.) una funzione non patrimoniale, in quanto garantisce al titolare la soddisfazione di bisogni primari che non possono essere soddisfatti altrimenti. È evidente, pertanto, che in ipotesi di tal fatta il permanere del diritto in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario per il conseguimento di una sentenza (esecutiva) al termine di un processo a cognizione piena ed esauriente è causa di un pregiudizio per definizione irreparabile, perché per tutto quel tempo il titolare del diritto non potrebbe soddisfare il proprio bisogno primario*» (Pret. Foggia 28.1.1983, in *Foro it.*, 1983, 2587). In dottrina, cfr. A. Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*, Napoli, 2003, secondo il quale, in materia di crediti da lavoro è agevole osservare che la loro mancata corresponsione, durante il tempo occorrente a fare valere il diritto in via ordinaria, può

vi è il diritto del lavoratore, tutelato costituzionalmente, ad una vita libera e dignitosa (art. 36 Cost.).

Ancora, la circolare ministeriale in esame (e dunque la prassi applicativa della stessa) è criticabile sotto un ulteriore profilo.

Con una fonte di rango inferiore alla legge sono stati, infatti, introdotti due significativi aggravii nei giudizi di impugnazione anche in materia di lavoro e previdenza sociale, non espressamente previsti, per tali controversie, dalla normativa primaria di riferimento: da un lato, l'aumento del contributo unificato per l'iscrizione a ruolo della causa di impugnazione e, dall'altro lato, la minaccia della condanna al raddoppio del contributo unificato nel caso di rigetto dell'appello e del ricorso in Cassazione.

In breve, la questione riguarda l'applicabilità anche alle liti lavoristiche (come sancita dalla circolare del 14 maggio 2012, n. 65934) delle novità introdotte con l'art. 28, comma 1, legge n. 183/2011 all'art. 13 commi 1 *bis* e 1 *quater* del Testo Unico in materia di spese di giustizia.

Secondo la dottrina, tale estensione è inammissibile, dal momento che «*se il legislatore della L. n. 183/2011 avesse voluto elevare il costo dei processi del lavoro in secondo grado e in Cassazione nella misura prevista dall'art. 13, comma 1 bis, d.P.R. n. 115/2002 contestualmente introdotto, avrebbe dovuto modificare l'art. 9, comma 1 bis, d.P.R. e sostituire per il giudizio di appello il richiamo dell'art. 13, comma 1, lett. a) (per i giudizi previdenziali) e dell'art. 13, comma 3 (per i giudizi di lavoro e le controversie in materia di pubblico impiego), mentre per il giudizio per cassazione avrebbe dovuto intervenire sulla specifica previsione dell'applicazione dell'art. 13, comma 1 (e non comma 1 bis), d.P.R. n. 115/2002. Invece, nessun intervento modificativo è stato fatto in tutte le norme in cui viene richiamato l'art. 9, comma 1 bis, d.P.R. n. 115/2002, come appunto nel contesto dell'art. 1, comma 1, L. n. 319/1958 e dell'art. 13, comma 3, d.P.R. n. 115/2002, oltre che, naturalmente, all'interno della stessa norma speciale sulla regolamentazione delle spese giudiziali nel processo del lavoro quando non opera la gratuità fiscale*»³¹⁷.

Ulteriormente, neppure dovrebbe applicarsi nel processo del lavoro in sede di appello o in Cassazione la previsione dell'art. 13, comma 1-*quater*, D.P.R. n. 115/2002, introdotto dall'art. 1, comma 17, L. n. 228/2012, che dispone che, quando l'impugnazione, anche incidentale, è respinta integralmente o è dichiarata inammissibile o improcedibile, la parte che l'ha proposta è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale: nemmeno tale disposizione risulta, infatti, richiamata

determinare un pregiudizio irreparabile, qualora il lavoratore verta in uno stato di bisogno, poiché tali crediti svolgono principalmente la funzione di assicurare la soddisfazione delle più elementari esigenze di vita.

³¹⁷ V. De Michele e S. Galleano, *Le spese di giustizia nel giusto processo del lavoro*, cit., 780.

dall'art. 9, comma 1 *bis*, del Testo Unico, dedicato alle controversie lavoristiche e previdenziali.

Ad aggravare tali perplessità ed opacità normative è sopraggiunta di recente una sentenza della Sezione Lavoro della Cassazione, in base alla quale, qualora l'impugnazione sia respinta, la parte soccombente deve essere condannata a pagare il doppio del contributo unificato, anche qualora alcune delle censure sollevate siano risultate fondate (Corte di Cassazione, sezione lavoro, con sentenza n. 12103 del 17 maggio 2018). La Corte, dopo aver correttamente rilevato che «*il meccanismo sanzionatorio del cd. raddoppio del contributo unificato, di cui all'art. 13 comma 1 quater D.P.R. 30.5.2002, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, legge 24 dicembre 2012 n. 228, è applicabile laddove l'impugnazione si concluda con una pronuncia di rigetto integrale, di inammissibilità o di improcedibilità*», osserva che «*la valutazione da compiersi, per la declaratoria di sussistenza dei presupposti, è quella relativa ad un esame complessivo dell'impugnazione, e non ad una verifica atomistica e circoscritta delle singole doglianze, perché ciò che rileva è l'esito complessivo che deve concludersi, in pratica, con l'integrale conferma della statuizione impugnata. Tale interpretazione, del resto, è l'unica compatibile con i principi di legalità, tipicità e ragionevolezza che devono regolare l'esegesi di una disposizione di natura tributaria, perché la debenza del pagamento aggiuntivo viene collegata al dato oggettivo della definizione in senso sfavorevole all'impugnante, senza lasciare margini di discrezionalità sulla valutazione parziale di fondatezza delle singole censure comunque ininfluenti sull'esito finale della impugnazione*».

Tale ricostruzione non convince del tutto, poiché, da un lato, essa si pone in contrasto con il principio generale secondo cui *in claris non fit interpretatio*, posto che il testo letterale dell'art. 13, comma 1-*quater*, parla esclusivamente ed espressamente di “*rigetto integrale*”; dall'altro lato, lascia un margine discrezionale al giudice nel decidere quale latitudine debba avere il rigetto dei motivi di impugnazione per potersi ravvisare una sostanziale conferma (ancorché non integrale) della sentenza impugnata.

2.2. Profili critici attinenti al pagamento delle spese processuali in caso di soccombenza del lavoratore. L'evoluzione normativa dell'art. 152 disp. att. c.p.c.

Il totale esonero dal pagamento delle spese di lite altrimenti a carico del lavoratore e del cittadino inabile al lavoro soccombente era originariamente previsto dall'art. 57 legge n. 153 del 1969.

Il principio venne, in seguito, trasposto nell'art. 152 disp. att. c.p.c., nel testo novellato dalla riforma del 1973, solo con riferimento alle liti previdenziali ed assistenziali: tale disposizione, in deroga all'art. 91 c.p.c., prevedeva, infatti, che «*il lavoratore soccombente nei giudizi promossi per ottenere prestazioni previdenziali non è assoggettato al pagamento delle spese, competenze ed onorari a*

favore degli istituti di assistenza e previdenza, a meno che la pretesa non sia manifestamente infondata e temeraria».

La *ratio* dell'art. 152 disp. att. c.p.c., come affermato dalla Corte costituzionale in diverse sentenze (*ex multis* nn. 85/1979, 207/1994), era quella di evitare che il timore della soccombenza sulle spese potesse impedire l'esercizio di alcuni tra i diritti più importanti previsti dalla Costituzione.

In altre parole, tramite il riconoscimento del privilegio in questione si realizza(va), secondo la Corte, una piena parità di posizione tra i lavoratori e gli istituti previdenziali e assistenziali: l'art. 152 disp. att. c.p.c., lungi dall'alterare la *par condicio* delle parti nel giudizio, costituiva un meccanismo atto a neutralizzare la minore resistenza del lavoratore stesso, venendo pertanto a porsi quale mezzo di ripristino di una uguaglianza che, seppure esistente sul punto formale, è suscettibile di cadere, ove il rischio del processo, apparendo troppo gravoso, distolga il soggetto dal far valere le sue pur fondate pretese (in questi termini, Corte cost., sentenza n. 71/1998).

Anche questa disposizione in esame, tuttavia, è stata oggetto di interventi normativi di depotenziamento.

Un primo tentativo di completa abrogazione è avvenuto ad opera dell'art. 4 della legge n. 438/1992: tuttavia, la condannabilità dei lavoratori soccombenti al pagamento delle spese anche nei giudizi previdenziali e assistenziali (senza distinzione alcuna tra lavoratori abbienti e non) fu ben presto sottoposta al controllo di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 24 e 38 Cost.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 134/1992, dichiarò l'illegittimità dell'art. 4 comma 2 decreto-legge n. 384/1992 convertito in legge n. 438/1992, ritenendo che, per i lavoratori, la minaccia della condanna alle spese avrebbe:

- irragionevolmente ripristinato la situazione di disparità sostanziale nel processo cui avevano posto rimedio le disposizioni abrogate (art. 3 Cost.);
- limitato di fatto la possibilità di agire a tutela dei propri diritti (art. 24 Cost.);
- non tutelato a sufficienza la condizione degli inabili al lavoro (art. 38 Cost.).

A seguito della sentenza della Corte, il legislatore ripristinò, dunque, con validità generale per tutti i lavoratori, il previgente meccanismo di esonero dalle spese dettato dall'art. 152 disp. att. c.p.c.

Successivamente, la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 71/1998, ha valutato irrilevante il fatto che la suddetta disposizione si applicasse tanto a favore dei lavoratori non abbienti che di quelli abbienti, ritenendo che l'esigenza di reazione alle materiali disparità del rapporto con l'Ente previdenziale si ponesse tanto nell'uno quanto nell'altro caso.

L'art. 152 disp. att. c.p.c., tuttavia, è stato successivamente modificato dall'art. 42 comma 11 legge n. 326/2003, che ha disposto l'applicabilità della regola dell'esonero solo nei confronti dei lavoratori

soccombenti forniti di un reddito rilevante ai fini fiscali che non superi il doppio dell'importo, fissato dalla legge n. 133/2002, quale soglia entro la quale è garantita l'assistenza a spese dello Stato.

In definitiva, l'attuale testo dell'art. 152 è dunque il seguente: *«nei giudizi promossi per ottenere prestazioni previdenziali o assistenziali, la parte soccombente, salvo comunque quanto previsto dall'art. 96 primo comma cpc, non può essere condannata al pagamento delle spese, competenze ed onorari quando risulti titolare, nell'anno precedente a quello della pronuncia, di un reddito imponibile ai fini IRPEF, risultante dall'ultima dichiarazione, pari o inferiore a due volte l'importo del reddito stabilito ai sensi degli art. 76 commi da 1 a 3 e 77 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia di cui al decreto del presidente della repubblica n. 115/2002».*

2.3. La sentenza della Corte costituzionale n. 77/2018 sulla compensazione delle spese. Prima parte.

Fermo restando, quindi, l'esonero dalla condanna alle spese, nel caso di soccombenza, nelle sole liti previdenziali o assistenziali, per i soli lavoratori titolari di un reddito pari o inferiore a due volte l'importo previsto per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, rimane a questo punto da approfondire la prassi applicativa delle norme codicistiche in tema di condanna alle spese nelle controversie lavoristiche in senso stretto (alle quali, come detto, non si estende l'art. 152 disp. att. c.p.c.).

Come già accennato, la disciplina delle spese di liti costituisce un punto nevralgico nell'ambito della verifica delle condizioni di accesso alla giustizia: infatti, dal punto di vista economico-sociale, va evitato il rischio che il timore di affrontare le spese di lite si traduca nell'inerzia processuale dei cittadini.

È chiaro che, per questi ultimi, al di là delle distinzioni tecniche terminologiche, il costo del processo finisce per coincidere col prezzo del diritto stesso. Ecco perchè una cattiva prassi interpretativa e applicativa delle norme riguardanti il regolamento delle spese legali può determinare una pericolosa inibizione sociale, che, a sua volta, può tradursi in un generalizzato (e sempre più diffuso) senso di sfiducia nel sistema giustizia.

È dunque di fondamentale importanza porre ciascun soggetto nelle condizioni di preventivare, fin da subito e per quanto possibile, l'*an* e il *quantum* del sacrificio economico che egli dovrà affrontare scegliendo di intraprendere il giudizio.

A tal fine è certamente indispensabile l'onestà e la professionalità dell'avvocato nel prospettare al cliente le possibili variabili della causa e i rischi connessi al suo svolgimento; prima ancora, però,

risulta cruciale garantire la certezza del diritto a chi, rispettivamente, si accinge ad instaurare e a decidere una controversia: il legislatore dovrebbe quindi predisporre un sistema di norme chiaro, lineare e coerente, soprattutto di facile ed immediata interpretazione ed applicazione giurisprudenziale. Non ci dovrebbe essere, in altri termini, alcun dubbio sul criterio da applicare per determinare la regolamentazione delle spese al termine della causa.

Accanto a questa esigenza, ve n'è però un'altra altrettanto importante: infatti, ferma restando la necessaria pre-vedibilità della decisione sulla ripartizione delle spese tra le parti, occorre, altresì, considerare che le situazioni concrete che si presentano nelle aule giudiziarie sono le più varie e delle peculiarità di ciascuna il giudice deve poter tenere conto, al fine non solo di attuare la giustizia, ma di farlo anche *con* giustizia³¹⁸.

Guardando al diritto positivo, il nostro codice di procedura civile realizza un adeguato contemperamento tra, da un lato, la previsione di un criterio certo e *tendenzialmente* generale – quello della soccombenza – e, dall'altro lato, la facoltà del giudice di valutare discrezionalmente la controversia al fine di modulare diversamente, secondo le circostanze del caso concreto, la condanna alle spese.

Dalle norme codicistiche si evince che non è possibile ritenere in modo assoluto, come invece postulava il Chiovenda³¹⁹, che chi vince la lite debba sempre avere diritto alla rifusione delle spese sostenute per l'affermazione della sua situazione giuridica soggettiva³²⁰:

- da un lato, infatti, gli artt. 91, comma 1, secondo periodo, e 92, commi 1 e 2, c.p.c. prevedono diverse ipotesi nelle quali la parte vittoriosa può essere costretta a rimborsare le spese alla controparte e a sostenere le proprie;

- dall'altro lato, la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 157/2014, ha riconosciuto la derogabilità del principio di soccombenza³²¹.

318 P. Pajardi, *La responsabilità per le spese e i danni del processo*, Milano, 1959, 4.

319 G. Chiovenda, *La condanna nelle spese processuali*, Milano, 2001, 169 ss.; C. Consolo, *Le spese processuali e la responsabilità da lite temeraria davanti ai giudici tributari e amministrativi; riflessioni indotte dalla altalenante giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988, 3504 ss.

320 In questo senso F. Cordopati, *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 1, 249. L'Autore osserva che anche la normazione e la stessa giurisprudenza tendono sempre più a "sganciare" la condanna alla rifusione delle spese dalla soccombenza e a strumentalizzarla per finalità deflattive del contenzioso. Nello stesso senso cfr. anche C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2003, 338 e G. Monteleone, *Diritto processuale civile*, Padova, 2002, 165 ss.

321 Secondo la Corte costituzionale "ampia quindi è la discrezionalità di cui gode il legislatore nel settore delle norme processuali (ex plurimis, sentenze n. 270 del 2012, n. 446 del 2007 e n. 158 del 2003) e segnatamente nel regolamentare le spese di lite. Sicchè è ben possibile – ha affermato questa Corte (sentenza n. 157 del 2014) – una deroga all'istituto della condanna del soccombente alla rifusione delle spese di lite in favore della parte vittoriosa, in presenza di elementi che la giustificano (sentenze n. 270 del 2012 e n. 196 del 1982), non essendo, quindi, indefettibilmente coesistente alla tutela giurisdizionale la ripetizione di dette spese (sentenza n. 117 del 1999)".

In definitiva, quindi, può dirsi che il principio della soccombenza non è l'unico criterio offerto dall'ordinamento per la decisione sulla distribuzione degli oneri economici del processo³²².

Il fondamento della condanna alle spese va piuttosto ricercato nella responsabilità processuale soggettiva, intesa come assunzione di un comportamento pre-processuale o processuale anti-doveroso: nel primo caso, tale condotta consisterà nel mancato riconoscimento dell'altrui diritto, circostanza che rende necessaria l'instaurazione del processo; nel secondo caso, invece, nell'aver violato gli obblighi formali di lealtà e correttezza processuale.

Questa responsabilità, se *normalmente*, soprattutto nella prima ipotesi, potrà ravvisarsi in capo al soccombente, potrebbe non di meno essere addossata, nel caso concreto, anche alla parte vincitrice: responsabile del processo non è chi formalmente lo instaura o lo perde, ma chi, con il proprio comportamento sostanziale, ne ha causato l'attivazione o chi, mediante un atteggiamento processuale defatigante, ne ha aggravato lo svolgimento (c.d. principio di causalità)³²³.

Se si parte da questi presupposti, è evidente che la fattispecie della soccombenza reciproca, come ipotesi di compensazione delle spese, altro non è che la conseguenza di un concorso di responsabilità processuali³²⁴: tali responsabilità discendono dalle condotte anti-doverose pre-processuali imputabili ad entrambe le parti, le quali hanno reso necessario il ricorso al processo per il riconoscimento dei loro reciproci diritti, inizialmente disconosciuti (art. 92, comma 2, c.p.c.)³²⁵.

322 P. Pajardi, *op. cit.*, 100.

323 Cfr. Cass., 30 marzo 2010, n. 7625; Cass., 30 marzo 2011, ord. n. 1307; Cass., 15 luglio 2008, n. 19456; Cass., 30 maggio 2000, n. 7182 e Cass., 27 novembre 2006, n. 24141.

324 La soccombenza reciproca è il risultato delle due distinte condanne delle parti che finiscono per elidersi a vicenda. Non è difficile cogliere, per questa ipotesi di compensazione, la coerenza rispetto al principio di soccombenza, di cui all'art. 91, comma 1, c.p.c. Come rileva M. Piloni, *Le innovazioni apportate alla disciplina della compensazione delle spese di lite*, in *Leggi civ. comm.*, 2015, 3, 470, è lo stesso operare del principio di soccombenza che conduce alla negazione del diritto al rimborso delle spese di lite, quale conseguenza (per lo più logica e pragmatica) che evita una doppia condanna incrociata al rimborso delle rispettive spese processuali. Su questi aspetti cfr. V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, I, 1961, 257.

325 In questa sede non è possibile soffermarsi su questa particolare ipotesi di compensazione *ex art. 92, comma 2, c.p.c.* Tuttavia, non si può fare a meno di osservare che il valore della certezza del diritto, con riferimento alla materia delle spese di lite, è stato particolarmente minato dalle oscillazioni interpretative relative all'estensione del concetto di soccombenza reciproca. Invero, secondo un indirizzo giurisprudenziale rimasto fermo fino al 2009, la nozione di soccombenza reciproca poteva ricorrere solo in due ipotesi: a) quando vi fosse la contrapposta formulazione di domande; b) quando l'attore avesse proposto nei confronti del convenuto un cumulo di domande. Viceversa, non ricorreva l'ipotesi della reciproca soccombenza quando la sola domanda proposta, quella principale avanzata dall'attore nei confronti del convenuto, fosse risultata fondata solo in parte, quant'anche minima (Cass., 3 marzo 1994, n. 2124; Cass., 11 marzo 1994, n. 2653; Cass., 23 giugno 2000, n. 8532, Cass., 5 ottobre 2001, n. 12295; Cass., 21 aprile 2004, n. 7638). Nel 2009, la Cassazione, con la pronuncia n. 22381, ha affermato, invece, che si ha soccombenza reciproca anche in caso di accoglimento parziale di una singola domanda. Questa lettura più estensiva del concetto di soccombenza reciproca è stata proposta, non a caso, a fronte della progressiva restrizione del potere del giudice di compensare le spese per altre ragioni (la l. n. 69/2009, come si vedrà, ha sostituito l'espressione "giusti motivi" con quella di "gravi ed eccezionali ragioni"). Alla pronuncia del 2009, è seguito, tuttavia, il silenzio della

Certamente più impegnativa, in quanto meno immediata, appare invece la spiegazione dell'istituto della compensazione per ragioni diverse dalla soccombenza reciproca.

Le motivazioni che possono indurre il giudice a compensare tra le parti le spese di lite sono state variamente modulate nel tempo dal legislatore, in senso sempre più restrittivo, fino al recente intervento ri-estensivo della Corte costituzionale, sollecitata, non a caso, da due ordinanze dei giudici del lavoro di Torino e Parma: proprio i giudici del lavoro, infatti, si erano mostrati particolarmente perplessi ed insofferenti verso la modifica della disciplina della compensazione delle spese avvenuta nel 2014³²⁶.

Ripercorrendo l'evoluzione normativa dell'istituto, si deve partire dall'analisi del codice di rito del 1865 (art. 370, comma 2) e del codice di procedura civile del 1942 (art. 92, comma 2), in base ai quali era attribuita al giudice la facoltà di compensare le spese al ricorrere di generici “*giusti motivi*”, che egli stesso avrebbe potuto individuare di volta in volta in base alla sua discrezionalità e senza alcun obbligo di motivazione³²⁷.

successiva giurisprudenza. Il principio è stato ribadito appena dopo quattro anni da Cass., 23 settembre 2013, n. 21684 e solo da allora sempre costantemente seguito. Per un approfondimento su questi aspetti cfr. M. Di Marzio, *Compensazione per soccombenza reciproca? Può essere disposta anche in caso di accoglimento parziale della domanda*, in *Ilprocessocivile.it*, 2017, 1.

326 Cfr. Tribunale di Torino, 13 febbraio 2017, in www.eclegal.it, 06 giugno 2017, con commento di C. Bechis, *Spese processuali e principio di soccombenza: le deroghe previste dall'art. 92 c.p.c. non sono tassative*.

327 Gran parte della dottrina mosse severe critiche al regime precedente le modifiche del 2005 e del 2009: cfr. G. Gualandi, *Compensazione delle spese e giudici legislatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, 362; M. Pilloni, *Le innovazioni apportate alla disciplina della compensazione delle spese di lite*, in *Leggi civ. comm.*, 2015, 3, 471, secondo la quale i “*giusti motivi*” costituivano «*la ragione più frequentemente utilizzata dai giudici per ricorrere alla compensazione delle spese in base a scelte per lo più arbitrarie giustificate con il mero richiamo a formule stereotipate*». La giurisprudenza, prima della novella del 2005, era restia ad imporre al giudice un obbligo di motivazione, ritenendo sufficiente il generico richiamo ai “*giusti motivi*” (così *ex multis* Cass., 22 aprile 2005, n. 8540; Cass., 31 luglio 2006, n. 17450; Cass., 17 novembre 2006, n. 24495). Non sussistendo un obbligo di motivazione, la decisione sulle spese era insindacabile in Cassazione (così, *ex multis*, Cass., 11 giugno 1992, n. 72220, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 576; Cass., 8 ottobre 1997, n. 9762; Cass., 22 aprile 2000, n. 5305; Cass., 26 aprile 2005, n. 8623). Successivamente, due sentenze gemelle delle Sezioni Unite della Cassazione (Cass., Sez. Unite, 30 luglio 2008, nn. 20598 e 20599, in *Corr. merito*, 2008, 1274 ss., con nota di G. Travaglino, *La compensazione delle spese giudiziali tra vecchio e nuovo rito*) stabilirono che, anche nel regime anteriore a quello introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera a), l. 28 dicembre 2005, n. 263, il provvedimento di compensazione per giusti motivi doveva trovare un adeguato supporto motivazionale, anche se, a tal fine, non era necessaria l'adozione di motivazioni specificamente riferite a detto provvedimento, purché, tuttavia, le ragioni giustificatrici dello stesso fossero chiaramente ed inequivocabilmente desumibili dal complesso della motivazione adottata a sostegno della statuizione. A seguito delle modifiche del 2005, la giurisprudenza richiese e richiede tuttora un apparato motivazionale più stringente e scrupoloso, poiché le ragioni giustificative la compensazione non possono più essere desunte dall'impianto motivazionale della decisione, ma devono essere esplicitamente indicate (così Cass., 18 dicembre 2007, n. 26673; Cass. 15 maggio 2013, n. 11689; Cass., 5 maggio 2015, n. 8918). Per un approfondimento sull'evoluzione giurisprudenziale cfr. M. Angelone, G. Palmieri, *Il regolamento delle spese processuali dopo le recenti riforme del codice di procedura civile*, in *Giust. civ.*, 2013, 10, 679 ss.

In seguito, per evitare un utilizzo impropriamente ampio ed incontrollato dello strumento³²⁸, l'art. 2, comma 1, lettera a) della legge 28 dicembre 2005, n. 263, introdusse l'obbligo per i giudici di esplicitare in motivazione i giusti motivi idonei a giustificare la compensazione; inoltre, con la legge n. 69 del 2009, il legislatore sostituì i “*giusti motivi*” con l'espressione più rigorosa e restrittiva di “*gravi ed eccezionali ragioni esplicitamente indicate nella motivazione*”³²⁹.

Dal punto di vista della certezza e prevedibilità del diritto, le riforme del 2005 e del 2009 hanno avuto il merito di creare un punto di equilibrio tra, da un lato, la funzione equitativa della compensazione – legata alla valutazione del caso concreto e quindi di per sé incompatibile con una enucleazione tassativa delle cause giustificatrici – e, dall'altro lato, la necessità di evitare l'utilizzo irrazionale, arbitrario e dunque potenzialmente discriminatorio dell'istituto da parte del giudice³³⁰.

La giurisprudenza di legittimità, alla luce del principio di causalità³³¹, aveva rinvenuto le “*gravi ed eccezionali ragioni*” in tutte quelle cause che avessero escluso, anche in parte, la responsabilità processuale soggettiva del soccombente.

La casistica è molto varia³³². Si possono ricordare, a titolo meramente esemplificativo: la novità della questione³³³ e la non univocità o il mutamento di giurisprudenza³³⁴, la complessità o peculiarità della fattispecie³³⁵, la natura seriale della controversia³³⁶, l'ampio dibattito in dottrina su

328 Cfr. nota precedente.

329 In realtà, si osservò, la nuova formulazione delle norma non apportò alcun vero e proprio mutamento nella sostanza: piuttosto, essa aveva il solo scopo di richiamare l'attenzione dei magistrati e di indurli ad avere maggiore ponderatezza nel ricorrere all'istituto. Sulla rilevanza meramente formale delle modifiche cfr. A. Briguglio, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma di giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 2009, 259 ss.; G. Scarselli, *Le modifiche in tema di spese di lite*, in *Foro it.*, 2009, 5, 262. *Contra* M. Acierno e C. Graziosi, *La riforma del 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o un piccolo sisma?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 164.

