SCUOLA DI DOTTORATO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO-BICOCCA

Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche

Curriculum in Diritto processuale civile

L'IMPUGNAZIONE DEL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO TRA IL DIRITTO SOSTANZIALE E LA TUTELA GIURISDIZIONALE

Tutore

Chiar.ma Prof.ssa Elena MARINUCCI

Tesi di dottorato di

Francesco VITELLA

Matricola n. 760847

Ciclo XXVII – A.A. 2013/2014

Ai miei genitori

INDICE

pag.

INTRODUZIONE 1

– Capitolo I –

LE FATTISPECIE E LE TUTELE

– Sezione prima –

LE DIVERSE FATTISPECIE DI LICENZIAMENTO

§ 1. La nozione di licenziamento: cenni introduttivi 3

§ 2. Una possibile classificazione 7

§ 2.1. La distinzione tra licenziamento individuale e licenziamento collettivo 7

§ 2.2. Il licenziamento *ad nutum* e il licenziamento causale 8

§ 2.3. Il licenziamento per giusta causa e il licenziamento per giustificato motivo, soggettivo e oggettivo 26

§ 2.4. Il licenziamento disciplinare 50

§ 2.5. Il licenziamento discriminatorio e le altre specifiche ipotesi di recesso datoriale illegittimo 57

§ 2.6. (*Segue*) Il licenziamento orale 69

– Sezione seconda –

IL SISTEMA DELLE TUTELE

§ 3. L'evoluzione della disciplina sostanziale delle tutele contro il licenziamento illegittimo 75

§ 3.1. Dal Codice civile del 1942 alla legge n. 108/1990, passando per lo «Statuto dei lavoratori»: la c.d. «tutela obbligatoria», l'introduzione della «reintegra» e la sua massima estensione 76

§ 3.2. La «legge Fornero» e la riduzione del campo di applicazione della «reintegra» 89

§ 3.3 (*Segue*) La «tutela reale piena» o «forte» 92

§ 3.4. (*Segue*) La «tutela reale attenuata» o «depotenziata» 98

§ 3.5. (*Segue*) La «tutela indennitaria piena» o «forte» 112

§ 3.6. (*Segue*) La «tutela indennitaria debole» o «dimidiata» 113

§ 3.7. Il «*Jobs Act*» e l'ulteriore riduzione del campo di applicazione della «reintegra» 122

§ 3.8 (*Segue*) La «tutela reintegratoria piena» 128

§ 3.9. (*Segue*) La «tutela reintegratoria attenuata» 132

§ 3.10. (*Segue*) La «tutela indennitaria piena» 135

§ 3.11. (*Segue*) La «tutela indennitaria ridotta» 136

– Capitolo II –

L'AZIONE DI IMPUGNAZIONE DEL LICENZIAMENTO

§ 4. Premessa. Il licenziamento illegittimo: validità ed efficacia dell'atto 137

§ 5. (*Segue*) Il licenziamento quale diritto potestativo 145

§ 6. L'impugnazione del licenziamento illegittimo. L'impugnazione stragiudiziale 164

§ 7 (*Segue*) L'impugnazione giudiziale 167

§ 8. La decadenza dall'impugnazione. Il termine di cui all'art. 6 legge n. 604/1966 170

§ 9. (*Segue*) Gli effetti e la natura dell'eccezione 179

§ 10. (*Segue*) L'ambito di applicazione 184

§ 11. La legittimazione a «impugnare» e l'interesse ad agire 191

§ 12 L'onere della prova dei fatti costitutivi e impeditivi nel giudizio sull'impugnativa del licenziamento 216

§ 13. (*segue*) L'onere della prova del requisito dimensionale di cui all'art. 18 St. lav. e delle condizioni di applicabilità del D.lgs. n. 23/2015 230

§ 14. (*Segue*) Alcune precisazioni in ordine all'onere probatorio 240

§ 15. La «conversione» del licenziamento a opera del giudice 253

§ 16. La natura dell'azione. La giurisprudenza 263

§ 17 (*Segue*) La dottrina 279

§ 18. L'oggetto del giudizio sull'impugnazione del licenziamento 289

§ 19. L'oggetto del giudizio e la sua capacità contenutistica: i limiti alla cognizione del giudice e i poteri delle parti 297

§ 20. La successiva impugnazione del medesimo licenziamento e l'effetto preclusivo del giudicato 314

§ 21. L'intimazione di un secondo licenziamento, la rinnovazione del licenziamento già intimato e l'effetto conformativo del giudicato 318

– Capitolo III –

IL RITO NELL'IMPUGNAZIONE DEL LICENZIAMENTO

§ 22. L'introduzione del rito di cui all'art. 1, commi 47 ss., legge n. 92/2012: il c.d. «rito Fornero» 327

§ 23. Il regime intertemporale, l'obbligatorietà del rito e il suo ambito di applicazione soggettivo 330

§ 24. L'ambito di applicazione oggettivo. La tutela statutaria e la qualificazione del rapporto di lavoro 337

§ 25. (*Segue*) Il cumulo di domande connesse 343

§ 26. (*Segue*) Il rapporto tra l'art. 18 St. lav. e l'art. 8 legge n. 604/1966. La sorte della «richiesta» subordinata di applicazione della tutela obbligatoria 348

§ 27. L'errore nella scelta del rito e il passaggio dal rito Fornero al rito del lavoro e viceversa 369

§ 28. Le fasi e i gradi del rito Fornero. La fase «sommaria» e la pienezza della cognizione 377

§ 29. (*Segue*) L'«opposizione». La natura non impugnatoria della fase processuale 392

§ 30. (*Segue*) Le impugnazioni: il «reclamo» e il ricorso per cassazione 410

§ 31. La disciplina processuale *post Jobs Act*: il progressivo superamento del rito Fornero e la «riapertura» alla tutela cautelare 413

BIBLIOGRAFIA 421

INTRODUZIONE

Il presente elaborato intende affrontare l'esame dell'impugnazione del licenziamento, un fenomeno per sua natura molto ricorrente nella prassi e tale da attirare l'attenzione del legislatore degli ultimi anni. La relativa disciplina sostanziale e processuale è stata, infatti, ripetutamente innovata, da ultimo nel 2012 e nel 2015, in ragione della sua ritenuta attitudine a incidere sulle dinamiche del mercato del lavoro e, di riflesso, dell'economia del Paese.

L'indagine muove dall'analisi dell'istituto del licenziamento, nelle sue molteplici forme, con particolare riguardo all'evoluzione della disciplina positiva del recesso datoriale e del relativo apparato sanzionatorio. La prima parte del presente studio è, infatti, dedicata alla ricostruzione delle fattispecie di licenziamento contemplate dall'ordinamento, dei relativi profili patologici nonché delle conseguenze che la legge ricollega alla violazione delle regole che dettato i requisiti sostanziali, formali e procedurali per una valida ed efficace estinzione del rapporto di lavoro su iniziativa datoriale.

L'esame della fattispecie dal punto di vista sostanziale è finalizzata a consentire di affrontare, nella seconda parte dell'elaborato, un'indagine incentrata sull'impugnazione giudiziale del licenziamento. È, infatti, sulla scorta di una preliminare riconduzione del diritto di recesso del datore di lavoro alla categoria del diritto potestativo, che nel secondo capitolo del presente studio si è proceduto all'analisi dei profili strutturali dell'azione di impugnazione del licenziamento. A questo proposito, vengono, tra il resto, in rilievo le regole procedimentali per la proposizio-

ne di una valida impugnazione e, con specifico riguardo al giudizio sull'impugnativa, il tema della legittimazione e dell'interesse ad agire, del riparto dell'onere della prova, nonché quello della natura, costitutiva o dichiarativa, dell'azione e dell'oggetto del processo, e le relative implicazioni in ordine ai limiti della cognizione del giudice e del giudicato in relazione all'eventuale rinnovazione dell'esercizio del potere di licenziare.

L'ultima parte dell'elaborato è, infine, dedicata allo studio del rito speciale introdotto nel 2012 per le controversie aventi a oggetto l'impugnativa dei licenziamenti assoggettati al regime delle tutele di cui all'art. 18 St. lav. Sebbene tale rito speciale sia destinato a un progressivo superamento, con conseguente applicazione del rito del lavoro per tutti i giudizi sull'impugnativa del licenziamento a prescindere dalle specifiche tutele invocate dal lavoratore, la sua attuale applicazione rende tutt'ora rilevante l'esame dei non pochi problemi processuali che esso pone, ai quali la dottrina e la giurisprudenza hanno dato delle risposte di segno non sempre univoco.

– CAPITOLO I –

LE FATTISPECIE E LE TUTELE

Sezione prima

LE DIVERSE FATTISPECIE DI LICENZIAMENTO

SOMMARIO: § 1. La nozione di licenziamento: cenni introduttivi. – § 2. Una possibile classificazione. – § 2.1. La distinzione tra licenziamento individuale e licenziamento collettivo. – § 2.2. Il licenziamento *ad nutum* e il licenziamento causale. – § 2.3. Il licenziamento per giusta causa e il licenziamento per giustificato motivo, soggettivo e oggettivo. – § 2.4. Il licenziamento disciplinare. – § 2.5. Il licenziamento discriminatorio e le altre specifiche ipotesi di recesso datoriale illegittimo. – § 2.6. (*Segue*) Il licenziamento orale.

1. La nozione di licenziamento: cenni introduttivi

Come noto, il licenziamento non è altro che una delle ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro subordinato contemplate dall'ordinamento ([1]). Licenziamento e dimis-

([1]) Oltre al recesso unilaterale, il rapporto di lavoro può estinguersi per scadenza del termine del rapporto instaurato a tempo determinato, per risoluzione consensuale, per impossibilità sopravvenuta della prestazione o per forza maggiore, nonché per le altre cause previste dalla legge, tra cui, per esempio, il mancato rientro in azienda dopo la reintegrazione disposta ai sensi dell'art. 18 St. lav. *Cfr*. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, in *Trattato di*

sioni sono, in particolare, i simmetrici risvolti di una medesima vicenda sostanziale: il diritto di recesso dal contratto di lavoro che, se esercitato dal lavoratore, prende il nome di dimissioni, e, se deciso dal datore di lavoro, viene invece definito – per l'appunto – licenziamento ([2]).

Tanto se intimato dal datore di lavoro quanto se deciso dal prestatore di lavoro, il recesso è un atto recettizio ([3]) che, dunque, a norma dell'art. 1334 c.c. si perfeziona e acquista efficacia quando viene a conoscenza del destinatario (e, quindi, per quel che qui rileva, del lavoratore) ([4]): non prima, nel momento in cui viene posto in essere dal datore di lavoro senza entrare nella sfera giuridica del prestatore, non dopo, non postulando la legge una sua ipotetica accet-

---

diritto civile e commerciale, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2003, 379 ss.

([2]) Il recesso datoriale viene comunemente ricondotto alla dogmatica tradizionale del «diritto potestativo»: v. *infra*, § 5.

([3]) *Cfr*. F. SANTORO PASSARELLI, voce *Lavoro (contratto di)*, in *Noviss. Dig. it*., XI, 1965, 513, il quale, dopo avere argomentato la possibile qualificazione del licenziamento in termini di «negozio», ne propone una più condivisibile definizione quale «atto unilaterale tra vivi avente contenuto patrimoniale».

([4]) Per principio costantemente affermato dalla Corte di Cassazione, qualora la comunicazione del provvedimento di licenziamento venga effettuata al dipendente mediante lettera raccomandata spedita al suo domicilio, essa, a norma dell'art. 1335 c.c., si presume conosciuta dal momento in cui giunge al domicilio del destinatario, ovvero, nel caso in cui la lettera raccomandata non sia stata consegnata per assenza del destinatario e di altra persona abilitata a riceverla, dal momento del rilascio del relativo avviso di giacenza presso l'ufficio postale (*cfr*. Cass., 18 novembre 2013, n. 25824, in *Guida al Lavoro*, 2013, 30, 35 ss.; Cass., 15 dicembre 2009, n. 26241, in *Giust. civ. Mass*., 2009, 12, 1688; Cass., 24 aprile 2003, n. 6527, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 4).

tazione ([5]). Si tratta sempre, infatti, di un atto unilaterale: se sussiste la volontà di entrambe le parti alla cessazione del rapporto di lavoro, si integra la diversa fattispecie della risoluzione consensuale ([6]).

In altre parole, il licenziamento è quell'atto unilaterale recettizio di recesso del datore di lavoro mediante il quale quest'ultimo persegue l'effetto di estinguere il rapporto di lavoro intercorrente tra le parti.

È bene precisare fin da subito che, nel contesto della disciplina del diritto di recesso, è necessario operare una prima rilevante distinzione: quella tra il recesso dal rapporto di lavoro subordinato a termine ([7]) e il recesso dal rap-

---

([5]) È stato fatto correttamente notare come ciò rilevi, tra il resto, ai fini della decorrenza del termine di decadenza di cui all'art. 6 legge n. 604/1966, per l'impugnazione del licenziamento (*cfr*. F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2013. 400): v. *infra*, § 8.

([6]) Opera anche per il contratto di lavoro subordinato l'art. 1372 c.c.

([7]) Il lavoro a tempo determinato è ora disciplinato agli artt. 19-29 D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 – recante la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, in attuazione della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 (il c.d. «*Jobs Act*») – che ha abrogato il noto D.lgs. n. 368/2001, negli ultimi anni oggetto di numerosi interventi di riforma, tra cui la legge 28 giugno 2012, n. 92 (la c.d. «legge Fornero») e il D.l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito in legge 16 maggio 2014, n. 78 (il c.d. «decreto Poletti»).

Peraltro, è ormai pacifico che la disdetta intimata al lavoratore per scadenza del termine invalidamente apposto al contratto di lavoro non è parificabile al licenziamento – ma configura un atto meramente ricognitivo – e che, pertanto, l'azione diretta all'accertamento della illegittimità di tale disdetta e alla pronuncia risarcitoria non va proposta come impugnativa di licenziamento, con richiesta di applicazione delle tutele di cui art. 18 St. lav. o alla legge n.

porto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Invero, il nostro ordinamento detta regole profondamente differenti (non solo in ordine alla cessazione del rapporto) in ragione dell'apposizione di un termine al contratto di lavoro, prefigurando in quest'ultimo caso un regime del recesso sostanzialmente unitario e rendendo, per certi versi, irrilevante la distinzione tra dimissioni e licenziamento ([8]).

Ciò detto, il regime oggetto della presente trattazione è quello del recesso datoriale «illegittimo» ([9]) dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ed è solo per scrupolo di completezza che si ricorda come nel rapporto di lavoro a tempo determinato l'art. 2119 c.c. tutt'oggi prevede che ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto *ante tempus* soltanto qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto. Pertanto, in assenza di una «giusta causa» di recesso, il datore di lavoro non potrà intimare il licenziamento al lavoratore, né quest'ultimo potrà rassegnare le proprie dimissioni prima della scadenza del termine.

604/1966, bensì come azione di nullità dell'accordo relativo all'apposizione del termine (v. *infra*, § 24, spec. nota 44.

([8]) L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Torino, 2012, 301-304, cui si rinvia anche per l'esame delle conseguenze del recesso *ante tempus* illegittimo, in applicazione del diritto comune dei contratti.

([9]) Con l'espressione «licenziamento illegittimo» si intende fare riferimento a tutti i casi di recesso datoriale in qualche misura viziato, a prescindere dalla esatta qualificazione del singolo vizio e dalla idoneità o meno del licenziamento a produrre l'effetto estintivo del rapporto di lavoro. In dottrina si è sottolineata la possibilità di parlare di «licenziamento illegittimo» *tout court* a seguito dell'unificazione – ormai non più attuale (v. *infra*, § 3.1) – del regime sanzionatorio operata dall'art. 18 St. lav. (v. *infra*, § 3.2). *Cfr*., in questo senso, G. PERA, *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 1286.

2. Una possibile classificazione

2.1. La distinzione tra licenziamento individuale e licenziamento collettivo

Nell'intento di chiarire ulteriormente l'oggetto dell'analisi qui condotta, assume rilievo una seconda distinzione – quella tra licenziamento individuale e licenziamento collettivo – rimanendo quest'ultima forma di recesso datoriale estranea alla presente trattazione.

È questa una classificazione già nota alla contrattazione collettiva interconfederale nel settore dell'industria ([10]) e che trova una prima formalizzazione nel diritto positivo nella legge 15 luglio 1966, n. 604 ([11]), all'art. 11, comma 2, ove si è affermata l'esclusione della materia dei «licenziamenti collettivi per riduzione di personale» dal campo di applicazione delle «norme sui licenziamenti individuali» di nuova introduzione. Nonostante tale formale riconoscimento, mancava una definizione legislativa che precisasse i contorni dei rispettivi regimi giuridici: nel silenzio della legge la dottrina ([12]) era solita definire il licenziamento individuale quale «il licenziamento del singolo lavoratore disposto in quanto tale, per un fatto rimproverabile al medesimo o per una ragione relativa alla specifica posizione di lavoro», e il licenziamento collettivo come quello disposto «in attuazione di una decisione imprenditoriale di riduzione del personale in assoluto, per crisi o per ragioni di ristrutturazione o di riconversione».

([10]) *Cfr*. G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 1.

([11]) V. *infra*, § 3.1.

([12]) *Cfr*. G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 1.

È solo con la legge 23 luglio 1991, n. 223, che è stato colmato il vuoto legislativo, fissando i requisiti affinché si possa (e si debba) parlare di licenziamenti collettivi (per riduzione di personale) ([13]). Innanzitutto, deve trattarsi di datori di lavoro che occupino più di quindici dipendenti ([14]). Inoltre, devono sussistere due presupposti: il primo, di carattere quantitativo-temporale, consistente nella intenzione del datore di lavoro di effettuare almeno cinque licenziamenti, nell'arco di centoventi giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia; il secondo, di carattere qualitativo, rappresentato dalla riconducibilità di tali licenziamenti alla medesima riduzione o trasformazione di attività o di lavoro ([15]).

2.2. Il licenziamento *ad nutum* e il licenziamento causale

Proseguendo nella classificazione delle tipologie di licenziamento individuale, è possibile operare alcune ulteriori distinzioni in ragione della soggezione o meno alla

---

([13]) Come noto, il nostro ordinamento conosce non solo l'ipotesi dei licenziamenti collettivi intimati ai sensi dell'art. 24 legge n. 223/1991, ma altresì quella dei licenziamenti collettivi disposti dall'impresa, che sia stata ammessa al trattamento straordinario di integrazione salariale, qualora ritenga di non essere in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative ai sensi dell'art. 4 legge n. 223/1991.

([14]) Secondo l'attuale formulazione, frutto delle modifiche apportate dall'art. 16, comma 1, lettera a), della legge 30 ottobre 2014, n. 161, nel computo dei lavoratori devono ora essere ricompresi anche i dirigenti.

([15]) Per questa classificazione dei requisiti richiesti dalla legge n. 223/1991, *cfr*. L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, cit., 339.

disciplina legale limitativa del diritto di recesso ([16]) e, in caso affermativo, dei presupposti di legittimità del licenziamento, dei relativi profili procedimentali di intimazione ovvero, in ogni caso, della integrazione di alcune figure tipiche di licenziamento illegittimo.

Tali criteri identificativi permettono, innanzitutto, di distinguere tra recesso *ad nutum* e recesso causale. Il primo – il recesso *ad nutum*, ossia quello intimabile con il solo obbligo di dare il preavviso ([17]) – è espressione del principio della libera recedibilità codificato dal legislatore del 1942 nella norma dell'art. 2118 c.c. quale massima espressione delle spinte liberali dell'epoca ([18]); era la tipologia di licenziamento generalmente intimabile a tutti i lavoratori subordinati legati da un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ferma restando la possibilità (che permane tutt'ora) di recedere dal rapporto per giusta causa *ex* art. 2119 c.c., sussistendone i presupposti, facendo così venire

---

([16]) Autorevole dottrina ha dimostrato che un corretto ed efficiente funzionamento del mercato del lavoro, con vantaggio non solo per il singolo lavoratore ma anche per la generalità delle imprese, postula l'esistenza di una normativa limitativa della facoltà di recesso del datore di lavoro. In questa prospettiva, una simile esigenza sarebbe propria di ogni ordinamento e – si fa notare – anche in quei Paesi nella cui legislazione non è possibile rinvenire alcun limite al diritto di recesso dal contratto di lavoro, restrizioni sono create e applicate nei fatti dalla giurisprudenza (*cfr*. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 371-376, nonché A.B. KRÜGER, The evolution of Unjust-Dismissal Legislation in the United States, in Industrial and Labor Relations Review, 44, 4, 1991, 644 ss., nonché J.H. VERKERKE, *Un approccio di* Law and Economics *alla questione della libertà di licenziamento negli Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. lav*., 1998, I, 293 ss., richiamati dallo stesso Autore.

([17]) La locuzione latina *ad nutum* sta proprio a significare «secondo la volontà».

([18]) *Cfr*. G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 2.

meno l'obbligo per la parte recedente di dare il preavviso. Con l'avvento della Costituzione repubblicana ([19]), le spinte verso il superamento, almeno nei fatti, del principio della licenziabilità *ad nutum* non si sono fatte attendere ([20]). Nel tempo, si è infatti affermato, prima nella prassi e poi nella legge, l'opposto principio del recesso causale ([21]), subordinando l'esercizio del diritto di recesso all'esistenza di un giustificato motivo (o di una giusta causa) di licenziamento. Questa seconda tipologia di licenziamento non ha sostituito del tutto il recesso *ad nutum*, ma si è a esso affiancato, erodendo nel tempo il suo campo applicativo e finendo per relegare il licenziamento con sola comunicazione del preavviso a ipotesi residuali e del tutto eccezionali.

A seguito della progressiva riduzione dell'area del licenziamento libero ([22]), le sole ipotesi di recedibilità *ad nutum* sono essenzialmente quelle di cui agli artt. 10 legge n. 604/1966 e 4 legge n. 108/1990 ([23]): *i.e.* il licenziamento

---

([19]) Nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, il principio della necessaria giustificazione del licenziamento è definito quale «criterio di fondo» dell'ordinamento (Corte Cost., 7 febbraio 2000, n. 46, in *Mass. giur. lav*., 2000, 376).

([20]) *Cfr*. G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 6.

([21]) G. AMOROSO, *Estinzione del rapporto*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, a cura di G. Santoro Passarelli, Milano, 2009, 944.

([22]) Significativa, in questo senso, è l'estensione del campo di applicazione della tutela c.d. «obbligatoria» operata dalla legge n. 11 maggio 1990, n. 108 (v. *infra*, § 3.1).

([23]) A tali ipotesi si aggiunge il licenziamento degli atleti professionisti lavoratori subordinati (in argomento, si consenta il rinvio a T. GERMANO, voce *Lavoro sportivo*, in *Digesto*, *disc. priv., Sez. comm*., VIII, Torino, 1992, 462 ss.; M. AGOSTINI, *sub* art. 10 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Ta-

dei dirigenti, dei lavoratori in prova, dei lavoratori domestici ([24]), nonché dei prestatori di lavoro ultrasessantenni, in possesso dei requisiti pensionistici, sempre che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro.

Con specifico riferimento al dirigente, la relativa nozione ([25]) gioca, in questa sede, un ruolo fondamentale, posto che secondo parte della giurisprudenza di legittimità ([26]) il regime della libera recedibilità sarebbe applicabile

---

majo-O. Mazzotta, Padova, 2013, 946-947), nonché quello degli apprendisti (*cfr*. E. RAVERA-G. RUSSO-F.V. PONTE-D. CARBONE-S. JACOVACCI, *Il licenziamento individuale*, in *Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, a cura di C. Russo, Torino, 2011, 126-130) in merito al quale, *cfr*. ora quanto previsto dal D.lgs. n. 81/2015.

([24]) *Cfr*. F. FONTANA, *sub* art. 4 legge 11 maggio 1990, n. 108, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013, 1044.

([25]) In dottrina, in ordine alla qualifica dirigenziale *cfr*. M. DELL'OLIO, *I collaboratori dell'imprenditore. Categorie dei prestatori di lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XV, Torino, 2004, 371; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XXVII, T. 2, Milano, 2000, 640, con ampia rassegna giurisprudenziale in nota; F. LISO, *Categorie e qualifiche del lavoratore*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 12; S. CIUCCIOVINO, *Mansioni, Qualifiche e Ius Variandi*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, Pubblico e Privato*, a cura di G. Santoro Passarelli, Torino, 2014, 755 ss.

([26]) Sull'esclusione del dirigente «medio-basso», *cfr*. Cass., 22 dicembre 2006, n. 27464, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Lavoro (Rapporto)*; Cass., 8 novembre 2005, n. 21673, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 135; Cass., 9 agosto 2004, n. 15351, in *Not. giur. lav*., 2005, 223; Cass., 12 novembre 1999, n. 12571, in *Riv. it. dir. lav*., 2000, II, 746; sull'esclusione del solo «pseudo-dirigente», *cfr*. Cass., 13 dicembre 2010, n. 25145, in *Giust. civ. Mass*., 2010, 12,

soltanto al dirigente c.d. «apicale» e non anche alla dirigenza «medio-bassa» o, quantomeno, alla c.d. «pseudo dirigenza» ([27]).

---

p. 1595; Cass., 24 giugno 2009, n. 14835, in *Or. giur. lav*., 2009, I, 620; Cass., 26 settembre 2007, n. 20165, in *Mass. giur. lav. Rep.*, 2007, 37.

([27]) Come noto, mancando nel nostro ordinamento una definizione di fonte legislativa, la figura del dirigente è il frutto di una progressiva emarginazione dei tratti caratterizzanti della categoria dirigenziale operata dalla giurisprudenza, la quale è sin da subito pervenuta a definire tale prestatore di lavoro quale l'*alter ego* dell'imprenditore: *i.e.* come colui che occupa il posto più elevato nella scala gerarchica dei lavoratori subordinati, al quale è assicurata, nell'impresa, una posizione che trova nel potere direttivo la sua più vera qualificazione, e che non è altro che il collaboratore dell'imprenditore, che lo sostituisce o lo assiste nello svolgimento delle funzioni che gli sono proprie, nonché l'esecutore, con discrezionale responsabilità, delle sue direttive (Corte Cost., 6 luglio 1972, n. 121, in *Mass. giur. lav*., 1972, 274; nella giurisprudenza di legittimità, *cfr*., tra le tante, Cass., 10 marzo 2010, n. 5809, in *Mass. giur. lav*., 2010, 654; Cass., 12 agosto 2009, n. 18261, in *Foro it., Rep*., 2009, voce *lavoro (Rapporto)*, 874; Cass., 24 giugno 2009, n. 14835, cit.; Cass., 12 gennaio 2009, n. 394, in *Lav. giur.*, 2009, 478; Cass., 11 giugno 2008, n. 15496, in *Mass. giur. lav*., 2009, 86). Rispetto a tale originaria definizione, si è assistito a una progressiva espansione della categoria dirigenziale, che ora pacificamente include anche la c.d. «dirigenza medio-bassa» (Cass., S.U., 3 marzo 2007, n. 7880, in *Foro it*., 2007, 12, 1, 3471). Nelle parole della suprema Corte di cassazione «il necessitato accrescimento della categoria scrutinata non può però spingersi sino al punto di includere in essa i cd. pseudo dirigenti, cioè quei lavoratori che seppure hanno di fatto il nome ed il trattamento dei dirigenti, per non rivestire nell'organizzazione aziendale un ruolo di incisività e rilevanza analogo a quelli dei cd. dirigenti convenzionali (dirigenti apicali, medi o minori), non sono classificabili come tali dalla contrattazione collettiva – e tanto meno da un contratto individuale – non essendo praticabile uno scambio tra pattuizione di benefici

Peraltro, tale distinzione rilevava anche con riferimento alle garanzie procedimentali di cui all'art. 7 St. lav., originariamente ritenute inapplicabili al dirigente *alter ego* dell'imprenditore ([28]), ma la cui indistinta operatività è ormai pacifica ([29]).

Ciò detto, se, per un verso, i dirigenti non sono destinatari delle tutele previste dalla legge in tema di licenziamento – essendo esclusi dal campo di applicazione delle norme che postulano l'esistenza di un giustificato motivo ai fini della legittimità del recesso datoriale e soggetti unicamente agli artt. 2118 e 2119 c.c., con la conseguenza che sono licenziabili con il solo obbligo di preavviso e che, ove la giusta causa addotta dal datore di lavoro dovesse essere ritenuta insussistente, quest'ultimo sarebbe obbligato soltanto al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso ([30]) –, per altro verso, tale vuoto di garanzia è stato colmato a opera della contrattazione collettiva. I contratti collettivi nazionali di lavoro applicabili al rapporto di lavoro dirigenziale prevedono, infatti, che il licenziamento del dirigente debba essere comunque giustificato e motivato per iscritto, pena l'obbligo di pagamento, in capo al datore di lavoro, della c.d. «indennità supplementare», variabile in ragione dell'anzianità di servizio e anagrafica del dirigente interessato. Più precisamente, in base alla disciplina convenzionale, ai fini della sua legittimità il licenziamento del dirigente non solo deve essere scritto, ma altresì assisti-

---

economici (e di più favorevole trattamento) e la tutela garantistica ad essi assicurata, al momento del recesso datoriale, dalla legge n. 604/1966 e legge. n. 300/1970» (in tali termini Cass., 30 marzo 2007, n. 7880, in *Riv. it. dir. lav*., 2008, 1, II, 146).

([28]) Cass., S.U., 29 maggio 1995, n. 6041, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1996, I, 204.

([29]) V. *infra*, § 2.4, in particolare nota 138.

([30]) Tuttavia, v. *infra*, in questo §.

to dalla c.d. «giustificatezza», la quale, pur non coincidendo con la nozione legale di giustificato motivo o giusta causa ([31]), postula in ogni caso l'effettiva esistenza di un «motivo apprezzabile e quindi tale da escludere l'arbitrarietà del comportamento del datore di lavoro» ([32]). Laddove manchi tale «giustificatezza», così come indicata in motivazione ([33]), sorge il diritto, in capo al dipendente, alla corresponsione dell'indennità supplementare.

([31]) V. *infra*, § 2.3.

([32]) P. MORMILE, *L'ambito di residua applicazione del licenziamento ad nutum*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, Privato e Pubblico*, a cura di G. Santoro Passarelli, Torino, 2014, 1289; in giurisprudenza, tra le tante, *cfr*. Cass., 16 luglio 2013, n. 17362, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 17 luglio. Come noto, la giustificatezza può fondarsi sia su ragioni soggettive ascrivibili al dirigente, sia su ragioni oggettive concernenti esigenze di riorganizzazione aziendale, che non devono necessariamente coincidere con l'impossibilità della continuazione del rapporto o con una situazione di grave crisi aziendale, tale da rendere impossibile o particolarmente onerosa tale continuazione, dato che il principio di correttezza e buona fede, che costituisce il parametro su cui misurare la legittimità del licenziamento, deve essere coordinato con la libertà di iniziativa economica, garantita dall'art. 41 Cost. (così Cass., 15 luglio 2009, n. 16498, in *Giust. civ. Mass*., 2009, 9, 1223). Anche quando il licenziamento del dirigente è intimato per ragioni oggettive, è esclusa la possibilità del *repêchage* (v. *infra*, § 2.3) in quanto incompatibile con la posizione dirigenziale del lavoratore, assistita da un regime di libera recedibilità del datore di lavoro (Cass., 11 febbraio 2013, n. 3175, in *Giust. civ. Mass*., 2013; *cfr*. altresì, più recentemente, Cass. 12 luglio 2016, n. 14193, in *Giust. civ. Mass*., 2016).

([33]) Come di recente evidenziato in dottrina, «solo la motivazione scritta contestuale al licenziamento – circoscrivendo il tema del medesimo e rendendo possibile la successiva valutazione – consente al dirigente di attivare la procedura arbitrale o di rivolgersi al Giudice» (A. RIPA, *Dirigenti e giusta causa. Orientamenti*

Peraltro, la contrattazione collettiva ([34]) prevede che tornino ad applicarsi le sole disposizioni legislative in caso

---

giurisprudenziali e rassegna commentata di merito, Milano, 2012, 4 ss.) Infatti, in base all'insegnamento della Suprema Corte, «secondo il meccanismo convenzionale di tutela, sussiste l'obbligo tipico e specifico della forma scritta e della motivazione contestuale, e ciò importa che non possono considerarsi equipollenti forme diverse, quali la motivazione orale ovvero la motivazione scritta comunicata addirittura dopo la promozione del procedimento arbitrale; se la motivazione contestuale appare finalizzata a consentire la formulazione di un giudizio di giustificatezza, è del tutto conseguente assimilare la mancata motivazione per l'appunto alla mancanza di giustificazione» (Cass., 28 settembre 1988, n. 5260, in *Giust. civ. Mass*., 1988, 8-9; più di recente, *cfr*. tra le tante Cass., 20 dicembre 2006, n. 27197, in *Giust. civ. Mass*., 2006, 12; Cass., 19 giugno 1999, n. 6169, in *Not. giur. lav*., 1999, 657, nella giurisprudenza di merito, *cfr*. Trib. Milano, 12 luglio 2005, in *Or. giur. lav*., 2005, 3, 694).

([34]) *Cfr*. gli artt. 39, comma 4, Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro per i dirigenti di aziende commerciali, stipulato il 2 gennaio 2014 da Confcommercio e Manageritalia, e 22, comma 6, Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro per i dirigenti per i dirigenti di aziende industriali, stipulato il 25 novembre 2009 da Confindustria e Federmanager, come modificato dall'accordo del 30 dicembre 2014. In particolare, quest'ultima norma prevede che le tutele collettive non possano comunque trovare applicazione nei confronti del dirigente che abbia superato i 67 anni di età. Il licenziamento intimato ai sensi dell'art. 22 citato – nella versione precedente all'accordo di modifica del 30 dicembre 2014, ma con argomenti ancora validi – è stato considerato discriminatorio perché disposto nei confronti di un dirigente che al momento del recesso, pur avendo superato il limite dell'età anagrafica, non era in possesso dei requisiti pensionistici di vecchiaia (Trib. Roma, 14 ottobre 2014, in *GiustiziaCivile.com*, 2015, 11 maggio). Peraltro, sempre l'art. 22, nella versione pre-accordo 30 dicembre 2014, che disponeva un limite di età anagrafica diverso per il dirigente uomo e il dirigente donna, era stato dichiarato nullo in quanto discriminatorio

di risoluzione del rapporto di lavoro e, dunque, il venir meno della regola della giustificatezza ai fini del diritto all'indennità supplementare, nei confronti del dirigente che sia in possesso dei requisiti di legge per aver diritto alla pensione di vecchiaia ([35]).

Si deve da ultimo segnalare che, per espressa previsione legislativa, il regime di tutela di cui all'art. 18, commi 1-3, St. lav., come novellato dalla legge n. 92/2012 ([36]) «si applica anche ai dirigenti» (e ciò a prescindere dal numero dei dipendenti del datore di lavoro) ([37]), i quali go-

---

(*cfr*. App. Milano, 27 dicembre 2010, n. 1070, in *DL Riv. critica dir. lav*., 2011, 1, 214).

([35]) Secondo M. RUSSO, *Lavorare fino a settant'anni: disciplina, tutele ed effetti sul mercato del lavoro dell'art. 24 L. n. 214/2011*, in *Lavoro e Previdenza Oggi*, n. 5-6/2014, 273-290, che a sua volta richiama G. PROSPERETTI, *È applicabile al dirigente il principio di conservazione del posto di lavoro, ai sensi del c. 4, art. 24 D.l. 6/12/2011 n. 201 convertito in l. 22/12/2011 n. 214, che dispone l'incentivazione al proseguimento dell'attività lavorativa fino ai 70 anni di età?*, in *www.studioprosperetti.it*., anche i dirigenti sarebbero destinatari delle previsioni di cui all'art. 24, comma 4, D.l. 6 dicembre 2011, n. 201. Tale norma attribuirebbe al lavoratore il diritto di restare in servizio anche oltre i nuovi requisiti di età anagrafica previsti per la pensione di vecchiaia e fino ai settant'anni di età. Ciò comporterebbe l'impossibilità per il datore di lavoro di licenziare il dirigente, che abbia deciso di usufruire dell'incentivazione ivi contenuta, per il solo raggiungimento dell'età pensionabile (pena l'applicazione della tutela di cui all'art. 18 St. lav.). In una simile prospettiva, il potere datoriale di licenziamento *ad nutum* ne risulterebbe fortemente ridimensionato. V. tuttavia quanto evidenziato *infra*, in questo §.

([36]) V. *infra*, § 3.5.

([37]) *Cfr*. P. MORMILE, *L'ambito di residua applicazione del licenziamento* ad nutum, cit., 1285 ss.; M. DEL CONTE-B. FRATELLO, *La nuova disciplina delle tutele in caso di licenziamento illegittimo: il licenziamento per ragioni soggettive*, in *Il nuovo dirit-*

dranno, dunque, della tutela legale contro il licenziamento discriminatorio ai sensi dell'art. 3 legge n. 108/1990, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'art. 35 D.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (c.d. «Codice delle pari opportunità tra uomo e donna») o in violazione dei divieti di cui all'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (c.d. «Testo Unico in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità»), ovvero riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o, ancora, determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. ([38]). Peraltro, questo impianto non è stato toccato dalle rilevanti novità introdotte dal D.lgs. n. 23/2015 in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, attuativo del *Jobs Act*, giusta l'esclusione dei dirigenti dal suo campo di applicazione ([39]).