330 A favore di questo necessario contemperamento A. M. Tedoldi, *Processo civile di cognizione: le novità del d.l. giustizia civile*, in www.ilquotidianogiuridico.it. A seguito delle riforme, il giudice, al fine di compensare le spese, non può più limitarsi a richiamare genericamente la sussistenza di valide ragioni attinenti alla peculiarità della lite, ma deve precisare i motivi ritenuti idonei a concedere la compensazione, essendo altrimenti il suo provvedimento censurabile in sede di legittimità per assenza di motivazione o motivazione insufficiente e/o contraddittoria (art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. nel testo anteriore alle modifiche del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni in l. 7 agosto 2012, n. 134).

331 P. Pajardi, *op. cit.*, 220.

332 M. Brunialti, *Brevi note in tema di presunta incostituzionalità dell'art. 92, comma 2, c.p.c.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 4, 980 ss. e G. Di Rosa, *Le spese nel processo civile*, Milano, 2005, 136.

333 Cass., Sez. Unite, 15 novembre 1994, n. 9597; Cass., 09 ottobre 1985, n. 4918; Cass., 20 gennaio 2003, n. 770; Cass., 23 maggio 2003, n. 8210; Cass., 07 maggio 2004, n. 8715.

334 Cass., Sez. Unite, 09 settembre 2010, n. 19246; Cass., Sez. Unite, 23 febbraio 2010, n. 4309; Cass., Sez. Unite, 30 luglio 2008, n. 20598.

335 Cass., 01 dicembre 2003, n. 18352; Cass., 01 marzo 2007, n. 4854; Cass., 13 gennaio 2000, n. 319. La riconduzione della causa dubbia all'interno della clausola generale dei giusti motivi e delle altre gravi ed eccezionali ragioni è stata aspramente criticata dal Chiovena (*La condanna nelle spese giudiziali, op. cit.*, 327): l'Autore non comprendeva come mai, se la lite originasse dall'ignoranza di un fatto, poi delucidato nel suo corso, le spese di quel

un punto decisivo³³⁷, l'affidamento riposto dal soccombente nelle risultanze di un pubblico registro³³⁸, l'esistenza di una giurisprudenza basata su di un principio di diritto astrattamente non controverso, ma variamente enunciato nelle sue applicazioni concrete³³⁹, il comportamento processuale³⁴⁰ o extraprocessuale³⁴¹ della parte vincitrice, l'ingiustificato rifiuto della proposta transattiva di controparte, per una somma superiore a quella successivamente riconosciuta in giudizio³⁴², la scarsa chiarezza del documento contrattuale oggetto della contesa³⁴³, il concorso della parte vittoriosa nella stipula di un accordo *contra legem*³⁴⁴, la qualità particolare di una delle parti in causa³⁴⁵.

chiarimento dovessero cadere piuttosto sul vincitore che sul vinto, diminuendo il patrimonio a cui apparteneva il diritto riconosciuto anziché quello di chi versava nell'ignoranza. Ogni lite, peraltro, avrebbe un certo dato intrinseco ed ineliminabile di dubbio: diversamente, si considererebbe e si tratterebbe automaticamente come temeraria. Concludeva l'Autore: «*e non si parli di equità: l'equità vuole che quando un diritto è dichiarato, e quindi rappresenta tra le parti il diritto effettivo, esso vada indenne delle spese della dichiarazione: può parere duro che l'avversario che litigò con le migliori intenzioni non solo, ma con ragioni che una metà delle menti umane avrebbe menate buone, porti il carico, spesso grave, di tutte le spese. Ma più duro è che ne porti una sola parte colui che vince*».

336 Cass., 18 febbraio 2015, n. 3244.

337 Cass., Sez. Unite, 01 febbraio 2016, n. 1839.

338 Cass., 21 gennaio 2013, n. 1371.

339 Cass., 12 gennaio 2012, n. 316; Cass., 07 maggio 2004, n. 8715; ma in senso contrario, ossia sull'irrelevanza dell'incertezza applicativa della norma, cfr. Cass., 09 gennaio 2014, n. 319.

340 Cass., 28 novembre 1998, n. 12108; interessante Cass., 23 dicembre 2011, n. 28745, sul frazionamento abusivo del credito, secondo la quale «*sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite in relazione al comportamento processuale negativo del ricorrente che abbia proposto con successo separate e analoghe domande per varie annualità della pensione oggetto di previo accertamento sull'an*». Trascurando il fatto che, secondo gli insegnamenti più recenti della Cassazione (Cass., Sezioni Unite, 15 novembre 2007, n. 23726 e Cass., Sezioni Unite, 16 febbraio 2017, n. 4090), il frazionamento abusivo del credito potrebbe determinare l'improcedibilità della domanda, se non vi è un interesse apprezzabile del ricorrente, è rilevante notare, in questa sede, che, secondo la giurisprudenza, il comportamento processuale scorretto della parte vincitrice poteva assumere importanza anche ai fini della compensazione delle spese, oltre che per l'applicabilità degli artt. 91, comma 1, secondo periodo e 92, comma 1, c.p.c. Si può pertanto ritenere che la compensazione per comportamento processuale scorretto della parte vincitrice comprendesse, per la giurisprudenza, fattispecie *bordeline* rispetto a quelle già previste dagli artt. 91, comma 1, secondo periodo e 92, comma 1, c.p.c. e di interferenza anche con l'istituto della soccombenza reciproca: rifiuto da parte della parte vincitrice di una precedente proposta transattiva, frazionamento abusivo del credito, parziale accoglimento della domanda per una somma molto inferiore a quella richiesta.

341 Cass., 28 novembre 2003, n. 1823. In generale, si pensi a tutte le ipotesi cui un soggetto, pur effettivamente titolare del diritto, nasconda, tuttavia, preordinatamente e dolosamente le prove pressochè esclusive del fatto su cui si fondano le sue ragioni, fatto difficilmente ricostruibile da parte del controinteressato, magari per indisponibilità delle fonti di prova (si tratta di ipotesi frequenti nelle cause lavoristiche).

342 Cass., 14 dicembre 2010, n. 25250.

343 Tribunale di Bari, 27 luglio 2005.

344 Cass., 28 novembre 2003, n. 18238.

345 Tribunale Terni, 20 marzo 2001, in *Rass. giuridica umbra*, 2001, 186. La qualità delle parti in causa rilevava soprattutto nell'ambito delle controversie lavoristiche. I giudici del lavoro, infatti, sono stati i più propensi a compensare comunque le spese di lite in ipotesi di soccombenza del lavoratore, interpretando la clausola dei “*giusti motivi*” anche in chiave sociale. Tali giusti motivi si fondavano sulla presa d'atto della disegualianza economica

Tale assetto normativo e giurisprudenziale è venuto meno, tuttavia, con la riforma del 2014: il decreto legge n. 132/2014 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 162/2014 ha, infatti, riscritto il testo dell'art. 92, comma 2, c.p.c., limitando a sole tre ipotesi tassative il potere del giudice di compensare tra le parti le spese di lite: 1) soccombenza reciproca; 2) novità della questione trattata; 3) mutamento della giurisprudenza rispetto a questioni dirimenti.

Come hanno osservato alcuni Autori giuslavoristi, la predetta modifica (particolarmente incisiva in questo settore, ove, per le ragioni di cui *infra*, è sempre stata frequente la compensazione delle spese in favore del lavoratore) si è collocata sulla scia degli interventi normativi deflattivi del contenzioso³⁴⁶ che hanno contraddistinto gli ultimi decenni della giustizia del lavoro, tra i quali si possono ricordare: a) il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 7 l. n. 604/1966 e modificato dalla l. n. 92/2012³⁴⁷; b) la procedura di certificazione (artt. 76 ss. d.lgs. n. 276/2003), introdotta per ridurre il contenzioso sulla qualificazione dei rapporti di lavoro; b) il tentativo obbligatorio di conciliazione pregiudiziale (art. 412 *bis* c.p.c.), introdotto dal d.lgs. n. 80/1998 e abrogato dalla legge n. 183 del 2010 (c.d. Collegato Lavoro), ma ancora previsto per le impugnazioni di contratti certificati³⁴⁸; c) il potenziamento, attuato dalla l. n. 183/2010, delle forme di risoluzione stragiudiziale delle controversie ed in particolare dell'arbitrato (artt. 412, 413 *ter* e 412 *quater* c.p.c.)³⁴⁹; d) l'offerta di conciliazione di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 23/2015³⁵⁰.

delle parti processuali e quindi dell'asimmetria delle poste in gioco per il lavoratore e per l'impresa datore di lavoro nell'adire l'autorità giudiziaria per la tutela del proprio diritto. La compensazione, quindi, svolgeva la funzione di tutelare la parte economicamente più debole dagli effetti negativi della soccombenza, impedendo che l'accesso alla giustizia potesse trovare un ostacolo in ragioni di rischio economico. Su questi aspetti, in senso critico, cfr. M. Pilloni, *op. cit.*, 471, nt. n. 7.

346 P. Biavati, *Note sullo schema di disegno di legge delega di riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 1, 213; A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 29: «*Da tempo è stato acquisito che le riforme processuali di carattere esclusivamente tecnico-normativo (...) sono incapaci di incidere sulla durata del processo civile. Per realizzare un processo civile dalla ragionevole durata sono infatti necessari e indispensabili interventi ordinamentali e organizzativi*».

347 L'art. 7 della l. n. 604/1966 non si applica più ai licenziamenti dei lavoratori assunti con il c.d. contratto a tutele crescenti (art. 3, comma 3, d.lgs. n. 23/2015). Con riferimento al tentativo di conciliazione nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo è interessante la puntualizzazione di G. Santoro-Passarelli, secondo cui il comportamento delle parti nella fase conciliativa produce effetti sia sul piano processuale sia a livello sostanziale, essendo il giudice abilitato a quantificare l'indennità tenendo conto di un comportamento che previene il processo. Questa riflessione conferma l'intreccio particolarmente forte che sussiste nelle controversie di lavoro tra istituti di diritto processuale e istituti di diritto sostanziale.

348 G. Santoro-Passarelli, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 3, 513 ss., secondo cui «*è opinione pressochè unanime che il tentativo obbligatorio di conciliazione non ha sortito gli effetti di ridurre il contenzioso, in quanto utilizzato soltanto come mero mezzo dilatorio*». Ma per un'analisi dal diverso tenore cfr. P. Matteini, *La conciliazione e l'arbitrato nelle controversie di lavoro dopo il d.lgs. n. 80/1998: è stato proprio un fallimento?*, in *Lavoro e dir.*, 2002, 657 ss.

349 Sul fallimento della funzione deflattiva del tentativo di conciliazione e dell'arbitrato cfr. C. Romeo, *La crisi dell'effettività delle tutele nel processo del lavoro*, in *Lav. nella giur.*, 2017, 10, 847: «*nonostante i buoni*

In particolare, secondo la dottrina, mentre gli istituti appena menzionati rappresentano forme di “deflazione buona” del contenzioso, in quanto offrono al cittadino modalità alternative di risoluzione delle controversie, senza però costituire per i privati alcun ostacolo alle loro effettive possibilità di accesso alla giustizia³⁵¹, ben diversa natura hanno, invece, altri interventi normativi (come quello in esame) che rendono concretamente più gravoso il ricorso alla tutela giurisdizionale, soprattutto per i soggetti più deboli dal punto di vista socio-economico (così tradendo il tradizionale legame sussistente tra *efficienza* delle tecniche di tutela processual-lavoristiche ed *effettività* dei diritti dei lavoratori)³⁵².

proponimenti (...) su questi specifici argomenti si registra un netto scetticismo riguardo soluzioni che non prevedano un ritorno sul piano giudiziario, e ciò sia per un'evidente mancanza di fiducia degli organismi che presiedono alla conciliazione e all'arbitrato, sia anche perchè in Italia non è mai stata realizzata alcuna autentica cultura verso tali soluzioni alternative alle controversie».

350 Sull'offerta di conciliazione ex art. 6 d.lgs. n. 23/2015 cfr. D. Borghesi, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in www.iudicium.it. [Peraltro](#), da questo elenco di istituti introdotti e riformati nel tempo si coglie una certa incoerenza, se non vera e propria schizofrenia del legislatore: costui talvolta accelera sul fronte delle tecniche di deflazione, talvolta invece frena bruscamente ed inspiegabilmente. Appare, infatti, contraddittoria l'eliminazione, ad opera del Collegato Lavoro, del tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 412 bis c.p.c., nonché, a seguito del *Jobs Act*, della procedura di cui all'art. 7 l. n. 604/1966, a fronte dell'introduzione della (libera) offerta di conciliazione (art. 6 d.lgs. n. 23/2015) per prevenire le controversie riguardanti i licenziamenti dei lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015. Ancora, esemplare di questo atteggiamento oscillante del legislatore è il dibattito parlamentare sorto in merito all'applicabilità alle controversie di lavoro della negoziazione assistita: l'art. 7 del d.l. n. 132/2014 prevedeva una modifica al quarto comma dell'art. 2113 c.c., che avrebbe consentito ai lavoratori e ai datori di addivenire alla conciliazione della controversia mediante l'assistenza di un avvocato. In sede di conversione, tuttavia, questa disposizione non è stata riproposta e l'art. 2, comma 2, lettera b) del d.l. n. 132/2014, nel testo convertito in l. n. 162/2014, espressamente esclude che la convenzione di negoziazione assistita possa vertere in materia di lavoro (ma la c.d. Riforma Cartabia, al vaglio del Parlamento al momento in cui si scrive, si propone di introdurre questo filtro anche nelle liti lavoristiche).

351 M. De Luca, *Giudizio di cassazione sui vizi processuali: note minime su alcuni punti di sintesi dalla denuncia alla decisione*, in *Lav. nella giur.*, 2018, 6: «La deflazione buona è sola quella che nasce dal lato dell'offerta. Si tratta, invero, di opinione largamente condivisa nella scienza economica, dalla quale attinge, appunto, la metafora della deflazione del contenzioso. Non può essere, tuttavia, estesa alle norme processuali, con funzione deflattiva del contenzioso. Suggestiva, però, doverosa cautela dinanzi a manovre deflative, che – incidendo sulla domanda di giustizia – possono determinarne, addirittura, la frustrazione di garanzie che sono offerte dal patrimonio costituzionale comune. Si tratta, quindi, di privilegiare manovre deflative, che, promuovendo l'efficienza, incidano sulla offerta di giustizia». A tal proposito può essere utile ricordare che, riguardo ai possibili “filtri” all'accesso alla giustizia, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 276/2000, respingendo le accuse di incostituzionalità sollevate in merito all'art. 412 bis c.p.c., poi successivamente abrogato dal legislatore del 2010, ha ritenuto la c.d. giurisdizione condizionata di per sé non incompatibile con il nostro assetto costituzionale, almeno tutte le volte in cui il rapporto normativo tra fatto o atto condizionante non si risolva in un irragionevole ostacolo alla tutela giurisdizionale. Su questi aspetti cfr. A. Ronco, *Costituzionalità (e inopportunità) del tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, in *Giur. it.*, 2001, 6, 1094 ss.

352 Su questi aspetti diffusamente I. Pagni, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 2, 209 ss; D. Dalfino, *Ragionevole durata, competitività del processo del lavoro ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2009, V, coll. 180 ss.; V. Speciale, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT* -215/2014; M. De Luca, *Processo del lavoro e deflazione del contenzioso*, contributo introduttivo alla tavola rotonda su *L'accesso alla giustizia del lavoro dal garantismo alle*

Ed infatti, la dottrina ha rilevato che la limitazione del potere del giudice di compensazione delle spese legali ha determinato un forte deterrente all'accesso alla giustizia per le parti economicamente più deboli del rapporto, i lavoratori, minacciati dal costo che essi avrebbero dovuto sostenere qualora non fossero riusciti a dimostrare in giudizio la fondatezza delle proprie pretese, indipendentemente dalla loro buona fede processuale³⁵³.

È risultato pertanto evidente che il legislatore, con la modifica normativa del 2014, ha inteso ridurre la discrezionalità dei giudici nel concedere la compensazione, al dichiarato scopo deflattivo di scoraggiare la parte che, alla fine della lite, sarebbe risultata in torto, ridimensionando le ipotesi in cui la stessa avrebbe potuto godere almeno della compensazione delle spese, secondo la precedente formulazione ed interpretazione della norma³⁵⁴.

La aspre critiche dottrinali alla riforma³⁵⁵ sono state condivise dalle ordinanze dei giudici del lavoro (Tribunale ordinario di Torino, sez. lavoro, dd. 30 gennaio 2016 e Tribunale ordinario di Reggio Emilia, sez. lavoro, dd. 28 febbraio 2017), i quali hanno sollevato questione di legittimità costituzionale per contrasto della nuova formulazione dell'art. 92, comma 2, c.p.c. con gli artt. 3, comma 1, 24, comma 1 e 111, comma 1, Cost.,

Ciò che risultava del tutto inaccettabile per i magistrati era il fatto che la modifica fosse stata ispirata solo da istanze deflattive del contenzioso, e non dal fine di migliorare, in generale, il regime

tecniche deflattive, a conclusione del Convegno di studi sul tema *Lavoro ed esigenze dell'impresa: garanzie ed effettività fra diritto sostanziale e processo*, organizzato dall'Università degli studi di Pisa-Dipartimento di giurisprudenza (Pisa, 3-4 dicembre 2015), in *Labor*, 1-2, 2016, 242; Id, *Diritti dei lavoratori: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva, (a quarant'anni dalla fondazione del nuovo processo del lavoro)*, in *Riv. It. dir. lav.*, 2013, I, 271.

353 M. Miscione e V. Filì, *La giurisprudenza quale fonte formale e non solo sostanziale del diritto del lavoro*, in *Lav. nella giur.*, 2018, 2, 115-116. L. De Angelis, *op. cit.*, 88, il quale rileva che la maggiore severità del regime della compensazione delle spese, pur essendo stata prevista per il generale processo civile, fu disposta, in realtà, guardando soprattutto al processo del lavoro, nel quale i giudici utilizzavano con larga frequenza lo strumento compensativo.

354 *Relazione illustrativa d.d.l. di conv. D.L. n. 132/2014*, in www.senato.it. Cfr. anche C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, 2016 Torino, I, 431 ss.

355 G. Scarselli, *Il nuovo art. 92, comma 2, c.p.c.*, in *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni in l. 10 novembre 2014, n. 162)*, in *Foro it.*, 2015, 5, 49 ss. L'Autore sottolinea il profondo e complessivo cambio di paradigma dell'istituto della compensazione imposto dalla novella del 2014. La compensazione diventa vero e proprio strumento cui ricorrere eccezionalmente, nelle ipotesi tassativamente indicate dalla legge, con esclusione di altre fattispecie individuabili discrezionalmente dal giudice. Inoltre, l'Autore rileva anche il diverso sistema di impugnazione e controllo della decisione in punto di compensazione: se nel vecchio sistema sarebbe stato difficile impugnare la compensazione delle spese in presenza di una motivazione non manifestamente incongrua del giudice di merito, oggi, invece, la compensazione al di fuori dei casi tipicamente individuati costituisce violazione di legge. La concessione della compensazione potrà quindi essere cassata in sede di legittimità a prescindere dalla congruità della motivazione.

delle spese nel processo civile³⁵⁶. Peraltro, si osservava, la restrizione delle ipotesi di compensazione avrebbe avuto l'effetto di dissuadere non solo chi avesse abusato in mala fede o colposamente del processo, ma anche chi, in un ordinamento giuridico che non brilla per certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni, avesse agito nella convinzione non colposa della sussistenza del suo diritto³⁵⁷.

Ebbene, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 77/2018, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 92, comma 2, c.p.c., nel testo modificato dalla novella del 2014, nella parte in cui non prevedeva che il giudice potesse compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistessero *“altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni”*.

Oggi, pertanto, la disposizione in esame attribuisce nuovamente al giudice (civile e del lavoro) il potere di valutare, caso per caso, e secondo la sua discrezionalità (purché motivata) la possibilità di disporre la compensazione, anche al di là delle ipotesi tassative prima previste.

Sotto questi profili la reazione della Consulta è stata chiara e decisa: la limitazione del potere di compensazione ai soli casi tassativamente indicati determina(va) la violazione del canone del giusto processo (art. 111, comma 1, Cost.) e del diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24, comma 1, Cost.) *«perchè la prospettiva della condanna al pagamento delle spese di lite anche in qualsiasi situazione del tutto imprevista ed imprevedibile per la parte che agisce o resiste in giudizio può costituire una remora ingiustificata a far valere i propri diritti»*.

2.4. La sentenza della Corte costituzionale n. 77/2018 sulla compensazione delle spese. Seconda parte.

Ai fini che rilevano in questa sede, è a questo punto interessante soffermarsi sulla seconda parte della sentenza della Corte, laddove i giudici delle leggi hanno, invece, respinto le censure di illegittimità prospettate con specifico riguardo alle liti lavoristiche.

Invero, i magistrati del lavoro di Parma e Torino sostenevano che l'art. 92 c.p.c., come modificato dalla legge 2014, confliggesse (altresì) con il principio di uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.), poiché non prevedeva (come era stato, invece, disposto alle origini della giustizia del lavoro) un'ulteriore ipotesi di compensazione (specifica) a favore del lavoratore soccombente: costui, infatti, a causa della sua condizione di debolezza, sarebbe esposto ad un rischio processuale

356 G. Scarselli, *op. ult. cit.*, 51: *«è una riforma volta solo a spaventare chi debba far valere in giudizio i propri diritti, nella speranza che i cittadini utilizzino meno la tutela giurisdizionale e si riduca il contenzioso. Ovviamente il tutto a prescindere dal considerare se le controversie rinunciate per timore delle spese siano fondate o infondate, di litiganti di buona o cattiva fede, di parti abbienti o non abbienti»*.

357 D. Potetti, *Novità della l. n. 69 del 2009 in tema di spese di causa e responsabilità aggravata*, in *Giur. merito*, 2010, 4, 936 ss.

maggiore, dovuto, in particolare, alle difficoltà di procurarsi le fonti di prova, generalmente nella disponibilità del solo datore (c.d. principio di vicinanza della prova).

L'alea del giudizio avrebbe, pertanto, secondo l'ordinanza, un peso più grave per il lavoratore, rispetto a quello sopportato dalla controparte, economicamente e socialmente più forte: un tanto sarebbe stato sufficiente a legittimare l'introduzione di una specifica causale di compensazione delle spese, fondata sulla condizione soggettiva, sostanziale e processuale, della parte.

I giudici di merito, inoltre, denunciavano il differente trattamento economico previsto per l'accesso alla giustizia in questo settore, irragionevolmente più favorevole per il datore: mentre il lavoratore è gravato dagli oneri economici, non detraibili, del pagamento del contributo unificato, dell'anticipazione delle spese legali e dell'IVA, il datore, di regola, può, invece, recuperare l'IVA sulle prestazioni del difensore e detrarre dal reddito la relativa parcella, come le spese dell'eventuale soccombenza. Per questi motivi, i Tribunali ipotizzavano la violazione, per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost., degli artt. 14 C.E.D.U. e 21 C.D.F.U.E. in punto di discriminazione, fondata sulla ricchezza, nel ricorso alla tutela giurisdizionale.

La Consulta, tuttavia, ha ritenuto non fondati i motivi addotti, respingendo la proposta ermeneutica di introduzione di una nuova ipotesi di compensazione delle spese in favore dei lavoratori.

Anzitutto, i giudici delle leggi, hanno invocato il principio della *par condicio* processuale, previsto dal comma 2 dell'art. 111 Cost., secondo cui «ogni processo si svolge (...) tra le parti, in condizioni di parità».

Inoltre, prosegue la Corte, le ipotesi facoltizzanti la compensazione, come previste dalla legge ed estese dalla pronuncia di illegittimità costituzionale, fanno riferimento solo a condizioni oggettive e non prendono in considerazione situazioni soggettive della parte soccombente, come l'essere il soggetto più debole del rapporto sostanziale controverso. A sostegno di questa affermazione rileverebbe il fatto che anche la legge n. 533/1973, pur prevedendo disposizioni dirette ad agevolare la tutela giurisdizionale del lavoratore³⁵⁸, non aveva derogato all'art. 92 c.p.c., quanto alla condanna della parte soccombente al pagamento delle spese di lite.

Peraltro, anche nelle controversie previdenziali ed assistenziali, la compensazione disposta in favore dal lavoratore soccombente dall'art. 152 disp. att. c.p.c. non è collegata, secondo la Corte, alla condizione di assicurato o beneficiario della prestazione, bensì allo *status* reddituale di non abbiente. Ad ogni modo, le eventuali difficoltà probatorie del lavoratore, connesse all'indisponibilità di importanti elementi di fatto detenuti dalla controparte datoriale, potranno, in ogni caso, essere

358 Artt. 10 (esenzione da ogni spesa o tassa) e 11 (patrocinio a spese dello Stato per le parti non abbienti) L. n. 533/1973, disposizioni oggi abrogate.

valutate dal giudice per riscontrare una situazione di assoluta incertezza riconducibile alle “*gravi ed eccezionali ragioni*” legittimanti la compensazione.

Per quanto riguarda, infine, la pretesa discriminazione fondata sul requisito reddituale, i giudici costituzionali rilevano che la situazione di disparità in cui, in concreto, venga a trovarsi la parte più debole dal punto di vista socio-economico, trova un riequilibrio, ai sensi dell'art. 24, comma 3, Cost., in altri appositi istituti, diretti ad assicurare ai non abbienti i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione: si pensi alla riduzione alla metà del contributo unificato per le controversie di lavoro (art. 13, comma 3, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115).

Le affermazioni della Corte costituzionale sembrano avallare l'orientamento di quella parte della dottrina secondo cui l'esigenza di protezione della parte debole deve realizzarsi solo nella disciplina sostanziale del rapporto di lavoro, mentre le regole del gioco processuale devono essere identiche per entrambi i contraenti³⁵⁹.

Tuttavia, questa dottrina e la stessa Corte costituzionale dimenticano di considerare che, in realtà, la materia giuslavoristica è intrinsecamente caratterizzata da un indissolubile intreccio tra diritto sostanziale e diritto processuale³⁶⁰.

Invero, il processo del lavoro, come già più volte ricordato, nasce e si sviluppa come tutela giurisdizionale *differenziata*, che tiene conto della posizione di svantaggio del lavoratore verso la controparte datoriale e cerca, in vari modi, di attutirla.

Considerata quindi la *ratio* più profonda del rito del lavoro, appare quantomeno singolare l'insistenza con la quale la Corte abbia sottolineato che la qualità soggettiva di lavoratore, in quanto tale, non possa giustificare una deroga al principio di soccombenza e costituire, dunque, una autonoma ipotesi di compensazione delle spese.

La premessa del ragionamento della Consulta si pone in irriducibile contrasto con altre affermazioni della stessa Corte, nonché della giurisprudenza di legittimità, mediante le quali, in diverse occasioni, è stata, al contrario, giustificata la differenza di trattamento processuale proprio considerando la condizione soggettiva (anche) sostanziale dei lavoratori.

359 A. Vallebona, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 3, 789. Solleva il problema interpretativo C. Romeo, *La crisi dell'effettività delle tutele nel processo del lavoro*, *Lav. nella giur.*, 2017, 10, 845: «*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 di lavoro. Una tale prospettiva, tuttavia, determina indubbiamente un radicale mutamento genetico di base, soprattutto, in ordine al seguente e non di poco conto interrogativo: quale “tutele” occorre prendere in considerazione al fine di rimeditare sulle tematiche del conflitto giudiziario in materia di lavoro? Vale a dire, quelle inerenti la sfera del lavoratore, oppure quelle riguardanti, in una prospettiva bipartisan, il grado di efficienza e di effettività del processo del lavoro?*».

360 In questo senso I. Pagni, *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e rapidità della tutela*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, 1, 75.

Si possono indicare due esempi chiarificatori.

Il primo riguarda la speciale decorrenza del termine di prescrizione dei diritti di credito connessi alla prestazione lavorativa, in ragione delle remore psicologiche che possono frenare il lavoratore dall'agire contro il proprio datore in pendenza di rapporto contrattuale³⁶¹.

Il secondo concerne, invece, l'inefficacia probatoria delle c.d. firme di quietanza apposte sulle buste paga: la giurisprudenza nega attendibilità alle stesse in sede processuale, proprio in considerazione dello stato di soggezione che può aver spinto il lavoratore a sottoscriverle nel corso del rapporto sostanziale tra le parti³⁶².

A fronte di questi esempi si può pertanto ritenere che, nel ragionamento della Consulta, ad essere erroneo è proprio il presupposto di partenza: infatti, se è vero che la condizione di lavoratore non può rilevare in sé e per sé, è altrettanto vero che, invece, devono assumere rilevanza le conseguenze che derivano, a livello sostanziale e processuale, dalla qualifica soggettiva di prestatore di lavoro. Se così non fosse, la *par condicio* tra i contendenti (art. 111, comma 2, Cost.) sarebbe solo formale

361 Si fa riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 63/1966, a seguito della quale è stata dichiarata l'illegittimità degli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2 e 2956, n. 1, c.c. nella parte in cui consentivano che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorresse durante il rapporto di lavoro. Per un'ampia trattazione della tematica della prescrizione cfr. A. Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983; G. Pera, *Prescrizione nel diritto del lavoro*, Dig. sez. comm., vol. IX, Torino, 1995, 216; E. Ghera, *La prescrizione dei diritti dei lavoratori e la giurisprudenza creativa della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, 3. Secondo il Giudice delle Leggi, il decorso della prescrizione in costanza di rapporto viola il diritto alla retribuzione di cui all'art. 36 Cost., in quanto rende lo stesso non liberamente azionabile dal lavoratore fintantochè il rapporto sia in corso, a causa della dipendenza psicologica e del timore del prestatore di lavoro di agire in giudizio per rivendicare i propri diritti: ecco perchè la prescrizione del diritto alla retribuzione deve decorrere solo dalla cessazione del rapporto, dove vi sia, per il lavoratore, il timore del licenziamento. Peraltro, la Corte costituzionale, in seguito, ha adattato la sentenza n. 63/1966 alla normativa intervenuta in materia di licenziamento. Infatti, con la sentenza n. 174/1972 ha limitato l'applicabilità del principio espresso nella pronuncia del 1966 ai soli rapporti di lavoro non coperti dalla tutela reale di cui all'art. 18 Stat. Lav, nei quali il timore di perdere il posto deve ritenersi rafforzato dall'assenza di tutele reintegratorie in caso di illegittimità del licenziamento (cfr. nota precedente per riferimenti dottrinali). Il problema della decorrenza dei termini di prescrizione relativi ai crediti di lavoro oggi è di nuovo attuale, a fronte della significativa riduzione delle ipotesi al ricorrere delle quali la legge accorda al lavoratore la tutela reale (M. Miscione e V. Filì, *op. cit.*, 117). Proprio considerando il mutato quadro normativo, il Tribunale di Milano, sez. lavoro, con la sentenza del 16 dicembre 2015, ha ritenuto non stabili i rapporti di lavoratori, pur dipendenti da azienda sottoposta all'art. 18 Stat. Lav., a seguito delle modifiche apportate al suddetto articolo dalla l. n. 92/2012 che, al comma 5, ha prescritto la mera tutela indennitaria anche a fronte di vizi di illegittimità del licenziamento.

362 La giurisprudenza ritiene che le firme di quietanza non costituiscano prova dell'assoluta corrispondenza tra quanto indicato nel prospetto e quanto effettivamente percepito; i giudici negano, altresì, che esse comportino, in assenza di un'espressa ed effettiva volontà abdicativa, rinuncia ad ogni ulteriore pretesa retributiva. Cass., Sez. Lavoro, 30 giugno 2011, n. 14411, in *Riv. critica dir. lav.*, 2011, 3, 706: «non esiste una presunzione assoluta di corrispondenza della retribuzione percepita dal lavoratore rispetto a quella risultante dai prospetti di paga ed è sempre possibile l'accertamento dell'insussistenza del carattere di quietanza anche delle sottoscrizioni eventualmente apposte dal lavoratore sulle buste paga, che non hanno valore confessorio e non possono impedire al lavoratore di azionare le proprie pretese retributivi». In senso conforme, *ex multis*: Cass., Sez. Lavoro, 14 luglio 2001, n. 9588; Cass., Sez. Lavoro, 24 giugno 1998, n. 6267; Cass., Sez. Lavoro, 4 febbraio 1994, n. 1150; Cass., Sez. Lavoro, 6 marzo 1986, n. 1484.

(art. 3, comma 1, Cost.).

Del resto, basti riflettere sul fatto che, nel quadro delle tante modalità tramite cui il rito del lavoro ha sempre assicurato un certo *favor* alla posizione del lavoratore, rientra(va) proprio la prassi diffusa tra i giudici³⁶³ di compensare le spese di lite in caso di soccombenza del lavoratore, mediante un'interpretazione elastica ed estensiva della clausola generale dei “*giusti motivi*” e delle “*gravi ed eccezionali ragioni*” (contenuta nella formulazione dell’art. 92 c.p.c. anteriore alla modifica del 2014).

A ben vedere, il frequente ricorso alla compensazione risulta del tutto *fisiologico*, in base ad una coerente applicazione del principio di causalità nella liquidazione delle spese, in un processo di per sé caratterizzato da evidenti asimmetrie sostanziali e processuali tra le parti.

La debolezza processuale del lavoratore consiste, principalmente, nel fatto che a costui è tendenzialmente preclusa la possibilità di valutare appieno, nella fase pre-processuale, la sua situazione giuridica sostanziale, per le difficoltà di reperire adeguate fonti di prova, che spesso si trovano nell'esclusiva disponibilità della controparte datoriale³⁶⁴. Inoltre, gli ostacoli all'accertamento della verità materiale si possono manifestare anche in pendenza di causa: si pensi, ad esempio, alle tante implicazioni connesse alla richiesta del lavoratore di far testimoniare i propri colleghi di lavoro, i quali, per il timore di perdere il posto, difficilmente renderanno dichiarazioni del tutto attendibili³⁶⁵.

In base a queste premesse è evidente, dunque, che, secondo il principio di causalità, difficilmente i

363 In senso critico cfr. M. Piloni, *op. cit.*, 471 e 479; M. R. Iorio, *op. cit.*, 399.

364 Entrambe le ordinanze di rimessione traevano spunto proprio da casi in cui, secondo i giudici, sarebbe stato ingiusto non accordare la compensazione delle spese a favore del lavoratore soccombente, considerato che quest'ultimo aveva instaurato il processo in assoluta buona fede e nell'impossibilità di valutare adeguatamente la situazione giuridica sostanziale per fattori a lui non imputabili. Nel giudizio pendente avanti al Tribunale di Torino, il rigetto delle pretese del lavoratore era dipeso dal “*diverso assetto difensivo della resistente*” imprevedibile per il ricorrente, avendo la controparte datoriale indicato, per la prima volta in corso di causa, l'applicabilità di CCNL diversi da quelli precedenti. La fattispecie analizzata dal Tribunale di Reggio Emilia, invece, concerneva l'impugnazione di un licenziamento da parte di una lavoratrice la quale, nell'impossibilità di individuare con certezza la società datrice di lavoro, aveva rivolto le sue pretese nei confronti di numerosi convenuti, affermando l'esistenza di un unico centro di imputazione giuridica e la contemporanea utilizzazione della propria prestazione da parte di tutte le imprese resistenti. Il giudice rimettente, nonostante avesse rigettato nel merito le pretese della ricorrente, riteneva opportuno compensare le spese tra la lavoratrice e le società coinvolte, a fronte della difficoltosa ricostruzione degli avvenimenti e dell'impossibilità per la ricorrente di individuare l'effettiva controparte datoriale, a causa del complesso avvicendamento di trasformazioni e cessioni societarie in forza delle quali le plurime aziende coinvolte, tra loro collegate, avevano cambiato nome, assetto e composizione societaria, nonché ceduto rami di azienda.

365 Si tratta di problematiche tenute ben presenti dalle norme del rito lavoristico che, non a caso, attribuiscono al giudice del lavoro, a differenza di quello ordinario, speciali poteri istruttori (art. 421 c.p.c.). A questo proposito rilevano anche le agevolazioni probatorie nelle controversie in materia di discriminazione (art. 44, comma 9, d.lgs. n. 286/1998 e oggi art. 28, comma 4, d.lgs. 150/2011). Sui poteri istruttori del giudice del lavoro, cfr. Sezione 1, paragrafi 4.2. e ss.

giudici del lavoro potranno imputare al lavoratore la responsabilità soggettiva della lite, specie qualora, come spesso accade: a) l'instaurazione del giudizio sia dipesa dall'impossibilità per il prestatore di lavoro di comprendere, nella fase pre-processuale, tutti gli elementi della situazione sostanziale – e quindi di riconoscere la sussistenza o meno del proprio diritto ed evitare così la controversia – ; b) la soccombenza del lavoratore sia dovuta alle difficoltà di dimostrare in giudizio le circostanze utili a comprovare il proprio diritto.

Si vuol dire, in altri termini, che, su un piano strettamente giuridico e coerente sia con le norme in materia di spese processuali (artt. 91-92 c.p.c.), sia con la struttura delle controversie lavoristiche, il giudice del lavoro dovrebbe *naturalmente* poter disporre di margini di manovra più ampi rispetto a quelli del giudice ordinario in punto di compensazione delle spese.

Con le osservazioni appena svolte non si intende affermare che bene avrebbe fatto la Corte ad accogliere la questione sollevata dal Tribunale di Reggio Emilia volta all'inserimento di un'ulteriore ipotesi di compensazione delle spese, a favore del solo lavoratore soccombente. Una simile aggiunta non sarebbe stata giuridicamente corretta: essa, infatti, sarebbe stata contraria al principio di equità e causalità che governa l'istituto della compensazione, secondo cui occorre verificare, di volta in volta, mediante un prudente apprezzamento riferito al caso concreto, la sussistenza di fattori idonei ad interrompere il legame, solo *normalmente* sussistente, tra la responsabilità soggettiva della lite e la soccombenza³⁶⁶.

Nondimeno, la Corte avrebbe potuto sfruttare l'occasione per valorizzare la specialità del diritto processuale lavoristico, in due direzioni:

- da un lato chiarendo in che termini la (pur rilevata) strutturale maggiore difficoltà probatoria del lavoratore possa essere valutata dal giudice nell'ambito delle "altre" eccezionali e gravi ragioni legittimanti la compensazione;
- dall'altro lato, più in generale, segnalando l'opportunità (quantomeno), tanto per il legislatore quanto per gli interpreti, di tenere conto della diversa incidenza che possono avere, su determinate (vecchie e nuove³⁶⁷) categorie di soggetti economicamente più deboli, gli interventi normativi di

³⁶⁶ Ben potendo verificarsi, infatti, che ad essere responsabile processualmente, secondo il principio di causalità, sia il lavoratore che, pur essendone perfettamente in grado, non abbia saputo riconoscere la sussistenza dell'altrui diritto o non abbia saputo provarlo in giudizio: in tali evenienze, la soccombenza risulterà a lui completamente imputabile. Queste condotte, peraltro, oltre che la condanna alle spese, potrebbero comportare anche la condanna al risarcimento per responsabilità di lite aggravata (art. 96 c.p.c.), laddove emerga la pretestuosità della controversia instaurata dal prestatore di lavoro.

³⁶⁷ Oggi, invero, si sta diffondendo una nuova nozione di "lavoratore debole" legata soprattutto alla diffusione della gig economy. Sul tema, cfr. AA.VV., *Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, Quaderni di RGL, 2017, n. 2, e in particolare i contributi di R. Voza, *Il lavoro reso mediante piattaforme digitali tra qualificazione e regolazione*, 71 ss., e A. Loffredo, *Il lavoro su piattaforma*

carattere deflattivo del contenzioso incidenti sui costi della giustizia³⁶⁸.

3. La limitazione dei poteri interpretativi del giudice del lavoro come leva deflattiva e deterrente.

Si è visto, nel precedente paragrafo, che il legislatore del 2014 (poi censurato dalla Corte costituzionale) aveva tentato di limitare, mediante la riscrittura dell'art. 92, comma 2, c.p.c., il potere interpretativo del giudice nella valutazione della sussistenza dei “*gravi motivi*” di compensazione delle spese di lite, al fine di rendere più difficoltosa l'applicazione dell'istituto, pur molto utilizzato nelle controversie di lavoro, in virtù delle peculiarità del rapporto, sostanziale e processuale, tra i contendenti.

La tendenza a ridurre, in funzione deflattiva-deterrente, il sindacato del giudice è evidente anche nelle riforme della disciplina dei licenziamenti succedutesi tra il 2012 e il 2015.

Il legislatore si è mosso con il duplice intento di: 1) ridurre le possibilità di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro a fronte di licenziamenti illegittimi; 2) predeterminare la quantificazione delle conseguenze risarcitorie derivanti dall'illegittimo esercizio dei poteri datoriali, in modo che il prezzo della violazione dei diritti dei lavoratori divenisse preventivabile dal datore, al pari di qualunque altro “costo di impresa”, secondo le regole della c.d. *law and economics*³⁶⁹.

È stato infatti rilevato come gli interventi normativi costituiti dalla Riforma Fornero e dal c.d. *Jobs Act* abbiano finito per piegare i diritti dei lavoratori alle esigenze dell'economia: in altri termini, a causa della “tirannia” dei valori economici, la disciplina del licenziamento individuale è stata plasmata in relazione a specifici obiettivi economici e in base all'analisi “costi-benefici”³⁷⁰.

In quest'ottica funzionale, un fattore decisivo è rappresentato dalla sottrazione al giudice del lavoro,

digitale: il curioso caso del settore dei trasporti, 117 ss.; P. Loi, V. Speciale (a cura di), *Come cambia il diritto del lavoro nell'economia delle piattaforme*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, n. 2, I, e in particolare il contributo di A. Perulli, *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, p. 195 ss.; R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, 2017, n. 336; B. Caruso, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona”.INT, 2018, n. 146.

368 M. De Luca, *Processo del lavoro e deflazione del contenzioso*, *op. cit.*, 244.

369 In questi termini, si vedano, oltre i contributi indicati alla nota n. 10, anche: V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it., dir. lav.*, 2012, I, 322; P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e diritti fondamentali dei lavoratori*, in www.pietroichino.it, 2012, 3, ss.; M. Pivetti, *La tentata elusione del diritto dei lavoratori ad avere un giudice*, in *Riv. giur. lavoro*, 2011, 1, 151 ss.; 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. giur. lavoro*, 2012, 1, 563.

370 V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza (parte I)*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, 345; A. Perulli, V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro*, in CSDLE, n. 132/2011, 7 ss.; A. Perulli, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, 403.

nei termini subito *infra* esposti, dei suoi tradizionali margini di discrezionalità nella valutazione dell'*an* e del *quantum* delle pretese dei lavoratori che abbiano subito un licenziamento illegittimo³⁷¹. Anzitutto, il d.lgs. n. 23/2015 ha privato il giudice del lavoro di ogni possibilità (comunque, già in precedenza assai limitata: cfr. *infra*) di valutazione circa la proporzionalità del licenziamento, a fronte della sussistenza di un fatto materiale qualificato dal datore come giustificato motivo soggettivo o giusta causa³⁷².

L'art. 3 del predetto testo normativo prevede, infatti, che, solo nel caso in cui venga *direttamente* provata, da parte del lavoratore³⁷³, l'insussistenza del fatto materiale contestatogli, il giudice possa disporre la tutela reintegratoria (comma 2)³⁷⁴; altrimenti, qualora il datore riesca a dimostrare l'esistenza del fatto materiale alla base del recesso, il giudice dovrà limitarsi a dichiarare la risoluzione del rapporto e a disporre la tutela risarcitoria, senza poter compiere alcuna valutazione ulteriore: «*resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento*» (comma 1). Tale valutazione è invece ancora consentita (seppur solo ai fini dell'accesso alla tutela indennitaria) nelle controversie relative ai lavoratori assunti prima del 07 marzo 2015, secondo il doppio binario di tutela previsto nell'art. 18 St. Lav. (come modificato dalla l. n. 92/2012)³⁷⁵, costituito da:

³⁷¹ A. Tursi, *Clausole generali e norme generali nel diritto del lavoro: spunti metodologici per il legislatore e per gli interpreti*, in *Dir. lav. e relaz. ind.*, 1, 2021, 97 ss.

³⁷² D. Borghesi, *Gli aspetti processuali della disciplina del d.lgs. n. 23/2015*, in *Foro it.*, 2015, V, 256 ss.

³⁷³ La norma solleva dubbi di legittimità costituzionale nella parte in cui permette al giudice di annullare il licenziamento e ripristinare il rapporto di lavoro solo laddove il lavoratore riesca a provare in giudizio “*direttamente*” l'insussistenza del fatto materiale. Sembrerebbe, in base al tenore letterale, che l'insussistenza del fatto materiale, quando è il risultato del mancato assolvimento dell'onere della prova da parte del datore di lavoro, determini il solo risarcimento del danno, mentre solo quando essa sia “*direttamente dimostrata in giudizio*” dal lavoratore comporti la reintegra. Secondo D. Borghesi, *op. cit.*, una simile interpretazione della norma presenta vistosi aspetti di illegittimità costituzionale: “*in questo modo si accollerebbe al lavoratore una probatio diabolica e non si terrebbe nella dovuta considerazione il fatto che la regola sul riparto dell'onere probatorio deve tenere conto anche del principio – riconducibile all'art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio – della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova (Cass., 6 giugno 2012, n. 9099). Insomma, se si dovesse ritenere che l'art. 3, comma 2, per consentire l'accesso alla reintegrazione, ha imposto al lavoratore un'asticella talmente alta da renderne impossibile il superamento, bisognerebbe anche concludere che gli ha riconosciuto un diritto il cui esercizio è eccessivamente difficile e che, quindi, è destinato a vivere solo sulla carta. Tanto più che il soggetto per il quale è più agevole la prova per riferibilità o vicinanza o disponibilità è proprio il datore di lavoro. Con la conseguenza che una simile interpretazione porterebbe inevitabilmente ad una dichiarazione di illegittimità per contrarietà al comma 2 dell'art. 24 Cost., se non al comma 1, dato che in questo caso si potrebbe dire che il diritto riconosciuto al lavoratore è una pura illusione ottica, non essendo materialmente possibile farlo valere*”. Su questi profili cfr. anche L. De Angelis, *op. ult. cit.*, 259 ss. Si rinvia alla Sezione 1 paragrafi nn. 4.2. e ss. per maggiori approfondimenti.

³⁷⁴ R. Rivero, *I licenziamenti disciplinari tra jobs act e riforma Fornero (basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)*, in *Questionegiustizia.it*, 23.02.15.

³⁷⁵ In dottrina, F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2012, 6, pag. 529 e segg.; F. Carinci, *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore*, in *CDSLE*, 15.10.2012; A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto*

- tutela reale c.d. “attenuata” nei casi in cui il fatto “materiale”, alla base della giusta causa o del giustificato motivo, non sussista (materialmente) oppure rientri tra le condotte punite con sanzione conservativa (art. 18, comma 4, St. Lav.);

- tutela obbligatoria c.d. “piena” nei casi in cui il fatto alla base del licenziamento, pur sussistendo “materialmente”, non sia ritenuto dal giudice sanzionabile con il recesso, per difetto di proporzionalità (art. 18 comma 5, St. Lav.).

La formulazione letterale utilizzata nell’art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 riecheggia la tecnica legislativa già adottata in altre norme, introdotte allo scopo di contenere la discrezionalità delle valutazioni del giudice: si pensi, ad esempio, all’art. 30, comma 1, legge n. 183/2010 («*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*»³⁷⁶) e alla recente modifica della disciplina delle mansioni (art. 3 d.lgs. n. 81/2015), che ha sostituito il giudizio di “equivalenza” nella mobilità orizzontale con il più rigido richiamo ai livelli e alla categoria delle ultime effettivamente svolte³⁷⁷.

L’intervento normativo in esame si colloca, dunque, sulla scia di altre limitazioni alla potestà interpretativa del magistrato, accumulate dalla medesima *ratio* deflattiva-deterrente.

Nondimeno, la giurisprudenza di legittimità ha reagito alla volontà del legislatore di ridurre l’apprezzamento giuridico, da parte del magistrato, dei fatti posti alla base del licenziamento, attraverso un’interpretazione “estensiva” della nozione di “insussistenza” del fatto materiale, ritenuta applicabile, di recente, anche nel regime del contratto a tutele crescenti.

nella nuova disciplina dell’art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi, in *Arg. dir. lav.* 2012; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime osservazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 3, 573 ss.

³⁷⁶ Di recente, anche su questi profili cfr. M. Miscione, *Processo del lavoro, a che punto siamo?*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2020, 4, 1019 ss.; G. Ferraro, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in M. Cinelli, G. Ferraro, *Il contenzioso del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 3 ss.; E. Ghera, L. Valente, *Un primo commento al Collegato lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 866; A. Vallebona, *Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro*, in A. Minervini, *Il Collegato alla finanziaria all’indomani del messaggio presidenziale: le controversie di lavoro*, Napoli, 2011; A. Perulli, *Il controllo giudiziale dei poteri dell’imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, 1, 83-126; M. V. Ballestrero, *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 2014, 2-3, 389-411

³⁷⁷ Per approfondimenti sul tema, cfr. M. Brollo, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in F. Carinci (a cura di) *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali*, Collana Adapt. e-book, 2015, 29 ss.

Così, con riferimento ai lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore della riforma del *Jobs Act*, una parte della giurisprudenza ritiene (comunque) applicabile la tutela reintegratoria di cui all'art. 18, comma 4, St. Lav. anche laddove il fatto materiale contestato, pur sussistente nella sua materialità, non sia, secondo il prudente apprezzamento del giudice, giuridicamente qualificabile come "giusta causa" o "giustificato motivo soggettivo" in quanto non imputabile a dolo/colpa del sottoposto ovvero privo di illiceità, perché non suscettibile di alcuna sanzione (*i.e.* irrilevante dal punto di vista disciplinare)³⁷⁸.

Ebbene, questa ricostruzione (che fa leva sul potere interpretativo del giudice rispetto al "fatto" inteso giuridicamente e non solo materialmente) è stata di recente recepita dalla Suprema Corte (Cassazione civile sez. lav., 08/05/2019, n.12174³⁷⁹, anche con riferimento alle controversie aventi

³⁷⁸ Cass. 31 maggio 2017, n. 13799; Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540 e n. 20545, Cass. 6 novembre 2017 n. 17528; ma contra Cass. 8 novembre 2014 n. 23669 che, invece, ha accolto la nozione di fatto "materiale" e ha escluso qualsiasi possibilità di valutazione in ordine alla proporzionalità del licenziamento. Sempre nel senso dell'irrilevanza del "fatto giuridico" anche di recente Cassazione, 10 febbraio 2020, n. 3076 (a testimonianza dell'oscillamento della giurisprudenza in materia).