La seconda categoria di lavoratori passibili di essere licenziati *ad nutum* è composta dai prestatori di lavoro assunti in prova, fino a che l'assunzione diviene definitiva e, in ogni caso, fino a quando siano decorsi sei mesi dall'inizio del rapporto di lavoro. A mente dall'art. 2096, comma 3, c.c. durante il periodo di prova il datore di lavoro (così come il prestatore) può recedere dal contratto in qualsiasi momento ([40]) e senza l'obbligo di preavviso o di

---

to del mercato del lavoro, a cura di M. Persian-S. Liebman, Torino, 2013, 320; G. PELLACANI, *I Licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, 603.

([38]) V. *infra*, § 3.3.

([39]) V. *infra*, § 3.7.

([40]) Fermo restando che la durata dell'esperimento della prova – che rimane sospesa per la malattia o l'infortunio del lavoratore (Cass., 10 ottobre 2006, n. 21698, in *Giust. civ. Mass*., 2006, 10) – deve essere sufficiente e adeguato in relazione alla necessità di consentire a entrambe le parti di verificare l'interesse alla prose-

indennità, a meno che la prova sia stabilita per un tempo minimo necessario. In tale ultimo caso, la facoltà di recesso non può esercitarsi prima della scadenza del termine.

Come chiarito dalla Corte di cassazione, però, la discrezionalità del datore di lavoro nel recedere dal rapporto – il quale non è obbligato a fornire alcuna motivazione, neppure in caso di contestazione ([41]) – non è assoluta, dovendo essere esercitata in modo coerente con la causa del patto di prova. Di conseguenza, deve ritenersi illegittimo il licenziamento imputabile a un motivo estraneo alla verifica, da parte del datore di lavoro, delle qualità professionali, del comportamento e della personalità complessiva del lavoratore in relazione all'adempimento della prestazione ([42]). Particolare attenzione merita il recesso dalla prova convenuta con un disabile di cui alla legge n. 12 marzo 1999, n. 68 in tema di assunzioni obbligatorie, che non deve essere «determinato, o comunque influenzato dalle condizioni e dagli 'handicap' cui l'indicata legge ricollega l'obbligo di assunzione» ([43]).

Sul piano delle conseguenze di un licenziamento disposto durante il periodo di prova, l'illegittimità del recesso non determina l'applicazione delle tutele di cui all'art. 18 St. lav. o alla legge n. 604/1966, bensì la mera prosecu-

---

cuzione del rapporto di lavoro. *Cfr*. Cass., 13 settembre 2006, n. 19558, in *Giust. civ. Mass*., 2006, 9; Trib. Milano, 4 giugno 2007, in *DL Riv. critica dir. lav*., 2007, 4, 1243.

([41]) *Cfr*. Cass., S.U., 2 agosto 2002, n. 11633, in *Foro it*., 2002, I, 3000.

([42]) Cass., 17 novembre 2010, n. 23224, in *Il civilista*, 2011, 1, 16; Cass., 12 marzo 1999, n. 2228, in *Riv. it. dir. lav*., 1999, II, 802.

([43]) *Cfr*. Cass., 14 ottobre 2000, n. 13726, in *Giust. civ. Mass*., 2000, 2140; Cass., 9 aprile 2003, n. 5541, in *Giust. civ. Mass*., 2003, 4.

zione della prova per il periodo restante o il risarcimento del danno ([44]), salva l'ipotesi di nullità ([45]) del relativo patto ([46]).

Concludendo la rassegna delle ipotesi di libera recedibilità contemplate dall'ordinamento, l'art. 4 legge n. 108/1990 prevede che le disposizioni di cui agli artt. 18 St. lav. e 2 legge n. 604/1966 non si applicano nei confronti dei prestatori di lavoro ultrasessantenni, in possesso dei requisiti pensionistici, sempre che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 6 D.l. 22 dicembre 1981, n. 791 (convertito in legge 26 febbraio 1982, n. 54) ([47]). Una previsione analoga era contenuta nell'art. 11, comma 1, legge n. 604/1966, il quale però metteva sullo stesso piano – configurandoli quali pre-

---

([44]) Cass., 17 novembre 2010, n. 23231, in *Giust. civ. Mass*., 2010, 11, 1462; Cass., 21 gennaio 1985 n. 233, in *Foro it.*, 1985, I, 1345.

([45]) Causa di nullità del patto di prova è, per esempio, la mancata indicazione nel contratto di lavoro delle mansioni in ordine alle quali la prova deve effettuarsi (*cfr*., tra le molte, Cass., 19 agosto 2005, n. 17045, in *Giust. civ. Mass*., 2005, 6; Cass. 7 marzo 2000, n. 2579, in *Giust. civ. Mass*., 2000, 546), nemmeno *per relationem* (Cass. 18 luglio 2013, n. 17587, in *Giust. civ. Mass*., 2013; Cass., 20 maggio 2009, n. 11722, in *Giust. civ. Mass*., 2009, 5, 799).

([46]) V. Cass. 12 settembre 2016, n. 17921, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 13 settembre.

([47]) La norma dispone che coloro i quali, pur avendo maturato i requisiti pensionistici, non abbiano raggiunto l'anzianità contributiva massima «possono optare di continuare a prestare la loro opera fino al perfezionamento di tale requisito o per incrementare la propria anzianità contributiva e comunque non oltre il compimento del sessantacinquesimo anno di età». Inoltre, «l'esercizio dell'opzione deve essere comunicato al datore di lavoro almeno sei mesi prima della data di conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia».

supposti alternativi l'uno all'altro, e per questo dichiarato incostituzionale ([48]) – il raggiungimento dei requisiti di legge per godere della pensione di vecchiaia e il superamento del sessantacinquesimo anno di età. La materia è stata oggetto di numerosi interventi legislativi ([49]) – nel tempo svariatamente sottoposti al vaglio del Giudice delle leggi – e si impone ora all'interprete di coordinare le disposizioni citate con la riforma complessiva del sistema pensionistico operata dal D.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 2014 (il c.d. «decreto Salva Italia»). L'art. 24, comma 4, decreto Salva Italia, oltre ad avere innovato i requisiti per il conseguimento della pensione di vecchiaia, ha previsto che «il proseguimento dell'attività lavorativa è incentivato, fermi restando i limiti ordinamentali dei rispettivi settori di appartenenza, dall'operare dei coefficienti di trasformazione calcolati fino all'età di settant'anni, fatti salvi gli adeguamenti alla speranza di vita». Inoltre – prosegue la norma – «nei confronti dei lavoratori dipendenti, l'efficacia delle disposizioni di cui all'art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300 e successive modificazioni opera fino al conseguimento del predetto limite massimo di flessibilità».

Il sistema sopra delineato ha dato adito a un acceso dibattito giurisprudenziale in ordine alla legittimità del licenziamento intimato nei confronti del lavoratore in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia ma non ancora settantenne. In particolare, in giurisprudenza si è di-

---

([48]) Corte Cost., 14 luglio 1971, n. 174, in *Mass. giur. lav.*, 1971, 33; Corte Cost., 7 luglio 1986, n. 176, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 577.

([49]) Il riferimento è all'art. 6 D.l. 791/1981 cit., all'art. 6 legge 29 dicembre 1990, n. 407, all'art. 1 D.lgs. 30 dicembre 1992 n. 503, nonché all'art. 6, comma 2-*bis*, D.l. 31 dicembre 2007, convertito in legge 28 febbraio 2008, n. 31.

scusso in merito alla sussistenza di un vero e proprio diritto del lavoratore alla prosecuzione del rapporto di lavoro sino al compimento dei settant'anni di età ([50]), alle modali-

([50]) La giurisprudenza pare propensa a ritenere che il proseguimento dell'attività lavorativa sino al compimento del settantesimo anno di età non costituisca l'oggetto di un diritto potestativo del lavoratore (a fronte del quale vi sarebbe un obbligo del datore di lavoro di consentire la prosecuzione del rapporto). L'utilizzo del termine «incentivato» porterebbe, infatti, a ritenere che il decreto Salva Italia abbia, sul punto, un valore meramente programmatico, nel senso di costituire un invito alle parti di consentire la prosecuzione del rapporto fino ai settanta anni, coerentemente con l'impianto complessivo della riforma del sistema pensionistico che tende all'innalzamento dell'età pensionabile. Di conseguenza, in questa prospettiva, i giudici del lavoro concludono nel senso della necessità del consenso di entrambe le parti alla prosecuzione del rapporto di lavoro (*cfr*. Trib. Roma 5 febbraio 2015, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015, 9 aprile; Trib Roma, 16 gennaio 2015, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015, 28 maggio; Trib. Roma, 30 aprile 2014, in *Nuovo notiziario giuridico*, 2014, 2, 497; Trib. Roma, 14 aprile 2014, in *www.dejure.it*; Trib. Roma, 17 dicembre 2013, in *Dejure*, 2013; Trib. Roma, 5 novembre 2013, in *Dejure*, 2013). Pertanto, secondo questa ricostruzione della portata della norma – che si deve a V. FERRANTE, *Licenziamento dell'ultrasessantenne in possesso dei requisiti pensionistici per la pensione (art, 24, co. 4, D.l. 201/2011):* lex minus dixit quam voluit?, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 2, II, 219 ss. – in assenza di accordo tra le parti il datore di lavoro sarebbe libero di recedere *ad nutum* dal rapporto di lavoro al raggiungimento dell'età della pensione da parte del lavoratore. Invero, l'Autore ritiene che il rinvio all'art. 18 St. lav. contenuto nel comma 4 dell'art. 24 non possa costituire un riconoscimento della stabilità reale fino ai settant'anni, poiché la regola sulla necessaria giustificazione del licenziamento non è contenuta nella norma statutaria, bensì nella legge n. 604/1966, e l'estensione della tutela reale anche oltre l'età pensionabile è assicurata dall'art. 4 legge n. 108/1990. Al richiamo all'art. 18 St. lav. andrebbe, invece, attribuito un significato diverso, dalla duplice portata: esso, da un lato,

tà operative di applicazione del regime di cui all'art. 24, comma 4, decreto Salva Italia ([51]), nonché in ordine all'ap-

---

riaffermerebbe l'operatività della tutela contro il licenziamento discriminatorio anche nell'ambito dell'area della libera recedibilità, dall'altro, limiterebbe ai settant'anni il diritto all'indennità risarcitoria in caso di tutela reale. In dottrina, *cfr*. A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Padova, 2012, 622.

Non mancano voci di dissenso (*cfr*. Trib. Roma, 24 febbraio 2014, in *www.bollettinoadapt.it*; Trib. Milano, 10 aprile 2013, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2013; Trib. Milano, 18 dicembre 2012, in *Dejure*, 2013; Trib. Milano, 14 dicembre 2012, su *www.jusdicere.it*; Trib. Nola, 4 dicembre 2012, in *Il giurista del lavoro n. 6/2014*), secondo cui la norma in esame prevede un vero e proprio diritto, di fonte legale, alla continuazione del rapporto di lavoro sino al compimento dei settant'anni di età. *Cfr*. S. PICCININNO, *Età pensionabile e flessibile e cessazione del rapporto di lavoro nel sistema della riforma pensionistica del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, I, 31 ss.

([51]) Anche in merito alle modalità operative di applicazione del regime di cui all'art. 24, comma 4, decreto Salva Italia, non è possibile individuare un indirizzo univoco: una parte della giurisprudenza (Trib. Nola, 4 dicembre 2012, cit.) ritiene che per beneficiare degli incentivi di cui all'art. 24, comma 4, decreto Salva Italia sia necessità un'istanza del lavoratore con cui si richieda la prosecuzione del rapporto. Ciò sarebbe giustificato vuoi dalla previgente disciplina circa l'esercizio del diritto di opzione, non espressamente abrogata, vuoi dai principi generali dell'ordinamento, che imporrebbero al lavoratore di esercitare il diritto soggettivo attribuito dalla norma in ogni caso prima che il rapporto di lavoro sia cessato. In questo senso, *cfr*. G. CANAVESI, *Età pensionabile e prosecuzione del rapporto fino a settant'anni e licenziamento nella riforma pensionistica del 2011*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 665.

Di contro, secondo un'altra parte della giurisprudenza (App. Genova, 8 gennaio 2014, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 3, 787) l'istanza del lavoratore non sarebbe necessaria, con la conseguenza che il datore di lavoro non potrebbe «confidare sul pensionamento del lavoratore… semplicemente non potendosi a questo punto, il datore

plicabilità di tale disposizione anche a coloro che abbiano maturato i requisiti pensionistici prima del 31 dicembre 2011 ([52]).

Vero è che se il legislatore avesse inteso attribuire al lavoratore il diritto alla prosecuzione del rapporto fino al settantesimo anno di età, allora la disciplina del recesso *ad nutum* del lavoratore per raggiungimento dei requisiti pensionistici sarebbe ora imperniata sulla coesistenza di due differenti regimi: nel primo, proprio dei licenziamenti rientranti nell'area di applicazione dell'art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300 (il c.d. «Statuto dei lavoratori»), la tutela contro il licenziamento ingiustificato troverebbe applicazione fino al raggiungimento dei settant'anni; nel secondo, invece, applicabile ai dipendenti protetti dalla tutela c.d. «obbligatoria» ([53]), resterebbe la possibilità di licenziare *ad nutum* il lavoratore in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia anche se non ancora settantenne ([54]).

---

di lavoro, aspettare nulla fino a che il lavoratore non compia i settanta anni».

([52]) Pure con riferimento all'applicabilità dell'art. 24, comma 4, decreto Salva Italia a coloro che abbiano maturato i requisiti pensionistici prima del 31 dicembre 2011, non è possibile individuare una posizione chiara della giurisprudenza, che si è espressa, variamente, a favore (*cfr*. App. Genova, 8 gennaio 2014, cit.; Trib. Milano, 14 dicembre 2012, cit.; Trib. Nola, 4 dicembre 2012, cit.) e contro (*cfr*. App. Torino, 24 ottobre 2013, in *Dejure*, 2013; Trib. Genova, 11 novembre 2013, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 2, II, 219) tale soluzione. In dottrina, nel senso dell'applicabilità ai soli lavoratori non in possesso dei requisiti pensionistici a tale data, *cfr*. S. PICCININNO, *Età pensionabile e flessibile e cessazione del rapporto di lavoro nel sistema della riforma pensionistica del 2011*, cit., 31 ss.

([53]) V. *infra*, § 3.1.

([54]) F. FONTANA, *sub* art. 4 legge 11 maggio 1990, n. 108, cit., 1044; E. BARRACO, *Campo di applicazione e problemi di*

La delicatezza della questione e la posizione tutt'altro che univoca della giurisprudenza ha indotto la Sezione Lavoro della Corte di cassazione ([55]) a sottoporre la vertenza al primo presidente della Corte affinché ne valutasse l'assegnazione alle Sezioni Unite. L'atteso intervento chiarificatore non si è fatto attendere: con sentenza del 4 settembre 2015 ([56]), la Corte ha precisato la reale portata dell'art. 24, comma 4, decreto Salva Italia. Tale norma non deve essere letta quale attribuzione al lavoratore di un diritto potestativo alla prosecuzione del rapporto di lavoro, bensì quale mera previsione della «possibilità che, grazie all'operare di coefficienti di trasformazione calcolati fino all'età di settanta anni, si creino le condizioni per consentire ai lavoratori interessati la prosecuzione del rapporto di lavoro oltre i limiti previsti dalla normativa di settore».

Di conseguenza, può ora concludersi nel senso che – così come in passato – è la maturazione del diritto al pensionamento di vecchiaia ad incide sul regime del rapporto

---

coordinamento, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. Cester, 2013, 35 ss., che solleva dubbi di legittimità costituzionale; *cfr*. anche P. POZZAGLIA, *La prosecuzione incentivata del rapporto di lavoro sino al settantesimo anno di età*, in *Mass. giur. lav.*, luglio 2014, 7, 448 e 450 ss., il quale sposa, però, una interpretazione dell'art. 24 decreto Salva Italia parzialmente difforme, attribuendo alla norma altresì l'effetto di estendere fino al settantesimo anno di età anche per il lavoratore il cui rapporto non è soggetto alle garanzie di cui all'art. 18 St. lav. le diverse tutele contro il licenziamento immotivato dallo stesso godute fino al raggiungimento dei requisiti pensionistici.

([55]) Cass., 3 ottobre 2014, n. 23380, in *Foro it*., 2015, 2, I, 506.

([56]) Cass., S.U., 4 settembre 2015, n. 17589, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 4, II, 1160, con nota di F. MAFFEI, *La permanenza in servizio fino ai settant'anni e il necessario consenso del datore di lavoro*.

di lavoro, consentendo al datore di lavoro il recesso *ad nutum* ([57]) e non il raggiungimento di una data età anagrafica: ciò, ovviamente, salvo che «le parti abbiano consensualmente ritenuto di procrastinare la durata del rapporto» ([58]) in ossequio all'art. 24, comma 4, decreto Salva Italia. In tale ultima ipotesi, infatti, la tutela dell'art. 18 St. lav. ne risulterebbe estesa fino al compimento del settantesimo anno di età.

Peraltro, a seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 23/2015, la possibilità di una estensione convenzionale delle tutele statutarie viene a subire un – seppure lento – progressivo ridimensionamento; e ciò a causa della tecnica legislativa utilizzata dal legislatore del 2011. Deve ritenersi, infatti, che l'art. 24, comma 4, decreto Salva Italia non possa trovare applicazione nei confronti dei lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti ([59]), posto che l'introduzione della possibilità di estendere fino al settantesimo anno di età la tutela contro il licenziamento illegittimo – in presenza di un accordo tra datore di lavoro e prestatore circa la prosecuzione del rapporto – è operata per il tramite di un esplicito rinvio all'art. 18 St. lav., che non è a essi applicabile. È indubbio, invero, che l'estensione di una disciplina in termini temporali può operare unicamente nei confronti di chi già ne è assoggettato ([60]).

([57]) Cass., 20 marzo 2014, n. 6537, in *Giust. civ. Mass*., 2014; Cass., 5 marzo 2003, n. 3237, in *Giust. civ. Mass*., 2003, 450.

([58]) Cass., S.U., 4 settembre 2015, n. 17589, cit.

([59]) V. *infra*, § 3.7.

([60]) *Cfr*. l'approfondimento della Fondazioni Studi dei consulenti del lavoro del 9 aprile 2015, Jobs Act *e licenziamento per raggiungimento dei limiti pensionistici*, in *www.consulentidellavoro.it*. *Contra* M. TREMOLADA, *Il campo di*

2.3. Il licenziamento per giusta causa e il licenziamento per giustificato motivo, soggettivo e oggettivo

Nell'ambito del recesso causale, i presupposti sostanziali di legittimità dell'esercizio del diritto di recesso del datore di lavoro consentono di distinguere tra giusta causa e giustificato motivo di licenziamento, quest'ultimo nella sua duplica accezione, oggettiva e soggettiva.

Come noto, già nell'impostazione originaria del codice civile del 1942 la giusta causa permetteva (e permette tuttora) l'estromissione immediata del prestatore di lavoro (anche nel caso di rapporto di lavoro a tempo determinato),

---

applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, a cura di F. Carinci-C. Cester, *ADAPT Labour Studies e-Book series*, 46, 15 ss.

Peraltro, laddove fosse stata accolta la concezione dell'art. 24, comma 4, decreto Salva Italia quale fonte di un diritto alla prosecuzione del rapporto di lavoro fino ai settant'anni di età e si fosse ritenuta applicabile tale disposizione anche ai dirigenti (v. *supra*, in questo §): una volta perfezionato il superamento dell'art. 18 St. lav. a opera del D.lgs. 23/2015, i dirigenti sarebbero stati gli unici lavoratori sottratti al potere del datore di lavoro di licenziamento *ad nutum* per il solo raggiungimento dell'età pensionabile. I dirigenti, infatti, sono esclusi dal campo di applicazione del D.lgs. n. 23/2015 sul contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (v. *infra* § 3.7), per il quale non può operare l'estensione dell'art. 18 St. lav. – previo accordo tra datore di lavoro e lavoratore in tal senso – disposta dall'art. 24, comma 4, decreto Salva Italia. *Contra* M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, cit., 24, secondo cui «l'applicabilità della norma in esame anche ai destinatari delle tutele crescenti dovrebbe… desumersi dal fatto che il decreto presuppone l'ambito di applicazione dei preesistenti regimi delle conseguenze dell'illegittimità del licenziamento».

senza l'obbligo per il datore di lavoro di dare il preavviso o di pagare l'indennità sostitutiva.

La definizione di giusta causa viene data direttamente dalla legge, secondo la tecnica della clausola generale: a mente dell'art. 2119 c.c., la giusta causa è una «causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto». Appare subito evidente che, come per tutte le formule elastiche, teleologicamente aperte a spunti ricostruttivi mutevoli nel tempo ([61]), i contorni del concetto di giusta causa sono tutt'altro che certi e anzi sono stati, e sono ancora, ampiamente discussi in dottrina e in giurisprudenza ([62]), anche alla luce delle previsioni della contrattazione collettiva ([63]).

([61]) G.M. MONDA, *Il licenziamento individuale. Giusta causa. Giustificato motivo*, in *Lavoro IV - Licenziamento,* Mobbing*, Processo del lavoro*, a cura di P. Cendon, Torino, 2009, 112.

([62]) Nella casistica giurisprudenziale, è stata per esempio ritenuta giusta causa di licenziamento la c.d. «insubordinazione», consistente nella ripetuta violazione delle direttive impartite dal datore di lavoro (*cfr*. Cass., 24 marzo 2015, n. 5878, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 25 marzo), la lunga assenza ingiustificata dal luogo di lavoro (*cfr*. Cass., 1 dicembre 2014, n. 25380, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 2 dicembre), o ancora lo svolgimento di attività lavorativa durante l'assenza per malattia per altro datore di lavoro (Cass. 22 maggio 2015, n. 10627, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 25 maggio). *Cfr*. anche quanto riportato da R. DIAMANTI-M. PAPALEONI, *sub* art. 3 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013, 908-919.

([63]) Sebbene la giusta causa di licenziamento sia una nozione legale – e, dunque, il giudice, per un verso, non è vincolato dalle eventuali previsioni contenuto nel contratto collettivo applicabile e, per altro verso, può escludere, in considerazione delle circostanze concrete che lo hanno caratterizzato, che il comportamento del lavoratore costituisca di fatto una giusta causa, pur essendo qualificato come tale dal contratto collettivo (Cass., 18 febbraio

Un primo criterio interpretativo è dato dal secondo comma dell'art. 2119 c.c., secondo cui «non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda». La rilevanza di una simile previsione è chiara: le situazioni contemplate dalla norma, a bene vedere, rappresentano ipotesi di obiettiva impossibilità di prosecuzione del rapporto e, pertanto, in assenza di una esplicita esclusione, sarebbero astrattamente idonee a costituire giusta causa di licenziamento. Allora si comprende che il legislatore ha inteso ricondurre alla nozione di giusta causa soltanto quegli eventi che sì sono tali da impedire una prosecuzione anche provvisoria del rapporto di lavoro, ma che allo stesso tempo sono ascrivibili al lavoratore: sono, dunque, estranei al concetto di giusta causa gli eventi oggettivi

---

2011, n. 4060, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, 273) – a mente dell'art. 30, comma 3, D.lgs. n. 183/2010, «nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi». Inoltre, per consolidato orientamento giurisprudenziale, deve escludersi che, ove un determinato comportamento del lavoratore, invocato dal datore di lavoro come giusta causa di licenziamento, sia contemplato dal contratto collettivo come integrante una specifica infrazione disciplinare cui corrisponda una sanzione conservativa, essa possa formare oggetto di una autonoma e più grave valutazione da parte del giudice (*cfr*. Cass., 30 marzo 2016, n. 6465; Cass., 6 luglio 2016, n. 13787). A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 92/2012, la rilevanza delle previsioni di cui alla contrattazione collettiva ai fini della determinazione della forma di tutela da applicare al caso concreto è stata ulteriormente confermata: v. *infra*, § 3.4.

rientranti nella sola sfera giuridica del datore di lavoro e non già del lavoratore ([64]).

Ma anche tra questi ultimi, la loro idoneità a fare cessare immediatamente, senza obbligo di preavviso, il rapporto di lavoro è discussa. In particolare, posizioni differenti sono state espresse in merito alla rilevanza da attribuire a circostanze e fatti esterni al rapporto di lavoro. Secondo una prima teoria, c.d. «contrattuale» ([65]), costituirebbe giusta causa solo il grave inadempimento di un obbligo derivante dal contratto di lavoro. In questo modo – si sostiene – il lavoratore ne risulterebbe protetto, non potendo il datore di lavoro pretendere nulla di più che quanto strettamente dovuto quale prestazione lavorativa ([66]). Una seconda teoria, c.d. «oggettiva» ([67]), dà invece rilevanza anche a ogni fatto esterno al rapporto di lavoro che, per la sua gravità, sia tale da ledere il vincolo di fiducia che deve necessariamente sussistere tra datore di lavoro e lavoratore ([68]). In questa prospettiva, dunque, un ruolo centrale sarebbe giocato dall'elemento fiduciario del rapporto di la-

---

([64]) Per questa ricostruzione dell'istituto, *cfr*. G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 4; G.M. MONDA, *Il licenziamento individuale. Giusta causa. Giustificato motivo*, cit., 115. Per l'esistenza di una giusta causa non attinente alla condotta del lavoratore, v. *infra*, § 2.4, nota 129.

([65]) *Cfr*. M.V. BALLESTRETO, *Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamen*to, in *La disciplina dei licenziamenti*, a cura di F. Carinci, Napoli, 1991, 97.

([66]) *Cfr*. G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 5.

([67]) G. AMOROSO, *Estinzione del rapporto*, cit., 971-972.

([68]) È stato fatto notare come molti, invero, facciano rientrare nel concetto di inadempimento anche condotte non strettamente qualificabili come tale ma idonee a incidere sul rapporto fiduciario tra datore di lavoro e prestatore. *Cfr*. in tale senso R. DIAMANTI-M. PAPALEONI, *Sub* art. 3 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 903.

voro e non tanto dalla sua genesi contrattuale ([69]). Quest'ultima impostazione sarebbe supportata, oltre che dalla lettera della legge, da un argomento di ordine sistematico. In primo luogo – si fa notare – il legislatore del 1942, nel formulare la definizione di giusta causa sulla scorta di quanto già affermato dal R.D.l. 13 novembre, n. 1825 (recante «disposizioni relative al contratto d'impiego privato») ha preferito il temine «causa» a quello di «mancanza», quest'ultimo all'evidenza allusivo al concetto di inadempimento. Inoltre – si afferma – la parola «inadempimento» è stata espressamente utilizzata nella definizione di giustificato motivo soggettivo di cui all'art. 3 legge n. 604/1966, in un intento evidentemente definitorio-differenziante. Ove ciò non bastasse, un elemento dalla portata decisiva dovrebbe essere ravvisato nella legge 25 gennaio 1982, n. 17, la quale prevede espressamente la responsabilità disciplinare del lavoratore appartenente ad associazioni segrete: è chiaro che tale appartenenza, eventualmente giusta causa di licenziamento, non costituisce un inadempimento contrattuale, bensì una circostanza estranea al rapporto di lavoro ([70]).

Peraltro, nella concezione accolta dalla giurisprudenza, invero da sempre persuasa dalla teoria oggettiva ([71]), il comportamento del dipendente deve essere valutato non in astratto, bensì prendendo in considerazione le particolari circostanze e condizioni in cui è stato posto in essere, i modi, i suoi effetti e l'intensità dell'elemento psicologico

---

([69]) G.M. MONDA, *Il licenziamento individuale. Giusta causa. Giustificato motivo*, cit., 114.

([70]) *Cfr*. G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 5.

([71]) *Cfr*. Cass., 23 maggio 1992, n. 6180, in *Giust. civ*., 1992, I, 3035 ss. Da ultimo, *cfr*. Cass. 17 febbraio 2015, n. 3136, in *Giust. civ. Mass*, 2015, o ancora Cass., 30 gennaio 2013, n. 2168, in *Giust. civ. Mass*, 2013.

dell'agente, nonché la natura e la qualità del singolo rapporto, la posizione delle parti e il grado di affidabilità richiesto dalle specifiche mansioni del dipendente ([72]): si impone dunque, affinché possa essere ricondotta alla nozione di giusta causa, una valutazione in concreto della mancanza del lavoratore ([73]). È, inoltre, del tutto irrilevante che il pregiudizio economico subito dal datore di lavoro a causa del comportamento del lavoratore poi licenziato sia assente o di modesta entità, purché tale condotta sia, per gravità, tale da scuotere la fiducia del datore di lavoro in modo irreparabile ([74]).

Così delineato, senza pretese di esaustività ([75]), il concetto di giusta causa, occorre illustrare i tratti essenziali della nozione di giustificato motivo soggettivo, soprattutto allo scopo di distinguere il secondo dalla prima.

Una importante distinzione, sul piano degli effetti, tra giusta causa e giustificato motivo è subito evidente: soltanto la giusta causa permette il licenziamento in tronco del lavoratore, mentre la sussistenza di un giustificato motivo non esonera il datore di lavoro che intenda fare esercizio

---

([72]) *Cfr*. Cass., 25 giugno 2015, n. 13162, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 26 giugno; Cass., 20 settembre 2013, n. 21633, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 23 settembre; Cass., 26 luglio 2011, n. 16283, in *Giust. civ. Mass*., 2011, 7-8, 1117 ss.; o, ancora, Cass. 15 febbraio 2008, n. 3865, in *Dir. & prat. lav*., 2008, 2239 ss.

([73]) F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit. 385.

([74]) *Cfr*. Cass., 13 marzo 2013, n. 6354, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 15 marzo.

([75]) In questo contesto, devono in particolare essere menzionato i principi di immediatezza della contestazione e tempestività del licenziamento (v. *infra*, § 11) nonché il principio dell'immutabilità dei motivi (v. *infra*, § 3.6, spec. nota 137).

del proprio diritto di recesso dal dare il preavviso ovvero dal pagare la relativa indennità sostitutiva.

Quanto ai tratti sostanziali del concetto di giustificato motivo soggettivo, anche in questo caso la definizione è data dalla legge: l'art. 3, parte I, legge n. 604/1966 affema, infatti, che il licenziamento per giustificato motivo soggettivo con preavviso è determinato da «un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro». Non ogni inadempimento è, pertanto, idoneo a giustificare il licenziamento. Nelle parole del legislatore, l'inadempimento deve essere «notevole», dovendo intendersi per inadempimento notevole quello la cui gravità sia tale da integrare un livello minimo di rilevanza, ma non così grave da permettere l'estromissione immediata del lavoratore dal posto di lavoro ([76]). A questo fine, oggetto di accertamento da parte del giudice deve essere la reale entità e gravità del comportamento addebitato al dipendente, nonché il rapporto di proporzionalità tra sanzione e infrazione, anche e soprattutto sotto il profilo soggettivo della colpa ([77]).

([76]) *Cfr*. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 480, il quale rinvia, a sua volta, a P. TULLINI, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Milano, 1994 e F. MAZZIOTTI DI CELSO, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, Torino, 1991.

([77]) *Cfr*. Cass., 4 marzo 2013, n. 5280, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 5 marzo.

In dottrina si è discusso circa la riferibilità al concetto di «non scarsa importanza» di cui all'art. 1455 c.c. in tema di risoluzione (*cfr*. G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 16); a questo proposito, la giurisprudenza è costante nell'affermare che «l'inadempimento deve essere valutato in senso accentuativo rispetto alla regola della 'non scarsa importanza' di cui all'art. 1455 c.c.» (*cfr*. Cass., 22 marzo 2010, n. 6848, in *Diritto & Giustizia*, 2010).

Si deve, poi, rilevare come la concezione che si ritiene di accogliere in merito alla nozione di giusta causa giochi in questa sede un ruolo decisivo ([78]): per i fautori della teoria «contrattuale», la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo si differenzierebbero unicamente sotto il profilo quantitativo; invece, per i sostenitori della teoria «oggettiva», le differenze sarebbero anche qualitative. È, infatti, pacifico che, se ai fini della sussistenza della giusta causa la condotta del lavoratore nella sua vita privata è irrilevante in quanto estranea alla esecuzione della prestazione lavorativa, allora l'unica differenza tra giusta causa e giustificato motivo soggettivo potrà essere la «gravità» dell'inadempimento contrattuale ([79]), l'unico elemento meritevole di rilievo quale presupposto per il legittimo esercizio del diritto di recesso *ex* art. 2119 c.c.: l'inadempimento «grave» costituirà giustificato motivo soggettivo, l'inadempimento «gravissimo» giusta causa ([80]). Laddove, invece, si ammetta la rilevanza dei fatti estranei alla prestazione lavorativa, ma idonei a incidere sull'elemento fiduciario insito in ogni rapporto di lavoro quale possibile giusta causa di licenziamento, allora la differenza non risiede-

---

([78]) *Cfr*., a questo proposito, O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2016, 666, che rileva come, anche nell'ambito della tesi accolta da quella dottrina e giurisprudenza che sostiene che tra giusta causa e giustificato motivo vi sia una differenza meramente quantitativa, «resterebbero comunque nella sfera della giusta causa tutti quegli accadimenti e/o comportamenti estranei agli stretti obblighi contrattuali».

([79]) G. AMOROSO, *Estinzione del rapporto*, cit., 967.

([80]) *Cfr*. G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 17, ove l'Autore accosta il «grave» al «notevole» e il «gravissimo» al «notevolissimo». *Cfr*. anche R. DIAMANTI-M. PAPALEONI, *sub* art. 3 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 902-903.

rà nella sola gravità dell'inadempimento, bensì anche nella qualità del fatto integrante il presupposto sostanziale del licenziamento intimato: giusta causa sarà, non solamente l'inadempimento «gravissimo» – essendo, come detto, l'inadempimento «grave» un giustificato motivo soggettivo – ma altresì il fatto diverso da un inadempimento contrattuale tale da non consentire la prosecuzione, nemmeno provvisoria, del rapporto di lavoro ([81]).

L'art. 3 legge n. 604/1966 contiene (nella parte II) ([82]) anche la definizione di giustificato motivo oggettivo, da intendersi quale una o più «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa». Vale anche in questa sede quanto detto circa la tecnica legislativa seguita dal legislatore del 1966 che, tramite lo strumento delle «clausole generali» ([83]), se da un lato permette all'ordinamento di adeguarsi all'evoluzione della realtà sociale ([84]), dall'altro lato rimette all'interprete il compito di riempire di contenuto la for-

---

([81]) *Cfr*. G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 16-17.

([82]) Sulla necessità di riferirsi, per la definizione di giustificato motivo oggettivo, anche alla parte I dell'art. 3 legge n. 604/1966 – comunemente riferita al giustificato motivo soggettivo – ove prevede che «il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro», v. *infra*, in questo §, nota 89.

([83]) Non sono mancate opinioni contrarie alla interpretazione della nozione di giustificato motivo oggettivo in termini di clausola generale: *cfr*. P. TULLINI-F. LUNARDON, *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, a cura di F. Carinci, III, Torino, 1998.

([84]) C.M. BIANCA-S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Milano, 2002, 125.

mula legislativa con una conseguente e inevitabile indeterminatezza in ordine agli esatti confini dell'istituto ([85]).

Invero, mancando una tipizzazione legale delle ipotesi che concretamente integrano un giustificato motivo oggettivo di licenziamento ([86]), nella dottrina e nella giurisprudenza si registrano opinioni difformi; ciononostante, è possibile affermare che – in termini generali e non senza qualche differenziazione – vi è concordia nel ritenere che il giustificato motivo oggettivo comprenda «tutte le ipotesi in cui il licenziamento individuale del lavoratore non sia giustificato da una condotta colpevole di quest'ultimo» ([87]).

Inoltre, la dottrina ([88]) è solita distinguere due sottofattispecie di giustificato motivo oggettivo ([89]), fondate le

---

([85]) *Cfr*. P. ICHINO, *Sull'indeterminatezza delle nozioni di giusta causa e di giustificato motivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav*., 2001, II, 599 ss.; ID., *Appunti sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav*., 1999, III, 3 ss.; ID., *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, *Riv. it. dir. lav.*, 2002, 483 ss.

([86]) In questa sede, peraltro, mancano, a differenza di quanto avviene per le nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo, «elementi di riferimento esemplificativi nella contrattazione collettiva» (così G.M. MONDA, *Il licenziamento individuale. Giusta causa. Giustificato motivo*, cit., 130).

([87]) Così F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 390. *Cfr*., in termini analoghi, G.M. MONDA, *Il licenziamento individuale. Giusta causa. Giustificato motivo*, cit., 135; R. DIAMANTI-M. PAPALEONI, *sub* art. 3 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 919.

([88]) *Cfr*., tra i tanti, G. AMOROSO, *Estinzione del rapporto*, cit., 973; G.M. MONDA, *Il licenziamento individuale. Giusta causa. Giustificato motivo*, cit., 132; F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit. 390; S. CAIROLI, *Il licenziamento per motivi economici*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, a cura di G.

Santoro Passarelli, Torino, 2014, 1349. *Contra* M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, secondo il quale esulerebbero dal giustificato motivo oggettivo le situazioni riferibili alla persona del lavoratore.