³⁷⁹ Commentata da A. Maresca, *Licenziamento disciplinare e sussistenza del fatto contestato nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2019, 3, 946 ss e da N. Morgese, *Irrelevanza del fatto materiale contestato e tutela reintegratoria nei licenziamenti ex art. 3 d.lgs. n. 23/2015: la legge come "oggetto di misurazione"*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2019, 3, 2 ss. Quest'ultimo Autore segnala, pur giustificandolo da un punto di vista sistematico, il carattere "creativo" della pronuncia, laddove pretende di applicare l'elaborazione giurisprudenziale maturata in relazione all'art. 18, comma 4, St. Lav. alla diversa formulazione letterale dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23: «*La pronuncia commentata sembra lanciare agli interpreti un monito chiaro e inequivoco: nessun enunciato legislativo, qualora isolato dal contesto di riferimento, può dirsi vincolante per l'interprete e ogni interpretazione strettamente rispettosa dei criteri dell'articolo 12 delle preleggi va intesa oggi come insufficiente e inadeguata. L'assunto, seppur non espressamente formulato, può agevolmente ricavarsi, scrutando in filigrana, dalla scelta del percorso argomentativo seguito dalla Corte che, dopo aver prestato solo formale ossequio agli obiettivi del legislatore del Jobs act, ripone a base del discorso, l'interpretazione giurisprudenziale consolidatosi intorno al comma 4 dell'art. 18, come modificato dalla legge Monti-Fornero del 2012. In questo modo, anziché rischiarare l'ambiguità della clausola alla luce ed in coerenza con gli obiettivi della riforma, il Collegio si ricollega ad una fonte giurisprudenziale eterogenea: ricercando la soluzione della quaestio tramite l'innesto, nell'ambito del D.Lgs n. 23 del 2015, di un principio apparentemente lontano dal microcosmo immaginato dal legislatore del Jobs Act. Ricondere infatti il sintagma "fatto materiale contestato" alla "stessa nozione di fatto contestato come elaborata dalla giurisprudenza in relazione all'art.18 comma 4" vuol dire di fatto sostituire la premessa maggiore che dovrebbe essere costituita dal dato legislativo, con una premessa di tipo giurisprudenziale, enucleata da un contesto normativo più ampio. Se il passaggio logico appare ardito -e prevedibilmente invisibile ai sostenitori della "calcolabilità" weberiana-, del tutto condivisibili risultano tuttavia gli effetti giuridici prodotti, tanto più se considerati alla luce dei canoni argomentativi seguiti dalla Corte per completare l'indagine. In primis, spicca per evidenza sistematica, il principio di coerenza e costanza terminologica fra le norme richiamate, in ragione del quale ogni fonte legislativa deve essere letta e interpretata nell'ottica di un sistema normativo coerente e rispettoso del principio di non contraddizione (corollario del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.). In nome di tale canone, dunque, la variazione letterale del dato normativo voluta dal legislatore storico (con l'aggiunta dell'aggettivo "materiale") non sarebbe sufficiente, secondo la Corte, a sviare la fattispecie dalla più ampia e generale nozione di "fatto contestato" elaborata dalla giurisprudenza, trattandosi di concetto giuridico unitario che non potrebbe contemplare due definizioni confliggenti nell'ambito dello stesso settore normativo. La tesi trova poi sintetica conferma nella considerazione, posposta al p.to 5.7 delle motivazioni e anch'essa solo accennata,*

ad oggetto i licenziamenti sottoposti al d.lgs. n. 23/2015, nonostante l'aggiunta dell'aggettivo "materiale" al sostantivo "fatto" contestato (art. 3, comma 1) potesse indurre a ritenere che il sindacato del giudice dovesse essere, nel nuovo regime, (ancor) più contenuto rispetto alle modifiche introdotte dalla Riforma Fornero: «*Ai fini della pronuncia di cui al D.lgs. n. 23 del 2015, art. 3, comma 2, l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, 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*».

Si tratta di una pronuncia significativa, in quanto prova, una volta in più, la stretta relazione tra potere interpretativo del giudice e maggiore effettività della tutela giurisdizionale dei diritti: grazie, infatti, all'estensione della nozione di "fatto" (comprensivo non solo della sua materialità, bensì anche della sua giuridicità), la giurisprudenza ha ottenuto il risultato di ampliare le possibilità di accesso alla tutela reintegratoria, nel sistema sia dell'art. 18 St. Lav. che del d.lgs. n. 23/2015.

Ulteriormente, sempre nell'ottica della riduzione delle prerogative tipiche del giudice del lavoro, si osserva come le riforme che si sono succedute tra il 2012 e il 2015 abbiano completamente ridisegnato il sistema sanzionatorio applicabile nel caso di riscontrata illegittimità del licenziamento.

Sotto questo profilo, anzitutto, il d.lgs. n. 23/2015 ha (definitivamente) rovesciato il rapporto di regola-eccezione tra tutela reintegratoria e tutela indennitaria, già messo in crisi dalla legge n. 92/2012³⁸⁰: la drastica riduzione delle ipotesi di reintegrazione del lavoratore – limitate, di fatto, ai vizi più gravi del recesso datoriale³⁸¹ – ha intaccato duramente il rapporto tra *efficienza* delle tecniche di tutela ed *effettività* dei diritti, dal momento che il giudice del lavoro, anche quando

dell'indubbia riferibilità del sintagma "fatto materiale" di cui al nuovo articolo 3 al generale concetto di "contestazione", e dunque ad un "fatto" che, per definizione, non può che avere un effettivo "rilievo disciplinare". Richiamando il principio di coerenza, quindi, la Corte rivendica il potere nomofilattico di ricondurre ad unità il sistema agendo in via interpretativa e lo fa in nome di un criterio giuridico ritenuto a tal punto "fondamentale" dalla giurisprudenza costituzionale da indurla plasticamente ad affermare che, in sua carenza, (verbatim "nel dispregio del quale"), "le norme" dell'ordinamento degraderebbero "al livello di gregge privo di pastore"».

³⁸⁰ D. Dalfino, *Nuove forme e tecniche di tutela processuale*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro in trasformazione*, a cura di Corazza e Romei, Bologna, 2014, 181 ss.

³⁸¹ La tutela reintegratoria è confinata dal d.lgs. n. 23/2015 alle sole ipotesi di licenziamento discriminatorio, orale o nullo ovvero ai casi di insussistenza (dimostrata dal lavoratore) del fatto materiale contestato a titolo giusta causa. Viceversa, per i dipendenti assunti anteriormente al 7 marzo 2015, oltre ai casi predetti, la tutela reale è estesa alle ipotesi in cui il giudice ritenga il licenziamento una misura sproporzionata, potendo il fatto imputato al lavoratore essere punito mediante una sanzione di natura conservativa, ovvero ravvisi la manifesta insussistenza del giustificato motivo. Su questi aspetti cfr. D. Carbone, *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale nel contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *Foro it.*, 2015, V, 232 ss.; D. Borghesi, *Gli aspetti processuali della disciplina del d.lgs. n. 23/15*, *op. cit.*, 257.

ravvisi l'invalidità del licenziamento, non potrà accordare al lavoratore la, altrimenti normale e consequenziale, tutela ripristinatoria del rapporto³⁸².

Come è stato scritto, «*il progressivo isolamento dell'obbligo reintegratorio, completato con l'interruzione del nesso di consequenzialità con la mancanza di giusta causa o giustificato motivo del recesso, ha ricadute sistematiche significative, perché affranca la sanzione dal ruolo di strumento per l'adempimento coattivo dell'obbligo e lo sposta su un piano diverso, quello della tecnica di tutela (...). Se il datore di lavoro ha il potere di recedere senza allegare una giusta causa o un giustificato motivo e, quindi, di estinguere il rapporto di lavoro ed il recesso è fonte soltanto dell'obbligazione pecuniaria, occorre riconoscere che, salve alcune ipotesi che possono dirsi eccezionali, il lavoratore non è titolare di un diritto alla stabilità o alla conservazione del posto di lavoro, ma, di regola, soltanto di un diritto di credito. L'illegittimità dell'esercizio del potere di recesso, collegata soltanto a condotte particolarmente disdicevoli, tali cioè da incrinare pesantemente il rapporto (basti pensare al licenziamento discriminatorio) e da rendere per la maggior parte dei casi sconveniente per il lavoratore la scelta di avvalersi dell'idoneità ad interromperlo e quindi di darvi concreta esecuzione, sembra funzionare più che come convinta tutela delle ragioni della "parte debole", come strumento di deterrenza rispetto al rischio per il datore di dover corrispondere un equivalente monetario particolarmente elevato»³⁸³.*

C'è da chiedersi, a questo punto, se l'attuale assetto della tutela indennitaria (applicabile, come detto, oramai in via prevalente) sia idoneo ad assolvere alla necessaria funzione sanzionatoria e deterrente nei riguardi del datore di lavoro che abbia disposto un licenziamento illegittimo.

Ebbene, analizzando le norme del d.lgs. n. 23/2015 si ha l'impressione che il regime delle tutele previsto nelle ipotesi di licenziamento illegittimo sia stato svuotato della sua portata tradizionalmente (oltre che sanzionatoria, anche) dissuasiva e, anzi, renda «*il vantaggio del delitto*» superiore allo «*svantaggio della pena*»³⁸⁴, soprattutto con riferimento ai lavoratori più giovani (nei cui riguardi il "costo" del recesso è inferiore in base al meccanismo di liquidazione dell'indennità previsto dalla Riforma, su cui *infra*).

Ciò in quanto il giudice che si trovi a dover valutare la legittimità del licenziamento di una persona assunta dopo il 7 marzo 2015, non solo non potrà accordare a quest'ultima la tutela reale nel caso di licenziamento illegittimo in quanto sproporzionato, ma nemmeno potrà determinare il *quantum* risarcitorio tra un importo minimo e un massimo, essendo l'indennità prestabilita dalla legge,

³⁸² I. Pagni, *op. ult. cit.*, 209 ss., la quale sottolinea l'anomalia derivante dalla dichiarazione di estinzione del rapporto pur a fronte dell'accertamento dell'assenza dei requisiti di ammissibilità del recesso datoriale.

³⁸³ A. D. De Santis, *op. cit.*, 160-161.

³⁸⁴ Cfr. nota precedente.

secondo un rigido meccanismo di calcolo fondato sull'anzianità di servizio (due mensilità per ogni anno di servizio), senza poter più parametrare il risarcimento al caso specifico, tenendo conto dei parametri di cui all'art. 18, comma 5, St. Lav.: anzianità del lavoratore, numero dei dipendenti, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti.

L'intervento normativo di diritto sostanziale ha inevitabili ricadute anche nel regime processuale delle tutele dei diritti: invero, il legislatore ha fatto leva sul principio di "certezza" del diritto – intesa, in questo caso, come sottrazione al giudice del potere di controllo sull'esercizio dei poteri datoriali e di scelta delle tecniche di tutela più adeguate³⁸⁵ – per ottenere il risultato della riduzione del contenzioso a vantaggio di risoluzioni stragiudiziali dei contrasti: non è un caso che proprio il d.lgs. n. 23/2015 abbia introdotto, all'art. 6, un nuovo strumento di conciliazione stragiudiziale, particolarmente appetibile a fronte, da un lato, degli spazi ridotti riservati alla tutela reintegratoria, nonché, dall'altro lato, dell'esenzione contributiva e fiscale della somma erogata in sede di accordo, estesa fino a 18 mensilità³⁸⁶.

Recita il comma 1 della disposizione: *«1. In caso di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 1, al fine di evitare il giudizio e ferma restando la possibilità per le parti di addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge, il datore di lavoro può offrire al lavoratore, entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, in una delle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile, e all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale, 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 e non superiore a ventisette mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare. L'accettazione dell'assegno in tale sede da parte del lavoratore comporta l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia alla impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta. Le eventuali ulteriori somme pattuite nella stessa sede conciliativa a chiusura di ogni altra pendenza derivante dal rapporto di lavoro sono soggette al regime fiscale ordinario».*

Come ha osservato la dottrina, l'istituto assume una connotazione premiale (del tutto diversa dalle

³⁸⁵ A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 2, 215 ss.

³⁸⁶ Sull'istituto della "Offerta di conciliazione" di cui all'art. 6 d.lgs. n. 23/2015, cfr. D. Dalfino, *La conciliazione in materia di licenziamenti*, in *Labor*, 2016, 216; R. Voza, "Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare": l'irresistibile forza deflattiva dell'art. 6, D.lgs. n. 23/2015, in *Lav. giur.*, 2015, 777 e ss.

altre forme alternative di composizione delle controversie di lavoro³⁸⁷: «a fronte di vantaggi reciproci per le parti dovuti all'abbattimento del rischio connesso ad un esito imprevedibile di una causa, ai suoi costi, nonché appunto, ai vantaggi in termini fiscali e di tracciabilità delle somme corrisposte a lavoratore licenziato (vantaggi di cui pure il datore gode, grazie ad un abbattimento dei firing costs), anche lo Stato non resta indifferente all'operazione, dal momento che riesce a compensare la rinuncia ad incamerare gli introiti corrispondenti a quei titoli attraverso la riduzione della quantità dei giudizi di impugnativa del licenziamento e il conseguente alleggerimento dei ruoli dei giudici del lavoro»³⁸⁸.

Pertanto, in una prospettiva meramente utilitaristica, da un lato, il datore potrà stabilire, già al momento dell'assunzione del dipendente, il costo del suo licenziamento in termini di mera convenienza finanziaria³⁸⁹; dall'altro lato, il lavoratore è messo nelle condizioni di preventivare con certezza il prezzo della lesione dei suoi diritti: egli quindi si troverà spinto dal sistema a valutare se davvero possa essere conveniente per lui affrontare le difficoltà probatorie, l'alea e i costi del giudizio (per di più con la minaccia, già segnalata nei precedenti paragrafi, della condanna integrale alle spese legali proprie e altrui in caso di soccombenza) o se piuttosto sia meno dispendioso e più celere trovare un accordo stragiudiziale col datore³⁹⁰. Invero, nel giudizio di "convenienza" un ruolo fondamentale è giocato proprio dalla già rilevata emarginazione della tutela reale in favore di quella indennitaria pre-determinabile: ciò ha portato alcuni interpreti a ravvisare un mutamento della funzione della reintegra, da strumento di tutela a sanzione con doppia funzione deterrente: «da un

³⁸⁷ Ci si riferisce in particolare alle previsioni degli artt. 411 c.p.c., 420, commi 1 e 2, c.p.c., 7 legge n. 604/1966.

³⁸⁸ A. D. De Santis, *op. cit.*, 188 ss.

³⁸⁹ P. Ichino, *Inchiesta sul lavoro*, Milano, 2011; A. Perrulli, *Efficient breach, valori di mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 3, 561 ss.

³⁹⁰ Anche se, in entrambi i casi, con esiti certamente meno favorevoli rispetto a quelli garantiti dal regime antecedente la riforma Fornero e il Jobs Act. Sul punto cfr. D. Borghesi, *op. cit.*, 4, il quale osserva che la procedura di conciliazione di cui all'art. 6 d.lgs. n. 23/2015 avrà probabilità di successo per le ipotesi di licenziamenti sanzionati con la sola tutela indennitaria risarcitoria, «dato che, qualunque sia la modalità di soluzione della controversia, il lavoratore non può che aspirare ad una somma di denaro. Cosa questa che facilita il calcolo di convenienza che le parti devono fare quando si tratta di scegliere tra la transazione e la pronuncia del giudice». Cfr. anche A. Garilli, *op. cit.*, 215: «Uno degli aspetti più significativi delle innovazioni contenute nel decreto legislativo del 20 febbraio 2015 che regola il contratto a tutele crescenti, consiste, a mio avviso, nell'aver portato a compimento quella linea di politica del diritto, avviata da più di un decennio, che intende sottrarre al processo la sua funzione tipica di tutela di diritti e di mediazione dei conflitti in uno dei punti più sensibili della nostra materia, vale a dire la protezione del lavoratore di fronte al licenziamento illegittimo. Questo indirizzo ha, come noto, radici nelle elaborazioni giuridiche di teorie economiche (a forte caratterizzazione ideologica) che propugnano la sostituzione del controllo giudiziario con un filtro monetario, al fine di consentire la rottura del contratto mediante il pagamento di una somma predeterminata (...)». Con riferimento specifico all'istituto dell'offerta di conciliazione di cui all'art. 6 d.lgs. n. 23/2015, lo stesso Autore osserva: «l'istituto contribuisce, e non poco, ad abbassare la tutela del lavoratore scoraggiandolo, grazie ad un discutibile incentivo statale, dall'esercitare in giudizio l'azione rivolta a fare valere l'illegittimità del licenziamento. Il che è tanto più criticabile in quanto la possibilità dell'offerta conciliativa riguarda anche i licenziamenti discriminatori o altrimenti nulli o inefficaci, nonché i licenziamenti collettivi».

lato ha una portata dissuasiva di condotte datoriali ed è diretta ad un ristretto numero di ipotesi percepite come particolarmente odiose e non frequenti; b) dall'altro, ha una portata dissuasiva nei confronti del lavoratore, ogni qual volta questi ambisca alla reintegra anche al di fuori dei casi in cui il recesso abbia quelle caratteristiche di grave illegittimità predeterminate dal legislatore: tale portata si coglie nelle tecniche processuali riservate per la tutela in forma specifica»³⁹¹, alludendo l'Autore al gravoso onere della prova circa l'insussistenza del fatto contestatogli, incombente, ora, sul lavoratore ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015.

Da un punto di vista sistematico-costituzionale, sono molteplici le criticità di questo nuovo impianto normativo, risultando del tutto superata la concezione della reintegra come rimedio in forma specifica privilegiato, ove attuabile, per la tutela di interessi (come quelli in gioco nel rapporto del lavoro) aventi rilievo non meramente patrimoniale³⁹².

A tali rilievi, si è, tuttavia, obiettato che:

- la stessa Corte costituzionale ha più volte escluso che la tutela reale configuri l'unica forma di attuazione dei principi di cui agli artt. 4 e 35 Cost.³⁹³;
- secondo la teoria dell'*efficient breach*, la tutela per equivalente realizza il c.d. ottimo paretiano, «in cui una parte, quella che viene meno agli obblighi legali, si giova di un vantaggio economico – perché, ad esempio, si libera del “peso” o del “costo” di un lavoratore, ottimizzando il ciclo produttivo – mentre la parte che subisce la condotta *contra ius* raggiunge una posizione di pareggio, godendo del monetary relief»³⁹⁴.

³⁹¹ A. D. De Santis, *op. cit.*, 163.

³⁹² D. Dalfino, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in Riv. tri. Dir. e proc. civ., 2014, 3, 907 ss., il quale, pur dopo aver dato atto del fatto che anche la tutela risarcitoria possa fornire un rimedio adeguato al bisogno di tutela, osserva, tuttavia: «Occorre considerare, infatti, che per situazioni di questo tipo la previsione di un ristoro monetario di tipo meramente compensativo può rivelarsi affatto insufficiente, mentre è necessario predisporre forme di tutela specifica, vale a dire pienamente ripristinatorie dello status quo ante, ovvero inibitoria, onde prevenire e/o far cessare la violazione, almeno nelle ipotesi in cui neanche il rimedio repressivo sia idoneo a proteggere adeguatamente il diritto fatto valere e a soddisfare il bisogno di tutela ad esso sotteso. Tornando agli interrogativi innanzi posti, il risarcimento per equivalente nei casi in parola non sarebbe in linea con i canoni di effettività ed adeguatezza. In particolare, non lo sarebbe ove l'utilità dedotta nell'obbligazione fosse ancora conseguibile attraverso la cooperazione del soggetto obbligato, il quale, pertanto, non potrebbe eludere il proprio obbligo attraverso il “comodo espediente” del pagamento di una somma di denaro. Ne consegue che la situazione sostanziale tutelanda, ove corrispondente ad un diritto fondamentale, deve potersi ritenere suscettibile di piena soddisfazione attraverso forme di protezione di tipo reintegratorio ovvero inibitorio, il risarcimento del danno per equivalente rappresentando soltanto un rimedio complementare, non il rimedio adeguato. Ciò non significa impedire all'avente diritto di ottenere la liquidazione del danno, ma consentirgli di effettuare una scelta tra due rimedi, uno dei quali, quello specifico, non può mancare, ferma restando la possibilità di cumulare i rimedi stessi al ricorrere di determinati presupposti (quando, ad esempio, la tutela risarcitoria svolta una funzione aggiuntiva e non sostitutiva)».

³⁹³ Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46, in *Foro it.*, 2000, I, 699; 23 febbraio 1996, n. 44, *id.*, 1996, I, 1124.

³⁹⁴ M. Leonardi, *Sulla riforma del mercato del lavoro*, Bologna, 2015, 140.

Nondimeno, a livello sistematico può dirsi che la monetizzazione delle tutele dei lavoratori, da un lato, e il contenimento dei poteri interpretativi-valutativi del giudice del lavoro, hanno determinato la c.d. “quantificazione” del diritto del lavoro³⁹⁵, privando la materia della sua originaria aspirazione sociale, di incontro e bilanciamento tra interessi contrapposti che il giudice avrebbe potuto/dovuto condurre ad equità³⁹⁶: in una parola, il legislatore si muove nell’ottica di ridurre la complessità (e variabilità) delle istanze sociali ed economiche ad un sistema di sanzioni patrimoniali (prezzi) predeterminate.

Si tratta, tuttavia, di una concezione apertamente contrastata dai recenti interventi della Corte

³⁹⁵ A. Perulli, *Efficient breach*, cit., 585-586: «benché costruito attorno a standard di comportamento, il diritto del lavoro esprime la tensione verso schemi di razionalità assiologicamente orientata, irriducibile alle categorie del mercato o alle «grandezze» economiche e organizzative, introducendo variabili o «grandezze civiche» che spiazzano l'utilitarismo individualista e introducono l'incertezza valutativa. Proprio per questo, il diritto del lavoro è oggetto, da qualche tempo, di una costante e sempre più tenace pressione, condotta dal pensiero neoliberista, verso forme di riduzione sistemica della sua complessità qualitativa, per approdare a una sorta di semplificazione normativa basata sulla riduzione del diritto a un sistema di prezzi. Questo processo di cambiamento, che investe in particolare le modalità del controllo giudiziario e (soprattutto nel nostro ordinamento) la sfera dei rimedi al licenziamento illegittimo, non può essere descritto in termini riduttivi, come semplice risultante di una diversa visione tecnica del diritto e delle sue applicazioni o metodologie, ma va svelato nei suoi aspetti più profondi e antropologicamente inquietanti. 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. Una società in cui cambia profondamente sia il riconoscimento della titolarità dei diritti sociali (l'entitlement), sia, soprattutto, l'effettività del loro godimento (l'endowment). Le proposte di modifica della legislazione sui licenziamenti, volte a evitare il controllo giudiziario sui motivi del recesso e la sua sostituzione con un filtro puramente monetario, sono una buona esemplificazione di questo processo di riconduzione circolare agli imperativi del «funzionamento» del mercato. Il modello quantitativo segue la logica «chi inquina paga», e nelle visioni più illuminate e generose della quantificazione del diritto del lavoro (quelle che vanno sotto il nome di flexicurity) il costo delle esternalità negative prodotte dall'impresa dovrebbe finanziare il costo sociale del recesso, segnatamente mediante dispositivi di accompagnamento del lavoratore verso un nuovo impiego. L'effetto è quello di una sostanziale deregulation, funzionale alla potenza dei mercati globali. Nella stessa prospettiva riduzionistica si collocano 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 legislatore (cfr. art. 30, comma 1, legge n. 183/2010)...La corrente di pensiero in esame semplicemente ignora le esternalità positive prodotte dalla legislazione sociale in genere, e dal diritto del lavoro in particolare. La quantificazione del diritto del lavoro depotenzia le aspirazioni ideali che stanno alla base dei diritti sociali e dissolve la tensione verso una giustificazione razionale-assiologica dei poteri economici. In altri termini, 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. Il controllo giudiziario, alla luce di un'interpretazione non riduttiva dei parametri legali di legittimità del licenziamento economico, esprime un valore riconosciuto dal sistema giuridico che entra in conflitto con l'analisi economica del diritto (rectius, con i criteri dell'efficacia economica del diritto del lavoro), senza per questo perdere il contenuto di verità e di praticabilità nell'ambito dell'ordinamento. Ma proprio per questo, la prospettiva della riduzione del controllo a mera tecnica «quantitativa» (se non quella della sua sostituzione con meccanismo di filtraggio monetario) potrebbe al fine risultare vittoriosa, con il suo portato di nichilismo giuridico e di riduzione della complessità assiologica su cui si è fondata l'utopia del diritto del lavoro».

³⁹⁶ V. Speciale, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 322/2017.

costituzionale in materia di licenziamenti.

Invero, come già accaduto in materia di compensazione delle spese, è significativo riflettere sul fatto che la Corte costituzionale abbia sentito l'esigenza di intervenire nuovamente a ripristinare il potere valutativo del giudice, ri-attribuendo allo stesso possibilità di liquidare, secondo un parametro di equità intesa come giustizia nel caso concreto, il *quantum* risarcitorio, in funzione (anche) sanzionatoria-deterrente rispetto ad un licenziamento illegittimo.

La Consulta, dopo avere dichiarato incostituzionale, in base agli artt. 3, 4, primo comma, 35, primo comma, e 76 e 117, primo comma, Cost. (questi ultimi due articoli in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea), con la sentenza n. 194 del 2018, il criterio di calcolo dell'indennità prevista per il licenziamento ingiustificato dall'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/15, con la successiva sentenza n. 150 del 2020, ha dichiarato incostituzionale, per le medesime ragioni, anche quello, sempre legato automaticamente all'anzianità, previsto dall'art. 4 del medesimo decreto, questa volta per il licenziamento che, pur giustificato e in forma scritta, presenti qualche vizio formale o procedimentale.

Secondo la Corte, *«la previsione denunciata, nel prestabilire interamente la misura dell'indennità, la connota, oltre che come certa, anche come rigida, perchè non graduabile in relazione a parametri diversi dall'anzianità di servizio. Inoltre, l'impossibilità di incrementare l'indennità, fornendo la relativa prova, la configura come una liquidazione legale forfetizzata, in relazione, appunto, all'unico parametro prefissato dell'anzianità di servizio»*, aggiungendo che *«in una vicenda che coinvolge la persona del lavoratore nel momento traumatico della sua espulsione dal lavoro, la tutela risarcitoria non può essere ancorata all'unico parametro dell'anzianità di servizio. Non possono che essere molteplici i criteri da offrire alla prudente discrezionale valutazione del giudice chiamato a dirimere la controversia. Tale discrezionalità si esercita, comunque, entro confini tracciati dal legislatore per garantire una calibrata modulazione del risarcimento dovuto, entro una soglia minima e una massima»* (paragrafo 1.1.).

La predeterminazione dell'indennità risarcitoria, quindi, benché del tutto funzionale all'esigenza di certezza del diritto, è stata ritenuta non conforme al principio di effettività della tutela giurisdizionale: tale meccanismo avrebbe infatti impedito al giudice di modulare il *quantum debeat* in base alle peculiarità del caso concreto, differenziando casi che, pur essendo connotati da diverso grado di gravità, altrimenti, solo guardando alla uguale anzianità di servizio tra i lavoratori, avrebbero potuti essere indennizzati in modo uguale (e viceversa)³⁹⁷.

³⁹⁷ Per approfondimenti sulle pronunce della Corte costituzionale, cfr. E. Balletti, *Indennità per il licenziamento illegittimo nel contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Giur. it.*, 2020, 5, 1238 ss.; M. Barbieri, *Statuto e tutele*

Alla luce dell'analisi di alcuni degli interventi normativi e giurisprudenziali più incisivi nella materia giuslavoristica degli ultimi anni, si possono trarre le seguenti (parziali) conclusioni:

- la certezza del diritto, intesa come sottrazione al giudice del lavoro dei margini interpretativi allo stesso tradizionalmente rimessi (dalla valutazione in ordine ai presupposti per la compensazione delle spese di lite, fino alla interpretazione di concetti intrinsecamente ampi ed elastici quali “giusta causa”, “giustificato motivo soggettivo” “equivalenza delle mansioni”, e alla liquidazione del *quantum* risarcitorio in forza dei parametri di cui all'art. 18, comma 5, St. Lav.) dovrebbe costituire, oggi, secondo la visione del legislatore, uno strumento deflattivo e deterrente rispetto all'accesso alla giustizia, in termini di prevedibilità dell'esito del giudizio e, quindi, calcolabilità in termini di costi-benefici;
- secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, tuttavia, tale prevedibilità (nel merito e in punto di costi processuali), rappresenta un valore da contro-bilanciare con la necessità di addivenire ad una decisione non solo giusta in termini astratti, bensì equamente calata nella specificità della fattispecie oggetto di causa.

Il bilanciamento tra certezza del diritto ed equità nel caso concreto costituisce il cuore pulsante delle problematiche insorte dal diffondersi del modello della c.d. giustizia predittiva, cui si farà cenno nei prossimi paragrafi, tentando di leggere nel futuro della giustizia italiana ed europea, anche lavoristica.

4. La prevedibilità delle decisioni e l'effetto deterrente-deflattivo del contenzioso.

Si è detto, in conclusione del primo paragrafo della presente Sezione, che le due leve, da un lato, quella dei costi del processo e, dall'altro lato, quella della certezza del diritto, sono talvolta impiegate dal legislatore in modo congiunto a scopo deflattivo-deterrente rispetto all'instaurazione delle controversie civili: esiste, dunque, un nesso tra ragionevole prevedibilità della decisione ed efficienza del sistema giustizia (inteso, essenzialmente, come numero contenuto di processi e, per

contro i licenziamenti illegittimi. Erosione e necessità della reintegrazione (Worker's Statute, unjustified dismissals and effectiveness of workers protection), in Riv. giur. lav. e prev. soc., 2020, 1, 85 ss.; C. Cester, Una pronuncia scontata: vizi formali e procedurali del licenziamento e inadeguatezza delle sanzioni. Nota a sent. C. Cost. 16 luglio 2020 n. 150, in Lav. nella giur., 2020, 10, 964 ss.; G. Feanza, La tutela indennitaria dei licenziamenti illegittimi tra giurisprudenza costituzionale e Carta sociale europea (Indemnity protection against unlawful dismissals between jurisprudence of constitutional Court and European Social Charter), in Variazioni su temi di diritto del lavoro, 2020, 3, 767 ss.; A. Garilli, Le trasformazioni del Diritto del lavoro tra ragioni dell'economia e dignità della persona, in Il diritto del mercato del lavoro, 2020, 1, 1, 3 ss.; C. Pisani, La sanzione per i vizi formali e procedurali del licenziamento secondo la Consulta: l'ars distinguendi dimenticata, in Riv. it. dir. lav., 2020, 4, 497 ss.

l'effetto, loro ragionevole durata)³⁹⁸.

La prevedibilità delle decisioni garantisce stabilità all'ordinamento giuridico e, conseguentemente, tutela:

- il legittimo affidamento dei consociati rispetto alle conseguenze dei propri comportamenti: la ragionevole prevedibilità delle decisioni, come osservato dalla dottrina, «*inducendo a rinunciare a giudizi il cui esito prevedibile è negativo, si riflette sul sistema giustizia evitando inutili appesantimenti e, di conseguenza, si riflette sugli altri giudizi che, meno numerosi potranno essere trattati con maggiore attenzione e rapidità*»³⁹⁹;

- il principio di uguaglianza: uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge dovrebbe significare anche uguaglianza dinanzi alle interpretazioni della legge⁴⁰⁰.

Il legislatore degli ultimi decenni, consapevole del nesso tra i fenomeni ora illustrati, ha posto in essere diverse riforme, tutte accumulate dal tentativo di deflazionare il contenzioso civile tramite lo strumento della sanzione economica nel caso di azione instaurata in spregio al valore della stabilità della giurisprudenza formatasi nella materia oggetto di vertenza: in altri termini, la prevedibilità delle decisioni costituisce un valore da perseguire, anche (e persino) tramite la minaccia di un aggravio delle spese processuali.

Si pensi, a titolo esemplificativo agli interventi normativi di seguito indicati.

L'art. 13, comma 1 *quater*, D.P.R. n. 115/2002 (Testo Unico in materia di spese di giustizia), introdotto dall'art. 1 comma 17, della L. 24 dicembre 2012, n. 228, prevede che: “*Quando l'impugnazione, anche incidentale, è respinta integralmente o è dichiarata inammissibile o improcedibile, la parte che l'ha proposta è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale, a norma del comma 1 bis*”⁴⁰¹.

Rinviando al paragrafo 2.1. per l'analisi dei dubbi interpretativi circa l'applicabilità della norma al rito lavoristico, preme ora evidenziare il necessario collegamento tra questa disposizione (incidente sul “prezzo” di accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti) e gli artt. 348 *bis* e 360 *bis* c.p.c.,

³⁹⁸ P. Vittoria, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti, *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Bari, 2015, 491.

³⁹⁹ P. Curzio, *Il giudice e il precedente*, in AA.VV., *Una giustizia (im)prevedibile. Il dovere di comunicazione*, *Rivista Trimestrale Questione Giustizia*, 2018, 4, 40.

⁴⁰⁰ Cfr. nota precedente.

⁴⁰¹ Secondo A.D. De Santis, *cit.*, 318, l'intenzione del legislatore di colpire la parte impugnante nel caso di rigetto, inammissibilità e improcedibilità del gravame rientra a pieno titolo nella logica sanzionatoria di inasprimento e restrizione delle vie dell'impugnazione. L'irrogazione della sanzione consegue, peraltro, automaticamente giacché non risulta collegata alla condanna alle spese, ma al fatto oggettivo del rigetto integrale o della definizione in rito, negativa per l'impugnante, del gravame (in questo senso cfr. Cass. 24 settembre 2015, n. 18904, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1361).

introdotti, rispettivamente, dall'art. 54, comma 1 lettera a) del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83 (convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 2012, n. 134) e dall'art. 47, comma 1, lettera a) della legge 4 luglio 2009, n. 69. Gli articoli in esame subordinano l'ammissibilità dell'appello e del ricorso in Cassazione ad un giudizio prognostico circa le probabilità di accoglimento dell'impugnazione. Nel dettaglio, l'art. 348 *bis* c.p.c. prevede che «...l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta»⁴⁰²; l'art. 360 *bis* c.p.c. stabilisce, invece, che «Il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa (...)»⁴⁰³.

Sulla stessa scia si colloca, infine, anche l'art. 130 *bis* D.P.R. n. 115/2002, introdotto dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni nella legge 1 dicembre 2018 n. 132, in base al quale «Quando l'impugnazione, anche incidentale, è dichiarata inammissibile, al difensore non è liquidato alcun compenso».

Da ultimo, per la sua indubbia rilevanza nell'ambito di un ragionamento sulla prevedibilità delle decisioni nel rito del lavoro (ancorché, in questo caso, disgiunto da ogni collegamento con sanzioni "economiche" deterrenti)⁴⁰⁴, si registra un istituto inerente, per ora, la sola materia giuslavoristica, ma destinato (come già avvenuto in passato con riferimento ad altre caratteristiche proprie del rito del lavoro: cfr. Sezione 1, paragrafo 3), secondo le attuali proposte di riforma, ad essere traslato anche nel processo civile ordinario, per le sue potenzialità (invero, solo scarsamente sfruttate) in termini di prevedibilità e deflazione del contenzioso⁴⁰⁵.

⁴⁰² L'art. 348 *ter* c.p.c. anch'esso introdotto con la riforma del 2009, nel disciplinare l'ordinanza di inammissibilità dell'appello che non ha ragionevole probabilità di essere accolto, invita il giudice a fare «riferimento a precedenti conformi».

⁴⁰³ Come osserva P. Curzio, *cit.*, 42, la formulazione dell'art. 360 *bis* c.p.c. va letta congiuntamente all'istituzione, presso la Corte di Cassazione, con la riforma del 2009, di una "apposita sezione" (articolo 376 cpc), poi denominata sesta sezione civile, con il compito di filtrare i ricorsi, valutandone, con la maggiore rapidità possibile, ammissibilità, proponibilità, manifesta fondatezza o infondatezza. La sesta sezione decide con rito camerale che si conclude con una ordinanza. In questo modo si affida alla sesta sezione della Corte una valutazione articolata in due passaggi: il primo consiste nel confronto tra la soluzione adottata dal giudice che ha emesso il provvedimento impugnato e i precedenti (la "giurisprudenza") della Corte di cassazione. Se la soluzione adottata dal giudice di merito è conforme alla giurisprudenza della Cassazione il ricorso deve essere dichiarato inammissibile, salvo l'esito di un secondo passaggio, concernente la valutazione degli elementi offerti dal ricorrente per indurre la Corte a mutare il suo orientamento. Qualora il ricorso offra alla Corte elementi per un ripensamento, dovrà essere deciso secondo il percorso ordinario del giudizio di legittimità.

⁴⁰⁴ G. Ianniruberto, *Nomofilachia della Cassazione e autonomia collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 4, 511.

⁴⁰⁵ Il progetto di riforma della Commissione Luiso, presentato al Ministero della Giustizia nel maggio 2021, prevede l'introduzione nel codice di procedura civile della seguente disposizione: «362-*bis*. (Rinvio pregiudiziale). Fuori dei casi in cui procede in base agli articoli 394 e 400, il giudice di merito può disporre con ordinanza il rinvio

Si tratta dell'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi di cui all'art. 420 *bis* c.p.c.: la norma prevede la possibilità per il giudice di primo grado, qualora per decidere una controversia si debba interpretare una clausola di un contratto collettivo nazionale, di assumere immediatamente una decisione sul punto, emanando una sentenza sulla questione pregiudiziale, impugnabile soltanto con ricorso diretto. La pronuncia della Cassazione avrà efficacia vincolante non solo nello specifico processo (poiché il giudice del merito al quale ritornerà la causa dovrà decidere conformandosi alla soluzione del problema interpretativo, o di efficacia o invalidità, adottata dalla Cassazione), ma si rifletterà anche su altri processi in cui la questione si riproponga. In base al combinato disposto dell'articolo 420 *bis* c.p.c. e dell'articolo 64 d.lgs n. 165/2001, le Sezioni unite hanno infatti affermato che *«la sentenza della Corte resa sulla questione pregiudiziale reca, per i giudici di merito diversi da quello che ha pronunciato la sentenza impugnata in Cassazione, un vincolo procedurale, nel senso che costoro, ove non intendano uniformarsi alla pronuncia della Corte, devono provvedere, ma con sentenza emessa ai sensi dell'articolo 420-bis cpc, in modo da consentire alle parti il ricorso immediato e la verifica, da parte del giudice di legittimità, della correttezza della diversa opzione interpretativa seguita»*⁴⁰⁶.

pregiudiziale degli atti alla Corte per la risoluzione di una questione di diritto necessaria per la definizione anche parziale della controversia, quando ricorrono le condizioni di cui al secondo comma. Il rinvio può essere disposto dal giudice quando: 1) la questione di diritto sia nuova o comunque non sia stata già trattata in precedenza dalla Corte; 2) si tratti di una questione esclusivamente di diritto e di particolare rilevanza; 3) presenti particolari difficoltà interpretative; 4) si tratti di questione che, per l'oggetto o per la materia, sia suscettibile di presentarsi o si sia presentata in numerose controversie dinanzi ai giudici di merito. Il giudice, se ritiene di disporre il rinvio pregiudiziale, assegna alle parti un termine non superiore a quaranta giorni per il deposito di memorie contenenti osservazioni sulla questione di diritto. Con l'ordinanza che formula la questione dispone altresì la sospensione del processo fino alla decisione della Corte. Il primo presidente, ricevuta l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, con proprio decreto la dichiara inammissibile quando mancano una o più delle condizioni di cui al secondo comma. Se non dichiara l'inammissibilità, il primo presidente dispone la trattazione del rinvio pregiudiziale dinanzi alla sezione semplice o, in caso di questione di particolare importanza, alle sezioni unite, per l'enunciazione del principio di diritto. La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia in pubblica udienza. Il provvedimento con il quale la Corte definisce la questione di diritto è vincolante per il giudice nel procedimento nel cui ambito è stato disposto il rinvio. Il provvedimento conserva il suo effetto vincolante anche nel processo che sia instaurato con la riproposizione della domanda».

⁴⁰⁶ Per approfondimenti sull'istituto, cfr. M. Marazza, *L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti ed accordi collettivi nazionali*, Arg. dir. lav., 2007, 1094; A. Vallebona, *La nomofilachia accelerata della Cassazione sui contratti collettivi nazionali*, Mass. giur. lav., 2006, 724; G. Ianniruberto, *L'accertamento pregiudiziale sull'interpretazione, validità ed efficacia dei contratti collettivi*, in G. Ianniruberto e U. Morcavallo (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, II ed., Milano, 2010, 111 ss., nonché P. Curzio, *Il giudizio di cassazione*, in AAVV, *Processo del lavoro*, in P. Curzio, L. Di Paola e R. Romei (diretta da), *Pratica professionale. Lavoro*, Vol. VI, Milano, 2017, 270 ss.

5. La prevedibilità come “mito” del diritto moderno e l’avvento della giurisdizione per principi.

Il principio della prevedibilità del diritto, quale valore fondamentale dell’ordine giuridico, nasce e si sviluppa nell’era moderna, agli inizi del XIX secolo⁴⁰⁷.

Per il filosofo Max Weber, il diritto moderno doveva rispondere ai requisiti di prevedibilità e calcolabilità, onde poter essere al servizio della emergente economia capitalistica⁴⁰⁸: alla base del diritto vi doveva essere la fattispecie legale astratta, all’interno della quale tutti i casi concreti avrebbero dovuto essere sussunti. I postulati di questa dogmatica giuridica sono così sintetizzabili: 1) la giurisdizione è applicazione di uno schema astratto a una fattispecie concreta; 2) per ogni fattispecie concreta deve essere sempre ricavabile una decisione dal sistema delle fattispecie astratte; 3) l’ordinamento giuridico deve essere, o deve venir trattato come se fosse, privo di lacune; 4) ciò che non è suscumbibile nella forma astratta è anche irrilevante per il diritto; 5) ogni agire umano deve essere suscumbibile in una regola preconstituita.

Questi principi trovarono la loro compiuta espressione nelle codificazioni dell’Ottocento europeo: *«Il Codice, che era la fonte esemplare di questo momento storico, si presentava quale intelaiatura astratta, formale, però vincolatissima – nella sostanza – alla forza politica che lo aveva voluto, e pertanto coerente all’assolutismo giuridico messo in atto con durezza durante la modernità. Al fondo di tale imponente operazione di politica del diritto si avevano delle conseguenze vistose: si raggiungeva pienamente l’ideale illuministico di un diritto chiaro e certo, al contrario del caotico pluralismo giuridico di ogni società di antico regime (a cominciare da quella francese prima del 1789). E questo interessava assai all’imperante assolutismo giuridico, perché certezza e chiarezza rendevano inammissibile l’ignoranza e ineludibile l’obbedienza. Infatti, l’esercizio delle libertà economiche, vero perno portante di una civiltà borghese (libertà di gestione del patrimonio, libera circolazione dei beni, libera loro trasmissione per via ereditaria), esigeva la protezione efficace di uno Stato tanto forte da poter garantire la impietosa disuguaglianza fra ricchi e poveri. Sia ribadito che, a questo fine, accanto a un diritto semplice e quindi ben prevedibile, giovava parecchio il culto ossessivissimo della astrattezza delle regole; giovava che la égalité scritta su ogni vessillo rivoluzionario, il vanto più orgogliosamente ostentato fra le novazioni rivoluzionarie, si riducesse a una mera possibilità della uguaglianza di fatto»*⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ P. Grossi, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, ora in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012.

⁴⁰⁸ M. Weber, *Economia e società*, III, Milano, 1980, 17.

⁴⁰⁹ P. Grossi, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto post-moderno*, in *Una giustizia (im)prevedibile*, cit., 18 ss.

Tuttavia, il “mito” della prevedibilità del diritto, inteso, soprattutto, come pre-determinabilità della decisione del giudice “*bouche de la loi*”, si dissolse con l’irrompere delle costituzioni novecentesche dell’Europa continentale, formulate per principi elastici e pluralisti, in antitesi con il rigido modello della fattispecie legale⁴¹⁰.

La molteplicità e relatività dei valori sociali ed economici, trasfusi nelle carte costituzionali, ha determinato, conseguentemente, una rivoluzione nell’approccio ermeneutico dell’interprete alla fattispecie concreta. Ed infatti, nella risoluzione di un caso concreto, il meccanismo di applicazione, da parte del giudice, dei principi, da un lato, e delle regole predeterminate dal diritto positivo, dall’altro, è completamente diverso: mentre, nel caso delle regole, gli effetti giuridici sono ricollegabili solo e soltanto ad alcuni specifici presupposti di fatto, secondo una modalità “esclusiva”, al contrario i principi, in quanto equi-ordinati, devono essere bilanciati tra loro in modo “inclusivo”, equo e proporzionato (anche il principio, ritenuto, nel caso di specie, “soccumbente”, potrà recedere comunque solo nei limiti del criterio della ragionevole proporzionalità, dal momento che il bilanciamento, in quanto tale, impedisce che vi sia un sacrificio integrale di un principio a favore di un altro)⁴¹¹.

In altri termini, il principio o la clausola generale non fissano il contenuto della regola giuridica in via generale e astratta, secondo la tecnica della norma a fattispecie, ma si limitano ad indicare, teleologicamente, il criterio di identificazione della regola giuridica relativa al caso concreto: «*al giudice viene tolta l’illusione di una fattispecie fissa e già preparata e gli viene palesato l’impegno comunque presente di capire in modo giusto la norma con un giudizio di valutazione conforme al dovere*»⁴¹².

Il passaggio, storico, sociale e giuridico, dal criterio di giudizio fondato sulla regola codificata dal diritto positivo a quello basato, invece, sui principi costituzionali ha determinato un *vulnus* alla

⁴¹⁰ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, *passim*; per una recente ricostruzione della discussione in argomento, si veda G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017. Sulla distinzione tra principi e regole, cfr. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 90 ss. e P. Grossi, *cit.*, il quale sottolinea come le costituzioni del Novecento recepirono il carattere sempre più pluralista e diversificato delle società contemporanee, all’interno delle quali sono ravvisabili istanze ed interessi socio-economici del tutto diversificati e, talvolta, difficilmente componibili, se non tramite un processo di sintesi interpretativa (il c.d. bilanciamento dei valori, di cui si dirà nel prosieguo). Per approfondimenti, cfr. anche i rinvii a R. Santiano, *Le prime carte costituzionali (1907)*, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969.

⁴¹¹ E. Scoditti, *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, in *Una giustizia (im)prevedibile?*, *cit.*, 25.

⁴¹² J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983, 57 e E. Scoditti, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in G. D’Amico a cura di, *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, Milano, 2017, 167 ss. Le clausole generali “consentono all’ordinamento di adeguarsi alla progressiva evoluzione della realtà sociale, affidando al giudice un ampio potere di concretizzazione del contenuto precettivo delle norme giuridiche” (C.S.M. Bianca e S. Patti, *Lessico di diritto civile*, Milano, 2002, 125).

prevedibilità e calcolabilità del diritto, dal momento che infinite possono essere le forme di bilanciamento dei principi e di concretizzazione delle clausole generali, a seconda delle peculiarità del caso concreto. Non solo: la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto al giudice il potere/dovere, nel caso in cui manchi una fattispecie legale nella quale sussumere il caso concreto, di ricostruire la regola giuridica, attingendo direttamente ai principi costituzionali e provvedendo al loro bilanciamento (c.d. giurisdizione comune per principi)⁴¹³.

Ebbene, in questo scenario, l'attività di interpretazione conforme al *telos* dei principi e delle clausole generali rilevanti nel caso di specie finisce con aumentare la discrezionalità dei giudici nella soluzione delle controversie, rendendo, conseguentemente, difficilmente "calcolabile" l'esito del giudizio.

Del resto, come si vedrà, proprio il carattere intrinsecamente "umano" dell'atto interpretativo ostacola la delegabilità delle controversie nelle quali vengano in rilievo principi e clausole generali alla c.d. *cyber* giustizia, fenomeno che costituisce la nuova (e più estrema) frontiera della c.d. giustizia predittiva (*rectius*, previsionale).

6. Le clausole generali nel diritto del lavoro e il peculiare ruolo della giurisprudenza giuslavorista. Un caso emblematico: il licenziamento per ragioni economiche.

Nell'ambito della giurisdizione "per principi" tratteggiata al paragrafo precedente, è a questo punto possibile apprezzare la posizione rivestita tradizionalmente dal giudice del lavoro.

Come ha osservato la dottrina⁴¹⁴, questi (più di ogni altro magistrato che operi nelle materie civilistiche), quando è chiamato a pronunciare la norma di diritto nel caso concreto, pur senza sconfinare nel libero arbitrio, giammai potrà, per le peculiarità delle tematiche trattate, operare in modo del tutto immune da giudizi di valore o più in generale da valutazioni soggettive, che tengano conto non solo degli enunciati normativi, ma anche (inevitabilmente) del contesto socio-economico e culturale nel quale la norma, pur rimanendo immutata, si trova ad operare di volta in volta⁴¹⁵.

Ed infatti, nel diritto del lavoro, espressioni normative invariate nel tempo⁴¹⁶ ("retribuzione sufficiente", "misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono

⁴¹³ Corte costituzionale 5 febbraio 1998 n. 11, in Foro it., I, c. 996 e 26 settembre 1998, n. 347, c. 304; Cass. 25 gennaio 2017, n. 1946, in Foro it., 2017, I, c. 477 con note di N. Lipari, *Giudice legislatore* e G. Amoroso, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*.

⁴¹⁴ G. Santoro-Passarelli Giuseppe, *Il diritto e il giudice del lavoro*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, 6, 1422 ss.

⁴¹⁵ In questi termini anche V. Speciale, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 215/2014:

⁴¹⁶ Qualificabili ora come "principi" ora come "clausole generali" ora come "norme elastiche" secondo le nomenclature prescelte dai vari interpreti: su queste tematiche, si veda *amplius* AA.VV., *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro*. Roma, 29-30 maggio 2014, Milano, 2015.

necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”, “giusta causa”, “giustificato motivo oggettivo”, “giustificato motivo soggettivo”, “mansioni equivalenti”) risentono, tuttavia, dell'incessante mutamento, socio-economico, dei valori e dei principi che ne sono sottesi e che finiscono per integrarne, di volta in volta, i contenuti: «*questa circostanza conferma che, in particolare nella nostra materia, ormai la certezza del diritto non può che essere provvisoria e non definitiva e richiede al giudice, più che una risposta esatta, una risposta ragionevole*»⁴¹⁷.

Così, in passato, sfruttando la formulazione per principi della nostra Costituzione, è stata proprio la giurisprudenza lavoristica, oltre a sancire il carattere immediatamente precettivo dell'art. 36 Cost., a riempire di significato, nella fattispecie concreta, il precetto costituzionale, colmando la generalità della clausola (“retribuzione sufficiente”) con il parametro (evolitivo) dei minimi stabiliti dalla contrattazione collettiva applicabile alla categoria o al settore produttivo di riferimento⁴¹⁸.

Parimenti, è solo grazie all'attività interpretativa della giurisprudenza che l'art. 40 Cost. («*Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano*») ha potuto trovare immediata applicabilità nel nostro ordinamento, indipendentemente dall'intervento legislativo pure previsto dalla disposizione ma, di fatto, mai avvenuto⁴¹⁹: i principi regolatori della materia (in particolare, i limiti interni ed esterni del diritto di sciopero) costituiscono ormai diritto vivente, a riprova della formazione extra-legislativa del diritto del lavoro⁴²⁰.

Si tenga presente, ancora, a titolo esemplificativo, l'evoluzione giurisprudenziale in materia di mutamento delle mansioni e di giudizio di “equivalenza” nell'ambito della c.d. mobilità orizzontale, giudizio, come già rilevato, sottratto al potere valutativo del giudice del lavoro dalla nuova

⁴¹⁷ A. Abignente, *Note minime in margine ad un interessante dibattito*, in *Riv. dir. lav.*, 2012, 733. Per una ricostruzione anche storica dell'argomento, cfr. L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia su metodo giuridico*, ora in *Diritto e valori*, Bologna 1985.

⁴¹⁸ Cassazione Civile, sentenza 21 febbraio 1952, n. 461 e 12 maggio 1951, n. 1184. Anche di recente, Cassazione 28 marzo 2004, n. 5519, Cassazione 28 ottobre 2008, n. 25889, Cassazione 31 gennaio 2012, n. 1415, hanno ribadito che in tema di determinazione della giusta retribuzione, i contratti collettivi costituiscono solo possibili parametri interpretativi, statuendo, altresì, che il giudice di merito può fare riferimento al contratto collettivo aziendale anziché a quello nazionale, in quanto corrispondente al principio di prossimità all'interesse oggetto di tutela. In ogni caso, la giurisprudenza non si è sottratta alla diretta applicazione dell'art. 36 Cost., anche in assenza di un contratto collettivo della categoria di appartenenza del prestatore di lavoro (Cass. 5 luglio 2002, n. 9759).

⁴¹⁹ Salva l'emanazione di alcune norme particolari per gli addetti agli impianti nucleati (artt. 49 e 129 D.P.R. n. 185 del 1964; per il personale di assistenza al volo (art. 4 legge n. 42 del 1980) e per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali (legge n. 146 del 1990).