([89]) L'ancoraggio di questa distinzione al dato normativo è discusso. Secondo alcuni, essa troverebbe conferma nella parte II dell'art. 3 legge n. 604/1966 – che richiama, complessivamente, le «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» – posto che i licenziamenti dovuti a specifiche esigenze aziendali sarebbero quelli intimati per «ragioni inerenti all'attività produttiva», mentre i licenziamenti intimati in relazione a situazioni oggettive del prestatore di lavoro sarebbero quelli disposti per ragioni inerenti «all'organizzazione del lavoro» (*cfr*. G.M. MONDA, *Il licenziamento individuale. Giusta causa. Giustificato motivo*, cit., 132). Secondo una differente impostazione, invece, il dato normativo di riferimento sarebbe l'art. 3 legge n. 604/1966, tanto nella I quanto nella II parte: il licenziamento per motivi economici (v. *infra*, in questo §) sarebbe quello intimato per «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» (parte I), mentre il licenziamento per ragioni oggettive riconducibili al lavoratore quello «determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro» non imputabile al prestatore (parte II): sarebbe quest'ultimo un inadempimento incolpevole, rilevante nella misura in cui determina l'impossibilità per il lavoratore di adempiere le proprie obbligazioni (F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2*, cit., 390). Ciò sarebbe confermato dall'insegnamento offerto da Cass., S.U., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Foro it.*, 1999, I, 197, secondo cui, come «nel diritto privato generale si distingue tra inadempimento imputabile e inadempimento non imputabile al debitore», qui «può dirsi che l'art. 3 l. n. 604 del 1966, parlando generalmente di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore, si riferisca sia alle ipotesi di inadempimento imputabile, che produce il licenziamento per giustificato motivo soggettivo, sia alle ipotesi di inadempimento non imputabile, che giustifica il licenziamento per motivo oggettivo». Invero, a seguito della riscrittura dell'art. 7 legge n. 604/1966 a opera della legge n. 92/2012, pare doversi rigetta-

une su ragioni oggettive di licenziamento riguardanti la persona del lavoratore, le altre su situazioni oggettive attinenti all'impresa. Il primo gruppo ricomprenderebbe situazioni personali del prestatore tutte riconducibili all'impossibilità oggettiva della prestazione ([90]), quali la sopravve-

---

re questa ultima impostazione, considerato che la norma – nell'assoggettare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo al tentativo obbligatorio di conciliazione di novella introduzione (v. *infra*, in questo §) – richiama espressamente l'art. 3, II parte.

([90]) S. CAIROLI, *Il licenziamento per motivi economici*, cit., 1349.

A ben vedere, proprio questo tratto comune – quello dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione – ha portato parte della giurisprudenza (minoritaria e più risalente) a ritenere che queste ipotesi di licenziamento non andrebbero ricondotte alla fattispecie del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, bensì assoggettate ai rimedi generali previsti dal diritto comune: nelle parole di Cass., 20 novembre 2002, n. 16375, in *Or. Giur. lav*., 2002, I, 831, da un lato, «la legislazione sui licenziamenti è, appunto, limitata a tale materia, e non disciplina le fattispecie estintive del rapporto di lavoro non dipendenti dalla volontà del datore di lavoro» e, dall'altro lato, «dal contratto di lavoro deriva un rapporto sinallagmatico in cui la prestazione di ciascuna delle parti trova la sua causa nella prestazione dell'altra, donde l'applicabilità dei principi dettati, in via generale, per ogni tipo di contratto, dagli artt. 1265 e 1463 c.c., per cui la sopravvenuta impossibilità della prestazione di lavoro, che non sia riconducibile ai casi di sospensione legale del rapporto previsti dagli artt. 2110 e 2111 cod. civ, e che si profili di durata indeterminata o indeterminabile, importa di regola la conseguenza della risoluzione del rapporto».

Peraltro, le conseguenze di questa impostazione non sono irrilevanti: se il punto di riferimento è l'art. 3 legge n. 604/1966, il rapporto si risolve solo quando viene intimato il licenziamento, senza che l'impossibilità sopravvenuta possa determinare una risoluzione di diritto del contratto (M. PANCI, *Licenziamento per inidoneità psico-fisica e per superamento del periodo di comporto*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro*

nuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore ([91]), la carcerazione preventiva ([92]), la revoca di autorizzazioni amministrative ([93]) e il superamento del periodo di comporto

---

privato e pubblico, a cura di G. Santoro Passarelli, Torino, 2014, 1331-1332), e al datore di lavoro non è richiesto di provare l'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse (G.M. MONDA, *Il licenziamento individuale. Giusta causa. Giustificato motivo*, cit., 135).

([91]) G. AMOROSO, *Estinzione del rapporto*, cit., 975. *Cfr*. anche M. PANCI, *Licenziamento per inidoneità psico-fisica e per superamento del periodo di comporto*, cit., 1328 ss. Per le peculiarità proprie del collocamento obbligatorio, *cfr*. R. DIAMANTI-M. PAPALEONI, *sub* art. 3 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 924, nonché A. AVIO, *sub* art. 10 legge 12 marzo 1999, n. 68, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013, 1410-1414.

([92]) G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 18. Peraltro, a mente dell'art. 24 legge 8 agosto 1995, n. 332, che ha aggiunto l'art. 102-*bis* disp. att. c.p.p., rubricato «reintegrazione nel posto di lavoro perduto per ingiusta detenzione», «Chiunque sia stato sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'art. 285 del codice ovvero a quella degli arresti domiciliari ai sensi dell'art. 284 del codice e sia stato per ciò stesso licenziato dal posto di lavoro che occupava prima dell'applicazione della misura, ha diritto di essere reintegrato nel posto di lavoro medesimo qualora venga pronunciata in suo favore sentenza di assoluzione, di proscioglimento o di non luogo a procedere ovvero venga disposto provvedimento di archiviazione». *Cfr*. L. CASTELVETRI-F. SCARPELLI, *La reintegrazione nel posto di lavoro perduto per ingiusta detenzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, III, 27; C. PISANI, *La reintegrazione nel posto di lavoro per ingiusta detenzione*, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 177.

([93]) G.M. MONDA, *Il licenziamento individuale. Giusta causa. Giustificato motivo*, cit., 136. Nella casistica giurisprudenziale, per la quale si rimanda a G. AMOROSO, *Estinzione del rapporto*, cit., 974, si ricorda, tra il resto, il difetto di un requisito stabilito per l'iscrizione dall'albo della gente dell'aria da parte di un

([94]). Il secondo gruppo, invece, sarebbe rappresentato dalle scelte organizzative e più in generale economiche dell'im-

---

lavoratore con mansioni di comandante (Cass., 10 novembre 1990, n. 10858, in *Giust. civ. Mass*., 1990, 11), l'ipotesi del ritiro da parte della autorità amministrativa del tesserino che consente al lavoratore aeroportuale l'accesso alla zona doganale (Cass., 28 febbraio 1992, n. 2461, in *Riv. it. dir. lav*., 1993, II, 351) o ancora il caso del ritiro del porto d'armi (Cass., 10 giugno 2015, n. 12075, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 11 giugno).

([94]) *Cfr*. G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 18.

Come noto, nel caso di infortunio, malattia, gravidanza o puerperio, il prestatore di lavoro ha diritto alla conservazione del posto di lavoro a norma dell'art. 2110 c.c. per il periodo stabilito dalla legge, dagli usi o secondo equità. È questo il c.d. «periodo di comporto», soltanto allo spirare del quale il datore di lavoro può recedere dal rapporto, ovviamente per ragioni connesse all'infortunio, malattia, gravidanza o puerperio.

Invero, la riconducibilità alla categoria del licenziamento per giustificato motivo oggettivo di quello intimato per superamento del periodo di comporto è tutt'altro che indiscussa. In dottrina, in particolare, si è affermato che il licenziamento per superamento del periodo di comporto è «una fattispecie autonoma di recesso con preavviso, distinta dal giustificato motivo e dotata, rispetto ad esso, di una propria autonomia e specificità» (M. PANCI, *Licenziamento per inidoneità psico-fisica e per superamento del periodo di comporto*, cit., 1342) e questo sulla scorta di quanto affermato dalla giurisprudenza, secondo cui «la fattispecie di recesso del datore di lavoro, per l'ipotesi di assenze determinate da malattia del lavoratore, tanto nel caso di una sola affezione continuata, quanto in quello del succedersi di diversi episodi morbosi (cosiddetta eccessiva morbilità), si inquadra nello schema previsto, ed è soggetta alle regole dettate dall'art. 2110 c.c., che prevalgono, per la loro specialità, sia sulla disciplina generale della risoluzione del contratto per sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione lavorativa, sia sulla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali» (Cass., 7 febbraio 2011, n. 2971, in *Not. giur. lav*., 2011, 202). Ferma nel ri-

presa: è questo il licenziamento per giustificato motivo og-

---

tenere il licenziamento intimato per superamento del periodo di comporto una fattispecie diversa dal licenziamenti per giustificato motivo oggettivo è, poi, quella giurisprudenza che non giudica applicabile al licenziamento per superamento del periodo di comporto l'art. 10, comma 4, legge n. 68/1999 – che prevede l'annullabilità del recesso esercitato nei confronti del lavoratore disabile occupato obbligatoriamente qualora, nel momento della cessazione del rapporto, il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente sia inferiore alla quota di riserva prevista dalla medesima legge – poiché la norma fa espressamente riferimento al «recesso di cui all'art. 4, comma 9, legge. n. 223/1991, ovvero [a]l licenziamento per riduzione di personale o per giustificato motivo oggettivo», e non anche gli altri tipi di recesso datoriale, ai quali le previsioni dell'art. 10 cit. non possono estendersi visto il loro carattere tassativo (così Cass., 26 febbraio 2015, n. 3931, in *Giust. civ. Mass*., 2015; *cfr*. anche Cass., 20 settembre 2012, n. 15873, in *Giust. civ. Mass*., 2012, 9, 1131). C*ontra*, nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 22 marzo 2013 e Trib. Milano, 1 luglio 2013 – in tema di applicabilità della procedura di conciliazione di cui all'art. 7 legge n. 604/1966 introdotta dall'art. 1, comma 40, legge Fornero, prima della modifiche chiarificatrici apportate dall'art. 7, comma 4, D.l. 28 giugno 2013, n. 76 (v. *infra*, § 2.3) – citate da M. BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *Arg. dir. lav.*, 4-5/2013, 1277, secondo cui il licenziamento per superamento del periodo di comporto sarebbe assimilabile al licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Quanto alle innegabili peculiarità proprie del licenziamento per superamento del periodo di comporto, la giurisprudenza è costante nell'affermare che «il superamento di quel limite è condizione sufficiente di legittimità del recesso, nel senso che non è all'uopo necessaria la prova del giustificato motivo oggettivo né della sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, né della correlata impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse, senza che ne risultino violati disposizioni o principi costituzionali» (Cass., 28 gennaio 2010, n. 1861, in *Giust. civ. Mass*., 2010, 1, 118).

gettivo «in senso stretto» ovvero per «motivi economici» ([95]).

È bene ricordare che per giurisprudenza consolidata, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo potrà dirsi legittimo soltanto al ricorrere di tre presupposti ([96]): la sussistenza delle ragioni produttive o organizzative espressamente richieste dall'art. 3 legge n. 604/1966, l'e-

---

([95]) La prima espressione è di A. TOPO, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Commentario alla riforma Fornero*, a cura di F. Carinci-M. Miscione, Milano, 2012, 63, ripresa da M. PANCI, *Licenziamento per inidoneità psico-fisica e per superamento del periodo di comporto*, cit., 1328, al quale Autore si deve la seconda.

Sul punto è interessante notare come il *Jobs Act* per riferirsi al licenziamento per giustificato motivo oggettivo utilizzi l'espressione «licenziamenti economici», la quale non è poi stata riproposta nel testo del D.lgs. attuativo n. 23/2015 (v. *infra*, § 3.7). Sulle interpretazioni astrattamente ipotizzabili dell'espressione, *cfr*. F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, a cura di F. Carinci-M. Tiraboschi, *ADAPT University Press*, 2015, 101 ss., il quale rileva la portata «riassuntiva» della formula utilizzata dal legislatore delegante, facendovi rientrare anche i licenziamenti collettivi.

([96]) *Cfr*. F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 390-391.

Peraltro, ai sensi dell'art. 10, comma 4, legge 12 marzo 1999, n. 68, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore occupato obbligatoriamente è annullabile qualora, nel momento della cessazione del rapporto, il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente sia inferiore alla c.d. «quota di riserva». *Cfr*. A. AVIO, *sub* art. 10 legge 12 marzo 1999, n. 68, cit., 1410-1414.

sistenza di un nesso causale tra la ragione posta alla base del licenziamento e il recesso intimato nonché l'assolvimento da parte dell'azienda del c.d. «obbligo di *repêchage*». Quanto al primo presupposto, ciò che si richiede è che le esigenze aziendali ([97]) siano effettive e non pretestuose

([97]) Nell casistica giurisprudenziale, tali ragioni sono comunemente identificate nella soppressione del posto o del reparto cui è addetto il singolo lavoratore (Cass., 16 marzo 2015, n. 5173, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 16 marzo) e in un riassetto organizzativo dell'azienda attuato al fine di una gestione più economica e deciso dall'imprenditore, non pretestuosamente e non semplicemente per un incremento di profitto (Cass., 24 febbraio 2012, n. 2874, in *Giust. civ. Mass*., 2012, 2, 220; *contra* Cass., 10 maggio 2007, n. 10672, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 989 ss., con nota di M. NOVELLA, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, e P. ICHINO, *Il costo sociale del licenziamento e la perdita aziendale attesa per la prosecuzione del rapporto come oggetto del bilanciamento giudiziale*; *cfr*. P. ICHINO, *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di licenziamento per motivi economici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 838 ss., ove l'Autore rileva come in ogni licenziamento intimato per motivi diversi da quello disciplinare l'interesse dell'imprenditore sia sempre rappresentato dall'evitare una «perdita». Muovendo da una concezione «assicurativa» del contenuto del rapporto di lavoro, l'Autore giunge ad affermare che il compito del giudice sia, dunque, quello di valutare se tale perdita possa o meno essere «ragionevolmente accollata all'impresa», e che tale valutazione deve necessariamente essere fatta caso per caso).

Sulla soppressione del posto di lavoro quale fattispecie di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, *cfr*. M. VICECONTE, *La 'soppressione del posto di lavoro' come giustificato motivo oggettivo di licenziamento del lavoratore subordinato* ex *art. 3, legge 15 luglio 1966*, n. 604, in *Lav. prev. oggi*, 1993, 872 ss.

È stato considerato giustificato motivo oggettivo, per ragioni inerenti l'attività produttiva, il rifiuto del lavoratore al trasferimen-

([98]), ma non anche necessariamente eccezionali e imprevedibili ([99]). È costantemente affermato che il giudice non

---

to conseguente allo spostamento della sede aziendale (*cfr*. Cass., 14 novembre 2013, n. 25615, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 1614, con nota di R. DULIO, *Lo spostamento dell'unica sede aziendale rende legittimo il trasferimento del lavoratore, anche se tutelato dalla legge 104*). Invero, sul punto, non mancano pronunce che riconducono il licenziamento intimato a seguito del rifiuto non assistito da valide ragioni alla giusta causa (Cass., 15 dicembre 2005, n. 27679, in *Giust. civ. Mass*, 2005, 9; Trib. Torino, 19 novembre 1994, in *Riv. it. dir. lav*., 1995, II, 828, con nota di G.L. PINTO, *Il controllo giudiziale sulla legittimità del trasferimento del lavoratore*; Trib. Pavia, 15 maggio 1979, in *Or. giur. lav*., 1979, 1106) o al giustificato motivo soggettivo di licenziamento (Cass., 29 agosto 1979, n. 4713, in *Giust. civ. Mass*., 1979, 8). Ciò non ha rilevanza meramente teorica, atteso che, configurandosi il licenziamento come sanzione disciplinare, dovranno trovare applicazione le garanzie di cui all'art. 7 St. lav. (Cass. 24 marzo 2010, n. 7045, in *Giust. civ. Mass*., 2010, 3, 425; Cass. 16 maggio 1997, n. 4389, in *Giust. civ. Mass*., 1997, 776). In dottrina, *cfr*. M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in *Il codice civile*, *Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1997, 631 ss.; A. VALLEBONA, *Mansioni e trasferimento nel lavoro privato e pubblico*, Torino, 2009, 1 ss.; F. CALÀ, *Il trasferimento del lavoratore*, Padova, 1999, 261 ss.; M.T. GOFFREDO-V. MELECA, *La mobilità professionale e geografica del lavoratore*, *Mutamento di mansioni, trasferimento e distacco*, Milano, 2012, 165 ss.; C. ZOLI, *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in *Dir. rel. ind*., 2014, 709 ss. Nel senso della giusta causa, v. recentemente Cass., 14 luglio 2016, n. 14375, secondo cui, peraltro, la legittimità del trasferimento è questione pregiudiziale all'accertamento della legittimità del licenziamento disciplinare intimato in ragione della mancata presa di servizio presso la nuova sede.

([98]) Cass. 15 maggio 2015, n. 10038, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 18 maggio. Sul controllo giudiziale in ordine alla sussistenza del motivo del licenziamento, *cfr*., in senso critico, P. ICHI-

può sindacare nel merito le scelte imprenditoriali, essendo queste ultime espressione della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. ([100]).

Se il vaglio giudiziale non può mai spingersi a sindacare l'opportunità e la congruità della scelta di gestione dell'impresa, esso deve invece essere volto alla verifica della sussistenza di un rapporto di consequenzialità tra la scelta imprenditoriale e la ragione fatta valere dal datore di lavoro nella motivazione del licenziamento, quale secondo presupposto di legittimità del licenziamento *ex* art. 3 legge n. 604/1966. Tale valutazione dovrà, nella sostanza, consistere in un esame della coerenza del recesso con i motivi indicati dal datore di lavoro ([101]).

Ma anche laddove le esigenze addotte dal datore di lavoro alla base del licenziamento siano risultate reali e concrete, e il giudice abbia ritenuto sussistente il nesso

---

NO, *Le questioni aperte in materia di licenziamento per motivo oggettivo*, in *Arg. dir. lav*., 2007, 884 ss.

([99]) *Cfr*. S. CAIROLI, *Il licenziamento per motivi economici*, cit., 1352. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 6 luglio 1977, n. 2999, in *Riv. giur. lav*., 1979, II, 34.

([100]) Sebbene questa tesi sia ampiamente maggioritaria in giurisprudenza (*cfr*., tra le tante, Cass., 12 febbraio 2014, n. 3224, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 12 febbraio), il legislatore ha avvertito la necessità di una codificazione del principio della insindacabilità nel merito delle scelte imprenditoriali all'art. 30, comma 1, legge 4 novembre 2010, n. 183 (il c.d. «Collegato Lavoro»). Inoltre, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 1, comma 43, legge Fornero, l'inosservanza delle disposizioni in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto.

([101]) G.M. MONDA, *Il licenziamento individuale. Giusta causa. Giustificato motivo*, cit., 133. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 24 febbraio 2012, n. 2874, in *Giust. civ. Mass*., 2012, 2, 220.

causale tra tali ragioni e l'estromissione del lavoratore, il giustificato motivo oggettivo di licenziamento non potrà dirsi integrato in assenza di un terzo e ultimo presupposto, che qualifica questo tipo di recesso quale strumento di *extrema ratio* ([102]): l'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni, compatibili con la sua professionalità ([103]), alternative a quelle precedentemente svolte ([104]).

È questo il c.d. «obbligo di *repêchage*», per il cui assolvimento la Corte Suprema ha avuto modo di precisare che, proprio in forza del già richiamato principio di libertà dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., «la legge non obbliga il datore di lavoro a creare apposite unità dove collocare il personale non altrimenti utilizzabile nelle mansioni proprie della produzione svolta» ([105]).

Proseguendo nell'esplicitato intento classificatorio, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo si distingue da quello intimato per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo – questi ultimi accomunabili nella figura del licenziamento c.d. «disciplinare» non solo «ontolo-

---

([102]) *Cfr.* Cass., 11 dicembre 2013, n. 27651, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 12 dicembre.

([103]) L'obbligo di *repêchage* del datore di lavoro va riferito esclusivamente alle attitudini e alla formazione di cui il lavoratore è dotato al momento del licenziamento, con esclusione, in capo al datore, dell'obbligo di fornire tale lavoratore di un'ulteriore o diversa formazione per salvaguardare il suo posto di lavoro (così Cass., 11 marzo 2013, n. 5963, in *Foro it*., 2013, 5, I, 1502).

([104]) In merito all'onere di allegazione e di prova dell'assolvimento dell'obbligo di *repêchage*, v. *infra*, § 14.

Sul tema dei riflessi sull'onere di *repêchage* della riforma dell'art. 2103 c.c. a opera del D.lgs. 81/2015, si consenta il rinvio a M. PERSIANI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo o obbligo di repêchage*, in *Giur. it.*, 2016, 1167.

([105]) Cass., 23 aprile 2010, n. 9700, in *Argomenti dir. lav*., 2011, 146.

gicamente», ma anche nella prospettiva degli oneri procedurali imposti dalla legge ([106]) – oltre che sul piano dei presupposti, pure per la relativa procedura di intimazione.

Ovviamente, tanto per il licenziamento disciplinare, quanto per quello per giustificato motivo oggettivo vige la regola della forma scritta ([107]). Nella seconda ipotesi, però, l'indicazione dei motivi dovrà essere contestuale all'intimazione del recesso ([108]), mentre il procedimento di cui all'art. 7 St. lav. previsto per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari richiede la preventiva contestazione dell'addebito da parte del datore di lavoro, con possibilità, per il lavoratore, di farsi sentire a sua difesa ([109]).

La ricognizione degli aspetti procedurali potrebbe dirsi conclusa, senonché il legislatore del 2012 ha integralmente sostituito l'art. 7 legge n. 604/1966 prefigurando l'obbligo di procedere a un tentativo di conciliazione pre-

---

([106]) V. *infra*, in questo §.

([107]) V. *infra*, § 2.6.

([108]) A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 92/2012 (v. *infra*, § 3.2), che ha novellato l'art. 2, comma 2, legge n. 604/1966, «la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato». In passato, la norma prevedeva la possibilità per il lavoratore di chiedere nel termine di 15 giorni dalla comunicazione del licenziamento l'indicazione del motivi, che il datore di lavoro avrebbe a quel punto dovuto fornire per iscritto entro 7 giorni. Sulla richiesta dei motivi prima della legge n. 92/2012, *cfr*. M. AGOSTINI, *sub* art. 2 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013, 900-901.

([109]) Per una descrizione dettagliata delle fasi e della *ratio* del procedimento disciplinare quale procedimentalizzazione dell'esercizio del diritto potestativo di recesso del datore di lavoro, si consenta il rinvio a D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, Padova, 2012, 11 ss., spec. 22.

ventivo, così procedimentalizzando il potere datoriale di recesso ([110]), similarmente a quanto accade sul versante del licenziamento disciplinare ([111]): dal 18 luglio 2012, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ([112]), qualora disposto da un datore di lavoro avente i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, ottavo comma, St. lav. ([113]), deve essere preceduto da una comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla Direzione territoriale del lavoro contenente i motivi di licenziamento nonché le eventuali misure di

---

([110]) M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, a cura di M. Barbieri-D. Dalfino, Bari, 2013, 18; A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, in *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, a cura di F.P. Luiso-R. Tiscini-A. Vallebona, Torino, 2013, 52; M. D'ONGHIA, *Le modifiche procedurali: comunicazione dei motivi, conciliazione, preventiva obbligatoria e revoca del licenziamento*, in *Flessibilità e tutele della legge 28 giugno 2012 n. 92*, a cura di P. Chieco, Bari, 2013, 264.

([111]) V. *infra*, § 2.4.

([112]) Con esclusione di quello intimato per superamento del periodo di comporto (v. *supra*, in questo §, nota 94), nonché dei licenziamenti e delle interruzioni del rapporto di lavoro a tempo indeterminato di cui all'art. 2, comma 34, legge n. 92/2012.

([113]) La circostanza che l'ambito di operatività della procedura di conciliazione preventiva di cui all'art. 7 legge n. 604/1966, nella versione del 2012, sia stato agganciato dal legislatore alla sussistenza del requisito dimensionale di cui all'art. 18 St. lav. ha indotto autorevole dottrina ha parlare di «una sorta di parallelismo delle discipline del recesso», sulla falsa riga della nota teoria del «parallelismo delle tutele» (P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 152). In ordine alla teoria del parallelismo delle tutele e al requisito dimensionale di cui all'art. 18 St. lav., v. *infra*, § 3.1.

assistenza alla ricollocazione del lavoratore. Tale comunicazione, da trasmettere per conoscenza al lavoratore, è finalizzata a permettere alla Direzione territoriale del lavoro di convocare, nel termine perentorio di sette giorni dalla ricezione della richiesta, il datore di lavoro e il prestatore dinanzi alla commissione provinciale di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. ([114]).

La conciliazione è incentivata dal legislatore, il quale ha previsto che, se il tentativo ha esito positivo e prevede la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro ([115]), troveranno applicano le disposizioni in materia di assicurazione sociale per l'impiego (la c.d. «ASpI») nonostante la conseguente perdita del requisito dello stato di disoccupazione involontario ([116]). Se, invece, il tentativo di concilia-

([114]) È prevista una durata massima per l'espletamento del tentativo di conciliazione: la legge dispone espressamente che la procedura conciliativa si conclude entro venti giorni dal momento in cui la Direzione territoriale del lavoro ha trasmesso la convocazione per l'incontro, fatta salva l'ipotesi in cui le parti, di comune avviso, non ritengano di proseguire la discussione finalizzata al raggiungimento di un accordo, e ferma restando la facoltà di sospensione, per un massimo di quindici giorni, in caso di legittimo e documentato impedimento del lavoratore a presenziare all'incotro.

([115]) Secondo M. AGOSTINI, *sub* art. 7 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013, 933, l'accordo raggiunto in sede di conciliazione ha a oggetto esclusivamente la cessazione del rapporto di lavoro, ferma restando la possibilità di conciliare e transigere altra questione controversa ex art. 2113 c.c.

([116]) Ora «NASpI»: *cfr*. interpello Min. Lav., 24 aprile 2015, n. 13, nonché Circ. INPS, 12 maggio 2015, n. 94. Inoltre, sempre in caso di esito positivo del tentativo di conciliazione, può essere previsto, al fine di favorirne la ricollocazione professionale, l'affidamento del lavoratore ad un'agenzia per il lavoro, di collocamento o di ricollocamento professionale.

zione fallisce (o, in ogni caso, decorso il termine perentorio di sette giorni di cui sopra) il datore di lavoro sarà libero di comunicare al lavoratore il licenziamento, al quale viene dalla legge attribuita efficacia retroattiva dal giorno della comunicazione con cui il procedimento di conciliazione è stato avviato ([117]).

Per l'ipotesi in cui il contenzioso, fino a quel momento in potenza, sfoci in un giudizio avanti l'autorità giudiziaria, dalla mancata presentazione di una o entrambe le parti al tentativo di conciliazione il giudice può desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 c.p.c., e il comportamento complessivo delle parti è valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 18, comma 7, St. lav. ([118]) nonché per l'applicazione degli artt. 91 e 92 c.p.c.

([117]) *Cfr*. l'art. 1, comma 41, legge n. 92/2012, che fa salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva, nonché, in ogni caso, l'effetto sospensivo disposto dalle norme del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternità e della paternità, di cui al D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151. La disposizione legislativa citata prevede che gli effetti del licenziamento rimangano altresì sospesi in caso di impedimento derivante da infortunio occorso sul lavoro. A scanso di equivoci, poi, la legge chiarisce che il periodo di eventuale lavoro svolto in costanza della procedura si considera come preavviso lavoro. In merito a quest'ultimo aspetto, *cfr*. M. AGOSTINI, *sub* art. 7 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 933, e F. SCARPELLI, *Guida al la Riforma Fornero, Legge 28 giugno 2012, n. 92. Disposizioni in materia id riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, a cura di M. Fezzi-F. Scarpelli, *www.wikilabour.it*, 2012, 1, 78.

([118]) V. *infra*, § 3.5.

La procedura di conciliazione preventiva non si applica ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo disciplinati dal D.lgs. n. 23/2015 ([119]).

È appena il caso di precisare che i concetti di giusta causa e giustificato motivo restano invariati anche a seguito dell'entrata in vigore delle recenti e recentissime riforme del mercato del lavoro ([120]), le quali, però, impongono ora all'interprete di operare una gradazione nella insussistenza di tali presupposti di legittimità del licenziamento, avendo ricollegato una specifica forma di tutela ([121]) a ciascuna delle ipotesi di «graduale» mancanza di giusta causa o giustificato motivo ([122]).

2.4. Il licenziamento disciplinare

Grazie agli insegnamenti della Corte costituzionale e della Corte di cassazione ([123]), nell'attuale ordinamento

---

([119]) L'esclusione è espressamente stabilita dall'art. 3, comma 2, D.lgs. n. 23/2015 sul contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti: v. *infra*, § 3.7.

([120]) Tuttavia, è stato correttamente fatto notare come la riforma del 2012 abbia, in realtà, «supera[to] il versante sanzionatorio e incorpora[to] una rilevante modifica delle condizioni e delle regole di esercizio del potere datoriale», così che si dovrebbe ammettere che «la gradazione delle sanzioni influisce sul contenuto delle causali». Così P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, cit., 150 e 155: v. *infra*, §§ 3.2 e 5 nota 49.

([121]) V. *infra*, §§ 3.2 e 3.7.

([122]) *Cfr*. R. DIAMANTI-M. PAPALEONI, *sub* art. 3 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 902.

([123]) L'attuale assetto ricostruttivo dell'istituto si deve, infatti, a una serie di pronunce del Giudice delle legge e della Corte di cassazione (*cfr*. in particolare Corte Cost. 30 novembre 1982, n. 204, in *Foro it*., 1983, I, 854, e Cass., S.U., 1 giugno 1987, n. 4823, in *Mass. giur. lav*., 1987, 502), che hanno chiarito e completato lo

giuridico può dirsi pacifica l'esistenza dell'autonoma nozione di licenziamento disciplinare ([124]), da intendersi quale recesso datoriale espressione del potere disciplinare del datore di lavoro ([125]). In altre parole, il licenziamento disciplinare non è altro che una sanzione, evidentemente a

---

scarno dato normativo, rappresentato dagli artt. 2106 c.c., quale fonte del potere disciplinare del datore di lavoro, 7 St. lav., relativo alle garanzie procedimentali da seguire in caso di applicazione di una sanzione disciplinare, 2119 c.c. e 3 legge n. 607/1966, in tema di giusta causa e giustificato motivo soggettivo. *Cfr*. A. PILEGGI, *Il licenziamento disciplinare*, in *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, 269 ss.

([124]) G. AMOROSO, *Il licenziamento disciplinare*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, a cura di G. Santoro Passarelli, Torino, 2014, 1314, il quale nota come a seguito dell'emanazione della legge n. 92/2012 – il cui art. 1, comma 41, parla di «licenziamento intimato all'esito del procedimento disciplinare» – l'autonomia della definizione abbia un fondamento di diritto positivo.

([125]) *Cfr.* F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 403. In ogni caso, è pacifico in giurisprudenza che il potere di licenziamento è attribuito direttamente dalla legge al verificarsi di situazioni che ne integrino la giusta causa o il giustificato motivo, mentre il potere disciplinare, solo genericamente previsto dall'art. 2106 c.c., richiede, per il suo concreto esercizio, l'esigenza della predisposizione di una normativa secondaria d'integrazione e specificazione, con conseguente onere della pubblicità di quest'ultima (*cfr*. tra le tante Cass., 10 novembre 2004, n. 21378, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1).

Sulla natura «privatistica» o «collettiva» del potere disciplinare, si consenta il rinvio a F. MIANI CANEVARI, *Il sindacato sull'esercizio dei poteri privati dell'imprenditore*, in *Dir. lav.*, 1996, I, 137, e a G. VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, 1 ss. e, in particolare, per la seconda accezione, a M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare*, Padova, 1993.

carattere espulsivo e non conservativo ([126]), la cui comminazione è assistita – a garanzia del lavoratore – dalle garanzie procedimentali ([127]) di cui all'art. 7 St. lav. ([128]).

Dopo di che, l'autonomia della nozione di licenziamento disciplinare non significa che lo stesso costituisca una fattispecie distinta di licenziamento: il recesso datoriale ha natura disciplinare ogni qual volta sia motivato da un comportamento colposo, o comunque manchevole, del lavoratore. Il licenziamento disciplinare può essere, pertanto, definito «licenziamento per colpa», il quale copre interamente l'area del licenziamento per giustificato motivo soggettivo (come noto, intimato per un notevole inadempimento del prestatore) e, in parte, quella del licenziamento per giusta causa, dunque con l'esclusione – essenzialmente – del solo licenziamento per giustificato motivo oggettivo ([129]).

([126]) Si tratta, in particolare, della «massima sanzione disciplinare», *cfr*. Cass., 9 luglio 2015, n. 14311, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 10 luglio.

([127]) Sulle garanzie procedimentali ritenute applicabili al licenziamento disciplinare, *cfr*. G. AMOROSO, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 1320 ss. nonché E. RAVERA-G. RUSSO-F.V. PONTE-D. CARBONE-S. JACOVACCI, *Il licenziamento individuale*, cit., 92 ss.

([128]) R. DEL PUNTA, *Lezioni di diritto del lavoro*, Milano, 2006, 488; G. AMOROSO-V. DI CERBO, *Commentario allo Statuto dei lavoratori e alla normativa sui licenziamenti*, Milano, 2006, 212.

([129]) Cass., S.U., 1 giugno 1987, n. 4823, in *Mass. giur. lav*., 1987, 502. Nel solco interpretativo offerto dalle Sezioni Unite della suprema Corte di cassazione, estraneo al campo di applicazione del licenziamento disciplinare sarebbe anche il recesso per giusta causa intimato «per un fatto non attinente alla condotta del lavoratore» (G. AMOROSO, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 1315). A tale ultimo proposito, *cfr*. M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Padova, 2015,

È questo il punto di approdo di un faticoso iter ermeneutico-creativo che ha visto contrapposte molteplici teorie, il cui rifiuto o accoglimento era di rilevanza non certo secondaria: le varie tesi erano, per la precisione, volte a giustificare l'applicabilità o meno al licenziamento (per giusta causa o giustificato motivo soggettivo) della disciplina «procedimentale» contenuta nell'art. 7 St. lav. in tema di sanzioni disciplinari ([130]).

167, e soprattutto nota 6, al quale si deve una puntuale rassegna giurisprudenziale: in particolare, per Cass., S.U., 26 maggio 2011, n. 11559, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 5, 803, la mancanza del titolo legale di abilitazione all'insegnamento da parte degli insegnanti, che rappresenta un requisito di validità dello stesso contratto di lavoro, legittima il datore di lavoro a intimare il licenziamento per giusta causa; peraltro, alla luce delle peculiarità del rapporto di lavoro alle dipendenze di una organizzazione di tendenza, Cass., 8 luglio 1997, n. 6191, in *Dir. lav*., 1998, II, 82, ammette il licenziamento per giusta causa, a norma dell'art. 2119 c.c., per ragioni oggettive consistenti in un grave dissenso ideologico tra organizzazione e lavoratore svolgente mansioni di tendenza.

Respinge, invece, la tesi secondo cui vi sarebbero ipotesi di licenziamento per giusta causa non costituenti licenziamento disciplinare Cass., 21 luglio 2004, n. 13526, in *Or. giur. lav*., 2004, I, 669, sull'assunto che «o i comportamenti privati sono privi di interesse per il datore di lavoro, ed allora egli non può in alcun modo occuparsene, perché non è legittimato a sindacare comportamenti privati per lui irrilevanti; oppure il datore di lavoro li ritiene rilevanti e tali da comportare la risoluzione del rapporto, ed allora tale valutazione implica che essi incidano su obblighi accessori del rapporto e sul vincolo fiduciario; e cioè che abbiano una rilevanza disciplinare».

([130]) Con l'evidente incongruenza del sistema nel caso in cui l'art. 7 St. lav. fosse ritenuto inapplicabile, atteso che le garanzie ivi contenute avrebbero assolto alla loro funzione di tutela solo nel caso di sanzioni disciplinari conservative (*cfr*. M. NAPOLI, voce

Tutt'altro che pacifica era, infatti, la qualificazione del licenziamento disciplinare in termini di sanzione disciplinare ([131]). Al fine di negare l'applicabilità delle garanzie procedimentali dello Statuto dei lavoratori all'estromissione del prestatore dall'azienda, si sosteneva che l'art. 7 St. lav., nel regolare specificamente il campo di applicazione delle sanzioni disciplinari, aveva consolidato «in via definitiva il processo di separazione già in atto tra i licenziamenti e dette sanzioni» ([132]) in ragione della loro diversa natura: i primi intrinsecamente dotati di efficacia estintiva, le seconde di portata unicamente conservativa ([133]). A questa tesi si contrapponeva quella di chi ravvisava nel licenziamento disciplinare null'altro che la sanzione disciplinare più grave ([134]). Vi era poi la tesi c.d. «formale», di chi sosteneva che il licenziamento disciplinare fosse soltanto quello espressamente definito come tale dalla contrattazione collettiva: solo l'inserimento del licenziamento tra le sanzioni disciplinari sarebbe stato idoneo a determinare

---

Licenziamento, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, IX, Torino, 1993, 86).