⁴²⁰ Anche in questo caso, è stata sancita dalla giurisprudenza la immediata precettività della tutela del diritto di sciopero, anche in assenza delle programmate leggi regolatrici: cfr. Corte cost. 28 dicembre 1962, n. 123, Corte cost. 10 febbraio 1971, n. 357. Per la giurisprudenza in tema di limiti esterni ed interni, cfr., *ex multis*, Cassazione 7 giugno 1952, n. 1628, Cass. 26 giugno 1980, n. 4030, Cass. 17 dicembre 2004, n. 23552.

formulazione dell'art. 2103 c.c.⁴²¹.

Infine, si pensi, ancora, all'attività di supplenza cui è oggi chiamato l'interprete rispetto alla clausola aperta prevista all'art. 2 d.lgs. n. 23/2015 «*altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge*», con riferimento al licenziamento ritorsivo, non essendo tale vizio espressamente sanzionato dalla norma⁴²².

Nell'ambito dei poteri interpretativi del giudice del lavoro, tema ricorrente negli studi giuslavoristi, ritornato, di recente, di grande attualità è quello concernente i limiti del sindacato giurisdizionale sulle scelte imprenditoriali del datore di lavoro nell'ambito dei licenziamenti per ragioni economiche.

La questione riguarda la corretta interpretazione da attribuire all'art. 3 legge n. 604/1966: «*ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*».

Da un lato, la giurisprudenza ha sempre costantemente escluso (in ossequio all'art. 41 Cost., prima e, in seguito, all'art. 30 l. n. 183/2010⁴²³), che il giudice possa effettuare un sindacato di merito sulle scelte dell'imprenditore, pur tuttavia manifestando, tra le righe, la consapevolezza dell'inevitabile rischio di sovrapposizione di giudizi, tutte le volte in cui egli, nella sua attività valutativa, sia chiamato a verificare la congruità o l'effettiva economicità, adeguatezza o necessità delle scelte organizzative del datore di lavoro⁴²⁴.

Dall'altro lato, il contrasto ermeneutico degli ultimi anni ha riguardato la necessità o meno che il licenziamento per g.m.o. sia fondato su una situazione di sofferenza economica dell'impresa, di spessore significativo e di durata prevedibilmente apprezzabile⁴²⁵.

In proposito, nella giurisprudenza di legittimità, ferma la necessità di accertamento dell'effettività delle ragioni addotte e del nesso causale con la posizione lavorativa del dipendente licenziato, si erano formati due distinti orientamenti: uno, più rigido, per il quale il licenziamento doveva essere

⁴²¹ F. Perrone, *L'interesse del lavoratore nel nuovo art. 2103 c.c.: presupposti e limiti del sindacato giurisdizionale sul demansionamento unilaterale e pattizio*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, 3, 1, 493 ss.

⁴²² G. Santoro Passarelli, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in *Labor*, 2016, 7, 627.

⁴²³ Cfr. nota n. 83.

⁴²⁴ Sui limiti del sindacato giudiziale: Cass. 26 gennaio 1984, n. 624, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, p. 594; Cass. 14 novembre 1995, n. 9715, in *Mass. giust. civ.*, 1995, 1642; Cass. 4 novembre 2004, n. 21121, in *Dir. e giust.*, 2004, 120; spintasi fino ad un controllo penetrante, invece, Cass. 21 maggio 2012, n. 7989, in *Dir. relaz. ind.*, 2013, 154.

⁴²⁵ C. Cester, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 2, 153 ss., il quale rileva l'estrema latitudine delle posizioni interpretative sul punto: «*anche una rapida rassegna della giurisprudenza di legittimità sul tema lascia trasparire una assai ampia varietà di opinioni sullo spessore dei vincoli posti al potere di licenziamento del datore di lavoro, sì che praticamente ogni tipologia di decisione imprenditoriale di carattere economico-organizzativo può trovare supporto in precedenti giurisprudenziali favorevoli*».

sempre necessitato da una situazione di crisi economica o finanziaria in senso stretto⁴²⁶; l'altro, più "liberista"⁴²⁷, che riconosceva rilevanza giustificativa a qualsiasi processo organizzativo che avesse determinato la soppressione del posto di lavoro, anche se diretto ad una espansione e ad un rafforzamento dell'attività produttiva in termini di maggiore redditività (si pensi, ad esempio, ai sempre più diffusi fenomeni di riconversione tecnologica delle mansioni).

Di recente, diverse pronunce sembrano dimostrare l'adesione della Suprema Corte alla seconda opzione interpretativa⁴²⁸: i giudici hanno ritenuto che, in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto necessario del provvedimento, essendo invece sufficiente che le ragioni inerenti all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro, le quali devono essere evidentemente esplicitate come motivazione che giustifica il licenziamento, causalmente determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa.

La nuova (ormai, a quanto pare, prevalente) interpretazione dei presupposti legittimanti il recesso per giustificato motivo oggettivo risulta, come rilevato dalla Cassazione, maggiormente conforme al tenore letterale dell'art. 3 legge n. 604/1966, dal momento che la norma non contiene alcun riferimento, neanche implicito, alla sussistenza di preventive e sfavorevoli situazioni economiche o aziendali che debbano esserne a fondamento. Nondimeno, parte della dottrina, a tal proposito, ha ritenuto che la disposizione, alludendo ad un licenziamento «*determinato... da ragioni*» di tipo tecnico, economico e organizzativo, implicherebbe la necessità di verificare l'esistenza di una causa esterna e oggettiva rispetto al recesso, non rimessa unicamente alla volontà del datore di lavoro e con essa non coincidente⁴²⁹.

In realtà, il cuore delle motivazioni del nuovo orientamento giurisprudenziale risiede nel timore (dichiaratamente espresso dalla Cassazione) che un'interpretazione volta ad escludere specifiche ragioni economico-organizzative dal perimetro del giustificato motivo oggettivo possa «*trasmoda(re) inevitabilmente, talvolta surrettiziamente, nel sindacato sulla congruità e sulla opportunità della scelta imprenditoriale*». Sul punto, risulta particolarmente significativo il seguente passaggio della sentenza n. 13015/2017, sui limiti del sindacato giurisdizionale: «*né, da ultimo, può suppersi che il contemperamento fra gli opposti interessi possa risolversi bilanciando tra loro, da un lato quello imprenditoriale ad un incremento di produttività e, potenzialmente, di*

⁴²⁶ Cass. n. 13116 e n. 5173 del 2015, n. 24037 del 2013, n. 2874 del 2012, n. 7006 e 19616 del 2011.

⁴²⁷ Cass. n. 13516 e 15082 del 2016, n. 23620 del 2015, n. 10672 del 2003.

⁴²⁸ Cass. sentenze 7 dicembre 2016, n. 2520; 15 febbraio 2017, n. 4015; 15 gennaio 2019, n.828.

⁴²⁹ C. Ponterio, *La valutazione del giudice e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Questione Giustizia*, 2016, 7 s. Analogamente G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo*, in *Dir. relaz. ind.*, 2015, 1, 135.

redditività e, dall'altro, quello del dipendente a mantenere una data occupazione: un bilanciamento del genere presupporrebbe a monte la risposta all'interrogativo su quale sia il limite consentito del saggio di profitto e come se ne determini l'andamento, tema su cui si sono cimentanti economisti e filosofi, ma che poco si presta a ricevere un responso giudiziario in assenza di precisi parametri normativi. In conclusione, va ribadito che il g.m.o. di licenziamento, previsto dall'art. 3 l. 604/1966 è ravvisabile anche soltanto in una diversa ripartizione di determinate mansioni fra il personale in servizio, all'esito della quale una o più posizioni lavorative risultino in esubero e non riassorbibili in via di cd. repêchage. Ciò [...] ovviamente non esime il Giudice dal controllare che tale riorganizzazione, pur non sindacabile nel merito, nondimeno sia genuina (ossia effettiva e non meramente apparente o pretestuosa), preceda logicamente e/o cronologicamente il licenziamento stesso [...] e derivi da necessità non meramente contingenti e transeunti (cioè non destinate ad essere certamente riassorbite in un breve arco di tempo)».

Rispetto a questa presa di posizione della Suprema Corte, alcune tra le osservazioni della dottrina risultano particolarmente efficaci⁴³⁰.

Anzitutto, «*escludere la legittimità di un licenziamento adottato in assenza di una situazione economica negativa non contingente, ma solo per una maggiore redditività, non significa, in sé e per sé, sindacare la scelta di licenziare giudicandola inopportuna, ma solo ritenere che, nella comparazione degli interessi, quello del lavoratore alla conservazione del posto pesi di più di quello, insindacabilmente perseguito dal datore di lavoro, a conseguire maggior profitto. E viceversa*»⁴³¹.

In secondo luogo, la distinzione tra accertamento della reale sussistenza dell'esigenza di riorganizzazione e suo vaglio intrinseco in tema di proporzionalità, adeguatezza, opportunità rispetto al sacrificio di *quel* singolo posto di lavoro, pur essendo certamente astrattamente configurabile, diventa assai difficile da rispettare nella dialettica processuale⁴³².

In definitiva, quindi, nel caso di impugnazione di un licenziamento disposto per g.m.o., allo stato dell'arte, il magistrato dovrà, tenendo conto delle peculiarità del singolo caso concreto:

- 1) dapprima, accertare se il datore di lavoro abbia effettivamente assolto il c.d. obbligo di *repechage*, ossia abbia valutato la possibilità di re-impiego del dipendente in altre mansioni

⁴³⁰ Sul tema, cfr., oltre ai contributi di cui alla nota n. 130 e precedente, M. Ballistreri, *Il contributo della giurisprudenza in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Nota a ordinanza Corte suprema di Cassazione civile sezione lavoro 14 febbraio 2020, n. 3819; ordinanza Corte suprema di Cassazione civile sezione lavoro 17 febbraio 2020, n. 3908, in *Lav. nella giur.*, 2020, 12, 1160-1165; F. Pallante, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo alla luce del dettato costituzionale*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2020, 2, 1, 203 ss.

⁴³¹ C. Cester, *op. cit.*, *passim*.

⁴³² C. Cester, *op. cit.*, *passim*.

(anche inferiori): pur non potendosi in questa sede approfondire tale complesso istituto, è importante sottolineare che, in mancanza di una espressa previsione normativa che imponga al datore tale onere, anch'esso è frutto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale giuslavorista, che, nel bilanciamento tra esigenze dell'impresa e tutela del lavoro, ha da sempre configurato il licenziamento come *extrema ratio*⁴³³;

- 2) secondariamente, stabilire la reale sussistenza delle ragioni di tipo tecnico-organizzativo-produttivo dedotte a giustificazione del recesso e il loro nesso causale con la posizione lavorativa sacrificata: quanto al primo aspetto, il giudizio non potrà limitarsi ad una verifica "esterna", ma dovrà necessariamente spingersi a valutare la serietà della scelta imprenditoriale, indipendentemente, secondo quanto da ultimo indicato dalla Cassazione, dallo scopo tramite essa perseguito (aumento dei profitti o recupero di costi e perdite). Nel giudizio di effettiva sussistenza delle ragioni addotte, si ritiene, alla luce della dottrina già citata⁴³⁴, che al giudice dovrebbe comunque essere permesso, non già di estromettere del tutto una causa organizzativa tra quelle legittimanti il licenziamento, bensì di valutare (quantomeno) se la motivazione sia, secondo un'interpretazione conforme a Costituzione, idonea, in base alle specificità del caso concreto, a prevalere sulla tutela del posto di lavoro (ovvero sia, in una parola, ragionevole e proporzionata rispetto al sacrificio imposto al lavoratore, secondo un equo bilanciamento tra contrapposti interessi).

Alla luce di quanto detto finora, si può dunque affermare che l'applicazione, nella prassi, dell'istituto del licenziamento per giustificato motivo oggettivo costituisca un esempio emblematico delle difficoltà ermeneutiche e di sussunzione della fattispecie concreta nell'ambito delle clausole generali, attività che il giudice del lavoro è (ancora) chiamato a svolgere, nonostante i tentativi del

⁴³³ Per ampi riferimenti sull'istituto, si veda L. De Angelis, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in *Lav. dir.*, 2007, 3, 476.; G.F. Mancini, *Art. 18*, in G. Ghezzi, G.F. Mancini, L. Montuschi, U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Torino, 1972, 258 ss.; M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, 312 ss.; C. Zoli, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, 48; F. Carinci, *Licenziamento e tutele differenziate*, in O. Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Torino, 2016, 122; C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, 2015, 152. Da ultimo sul punto particolarmente importante il riferimento a Cass. 22 marzo 2016, n. 5592, con nota di M. Persiani, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage*, *Arg. dir. lav.*, 2016, 1166 ss: con questa pronuncia, la Suprema Corte ha rovesciato l'orientamento in precedenza consolidato che, accanto all'affermazione dell'onere della prova della legittimità del licenziamento a carico del datore di lavoro, imponeva al lavoratore licenziato un onere di allegazione dell'esistenza di altri posti per una sua utile ricollocazione. Oggi, invece, il lavoratore è onerato della allegazione e della prova della fonte negoziale del diritto (rapporto di lavoro a tempo indeterminato) e dell'allegazione dell'inadempimento datoriale (illegittimo esercizio del diritto di recesso per g.m.o.), mentre il datore è onerato della prova del fatto estintivo (legittimo esercizio del diritto di recesso per g.m.o.) nella ricorrenza di tutti i suoi presupposti tra i quali, anche, l'impossibilità di *repêchage* (ciò anche in coerenza con i principi di riferibilità e vicinanza alla prova):

⁴³⁴ Cfr. nota n. 136.

legislatore (e della stessa giurisprudenza di legittimità) di contenimento della sua discrezionalità, inevitabilmente connessa alle tematiche, anche di rilievo extra-giuridico, che egli è tenuto ad affrontare.

7. La giustizia del lavoro e le sfide della giustizia predittiva.

La complessità delle valutazioni che derivano dalle controversie lavoristiche, specie aventi ad oggetto l'impugnativa di licenziamenti, rende estremamente affascinante la riflessione sulle potenzialità della c.d. giustizia predittiva nell'ambito di questa peculiare materia.

Con l'espressione "giustizia predittiva"⁴³⁵ ci si riferisce, in termini generali, alle molteplici forme di utilizzo (in funzione integrativa e/o sostitutiva) delle tecnologie in ambito giudiziario. Il fenomeno, avente finalità non solo analitiche/deduttive ma anche prospettive/predittive, si articola in diversi strumenti, tutti accumulati dall'utilizzo di algoritmi fondati su testi di sentenze, decreti, atti del giudice in genere, banche dati giurisprudenziali (*input*), strutturati per fornire risultati in termini di "probabilità" di costo, orientamento decisionale, *range* di penalità, *range* di indennizzi, etc. (*output*)⁴³⁶.

L'uso dell'intelligenza artificiale è ancora un fenomeno embrionale in Europa: due risultano essere, allo stato, le sperimentazioni più significative.

La prima riguarda lo studio preso in esame dalla Commissione europea sull'efficacia della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa e condotto dallo University College of London⁴³⁷, il quale si è occupato dell'apprendimento automatico di ben 584 decisioni della Corte di Strasburgo.

Il risultato è stato positivo: con l'utilizzo della tecnica di elaborazione informatica dei dati, la macchina è riuscita a riprodurre le decisioni umane con una percentuale di successo del 79%. Si noti che il *software* non ha cercato di simulare un ragionamento giuridico, ma si è limitato al trattamento statistico dei dati raccolti, calcolandone le probabilità di combinazioni in base agli *input* immessi nel sistema (casi concreti, norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, dispositivi della Corte) secondo un binario basilico di "violazione / non violazione".

La seconda è avvenuta, invece, in Francia: su iniziativa del Ministero della giustizia, le Corti

⁴³⁵ In realtà, come osserva C. Barbaro, *Usa dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?* in *Una giustizia (im)prevedibile*, cit., 189 ss. sarebbe più corretto esprimersi in termini di "previsione" anziché di "predizione", essendo la prima il risultato dell'osservazione di un insieme di dati, al fine di prevedere una situazione futura, la seconda, invece, attenendo all'atto di annunciare eventi futuri con un'ispirazione quasi soprannaturale.

⁴³⁶ C. Castelli-D. Piana, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, già pubblicato su *Questione giustizia on line*, 15 maggio 2018, www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-predittiva-la-qualita-della-giustizia-in-due-tempi_15-05-2018.php.

⁴³⁷ Cepej (2016) 13, <https://edoc.coe.int/fr/efficacite-de-la-justice/7498-lignes-directrices-sur-la-conduite-du-changement-vers-la-cyberjustice-bilan-des-dispositifs-deployes-et-synthese-de-bonnes-pratiques.html>.

d'appello di Rennes e Douai hanno concordato di testare, nella primavera del 2017, una versione di *software* “predittivo” di analisi delle decisioni in materia civile e commerciale di tutte le corti d'appello francesi. Il *software* avrebbe dovuto fornire ai tribunali una classificazione geografica delle differenze riscontrate per domande e processi simili, con l'obiettivo dichiarato di ridurre, ove riscontrata, l'eccessiva variabilità delle decisioni giudiziarie.

Tuttavia, in questo caso, il progetto si è rivelato un fallimento: i giudici hanno infatti obiettato la mancanza di valore aggiunto del *software* per la riflessione e il loro lavoro decisionale rispetto alla banca dati giuridica informatizzata già in uso. In particolare, sono stati rilevati errori di ragionamento della macchina, che hanno portato a risultati addirittura anomali o inappropriati, a causa della confusione tra semplici frequenze lessicali delle motivazioni giudiziarie e le causalità che erano state decisive nel ragionamento dei giudici in esame⁴³⁸.

Inoltre, la CEPEJ, in occasione della sua trentunesima sessione plenaria (Strasburgo, 3-4 dicembre 2018), ha adottato la Carta europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e in ambiti connessi, i cui principi sono così: rispetto dei diritti fondamentali, principio di non discriminazione, trasparenza, qualità e sicurezza del trattamento dei dati, garanzia della neutralità e tutela della integrità intellettuale, controllo delle proprie scelte da parte dell'utente⁴³⁹.

La diffusione di un dibattito etico, prima ancora che tecnico-giuridico, sui rischi di un'eventuale accelerazione nell'utilizzo di strumenti informatici di raccolta di dati giuridici ri-elaborati in funzione predittiva risulta fondamentale soprattutto sotto il profilo dell'imparzialità e indipendenza del giudice: infatti, la dottrina che si è espressa sul punto⁴⁴⁰ si è chiesta, anzitutto, come sarebbe

⁴³⁸ Di seguito riportato il resoconto del Presidente della Corte d'appello di Rennes: «*Le nostre due Corti d'appello e il Ministero della giustizia hanno concluso che l'esperimento non è riuscito. Abbiamo ritenuto l'assenza di un valore aggiunto per il lavoro dei magistrati, poiché eravamo già in possesso di banche dati e quindi in grado, in ambito civile, di accedere a tutte le decisioni. Inoltre, disponiamo di strumenti di ricerca per rintracciare le decisioni partendo da parole chiave. Per quanto riguarda l'approccio quantitativo – che ci mancava – ci saremmo aspettati un approccio rinnovato, con una migliore leggibilità delle tabelle. Tuttavia, su un certo numero di test, abbiamo considerato come vi fossero effettive distorsioni di ragionamento, derivanti da una confusione interna all'analisi del testo non normato: si confondevano causalità – che informa il dispositivo – e circostanza. Ci siamo, quindi, ritrovati frustrati dal fatto di non poter disporre di una vera analisi quantitativa della giurisprudenza, e le nostre corti hanno deciso di non dar seguito al monitoraggio di questo software, aspettando i giorni felici di una migliore qualità analitica*» (da S. Gaboriau, *Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo la fedeltà a questi valori?*, intervento *Dovere di umanità, indipendenza del giudice e “dittatura” del precedente*, tenuto al convegno internazionale di studi «*Giustizia predittiva e prevedibilità delle decisioni. Dalla certezza del diritto alla certezza dell'algoritmo?*» il 5 ottobre 2018, presso l'Università degli studi di Bari «Aldo Moro». La traduzione dal francese è a cura del dottor Virgilio Mosè Carrara Sutour (www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2018-4_19-fr.pdf).

⁴³⁹ Si registra altresì l'emanazione nel giugno 2019 da parte della stessa Cepej di un “*Toolkit for supporting the implementation of the Guidelines on how to drive change towards Cyberjustice*” (scaricabile dal sito www.coe.int).

⁴⁴⁰ S. Gaboriau, *cit.*, 207 ss.: «è essenziale considerare che dietro ogni algoritmo sta un'intenzione e che un'intenzione non è neutrale».

possibile, per il cittadino comune, apprendere le modalità di funzionamento del algoritmo alla base del responso predittivo, ben potendo insorgere il sospetto che soggetti privati finanziatori dei meccanismi di *legal tech* possano agire per favorire la diffusione di una particolare giurisprudenza nella selezione delle sentenze di riferimento. Inoltre, la stessa dottrina ha segnalato che per il singolo giudice potrebbe risultare maggiormente difficile conservare la propria autonomia di giudizio, adottando decisioni in contrasto con i risultati predittivi accessibili a colleghi, avvocati e, in generale, alla collettività.

A queste perplessità si aggiunge il fatto che il principale limite dei sistemi predittivi informatici, in funzione sostitutiva del ragionamento giuridico umano, è costituito dalla loro incapacità di funzionare al di fuori dei dati inseriti e quindi del numero (finito) di combinazioni possibili tra le informazioni ricevute: *«il machine learning e la data science permettono di realizzare delle prestazioni superiori a quelle dell'essere umano in certi ambiti (analisi quantitativa di dati) ma non forniscono una soluzione per rivelare indicatori qualitativi significativi e costruire modelli di proiezione affidabili nel campo della giurisprudenza. La società si evolve, le regole del diritto si evolvono e i giudici stessi si evolvono. Le decisioni giudiziarie non sono come palline cadute su una Macchina di Galton: il ragionamento giuridico non è solo la distribuzione causale di opzioni binarie. Come prevedere, sulla base del resoconto fatto dalle parti, quali fatti saranno considerati rilevanti dal giudice? Come ponderare elementi di apprezzamento come l'equità»*⁴⁴¹

Viene da aggiungere, ai fini del presente lavoro di ricerca, come potrebbe la macchina determinare, la “proporzionalità” del comportamento del lavoratore o della scelta imprenditoriale impugnata, e, più in generale, stabilire, in base alle peculiarità del caso concreto, il “ragionevole” bilanciamento tra interessi contrapposti tutti ugualmente equi-ordinati, come spesso si trova a dover fare, primo tra tutti e quotidianamente, il giudice del lavoro?

In verità, in forza degli argomenti più volte ripresi nella presente Sezione, si deve escludere la possibilità, allo stato attuale, di utilizzo di strumenti informatici nella materia lavoristica: ciò non solo in quanto essa implica, per l'interprete, una moltitudine di scelte discrezionali non riconoscibili a priori e quindi non “elaborabili” dalla macchina, ma anche perché la stessa Corte costituzionale, come visto, ha escluso radicalmente la legittimità, nel nostro ordinamento, di meccanismi di pre-determinabilità degli indennizzi dovuti in caso di recesso ingiustificato, meccanismi che era stati

⁴⁴¹ Cfr. anche A. Santorusso, *Giustizia predittiva, ecco i tre pilastri per capire gli impatti della tecnologia sul diritto*, in www.agendadigitale.eu: «quanto migliore sarà il livello di analisi dei dati del passato, tanto maggiore sarà l'accuratezza della predizione di decisioni future, sapendo però che vi è un limite connaturato a qualsiasi predizione quantitativa, costituito dal fatto di basarsi sul presupposto implicito che le condizioni di partenza siano stabili, mentre ciò non accade nella realtà e, meno che mai, nel diritto».

introdotti dal d.lgs. n. 23/2015 proprio in funzione predittiva, oltre che deflattiva.

A ben vedere, infatti, proprio le pronunce della Corte costituzionale n. 195/2018 e n. 150/2020 (cfr. paragrafo 3) costituiscono la prima presa di posizione della nostra giurisprudenza rispetto alle tematiche della giustizia predittiva: esse costituiscono un punto fermo che necessariamente dovrà essere tenuto in seria considerazione in qualunque dibattito interno al nostro Paese sulla possibilità di introdurre nella giustizia italiana meccanismi automatizzati di liquidazione di danni, indennizzi, indennità etc.. Il monito dei giudici delle leggi è stato, per ora, molto chiaro: occorre non assolutizzare il valore della certezza del diritto, bensì preservare il potere interpretativo del giudice nel valutare le peculiarità del caso concreto ai fini della decisione, difficilmente “elaborabili” e “incasellabili” negli *input* dell’Intelligenza Artificiale.

Si impone, nondimeno, l’urgente necessità di una riflessione maggiormente matura e consapevole circa il contributo che la giustizia previsionale potrebbe offrire all’efficienza del sistema giustizia nel suo complesso.

È infatti auspicabile il perseguimento da parte del legislatore di forme giustizia predittiva, intesa non già come sottrazione al giudice del suo tradizionale potere di interpretazione della fattispecie concreta, bensì come condivisione, comunicazione e trasparenza delle decisioni, maggiore accessibilità e circolarità delle sentenze tra gli organi giurisdizionali e tra i cittadini stessi.

Il principio di accessibilità e conoscibilità dei provvedimenti giurisdizionali è chiaramente desumibile dall’art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, laddove è sancito che «*la sentenza deve essere resa pubblicamente*»: una sentenza resa pubblicamente è una decisione presa in modo legale in nome dell’intera comunità⁴⁴².

Proprio in questa direzione, anche con riferimento alla materia giuslavoristica, si è già attivata la Corte d’appello di Brescia, in collaborazione con i Dipartimenti di Giurisprudenza e Statistica dell’Università di Brescia, nell’ambito di un ambizioso progetto inaugurato alla fine del 2020: la Corte territoriale ha iniziato la realizzazione di banche dati “smart” (accessibili a tutti, direttamente dal sito istituzionale), contenenti i principali orientamenti giurisprudenziali su un determinato ambito del diritto, descrizioni di casi concreti e massimazione dei principi ricavabili dalle pronunce (ad esempio, si possono già rinvenire schede riassuntive sui problemi interpretativi affrontati dai tribunali del distretto in materia di licenziamento disciplinare). Il Presidente della Corte d’Appello di Brescia, dott. Castelli, ha spiegato che «*L’obiettivo è mettere a disposizione di tutti gli stakeholder una banca dati ragionata e trasparente, da cui possano emergere orientamenti*

⁴⁴² Su queste tematiche e sui problemi connessi anche alla disponibilità dei dati sensibili, cfr. E. Consolandi, *Conoscenza informatica della giurisprudenza e privacy*, in *Il libro dell’anno del diritto 2019* e A. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto*, Milano, 2020.

giurisprudenziali, di casistica, di tempistica e tutti quegli elementi che possano essere valutati dagli operatori (giudici, avvocati, imprese, lavoratori) per adottare le opportune precipue decisioni. Inoltre, favorirà la circolarità della giurisprudenza di merito tra primo e secondo grado»⁴⁴³.

Purtroppo, allo stato, nel sito istituzionale si registra l'avvio (nella Sezione appositamente dedicata "Un inizio di giustizia predittiva su...") ma non la prosecuzione del progetto: ciò evidentemente è imputabile a carenze di tempo e risorse.

In questo senso, un importante incentivo per la diffusione del "modello Brescia" potrà essere rappresentato dall'Ufficio per il Processo, che la c.d. Riforma-Cartabia si avvia a potenziare mediante l'assunzione di 16.500 laureati, tra il 2021 e il 2024, con contratto a tempo determinato della durata di due anni e sei mesi: l'Ufficio sarà costituito da uno *staff* che ciascun giudice potrà richiedere al proprio Tribunale e che si dovrà occupare, tra gli altri compiti, anche di ricerca dottrinale e dei precedenti giurisprudenziali, stesura di relazioni, massimazione di sentenze, rilevazione dei flussi dei dati statistici, creazione di banche dati interne⁴⁴⁴.

Si tratta di un'occasione da cogliere per migliorare l'efficienza del sistema giustizia, promuovendo moduli procedurali più trasparenti non solo verso la collettività, ma anche tra gli addetti ai lavori (avvocati e giudici), in grado di alimentare prassi virtuose di scambio e conoscenza degli orientamenti giurisprudenziali (quantomeno, è auspicabile, nell'ambito del distretto di appartenenza): ciò, da un lato, permetterà di ottenere l'obiettivo di una giustizia più "accessibile" e "prevedibile", senza però, dall'altro lato, intaccare le prerogative tipiche della funzione giurisdizionale.

Nello scenario, auspicabile, di una maggiore prevedibilità, nel senso già chiarito, della giustizia del futuro, anche il mondo accademico dovrebbe poter fare la sua parte.

Un esempio virtuoso in questo senso è riscontrabile nella recente collaborazione instaurata tra la Corte d'appello di Venezia e le cattedre di diritto del lavoro e di diritto commerciale del Dipartimento di Economia: tra il 2018 e il 2019 sono state raccolte, massimate e commentate centinaia di sentenze della Corte d'appello e di tutti i tribunali del Veneto, per costruire una banca dati ragionata a disposizione di tutti gli operatori (magistrati, avvocati, consulenti del

⁴⁴³ Per maggiori approfondimenti, cfr. C. Morelli, *Giustizia predittiva: il progetto (concreto) della Corte d'appello di Brescia*, in www.altalex.it, 8 aprile 2019.

⁴⁴⁴ L'Ufficio per il processo è stato introdotto nell'ordinamento dall'art. 16 *octies* decreto-legge n. 179/2012 (conv. con mod. L. 17.12.2012, n. 221), come modificato dall'art. 50 del decreto-legge n. 90/2014. La norma lo definisce come una struttura organizzativa costituita con l'obiettivo di «garantire la ragionevole durata del processo, attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi ed assicurando un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione». Ad oggi l'unica parte del progetto effettivamente realizzata riguarda i tirocini formativi ex art. 73, co. 8-bis decreto-legge n. 69/2013 e art. 50, co. 1-bis decreto-legge n. 90/2014.

lavoro, imprese ecc). Secondo quanto spiegato da Adalberto Perulli, Ordinario di diritto del lavoro e direttore del Centro di studi giuridici dell'ateneo veneziano, il progetto dovrebbe ora fare un salto di qualità: grazie alla collaborazione con il dipartimento di intelligenza artificiale di Deloitte, l'obiettivo è realizzare un programma che consenta, tramite l'impiego di alcune parole chiave, di "prevedere" l'esito di un giudizio (pur senza eliminarne l'inevitabile alea processuale, connessa anche ai fattori "interpretativi" ed "evolutivi" che connotano la materia giuslavoristica, di cui si è già dato conto in questa Sezione), consentendo di orientare gli attori nella scelta della migliore strategia in vista di un'azione in giudizio (effetto predittivo) e, dunque, in prospettiva, di ridurre il contenzioso (effetto deflattivo): *«La giurisprudenza predittiva sta per diventare una realtà, realizzando un cambiamento radicale. Grazie ad un impiego accorto dell'intelligenza artificiale, gli orientamenti dei giudici in una determinata materia (ad esempio il licenziamento per giusta causa) forniscono al sistema informatico la base per realizzare una previsione ex ante degli esiti di una controversia. Il progetto ha quindi importanti riflessi pratici, ma anche teorici e metodologici, su cui il nostro Centro studi giuridici svilupperà una riflessione scientifica, ampia ed approfondita»*⁴⁴⁵. Ancora una volta, quindi, il diritto e il rito del lavoro confermano la loro predisposizione ad intercettare i cambiamenti sociali, politici, economici, giuridici (nonché tecnologici) in atto, divenendo laboratori di sperimentazione costante dei futuri assetti della tutela giurisdizionale dei diritti.

⁴⁴⁵ Dichiarazioni di A. Perulli tratte dal sito dell'Università di Venezia, rilasciate in occasione della presentazione del webinar "La giurisprudenza predittiva, dal cittadino alla Corte di Cassazione: le prospettive", tenutosi il 1 febbraio 2021.

Conclusioni

Al termine del presente elaborato, è possibile trarre alcune brevi conclusioni.

Si è cercato di dimostrare, nella prima parte della Sezione 1, che, fin dalle origini risalenti all'esperienza probivirale a cavallo tra la fine del XIX e l'inizio XX secolo, la giustizia del lavoro si è contraddistinta per la sua specialità rispetto a quella civile ordinaria: la necessità di differenziazione delle regole processuali applicabili alle liti lavoristiche è un dato costante nello sviluppo della tutela giurisdizionale dei diritti in questo settore. Il rito del lavoro, ispirato ai principi chiovendiani di celerità, immediatezza e concentrazione, è diventato nel corso del tempo un paradigma di riferimento anche per il rito civile ordinario, che ne ha, infatti, mutuato diverse caratteristiche (prevalente monocraticità del giudice, immediata esecutività delle sentenze, possibilità di discussione orale e lettura della sentenza in udienza), pur sussistendo, ad oggi, rilevanti differenze tra le procedure (rigido sistema delle preclusioni allegatorie e probatorie, poteri istruttori e decisorii rinforzati del giudice del lavoro).

Nella seconda parte della Sezione 1, tuttavia, si è avuto modo di riflettere su alcune problematiche individuate dalla dottrina in relazione alle tre macro-fasi del processo (introduttiva, istruttoria e decisoria) come fattori di rischio per quell'effettività ed efficienza che da sempre hanno contraddistinto la giustizia del lavoro. Si sono, quindi, approfonditi i profili di seguito ricordati.

Quanto alla fase introduttiva, sono state evidenziate le possibili distorsioni cui può condurre la maturazione delle preclusioni allegatorie fin dagli atti introduttivi del giudizio, con conseguente impossibilità di modifica e/o di rilievo d'ufficio dei vizi (diversi ed ulteriori rispetto a quelli inizialmente prospettati) del recesso datoriale. A questo proposito, il lavoro di ricerca ha sottolineato la tendenza opposta della giurisprudenza lavoristica rispetto a quella civile, la quale negli ultimi anni ha adottato, invece, un'interpretazione più elastica e flessibile della nozione di emendatio libelli, oltre ad aver potenziato la rilevabilità d'ufficio delle c.d. nullità di protezione. Persino la Relazione redatta dall'Ufficio del Massimario della Cassazione al termine dell'anno giudiziario 2020 non ha mancato di segnalare i rischi connessi a tale orientamento interpretativo in relazione ai principi di concentrazione ed economia processuale.

Quanto alla fase istruttoria, si è cercato di analizzare nel dettaglio le ricadute sistematiche dell'art. 421 c.p.c., interrogandosi circa le nuove (possibili) configurazioni (a seguito dell'introduzione dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015) della distribuzione dell'onere della prova nell'ambito delle controversie lavoristiche, definite tradizionalmente come controversie a controprova per la posizione di asimmetria conoscitiva del prestatore di lavoro rispetto alla controparte datoriale.

Quanto alla fase decisoria, infine, dopo aver dato atto dell'immediatezza ed oralità che caratterizza tale snodo processuale, la tesi ha approfondito il dibattito concernente l'esclusione delle liti di lavoro dall'ambito applicativo dell'art. 614 bis c.p.c. e le criticità, denunciate dalla dottrina, di tale scelta legislativa rispetto alla garanzia di effettività del provvedimento giurisdizionale.

Nella seconda Sezione, l'obiettivo è stato quello di compiere un'analisi complessiva e sistematica dei più recenti interventi normativi e giurisprudenziali in materia processual-lavoristica, ispirati prevalentemente da una finalità deflattiva-deterrente del contenzioso.

In particolare, questa seconda parte del lavoro di ricerca ha tentato di dimostrare l'esistenza di un filo conduttore tra, da un lato, l'aumento dei costi di accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti (in spregio all'originario principio di gratuità del processo del lavoro), nonché la previsione di sanzioni processuali di natura patrimoniale (condanna alle spese, condanna al pagamento del doppio del contributo unificato, revoca del patrocinio a spese dello Stato etc.) e, dall'altro lato, il principio della certezza del diritto.

La declinazione di quest'ultimo principio nella materia giuslavorista risulta del tutto peculiare, tenuto conto dei poteri interpretativi del giudice del lavoro, da sempre particolarmente penetranti, poiché legati all'utilizzo, in questo settore del diritto, di molteplici clausole generali (si pensi alle nozioni di "giusta causa" e "giustificato motivo", ma anche di "equivalenza" delle mansioni).

L'elaborato ha inteso, dunque, evidenziare la sussistenza di due tendenze opposte: da un lato, quella legislativa, volta alla riduzione dei margini di discrezionalità interpretativa del magistrato (cfr. art. 30 legge n. 183/2010 e art. 3 d.lgs. n. 23/2015); dall'altro lato, quella giurisprudenziale, tesa, invece, a ri-attribuire al giudice la facoltà di valorizzare, secondo equità, le peculiarità del caso concreto.

A questo proposito, la tesi ha analizzato, nello specifico, l'impatto sistematico delle recenti sentenze della Corte costituzionale (n. 194/2018 e n. 150/2020) in tema di illegittimità del meccanismo di predeterminazione automatica dell'indennità risarcitoria dovuta al dipendente, assunto con contratto a tutele crescenti ed illegittimamente licenziato (artt. 3-4 d.lgs. n. 23/2015): la Corte ha, infatti, restituito al giudice del lavoro il potere di stabilire, in base alle peculiarità del caso concreto e secondo i parametri di equità indicati all'art. 18, comma 5, St. Lav., (anzianità del lavoratore, numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e delle condizioni delle parti), l'esatto ammontare della somma dovuta al prestatore, tra un minimo e un massimo previsto.

La proposta interpretativa contenuta al termine del presente elaborato è quella di leggere le predette sentenze della Corte costituzionale nella prospettiva del dibattito, ancora in fase embrionale,

riguardante la c.d. giustizia predittiva, intesa come insieme di tecniche di (ri)elaborazione informatica di open data (basate su algoritmi) aventi funzione integrativa e/o sostitutiva del ragionamento giudiziario, utilizzabili (anche) per la liquidazione “automatizzata” (e, dunque, prevedibile) di indennizzi, indennità, risarcimento etc.

Le riflessioni conclusive riguardano proprio l’applicabilità dell’intelligenza artificiale nelle aule di giustizia e sollevano alcuni interrogativi circa la compatibilità della stessa con il compito, tradizionalmente attribuito al giudice del lavoro, di bilanciare i diritti fondamentali nella fattispecie concreta, anche in base ai valori storici, economici e sociali del momento.

La tesi si caratterizza, quindi, per il tentativo di rinvenire una connessione tra il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale, i poteri interpretativi delegabili dalla legge al giudice e la prevedibilità dell’esito del giudizio in funzione deflattiva-deterrente.

La conclusione cui si ritiene di poter essere giunti è quella favorevole ad una conciliabilità tra, da un lato, la flessibilità interpretativa inevitabilmente connessa alle norme lavoristiche, stante la loro stretta inerenza alle condizioni storiche e socio-economiche del momento, e, dall’altro lato, l’introduzione di strumenti virtuosi che, in un’ottica efficientista, garantiscano maggiore prevedibilità della decisione finale, senza, tuttavia, minacciare sanzioni processuali di natura patrimoniale a carico delle parti e senza minare l’autonomia di giudizio del magistrato. La motivazione, quale giustificazione della decisione giurisdizionale, tanto potrà essere compresa e condivisa quanto più sia il risultato non già di quelle interpretazioni arbitrarie tanto temute dal legislatore, quanto di progressive sedimentazioni ermeneutiche, sviluppi di contributi giurisprudenziali e scientifici necessari per intercettare e, talvolta, realizzare i cambiamenti imposti dagli scenari socio-economici incessantemente in fieri: *«La decisione è giustificata quando sia traducibile in termini dogmatici che la rendano comprensibile come deduzione da un concetto o da un principio sistematico, garantendone la coerenza con la razionalità globale dell’ordinamento e quindi l’idoneità a stabilizzarsi come modello di decisione di altri aventi la medesima struttura tipica. Dal punto di vista della dottrina di base la dogmatica giuridica assume la funzione di assicurare una recezione controllata delle valutazioni sociali nell’ordinamento positivo mediante la loro trasformazione in categorie sistematiche. In questa funzione essa è un accumulatore di informazioni, sotto forma di concetti ordinatori o di principi, relative a casi già decisi, così che l’accordo intersoggettivo, che fonda l’oggettività della decisione del nuovo caso, è da esso reso possibile attraverso la prassi»*⁴⁴⁶.

⁴⁴⁶ L. Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 67.

Bibliografia e sitografia

- AA.VV., *The making of labor law in Europe. A comparative study of Nine Countries up to 1945 (Studies in Labour and Social Law)*, London-New York, 1986
- AA.VV., *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro. Roma, 29-30 maggio 2014, Milano, 2015*
- AA.VV., *Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela, Quaderni di RGL, 2017, 2*
- Abignente A., *Note minime in margine ad un interessante dibattito*, in *Riv. dir. lav.*, 2012, 733
- Acierno M., Graziosi C., *La riforma del 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o un piccolo sisma?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 164
- Albezio G., *L'esecuzione delle sentenze del giudice del lavoro nei confronti della Pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1999, I, 3475
- Alexy R., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012
- Amato F., Mattone S. (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, in *Questione giustizia* versione online 2010
- Amoroso G., Di Cerbo V., Foglia R., Maresca A., *Diritto del lavoro. Il processo*, IV, Milano, 2016
- Andrioli V., Barone C.M., Pezzano G., Proto Pisani A., *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, 1987
- Angelone M., Palmieri G., *Il regolamento delle spese processuali dopo le recenti riforme del codice di procedura civile*, in *Giust. civ.*, 2013, 10, 679
- Armone G., *Il principio di effettività: una guida nel labirinto delle fonti tra diritto civile e diritto del lavoro*, in *Lavoro, diritti, Europa*, 2019, 7
- Armone G., *Principio di effettività e diritto del lavoro*, in *Questione Giustizia*, versione online 24 aprile 2018
- Arrigoni C., *Poteri istruttori ex officio del giudice del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, I, 2, 333
- Baldassarre C., *Il principio di non discriminazione nella prassi giurisprudenziale: una rassegna critica*, in *Riv. critica dir. privato*, 2012, II, 345
- Balena G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari, 2014
- Balena G., *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge n. 18 giugno 2009, n. 69)*, in www.judicium.it
- Ballestrero M.V., Levrero R., *Genocidio perfetto. Industrializzazione e forza-lavoro nel leccese 1840-1870*, Milano, 1979
- Ballestrero M.V., *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 2014, 389

- Balletti E., *Indennità per il licenziamento illegittimo nel contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Giur. it.*, 2020, 5, 1238
- Ballistreri M., *Il contributo della giurisprudenza in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Nota a ordinanza Corte suprema di Cassazione civile sezione lavoro 14 febbraio 2020, n. 3819; ordinanza Corte suprema di Cassazione civile sezione lavoro 17 febbraio 2020, n. 3908*, in *Lav. nella giur.*, 2020, 12, 1160
- Barbaro C., *Usò dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo*, in *Una giustizia (im)prevedibile. Il dovere di comunicazione*, *Rivista Trimestrale Questione Giustizia*, 2018, 4, 40
- Barbieri M., *Statuto e tutele contro i licenziamenti illegittimi. Erosione e necessità della reintegrazione*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2020, 1, 85
- Barone C.M., Pezzano M., Proto Pisani A., *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, 1987
- Bellè R., *Poteri istruttori del giudice del lavoro e sindacabilità in Cassazione della loro mancata utilizzazione*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2147
- Belsito A., *L'esercizio dei poteri istruttori del giudice del lavoro*, in *Dir. relaz. ind.*, 2007, II, 408
- Belsito A., *Limiti ai poteri del datore di lavoro*, Bari, 2005, 106
- Bertoldi V., *L'arbitrato in materia di lavoro (paradossi e problemi irrisolti)*, in Punzi (a cura di), *Disegno sistematico dell'arbitrato*, III, Milano, 2012
- Betti E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936
- Bianca C.S.M. e Patti S., *Lessico di diritto civile*, Milano, 2002, 125
- Biasi M., *L'esclusione lavoristica dalla misura coercitiva indiretta ex art. 614 bis c.p.c.: un opportuno ripensamento*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2020, 12
- Biavati L., *Note sullo schema di disegno di legge delega di riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 1, 213
- Bilotta F., *La discriminazione diffusa e i poteri sanzionatori del giudice*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2018, 69
- Borghesi A., *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in *Bollettino Adapt*, n. 46/2015
- Borghesi A., *Processo del lavoro*, Torino, 2005
- Borghesi D. (a cura di), *Il processo del lavoro*, in F. Carinci (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, VI, Torino, 2005, 259
- Borghesi D., *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in www.iudicium.it.
- Borghesi D., *Gli aspetti processuali della disciplina del d.lgs. n. 23/2015*, in *Foro it.*, 2015, V, 256 ss.
- Borghesi D., *Tutele processuali e diritto del lavoro*, in O. Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa tra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Torino, 2016, 196

- Bove M., *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Napoli, 2010, 88
- Bove M., *Istruzione probatoria nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, III, 909
- Briguglio A., *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma di giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 2009, 259
- Brizzi M., *Il fatto nella configurazione del licenziamento disciplinare*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, Milano, 2015, 72
- Brollo M., *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in F. Carinci (a cura di) *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali*, Collana Adapt. e-book, 2015, 29
- Buoncristiani D., *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, Torino, 2001
- Busnelli A., *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in AA.VV. (a cura di) *Comm. Codice civile. Della tutela dei diritti*, VI, Torino, 1980, 361.
- Calamandrei P., *Il processo civile sotto l'incubo fiscale*, in *Riv. dir. proc.*, 1931, I, 50
- Calamandrei P., *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, Modena, 1921
- Calamandrei P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968
- Calamandrei P., *Lodovico Mortara*, in *Studi sul processo civile*, Padova, 1947
- Cappelletti M., *Access to justice*, Milano, 1978
- Cappelletti M., *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 233
- Cappelletti M., *Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 1420
- Cappelletti M., *Giustizia e società*, Milano, 1972
- Cappelletti M., *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*, (1969), in *Giustizia e società*, Milano, 1972, 111
- Cappelletti M., *Una procedura nuova per una nuova "giustizia del lavoro"*, in *Riv. giur. lavoro*, 1971, I, 293
- Cappelletti M., *Voce Accesso alla giustizia*, in *Enc. delle scienze sociali*, Treccani, 1994.
- Cappelletto M., *Per una storia del diritto del lavoro: il contratto collettivo e probiviri*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1977, 122
- Capponi B., *Il processo del lavoro al tempo dei tecnici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 2013, 1, 297
- Carbone D., *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale nel contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *Foro it.*, 2015, V, 232
- Carinci F., *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2012, 6, 529

- Carinci F., *Dalla crisi del diritto alla crisi del processo del lavoro*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2019, 2, 113
- Carinci F., *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 15.10.2012
- Carinci F., *Licenziamento e tutele differenziate*, in O. Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Torino, 2016, 122
- Carinci F., *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del d.lgs. 24 dicembre 2014)*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi del decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, in Adapt Labour Studies e-book series n. 37, 120
- Carnelutti F., *Progetto del Codice di procedura civile*, Padova, 1926
- Carratta A., *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, I, 47
- Carratta A., *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1965, 285
- Carratta A., *La "funzione sociale" del processo civile fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, II, 579
- Castelli C., Piana D., *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Questione giustizia on line*, 15 maggio 2018, www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-predittiva-la-qualita-della-giustizia-in-due-tempi_15-05-2018.php
- Castelveteri L., *Il diritto del lavoro alle origini*, Milano, 1994
- Cea L., *Valori ed ideologie del processo civile: le ragioni di un «terzista»*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 100
- Cea L., *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 268
- Ceccarelli C., *L'accertamento della verità materiale nel processo del lavoro: ruolo e iniziativa del giudice nella ricostruzione di un puzzle*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 417
- Cecchella C., *Limiti all'iniziativa istruttoria del giudice del lavoro: le preclusioni all'attività difensiva delle parti e la regola dell'onere della prova*, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 783
- Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2005
- Cester C., *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 2, 153
- Cester C., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti. Prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 3, 555
- Chiarloni S., *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 754

- Chiarloni S., *Note comparative sull'esecuzione indiretta in Italia e in Brasile*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2019, 585
- Chiarloni, *Le principali novità introdotte nel c.p.c. con la legge n. 69/09*, in S. Chiarloni (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2009, 20
- Chiovenda G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960
- Chiovenda G., *La condanna nelle spese processuali*, Milano, 2001
- Chiovenda G., *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, I, 1907
- Chiovenda G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923
- Chiovenda G., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, Milano, ristampa 1993
- G. Chiovenda, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, Napoli, 1907, 389
- Chizzini A., *Art. 614-bis*, in A. Chizzini, S. Menchini, R. Caponi, G. Balena, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, 175
- Chizzini A., *Franz Klein e i patres della procedura civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2011, 740
- Cipriani F., *Le perizie di Carlo Lessona tra Mortara, Chiovenda e Calamandrei*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1991, 74
- Cipriani F., *Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile fra libertà e autorità)*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 969
- Cipriani F., *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, 2009
- Cipriani F., *Problemi del processo di cognizione tra passato e presente, Relazione alla sessione su I problemi della giustizia italiana tra passato e presente* del Convegno di studio su *Esperienze e prospettive della giustizia italiana*, tenutosi nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma «La Sapienza», dal 14 al 16 novembre 2002 per iniziativa dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile e dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale:
- Cirulli M., *Il rito Fornero nel sistema della tutela decisoria sommaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 3, 444
- Comoglio L., *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civile*, 1998 1, 253
- Comoglio L.P., *Il principio di economia processuale*, Pavia. 1980
- Consolandi E., *Conoscenza informatica della giurisprudenza e privacy*, Il libro dell'anno del diritto 2019
- Consolo C., *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore*, in *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe 1895*, in (a cura di) N. Picardi e N. Giuliani, *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004
- Consolo C., *Le spese processuali e la responsabilità da lite temeraria davanti ai giudici tributari e amministrativi; riflessioni indotte dalla altalenante giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988, 3504

- Cosolo 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, 620
- Cordoprati F., *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 1, 249
- Cosattini L.A., *Nullità del licenziamento: sulla rilevabilità d'ufficio la Sezione Lavoro smentisce le Sezioni Unite*, in *Il Lavoro nella Giur.*, 2018, 1, 67
- Cova A., *Impresa e Lavoro a Milano nei primi del Novecento*, in M. Napoli (a cura di) *La nascita del diritto del lavoro. Il contratto di lavoro di Ludovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milano, 2003
- Crainz G., *Storia della repubblica. L'Italia dalla Liberazione a oggi*, Roma, 2016
- Craveri P., *La repubblica dal 1958 al 1992*, Torino, 1995
- Curzio P., *Il giudice e il precedente*, in AA.VV., *Una giustizia (im)prevedibile. Il dovere di comunicazione*, *Rivista Trimestrale Questione Giustizia*, 2018, 4, 40.
- D. Amadei A., *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, I, 342
- D. Dalfino, *La conciliazione in materia di licenziamenti*, in *Labor*, 2016, 216
- D'Amuri F., Nizzi R., *Tendenze recenti nel contenzioso in materia di lavoro privato*, in *Bollettino Adapt* 26 febbraio 2018, n. 8
- D'Antona M., *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979
- D'Antona M., *Licenziamento illegittimo e prova del danno: la stabilità economica del rapporto secondo le Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 1985, 1, 2247
- D'Onghia M., *La gratuità del processo del lavoro: una storia da raccontare*, *Il Lavoro nella giur.*, 2002, 3, 213
- Dalfino D. (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Bari, 2011
- Dalfino D., *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 913
- Dalfino D., *Nuove forme e tecniche di tutela processuale*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, 2014, 181
- Dalfino D., *Ragionevole durata, competitività del processo del lavoro ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2009, V, coll. 180
- D'Antona M., *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979
- D'Antona M., *Tutela reale del posto di lavoro*, (voce), EGT, vol. XXXI, 1994
- De Angelis L., Borghese D., *Il processo del lavoro e della previdenza*, Milano, 2013
- De Angelis L., *Giudice del lavoro e recenti riforme: considerazioni sparse*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, 393
- De Angelis L., *Giustizia del lavoro*, Padova, 1992