([131]) Ora, si afferma pacificamente la comune appartenenza delle sanzioni conservative e del licenziamento disciplinare al *genus* delle sanzioni disciplinari (*cfr*. Cass., 25 novembre 1999, n. 13137, in *Riv. it. dir. lav*., 2000).

([132]) G. ZANGARI, voce *licenziamento*, in *Enc. dir.*, XXIV, Torino, 1974, 686, secondo cui «tutto il sistema procedurale costruito dall'art. 7… dà per presupposta la natura conservativa delle pene, cioè la loro attitudine a non mettere in discussione la continuità del rapporto».

([133]) G. ZANGARI, *Potere disciplinare e licenziamento*, Milano, 1971.

([134]) L. MONTUSCHI, *Il licenziamento è una pena privata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1972, 216.

l'applicabilità delle garanzie statutarie ([135]). In questo contesto, non era d'aiuto il dato letterale del quarto comma dell'art. 7 St. lav. – a mente del quale non possono essere disposte sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro «fermo restando quanto disposto dalla legge 15 luglio 1966, n. 604» – richiamato, indifferentemente, quale argomento contro o a favore di ciascuna delle tesi in discorso ([136]).

Una portata risolutiva ha avuto un noto arresto della Corte costituzionale ([137]) – che ha affermato l'illegittimità per violazione dell'art. 3 Cost., del primo, secondo e terzo comma dell'art. 7 St. lav., interpretati nel senso che siano inapplicabili ai licenziamenti disciplinari – nonché la successiva decisione della Corte di cassazione ([138]) che ha accolto l'impostazione c.d. «ontologica» del licenziamento disciplinare, nel senso che – come può dirsi ormai pacifico – il licenziamento ha natura disciplinare ogni volta che sia motivato da un comportamento imputabile a colpa, in senso lato, del lavoratore.

([135]) In senso critico, *cfr*. M. NAPOLI, voce *Licenziamento*, cit., 86-87.

([136]) P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 356.

([137]) Corte Cost., 30 novembre 1982, n. 204, in *Foro it*., 1983, I, 854, seguito da ulteriori decisioni del Giudice delle leggi, che hanno progressivamente esteso la portata precettiva dell'art. 7 St. lav. (v. *infra*, in questo §, nota 138).

([138]) Cass., S.U., 1 giugno 1987, n. 4823, in *Mass. giur. lav*., 1987, 502. Non meno importanti sono le ulteriori pronunce della suprema Corte di cassazione, tra cui merita di essere ricordata Cass., S.U., 30 marzo 2007, n. 7880, in *Riv. it. dir. lav*., 2008, 1, II, 14, secondo cui le garanzie procedimentali dettate dall'art. 7, commi 2 e 3, St. lav. devono trovare applicazione nell'ipotesi di licenziamento di un dirigente, a prescindere dalla specifica collocazione che lo stesso assume nell'impresa (*i.e.* anche se dirigente «apicale») (v. *supra*, § 2.2, nota 27).

Nel percorso evolutivo del licenziamento disciplinare nel nostro ordinamento giuridico, merita di essere segnalato il primo (e, a oggi, il solo) recepimento dell'espressione «licenziamento disciplinare» nel testo di un provvedimento legislativo, a opera del *Jobs Act*. Tale espressione non ricompare nella lettera del D.lgs. attuativo n. 23/2015, che parla, con il lessico consueto del legislatore del passato, di licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo, ma ciò, in realtà, ne conferma la piena corrispondenza ([139]).

Si deve da ultimo evidenziare che la nozione di licenziamento disciplinare – la cui autonomia concettuale, si è detto, non lo rende una separata fattispecie di recesso datoriale – va oltre il licenziamento causale per lambire l'area della recedibilità *ad nutum*. Invero, si ricorderà, anche nel residuo ambito del licenziamento libero il datore di lavoro può addurre una giusta causa di licenziamento ai sensi dell'art. 2119 c.c. al fine di sottrarsi al (solo) obbligo di dare il preavviso o di pagare la relativa indennità sostitutiva. Ebbene, anche in questa sede il diritto pretorio ([140]) ha finito per sancire l'operatività delle garanzie procedimentali di cui all'art. 7 St. lav. – in particolare, quelle della previa contestazione degli addebiti e dell'ammissione del lavoratore a rendere le sue giustificazioni – nei confronti del lavoratore che, ben potendo essere licenziato *ad nutum*

([139]) Per questo rilievo, *cfr*. F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità…*, cit., 74.

([140]) *Cfr*. Corte Cost., 25 luglio 1989, n. 427, in *Riv. giur. lav*., 1989, II, 195, e Cass., 4 marzo 1993, n. 2596, in *Riv. giur. lav*., 1993, II, 542, nonché Cass., S.U., 30 marzo 2007, n. 7880, cit. e Cass., 2 marzo 2006 n. 4614, in *Giust. civ. Mass*., 2006, 3, in merito al licenziamento del dirigente, che non è altro che una delle ipotesi di licenziamento assoggettato al regime della libera recedibilità.

ex art. 2118 c.c. sia stato invece estromesso senza preavviso ([141]), sulla base di una presunta colpevole mancanza del prestatore, con la conseguenza che «l'inosservanza delle regole procedimentali fissate dall'art. 7 legge n. 300 del 1970 preclude al datore di lavoro la possibilità di attribuire rilevanza, quale giusta causa di recesso, all'infrazione disciplinare e di conseguire, nell'area della libera recedibilità, l'effetto ad essa associato di esonero dal preavviso» ([142]).

2.5. Il licenziamento discriminatorio e le altre specifiche ipotesi di invalidità del recesso datoriale

All'art. 4 legge n. 604/1966 è stata per la prima volta codificata, a livello legislativo, la nozione di licenziamento discriminatorio quale autonoma fattispecie di licenziamento illegittimo, riferita, essenzialmente, al «licenziamento per rappresaglia per motivazioni ideologiche» di cui all'accordo interconfederale del 1965 sui licenziamenti individuali ([143]).

([141]) Deve dunque ritenersi irrilevante il motivo disciplinare non esternato (così, G. AMOROSO, *Estinzione del rapporto*, cit., 753).

([142]) Cass., 4 marzo 1993, n. 2596, in *Riv. giur. lav.*, 1993, II, 542.

([143]) Così O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 672. A mente dell'art. 4 legge n. 604/1966, è nullo, in quanto discriminatorio, «il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dell'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacabili… indipendentemente dalla motivazione adottata». La premessa di cui alla lett. c) dell'Accordo recita testualmente «affermato contrario allo spirito del presente accordo ogni licenziamento ed ogni atto… determinati di motivi di fede religiosa, di credo politico o di appartenenza ad un sindacato».

Nel tempo, la definizione normativa del licenziamento discriminatorio è andata ad allargarsi, e ora, in forza del rinvio operato dall'art. 3 legge n. 108/1990 – a sua volta richiamato dall'art. 18 St. lav. ([144]) – tanto all'art. 4 legge n. 604/1966 quanto all'art. 15 St. lav., il novero delle ragioni che rendono un licenziamento discriminatorio là dove ne abbiano determinato l'intimazione è ben più ampio: grazie alle modifiche apportate allo Statuto dei lavoratori dalla legge n. 903/1977 (sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro) e dal D.lgs. n. 216/2003 (in attuazione della Direttiva n. 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro), le discriminazioni rilevanti e vietate sono quelle di natura politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età nonché quelle basate sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali del lavoratore.

Anche a seguito delle recenti riforme sul contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, deve darsi piena continuità a tale nozione ([145]), nonostante l'art. 2 D.lgs. n. 23/2015, nell'enucleare – come in passato, secondo la tecnica normativa della delimitazione per rinvio

---

([144]) In particolare, l'art. 18 St. lav. commina la nullità del «licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'art. 3 legge n. 108/1990» e quest'ultima disposizione, rubricata «licenziamento discriminatorio» prevede che «il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'art. 4 legge n. 604/1966 e dell'art. 15 St. lav. è nullo… e comporta… le conseguenze previste dall'art. 18 St. lav.».

([145]) Il licenziamento discriminatorio ha continuato a trovare la propria definizione nell'art. 3 legge n. 108/1990 anche dopo la riscrittura dell'art. 18 St. lav. a opera della legge Fornero, secondo cui è nullo il licenziamento «discriminatorio ai sensi dell'art. 3 Legge 11 maggio 1990, n. 108»: v. *infra*, § 3.3.

([146]) – la fattispecie di licenziamento discriminatorio, abbia fatto espresso riferimento unicamente alle ragioni di cui all'art. 15 St. lav. La dottrina più attenta non ha, infatti, mancato di osservare che alla definizione contenuta nella norma statutaria dovesse riconoscersi una portata più «sostitutiva» che «integrativa» della precedente definizione ([147]).

Sempre valido è pure il principio secondo cui la qualificazione dell'intento discriminatorio è riservata al giudice di merito, che potrà e dovrà andare oltre la motivazione con la quale il licenziamento è stato formalmente intimato. Il legislatore si è, infatti, preoccupato di chiarire che la natura discriminatoria del recesso datoriale prescinde dalla motivazione addotta dal datore di lavoro ([148]).

Quest'ultima indicazione normativa non ha impedito a parte della giurisprudenza ([149]) di sostenere l'irrilevanza

---

([146]) *Cfr*. P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, a cura di G. Santoro Passarelli, Torino, 2014, 1295.

([147]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 672; E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel 'passaggio' dall'art. 18 Stat. Lav. all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, a cura di F. Carinci-C. Cester, *ADAPT Labour Studies e-Book series*, 46, 50. *Contra* F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*…, cit., 70 ss.

([148]) La nullità del licenziamento discriminatorio è comminata dagli artt. 4 legge n. 604/1966 e 3 legge n. 108/1990, da un lato, e 18 St. lav. e 2 D.lgs. n. 23/2015, dall'altro lato, rispettivamente «indipendentemente dalla motivazione addotta» e «indipendentemente dal motivo formalmente addotto».

([149]) *Cfr*. Cass., 22 agosto 2003, n. 12349, in *Giust. civ. Mass*., 2003, 7-8; Cass., 6 maggio 1999, n. 4543, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2000, I, 405, con nota di C. PETRELLA, *Sul licen-*

dell'intento discriminatorio, e quindi dello sforzo del lavoratore che lo alleghi e ne offra la prova, al sussistere di una giusta causa o di un giustificato motivo, oggettivo o soggettivo, di licenziamento. Tale impostazione, tuttavia, non è andata esente dalle critiche di quella dottrina ([150]) che – con una efficacia persuasiva innegabile, ma seguita solo da alcune pronunce ormai datate ([151]) – ha posto in luce come è proprio quando l'intimazione di un licenziamento di per sé giustificato si risolve in un atto discriminatorio del lavoratore che la tutela antidiscriminatoria acquista pieno significato: nella maggior parte dei casi ([152]), là dove il licenziamento sia comunque privo della necessaria giustificazione, il lavoratore avrà diritto alla specifica tutela pre-

---

ziamento per generico motivo illecito di un dipendente di una società in amministrazione straordinaria; Cass., 25 novembre 1980, n. 6259, in *Foro it.*, 1982, I, 157. Nella giurisprudenza di merito, *cfr*. Trib. Milano, 18 febbraio 2013, n. 3621, in *Dejure*, 2013.

([150]) F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, 193; ID., *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, Torino, 1991, 93; P. DI STEFANO, *Il licenziamento discriminatorio*, in *I licenziamenti individuali. Commento alla legge 11 maggio 199, n. 108*, a cura di G. Ferraro, Napoli, 1990, 123; C. ALESSI, *sub* art. 3 legge 11 maggio 1990, n. 108, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1991, 196; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 673.

([151]) *Cfr*. Cass., 13 giugno 1984, n. 3521, in *Giust. civ.* Mass., 1984, 6; Cass., 6 settembre 1980, n. 5154, in *Giust. civ. Mass*., 1980, 9.

([152]) Fa eccezione il licenziamento *ad nutum* (v. *supra*, § 2.2), nella cui area trova applicazione la specifica tutela contro il licenziamento discriminatorio, ma non anche, ovviamente, quella contro il licenziamento ingiustificato (v. *infra*, §§ 3.2 e 3.7). Non può, invero, omettersi che la «portata» delle tutele contro il licenziamento ingiustificato e contro il licenziamento discriminatorio è senz'altro differente, soprattutto alla luce delle novità legislative introdotte dal D.lgs. n. 23/2015 (v. *infra*, § 3.7).

vista dalla legge, e proprio solo ove quest'ultima non sia dovuta, perché il datore di lavoro abbia dimostrato la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, le sanzioni contro il licenziamento discriminatorio rappresentano l'unica possibile fonte di tutela.

Si è discusso a lungo sul carattere tassativo ([153]) o esemplificativo ([154]) dell'elencazione delle ragioni di discriminazione di cui all'art. 15 St. lav. ([155]).

([153]) *Cfr*. M. MARIANI, *sub* art. 3 legge 11 maggio 1990, n. 108, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013, 1042; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 672; M.V. BALLESTRERO-G. DE SIMONE, *Diritto del Lavoro*, Torino, 2013, 510; A. GUARISO, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Giornal. dir. lav. e rel. ind.*, 2014, 142, 354.

([154]) E. GHERA, *sub* artt. 15-16, in G. PROSPERETTI, *Commentario dello statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, 405; L. MONTUSCHI, *sub* artt. 15-16, in G. Ghezzi-F. Mancini-L. Montuschi-U. Romagnoli, *Lo statuto dei lavoratori*, Bologna-Roma, 1981, 21 ss.; R. BORTONE, voce *Discriminazione (divieto di)*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. comm*., 1990, V, 25; G. DE SIMONE, *sub* art. 4 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992, 368; G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Torino, 2013, 75; P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 4-5, I, 842. V. anche P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 432-433, secondo il quale al motivo discriminatorio deve essere equiparato non solo il motivo illecito ma anche il mero arbitrio o capriccio del datore di lavoro «in virtù del principio costituzionale che vieta l'esercizio dell'iniziativa economica in modi che ledano la libertà o la dignità della persona (art. 41 Cost.)».

([155]) In linea con la natura tassativa o esemplificativa dei fattori di discriminazione di cui all'art. 15 St. lav. è sorta la contrapposizione tra una concezione, rispettivamente, oggettiva e soggettiva del licenziamento discriminatorio Nel contesto di tale distinzione, controversa sarebbe la rilevanza da attribuire allo scopo,

Precisamente sul presupposto che le ragioni discriminatorie nominate avrebbero natura esemplificativa, la dottrina e la giurisprudenza hanno in passato ricondotto nell'alveo della tutela contro il licenziamento discriminatorio il licenziamento determinato da un motivo illecito determinante ([156]), primo fra tutti il licenziamento c.d. «ritorsivo» ([157]).

---

discriminatorio, perseguito dal datore di lavoro. *Cfr*. P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale*, cit., 1297-1298.

([156]) Si è così giunti a sanzionare con la c.d. «tutela reale» di cui all'art. 18 St. lav., come ridisegnata dalla legge n. 108/1990, anche il licenziamento intimato per motivo illecito determinante, in quanto applicabile al licenziamento discriminatorio a esso assimilato dall'interprete.

Prima della legge n. 108/1990, l'art. 4 legge n. 604/1966 sanzionava con la nullità il licenziamento discriminatorio senza nulla dire in merito alle conseguenze (C. ALESSI, *sub* art. 3 legge 11 maggio 1990, n. 108, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1991, 192-193). Nel silenzio della legge, vi era chi riteneva applicabile l'art. 18 St. lav. a prescindere dalla base occupazionale del datore di lavoro (*cfr*. M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975, 84) e chi, invece, ove non fosse integrato il requisito dimensionale di cui all'art. 35 St. lav. (v. *infra*, § 3.1), giudicava possibile ricorrere soltanto ai principi generali del diritto comune dei contratti (*cfr*. G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, 162), finendo a ogni modo per assicurare una tutela molto simile alla tutela reale (*cfr*. Cass., 8 luglio 1988, n. 4521, in *Giust. civ. Mass*., 1988, 7).

In ordine alla tutela contro il licenziamento discriminatorio apprestata dall'ordinamento a seguito delle recenti riforme, v. *infra*, §§ 3.3 e 3.8.

([157]) *Cfr*. Cass., 3 maggio 1997, n. 3837, in *Giust. civ. Mass*., 1997, 676; Cass., 6 giugno 2013, n. 14319, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 7 giugno, con nota di M. SCOFFERI, *L'intento discriminatorio deve essere provato dal lavoratore*.

È chiaro che dalla soluzione che si ritiene di potere accogliere discendono delle immediate conseguenze in ordine non solo, esternamente, ai rapporti tra licenziamento discriminatorio e licenziamento per motivo illecito, ma altresì, internamente, alla nozione stessa di licenziamento discriminatorio: in una «ricostruzione aperta» dell'istituto in commento ([158]), anche i licenziamenti intimati per un motivo illecito andrebbero ricondotti al concetto di licenziamento discriminatorio quali *species* di un più ampio *genus*, e non costituirebbero, invece, una autonoma fattispecie di licenziamento illegittimo ([159]).

Una conferma dell'autonomia delle due fattispecie è stata da molti colta nella riformulazione dell'art. 18 St. lav. a opera della legge Fornero che, nell'accomunare ai fini dell'individuazione della sanzione applicabile il licenziamento «discriminatorio ai sensi dell'art. 3 legge 11 maggio 1990, n. 108» e quello «determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c.», ha operato un vero e proprio riconoscimento legislativo di quest'ultima tipologia di recesso illegittimo ([160]).

([158]) In questo senso, *cfr*. G. DE SIMONE, *sub* art. 4 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992, 368; M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio o 'per motivo illecito determinante' alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, 641 ss.

([159]) P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale*, cit., 1297. *Cfr*. F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro*. 2., cit., 394.

([160]) M.T. CROTTI-M. MARZANI, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in *La nuova riforma del lavoro*, a cura di M. Magnani-M. Tiraboschi, Milano, 2012, 225 ss.; E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. Cester, Padova, 2013, 91 ss.;

Peraltro, la circostanza che tale espresso riferimento non sia stato riproposto all'art. 2 D.lgs. n. 23/2015 sul contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti non deve indurre l'interprete a un superficiale ripensamento ([161]): da un canto, infatti, il D.lgs. n. 23/2015 non ha abrogato l'art. 18 St. lav., ma ne ha soltanto limitato la portata applicativa ([162]) – con la conseguenza che la norma statutaria è tutt'ora in vigore, ivi incluso il riferimento al licenziamento determinato da un motivo illecito determinante – e, dall'altro canto, in un evidente intento semplificatorio, il legislatore del 2015 non ha riprodotto l'intero elenco delle fattispecie tipiche di licenziamento nullo contenuto nell'art. 18 St. lav. (tra cui, per l'appunto, il licenziamento per motivo illecito) ([163]), in favore di un generico

---

E. TARQUINI, *I licenziamenti discriminatori*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, a cura di M. Cinelli-G. Ferraro-O. Mazzotta, Torino, 2013, 253 ss.; L. CALAFÀ, *Sul licenziamento discriminatorio*, in *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, a cura di F. Amato-R. Sanlorenzo, in *www.magistraturademocratica.it*; G. DE SIMONE, *Tra il dire e il fare. Obiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella riforma Fornero*, in *Lavoro e diritto*, 2012, 606; E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo…*, cit., 51.

([161]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 724.

([162]) E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo…*, cit., 49.

([163]) Così, l'art. 2 D.lgs. n. 23/2015 non fa più espressa menzione del licenziamento «intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'art. 35 del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al D.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151», la cui autonomia concettuale è più difficilmente messa in discussione (v. *infra*, in questo §).

riferimento a ogni altra ipotesi di licenziamento «riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge» ([164]). Tale mancata riproposizione pare, dunque, potersi leggere nel contesto di una più estesa operazione di «sfrondamento» della previsione normativa.

Nella nuova formula legislativa di cui all'art. 2 D.lgs. n. 23/2015 ([165]) deve indubbiamente essere ricompreso il licenziamento intimato per un motivo illecito ([166]). La tradizionale ricostruzione della fattispecie elaborata della dottrina e della giurisprudenza è, infatti, incentrata sul combinato disposto degli artt. 1345 e 1418, comma 2, c.c. ([167]) – applicabili al licenziamento, a mente dell'art. 1324 c.c., in quanto atto unilaterale tra vivi avente contenuto patrimoniale ([168]) – che ne commina chiaramente la sanzione della nullità.

In particolare, in forza delle norme di diritto comune sopra richiamate, affinché il licenziamento possa essere dichiarato nullo, il motivo illecito deve essere «determinante», e dunque «l'unico determinante della volizione dato-

---

([164]) In merito alle conseguenze dell'inserimento a opera del legislatore del 2015 dell'avverbio «espressamente» nell'espressione legislativa riportata nel testo, v. *infra*, § 3.8.

([165]) V. *infra*, § 3.7.

([166]) E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo…*, cit., 55.

([167]) Secondo cui, rispettivamente, «il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe» e «producono nullità del contratto… la illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345….».

([168]) *Cfr*. G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 3; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 433; P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale*, cit., 1307; F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro*. 2., cit., 394.

riale» ([169]), ma, ovviamente, non deve essere «comune», stante la struttura unilaterale del recesso datoriale ([170]).

Analogamente, deve essere ricondotto «agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge» ([171]) il licenziamento intimato in frode alla legge ([172]) in forza del combinato disposto degli artt. 1344 e 1418, comma 2, c.c. ([173]), anch'essi applicabili al licenziamento in virtù dell'art. 1324 c.c.

Il problema della eventuale riconducibilità nell'alveo del licenziamento discriminatorio si è posto anche per i licenziamenti intimati in violazione dei divieti temporanei posti dalla legge a tutela della maternità e della paternità e del matrimonio ([174]). Vale in questa sede quanto detto ([175]) in relazione all'autonomia concettuale del licenziamento intimato per motivo illecito determinante e alla portata chiarificatrice da attribuire alla riformulazione dell'art. 18 St. lav. da parte della legge Fornero ([176]).

([169]) G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 3.

In giurisprudenza, sulla necessità del carattere esclusivo del motivo illecito, *cfr*. Cass., 5 aprile 2016, n. 6575, in *Foro it.*, 2016, 5, I, 1687, con nota di A.M. PERRINO.

([170]) *Cfr*. DI NUBILIA, *La rilevanza del motivo illecito di licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1980, II, 1027.

([171]) V. *infra*, § 3.8.

([172]) *Cfr*. DI NUBILIA, *La rilevanza del motivo illecito di licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1980, II, 1027; E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo…*, cit., 55.

([173]) P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale*, cit., 1305; F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro*. 2., cit., 395.

([174]) P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale*, cit., 1302.

([175]) V. *supra*, in questo §.

([176]) Con riferimento alle fattispecie di licenziamento illegittimo in parola, milita nel senso dell'autonomia, oltre alla stessa

La *ratio* delle disposizioni limitative in parola è comunemente ravvisata nella necessità, sentita dal legislatore, di evitare che il datore di lavoro potesse recedere dal rapporto di lavoro al fine di sottrarsi ai costi economici diretti e indiretti, anche di natura organizzativa, determinati dall'assenza della lavoratrice e del lavoratore nei casi presi in considerazione dalla norma ([177]).

Tali tipiche ipotesi di licenziamento nullo sono, precisamente, il licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'art. 35 del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna ([178]) e il licenziamento intimato in violazione dei divieti di cui all'art. 54 del Testo Unico in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità ([179]).

Quanto alla prima ipotesi, la legge prevede una presunzione di nullità del recesso datoriale esercitato «nel pe-

---

natura «nominata» del licenziamento, la previsione di cui all'art. 8, comma 2, lett. e), legge n. 148/2011, là dove dà autonoma rilevanza al «licenziamento discriminatorio», a quello «della lavoratrice in concomitanza del matrimonio», a quello «della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino», a quello «causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore» e a quello intimato «in caso di adozione o affidamento».

([177]) F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro*. 2., cit., 397.

([178]) Il Codice delle pari opportunità tra uomo e donna ha abrogato, sostituendola, la legge 9 gennaio 1963, n. 7.

([179]) Nel Testo Unico in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità sono confluite previsioni contenute in svariati testi normativi, e, in particolare, nella legge 30 dicembre 1971, n. 1204, nella legge 9 dicembre 1977, n. 903, nel D.lgs. 9 settembre 1994, n. 566, e nella legge 8 marzo 2000, n. 53.

riodo intercorrente dal giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio, in quanto segua la celebrazione, a un anno dopo la celebrazione stessa» ([180]). Tale presunzione può essere superata unicamente nel caso in cui il datore di lavoro sia in grado di allegare e dimostrare che il licenziamento della lavoratrice, avvenuto in tale periodo, è stato effettuato non a causa di matrimonio, ma per una delle seguenti ipotesi, da considerarsi tassative ([181]): colpa grave, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro, cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta, ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine.

Quanto al licenziamento intimato in violazione dei divieti posti a tutela della maternità e della paternità, le lavoratrici non possono essere licenziate dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione obbligatoria dal lavoro, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino ([182]).

In questo caso, oltre alle eccezioni al divieto previste in relazione al licenziamento a causa di matrimonio ([183]), è fatto salvo il diritto del datore di lavoro di recedere dal

---

([180]) Fatta eccezione per le sole lavoratrici domestiche.

([181]) P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale*, cit., 1301.

([182]) Per espressa previsione di legge, il divieto di licenziamento opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza, e la lavoratrice è tenuta a presentare al datore di lavoro idonea certificazione dalla quale risulti l'esistenza, all'epoca del licenziamento, delle condizioni che lo vietavano.

([183]) V. *supra*, in questo §.

rapporto di lavoro per esito negativo della prova eventualmente pattuita a norma dell'art. 2096 c.c. ([184]).

È altresì nullo il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore.

Il divieto di licenziamento si applica, inoltre, in caso di fruizione del congedo di paternità, al padre lavoratore per la durata del congedo e sino al compimento di un anno di età del bambino nonché, in caso di adozione e di affidamento, fino ad un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare. Specifiche previsioni sono dettate per l'adozione internazionale ([185]).

2.6. *(Segue)* Il licenziamento orale

Il licenziamento è un atto per il quale la legge prescrive la forma scritta *ad substantiam* ([186]). Infatti, a mente dell'art. 2 legge n. 604/1966, il recesso datoriale deve essere comunicato per iscritto al prestatore di lavoro e, se inti-

---

([184]) Una analoga esclusione era prevista dal d.P.R. 25 novembre 1976, n. 1026 recante il regolamento di esecuzione della legge n. 1204/1971. Tale previsione è stata, tuttavia, ritenuta illegittima con conseguente disapplicazione dell'atto amministrativo nel quale era contenuta (Cass., 22 aprile 1993, n. 4747, in *Giust. civ. Mass*., 1993, 724).

([185]) In caso di adozione internazionale, il divieto opera dal momento della comunicazione della proposta di incontro con il minore adottando, ovvero della comunicazione dell'invito a recarsi all'estero per ricevere la proposta di abbinamento.

([186]) *Cfr*. V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav*., 2012, I, 540, secondo cui «la forma scritta *ad substantiam* del recesso è confermata [dalla legge Fornero], con inefficacia del licenziamento orale e applicazione del regime reintegratorio 'forte'» (v. *infra*, § 3.3).

mato senza l'osservanza della forma scritta, è «inefficace» ([187]).

Si tratta indubbiamente di una disposizione posta a garanzia del lavoratore, volta a permettergli di comprendere le ragioni alla base del recesso datoriale, anche al fine di circoscrivere e delimitare la materia del contendere di un eventuale successivo giudizio, con la conseguenza che la verifica in sede giudiziale della legittimità del recesso dovrà farsi con esclusivo riferimento a tali motivi ([188]), in perfetta coerenza con il principio della immodificabilità della motivazione del licenziamento ([189]).

In passato, l'onere formale aveva un ambito di operatività assai limitato, non trovando applicazione nei riguardi dei datori di lavoro che occupassero fino a trentacinque dipendenti né dei prestatori di lavoro che fossero in possesso dei requisiti di legge per avere diritto alla pensione di vecchiaia o che avessero comunque superato il sessantacinquesimo anno di età ([190]).

Alla limitazione del recesso *ad nutum* operata dalla legge n. 108/1990 è corrisposta una speculare estensione dell'area di operatività del requisito formale ([191]), il quale è

([187]) In merito alle conseguenze di tale inefficacia, v. *infra*, §§ 3.3 e 3.8.

([188]) Così O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 652. In giurisprudenza, Cass., 13 febbraio 1987, n. 1597, in *Giust. civ. Mass*., 1987, 2.

([189]) *Cfr*. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 483.

([190]) La forma scritta era infatti prescritta solo per i destinatari della legge n. 604/1966, così come individuati dall'art. 11, comma 1, oggi abrogato.

([191]) *Cfr*. G. DE SIMONE, *sub* art. 2 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992, 114; M. AGOSTINI, *sub* art. 10 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 898.

stato invero esteso pure ai dirigenti ([192]), determinando così una, seppure parziale, sovrapposizione tra l'area della libera recedibilità e quella del recesso vincolato nella forma ([193]).

Oggi restano soggetti al principio della libertà delle forme i lavoratori domestici, i lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici, sempre che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto, e i lavoratori in prova ([194]).

Venendo al significato da attribuire alla prescrizione della forma *ad substantiam*, si deve anzitutto rilevare che – sebbene, come è stato osservato, «i requisiti di forma… conferiscono al licenziamento quella necessaria 'solennità' che dovrebbe evitare 'che l'estromissione del lavoratore avvenga avventatamente senza quella riflessione in qualche modo richiesta dalla comunicazione scritta'» ([195]) – non sussiste per il datore di lavoro l'onere di adoperare formule sacramentali di sorta ([196]), purché il licenziamento

---

([192]) Già prima dell'estensione del requisito formale al dirigente, molti contratti collettivi imponevano la comunicazione scritta del licenziamento (*cfr*. F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 400).

([193]) R. DE LUCA TAMAJO, *sub* art. 3 legge 11 maggio 1990, n. 108, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1991, 187.

([194]) Sostiene l'operatività del requisito della forma scritta per i lavoratori in prova M.G. GAROFALO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 1990, I, 180.

([195]) G. DE SIMONE, *sub* art. 2 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992, 115, che riporta F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Il licenziamento illegittimo*, cit., 208.

([196]) *Cfr*. Cass., 17 marzo 2009, n. 6447, in *Guida al diritto*, 2010, 2, 33; Cass., 13 agosto 2007, n. 17652, in *Giust. civ. Mass.*,

esprima l'inequivocabile volontà del datore di lavoro di recedere dal rapporto ([197]). Né si ritiene sussistente l'obbligo di sottoscrizione della lettera di licenziamento là dove vi siano elementi inequivocabilmente legati al datore di lavoro, tali per cui il licenziamento non possa essere equiparato a un recesso orale ([198]).

La giurisprudenza ha inoltre avuto modo di interrogarsi in ordine alle più svariate modalità di comunicazione del licenziamento e alla loro compatibilità con i requisiti legali, ritenendo ([199]) o meno ([200]) integrata la forma scritta prescritta dalla legge avendo a mente – a ben vedere – la natura recettizia del recesso datoriale piuttosto che la prescrizione di forma.

Si deve da ultimo rilevare come dal licenziamento intimato in forma orale debba essere mantenuto distinto dal

---

2007, 9; Cass., 11 settembre 2003, n. 13375, in *Giust. civ. Mass*., 2003, 9.

([197]) G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., 132; ID., voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 19.

([198]) Cass., 24 marzo 2010, n. 7044, in *Diritto e Giustizia*, 2010. Si deve, tuttavia, convenire con chi ritiene che, al di là dei casi di certezza sul mittente, il requisito formale impone la sottoscrizione da parte del datore di lavoro o di un suo rappresentante (M. AGOSTINI, *sub* art. 10 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 898).

([199]) Per esempio, Cass. 11 aprile 1980, n. 2319, in *Giust. civ. Mass*., 1980, 4, ha affermato l'idoneità della comunicazione a mezzo telex, ove risulti che il medesimo provenga dal datore di lavoro e che lo stesso sia pervenuto a conoscenza dell'interessato.

([200]) Invece, Cass., 20 aprile 1977, n. 1654, in *Dejure*, ha ritenuto inidonea l'affissione dell'atto di licenziamento nei locali dell'impresa, poiché l'affissione, se vale a esteriorizzare per iscritto l'atto, non basta a dare certezza che esso pervenga a conoscenza del lavoratore né a fissare il momento di tale conoscenza, rilevante ai fini del decorso del termine fissato per l'impugnazione del licenziamento.

licenziamento affetto da vizi procedurali e formali diversi dal difetto di forma scritta ([201]).

([201]) V. *infra*, § 3.6.

Sezione seconda

IL SISTEMA DELLE TUTELE

SOMMARIO: § 3. L'evoluzione della disciplina sostanziale delle tutele contro il licenziamento illegittimo. – § 3.1. Dal Codice civile del 1942 alla legge n. 108/1990, passando per lo «Statuto dei lavoratori»: la c.d. «tutela obbligatoria», l'introduzione della «reintegra» e la sua massima estensione. – § 3.2. La «legge Fornero» e la riduzione del campo di applicazione della «reintegra». – § 3.3. (*Segue*) La «tutela reale piena» o «forte». – § 3.4. (*Segue*) La «tutela reale attenuata» o «depotenziata». – § 3.5. (*Segue*) La «tutela indennitaria piena» o «forte». – § 3.6. (*Segue*) La «tutela indennitaria debole» o «dimidiata». – § 3.7. Il «*Jobs Act*» e l'ulteriore riduzione del campo di applicazione della «reintegra». – § 3.8. (*Segue*) La «tutela reintegratoria piena». – § 3.9. (*Segue*) La «tutela reintegratoria attenuata». – § 3.10. (*Segue*) La «tutela indennitaria piena». – § 3.11. (*Segue*) La «tutela indennitaria ridotta».

3. L'evoluzione della disciplina sostanziale delle tutele contro il licenziamento illegittimo

Passate in rassegna, senza alcuna pretesa di esaustività, le molteplici tipologie di licenziamento contemplate dal nostro sistema giuridico e dei relativi presupposti di legittimità – tipologie e presupposti esaminati secondo differenti criteri espositivi, imperniati vuoi sulla riconducibilità del licenziamento nell'area della libera recedibilità ovvero in quella della necessaria giustificatezza ([1]), vuoi, in quest'ultimo ambito, sulla configurabilità dell'una o del-

([1]) È questo il criterio che permette di distinguere tra il licenziamento *ad nutum* e il licenziamento causale: v. *supra*, § 2.2.

l'altra categoria giustificativa ([2]), vuoi, ancora, sugli specifici profili procedimentali di intimazione ([3]), vuoi, infine, sulla previsione a livello legislativo di alcune figure tipiche di licenziamento illegittimo ([4]) – occorre ora occuparsi dell'apparato sanzionatorio applicabile in conseguenza dell'illegittimità del recesso datoriale.

L'attuale regime delle tutele rappresenta il punto di approdo, certamente non definitivo ([5]), dell'evoluzione normativa che appare utile ripercorrere nelle sue tappe principali: la legge n. 604/1966, lo Statuto del lavoratori del 1970, la riforma di cui alla legge n. 108/1990, la legge Fornero del 2012 e il D.lgs. n. 23/2015 attuativo del *Jobs Act*.

3.1. Dal Codice civile del 1942 alla legge n. 108/1990, passando per lo «Statuto dei lavoratori»: la c.d. tutela «obbligatoria», l'introduzione della «reintegra» e la sua massima estensione

Si è detto che nell'impianto del Codice civile del 1942 il licenziamento trovava (e trova tutt'ora) la propria

---

([2]) La distinzione tra licenziamento per giusta causa e licenziamento per giustificato motivo, oggettivo e soggettivo, poggia su questo criterio: v. *supra*, §§ 2.3 e 2.4.

([3]) Questo criterio impone di considerare autonomamente il licenziamento disciplinare e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: v. *supra*, §§ 2.3 e 2.4.

([4]) Il riferimento è alle fattispecie di recesso esaminate *supra*, §§ 2.5 e 2.6.

([5]) Se non altro, perché il vecchio apparato sanzionatorio continuerà ad applicarsi, parallelamente al nuovo, sino alla sua (quasi) totale sostituzione. *Cfr*. G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *Jobs Act e licenziamento*, a cura di R. Pessi-C. Pisani-G. Proia-A. Vallebona, Torino, 2015, 62

disciplina negli artt. 2118 e 2119 c.c. ([6]). In tali norme, il legislatore ha codificato il principio della liberà recedibilità, facendo applicazione, nel contesto del rapporto di lavoro subordinato, del principio liberistico che pone il divieto di perpetuità dei vincoli obbligatori ([7]): «Ciascuno dei contraenti» – recita l'art. 2118, comma 1, c.c. – «può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti… dagli usi o secondo equità», ovvero – afferma l'art. 2119 c.c. – «senza preavviso… qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto».

Nella generale vigenza del principio della libera recedibilità, stante l'assoluta insindacabilità del potere di recesso datoriale ([8]), quale unica conseguenza dell'insussistenza della giusta causa di licenziamento, che il datore di lavoro avesse contestato al fine di recedere in tronco dal rapporto, al prestatore di lavoro sarebbe spettato il solo diritto al preavviso ([9]).