- De Angelis L., *Gli aspetti processuali della disciplina del d.lgs. n. 23/2015*, in *Foro It.*, 2015, V, col. 256
- De Angelis L., in M.T. Carinci, A.Tursi (a cura di), *Jobs Act – Il contratto a tutele crescenti*, Torino, 2015
- De Angelis L., *La prova nel processo del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, 332
- De Angelis L., *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in *Lavoro e dir.*, 2007, 484
- De Angelis L., *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in *Lav. dir.*, 2007, 3, 476
- De Angelis L., *Manovra economica del 2008, efficienza del processo del lavoro, abuso del processo*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 1364, cui, 1376 ss.;
- De Angelis L., *Sguardo su effettività dei diritti e deflazione delle controversie di lavoro*, in O. Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa tra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Torino, 2016
- De Feo D., *L'onere della prova in ordine alla insussistenza del fatto materiale contestato ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015*, in www.giustiziacivile.com, 28 febbraio 2018
- De Ioris M., *L'interrogatorio nel processo del lavoro e la sua rilevanza ai fini della decisione della controversia*, in *Mass. Giur. lav.*, 2002, 702
- De Luca M., *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in *Foro it.*, 2011, V, 216
- De Luca M., *Giudizio di cassazione sui vizi processuali: note minime su alcuni punti di sintesi dalla denuncia alla decisione*, in *Lav. nella giur.*, 2018, 6
- De Luca M., *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 815
- De Luca M., *Processo del lavoro e deflazione del contenzioso*, contributo introduttivo alla tavola rotonda sul tema *L'accesso alla giustizia del lavoro dal garantismo alle tecniche deflative*, a conclusione del Convegno di studi *Lavoro ed esigenze dell'impresa: garanzie ed effettività fra diritto sostanziale e processo*, organizzato dall'Università degli studi di Pisa-Dipartimento di giurisprudenza (Pisa, 3-4 dicembre 2015), in *Labor*, 1-2, 2016, 242
- De Luca M., *Diritti dei lavoratori: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva, (a quarant'anni dalla fondazione del nuovo processo del lavoro)*, in *Riv. It. dir. lav.*, 2013, I, 271
- De Luca M., *Processo del lavoro e deflazione del contenzioso: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva ed alcune criticità delle misure deflative*, in O. Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa tra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, cit., 343 ss.
- De Luca R., *Processo del lavoro e deflazione del contenzioso*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2016, 2, 240

- De Michele V., Galleano S., *Le spese di giustizia nel giusto processo del lavoro tra legge e prassi ministeriale*, in *Lav. nella giur.*, 2016, 8-9, 757
- De Rosa L., *La rivoluzione industriale in Italia*, Roma-Bari, 1980
- De Santis A. D., *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018
- De Stefano G., *Sui limiti dei poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, 35
- Del Punta R., *La stabilità nell'epoca dell'instabilità*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, II, Napoli, 2011, 861
- Di Majo P., *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. giur. lav.*, 1974, I, 298
- Di Majo P., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003
- Di Martino G., *Successione di licenziamenti, collettivo ed individuale: effetti sul rapporto di lavoro nell'area della tutela reale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 1, 39
- Di Marzio M., *Compensazione per soccombenza reciproca? Può essere disposta anche in caso di accoglimento parziale della domanda*, in *Ilprocessocivile.it*, 2017, 1
- Di Paola L., *La rilevazione officiosa delle nullità nel diritto del lavoro*, in *Massimario Civile – Approfondimenti tematici*, volume IV, Roma, 2019, 146
- Di Paola L., *Rilevabilità officiosa della nullità del licenziamento: la Cassazione ci ripensa*, in *Ilgiuslavorista.it*, 2017, 19
- Di Paola L., *Rilevabilità officiosa delle nullità negoziali e diritto del lavoro: un tema da approfondire*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 4, II, 1113
- Di Rosa G., *Le spese nel processo civile*, Milano, 2005
- Dittrich L., Tarzia G., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2015
- Dworkin R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982
- Esser J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983
- Fabbrini G., *A proposito di un progetto di riforma del processo individuale del lavoro*, in *Riv. Dir. proc.*, 1971, 370
- Fabbrini G., *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975
- Fabiani M., Taruffo M., Proto Pisani A., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003
- Fazzalari E., *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1975, 586
- Fazzalari E., in A. Genovese (a cura di) *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975
- Feanza G., *La tutela indennitaria dei licenziamenti illegittimi tra giurisprudenza costituzionale e Carta sociale europea*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2020, 3, 767
- Felice E., *Ascesa e declino. Storia economica d'Italia*, Bologna, 2015

- Ferrante V., *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004
- Ferraro G., *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in M. Cinelli, G. Ferraro, *Il contenzioso del lavoro*, Torino, 2011
- Foà S., Ubaldi A., *L'emancipazione dell'astreinte amministrativa: un modello sui generis?*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2015, 8
- Focareta S., *Sottrazione di mansioni e risarcimento del danno*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1992, 957
- Foglia R., *Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, 7
- Frabasile A., *Osservazioni a margine delle modifiche e novità introdotte dalla c.d. Manovra finanziaria dell'estate de2011 nel contenzioso assistenziale e previdenziale*, in www.judicium.it, 27 luglio 2011
- Franzoni F., *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 283 ss.
- Fratini R., *Astreintes e diritto del lavoro durante il Covid-19*, in www.iudicium.it, 20 luglio 2020
- Gaeta L., *Enrico Redenti e il diritto del lavoro*, in AA.VV.. *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Padova, 2005
- Gaeta L., *Il lavoro e il diritto. Un percorso storico*, Bari, 2013
- Garilli A., *Le trasformazioni del Diritto del lavoro tra ragioni dell'economia e dignità della persona*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2020, 1, 3
- Garilli A., *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 2, 215
- Gentile, S., *La specificità del processo del lavoro e il cambiamento della prassi*, in *Questione Giustizia versione online*, giugno 2021
- Ghera E., *La prescrizione dei diritti dei lavoratori e la giurisprudenza creativa della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, 3
- Ghera E., *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1979, 305
- Ghera E., *Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Lo Statuto dei lavoratori*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, 633
- Ghera E., Valente L., *Un primo commento al Collegato lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 866
- Ghirga M.F., *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357
- Giacomelli S., Mocetti S., Palumbo G., Roma G., *La giustizia civile in Italia: le recenti evoluzioni*, in *Questioni di economia e finanza. Occasional paper*, Banca d'Italia – Eurosystema, ottobre 2017, n. 401
- Giuliani A., *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997
- Gradi M., *Inefficienza della giustizia civile e «fuga dal processo»*, in www.judicium.it, 24 dicembre 2014

- Grossi P., *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto post-moderno*, in *Una giustizia (im)prevedibile*, cit., 18
- Grossi P., *La grande avventura giuslavoristica (a proposito de "Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana - Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo")*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 1, 5
- Grossi P., *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, ora in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012
- Gualandi G., *Compensazione delle spese e giudici legislatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, 362
- Guarisio G., *I provvedimenti del Giudice*, in AA.VV., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007
- Guarnieri C., *Dispositivo: adiós?*, in *Lav. nella giur.*, 2008, 10, 1115
- Guarnieri C., *Sulla lettura del dispositivo in udienza nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 220 ss., 481
- Ianniruberto G., *L'accertamento pregiudiziale sull'interpretazione, validità ed efficacia dei contratti collettivi*, in G. Ianniruberto e U. Morcavallo (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, II, Milano, 2010, 111
- Iannuberto G., *Sull'incoercibilità dell'ordine di costituzione del rapporto: quale tutela per il lavoratore?*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2018, 2, 5
- Ianniruberto G., *Nomofilachia della Cassazione e autonomia collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 4, 511
- Ichino P., *Inchiesta sul lavoro*, Milano, 2011
- Ichino P., *La riforma dei licenziamenti e diritti fondamentali dei lavoratori*, in www.pietroichino.it, 2012, 3
- Ichino P., *Licenziamenti, crolla il contenzioso*, in *Corriere della sera*, 18 febbraio 2017, 16
- Ingrao A., *Le norme imperative nel procedimento disciplinare del pubblico impiego privatizzato: gli assenti hanno sempre torto?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 3, 636
- Jocteau G.C., *La magistratura e i conflitti del lavoro durante il fascismo*, Milano, 1978
- Leanza P., *Il processo del lavoro*, Milano, 2005
- Leonardi M., *Sulla riforma del mercato del lavoro*, Bologna, 2015
- Lessona C., *I doveri sociali del diritto giudiziario*, Torino, 1897
- Lessona C., *La giurisdizione dei probiviri rispetto al contratto collettivo di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, 224
- Lessona C., *La giurisdizione dei probiviri rispetto al contratto collettivo*, in *Riv. Dir. comm.*, 1903, I, 231
- Lessona C., Mortara L., *Sui progetti di riforma dei processi civili*, Mantova, 1886

- Liebman E., *Storiografia giuridica «manipolata»*, in *Riv. Dir. proc.*, 1974, 116
- Loi P., Speziale V. (a cura di), *Come cambia il diritto del lavoro nell'economia delle piattaforme*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 54
- Luiso F., *Il processo del lavoro*, Torino, 1992
- Luiso F., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1999, I, 376
- Luiso F., *La disciplina processuale speciale della l. n. 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, in www.judicium.it
- M. Brunialti, *Brevi note in tema di presunta incostituzionalità dell'art. 92, comma 2, c.p.c.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 4, 980
- M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, II, 327
- Mancini G.F., *Art. 18*, in G. Ghezzi, G.F. Mancini, L. Montuschi, U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Torino, 1972, 258
- Mandrioli C., Carratta A., *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009
- Mandrioli C., *Corso di diritto processuale civile - Nozioni introduttive e disposizioni generali*, I, Torino, 2007
- Marazza M., *L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti ed accordi collettivi nazionali*, *Arg. dir. lav.*, 2007, 1094
- Marengo R., *Ammissione officiosa nel processo del lavoro: natura e sindacabilità*, in *Giust. Civ.*, I, 1215
- Marengo R., *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996
- Maresca A., *Licenziamento disciplinare e sussistenza del fatto contestato nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2019, 3, 946
- Maresca A., *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983
- Matteini P., *La conciliazione e l'arbitrato nelle controversie di lavoro dopo il d.lgs. n. 80/1998: è stato proprio un fallimento?*, in *Lavoro e dir.*, 2002, 657
- Mazzamuto F., *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1978
- Mazzotta O., *I molti nodi irrisolti del nuovo articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, 242;
- Mazzotta O., *Lavoro ed esigenze dell'impresa tra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Torino, 2016.
- Menestrina F., *Francesco Klein*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1926, 271
- Mengali A., *Preclusioni e verità nel processo civile*, Torino, 2018
- Mengoni L., *Problema e sistema nella controversia su metodo giuridico*, ora in *Diritto e valori*, Bologna, 1985

- Mimmo G., *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23*, in giustiziacivile.com;
- Miscione M., Filì V., *La giurisprudenza quale fonte formale e non solo sostanziale del diritto del lavoro*, in *Lav. nella giur.*, 2018, 2, 115
- Miscione M., *Gratuità fiscale o non del processo del lavoro*, in *Lav. nella giur.*, 2008, 12, 1191
- Miscione M., *Processo del lavoro, a che punto siamo?*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2020, 4, 1019
- Miscione M., *Quale art. 18 dello Statuto dei lavoratori per il pubblico impiego?*, in www.cedam.it
- Montedoro G., *Esecuzione forzata e rapporto di lavoro pubblico privatizzato*, in *Cons. Stato*, 2002, II, 2107
- Monteleone G., *Una magistratura del lavoro: i collegi dei probiviri nell'industria*, in *Studi storici*, 1977, 87
- Monteleone P., *Sulla pretesa esecuzione specifica dell'ordine giudiziale di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Giur. It.*, 1979, I, 181
- Morelli C., *Giustizia predittiva: il progetto (concreto) della Corte d'appello di Brescia*, in www.altalex.it, 8 aprile 2019
- Morgese N., *Irrilevanza del fatto materiale contestato e tutela reintegratoria nei licenziamenti ex art. 3 d.lgs. n. 23/2015: la legge come "oggetto di misurazione"*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2019, 3, 2
- Mortara L., *Per la riforma della legge sui Probiviri, 15 giugno 1893*, in *Giur. it.*, 1904, 26
- Mortara L., *Principi di procedura civile*, Firenze, 1890
- Muggia S., *Ordine illegittimo del datore di lavoro e autotutela del dipendente*, in *Dir. Lav.*, 2001, 249
- Napoli M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Padova, 1980
- Navaretta E., *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, 2019, 6
- Nicolosi F., *Provvedimenti cautelari nel pubblico impiego e prestazioni infungibili*, in *Lav. nella giur.*, 2003, 617
- Nogler L., *Disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, in *Dir. lav. e rel. ind.*, 2007, 4, 656
- Nogler L., *La deriva risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Quaderni di diritto del lavoro*, 2006, 29, 63 ss;
- E. Navaretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.
- Pagni I., *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 75
- Pagni I., *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2016, 209

- Pajardi P., *La responsabilità per le spese e i danni del processo*, Milano, 1959
- Pallante F., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo alla luce del dettato costituzionale*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2020, 2, 203
- Passaniti P., *Storia del diritto del lavoro*, I, Milano, 2006
- Pedrazzoli M., *La difficile strada della coercizione indiretta*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989
- Pedrazzoli M., *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1973, 1020
- Pera G., *Il contratto di lavoro di L. Barassi e la giurisprudenza dei probiviri*, Milano, 2001
- Pera G., *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993
- Pera G., *Prescrizione nel diritto del lavoro*, *Dig. sez. comm.*, vol. IX, Torino, 1995, 216
- Perone A., *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975
- Perrone F., *Profili processuali del contratto a tutele crescenti*, in G. Zilio Grandi-M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma del “Jobs Act”*, Milano, 2016, 284
- Perrone F., *L'interesse del lavoratore nel nuovo art. 2103 c.c.: presupposti e limiti del sindacato giurisdizionale sul demansionamento unilaterale e pattizio*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, 3, 1, 493
- Perulli A., *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi, un mutamento di paradigma nel diritto del lavoro?*, in A. Perulli - L. Fiorillo (a cura di), *Il contratto a tutele crescenti e Naspi*, Torino, 2015, 31
- Perrulli A., *Efficient breach, valori di mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 3, 561
- Persi P., *Osservazioni in tema di condanna alla reintegrazione conseguente a mancata adibizione alle mansioni*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1994, 797
- Persiani M., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage*, *Arg. dir. lav.*, 2016, 1166
- Persiani M., *Notarelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 393
- Perulli A., *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 6, 71
- Perulli A., *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, 403
- Perulli A., Speziale V., *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro*, in *Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT n. 132/2011*
- Perulli A., *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 1, 83

- Pessi R., *Gli arbitrati in materia di lavoro*, Napoli, 2012
- Picardi N., *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein, Il giusto processo civile*, 2011, 1067
- Picunio M.L., *L'incerta cittadinanza dei danni punitivi nel diritto del lavoro*, *Arg. dir. lav.*, 2019, 3
- Pilloni M., *Le innovazioni apportate alla disciplina della compensazione delle spese di lite*, in *Leggi civ. comm.*, 2015, 3, 470
- Pino G., *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017
- Pisani C., *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015, 32
- Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento di mansioni*, Torino, 2015
- Pisani C., *La sanzione per i vizi formali e procedurali del licenziamento secondo la Consulta: l'ars distinguendi dimenticata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 4, 497
- Pisani C., *Le conseguenze del licenziamento disciplinare illegittimo per violazioni procedurali nel lavoro pubblico e privato*, in *Mass. Giur. lav.*, 2016, 144
- Pivetti M., *La tentata elusione del diritto dei lavoratori ad avere un giudice*, in *Riv. giur. lavoro*, 2011, 1, 151
- Poletti D., *Sulla infungibilità degli obblighi di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2014, 572
- Ponterio C., *La valutazione del giudice e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Questione Giustizia*, 2016, 7
- Poso V.A., *Era di maggio. Lo Statuto dei Lavoratori compie cinquant'anni. Quasi un racconto*, in www.giustiziainsieme.it, 20 maggio 2020
- Potetti D., *Novità della l. n. 69 del 2009 in tema di spese di causa e responsabilità aggravata*, in *Giur. merito*, 2010, 4, 936
- Proto Pisani A., *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1104
- Proto Pisani A., *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*, in *Foro it.*, V, 321
- Proto Pisani A., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2012, V, 169
- Proto Pisani A., *Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice (Un bilancio e una proposta)*, in *Riv. Dir. proc.*, 1972, 35
- Proto Pisani A., *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 620
- Proto Pisani A., *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 223
- Proto Pisani A., *La specialità del nuovo rito del lavoro*, in *Il nuovo processo del lavoro*, Bari, 1974, 43
- Proto Pisani A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*, Napoli, 2003
- Proto Pisani A., *Lezioni di Diritto processuale civile*, Napoli, 2010

- Proto Pisani A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014
- Proto Pisani A., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 536
- Proto Pisani A., *Tre note sull'art. 18 dello statuto dei lavoratori scritte da un giurista ingenuo*, in *Foro it.*, 2012, V, 121
- Proto Pisani A., *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, 205
- Proto Pisani A., *Vita, morte (e resurrezione?) del processo del lavoro*, in *Il Foro it.*, 2016, 4, 132
- Proto Pisani A., voce *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, in *Digesto Civ.*, X, 1993, 374
- Proto Pisani A., voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991
- Pucetti E., *Il nuovo art. 18 si applica al pubblico impiego, anzi no*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2015, 6, II, 949
- Raselli A., *Il potere discrezionale del giudice civile*, Padova, 1927
- Ratto L., *Le consuetudini di ordine pubblico nel contratto di lavoro*, in *Il Contratto di lavoro*, II, 1905
- Redenti E., *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906
- Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, Milano, 1962
- Riccobono A., *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore*, *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 133
- Riverso R., *I licenziamenti disciplinari tra jobs act e riforma Fornero (basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)*, in *Questionegiustizia.it*, 23.02.15
- Riverso R., *Il volto del giudice del lavoro e la Costituzione*, in *Riv. dir. lav.*, 2014, I, 1, 172
- Romagnoli U., *Il diritto del lavoro durante il fascismo. Uno sguardo di insieme*, in *Lav. dir.*, 2003, 77
- Romei R., *L'accesso alla giustizia del lavoro dal garantismo alle tecniche deflative*, in O. Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Torino, 2016, 372
- Romeo C., *La crisi dell'effettività delle tutele nel processo del lavoro*, in *Lav. nella giur.*, 2017, 10, 847
- Ronco A., *Costituzionalità (e inopportunità) del tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, in *Giur. it.*, 2001, 6, 1094
- Rosselli F., *La dottrina del secondo dopoguerra sull'interpretazione giudiziale. Il contributo della giurisprudenza in materia di lavoro*, in *Giust. civ.*, 2, 2018, 483
- Saletti A., *Commento sub art. 614-bis*, in A. Saletti, B. Sassani, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Torino, 2009, 196
- Salvi E., *Risarcimento del danno*, in *Enc. del dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 1085

- Sandulli P., Socci A.M., *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Milano, 2016, 182
- Sangiovanni A., *Tute blu. La parabola operaia nell'Italia repubblicana*, Roma, 2006
- Sanlorenzo, R., *L'origine del processo del lavoro come strumento effettivo di tutela dei diritti*, editoriale *Domani*, 21 giugno 2021.
- Santiano R., *Le prime carte costituzionali (1907)*, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969
- Santoro Passarelli G., *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in *Labor*, 2016, 7, 627
- Santoro Passarelli G., *Diritto e Processo del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, 2014, 2819
- Santoro Passarelli G., *Il licenziamento per giustificato motivo*, in *Dir. relaz. ind.*, 2015, 1, 135
- Santoro Passarelli G., *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 3, 517
- Santoro-Passarelli Giuseppe G., *Il diritto e il giudice del lavoro*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, 6, 1422
- Santorusso A., *Giustizia predittiva, ecco i tre pilastri per capire gli impatti della tecnologia sul diritto*, in www.agendadigitale.eu
- Santosuosso A., *Intelligenza artificiale e diritto*, Milano, 2020
- Sartori N., *Il contributo unificato quale costo fiscale di accesso alla giustizia*, in *Rassegna Tributaria*, 2017, 1010
- Sassani B., Tiscini R., *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009*, in *Judicium.com*, 23 gennaio 2009
- Satta S., *Orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 32
- Scarpelli F., Giacconi M., *Il costo della giustizia nel processo del lavoro. La compensazione delle spese legali dopo la Corte costituzionale sull'art. 92 c.p.c.*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2018, 1
- Scarselli G., *Contro i tributi giudiziari*, in *Il Foro italiano*, 2001, I, 1807
- Scarselli G., *Il contributo unificato di iscrizione a ruolo (istruzioni per l'uso)*, in *Foro it.*, 2002, V, 75
- Scarselli G., *Il nuovo art. 92, comma 2, c.p.c.*, in *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni in l. 10 novembre 2014, n. 162)*, in *Foro it.*, 2015, 5, 49
- Scarselli G., *Le modifiche in tema di spese di lite*, in *Foro it.*, 2009, 5, 262
- Scoditti E., *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in G. D'Amico (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, 167

- Scoditti E., *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, in *Una giustizia (im)prevedibile?*, cit., 25.
- Scognamiglio E., *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1969, 23-24
- Sigillò Massara G., *Tutele alternative dei diritti dei lavoratori*, Torino, 2017
- Silvestri E., *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1981, 41
- Soldi A.M., *Le nuove norme del processo civile*, in A. Bucci, A.M. Soldi, *La riforma del processo civile*, Padova, 2009, 225
- Sordi P., *I poteri del giudice ordinario nelle controversie del pubblico impiego*, in *Corr. Giur.*, 1999, 512
- Speziale V., *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 322/2017
- Speziale V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 533
- Speziale V., *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza (parte I)*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, 345
- Speziale V., *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 215/2014
- Speziale V., *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 23/2004
- Tarello G., *Dottrine del processo civile*, Bologna, 1989
- Tarello G., *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto di secolo. Per uno studio sulla genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*, in R Guastini e G. Rebuffa (a cura di) *Dottrine del processo civile*, 1989
- Tartufari M., *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo (discorso letto per l'inaugurazione dell'anno accademico nell'università di Macerata)*, Macerata, 1893
- Taruffo M., *La valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile*, in *Comm. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2012
- Taruffo M., *Onere della prova*, in *Dig. civ.*, XIII, Torino, 1995, 67
- Taruffo M., *Poteri del giudice*, in S. Chiarloni (a cura di) *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 473
- Taruffo M., *Problemi di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 789
- Taruffo M., *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 1155
- Tarzia G., Dittrich L., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2015, 166

- Tarzia G., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1999
- Tarzia G., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2008
- Tedoldi M., *Processo civile di cognizione: le novità del d.l. giustizia civile*, in www.ilquotidianogiuridico.it.
- Tesoriere G., *Ancora su dequalificazione e trasferimento illegittimo dei dipendenti pubblici (e privati) tra tutela cautelare ed autotutela*, *Rass. amm. sic.*, 1999
- Tesoriere G., *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 1972, 1318
- Tesoriere G., *Diritto processuale del lavoro*, Padova, 2012
- Tiscini R., *Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e prospettive*, Napoli, 2015, 1
- Tolomelli M., *Politica e movimenti nella prima repubblica*, Roma, 2015
- Tommaseo F., *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis*, in *Riv. Dir. proc. civile*, 2014, 2, 267
- Trebeschi C., *Conflitti e contratti di lavoro in agricoltura*, in *Giornata Lincea in ricordo di Enrico Redenti: il diritto del lavoro ai suoi primordi (Roma, 22 gennaio 1994)*, Roma, 1995, 127
- Trocker N., *Dalla tutela giurisdizionale differenziata alla differenziazione dell'offerta di giustizia: obiettivi e limiti degli strumenti alternativi di composizione delle liti*, in *AA.VV., Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, 2010, III, 1731
- Trocker N., *La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, in *Il giusto proc. civ.*, 2012, 68
- Troisi B., *Profili civilistici del divieto di discriminazioni*, in *Il contratto a danno di terzi e altri saggi*, Napoli, 2008
- Tursi A., *Clausole generali e norme generali nel diritto del lavoro: spunti metodologici per il legislatore e per gli interpreti*, in *Dir. lav. e relaz. ind.*, 1, 2021, 97
- Vaccarella M., *L'esecutività della sentenza di primo grado nel processo del lavoro ed il giudizio d'appello*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, 177
- Vallauri G., *Scioperi e conflitti sociali nell'Italia liberale. La relazione finale della commissione ministeriale di inchiesta sugli scioperi (1878)*, Roma, 2000
- Vallebona A., *Allegazioni e prove nel processo del lavoro in giurisprudenza*, in *Nuova giur. comm.*, 2006, 2
- Vallebona A., *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, in *Nuova giur. comm. comm.*, 2006, II, 1
- Vallebona A., *Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro*, in A. Minervini, *Il Collegato alla finanziaria all'indomani del messaggio presidenziale: le controversie di lavoro*, Napoli, 2011
- Vallebona A., *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti nel rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 3, 789

- Vallebona A., *La nomofilachia accelerata della Cassazione sui contratti collettivi nazionali*, *Mass. giur. lav.*, 2006, 724
- Vallebona A., *Provvedimenti del giudice ed esecuzione nelle controversie di diritto pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 221
- Vallebona A., *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Milano, 1975
- Vellani C., *La collaborazione tra il giudice e le parti nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, 4, 979
- Vercillo G., *Profili problematici in ordine alle tecniche di tutela esecutiva dei diritti strumentali del lavoratore alle dipendenze della P.A.*, in www.judicium.it,
- Verde G., *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 239
- Vespasiani F.T., *La portata della rilevazione d'ufficio della nullità contrattuale e del giudicato implicito*, in *Questione Giustizia*, 15 gennaio 2015.
- Vettori G., *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *ED - Annali X*, 2017
- Vidiri G., *I poteri istruttori del giudice del lavoro nel processo civile rinnovato*, in *Giust. civ.*, 2010, 3, 147
- Vidiri G., in *A cinquant'anni dallo Statuto, ovvero dal diritto valoriale al diritto del Covid-19*, in *Lav. nella giur.*, 7, 2020, 710
- Vittoria P., *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti, *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Bari, 2015, 491
- Voza R., *“Gli farò un’offerta che non potrà rifiutare”*: l’irresistibile forza deflattiva dell’art. 6, *D.lgs. n. 23/2015*, in *Lav. giur.*, 2015, 777
- Vullo E., *Il nuovo processo del lavoro*, Torino, 2015
- Vullo E., *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 727
- Vullo E., *Procedimenti cautelari in generale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2017, 212
- Weber M., *Economia e società*, III, Milano, 1980
- Zoli C., *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, 48