Tali conclusioni, nel contesto delle mutate condizioni socio-economiche del Paese, incominciarono ben presto ad apparire a molti inaccettabili ([10]). Le esigenze sempre più diffuse di una adeguata protezione del lavoratore nei con-

---

([6]) V. *supra*, § 2.2.

([7]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 646.

([8]) Ferma restando l'operatività dell'art. 1345 c.c. e della conseguente nullità del licenziamento determinato da un motivo illecito: *cfr*. G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 3 (v. *supra*, § 2.5).

([9]) A questo proposito, si consideri che a mente dell'art. 2118, comma 2, c.c., «In mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso».

([10]) *Cfr*. G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 6.

fronti del potere pressoché illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto a tempo indeterminato ricevettero una prima risposta nella regolamentazione introdotta dalla contrattazione collettiva, seppure nel ristretto settore dell'industria e con le limitazioni connaturate alla natura meramente pattizia delle tutele ivi contenute ([11]). Parallelamente, la dottrina, soprattutto costituzionalistica ([12]), ma non solo ([13]), diede vita a un movimento riformistico che si fece portatore delle istanze di superamento del regime codicistico ([14]), sollecitato dalla stessa Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 2118 c.c. per contrasto con gli artt. 4 e 41, comma 2, Cost. ([15]).

([11]) *Cfr*. M.V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975, 25. Devono essere segnalati l'accordo interconfederale del settore industriale del 7 agosto 1947, quello del 18 ottobre 1950 nonché quello del 29 aprile 1965.

([12]) Importanti sono le opere di U. NATOLI, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, 105 ss. o ancora ID., *Ancora sul diritto al lavoro e il licenziamento ad nutum*, in *Riv. giur. lav.*, 1965, II, 13 ss. e di C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, 148 ss.

([13]) *Cfr*. G. NOVARA, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Milano, 1961, le cui argomentazioni si muovevano all'interno della teoria del rapporto di lavoro e della sua struttura.

([14]) G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 6.

([15]) Corte cost., 9 giugno 1965, n. 45, in *Foro it.*, 1965, I, 1118 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, ma ciò non le ha impedito di rilevare come «il potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto a tempo indeterminato non costituis[se] più un principio generale del nostro ordinamento».

Malgrado l'esclusione dell'incompatibilità con la Costituzione ([16]), un fondamentale cambio di rotta si ebbe di lì a poco con l'entrata in vigore della legge n. 604/1966, con cui, per la prima volta, a distanza di oltre un secolo dal primo Codice civile della storia dell'Italia unificata ([17]), si affermò il principio della necessaria giustificazione del licenziamento, assurto oggi a «criterio di fondo» dell'ordinamento ([18]).

Nel sistema delle tutele di cui all'art. 8 legge n. 604/1966, all'accertamento dell'insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo faceva seguito la condanna del datore di lavoro a riassumere lavoratore entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versando una indennità da un minimo di cinque a un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione, avuto riguardo alla dimensione dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro e al comportamento delle parti. Questo regime – comunemente definito «debole» poiché si risolveva «in definitiva, in un maggiore onere economico» ([19]) – non si applicava al licenziamento «determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza a un sindacato e dalla partecipazione a attività sindacali», sanzionato con la nullità ([20]), né al licenziamento intimato in violazione del requisito della forma scritta, dichiarato inefficace ([21]).

([16]) Corte cost., 9 giugno 1965, n. 45, cit.

([17]) Il primo Codice civile del neocostituito Regno d'Italia fu emanato il 2 aprile 1965. Per questo rilievo, v. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 650.

([18]) Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46, cit.

([19]) Così testualmente G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 6: v. *infra*, §§ 4 e 5.

([20]) V. *supra*, § 2.5.

([21]) V. *supra*, § 2.6.

È bene notare che le tutele apprestate dalla legge n. 604/1966 avevano un limitato campo di operatività, trovando applicazione, in forza dell'art. 11, comma 1, solo ai datori di lavoro con almeno trentacinque dipendenti ([22]); in tutti gli altri casi, sopravviveva il regime della libera recedibilità di matrice codicistica.

Una successiva e ancora più forte rottura con il passato si verificò con l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori del 20 maggio 1970, con il quale il legislatore introdusse un regime di tutela «forte» o «reale» del posto di lavoro ([23]).

Il nuovo apparato sanzionatorio statutario assicurava la persistenza del rapporto di lavoro, «almeno in senso giuridico e malgrado l'eventuale opposizione datoriale al rientro in azienda» ([24]). Infatti, ai sensi dell'art. 18 St. lav., all'accertamento della insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, ovvero alla dichiarazione dell'inefficacia del licenziamento perché intimato in forma orale, conseguiva la condanna del datore di lavoro alla reintegra del lavoratore nel posto di lavoro e al risarcimento del danno subìto in una misura non inferiore a cinque mensilità di retribuzione, determinata secondo i criteri di cui all'art. 2121 c.c. per la liquidazione del trattamento di fine rapporto. Inoltre, per indurre il datore di lavoro a ottemperare al provvedimento di reintegra, l'art. 18 St. lav. preve-

---

([22]) Peraltro, la legge n. 604/1966 era rivolta unicamente agli impiegati e agli operai, con esclusione dei lavoratori in prova e dei prestatori di lavoro che fossero in possesso dei requisiti di legge per avere diritto alla pensione di vecchiaia o che avessero comunque superato il sessantacinquesimo anno di età.

([23]) T. TREU, *Lo Statuto dei lavoratori: vent'anni dopo*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1989, 6, 38; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 650: v. *infra*, §§ 4 e 5.

([24]) G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 8.

deva espressamente l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere al lavoratore le retribuzioni dovutegli in virtù del rapporto di lavoro fino alla data della effettiva reintegrazione.

Al pari della tutela debole del 1966, pure la tutela reale del 1970 aveva un limitato campo di applicazione: secondo un criterio incentrato «non [su]ll'impresa in sé o nel suo complesso, ma [su]lle unità produttive costituite al suo interno» ([25]), le garanzie di cui all'art. 18 St. lav. vennero rese applicabili dall'art. 35 St. lav. alle imprese industriali e commerciali che avessero sedi, stabilimenti, filiali, uffici o reparti autonomi (unità produttive) occupanti più di quindici dipendenti, oppure con una pluralità di unità produttive aventi meno di sedici dipendenti ma che occupassero, nel complesso, più di quindici lavoratori e operassero nell'ambito territoriale dello stesso comune ([26]).

La mancanza di un coordinamento espresso tra gli ambiti operativi del regime di tutela obbligatoria e di quello di tutela reale portò a un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale volto a chiarire per via esegetica i rap-

---

([25]) G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 9. Su questo specifico punto, *cfr*. Corte Cost, 6 marzo 1974, n. 55, in *Foro it.*, 1974, I, 959 ss., con nota di G. PERA, e in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 25 ss., con nota di S. CENTOFANTI, *Il licenziamento nelle piccole aziende e i presunti 'equilibri economico-sociali'*, secondo cui «sembra essere stata intenzione del legislatore di dare così giuridico rilievo… anche ai fini del licenziamento, all'unità produttiva distinta dalla complessa organizzazione imprenditoriale, nel cui ambito esso si delinea con carattere di autonomia, così dal punto di vista economico strutturale, come da quello finalistico o del risultato produttivo, nella più vasta area del mercato dei beni o dei servizi».

([26]) Per le imprese agricole, il limite occupazionale imposto dall'art. 35 St. lav. era, invece, pari a cinque, tanto per l'unità produttiva quanto per l'impresa nel suo complesso nel territorio comunale.

porti tra i due provvedimenti legislativi ([27]). La diatriba interpretativa trovò un componimento soddisfacente soltanto qualche anno più tardi, nella c.d. teoria «delle tutele parallele», sviluppatasi a partire dalla nota pronuncia del Giudice delle leggi n. 55 del 1974 ([28]).

Secondo tale teoria, le diverse tutele apprestate dall'ordinamento contro il licenziamento illegittimo si muoverebbero, parallelamente, su binari distinti ([29]), ciascuna nel rispettivo campo di applicazione. Si sarebbero venute così a creare tre differenti aree di tutela: una prima area, quella delle stabilità reale del rapporto di lavoro, garantita dall'art. 18 St. lav. ai lavoratori impiegati in unità produttive con più di quindici dipendenti; una seconda area, quella della tutela obbligatoria, assicurata dall'art. 8 legge n. 604/1966 ai lavoratori impiegati in unità produttive con meno di sedici dipendenti di imprese con almeno trentasei dipendenti; un'ultima area, quella del licenziamento *ad nutum* di cui all'art. 2118 c.c., applicabile ai lavoratori impiegati in unità produttive con meno di sedici dipendenti di imprese con meno di trentasei dipendenti ([30]).

Tuttavia, il discusso ([31]) equilibrio raggiunto era destinato a durare assai poco: alle differenti soluzioni ermeneutiche sostenute da più parti in ordine alla coesistenza

---

([27]) P. GENOVIVA, *I licenziamenti*, Torino, 1998, 22-26.

([28]) Corte cost, 6 marzo 1974, n. 55, cit.; Cass., S.U., 15 ottobre 1985, n. 5050, in *Foro it.*, 1985, I, 2876, con nota di M. PRESTIPINO.

([29]) G. DE SIMONE, *sub* art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992, 679-680.

([30]) G. DE SIMONE, *sub* art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, cit., 681.

([31]) *Cfr*. S. CENTOFANTI, *Il licenziamento nelle piccole aziende e i presunti 'equilibri economico-sociali'*, cit., 25 ss.

dei regimi di tutela ([32]), si aggiunse un diffuso malcontento nei confronti della perdurante estesa operatività della disciplina codicistica della libera recedibilità, la cui limitazione – «nell'attuazione di una politica sociale nonché in adesione ai principi internazionali» – era stata auspicata pure dalla Corte costituzionale ([33]). Di lì a poco il legislatore si decise a intervenire per scongiurare la portata potenzialmente dirompente del *referendum* dichiarato ammissibile nel febbraio del 1990 ([34]) «diretto, con l'abrogazione parziale dell'art. 35, comma 1, St. lav., ad ampliare la tutela dei lavoratori nelle unità produttive indipendentemente dal numero dei relativi dipendenti» ([35]).

I confini della tutela debole e della stabilità reale vennero ridisegnati con la legge n. 108/1990, che si sviluppò lungo due direttrici di intervento ([36]): da un lato, la generalizzazione della tutela obbligatoria, assurta a «tutela minima contro i licenziamenti illegittimi» ([37]), mediante l'espressa abrogazione dell'art. 11, comma 1, legge n.

([32]) G. PERA, voce *I) licenziamenti individuali*, cit., 9-11.

([33]) Corte cost., 14 gennaio 1986, n. 2, in *Riv. giur. lav.*, 1986, II, 230.

([34]) P. SANDULLI-A. VALLEBONA-C. PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Padova, 1990, 7 ss.

([35]) Corte cost., 2 febbraio 1990, n. 65, in *Foro it.*, 1990, I, 747.

([36]) R. ROMEI, *sub* art. 1 legge 11 maggio 1990, n. 108, in *Commentario, Legge 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali*, a cura di R. De Luca Tamajo-M. D'Antona, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1991, 139; *cfr*. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 731-735.

([37]) M.G. GAROFALO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 1990, I, 169 ss.; G. PERA, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, I, 251 ss.; G. DE SIMONE, *sub* art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, cit., 688, nota 56.

604/1966 ([38]); dall'altro lato, l'estensione dell'area della tutela reale tramite la ridefinizione del requisito dimensionale ([39]), l'introduzione di nuovi criteri di computo dei lavoratori ([40]), il superamento della distinzione tra datore di lavoro imprenditore e non imprenditore ai fini dell'applicabilità della tutela forte ([41]) nonché l'assoggettamento alle garanzie statutarie del licenziamento determinato da ragioni discriminatorie a prescindere dal numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro ([42]).

Per questa ridefinizione del campo di applicazione delle tutele, è stato correttamente osservato che alla legge n. 108/1990 deve essere riconosciuta una «portata storica» ([43]).

Venendo, nel dettaglio, ai nuovi contorni del requisito dimensionale per l'operatività dell'art. 18 St. lav. (non più contenuto nell'art. 35 St. lav.), a seguito della novella del 1990 la previsione statutaria risulta ora applicabile al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che, in ciascuna unità produttiva (sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo) nel quale ha avuto luogo il licenziamento, occupa alle sue dipendenze più di quindici lavo-

---

([38]) In merito alla portata dell'art. 11, comma 1, legge n. 604/1966, v. *supra*, in questo §, nel testo.

([39]) V. *infra*, in questo §, nel testo.

([40]) Sul punto, si consenta il rinvio a O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 729 ss.

([41]) *Cfr*. R. ROMEI, *sub* art. 1 legge 11 maggio 1990, n. 108, cit., 143, anche alla nota 18.

([42]) A questo proposito, v. *supra*, § 2.5, e *cfr*. le considerazioni svolte da R. ROMEI, *sub* art. 2 legge 11 maggio 1990, n. 108, in *Commentario, Legge 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali*, a cura di R. De Luca Tamajo-M. D'Antona, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1991, 177.

([43]) *Cfr*. U. ROMAGNOLI, *Piccole imprese e grandi traumi*, in *Lav. dir.*, 1990, 519.

ratori (o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo) nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti (e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti), anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti ([44]).

Anche l'apparato sanzionatorio della tutela obbligatoria e della stabilità reale è stato parzialmente rivisitato.

Quanto alla tutela debole di cui all'art. 8 legge n. 604/1966, all'assenza della giusta causa o del giustificato motivo continua a conseguire, in capo al datore di lavoro, l'alternativa tra la riassunzione entro il termine di tre giorni e il risarcimento del danno ([45]), ma dal 26 maggio 1990 l'importo dell'indennità dovuta al lavoratore è compreso fra un minimo di due mensilità e mezzo e un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto ([46]).

Quanto, invece, alla tutela forte di cui all'art. 18 St. lav., la versione della norma del 1990 prevede un «unico e indifferenziato trattamento, che prescinde dal tipo di vizio

---

([44]) Analoga previsione, uscita essenzialmente indenne dalla riforma del 2012, è ora contenuta nell'art. 18, comma 8, St. lav.: v. *infra*, § 3.2.

([45]) Con riferimento alla possibilità di optare per l'indennizzo, parla di «uscita di sicurezza» a disposizione del datore di lavoro P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 506.

([46]) Ai sensi dell'art. 8, secondo periodo, legge n. 604/1966, la misura massima dell'indennità può essere maggiorata fino a dieci mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a quattordici mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici lavoratori.

sottostante» ([47]): il giudice, con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento perché intimato oralmente o lo annulla in quanto privo di giusta causa o giustificato motivo, ovvero ne dichiara la nullità perché discriminatorio, ordina al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro e lo condanna al risarcimento del danno subìto stabilendo un'indennità, non inferiore a cinque mensilità, commisurata alla retribuzione globale di fatto e al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell'effettiva reintegrazione.

Oltre ad alcune novità terminologiche, la cui portata innovativa non è passata inosservata ([48]), e alla commisurazione del risarcimento dovuto alla retribuzione globale di fatto ([49]), la modifica più rilevante apportata dalla legge n.

([47]) A. NICCOLAI, *sub* art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992, 747.

([48]) Il riferimento è alle categorie concettuali di «risarcimento» e «indennità» utilizzate dal legislatore del 1990: *cfr*. M. D'ANTONA, *sub* art. 1 legge 11 maggio 1990, n. 108, in *Commentario, Legge 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali*, a cura di R. De Luca Tamajo-M. D'Antona, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1991, 166.

([49]) Mentre la versione originaria dell'art. 18 St. lav. distingueva tra il «risarcimento del danno» subìto dal lavoratore per il licenziamento illegittimo, non inferiore a cinque mensilità di retribuzione, e le «retribuzioni dovute al lavoratore in virtù del rapporto di lavoro dalla data della sentenza fino a quella della reintegrazione», il nuovo testo dalla norma, così come riscritto dalla legge n. 108/1990, parla unitariamente del «risarcimento del danno» subìto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione. A questo proposito è stato, tuttavia, osservato come la mancata distinzione nella lettera della legge tra i due periodi – il primo, dal licenziamento alla sentenza, e il secondo, dalla sentenza

108/1990 consiste nell'inserimento nell'art. 18 St. lav. di un nuovo quinto comma ([50]), ai sensi del quale, fermo restando il diritto al risarcimento del danno, al lavoratore è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro in sostituzione della reintegrazione, un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto ([51]).

Quest'ultima previsione, interpretata da alcuni quale tentativo di «monetizzazione della tutela reale» ([52]), è stata

---

alla reintegra – non significa che tale distinzione non possa e non debba essere operata sul piano concettuale. Infatti, la «indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto» di cui al nuovo art. 18 St. lav., «quanto al 'prima', è liquidazione definitiva del risarcimento per i danni provocati dal licenziamento… misurati… al momento della sentenza…, quanto al 'dopo', è condanna in futuro a pagare una somma pari alla retribuzione globale di fatto 'fino all'effettiva reintegrazione', vale a dire in funzione del ritardo nell'ottemperanza all'ordine del giudice». Così M. D'ANTONA, *sub* art. 1 legge 11 maggio 1990, n. 108, cit., 165, che ripropone la tesi sostenuta da M.G. GAROFALO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, cit., 169 ss.

([50]) O. MAZZOTTA-L. AMORIELLO, *sub* art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013, 787.

([51]) L'art. 18, comma 5, St. lav. del 1990 prosegue disponendo che «qualora il lavoratore entro trenta giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non abbia ripreso servizio, né abbia richiesto entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza il pagamento dell'indennità …, il rapporto di lavoro si intende risolto allo spirare dei termini predetti». A seguito della riforma del 2012, tale previsione – parzialmente modificata (v. *infra*, §§ 3.2 ss.) – è confluita nell'art. 18, comma 3, St. lav. In argomento, si consenta il rinvio a M. D'ANTONA, *sub* art. 1 legge 11 maggio 1990, n. 108, cit., 171-173.

([52]) U. ROMAGNOLI, *Piccole imprese e grandi traumi*, cit., 522.

ricondotta allo schema dell'obbligazione con facoltà alternativa dal lato del creditore. Infatti, come chiarito dal Giudice delle leggi, il creditore-lavoratore ha facoltà di pretendere, in luogo della prestazione dovuta in via principale, cioè la reintegrazione nel posto di lavoro, una prestazione diversa, di natura pecuniaria, che è dovuta solo in quanto dichiari di preferirla, e il cui adempimento produce, insieme con l'estinzione dell'obbligazione di reintegrare il lavoratore, la cessazione del rapporto di lavoro ([53]).

Discusso era anche ([54]) il momento in cui il rapporto di lavoro dovesse ritenersi estinto a seguito dell'esercizio del diritto potestativo di opzione da parte del lavoratore: sebbene, per giurisprudenza maggioritaria, il rapporto non avrebbe dovuto intendersi cessato per effetto della dichiarazione di scelta del lavoratore, bensì solo al momento e per effetto del pagamento dell'indennità sostitutiva ([55]), il

---

([53]) Così Corte cost., 4 marzo 1992, n. 81, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 20, con nota di E. BALLETTI, *L'indennità sostitutiva della reintegrazione e il tentativo obbligatorio di conciliazione* ex *artt. 1 e 5 l. n. 108/1990 al vaglio della Corte costituzionale*, in linea con quanto affermato da parte della dottrina: *cfr*. M. NAPOLI, *La tutela reale contro i licenziamenti*, in *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, a cura di F. Carinci, I, Jovene, 1991, 64 ss.; *contra* M. D'ANTONA, *sub* art. 1 legge 11 maggio 1990, n. 108, cit., 172.

([54]) In merito ai profili problematici relativi all'opzione introdotta dal legislatore del 1990, si consenta il rinvio a O. MAZZOTTA-L. AMORIELLO, *sub* art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, cit., 786 ss.

([55]) Corte cost., 4 marzo 1992, n. 81, cit.; Cass., 23 dicembre 2009, n. 27147, in *Riv. it. dir. lav*. 2010, 3, II, 544, con nota di F. DE FALCO, *Indennità sostitutiva della reintegrazione e facoltà di opzione: effetti risolutivi del rapporto e tecniche risarcitorie*; Cass., 19 luglio 2012, n. 12596, in *Guida al diritto*, 2012, 37, 68. *Contra* Cass., 26 novembre 2015, n. 24195, in *Diritto & Giustizia*,

legislatore ha mostrato di condividere l'opposto orientamento interpretativo ([56]).

3.2. La «legge Fornero» e la riduzione del campo di applicazione della «reintegra»

Solo nel 2012 il legislatore è intervenuto sull'assetto delineato dall'art. 18 St. lav. come modificato nel 1990, determinando il superamento di una prima fase, certamente eterogenea, dell'evoluzione del regime delle tutele contro il licenziamento illegittimo.

Invero, dell'equilibrio portato dalla norma statutaria da più parti si era incominciato a dubitare da tempo ([57]). Si era sostenuto, in particolare, che «l'eccessiva rigidità del mercato del lavoro italiano (di cui la tutela in materia di licenziamenti sarebbe la massima espressione) [avrebbe] scoragg[iato] gli investimenti esteri nel nostro paese, che è agli ultimi posti nelle graduatorie internazionali per la capacità di attrarre investimenti stranieri… L'art. 18 e l'interpretazione che viene data dai giudici alla giustificazione del licenziamento [avrebbero] spieg[ato] la 'vischiosità'

2015, 27 novembre, con nota di R. DULIO, *La scelta del lavoratore dell'indennità sostitutiva estingue il rapporto di lavoro e il diritto alle retribuzioni*; Cass., 18 febbraio 2015, n. 3237, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 19 febbraio 2015; Cass., 22 gennaio 2015, n. 1169, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 23 gennaio, con nota di M. TONETTI, *La scelta dell'indennità sostitutiva pone definitivamente fine al rapporto di lavoro*.

([56]) V. *infra*, § 3.2.

([57]) R. SCOGNAMIGLIO, *I Commento alla legge 28 giugno 2012, n. 92 sulla riforma del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 784.

del mercato del lavoro italiano» ([58]); inoltre – si è affermato – «la reintegra [avrebbe] fini[to] per tradursi per le imprese in una eccessiva rigidità in uscita con ricadute, non certo trascurabili, sotto il profilo occupazionale» ([59]).

Nel contesto di una grave crisi finanziaria ([60]), al fine di «realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione» ([61]), si è dunque ritenuto di dovere perseguire una più marcata flessibilità in uscita, «adeguando» – come esplicitato nella stessa legge Fornero – la disciplina del licenziamento «alle esigenze del mutato contesto di riferimento» ([62]). Tale flessibilità in uscita avrebbe contribuito – nelle intenzioni

---

([58]) Così, ma in senso critico, V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav*., 2012, I, 524, che riporta la tesa sostenuta da P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Milano, 2012, e M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, in *Arg. dir. lav*., 2012, n. 3, 613 ss. *Cfr*. ancora V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 111 ss. e spec. p. 113 ove l'Autore afferma che «la stessa tesi secondo cui l'art. 18 avrebbe scoraggiato nuove assunzioni è smentita da numerose ricerche che sottolineano come il *turn over* italiano (in sostanza la mobilità in entrata e in uscita dal mercato del lavoro e la creazione/distruzione di occupazione) siano tra i più elevati in Europa».

([59]) G. VIDIRI, *Le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 621, che riporta il pensione espresso da P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996.

([60]) R. SCOGNAMIGLIO, *I Commento alla legge 28 giugno 2012, n. 92 sulla riforma del diritto del lavoro*, cit., 784; O. MAZZOTTA-L. AMORIELLO, *sub* art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, cit., 775.

([61]) V. l'art. 1, comma 1, legge n. 92/2012.

([62]) V. l'art. 1, comma 1, lett. c), legge n. 92/2012.

del legislatore – a rendere il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, il «contratto dominante», la «forma comune di rapporto di lavoro» ([63]).

L'adeguamento perseguito si è tradotto in una revisione del regime sanzionatorio di cui all'art. 18 St. lav., nell'ambito del quale la reintegra non rappresenta più un rimedio dalla generale applicazione (*rectius* il rimedio), bensì una possibile forma di tutela in concorso con quella di natura economica: il sistema sanzionatorio statutario è stato graduato in una norma che garantisce una tutela diversa a seconda della tipologia di vizio che determina l'illegittimità del licenziamento, differentemente sanzionato in ragione del giudizio di gravità aprioristicamente operato dal legislatore ([64]). A grandi linee, è possibile affermare che la stabilità del rapporto di lavoro è assicurata soltanto a fronte dei vizi ritenuti più gravi, mentre nei casi di violazione meno rilevante la tutela offerta è meramente economica. Inoltre, la differenziazione delle tutele è costruita, oltre che sull'alternativa tra reintegrazione e tutela meramente risarcitoria, mediante l'attribuzione di una indennità economia più o meno consistente (in via esclusiva o complementare alla reintegra) a seconda della maggiore

---

([63]) V. l'art. 1, comma 1, lett. a), legge n. 92/2012.

([64]) *Cfr*. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav*., 2012, I, 424, secondo il quale «la scelta del tipo di reazione esperibile a tutela delle situazioni soggettive che sono state lese rientra nella discrezionalità politica del legislatore che viene esercitata attraverso una ponderazione comparativa dei valori e degli interessi contrapposti». Nonostante alcune perplessità, in dottrina è comune l'affermazione secondo cui le causali di licenziamento non sono state modificare dalla riforma: v. *infra*, § 6, nota 49.

o minore intensità del vizio che ha determinato l'illegittimità del licenziamento ([65]).

Anche la rubrica dell'art. 18 St. lav. rappresenta un chiaro indice rilevatore del cambio di marcia impresso dalla riforma del 2012, che alla specifica e non più attuale espressione «Reintegrazione nel posto di lavoro» ha sostituito quella generica e riepilogativa di «Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo» ([66]).

3.3. (*Segue*) La «tutela reale piena» o «forte»

Nel merito, all'art. 18 St. lav. la legge configura quattro diversi regimi sanzionatori.

Il primo – comunemente definito «tutela reale piena» o «forte» ([67]) – trova la sua fonte nei primi tre commi della norma e ripropone, non senza innovazioni, la «vecchia» tu-

---

([65]) *Cfr*. G. VIDIRI, *Le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, cit., 624.

([66]) Per questo rilievo, *cfr*. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo…*, cit., 429; G. VIDIRI, *Le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, cit., 629.

([67]) Per la prima espressione, *cfr*. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 697; per la seconda, *cfr*. invece A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo…*, cit., 429. Sull'assunto che la tutela di cui all'art. 18, commi 1-3, St. lav. non differisca da quella di cui all'art. 18, commi 4 e 7, St. lav. (v. *infra*, in questo §, nel testo) se non per la misura dell'indennità risarcitoria (A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 19), sarebbe più corretto parlare di tutela reale e risarcitoria forte, riferendo quest'ultimo termine alla «porzione risarcitoria» della tutela (v. *infra*, in questo §, nota 83).

tela reale ([68]): il datore di lavoro continua a essere condannato a reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro e a risarcire il danno subìto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, così come al prestatore di lavoro continua a essere riconosciuta la possibilità di optare, fermo restando il diritto al risarcimento del danno, per il pagamento di un'indennità in sostituzione della reintegra pari a quindici mensilità di retribuzione.

L'art. 18 St. lav. continua, inoltre, a prevedere la misura minima di cinque mensilità di retribuzione per il risarcimento del danno e l'obbligo accessorio per il datore di lavoro di versare i contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione.

Come nel passato, è il datore di lavoro a dovere invitare il lavoratore illegittimamente estromesso a riprendere servizio e, sempre che il prestatore di lavoro non abbia esercitato l'opzione sopra indicata – entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, o dall'invito del datore di lavoro, se anteriore a tale comunicazione – il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro il termine massimo di trenta giorni.

Per quel che riguarda i criteri di calcolo del risarcimento, il legislatore del 2012 ha precisato che dal relativo importo deve essere dedotto quanto percepito dal lavoratore, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative (il c.d. «*aliunde perceptum*»), tacendo in merito all'*aliunde percipiendum* (*i.e.* quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ri-

---

([68]) M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 18; A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 12.

cerca di una nuova occupazione) ([69]), la cui deducibilità ora deve, pertanto, ritenersi preclusa ([70]).

Quale ulteriore novità, la versione dell'art. 18 St. lav. novellata dalla legge Fornero, nell'individuare la base di calcolo del risarcimento del danno dovuto al prestatore di lavoro nonché dell'indennità sostitutiva della reintegra, si riferisce all'«ultima» retribuzione globale di fatto. Nel tentativo di comprendere l'esatta portata della previsione normativa, si è discusso se tale «ultima» retribuzione dovesse essere quella percepita dal lavoratore prima del licenziamento ovvero quella che avrebbe avuto il diritto di percepire all'atto dell'effettiva reintegrazione nel posto di lavoro se non fosse stato illegittimamente licenziato: sulla base della lettera della legge, che parla di retribuzione «maturata» dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, la dottrina più attenta propende per la seconda ricostruzione ([71]).

Nel 2012, il legislatore ha colto, poi, l'occasione per sconfessare la posizione assunta dalla giurisprudenza mag-

---

([69]) A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012, 54; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, cit., 617; M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 18.

([70]) La deducibilità dell'*aliunde percipiendum* è, invece, espressamente disposta in relazione al secondo regime di tutela di cui all'art. 18 St. lav.: v. *infra*, § 3.4.

([71]) A sostegno della prima tesi, *cfr*. C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. Cester, Padova, 2013, 61; a sostegno della seconda, *cfr*. P. CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro*, a cura di P. Chieco, Bari, 2013, 301; M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 18.

gioritaria ([72]) in merito al momento in cui il rapporto di lavoro debba ritenersi estinto a seguito dell'esercizio da parte del lavoratore del diritto potestativo ([73]) di opzione introdotto dalla legge n. 108/1990 ([74]): per espressa previsione normativa, è la richiesta del pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione – che non è peraltro assoggettata a contribuzione previdenziale – a determinare la risoluzione del rapporto di lavoro e non il suo effettivo pagamento da parte del datore di lavoro. Come è stato correttamente osservato, ora che è il lavoratore a subire il rischio del ritardato o mancato pagamento, l'istituto in commento ha perso la «funzione indirettamente compulsiva all'adempimento» comunemente riconosciutagli ([75]), residuando l'evidente funzione satisfattiva, tesa a garantire al lavoratore una alternativa alla reintegrazione nel posto di lavoro che non abbia più interesse a ottenere ([76]).

Venendo ora al campo di applicazione in senso oggettivo della tutela reale piena sopra descritta, questo primo regime sanzionatorio si applica ai licenziamenti nulli in quanto discriminatori ai sensi dell'art. 3 legge n. 108/1990, intimati in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'art. 35 del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna o in violazione dei divieti di licenziamento di cui al Testo Uni-

---

([72]) Corte Cost., 4 marzo 1992, n. 81, cit.; Cass., 23 dicembre 2009, n. 27147, cit.; Cass., 19 luglio 2012, n. 12596, cit.

([73]) In ordine alla qualificazione della facoltà in commento quale diritto potestativo, *cfr*. O. MAZZOTTA-L. AMORIELLO, *sub* art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, cit., 787.

([74]) V. *supra*, § 3.1.

([75]) M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 19.

([76]) M. D'ANTONA, *sub* art. 1 legge 11 maggio 1990, n. 108, cit., 171; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 707.

co delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, riconducibili agli altri casi di nullità previsti dalla legge o determinati da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. ([77]) nonché ai licenziamenti dichiarati inefficaci perché intimati in forma orale ([78]).

A questo proposito, si deve notare che, se per il licenziamento discriminatorio l'applicabilità della tutela reale di cui all'art. 18 St. lav. era stata disposta espressamente dalla legge n. 108/1990, in relazione alle altre fattispecie di licenziamento illegittimo l'interprete era solito fare riferimento ai principi di diritto comune in tema di nullità e inadempimento ([79]). Invero, pure in mancanza di una analoga

---

([77]) V. *supra*, § 2.5.

([78]) V. *supra*, § 2.6.

([79]) *Cfr*. A. NICCOLAI, *sub* art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, cit., 747; P. TULLINI, *La c.d. tutela reale di diritto comune*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 8, 103 ss.; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 515, il quale ritiene che tale soluzione interpretativa fosse da preferire anche per l'assonanza con quella giurisprudenza che ha affermato l'inapplicabilità del termine di decadenza di cui all'art. 6 legge n. 604/1966 al licenziamento nullo per causa di matrimonio o a quello della lavoratrice madre (*cfr*. Cass., 30 maggio 1997, n. 4809, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 146, con nota di A. PIZZOFERRATO, *Sul termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento della lavoratrice madre*). In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 16 febbraio 2007, n. 3620, in *Foro it.*, 2007, I, 1453; Cass., 15 settembre 2004, n. 18537, in *Dir. prat. lav.*, 2004, 2855, con nota di A. QUARTO, *Licenziamento della lavoratrice madre: qualificazione e conseguenze, con riguardo ad un licenziamento in violazione della normativa a sostegno della maternità*; Cass., 26 giugno 2009, n. 15093, in *Giust. civ. Mass*., 2009, 6, 993; Cass., 30 agosto 2010, n. 18844, in *Guida al diritto* 2010, 40, 75. È bene sottolineare come, sia che si ritenesse applicabile il regime della tutela reale *ex* art. 18 St. lav., sia che si sostenesse l'operatività del regime della nullità di diritto comune, si addiveniva, non senza differenzia-

previsione normativa, per parte della dottrina e della giurisprudenza, la tutela statutaria avrebbe dovuto comunque trovare applicazione per effetto di una sua pretesa *vis expansiva* ([80]). È stata proprio quest'ultima impostazione a essere convalidata dal legislatore del 2012 che, assoggettando alla tutela reale di cui all'art. 18, commi 1-3, St. lav. i licenziamenti riconducibili «agli altri casi di nullità previsti dalla legge», ha secondo alcuni determinato il definitivo superamento dell'«applicazione al licenziamento nullo delle sanzioni di diritto comune» ([81]).

---

zioni, alla rimozione degli effetti del licenziamento illegittimo con prosecuzione del rapporto di lavoro senza soluzione di continuità: v. A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 7.

([80]) *Cfr*. F. FOCARETA, *L'art. 18 dello statuto dei lavoratori tra tendenze espansive e problemi irrisolti*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1989, n. 6, 251 ss.; F. MAZZIOTTI DI CELSO, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, Torino, 1991, 134; G. GHEZZI-F. MANCINI-L. MONTUSCHI-U. ROMAGNOLI, *Lo statuto dei lavoratori*, Bologna-Roma, 1981, 262 ss. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 23 novembre 1990, n. 11311, in *Giust. civ. Mass*. 1990, 11, in applicazione di Corte cost., 24 marzo 1988, n. 338, in *Giur. cost*. 1988, I, 1446, Corte cost., 30 novembre 1982, n. 204, in *Foro it.*, 1983, I, 854, e Corte cost., 22 gennaio 1987, n. 17, in *Giust. civ*., 1987, I, 759, secondo cui «l'art. 18 St. lav., nell'ambito della disciplina del rapporto di lavoro, non è né speciale né eccezionale, ma dotato di forza espansiva che lo rende riferibile ed applicabile anche a casi diversi da quelli in esso contemplati e tuttavia ad essi assimilati sotto il profilo della identità di '*ratio*'». Con particolare riferimento al licenziamento inefficace perché intimato in forma orale, il regime di cui all'art. 18 St. lav. veniva applicato nei limiti soggettivi di operatività e, negli altri casi, trovava applicazione la nullità di diritto comune: *cfr*., *inter alia*, Cass., 30 agosto 2010, n. 18844, in *Guida al diritto* 2010, 40, 75.

([81]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 709. *Cfr*. anche V. FERRANTE, *La cassazione si pronunzia*

Quanto, infine, al campo di applicazione della tutela reale forte sotto il profilo soggettivo, la legge ne ha disposto una generale operatività, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, e pure ai lavoratori con qualifica dirigenziale ([82]).

3.4. (*Segue*) La «tutela reale attenuata» o «depotenziata»

Il secondo regime di tutela delineato dalla legge n. 92/2012, la c.d. «tutela reale attenuata» o «depotenziata» ([83]), è disciplinato dall'art. 18, commi 4 e 7, St. lav. In questo caso, analogamente a quanto accade nel campo di applicazione della tutela reale piena – ma, in questa sede, previo annullamento del licenziamento ([84]) –, il giudice condanna il datore di lavoro a reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva rein-

---

per la prima volta sull'articolo 18 dello statuto dei lavoratori riformato: trovato il bando della matassa?, in *Dir. rel. ind.*, 1, 2015, 229 ss. A questo proposito, v. *infra*, § 3.7.

([82]) V. *supra*, § 3.1.

([83]) Per la prima espressione, cfr. M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 20; per la seconda, *cfr*. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo…*, cit., 429. *Contra* A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 19, secondo il quale «sicché si tratta anche qui di una vera e propria tutela reale… è stagliato parlare di tutela reale depotenziata o ridotta». In questo senso, si potrebbe parlare di tutela reale e risarcitoria depotenziata, riferendo quest'ultimo termine alla sola «porzione risarcitoria» della tutela offerta da questo secondo regime sanzionatorio (v. *supra*, in questo §, nota 67).

([84]) V. *infra*, §§ 16 e 17.

tegrazione. Qui, però, dall'importo del risarcimento così determinato deve essere dedotto non soltanto l'*aliunde perceptum*, ma altresì l'*aliunde percipiendum* (escluso, invece, dalla tutela reale piena), e la misura dell'indennità risarcitoria – per la quale non è previsto alcun limite minimo – non può in ogni caso superare le dodici mensilità di retribuzione.

Anche in questo caso, il datore di lavoro è tenuto a ripristinare la posizione previdenziale del lavoratore, essendo altresì condannato al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione ([85]).

La previsione del tetto massimo al risarcimento del danno nella misura di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto ([86]) ha dato adito a una *querelle* interpretativa in ordine alla reale portata della disposizione limitativa: secondo alcuni, in ossequio a un criterio ermeneutico letterale, tale tetto al risarcimento opererebbe anche per il periodo successivo all'ordine di reintegra, fintan-

---

([85]) Per espressa previsione legislativa, i contributi previdenziali e assistenziali dovuti sono maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative. In quest'ultimo caso, qualora afferiscano a un'altra gestione previdenziale, i contributi imputati d'ufficio alla gestione corrispondente all'attività lavorativa svolta dal dipendente licenziato, con addebito dei relativi costi al datore di lavoro.

([86]) Secondo O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 709, si tratterebbe di «una sorta di forfetizzazione del risarcimento». *Contra* A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 19.

to che quest'ultima non divenga effettiva ([87]); secondo altri, invece, sull'assunto che la reintegrazione nel posto di lavoro non richieda la cooperazione del datore di lavoro, differenziandosi in ciò dall'effettiva riammissione in servizio, il limite delle dodici mensilità andrebbe riferito unicamente al periodo antecedente il provvedimento giudiziale ([88]). Certo è che, nella prima prospettiva, assottigliandosi le differenze con la tutela meramente indennitaria, sarebbe difficile continuare a parlare di tutela reale vera e propria, con ciò sconfessando la lettera della legge che ha posto dei limiti soltanto alla misura dell'indennità risarcitoria e non anche alla reintegra nel posto di lavoro ([89]). Pare, dunque, più corretto ritenere che la durata del processo – proprio in forza del tetto massimo al risarcimento posto dalla norma – possa incidere (evidentemente a svantaggio

---

([87]) M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 22.

([88]) A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo…*, cit., 430; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 60; ID., *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 19. Pervengono allo stesso risultati, seppure per vie argomentative differenti, D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 148 e C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, cit., 70.

([89]) A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 19; G. VIDIRI, *Le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, cit., 636. *Contra* M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 20, secondo cui «il secondo regime sanzionatorio… in realtà non è affatto una tutela reintegratoria». *Cfr*. anche O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di M. Cinelli-G. Ferraro-O. Mazzotta, Torino 2013, 238.

del lavoratore) ([90]) soltanto sino al provvedimento di reintegra, pronunciato il quale dovrà ritenersi operante a favore del lavoratore l'obbligo retributivo scaturente dal rapporto di lavoro ([91]).

Quanto alle fattispecie di recesso datoriale illegittimo in relazione alle quali opera la tutela reale attenuata, si tratta dei casi di difetto del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro «per insussistenza del fatto contestato» ovvero «perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili», di difetto di giustificato motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore (anche ai sensi degli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, legge 12 marzo 1999, n. 68), di mancato superamento del periodo di comporto *ex* art. 2110, comma 2, c.c., nonché dei casi di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo». Peraltro, in quest'ultima ipotesi applicativa, la legge sembra attribuire al giudice la facoltà, e non l'obbligo, di disporre la tutela reale attenuata ([92]).

Delle situazioni sopra elencate, le prime due – *i.e.* il licenziamento disciplinare adottato in relazione a un fatto non sussistente e quello disposto quale massima sanzione di una condotta invero punibile secondo le previsioni del

---

([90]) C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, cit., 68.

([91]) D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 148-149; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo…*, cit., 430. *Contra* M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 22.

([92]) V. *infra*, in questo §, nel testo.

contratto collettivo o del codice disciplinare applicabile al rapporto di lavoro con una sanzione meramente conservativa – si riferiscono a un recesso intimato per una motivazione soggettiva ([93]); le altre figure di licenziamento illegittimo riguardano, invece, il recesso disposto per una giustificazione oggettiva ([94]).

Incominciando con le fattispecie di licenziamento disciplinare viziato, una prima questione che ha occupato – e occupa tutt'ora – la dottrina e la giurisprudenza riguarda il significato da attribuire al termine «fatto». Secondo una certa corrente interpretativa, il legislatore avrebbe inteso riferirsi al fatto colto nella sua «materialità», quale comportamento omissivo o commissivo del lavoratore in un dato momento storico, così che il compito affidato all'autorità giudiziaria sarebbe quello di accertarne l'esistenza, in una indagine scevra da qualsivoglia valutazione in merito alla sua eventuale rilevanza disciplinare ([95]). Di contro,

---

([93]) In sostanza, il legislatore della 2012 ha introdotto due distinti regimi di tutela per ipotesi di licenziamento disciplinare (sulla nozione di licenziamento disciplinare, v. *supra*, § 2.4): il regime di cui all'art. 18, commi 4 e 7, St. lav., sopra descritto, e il regime sanzionatorio di cui all'art. 18, commi 5 e 7, St. lav. (*i.e.* la tutela c.d. «risarcitoria forte» o «piena»), applicabile nelle altre ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro: v. *infra*, in questo §, nel testo.

([94]) V. *supra*, § 2.3.

([95]) A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo…*, cit., 436; M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 1, 11; C. PISANI, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 10, 741; A. VALLEBONA, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 3, 622; ID., *La disciplina sostanziale dei licenzia-*

secondo altri ([96]), il concetto cui il legislatore avrebbe inteso dare rilevanza sarebbe il «fatto giuridico», considerato quale «fatto globalmente accertato, nell'*unicum* della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo» ([97]). In questa seconda prospettiva,

---

menti, cit., 16. *Cfr*. anche la posizione di R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, 'fatto' contestato*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 2, I, 269.

([96]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 711, secondo il quale un valido argomento testuale deve essere colto nella lettera della legge, che si riferisce al fatto in quanto oggetto di una valutazione giuridica là dove impone al giudice di verificare se il fatto contestato rientri o meno fra le condotte punibili con una sanzione conservativa; ID., *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 102 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela* risarcitoria, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 233; A. TURSI, *L'articolo 18 e il 'contratto a tutele crescenti'*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 4, 923 ss.; A. PERULLI, *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, 45, I, 785 ss.; R. DEL PUNTA, *Il primo intervento della cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2015, 32 ss.; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., 552; D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 134 ss. *Cfr*. anche G. PROSPERETTI, *L'elemento della malafede del datore nella nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, n. 2, I, 241 ss.

([97]) Trib. Bologna, 15 ottobre 2012, n. 2631, in *Dir. rel. ind*. 2012, 4, 1133, con nota di A. TURSI, *Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*, nonché in *Riv. it. dir. lav.*, 4, II 2012, 1049, con note di M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel*

il fatto rilevante sarebbe il solo «fatto-inadempimento», con la conseguenza che l'accertamento giudiziale dovrebbe coinvolgere non soltanto la sussistenza del fatto contestato, ma altresì la sua rilevanza ai fini disciplinari e la sua ascrivibilità al lavoratore licenziato.

In questo contesto, la giurisprudenza di merito si è mostrata fin da subito propensa ad accogliere una concezione «giuridica» della nozione di fatto contestato ([98]). La giurisprudenza di legittimità, invece, in un primo momento ha ritenuto di condividere la linea interpretativa «storica» – affermando, con riferimento al vaglio che il giudice è chiamato a compiere a norma dell'art. 18, comma 4, St. lav., che «tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo… del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale» ([99]) –, ma è poi giunta ad ammettere che «la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale» ([100]). La

---

nuovo art. 18: una chiave di lettura, R. ROMEI, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*.

([98]) Trib. Bologna, 15 ottobre 2012, n. 2631, cit.; Trib. Brescia, 16 gennaio 2015, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 3, 725 ss., con nota di A. ALOISI, *Licenziamento disciplinare e valutazione circa l'insussistenza del fatto (giuridico) contestato al lavoratore*; Trib. Milano, 25 novembre 2015; App. Brescia, 12 maggio 2015, n. 173, in *Ilgiuslavorista.it* 2015, 10 giugno. *Contra* Trib. Roma, 17 novembre 2015, in *Ilgiuslavorista.it* 2016, 8 febbraio.

([99]) Cass., 6 novembre 2014, n. 23669, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 12, 874, con nota di A. VALLEBONA, *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto*. Non sono mancate, invero, proposte interpretative che hanno ravvisato in questa pronuncia una conferma della tesi in favore del «fatto giuridico»: *cfr*. F. MARTELLONI, *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2015, 39 ss.

([100]) Cass., 13 ottobre 2015, n. 20540 e Cass., 13 ottobre 2015, n. 20545, in *Dir. rel. ind.* 2015, 4, 1128 ss., con nota di L.M.

soluzione opposta – non si è mancato di rilevare – avrebbe portato a delle conseguenze «contrarie al buon senso» ancora prima che all'argomentazione giuridica ([101]), poiché avrebbe finito per applicare la tutela reale nei casi di fatto contestato insussistente e, viceversa, per escluderla nei casi di fatto, pur sussistente nella sua materialità, ma disciplinarmente irrilevante e, dunque, non suscettibile di alcuna sanzione ([102]).

PELUSI, *L'irrilevanza giuridica del fatto contestato equivale alla sua insussistenza materiale: un monito per il legislatore del* Jobs Act?.

([101]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 711. *Cfr*. Cass., 13 ottobre 2015, n. 20540, in *Foro it*., 2015, 12, I, 3830, con nota di A.M. PERRINO e nota di V. FERRARI, *Giuridicità del fatto materiale e materialità del fatto giuridico*, secondo cui «non è plausibile che il legislatore, parlando di 'insussistenza del fatto contestato', abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione». Questa impostazione è stata confermata, *inter alia*, da Cass., 20 settembre 2016, n. 18418, in *Dejure*, che ha affermato che, «in sostanza, l'assenza di illiceità di un fatto materiale pur sussistente deve essere ricondotto all'ipotesi, che prevede la reintegra nel posto di lavoro, dell'insussistenza del fatto contestato, mentre la minore o maggiore gravità (o lievità) del fatto contestato ritenuto sussistente, implicando un giudizio di proporzionalità, non consente l'applicazione della tutela c.d. reale»; la Corte ha, inoltre, chiarito «che non può ritenersi relegato al campo del giudizio di proporzionalità qualunque fatto (accertato) teoricamente censurabile ma in concreto privo del requisito di antigiuridicità, non potendo ammettersi che per tale via possa essere sempre soggetto alla sola tutela indennitaria un licenziamento basato su fatti (pur sussistenti, ma) di rilievo disciplinare sostanzialmente inapprezzabile».

([102]) Proprio tale contraddittoria conclusione ha portato parte della dottrina a sostenere che, in simili ipotesi, sia applicabile la tutela reintegratoria piena di cui all'art. 18, commi 1-3, St. lav. quale licenziamento discriminatorio (M.T. CARINCI, *Il licenziamento*

Peraltro, l'emanazione del D.lgs. n. 23/2015 in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, attuativo del *Jobs Act*, non ha affatto placato l'acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale in merito alla natura «materiale» ovvero «giuridica» del fatto contestato, che si è riproposto anche con riguardo alle novità legislative ivi contenute ([103]).

Venendo, poi, al secondo profilo di illegittimità del licenziamento disciplinare, nei casi di licenziamento intimato in relazione a un fatto che rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, si pone il problema dell'eventuale genericità della descrizione della condotta oltre che quello della vera e propria mancanza di una tipizzazione contrattuale ([104]). In questo contesto si è fatto ricorso, non senza obiezioni ([105]), al noto principio di proporzionalità tra addebito e

---

non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo…, cit., 1052 ss.) oppure la tutela di cui all'art. 18, comma 4, St. lav., per il tramite dell'art. 1344 c.c., in quanto licenziamento intimato in frode alla legge «per eludere la tutela reale sancita per l'ipotesi di fatto insussistente» (A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 16).

([103]) V. *infra*, § 3.7.

([104]) G. VIDIRI, *Le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, cit., 641.

([105]) R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, cit., 1070; R. ROMEI, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970…*, cit., 1083; A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 16. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 6 novembre 2014, n. 23669, cit., secondo cui «ogni valutazione che attenga al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità della condotta contestata non è idonea a determinare la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro».

sanzione sancito all'art. 2106 c.c., ([106]) in forza del quale la sanzione irrogata deve essere sempre proporzionata al comportamento posto in essere dal lavoratore ([107]).

Per quel che riguarda le fattispecie di recesso per giustificato motivo oggettivo viziato alle quali è applicabile il secondo regime sanzionatorio di cui all'art. 18, commi 4 e 7, St. lav., si tratta, come ricordato, dei casi di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» nonché dei casi di difetto di giustificato motivo oggettivo «consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore» e di mancato superamento del periodo di comporto *ex* art. 2110, comma 2, c.c.

In questo contesto, deve anzitutto rilevarsi che l'intento originario del legislatore del 2012 era quello di esclu-

---

([106]) In giurisprudenza, *cfr*. Cass, 11 febbraio 2015, n. 2692, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 3, II, 633 ss., con nota di W. CHIAROMONTE, *La reintegrazione per licenziamento disciplinare sproporzionato fra riforma Fornero e* Jobs Act*: quali margini di apprezzamento per il giudice?*; Trib. Milano, 28 gennaio 2013, n. 2766, in *Riv. it. dir. lav.* 2013, 4, II, 769 ss., con nota di M. BORZAGA, *Violazione del principio di proporzionalità, illegittimità del licenziamento intimato e reintegrazione nel posto di lavoro dopo la l. n. 92/2012*. In dottrina, *cfr*. G. VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e (non poche) ombre*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 2, 353 ss.; V. CANGEMI, *In bilico tra fatto materiale e fatto giuridico lungo il crinale della proporzionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 4-5, 988 ss.; F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, a cura di F. Carinci-C. Cester, *ADAPT Labour Studies e-Book series*, 46, 82.

([107]) Sul principio di proporzionalità in genere, *cfr*. Cass, 18 dicembre 2014, n. 26741, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 19 dicembre; Cass., 13 febbraio 2012, n. 2013, in *Giust. civ. Mass*., 2012, 2, 155.

dere le figure di licenziamento per ragioni oggettive dall'ambito di operatività della tutela reale. La loro inclusione, nelle forme sopra indicate, è dunque il frutto di un compromesso ([108]) che deve portare a ritenere che, a fronte di un licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo, la tutela reintegratoria costituisca una vera e propria *extrema ratio* ([109]). Tale compromesso è palesato, innanzitutto, dalla forte differenza che intercorre, sul piano dei presupposti, tra la «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» e l'analoga fattispecie sul versante del licenziamento disciplinare illegittimo: in tale ipotesi la legge ritiene sufficiente una «insussistenza» del fatto non qualificata ([110]), mentre qui l'insussistenza deve essere, come detto, «manifesta».

Ma vi è di più: il legislatore della riforma sembra avere configurato la «manifesta insussistenza» quale condizione necessaria ma non sufficiente per l'applicazione della tutela reale. Infatti, l'art. 18, comma 7, St. lav. prevede che là dove l'insussistenza del fatto posto alla base del recesso datoriale – *i.e.* quello contenuto nella motivazione del licenziamento ([111]) – sia manifestamente insussistente

---

([108]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 714.

([109]) A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 18; M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 40; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo…*, cit., 443.

([110]) V. *supra*, in questo §, nel testo.

([111]) A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 17. *Cfr*. V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., 561, che lo identifica nella «ragione economica organizzativa che ne è a fondamento».

l'autorità giudiziaria «può» disporre la tutela di cui all'art. 18, comma 4, St. lav.: non vi sarebbe, dunque, alcun obbligo per il giudice di procedere in tale senso, bensì una mera facoltà di esercitare una sorta di «valutazione equitativa» ([112]). Invero, una simile lettura della norma non può essere condivisa, poiché renderebbe senz'altro fondati i dubbi di legittimità costituzionale da più parti sollevati ([113]); piuttosto, il «può» andrebbe inteso come riferito all'«eventualità, ossia come potere-dovere per l'ipotesi in cui risulti la manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento» ([114]).

Quanto al significato da attribuire all'espressione «manifesta», fermo restando l'infelice scelta terminologica

---

([112]) A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 17.

([113]) In particolare, i dubbi di legittimità costituzionale sono stati prospettati per violazione del principio di uguaglianza rispetto all'analoga fattispecie nel campo del licenziamento disciplinare viziato (V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., 560) e del principio di irragionevolezza per l'assenza di parametri legali ai quali il giudice debba attenersi (M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 41; *cfr*. pure C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corriere giur*., 6, 2012, 733, nota 21; M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in *www.judicium.it*, 7). Inoltre, in questa prospettiva, il tentativo di limitare la discrezionalità dell'organo giudicante, ritenuta eccessiva, ne uscirebbe certamente limitato nei suoi effetti: *cfr*. G. VIDIRI, *Le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, cit., 645.

([114]) M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 7.

operata dal legislatore ([115]), secondo l'opinione comunemente condivisa tale espressione corrisponderebbe a una «evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti giustificativi» ([116]). Discusso è, invece, quali siano i presupposti la sui insussistenza può dare luogo alla tutela reintegratoria: se anche una sola delle condizione di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo ([117]) – principalmente, la violazione dell'obbligo di *repêchage* ([118]) – ovvero la coppia ragioni-nesso causale oppu-

---

([115]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 714.

([116]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 714; A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 17, secondo il quale l'espressione «manifesta insussistenza» starebbe a indicare «il 'torto marcio' del datore di lavoro». In dottrina si è segnalata l'imprecisione terminologica dell'espressione utilizzata dal legislatore, che non tiene conto che «i fatti sussistono o non sussistono»: *cfr*. M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 40.

([117]) Si tratta, delle ragioni produttive o organizzative espressamente richieste dall'art. 3 legge n. 604/1966, il nesso causale tra l'esigenza posta alla base del licenziamento e il recesso intimato e, da ultimo, l'assolvimento da parte del datore di lavoro del c.d. obbligo di *repêchage*: v. *supra*, § 2.3.

([118]) F. LISO, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in *csdle.lex.unicit.it*, 2012, p. 3; C. PISANI, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, cit., 745; ID., *Il* repêchage *nei licenziamenti per motivi oggettivi; la 'creazione' si espande al pari dell'incertezza*, in *Mass giur. lav.*, 2013, 192. *Contra* M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 40; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., 563.

re, ancora, le sole ragioni datoriali ([119]). A questo proposito, la giurisprudenza ha escluso la riconducibilità nel campo di applicazione di questo secondo regime di tutela del licenziamento viziato dall'inadempimento datoriale riferito al solo obbligo di *repêchage* ([120]).

Sempre presidiate dalla tutela reale attenuata – beninteso nell'ambito di operatività dell'art. 18 St. lav. ([121]) – sono, invece, le ipotesi di licenziamento illegittimo per difetto del giustificato motivo oggettivo «consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore» ovvero per mancato superamento del periodo di comporto *ex* art. 2110, comma 2, c.c. ([122]). Assume qui rilievo la circostanza che il legislatore della riforma, in linea con le conclusioni proposte da parte della giurisprudenza, pare avere inteso ricondurre tali fattispecie al motivo oggettivo di licenziamento ([123]).

([119]) *Cfr*. C. ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 664; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 714, dubitativo sul punto dell'eventuale insussistenza del solo nesso causale.

([120]) Trib. Milano, 20 novembre 2012, in *Foro it*., 2013, 2, I, 467, con nota di A.M. PERRINO; Trib. Varese, 4 settembre 2013, in *Foro it*., 2013, 11, I, 3333. *Contra* Trib. Reggio Calabria, 3 giugno 2013, in *Dejure*. V. *infra*, in questo §, nota 125.

([121]) V. *supra*, § 3.1.

([122]) *Cfr*. App. Milano, 19 luglio 2016, per quanto consta inedita.

([123]) V. *supra*, § 2.3, spec. nota 94.

In passato, all'inosservanza del divieto di licenziamento del lavoratore in malattia ma anteriormente alla scadenza del periodo di comporto veniva collegata, vuoi la temporanea inefficacia del recesso sino alla scadenza della situazione ostativa (*cfr*. Cass., 4 luglio 2001, n. 9037, in *Not. giur. lav*., 2001, 766), vuoi la nullità del

3.5. (*Segue*) La «tutela indennitaria piena» o «forte»

Proseguendo nell'esame dei quattro regimi sanzionatori di cui all'art. 18 St. lav. come novellato nel 2012, la terza forma di tutela è rappresentata dalla c.d. «tutela indennitaria piena» o «forte» ([124]), prevista per le «altre ipotesi» in cui l'autorità giudiziaria accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo, oggettivo o soggettivo, ovvero della giusta causa addotti dal datore di lavoro; si tratta di ipotesi individuabili *a contrario* da quelle prese in considerazione dalla norma ai fini dell'applicabilità di un differente regime di tutela.

A delineare quali siano, in concreto, queste «altre ipotesi» soccorre la giurisprudenza di merito, secondo la quale il regime «residuale» in parola troverebbe applicazione, per esempio, in caso di mancato puntuale adempimento dell'onere di *repêchage* ([125]) o quando, pur avendo dimostrato la propria situazione di crisi aziendale, il datore di lavoro non offra la prova della effettiva soppressone del posto di lavoro del dipendente licenziato ([126]).

---

licenziamento per violazione di norma imperativa (Cass., 18 novembre 2014, n. 24525, in *Giust. civ. Mass*., 2014).

([124]) Per la prima espressione, *cfr*. M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 23; per la seconda, O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 715.

([125]) Trib. Milano 5 settembre 2016, per quanto consta inedita; Trib. Varese 4 settembre 2013, in *Riv. it. dir. lav*., 2014, 1, II, 168; Trib. Torino 5 aprile 2016, in *Dejure*. *Contra* Trib. Milano 23 febbraio 2013, per quanto consta inedita. V. *supra*, in questo §, nota 120.

([126]) Trib. Roma 29 gennaio 2015, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015, 20 aprile.

Quanto al contenuto della tutela, il giudice dichiara sempre risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Nonostante la lettera della legge, in dottrina è stato posto in luce come la natura dell'indennità non sia tanto «risarcitoria», bensì piuttosto «sanzionatoria», dovendosi prescindere, nella sua quantificazione, dal danno effettivamente patito dal lavoratore ([127]). Infatti, tale quantificazione dovrà esser operata dal giudice tenendo conto – con onere di specifica motivazione a tale riguardo – dell'anzianità del lavoratore, del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti. Nel caso in cui il licenziamento viziato sia stato intimato per giustificato motivo oggettivo, poi, il giudice dovrà prendere in considerazione pure le iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e il comportamento delle parti nell'ambito della procedura di conciliazione di cui all'art. 7 legge n. 604/1966 ([128]).

3.6. (*Segue*) La «tutela indennitaria debole» o «dimidiata»

Anche nel contesto del quarto e ultimo regime sanzionatorio di cui all'art. 18 St. lav. riscritto nel 2012 – la

---

([127]) M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 41; A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 15.

([128]) V. *supra*, § 2.3.

c.d. «tutela risarcitoria debole» ([129]) o «dimidiata» ([130]) – il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro e alla risoluzione si accompagna la condanna del datore di lavoro al pagamento in favore del lavoratore di una indennità risarcitoria onnicomprensiva. Quest'ultima, però, è determinata tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione alla gravità della violazione commessa dal datore di lavoro, con onere di specifica motivazione a tale riguardo.

Le fattispecie di licenziamento illegittimo sanzionate sono tre, tutte accomunate dal carattere formale o procedurale della violazione in cui è incorso il datore di lavoro.

A questo proposito, non sono mancate osservazioni critiche circa il giudizio di maggiore gravità della violazione di natura sostanziale rispetto a quello formale aprioristicamente operato del legislatore e insito nella predisposizione di una tutela meramente indennitaria – peraltro in misura ridotta – a presidio delle garanzie formali e procedurali imposte dalla legge per l'adozione dell'atto di recesso del datore di lavoro ([131]): ciò, si è detto, non terrebbe conto delle primarie funzioni di garanzia e trasparenza assolte dalle regole di forma e procedimentali ([132]) e della lo-

---

([129]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 715.

([130]) M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 41.

([131]) M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 24. D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 127.
Contra A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2012, 675.

([132]) C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. Cester, Padova, 2013, 16. *Cfr*., in giurisprudenza, Cass., S.U., 18

ro strumentalità al fondamentale e inderogabile principio dell'immutabilità delle ragioni comunicate come legittimanti il recesso datoriale ([133]). Di diverso avviso pare, invece, la posizione assunta dalla giurisprudenza, almeno di quella di legittimità ([134]), la quale ha infatti affermato che «l'incongruenza nel subsistema del licenziamento, talora denunziata, secondo cui… si avrebbero conseguenze più gravi per il datore di lavoro inosservante delle regole di forma rispetto alla mancata prova della giusta causa, in ultima analisi non tiene conto che nella logica del legislatore si tratta di una differenza strutturale e non già di una maggiore o minore gravità della violazione di legge» ([135]).

---

ottobre 1982, n. 5394, in *Foro it*., 1983, I, 2206, secondo cui il legislatore ha avvertito l'esigenza di prevedere lo «svolgimento di una vera e propria procedura… caratterizzata dalla sequenza articolata di un complesso di atti, di termini e di oneri, diretti a soddisfare un'evidente esigenza di chiarezza e di univoca rappresentazione delle posizioni delle parti», e ciò, secondo Cass., S.U., 27 luglio 1999, n. 508, in *Giur. it*., 2000, 1827, tanto per «richiamare l'attenzione delle parti sull'importanza dell'atto e dei relativi effetti» quanto per «escludere… l'ammissibilità di situazioni di ambiguità circa la sussistenza di un licenziamento».

([133]) Sul principio della immutabilità dei motivi di licenziamento, *cfr*. Cass. 18 maggio 2016, n. 10252, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 18 maggio, ove tale principio viene assurto ad «architrave del sistema garantistico statutario in materia di licenziamenti per giusta causa».

([134]) Per la posizione espressa dalla Corte costituzionale, seppure con riferimento alla mancata osservanza delle garanzie procedimentali di cui all'art. 7 St. lav., v. *infra*, in questo §, nel testo.

([135]) Cass., S.U., 27 luglio 1999, n. 508, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2000, 145. Tuttavia, *cfr*., in giurisprudenza, per la sostanziale equiparabilità tra mancata comunicazione della giustificazione del licenziamento e l'effettiva insussistenza di tale giustificazione, Cass., 23 dicembre 1996, n. 11497, in *Dir. lav*., 1997, II, 306, e in

La prima ipotesi sanzionata è quella del licenziamento dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2, legge n. 604/1966. Si tratta, dunque, di un recesso adottato dal datore di lavoro nel rispetto del requisito della forma scritta – la cui violazione, come visto, comporterebbe sempre l'applicazione del primo regime di tutela, dal contenuto reintegratorio forte ([136]) –, ma nondimeno privo dell'indicazione dei motivi di licenziamento. A tale ipotesi la giurisprudenza ha equiparato il licenziamento sì accompagnato da una motivazione, ma non sufficientemente specifica e completa ([137]): la comunicazione dei motivi assolutamente generica è stata, per l'appunto, ricondotta alla sua materiale omis-

---

Giust. civ., 4, 1997, 933, con nota di G. PERA, *Ancora sul vizio di forma nella zona della tutela debole contro il licenziamento*.

([136]) V. *supra*, in questo §, nel testo.

([137]) *Cfr*. Trib. Milano, 7 luglio 2016, per quanto consta inedita; Trib. Roma, 18 settembre 2014, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015, 21 maggio. Peraltro, il problema della specificità e completezza della motivazione si pone in termini analoghi con riguardo tanto al licenziamento per giustificato motivo oggettivo quanto al licenziamento disciplinare; in quest'ultimo caso, però, anche la contestazione disciplinare, che costituisce una indefettibile fase del procedimento di cui all'art. 7 St. lav., deve essere specifica e completa. Pure in tale sede, i requisiti della completezza e della specificità sono funzionali alla tutela del diritto di difesa del lavoratore, oltre che, come si vedrà, alla predeterminazione contenutistica dei confini della realtà di fatto rilevante nell'eventuale successivo giudizio sull'impugnativa del licenziamento: v. *infra*, § 19. Per l'applicazione dell'art. 18, comma 6, St. lav. all'ipotesi della contestazione disciplinare che, «pur prevedendo una motivazione descrittiva dei profili di inadempimento rinvenuti nello svolgimento dell'attività lavorativa, non conteneva una sufficiente descrizione della condotta tenuta dal lavoratore tale da individuare i casi specifichi di irregolarità e di negligenza rinvenuti», *cfr*. Cass., 10 agosto 2016, n. 16896, in *Giust. civ. Mass.*, 2016.

sione, sul condivisibile assunto che, a fronte di siffatta comunicazione, inidonea a consentire al lavoratore di individuare con chiarezza e precisione la causa del suo licenziamento, a quest'ultimo sarebbe impedito di esercitare una adeguata difesa, svolgendo e offrendo idonee osservazioni o giustificazioni ([138]).

Come è stato prontamente messo in luce, la previsione di un simile regime sanzionatorio ha finito per determinare l'insorgere di una evidente incongruenza del sistema delle tutele. Si consideri, infatti, che, nell'area della stabilità obbligatoria, il licenziamento inefficace a causa dell'omessa comunicazione dei motivi è stato ritenuto inidoneo a produrre effetti sulla persistenza del rapporto di lavoro, che prosegue senza soluzione di continuità, con la conseguenza che «il lavoratore ha diritto – trattandosi di contratto a prestazioni corrispettive – non già alle retribuzioni, ma al risarcimento del danno, da determinarsi secondo le regole generali dell'inadempimento delle obbligazioni» ([139]). A

([138]) Cass., 11 febbraio 2013, n. 3175, in *Giust. civ. Mass*., 2013; Cass., 5 maggio 2011, n. 9925, in *Guida al diritto*, 2011, 24, 63; Cass., 20 maggio 2002, n. 7316, in *Or. giur. lav*., 2002, I, 351.

([139]) Così Cass., S.U., 27 luglio 1999, n. 508, cit., che ha composto un contrasto giurisprudenziale assai variegato, nel quale l'orientamento maggioritario riconduceva l'inefficacia del licenziamento per mancata comunicazione dei motivi a una ipotesi di nullità di diritto comune, con conseguente diritto del lavoratore alle retribuzioni sino all'effettiva ripresa in servizio (*cfr*. Cass., S.U., 21 febbraio 1984, n. 1236, in *Foro it.*, 1984, I, 2552; Cass., 5 agosto 1996, n. 7176, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 779; Cass., 20 febbraio 1999, n. 1444, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 417), mentre la giurisprudenza minoritaria (*cfr*. Cass., 23 dicembre 1996, n. 11497, in *Foro it.*, 1997, I, 461) non ravvisava nella mancata comunicazione dei motivi una ipotesi di nullità – il che avrebbe comportato la continuazione del rapporto di lavoro e la permanenza degli obblighi retributivi – bensì un vizio sanzionabile ai sensi dell'art. 8 Legge n.

seguito dell'intervento di riforma della legge n. 92/2012, dunque, il licenziamento viziato in quanto privo della comunicazione dei motivi risulta maggiormente sanzionato nell'area sottratta all'ambito di applicabilità dell'art. 18 St. lav., sconfessando la *ratio* stessa della originaria distinzione tra tutela reale e tutela obbligatoria, volta ad assicurare un trattamento di favore ai datori di lavoro di minori dimensioni ([140]).

A ciò si aggiunga che tale disparità di trattamento è ancora più evidente ove la tutela apprestata nel caso del licenziamento intimato senza specificazione della motivazione venga raffrontata con quella offerta a fronte di un licenziamento comunicato verbalmente. In quest'ultima ipotesi, infatti, il legislatore ha ritenuto di dover disporre la tutela reintegratoria «piena» a prescindere dalla dimensione dell'organizzazione datoriale, e analogo risultato – *i.e.* la persistenza del rapporto di lavoro, pur con i necessari distinguo, sopra evidenziati – è rinvenibile in relazione al licenziamento dichiarato inefficace per difetto di motivazione solo nell'area della tutela obbligatoria ([141]).

604/1966 con la tutela obbligatoria prevista per la mancanza di giusta causa e giustificato motivo, suscettibile di essere interpretata estensivamente. *Cfr*., più di recente, Cass. 10 luglio 2013, n. 17122, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 11 luglio, con nota di E. VITERBO, *Le differenze retributive possono accertarsi anche attraverso l'esame complessivo del ricorso e le spettanze essere conseguenza dell'inadempimento*. In dottrina, *cfr*. C. OGRISEG, *Licenziamento inefficace: mora credendi o inadempimento?*, in *Riv. it. dir. lav*., I, 2000, 145.

([140]) A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 4; M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 44; D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 123.

([141]) V. *supra*, in questo §, nel testo.

In proposito, deve ora segnalarsi il meritorio ricorso da parte della giurisprudenza a un «opportuno filtro interpretativo sistematico», che consenta, una volta accertata l'illegittimità del licenziamento per difetto di specifica motivazione contestuale alla sua comunicazione, l'applicazione dell'art. 8 legge n. 604/1966. Tale interpretazione è, peraltro, «costituzionalmente adeguata sotto il profilo della ragionevolezza», poiché finisce per assicurare un trattamento non ingiustificatamente disparitario e, dunque, «non in contrasto con l'art. 3 Cost. e rispettoso del paradigma attuativo della tutela del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 Cost.» ([142]).

La seconda ipotesi di vizio formale o procedurale presa in considerazione dalla norma è la violazione della procedura conciliativa di cui all'art. 7 legge n. 604/1966 ([143]) che deve necessariamente precedere il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo da datori di lavoro che integrano la base occupazionale di cui all'art. 18, comma 8, St. Lav. ([144]). A questo proposito, oltre alla distinzione da alcuni suggerita tra la totale mancata implementazione della procedura conciliativa e la violazione delle singole regole procedurali ([145]), merita di essere segnalata la tesi dottrinale per cui l'eventuale mutamento dei motivi di licenziamento a opera della comunicazione di re-

---

([142]) *Cfr*. Cass., 5 settembre 2016, n. 17589, in *Giust. civ. Mass.*, 2016.

([143]) V. *supra*, § 2.3.

([144]) V. *supra*, § 3.1.

([145]) *Cfr*. M. SALVALAIO, *La procedura preventiva di conciliazione*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. Cester, 2013, 251, secondo cui la tutela risarcitoria debole si applicherebbe alla violazione delle singole regole procedurali, integrando la totale mancanza della procedura una «presunzione di mancanza dei motivi stessi del recesso».

cesso rispetto alla precedente comunicazione che il datore di lavoro deve effettuare alla Direzione territoriale del lavoro (del luogo dove il lavoratore presta la sua opera) andrebbe letta come «una palese ammissione dell'insussistenza delle ragioni del licenziamento, con diritto del prestatore di lavoro alla reintegrazione con indennità limitata» ([146]).

Per espressa previsione normativa, la terza ipotesi sanzionata dal quarto regime di tutela di cui all'art. 18 St. lav. è la violazione della procedura prevista dall'art. 7 St. lav. per i licenziamenti disciplinari ([147]). Così facendo, il legislatore del 2012 ha, di fatto, superato, nel contesto dei rapporti di lavoro rientranti nell'ambito di applicazione della tutela statutaria, il principio della «sufficienza delle tutele» ([148]) al quale era approdata la giurisprudenza di legittimità a componimento di un acceso dibattito intorno alle conseguenze dell'inosservanza della procedura per l'intimazione del licenziamento disciplinare ([149]).

([146]) F. ROSSI-B. DE MOZZI, *I licenziamenti inefficaci*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. Cester, 2013, 198. Per un attento esame circa la *ratio* della comunicazione dei motivi ai sensi dell'art. 7 legge n. 604/1966, si consenta il rinvio a M. VINCIERI, *La comunicazione dei motivi nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, IV, 2015, 1094.

([147]) V. *supra*, § 2.3. In generale, sul licenziamento disciplinare, si consenta il rinvio a A. PILEGGI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 269 ss.

([148]) F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 74.

([149]) Cass., S.U.,15 maggio 1994, n. 4844, in *Foro it.*, 1994, I, 2076, con nota di O. MAZZOTTA; Cass. S.U., 18 maggio 1994, n. 4845, in *Mass. giur. lav.*, 1994, 376; Cass., S.U. 18 maggio 1994, n. 4846, in *DL Riv. critica dir. lav.*, 1995, 179, con nota di R. MUGGIA, *Illegittimità senza sanzione: gli ultimi approdi della Cas-*

Prima dell'intervento riformatore della legge Fornero, infatti, la Corte di cassazione era pervenuta a escludere che l'irrogazione di un licenziamento disciplinare senza l'osservanza delle garanzie procedimentali configurasse una ipotesi di nullità per violazione di norma imperativa ([150]), avallando, invece, l'orientamento contrapposto secondo cui tale licenziamento sarebbe stato «ingiustificato» e, in quanto tale, soggetto alla sanzione prevista per il difetto di giusta causa o giustificato motivo, in applicazione della diversificazione delle varie forme di tutela: quella reale e quella obbligatoria, nei rispettivi ambiti applicativi ([151]).

La Corte costituzionale aveva, peraltro, fatto propria la conclusione accolta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, al fine di risolvere, per via interpretativa, i dubbi di costituzionalità sollevati avverso l'art. 8 legge n. 604/1966 ([152]).

Ora, a seguito delle recenti riforme, può continuare a parlarsi di piena parificazione tra vizio sostanziale (mancanza di giusta causa o giustificato motivo) e vizio formale

---

sazione in tema di licenziamento disciplinare; Cass., S.U., 26 aprile 1994, nn. 3965 e 3966, in *Dir. lav*., 1994, II, 368.

([150]) A favore della nullità, *cfr*., *inter alia*, Cass., 7 settembre 1993, n. 9390, in *Giust. civ. Mass*., 1993, 1374; Cass., 3 giugno 1992, n. 6741, in *Mass. giur. lav.*, 1992, 376; Cass., 4 marzo 1992, n. 2596, in *Giur. it*., 1993, I, 1, 840, con nota di F. PROIETTI, *Libera recedibilità 'funzionale' e garanzie procedimentali nel licenziamento disciplinare*.

([151]) *Cfr*., tra le tante, Cass., 23 novembre 1992, n. 12486, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, 355.

([152]) Corte cost., 23 novembre 1994, n. 398, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1995, 3, con nota di G. PERA, *Il licenziamento viziato nella forma da parte del piccolo datore di lavoro: una sentenza contraddittoria*.

(difettosa allegazione dell'una o dell'altro)» ([153]) soltanto con riguardo ai rapporti di lavoro sottratti alla tutela statutaria, mentre nel contesto del riscritto art. 18 St. lav. la violazione procedimentale finisce per essere sanzionata più lievemente della violazione sostanziale, nonostante il Giudice delle leggi avesse già nel 1994 ribadito che «alla inosservanza delle garanzie procedimentali, previste dall'art. 7 legge n. 300 del 1970, conseguono gli stessi effetti stabiliti per l'ipotesi di licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo, dal momento che sarebbe illogico ricollegare a quella inosservanza conseguenze diverse e più gravi di quelle derivanti dall'accertata insussistenza dell'illecito disciplinare» ([154]).

3.7. Il «*Jobs Act*» e l'ulteriore riduzione del campo di applicazione della «reintegra»

Le diffuse convinzioni che attribuiscono alla disciplina normativa del licenziamento la capacità di influenzare, e così condizionare, le dinamiche del mercato del lavoro e, di riflesso, dell'economia del Paese ([155]) hanno portato all'ennesima riscrittura delle regole in tema di tutele contro il licenziamento illegittimo.

Con il D.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, il Governo ha, infatti, dato attuazione alla delega contenuta nel *Jobs Act* allo scopo di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occu-

---

([153]) G. AMOROSO, *Nuovo intervento delle S.U. in tema di licenziamento disciplinare*, in *Foro it.*, 1994, 1708.

([154]) Corte cost., 23 novembre 1994, n. 398, cit.

([155]) V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 112, che rinvia a G. RODANO, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il* Jobs Act*, www.pietroichino.it*, aprile 2015.

pazione» ([156]), secondo il seguente criterio direttivo: «prevedere, per le nuove assunzioni, il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento» ([157]).

È bene precisare fin da subito che il «contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti» non costituisce un nuovo modello contrattuale, ma non è altro che il consueto contratto di lavoro a tempo indeterminato di cui all'art. 2094 c.c. ([158]). Il profilo di novità è rappresento dal fatto che, in relazione alle ipotesi di recesso datoriale in qualche misura viziate, per i rapporti di lavoro rientranti nel campo di applicazione del D.lgs. n. 23/2015 si deve ora fare riferimento al sistema delle tutele ivi contenuto, nel quale la sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro viene a ricoprire un ruolo – quantomeno nelle intenzioni del riformatore – del tutto marginale, ancora di più di quanto già non fosse a seguito della riscrittura dell'art. 18 St. lav. operata due anni e mezzo prima della legge Fornero ([159]).

([156]) V. art. 1, comma 7, legge n. 183/2014.

([157]) V. art. 1, comma 7, lett. c), legge n. 183/2014.

([158]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 722; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 524.

([159]) F. CARINCI-C. CESTER, Prefazione a *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, a cura di F. Carinci-C. Cester, *ADAPT Labour Studies e-Book series*, 46.

Il sistema introdotto dal D.lgs. n. 23/2015 si affianca e concorre con i regimi sanzionatori previsti dai precedenti provvedimenti legislativi, in una prospettiva di progressiva sostituzione, senza peraltro mai pervenire a un completo avvicendamento ([160]).

In ossequio a un criterio soggettivo-temporale, le tutele crescenti regolano, infatti, il licenziamento intimato ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del D.lgs. n. 23/2015 ([161]), mentre per i lavoratori a quel momento già in forza (salvo le eccezioni qui di seguito evidenziate) continueranno ad applicarsi le tutele di cui all'art. 18 St. lav. e alla legge n. 604/1966 secondo la tradizionale dicotomia tutela reale-tutela obbligatoria ([162]).

A questa prima classe di lavoratori, i «nuovi assunti», si aggiungono due ulteriori classi di lavoratori a essi «equiparabili» ([163]). Il D.lgs. n. 23/2015 si applica, invero, anche nei casi di conversione, successiva al 7 marzo 2015, di un contratto a tempo determinato o di apprendistato in un contratto a tempo indeterminato ([164]), nonché, in relazione ai lavoratori già in forza a tempo indeterminato alla data di entrata in vigore del decreto, nel caso in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente al 7 marzo 2015, in-

---

([160]) E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo…*, cit. 49, che sottolinea come ai dirigenti, esclusi dal campo di applicazione del decreto, continuerà a trovare applicazione l'art. 18, commi 1-3, St. lav.

([161]) V. l'art. 1, comma 1, D.lgs. n. 23/2015.

([162]) V. *supra*, §§ 3.2 ss.

([163]) Così, M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, cit., 4.

([164]) V. art. 1, comma 2, D.lgs. n. 23/2015.

tegri il requisito occupazionale di cui all'art.18, commi 8-9, St. lav. ([165]).

Quanto alle ipotesi di «conversione», la cui *ratio* è evidentemente quella di incentivare la conferma in servizio degli apprendisti, alla scadenza del periodo formativo, e dei lavoratori a tempo determinato, alla scadenza del termine, ([166]) si è discusso in dottrina se la norma debba ritenersi applicabile unicamente alle ipotesi di conversione «sanzionatoria» disposta dal giudice – in ragione, per esempio, del carattere irregolare della somministrazione di lavoro o della nullità del termine apposto al contratto a tempo determinato – ovvero anche alla «trasformazione» volontaria operata dalle parti ([167]). Nonostante le argomentazioni, che poggiano essenzialmente sul dato letterale della norma, spese da una certa dottrina a favore dell'applicabilità delle tutele crescenti al solo caso della conversione subita dal datore di lavoro ([168]), si ritiene maggiormente condivisibile la tesi di segno opposto, che dà prevalenza alla finalità incentivanti della riforma, all'evidenza a favore della stabilizzazione dei rapporti di lavoro ([169]).

Quanto, poi, all'ipotesi della nuova assunzione, ovviamente a tempo indeterminato, in forza della quale il datore di lavoro pervenga a integrare il requisito dimensiona-

---

([165]) V. art. 1, comma 3, D.lgs. n. 23/2015.

([166]) M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 524.

([167]) M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 525.

([168]) M. TIRABOSCHI, *Conversione o semplice trasformazione dei contratti per l'applicazione delle cosiddette tutele crescenti?*, in *Bollettino ADAPT*, 2015, 14.

([169]) M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, cit., 4; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel* Jobs Act, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 2, 321.

le previsto dall'art. 18 St. lav. – con conseguente applicabilità del D.lgs. n. 23/2015 anche ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 – anch'essa deve essere letta quale ulteriore impulso alle assunzioni da parte di coloro che, prima dell'entrata in vigore della riforma, erano all'opposto disincentivati a superare la ben nota soglia occupazionale di cui all'art. 18 St. lav. per non determinare l'applicabilità delle tutele ivi previste ([170]).

Deve, peraltro, ritenersi che l'applicabilità del decreto ottenuta per effetto del superamento del requisito dimensionale sia definitiva e che, pertanto, l'eventuale decremento dell'organico che riporti il numero dei dipendenti sotto soglia non possa comportare, come è invece stato sostenuto da alcuni interpreti ([171]), la reviviscenza del regime di cui all'art. 8 legge n. 604/1966.

Vi sono, infine, alcuni ulteriori rapporti di lavoro rispetto ai quali la dottrina è giunta ad affermare l'applicabilità del D.lgs. n. 23/2015 in virtù dei rinvii – operati da disposizioni normative previgenti o risultanti da pronunzie additive di illegittimità costituzionale ([172]) – vuoi all'art. 18 St. lav., vuoi alle «sanzioni previste dalla normativa vi-

---

([170]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 723. Resta, ovviamente, come sottolineato da M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, a cura di F. Carinci-C. Cester, *ADAPT Labour Studies e-Book series*, 46, 10, l'effetto dissuasivo indiretto di cui all'art. 35 St. lav. sull'applicabilità alle imprese industriali e commerciali del Titolo III dello Statuto.

([171]) G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 12.

([172]) *Cfr*. Corte cost., 3 marzo 1987, n. 96, in *Riv. giur. lav*., 1988, II, 205, e Corte cost., 17 gennaio 1991, n. 41, in *Foro it*., 1991, I, 1030.

gente», rinvii che ora paiono potersi leggere come riferiti al D.lgs. n. 23/2015 ([173]). Si tratta, in particolare, degli apprendisti, del personale navigante delle imprese della navigazione marittima e aerea nonché dei soci lavoratori di cooperativa e dei lavoratori in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia ma non ancora settantenni ([174]), purché nuovi assunti o a essi equiparati nei termini sopra esposti ([175]).

Così delineato il campo di applicazione del regime sanzionatorio di cui al D.lgs. n. 23/2015, è possibile affrontare, seppure sommariamente, il tema dell'effettivo contenuto delle c.d. «tutele crescenti», con una annotazione preliminare: il *Jobs Act* ha inteso predisporre un autonomo sistema di sanzioni contro il licenziamento illegittimo, anch'esso quadripartito al pari del sistema introdotto all'art. 18 St. lav. dalla legge Fornero, ma la cui portata travalica la consueta distinzione tra tutela reale e tutela obbligatoria ([176]). Infatti, il sistema sanzionatorio di cui al D.lgs. n. 23/2015 si applica anche ai datori di lavoro che non raggiungono i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, commi 8-9, St. lav., ma in tale caso al giudice è preclusa la possibilità di condannare il datore alla reintegra nel posto di lavoro – né è possibile una riassunzione sulla falsa riga del

---

([173]) È questo il caso dell'art. 2, comma 1, D.lgs. n. 167/2011.

([174]) V. *supra*, § 2.2.

([175]) Sul punto, si consenta il rinvio all'approfondimento di M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, cit., 15 ss., che parla di ambito di applicazione «inespresso» del D.lgs. 23/2015. *Contra*, M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel* Jobs Act, cit., 318 ss.

([176]) M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 535.

regime di cui all'art. 8 legge n. 604/1966 ([177]) – e l'importo delle indennità spettanti al lavoratore illegittimamente licenziato è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità ([178]).

3.8. (*Segue*) La «tutela reintegratoria piena»

Il primo regime di tutela – disciplinato dall'art. 2 D.lgs. n. 23/2015 – offre, nella sostanza, la stessa tutela prevista dall'art. 18, commi 1-3, St. lav. ([179]) e può dunque essere definito, per analogia, «tutela reintegratoria piena» ([180]).

L'unica differenza è rappresentata dal parametro di riferimento per il calcolo dell'indennità risarcitoria che si accompagna alla reintegra – e, eventualmente, la sostituisce – che deve essere commisurata, non più «all'ultima retribuzione globale di fatto», bensì «all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto». Ciò – si è detto – costituisce un'utile «semplificazione» che attribuisce maggiore certezza e riduce i margini di litigiosità ([181]).

([177]) C. CESTER, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, a cura di F. Carinci-C. Cester, *ADAPT Labour Studies e-Book series*, 46, 98.

([178]) V. art. 9, comma 1, D.lgs. n. 23/2015.

([179]) V. *supra*, § 3.3.

([180]) V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 115; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 723; E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo…*, cit., 46, 64.

([181]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 724.

Anche le fattispecie di licenziamento illegittimo per le quali si applica la «tutela reintegratoria piena» trovano, almeno apparentemente ([182]), corrispondenza nel testo dell'art. 18 St. lav. così come riscritto dalla legge Fornero. Si tratta del licenziamento nullo «perché discriminatorio a norma dell'art. 15» St. lav., ovvero «perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge», del licenziamento «inefficace perché intimato in forma orale» e del licenziamento ingiustificato «per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore» anche ai sensi della normativa sul collocamento obbligatorio ([183]). Tuttavia, quelle che a un occhio poco attento potrebbero sembrare delle differenze di poco conto sono, in realtà, novità tali da mettere in discussione i contorni delle fattispecie di recesso datoriale prese in considerazione dalla norma.

Quanto al licenziamento discriminatorio, diversamente dall'art. 18 St. lav., l'art. 2 D.lgs. n. 23/2015 non richiama l'art. 3 legge n. 108/1990 (che a sua volta richiama gli artt. 4 legge n. 604/1966 e 15 St. lav.), ma solo l'art. 15 St. lav. Secondo una certa dottrina, il diverso rinvio disposto dal decreto avrebbe, aperto la strada a una nozione più ampia di licenziamento discriminatorio, sganciandola dalla

---

([182]) E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo…*, cit. 48-49.

([183]) Il riferimento è alle ipotesi di cui agli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, legge n. 68/1999. Il D.lgs. n. 23/2015 non menziona, invece, il licenziamento di cui all'art. 10, comma 4, legge n. 68/1999, per il quale è discussa l'applicabilità della nullità di diritto comune (M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, cit., 25) ovvero, nonostante il silenzio della legge, proprio del regime di cui all'art. 1, comma 4, D.lgs. n. 23/2015 (M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel* Jobs Act, cit., 334).

legge n. 108/1990 ([184]). In ogni caso, non può farsi a meno di rilevare come il legislatore del 2015, se, per un verso, ha operato un opportuno correttivo rispetto al passato ([185]), , per altro verso, non ha colto l'occasione per rimediare all'incongruenza, già nota ai commentatori dello Statuto ([186]), dovuta al carattere non esaustivo dei fattori di discriminazione contemplati dall'art. 15 St. lav. Quest'ultima disposizione non comprende, per esempio, la discriminazione basata sulla «origine etnica» o sulla «accertata infezione da HIV» ([187]) e, in caso di accoglimento della concezione tassativa della relativa elencazione, l'interprete deve affrontare i risvolti problematici di tale «incompletezza» ([188]).

Quanto, poi, alle altre ipotesi di licenziamento nullo sanzionate dall'art. 2 D.lgs. n. 23/215, si deve, anzitutto, registrare la mancata menzione di alcune specifiche ipotesi di nullità, che nell'art. 18 St. lav. sono, invece, nominalmente richiamate ([189]). A questo proposito è in ogni caso

---

([184]) F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità…*, cit., 70. Secondo O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 724, invece, è da ritenersi che «non ne risulti modificato il riferimento ad ogni specie di discriminazione e ad ogni fattispecie di licenziamento che il diritto comune o il diritto speciale qualifichino come nullo».

([185]) *Cfr*. E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo…*, cit., 50, che sottolinea come, nella formulazione di cui al D.lgs. n. 23/2015, il legislatore abbia evitato un «inutile passaggio».

([186]) *Cfr*. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 116.

([187]) P. CHIECO, *Il licenziamento nullo*, cit., 280; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel* Jobs Act, cit., 312.

([188]) V. *supra*, § 2.5.

([189]) V. *supra*, § 2.5.

agevole constatare come tali fattispecie tipiche possono comunque dirsi ricomprese nella seconda espressione utilizzata dall'art. 2 D.lgs. n. 23/2015, che opera un generico rinvio ai «casi di nullità espressamente previsti dalla legge» ([190]). Ma è proprio questa seconda formula legislativa a suscitare i maggiori dibattiti interpretativi. L'uso da parte del legislatore del 2015 – e non anche di quello del 2012 ([191]) – dell'avverbio «espressamente» ha, infatti, portato gli interpreti a interrogarsi in merito alla possibilità di ricondurre a tali casi di nullità, oltre alle fattispecie di nullità c.d. «testuale», espressamente disposte dalla legge ([192]), anche quelle di nullità c.d. «virtuale» ([193]), ossia la nullità determinata dal contrasto con una norma imperativa ([194]). Quel che è certo è che, accogliendo la tesi che prende atto

---

([190]) E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo…*, cit., 55.

([191]) V. *supra*, § 2.5.

([192]) A favore della possibilità di ricondurre all'art. 2 D.lgs. n. 23/2015 solo le nullità «testuali», *cfr*. E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo…*, cit., 61; F. SANTORI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in *I licenziamenti nel contratto 'a tutele crescenti'*, a cura di G. Ferraro, Padova, 2015, 121; E. BARRACO, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *Lav. giur.*, 2015, 2, 125.

([193]) *Cfr*. M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 2, 394; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto*, in *Working Papers CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2015, 236, 4; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Working Papers CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2015, 246, 7.

([194]) Cass., 15 gennaio 2014, n. 713, in *Diritto & Giustizia* 2014, 16 gennaio, con nota di A. GRECO, *Nullo il contratto di subappalto se stipulato in violazione della normativa antimafia*.

della novità sul piano del dato letterale, la tutela offerta dall'ordinamento al lavoratore il cui licenziamento sia affetto da nullità solo virtuale (una volta esclusa la riconducibilità alla nozione di licenziamento ingiustificato) non può che essere rappresentata dalla nullità civilistica, di diritto comune ([195]), con buona pace per la vocazione «universalistica» del sistema delle tutele crescenti ([196]).

3.9. (*Segue*) La «tutela reintegratoria attenuata»

Il secondo regime di tutela, contemplato dall'art. 3, comma 2, D.lgs. n. 23/2015, ripropone essenzialmente il contenuto della «tutela reale attenuata» di cui all'art. 18 St. lav. Le differenze sono anche qui per certi versi marginali: al richiamo «all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto» quale parametro per il calcolo dell'indennità risarcitoria, si aggiunge il coordinamento tra l'*aliunde percipiendum* e la legislazione in tema di stato di disoccupazione ([197]).

La vera novità è riscontrabile, invece, sul piano delle fattispecie alle quali è applicabile il regime di tutela in commento. Delle cinque ipotesi di licenziamento illegittimo sanzionate dall'art. 18 St. lav. con la reintegra nel posto di lavoro accompagnata da una indennità non superiore

---

([195]) Tale licenziamento sarebbe, pertanto, inidoneo a incidere sulla continuazione del rapporto di lavoro, che non sarebbe mai interrotto (V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 119-120; L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in *Working Papers CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2015, 250, 10).

([196]) C. CESTER, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit., 99.

([197]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 726.

a dodici mensilità ([198]), il D.lgs. n. 23/2015 ne lascia sopravvivere soltanto una, peraltro parzialmente modificata. Si tratta «esclusivamente [d]elle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento».

Così facendo, il legislatore restringe considerevolmente l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria che è divenuta eccezione (applicabile in ipotesi residuali, relative al solo licenziamento disciplinare) e non più regola rispetto alla tutela dal contenuto meramente indennitario ([199]).

Avuto riguardo alla lettera della legge, appare con tutta evidenza l'influenza che il dibattito accesosi in merito all'interpretazione da attribuire al concetto di «fatto» di cui all'art. 18, comma 4, St. lav. ha avuto sull'estensore del decreto, che ha senza dubbio inteso accogliere la concezione «materiale» ([200]), a scapito di quella «giuridica» propugnata da buona parte della dottrina e della giurisprudenza ([201]), e ha voluto assicurarsi che al giudice fosse precluso di fare ricorso al principio di proporzionalità ([202]).

([198]) V. *supra*, § 3.4.

([199]) F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 46, 85; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 725.

([200]) S. ORTIS, *Il fatto e la sua qualificazione: dalla* querelle *della riforma Fornero ai nodi irrisolti del* Jobs Act, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 145; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 725; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 119-123.

([201]) V. *supra*, § 3.4.

([202]) F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 46, 86. Sul criterio di proporzionalità nel contesto del D.lgs. n. 23/2015, si

In realtà, come anticipato ([203]), nonostante l'evidente scelta operata dal legislatore, il dibattito tra i fautori del carattere «materiale» del fatto, da cogliersi nella sua dimensione storica, e i sostenitori della concezione di «fatto-inadempimento» non si è sopito ([204]).

Anzi, sul fronte della concezione «giuridica», alcuni autori hanno auspicato una interpretazione costituzionalmente orientata della norma che permetta di ricondurre all'ipotesi di insussistenza del fatto materiale quantomeno quella di «'assoluta irrilevanza' disciplinare del comportamento contestato» ([205]); altri, ancora, consapevoli del palese contrasto con la chiara formulazione della norma che tale interpretazione comporterebbe ([206]), hanno sostenuto che il licenziamento disciplinare intimato in relazione a un fatto lecito o privo di rilevanza disciplinare ben potrebbe essere ricondotto nell'ambito di applicazione della «tutela reintegratoria forte» *ex* art. 2 D.lgs. n. 23/2015, in quanto disposto in frode alla legge a norma degli artt. 1344 e 1418, comma 2, c.c. ([207]).

---

consenta il rinvio a S. ORTIS, *Il fatto e la sua qualificazione: dalla* querelle *della riforma Fornero ai nodi irrisolti del* Jobs Act, cit., 163 ss.

([203]) V. *supra*, § 3.4.

([204]) S. ORTIS, *Il fatto e la sua qualificazione: dalla* querelle *della riforma Fornero ai nodi irrisolti del* Jobs Act, cit., 157.

([205]) M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel* Jobs Act, cit., 325.

([206]) V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 126.

([207]) M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 534; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 126, che riporta la tesi sostenuta da A. VALLEBONA, Jobs Act *e licenziamento*, Torino, 2015, 89.

Anche in questo caso, sarà la giurisprudenza a districare i nodi interpretativi che occupano la dottrina, sempre più sollecitata dalle continue riforme degli ultimi anni.

3.10. (*Segue*) La «tutela indennitaria piena»

Il terzo regime di tutela, previsto all'art. 3, comma 1, D.lgs. n. 23/2015, rappresenta l'unica forma di tutela per il lavoratore licenziato per giustificato motivo oggettivo, che non può più aspirare alla ripresa del rapporto di lavoro, e la forma di tutela primaria, di generica applicazione, per il destinatario di un licenziamento disciplinare (per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa) ([208]), che può ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro soltanto nell'ipotesi eccezionale e residuale contemplata dall'art. 3, comma 2, D.lgs. n. 23/2015.

Quanto al contenuto della tutela, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità.

La soglia minima dell'indennità è, dunque, inferiore rispetto a quella garantita dalla «tutela indennitaria forte» di cui all'art. 18 St. lav., pari a dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto ([209]). Inoltre, per espressa previsione legislativa, l'indennità contemplata dal decreto è riproporzionata per le frazioni di anno d'anzianità di servi-

([208]) V. *supra*, § 2.4.
([209]) V. *supra*, § 3.5.

zio e le frazioni di mese uguali o superiori a quindici giorni si computano come mese intero.

3.11. (*Segue*) La «tutela indennitaria ridotta»

Il quarto e ultimo regime di tutela è, infine, codificato all'art. 4 D.lgs. n. 23/2015 per i licenziamenti viziati sotto il profilo della forma o della procedura.

Anche in questo caso, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale. L'importo dell'indennità è, però, pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità.

Delle tre fattispecie di licenziamento sanzionate dall'art. 18 St. lav. con la «tutela indennitaria debole» ([210]), il D.lgs. n. 23/2015 ne contempla soltanto due: il licenziamento intimato con violazione del requisito di motivazione di all'art. 2, comma 2, legge n. 604/1966 e quello disposto con violazione della procedura di cui all'art. 7 St. lav. In relazione ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo rientranti nel campo di applicazione del decreto, infatti, non è più imposta ([211]), a prescindere dalla base occupazionale del datore di lavoro, la procedura di conciliazione preventiva di cui all'art. 7 legge n. 604/1966 ([212]), così che nel contesto delle tutele crescenti non ha più senso parlare della sua eventuale violazione.

([210]) V. *supra*, § 3.6.
([211]) V. art. 3, comma 3, D.lgs. n. 23/2015.
([212]) V. *supra*, § 2.2.

– CAPITOLO II –

L'AZIONE DI IMPUGNAZIONE DEL LICENZIAMENTO

SOMMARIO: § 4. Premessa. Il licenziamento illegittimo: validità ed efficacia dell'atto. – 5. (*Segue*) Il licenziamento quale diritto potestativo. – 6. L'impugnazione del licenziamento illegittimo. L'impugnazione stragiudiziale. – § 7. (*Segue*) L'impugnazione giudiziale. – § 8. La decadenza dall'impugnazione. Il termine di cui all'art. 6 legge n. 604/1966 – § 9. (*Segue*) Gli effetti e la natura dell'eccezione. – § 10. (*Segue*) L'ambito di applicazione – § 11. La legittimazione a «impugnare» e l'interesse ad agire – § 12. L'onere della prova dei fatti costitutivi e impeditivi nel giudizio sull'impugnativa del licenziamento. – § 13. (*Segue*) L'onere della prova del requisito dimensionale di cui all'art. 18 St. lav. e delle condizioni di applicabilità del D.lgs. n. 23/2015. – § 14. (*Segue*) Alcune precisazioni in ordine all'onere probatorio. – § 15. La «conversione» del licenziamento a opera del giudice. – § 16. La natura dell'azione. La giurisprudenza. – § 17. (*Segue*) La dottrina. – § 18. L'oggetto del giudizio sull'impugnazione del licenziamento. – § 19. L'oggetto del giudizio e la sua «capacità contenutistica»: i limiti alla cognizione del giudice e i poteri delle parti. – 20. La successiva impugnazione del medesimo licenziamento e l'effetto preclusivo del giudicato. – § 21. L'intimazione di un secondo licenziamento, la rinnovazione del licenziamento già intimato e l'effetto conformativo del giudicato.

4. Premessa. Il licenziamento illegittimo: validità ed efficacia dell'atto

Sullo sfondo delle leggi che, nella definizione della disciplina positiva del recesso datoriale e del relativo appa-

rato sanzionatorio, si sono succedute sino al 2012 ([1]), pare potersi intravedere una direttrice evolutiva unitaria, rappresentata dal rafforzamento delle tutele.

Come visto, con la legge n. 604/1966 è stato dapprima introdotto nel nostro ordinamento il principio della necessaria giustificazione del licenziamento, presidiandolo al contempo con una sanzione, «obbligatoria», di natura economica; lo Statuto dei lavoratori del 1970 ha, successivamente, irrobustito le tutele apprestate al lavoratore illegittimamente licenziato, garantendo la stabilità, «reale» ([2]), del rapporto di lavoro; la legge n. 108/1990 ha, infine, rimodellato l'ambito di applicazione del sistema sanzionatorio, relegando la libera recedibilità a ipotesi eccezionali ([3]) e, soprattutto, assicurando alla reintegrazione nel posto di lavoro la sua massima estensione applicativa ([4]).

È bene notare che il primato della tutela a contenuto reintegratorio, che ha caratterizzato questa prima fase evolutiva del regime delle sanzioni, non è stata una conseguenza necessitata dei principi cardine del nostro ordinamento. La Corte costituzionale ha, infatti, escluso che la reintegrazione nel posto di lavoro costituisca «l'unico paradigma attuativo» del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 Cost. e ha riconosciuto la discrezionalità del legisla-

---

([1]) V. *supra*, § 3.1.

([2]) Sulla nozione di tutela obbligatoria e tutela reale, v. *infra*, in questo §, nel testo.

([3]) M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 28.

([4]) G. DE SIMONE, *sub* art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, cit., 688.

tore nella scelta delle tutele in materia di licenziamenti illegittimi ([5]).

Cionondimeno, le Sezioni Unite della Corte di cassazione ([6]) hanno inteso tale margine di discrezionalità quale mero riconoscimento della legittimità delle limitazioni della tutela reale contemplate dall'ordinamento ([7]), delle quali hanno comunque invocato un'interpretazione restrittiva.

Per prima cosa, la Corte ha ricordato come nel contesto del diritto comune, a fronte dell'inadempimento del debitore, «l'obbligazione di ricostruire la situazione di fatto anteriore alla lesione del credito rendendo così possibile l'esatta soddisfazione del creditore, non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario, costituisce la traduzione nel diritto sostanziale del principio, affermato già dalla dottrina processuale degli anni trenta e poi ricondotto all'art. 24 Cost. (Corte cost., 24 giugno 1994, n. 253, 10

([5]) In merito al bilanciamento dei valori primariamente di rango costituzionale in gioco, *cfr*. I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro*, Milano, 2004, 113 ss.

([6]) Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Giur. it.*, 2006, 1829, con nota di L. DEL VECCHIO, *Requisito occupazionale e onere della prova*.

([7]) La posizione espressa dalla Corte di cassazione nel 2006 sembra mal conciliarsi con quanto affermato dal Giudice delle leggi nel 2000, che, ipotizzando l'abrogazione dell'art. 18 St. lav., ha comunque ritenuto sufficienti e adeguate a salvaguardare il diritto al lavoro di cui agli artt. 4 e 35 Cost. le tutele sancite dalla legge n. 604/1966. *Cfr*. M. DE LUCA, *La tutela differenziata contro il licenziamento illegittimo*, Milano, 1991. Per una critica alla soluzione interpretativa affermata da Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46, cit., *cfr*. C. DE FIORES, *L''incoerente' decisione della Corte costituzionale sulla libertà di licenziare. Osservazioni sulla sent. cost. n. 46/2000*, in *Giur. it.*, 2000, 1548.

ottobre 1995, n. 483), secondo cui il processo (ma potrebbe dirsi: il diritto oggettivo, in caso di violazione) deve dare alla parte lesa tutto quello e proprio quello che le è riconosciuto dalla norma sostanziale» ([8]). Ebbene, ritiene la Corte, «questa conclusione valida sul piano generale serve a maggior ragione nel diritto del lavoro… anche perché il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma» ([9]).

Pertanto, nel sistema delle tutele delineato dalla legge n. 604/1966 e dall'art. 18 St. lav., come modificati dalla riforma del 1990, – sistema sul quale hanno ormai profondamente inciso le novelle del 2012 e del 2015 ([10]) – il licenziamento illegittimo *di regola* determinava la sola interruzione della funzionalità di fatto del rapporto di lavoro, ma non incideva sulla sua continuità giuridica ([11]) (ed è

([8]) Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, cit., che ha evidentemente fatto riferimento al noto insegnamento di Giuseppe Chiovenda secondo cui «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire» (G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912, 81).

([9]) Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.

([10]) Il riferimento è alla legge Fornero e al D.lgs. n. 23/2015, attuativo del *Jobs Act*: v. *supra*, §§ 3.2 e 3.7.

([11]) È questa la posizione espressa dall'orientamento nettamente maggioritario: *cfr*. Cass., Corte cost., 14 gennaio 1986, n. 7, in *Giur. it*., 1987, I, 1, 800; Cass., 19 novembre 2015, n. 23710, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass., 23 settembre 2011, n. 19404, in *Guida al diritto*, 2011, 45, 57; Cass., 10 dicembre 2008, n. 29002, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 12, 1762; Cass., 19 dicembre 2006, n. 27101, in *Lav. giur.*, 2007, 6, 579, con nota di G. GIRARDI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato a seguito di licenziamento collettivo nullo*; Cass., 23 marzo 2005, n. 6233, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 3; Cass., 1 marzo 2005, n. 4261, in *Giust.*

proprio questa la tutela «in forma specifica» del diritto al lavoro, assicurata dalla reintegra, che attribuisce stabilità reale al rapporto) ([12]); solo *eccezionalmente* il recesso da-

---

civ. Mass., 2005, 3; Cass., 17 aprile 2001,n. 5639, in *Foro it.*, 2001, I, 2859; Cass., 4 novembre 2000, n. 14426, in *Foro it.*, 2001, I, 946; Cass., 13 aprile 1988, n. 2925, in *Foro it*., 1988, I, 1493, con nota di A. PROTO PISANI, 'Revirement' *delle sezioni unite sugli effetti della riforma di sentenza pretorile dichiarativa dell'illegittimità del licenziamento*; Cass., S.U., 29 aprile 1985, n. 2762, in *Foro it*., 1985, I, 2247, con nota di M. D'ANTONA, *Licenziamento illegittimo e prova del danno: la stabilità 'economica' del rapporto di lavoro secondo le sezioni unite*.
L'idoneità del licenziamento ingiustificato a produrre comunque l'effetto estintivo del rapporto di lavoro è stata sostenuta, invece, *inter alia* da Cass. 8 marzo 2011, n. 5445, in *Guida al diritto*, 2011, 18, 44; Cass., 9 marzo 2006, n. 5125, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 117, con nota di M. CARO, *Il potere del direttore di testata di proporre il licenziamento del giornalista, nel sottile discrimine fra tutela dell'autonomia professionale e privilegio corporativo*, e F.M. PUTATURO DONATI, *Applicabilità della tutela reale e inefficacia del licenziamento reiterato:* summum ius, summa iniura*?*; Cass., 20 settembre 2005, n. 18497, in *DL Riv. critica dir. lav*., 2006, 1, 246; Cass. 18 maggio 2005, n. 10394, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 286; Cass., 5 aprile 2001, n. 5092, in *Mass. giur. lav*., 2001, 1024, con nota di M. TATARELLI, *È inefficace il licenziamento reiterato prima della sentenza di annullamento*.

([12]) In dottrina si è evidenziato che «l'ordine di reintegra, in altre parole, è semplicemente la condanna all'attuazione del rapporto contrattuale di lavoro… la reintegrazione non è altro che una pronuncia restitutoria, con la quale, una volta accertata l'inefficacia del potere di licenziamento, il datore viene condannato alla rimozione degli effetti determinati con l'atto illegittimo e all'adeguamento della situazione materiale alla situazione giuridica, che l'esercizio di un potere privo di presupposti non era stato in grado di modificare». Così I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 228, nota 40, che richiama Cass., 18 giugno 2012, n. 9965, in *DL Riv. critica dir. lav.*, 2012, 3,

toriale, benché viziato, era comunque idoneo a estinguere il rapporto di lavoro, con il conseguente diritto del lavoratore, in alternativa, a scelta del datore, alla riassunzione o il pagamento di una indennità ([13]) (è questa, invece, la tutela risarcitoria solo «per equivalente», che rimette la stabilità del rapporto allo spontaneo adempimento del datore di lavoro all'obbligo di non recedere in assenza di una valida giustificazione e che, ove il datore opti per la riassunzione, comporta l'instaurazione di un nuovo e diverso rapporto di lavoro e non la prosecuzione dell'originario vincolo contrattuale) ([14]).

815, con nota di L. FRANCESCHINIS, *Ultime luci di una stella morta?*, secondo cui «'Reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro', ai sensi dell'art. 18 l. n. 300 del 1970, significa 'restituire in integro' la relazione del lavoratore col 'posto di lavoro', in ogni suo profilo, anche non retributivo». *Cfr*. anche I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., 117, e, in giurisprudenza, Cass., 18 giugno 2012, n. 9966, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 6, 808; Cass., 9 agosto 2002, n. 12126, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1525.

([13]) *Cfr*. Cass., 19 novembre 2015, n. 23710, cit.; Cass., 8 giugno 2006, n. 13380, in *Diritto & Giustizia*, 2006, 38, 40; Cass., 23 settembre 1986, n. 5715, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, 8-9.

([14]) *Cfr*. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 695. Fin da subito la dottrina ha osservato come la tutela appresta dalla legge n. 604/1966 «è priva di veri effetti restitutori del posto di lavoro perso (tutela reale) e mira soltanto a sanzionare monetariamente il licenziamento ingiustificato» (M. NAPOLI, voce *Licenziamento*, cit., 83); a questo proposito, si è parlato di «tutela ipoteticamente restitutoria, ma concretamente indennitaria», rilevando, peraltro, che «l'indennità non è per definizione equivalente al danno effettivo» (M. D'ANTONA, *sub* art. 1 legge 11 maggio 1990, n. 108, cit., 161-162); secondo altri, poi, la «'tutela obbligatoria' non risponde ad alcun intendo di stabilizzazione del rapporto lavorativo» (A. NICCOLAI, *Sub* art. 8 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992, 490).

Se ciò era valido sul piano dei principi, in concreto il rapporto tra regola ed eccezione veniva a coincidere con l'alternativa tra tutela reale e tutela obbligatoria, in funzione dell'effettivo campo di applicazione degli artt. 8 legge n. 604/1966 e 18 St. lav., che – come visto – era a grandi linee tratteggiato sulla scorta del parametro rappresentato dalle dimensioni dell'organizzazione datoriale ([15]).

Già si è detto che questo assetto è ora sensibilmente mutato a seguito delle recenti riforme di cui alla legge n. 92/2012 ([16]) e al D.lgs. n. 23/2015 ([17]). Quanto al sistema sanzionatorio contenuto nell'art. 18 St. lav., la legge Fornero ha sostituito il precedente regime – dettato, in via unitaria, per disciplinare tutti i casi di licenziamento illegittimo soggetti alla tutela reale – con un apparato quadripartito, nel contesto del quale la tutela reale vera e propria ne è uscita fortemente ridimensionata a favore di una tutela meramente economica. Il decreto sulle tutele crescenti attuativo del *Jobs Act* ha poi introdotto, sul solco già tracciato della riforma del 2012, un sistema imperniato sulla centralità della tutela indennitaria (ove non è riproposta l'alternativa tra risarcimento del danno e riassunzione), nel quale la stabilità reale del rapporto di lavoro è relegata a ipotesi eccezionali ([18]).

([15]) V. *supra*, § 3.1.

([16]) V. *supra*, § 3.2.

([17]) V. *supra*, § 3.7.

([18]) *Cfr*. I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, cit., 224-225; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 695-696 e 722-723; O. MAZZOTTA-L. AMORIELLO, *sub* art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, cit., 776.

Il superamento del «binomio» art. 18 St. lav.-tutela reale è stato colto dalla giurisprudenza che ha affrontato il tema della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore successivamente all'entrata in vigore della legge n. 92/2012 (*cfr.* Trib.

Milano, 16 dicembre 2015, n. 3460, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, II, 111, con nota di V. NUZZO, *La prescrizione dei crediti di lavoro e il timore del licenziamento dopo la legge Fornero*, e in *Giur. it.*, 2016, 1960, con nota di D. VENNERI, *La decorrenza della prescrizione nei crediti di lavoro*), che ha ritenuto che anche per i dipendenti di datori di lavoro sottoposti all'art. 18 St. lav. debba ora farsi applicazione del noto principio affermato dalla Corte costituzionale secondo cui il decorso della prescrizione incomincia al momento della cessazione del rapporto di lavoro (*cfr*. Corte cost., 10 giugno 1966, n. 63, in *Giur. cost*., 1966, 942; Corte cost., 12 dicembre 1972, n. 174, in *Foro it*., 1973, I, 22; Corte cost., 1 giugno 1979, n. 40, in *Giur. cost*., 1979, I, 338; Corte cost., 1 giugno 1979, n. 41, in *Giust. civ*., 1979, III, 88).Tale principio era stato, invero, interpretato dalla Corte di cassazione nel senso di dover ritenere che la decorrenza in costanza di rapporto fosse esclusa in relazione ai rapporti di lavoro non assistiti dalla tutela reale, sull'assunto che, in tali ipotesi, il lavoratore potesse incorrere nel timore del licenziamento nel fare valere le proprie ragioni di credito (Cass., 28 luglio 2010, n. 17629, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 7-8, 1076; Cass. 6 agosto 2002, n. 11793, in *Giust. civ. Mass.*, 1486). La giurisprudenza è, peraltro, ferma nell'affermare che «la decorrenza o meno della prescrizione in corso di rapporto va verificata con riguardo al concreto atteggiarsi del medesimo in relazione alla effettiva esistenza di una situazione psicologica di *metus* del lavoratore e non già alla stregua della diversa normativa garantistica che avrebbe dovuto astrattamente regolare il rapporto» (Cass., 20 giugno 2007, n. 14308, in *Guida al diritto*, 2007, 30, 43; Cass., 13 dicembre 2004, n. 23227, in *Giust. civ. Mass.*, 12; Cass., 13 settembre 1997, n. 9137, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 76). Anche la dottrina ha ritenuto che il regime della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore dovesse adeguarsi al nuovo atteggiarsi del sistema delle tutele contro il licenziamento illegittimo. *Cfr*. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 886, e A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 21, che puntualizza la necessità di cumulare il periodo di prescrizione già decorso alla data di entrata in vigore della riforma, in linea con Cass., 20 dicembre 1982, n. 7014, in *Mass. giur. lav.*, 1983, 159. Tale soluzione interpretativa deve valere, a maggior ragione, per i

Quindi, nell'attuale sistema sanzionatorio in materia di licenziamenti illegittimi – condividendo l'opinione di quei commentatori che hanno ravvisato tra le implicazioni di tali mutamenti normativi un rovesciamento dell'originario rapporto tra regola ed eccezione colto dalle Sezioni Unite ([19]) nella relazione tra tutela reintegratoria e tutela indennitaria ([20]) –, si deve ora affermare che *nella maggior parte dei casi* il recesso datoriale, seppur viziato, è efficace e comporta l'estinzione del rapporto di lavoro.

5. (*Segue*) Il licenziamento quale diritto potestativo

Le conclusioni cui si è pervenuti sulla tendenziale idoneità del licenziamento a estinguere il rapporto di lavoro, anche se illegittimo, inducono alcune riflessioni sulla nozione di licenziamento, tradizionalmente ricondotto alla categoria del diritto potestativo ([21]).

---

rapporti di lavoro disciplinati dal D.lgs. n. 23/2015 (v. *supra*, § 3.7). Contrario al ripensamento della questione della decorrenza della prescrizione è, invece, A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo…*, cit., 454.

([19]) V. *supra*, in questo §, nota 9.

([20]) A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo…*, cit., 415; M. MARINELLI, *L'onere della prova del requisito dimensionale del datore di lavoro*, in *Giur. it.*, 2014, 1; G. VIDIRI, *Le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, cit., 629; M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 7. *Contra* M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 51.

([21]) G. LAVAGGI, *Osservazioni sul recesso unilaterale dal contratto*, in *Foro it.*, 1950, I, 1053; U. NATOLI, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso 'ad nutum' dell'imprendito-*

Come noto, per diritto potestativo si intende il «diritto di produrre unilateralmente, mediante una propria manifestazione di volontà, un effetto giuridico che investa la sfera di altri soggetti, i quali, per un verso non sono tenuti ad alcuna cooperazione, per l'altro non possono in alcun modo impedire che l'effetto si produca; versano cioè in una situazione di 'soggezione'» ([22]).

---

re, in *Riv. giur. lav.*, 1954, I, 281; W. D'AVANZO, voce *Recesso (Diritto Civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 1027; A. LENER, voce *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 628; A. GUARNERI, *Diritti soggettivi (categorie di)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, V, Torino, 1989, 453; B. CARPINO, voce *Diritti potestativi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 10; R. DIAMANTI, *sub* art. 2118 c.c., in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992, 12; M. TIRABOSCHI, *Categorie civilistiche e recesso unilaterale: il contratto di 'lavoro subordinato'*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, 1994, 1044; R. ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, Padova, 2003, 165; F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 373. *Cfr*. pure M. NAPOLI, voce *Licenziamento*, cit., 59, il quale, invero, ritiene più opportuno considerare il licenziamento quale atto di esercizio del «potere» di estinguere il rapporto di lavoro, in considerazione di ciò che il licenziamento presuppone che «l'autore abbia il potere di produrre l'effetto estintivo»: a questo proposito, v. *infra*, in questo §, nel testo. Sui rapporti tra diritto potestativo e potere si consenta il rinvio a P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, 44 ss.; A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013, 73 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2000; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, 19 ss.

([22]) La definizione è tratta da M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 1 ss., che ripercorre la storia del riconoscimento da parte della dottrina del diritto potestativo tra le situazioni giuridiche soggettive, a partire dalle teorizzazioni della dottrina tedesca e, sul fronte interno, di G. CHIOVENDA,

Sulla scorta di tale definizione, il recesso datoriale può, dunque, essere descritto come il diritto del datore di lavoro di determinate, attraverso l'intimazione del licenziamento nelle forme e nei modi previsti dalla legge, l'estinzione del rapporto di lavoro, senza che il lavoratore debba cooperare ovvero possa opporsi allo scioglimento del vincolo contrattuale ([23]).

Affinché si produca unilateralmente l'effetto giuridico dell'estinzione del rapporto, la legge non impone al datore di lavoro di ricorrere alla funzione giurisdizionale. Il licenziamento, infatti, non è un diritto potestativo ad attuazione giudiziaria, bensì stragiudiziale ([24]), e la modifica-

---

L'azione nel sistema dei diritti, Bologna, 1903. V. anche A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 10 ss.

([23]) *Cfr*. M. NAPOLI, voce *Licenziamento*, cit., 59.

([24]) *Cfr*. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2013, 224; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 2. In dottrina è utilizzata l'espressione «potere formativo a esercizio stragiudiziale» (C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2015, 31).

Come noto, i diritti potestativi ad attuazione giudiziaria e i diritti potestativi ad attuazione stragiudiziale sono due istituti accomunabili sotto il profilo funzionale – in quanto entrambi volti alla realizzazione sul piano sostanziale di un effetto costitutivo nella sfera giuridica altrui (M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 3) –, ma non anche sotto quello delle relative modalità attuative. Infatti, solo i primi – che nelle parole di C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 31, consistono nelle «pretese processuali ad ottenere una sentenza costitutiva» a norma dell'art. 2908 c.c. (*i.e.* in altre parole, sono le azioni costitutive) – richiedono, per l'attuazione dell'effetto giuridico, l'intervento del giudice (B. CARPINO, voce *Diritti potestativi*, cit., 9).

zione della realtà giuridica riferibile al soggetto in posizione di soggezione si produce quindi per il solo fatto che il titolare, nel cui interesse è previsto il diritto potestativo ([25]), ponga in essere l'atto unilaterale stragiudiziale previsto dalla legge quale manifestazione dell'intenzione di avvalersene ([26]).

Diversamente, l'intervento della giurisdizione è necessario là dove il soggetto nella cui sfera giuridica il titolare del diritto potestativo ha inteso produrre l'effetto giuridico ricollegato dalla legge al suo esercizio ritenga che il

---

([25]) È stato opportunamente rilevato che il requisito della sussistenza di un contrasto giuridico tra l'interesse del titolare del diritto potestativo (in funzione della cui attuazione il diritto è attribuito dall'ordinamento) e l'interesse del soggetto nella cui sfera giuridica è prevista la produzione dell'effetto costitutivo (che, in caso di esercizio del diritto, è destinato a soccombere in favore dell'interesse del titolare) permette di distinguere il diritto potestativo da figure solo apparentemente affini, come il potere di rappresentanza (A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale,* cit., 17-18).

([26]) *Cfr*. A. PROTO PISANI, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, in *Foro it.*, 1990, V, 372; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 35-38; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 155, il quale pone in luce come, a fronte del contrasto giuridico di interessi sotteso al diritto potestativo (v. *supra*, in questo §, nota 25), quando il titolare decide di esercitarlo ritiene evidentemente di preferire il perseguimento dell'interesse alla modifica della realtà giuridica rispetto al mantenimento della situazione giuridica esistente. Così l'ordinamento permette al datore di lavoro di scegliere autonomamente se attribuire o meno rilevanza giuridica ai fatti posti in essere dal lavoratore che potrebbero, in ipotesi, validamente giustificare l'intimazione del licenziamento.

diritto sia del tutto inesistente o che sia viziata la sua attuazione ([27]).

Così la tutela giurisdizionale deve essere invocata dal lavoratore che intenda contestare l'insussistenza di una valida giustificazione di recesso, la violazione di un divieto ovvero l'inosservanza delle regole formali e procedurali che disciplinano la sua intimazione: in altre parole, che il licenziamento è privo di una giusta causa o di un giustificato motivo, vuoi perché la giustificazione formalmente addotta dal datore di lavoro non è in realtà sussistente ([28]) vuoi perché, diversamente da quanto creduto, si è al di fuori dell'area del recesso *ad nutum* ([29]); che il licenziamento è intimato in concomitanza col matrimonio o in violazione dei divieti posti a tutela della maternità e della paternità, discriminatorio, disposto per un motivo illecito determinante o altrimenti nullo ([30]); che il licenziamento non rispetta il requisito della forma scritta *ad substantiam* ([31]); che non è stato esperito il tentativo di conciliazione preventivo di cui all'art. 7 legge n. 604/1966 ovvero rispettato il procedimento disciplinare dettato dall'art. 7 St. lav. ([32]).

([27]) *Cfr*. A. PROTO PISANI, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, cit., 372, il quale ricollega l'esigenza di ricorrere al giudice all'incertezza determinata dalla contestazione mossa dal soggetto che subisce la modificazione giuridica. A questo proposito, v. *infra*, in questo §, nota 33, nonché § 11.

([28]) Sul concetto di giusta causa e giustificato motivo, v. *supra*, § 2.3; in merito alle sanzioni per la loro mancanza, v. *supra*, §§ 3.3 ss.

([29]) V. *supra*, § 2.2.

([30]) Per una descrizione della fattispecie e delle sanzioni, v. *supra*, §§ 2.5 e §§ 3.3 e 3.8.

([31]) V. *supra*, § 2.6 nonché §§ 3.3 e 3.8

([32]) V. *supra*, §§ 2.3 e 2.4 nonché §§ 3.6 e 3.11.

In tutti questi casi l'intervento giudiziario si compie *ex post*, una volta che il datore di lavoro ha autonomamente, per via unilaterale, perseguito la realizzazione dell'effetto estintivo del rapporto di lavoro, e non *ex ante*, non essendo necessario per la produzione dell'effetto ([33]). Una cosa è quindi l'attuazione del diritto potestativo datoriale, che si realizza sul piano sostanziale ([34]), un'altra è la reazione del lavoratore alla produzione dell'effetto, che opera sul piano processuale ([35]) (eventualmente preceduta da una impugnazione stragiudiziale) ([36]).

Ciò chiarito, occupandoci più da vicino dell'esame della fattispecie costitutiva del diritto di recesso del datore di lavoro ([37]), viene anzitutto in linea di conto l'atto di licenziamento in sé considerato.

([33]) Quando il datore di lavoro agisce in prevenzione, anteriormente all'intimazione del licenziamento (sempre che non lo si ritenga inammissibile per carenza di interesse ad agire *ex* art. 100 c.p.c.), lo scopo perseguito non è mai la realizzazione dell'effetto estintivo nella sfera giuridica del lavoratore: v. *infra*, § 11. *Contra* R. ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, cit., 165, secondo cui «il licenziamento non è più in grado, a seguito dell'impugnazione del lavoratore, di estinguere il rapporto di lavoro; perché l'effetto estintivo si produca, occorre l'intervento del giudice».

([34]) A. PROTO PISANI, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, cit., 372; *cfr*. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 224; M. TIRABOSCHI, *Categorie civilistiche e recesso unilaterale: il contratto di 'lavoro subordinato'*, cit., 1074; M. NAPOLI, voce *Licenziamento*, cit., 59.

([35]) È questa l'azione giudiziale di impugnazione del licenziamento, che costituisce il tema d'indagine affrontato nel presente capitolo.

([36]) V. *infra*, § 6.

([37]) A questi fini, occorre considerare il complesso dei fatti che incidono sul diritto potestativo, condizionandone la nascita, determinandola o impedendola, o ne precludono l'esercizio. Sulla no-

Dal punto di vista della elaborazione dottrinale della categoria del diritto potestativo, deve dirsi pacifica la tesi che vede nell'atto di licenziamento la manifestazione unilaterale della volontà del titolare del diritto di attribuire rilevanza giuridica ai fatti contemplati dalla legge affinché l'effetto giuridico possa verificarsi ([38]). È dunque evidente come l'atto di recesso si ponga all'interno dei confini dalla fattispecie produttiva dell'effetto estintivo del rapporto di lavoro.

Nell'indagine dottrinale relativa alla sua esatta collocazione rispetto all'effetto, fermo restando l'unanime riconoscimento del valore «costitutivo» della dichiarazione del titolare del diritto ai fini della produzione della modificazione giuridica, si è distinto tra «fattispecie costitutiva del potere sostanziale» e «fattispecie costitutiva dell'effetto» ([39]). Secondo alcuni, la modifica della realtà giuridica altrui si produrrebbe all'esito di un processo bifasico nel contesto del quale, prima verrebbe in essere il potere, al verificarsi dei presupposti di fatto contemplati dalla legge,

---

zione di fatti costitutivi, modificativi, estintivi e impeditivi, v. *infra*, § 12.

([38]) Deve ritenersi superata la tesi che ravvisava nella manifestazione di volontà del titolare un mero atto finalizzato a porre «in funzione» un diritto «latente» i cui effetti si sarebbero già prodotti nella realtà giuridica. *Cfr*. A. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1906, 86; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1933, 67; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, 153 e 188. Per le critiche a tale dottrina, *cfr*. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 153; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 10; D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 226.

([39]) Così A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 39-45; *cfr*. anche M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 182-184.

poi, se e nella misura in cui il titolare del potere così sorto decida di esercitarlo, si produrrebbe l'effetto costitutivo ([40]). Secondo altri, invece, l'effetto sarebbe il risultato di una «fattispecie complessa» costituita tanto dai fatti quanto dall'atto di esercizio del diritto potestativo che intende darvi rilevanza ([41]).

Nella prima prospettazione, l'atto di licenziamento, sarebbe l'«unico fatto costitutivo» dell'effetto e implicherebbe il previo perfezionamento della fattispecie costitutiva del potere; nella seconda, invece, esso sarebbe solo «uno dei fatti costitutivi» dell'effetto, insieme ai «fatti generatori del potere» ([42]).

A prescindere dall'impostazione che si ritenga di condividere, preme ribadire come – sia che venga frapposta tra il diritto potestativo e l'effetto giuridico perseguito, sia che venga avvicinata (ma non ricondotta) ai fatti costitutivi del primo, e assieme a questi posta alla base del secondo – la manifestazione unilaterale della volontà del ti-

---

([40]) *Cfr*. M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 182, che si esprime, insieme ad A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 43, a favore della prima ricostruzione, che è ritenuta la sola compatibile con la prospettata idoneità della figura del diritto potestativo a costituire, almeno prima del suo esercizio, oggetto di accertamento giurisdizionale (v. *infra*, § nota 162).

([41]) A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir proc.*, 1991, 80; ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 204; R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, 135; F.P. LUISO, *Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, in *Giust. civ.*, 1985, 561. In questo senso pare potersi leggere anche D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 226.

([42]) M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 182.

tolare del diritto potestativo è comunque necessaria per la modificazione del rapporto giuridico: l'effetto estintivo del rapporto di lavoro non può verificarsi se non a seguito dell'intimazione del licenziamento con cui il datore di lavoro intende dare rilevanza ai fatti storici addotti alla base del suo recesso (eccezion fatta, ovviamente, per le diverse cause di estinzione contemplate dall'ordinamento) ([43]).

Così chiarito il ruolo dell'atto di licenziamento in quanto tale, occorre ora affrontare l'indagine classificatoria degli altri fatti contemplati dalla legge: principalmente ([44]), la giusta causa e il giustificato motivo ([45]).

([43]) V. *supra*, § 1, nota 1.

([44]) La giusta causa e il giustificato motivo (v. *supra*, § 2.3) non esauriscono il novero dei fatti giuridicamente rilevanti rispetto al diritto di recesso datoriale. Si pensi al carattere discriminatorio del licenziamento, al matrimonio, allo stato di gravidanza, etc., che sono comunemente qualificati in termini di fatti impeditivi del potere di licenziare (*cfr*. A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 564, nota 519). *Contra* M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 141, che qualifica come fatto costitutivo l'«assenza di motivi discriminatori». In generale, sulla definizione di un fatto come impeditivo o della sua assenza come costitutivo, v. *infra*, § 12.

([45]) La dottrina che ha indagato la natura astratta o causale dell'atto di recesso ha sostenuto che alla giusta causa debba essere attribuita una funzione differente rispetto a quella cui viene tradizionalmente associata assieme al giustificato motivo: la giusta causa non sarebbe un presupposto di validità del licenziamento, ma andrebbe ricollegata unicamente al diritto del lavoratore licenziato al periodo di preavviso o alla relativa indennità sostitutiva. A sostegno di questa tesi si osserva che, ove il giudice accerti il difetto della giusta causa addotta dal datore di lavoro, il licenziamento non sarebbe per ciò solo invalido; si giungerebbe a tale conclusione solo nel caso in cui il giudice non ravvisi sussistente nemmeno un giustificato motivo soggettivo (a questo proposito, v. *infra*, § 15). Pertanto, solo quest'ultimo sarebbe giuridicamente rilevante ai fini

A questo proposito, i rilievi sopra svolti in ordine ai rapporti tra i concetti di invalidità e di inefficacia ([46]) in relazione al recesso datoriale ([47]) suggeriscono di considerare separatamente le ipotesi in cui le due categorie si accompagnano l'una all'altra da quelle in cui, invece, la prima non fa seguito alla seconda.

---

della produzione dell'effetto estintivo del rapporto perseguito dal datore di lavoro (*cfr*. M. TIRABOSCHI, *Categorie civilistiche e recesso unilaterale: il contratto di 'lavoro subordinato'*, cit., 1064 ss., spec. 1070. Questa ricostruzione, invero, non sembra tenere conto della differenza non solo «quantitativa», ma anche «qualitativa» intercorrente tra la nozione di giusta causa e quella di giustificato motivo oggettivo, quantomeno ricollegata alla rilevanza giuridica che il primo concetto dà ai comportamenti del lavoratore che non costituiscono un inadempimento contrattuale, il solo preso in considerazione dal giustificato motivo soggettivo (v. *supra*, § 2.3).

([46]) L'efficacia e la validità di un atto possono essere definite, rispettivamente, come l'idoneità di questo a produrre un effetto giuridico e la sua conformità al paradigma legale di riferimento (R. TOMMASINI, voce *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir*., XXII, Milano, 1972, 576 ss.; V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 201 ss.; ID., voce *Inefficacia*, in *Enc. dir*., XXI, Milano, 1971, 333 ss.; C.M. MAZZONI, *Invalidità degli atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 225 ss. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Inefficacia*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 5). È bene notare che non sempre tra le due categorie esiste una corrispondenza biunivoca; anzi, spesso la legge permette all'atto invalido di produrre comunque effetti sulla realtà giuridica, attribuendo al contempo al soggetto che abbia subìto tale effetto in conseguenza di un atto viziato il diritto di chiedere la sua rimozione. *Cfr*. A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 42, che, rifacendosi alle teorizzazioni di M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522, definisce il regime della corrispondenza tra invalidità e inefficacia come «normale» e quello dell'efficacia nonostante l'invalidità come il regime della «equiparazione».

([47]) V. *supra*, § 4.

Là dove l'invalidità dell'atto di licenziamento che sia privo di una legittima giustificazione ne implica pure l'inefficacia – perché la tutela apprestata dall'ordinamento è a contenuto reintegratorio ([48]) –, allora può dirsi che la giusta causa o il giustificato motivo sono fatti costitutivi del diritto di recesso datoriale ([49]); in assenza di una valida

([48]) V. *supra*, §§ 3.3, 3.4, 3.8 e 3.9.

([49]) C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 733; M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 748; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 141; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 552, nota 491; A. VALLEBONA, *sub* art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992, 379 e 383; ID., *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, 62; M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., 181; F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Il licenziamento illegittimo*, cit., 82; R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977, 46. A questo proposito, si impone tuttavia una precisazione: l'inefficacia del licenziamento non è (più) associata dall'art. 18 St. lav. e (ora anche) dal D.lgs. n. 23/2015 al difetto di giusta causa e giustificato motivo *tout court*, bensì unicamente: (i) al difetto del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro «per insussistenza del fatto contestato» ovvero «perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili»; (ii) al difetto di giustificato motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore; (iii) alla «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» (art. 18 St. lav.: v. *supra*, §§ 3.3 e 3.4); (iv) al licenziamento ingiustificato «per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore»; (v) al licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore (D.lgs. n. 23/2015: v. *supra*, §§ 3.8 e 3.9). È, pertanto, soltanto in tali termini che la giu-

causale di licenziamento, infatti, l'effetto costitutivo che la legge ricollega al legittimo esercizio del diritto potestativo non si produce e la realtà giuridica non ne esce modificata: come visto, l'atto di licenziamento, in quanto viziato, incide unicamente sulla funzionalità di fatto del rapporto di lavoro, che viene interrotta, ma non anche sulla sua continuità giuridica ([50]).

Invece, in tutti gli altri casi – in cui la tutela è a contenuto meramente risarcitorio o indennitario ([51]) –, l'effettiva ricorrenza di una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento non influisce in alcun modo sulla idoneità dell'atto a produrre l'effetto costitutivo: l'assenza di una valida causale di recesso non impedisce, infatti, all'atto di licenziamento, seppur viziato, di determinare l'estinzione del rapporto di lavoro. In questo contesto, dunque, deve concludersi nel senso che la giusta causa e il giustificato

---

sta causa e il giustificato motivo rappresentano fatti costitutivi del diritto di recesso del datore di lavoro. A questo proposito, in dottrina non sono mancate critiche alla indiretta incidenza della scomposizione delle conseguenze sanzionatorie sulle causali di licenziamento che, secondo alcuni solo apparentemente, non sarebbero invece state modificate: *cfr*. C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 552; R. SCOGNAMIGLIO, *Commento alla legge 28 giugno 2012,n. 92 sulla riforma del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 802; P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, cit., 155; V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Working Papers CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2012, 165, 28.

([50]) V. *supra*, § 4, nota 11.

([51]) V. *supra*, § 3.5, 3.6, 3.10 e 3.11.

motivo non sono fatti costitutivi del diritto (potestativo) di recesso del datore di lavoro ([52]).

La ricostruzione proposta richiede, tuttavia, una precisazione che tenga conto della struttura dell'attuale sistema sanzionatorio.

([52]) C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II. Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 581, nota 173; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 552, nota 491; con riferimento alla tutela c.d. obbligatoria introdotta dalla legge n. 604/1966, P. ALLEVA, *Sui principi di immediatezza e immutabilità nei licenziamenti individuali per giusta causa e giustificato motivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, I, 684; G.F. MANCINI, *Il progetto di legge sulla giusta causa e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato*, in *Riv. dir. lav.*, 1966, I, 111; F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sul concetto e sulla natura del giustificato motivo e della giusta causa di licenziamento*, in *Dir. lav.*, 1966, I, 292.

Si deve precisare che, secondo alcuni, in determinati casi la giusta causa e il giustificato motivo di recesso andrebbero intesi quali fatti costitutivi non tanto del diritto potestativo di licenziare, bensì del «diritto di produrre l'effetto»: rientrerebbero, dunque, non nella fattispecie costitutiva del potere, ma in quella dell'effetto (v. *supra*, in questo §, nel testo). Ciò accadrebbe, in particolare, nell'ipotesi di cui agli artt. 18, commi 4-7, St. lav. e 3, comma 2, D.lgs. n. 23/2015, sull'assunto che il legislatore, nel disporre che il giudice «annulla il licenziamento», abbia inteso qualificare la tutela in termini costitutivi. Affinché l'azione possa dirsi costitutiva, infatti, l'atto di licenziamento impugnato deve avere prodotto degli effetti (estinguendo il rapporto di lavoro) cui l'azione del lavoratore intende porre rimedio (ripristinando il rapporto). Se così è, allora la giusta causa o il giustificato motivo non possono integrare fatti costitutivi del diritto di recesso, perché il suo esercizio sarebbe stato efficace anche in loro assenza; ma non può nemmeno dirsi che tali causali siano del tutto irrilevanti, perché la loro originaria assenza permette al lavoratore di agire per la rimozione degli effetti illegittimamente prodotti dal recesso datoriale viziato. Sulla natura, costitutiva o dichiarativa, dell'azione, v. *infra*, §§ 16 e 17.

Poiché le tutele assicurate al lavoratore illegittimamente licenziato differiscono, almeno parzialmente ([53]), in funzione di ciò che sia o meno perfezionato il requisito dimensionale di cui all'art. 18 St. lav. ([54]), si deve ritenere che all'interno della fattispecie del diritto potestativo di recesso del datore di lavoro vi sia un fatto costitutivo ulteriore, ma alternativo a quello integrato dalla giusta causa e dal giustificato motivo di licenziamento. È infatti vero che tali causali di recesso non rappresentano un fatto costitutivo del diritto datoriale nei termini sopra esposti (perché il licenziamento che ne sia privo è comunque idoneo a estinguere il rapporto di lavoro) soltanto se e nella misura in cui non sia integrato il requisito occupazionale previsto dallo statuto. Pertanto, là dove il licenziamento difetti della giusta causa o del giustificato motivo, affinché l'effetto estintivo del rapporto di lavoro possa prodursi, deve sussistere il fatto ulteriore, costitutivo, rappresentato dall'assenza del requisito dimensionale; ove manchi (*i.e.* ove il requisito occupazionale sia integrato), il licenziamento privo di giustificazione non sarà idoneo a estinguere il rapporto.

Peraltro, la qualificazione dell'assenza del requisito dimensionale di cui all'art. 18, commi 8-9, St. lav. in ter-

---

([53]) Fa eccezione la tutela a contenuto reintegratorio di cui agli artt. 18, comma 1, St. lav. e 2 D.lgs. n.23/2015, che trova applicazione a prescindere dalla consistenza occupazionale del datore di lavoro: v. *supra*, §§ 3.3 e 3.8, nonché *infra*, § 13.

([54]) Come noto, l'art. 18 St. lav. prevede che le tutele ivi previste si applichino solo ai lavoratori alle dipendenze di datori di lavoro la cui organizzazione integri i requisiti dimensionali di cui ai commi 8 e 9 della norma (v. *supra*, § 3.2, nonché *infra*, § 13). L'art. 18, commi 8-9, St. lav. è, inoltre, richiamato dall'art. 9 D.lgs. n. 23/2015 quale presupposto per l'applicazione delle tutele di cui all'art. 3, comma 2, del decreto (v. *supra*, § 3.7, nonché *infra*, § 13).

mini di fatto costitutivo appare coerente, come si avrà modo di vedere ([55]), con l'impostazione accolta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione in ordine alla classificazione del medesimo fatto ai fini del riparto dell'onere della prova nella prospettiva, speculare, del diritto del lavoratore illegittimamente licenziato alla tutela reale. Nel giudizio sull'impugnativa del licenziamento la giurisprudenza ha affermato la natura di fatto impeditivo dell'assenza del requisito dimensionale, addossando l'onere della relativa prova al datore di lavoro. Cionondimeno, parlarne del requisito dimensionale (e non della sua assenza) quale fatto impeditivo rispetto al verificarsi dell'effetto estintivo perseguito dal datore di lavoro potrebbe essere preferito da coloro ([56]) che premono per un ripensamento dell'operazione classificatoria sotto il profilo dell'onere probatorio, sulla scorta del sopravvenuto ribaltamento del rapporto fra regola ed eccezione, che si sarebbe verificato, in relazione alla tutela a contenuto reintegratorio e a quella a contenuto indennitario ([57]).

Sebbene la giusta causa e il giustificato motivo non rappresentino sempre, alle condizioni appena precisate, un fatto costitutivo del diritto di recesso del datore di lavoro, ciò non significa che, quando non lo sono, la loro mancanza sia priva di qualsivoglia rilevanza. Infatti, l'invalidità del licenziamento se, per un verso, non impedisce l'estinzione del rapporto di lavoro, per altro verso, permette al lavoratore illegittimamente licenziato di agire per il risarcimento del danno ([58]): cioè di ottenere, se al rapporto di

([55]) V. *infra*, § 13.

([56]) V. *infra*, § 13, spec. nota 271.

([57]) V. *supra*, § 4.

([58]) La dottrina si è interrogata in merito alla natura dell'atto di licenziamento che, pur viziato, produca effetti. Secondo alcuni, si tratterebbe di un «atto illecito o illecito civile» (G.F.

lavoro è applicabile l'art. 8 legge n. 604/1966 ([59]), la riassunzione o il pagamento di una indennità, a scelta del datore di lavoro, ovvero, se il rapporto è regolato dal D.lgs. n. 23/2015 senz'altro l'indennità ([60]).

Non a caso, ben prima dell'entrata in vigore delle riforme del 2012 e del 2015, la dottrina aveva considerato la tutela obbligatoria, con cui il legislatore ha per la prima volta inteso limitare il potere di licenziare *ad nutum* di matrice codicistica ([61]), «solo una forma, un modo d'essere»

MANCINI, *Il progetto di legge sulla giusta causa e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato*, cit., 23); secondo altri, invece, sarebbe un «atto lecito dannoso» (F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sul concetto e sulla natura del giustificato motivo e della giusta causa di licenziamento*, in *Dir. lav.*, 1966, I, 292). A sostegno di entrambe le tesi, viene citato l'argomento testuale tratto dall'art. 8 legge n. 604/1966, che parla tanto di «risarcire il danno» quanto di «indennità». Infatti, ferma restando la funzione risarcitoria, comune all'indennità e al risarcimento (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2000, 674), l'indennità sarebbe associata ad atti e comportamenti leciti, seppur dannosi, che il soggetto passivo deve sopportare poiché il suo interesse è ritenuto sacrificabile, mentre il risarcimento farebbe seguito a danni connotati da antigiuridicità; il secondo mirerebbe alla riparazione integrale del danno, la prima alla sua riparazione attenuata (C. BUONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012, 139; M.A. MAZZONA, *I nuovi danni*, Padova, 2008, 129). Vi è in ogni caso chi ritiene che il profilo terminologico non possa dirsi dirimente (G. ZANGARI, *Giusta causa e giustificato motivo nella nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *Riv. dir. lav.*, I, 1967, 65, nota 29). Si consideri, infatti, che l'art. 18 St. lav. e il D.lgs. n. 23/2015, fatta eccezione per le ipotesi assoggettate alla tutela reintegratoria, ora parlano l'uno di «indennità risarcitoria», l'altro solo di «indennità».

([59]) V. *infra*, § 3.1.

([60]) V. *infra*, § 3.7.

([61]) V. *infra*, § 3.1.

ovvero «una variante onerosa della libera recedibilità» ([62]), nel contesto della quale «il giustificato motivo non diviene… fattispecie del potere di licenziamento, condizione del suo esercizio, è solo un limite inerente alla sua attuazione, è l'oggetto d'un obbligo che si pone accanto al potere; talché se l'obbligo resta inadempiuto, l'atto in cui con-

([62]) La prima espressione è di G.F. MANCINI, *Il nuovo regime di licenziamento*, in *L'applicazione dello statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, a cura di G. Pera, Milano, 1975, 191, la seconda di R. DE LUCA TAMAJO-M. D'ANTONA, *Note introduttive*, in *Commentario, Legge 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali*, a cura di R. De Luca Tamajo-M. D'Antona, 1991, 137. In termini analoghi, A. PROTO PISANI, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, cit., 366, secondo cui «un dato è indiscutibile: la illegittimità del licenziamento non impedisce al datore di lavoro di sciogliersi unilateralmente da ogni rapporto col lavoratore tramite il pagamento di una somma di denaro». Ma ciò è stato riconosciuto anche dalla giurisprudenza, secondo cui «al di fuori dell'ambito di applicazione della legge n. 300 del 1970 (nel quale incide sulla validità del negozio) la giusta causa non può quindi identificarsi altro che in un presupposto di fatto (o, se si vuole, causa remota) del quale il datore di lavoro può avvalersi per conseguire un effetto ulteriore (esonero dal preavviso nel recesso libero; elisione degli obblighi derivanti da un licenziamento illegittimo-illecito per la legge del 1966) rispetto a quello altrimenti associato al negozio» (Cass., 4 marzo 1993, n. 2596, in *Riv. dir. lav.*, 1993, II, 268, con nota di F. MIANI CANEVARI, *Licenziamento disciplinare e libertà di recesso. Nuovi contrasti nella giurisprudenza della cassazione*; *cfr*. pure Cass., S.U., 18 maggio 1994, n. 4844, in *Foro it.*, 1994, I, 2076, con nota di O. MAZZOTTA, *'La terra è piatta?' 'Forse...' (A proposito di licenziamento disciplinare illegittimo e sanzioni conseguenti)*, e in *Giust. civ.*, 1994, I, 2471, con nota di L. NOGLER, *Sul c.d. licenziamento ingiustificato nell'area del recesso* ad nutum).

siste l'esercizio del potere sarà illecito, ma non invalido» ([63]).

Riprendendo quanto detto in merito alle conseguenze degli ultimi interventi legislativi, che parrebbero volere relegare entro i confini molto ristretti di vizi particolarmente gravi le ipotesi di licenziamento inefficace ([64]), si ritiene di potere individuare nella storia normativa più recente una direttrice evolutiva di segno opposto rispetto a quella che è stata segnata, prima, dalla legge n. 604/1966, poi, dallo Statuto dei lavoratori del 1970 e, in seguito, dalla legge n. 108/1990. La disciplina speciale sul licenziamento individuale – che ora permette al datore di lavoro di ottenere quasi sempre, con la sola eccezione delle ipotesi di «grave abuso» ([65]), lo scioglimento del vincolo contrattuale, al più accollandogli il peso di un indennizzo economico, per definizione inferiore al danno effettivo ([66]) – sembra proprio

---

([63]) Così ancora G.F. MANCINI, *Il progetto di legge sulla giusta causa e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato*, cit., 23.

([64]) V. *supra*, § 4.

([65]) I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, cit., 228. Peraltro, anche nelle ipotesi in cui l'ordinamento ammette il recesso libero (per esempio, nel rapporto di apertura di credito a tempo indeterminato), si esclude la legittimità di un suo esercizio del tutto irragionevole, che integra un abuso del diritto di recesso da parte del titolare (*cfr*. Cass., 24 agosto 2016, n. 17291, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 25 agosto, con nota di E. BRUNO, *La riduzione del patrimonio del debitore non giustifica, automaticamente, il recesso da parte della banca*; Trib. Milano, 20 gennaio 2006, in *Banca borsa tit. cred*., 2008, 2, II, 267).

([66]) C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 730, secondo cui la legge n. 92/2012 avrebbe istituito «un'area di libera recedibilità con penale». Sulla differenza tra indennizzo e risarci-

dirigersi verso la configurazione del diritto di recesso datoriale «pre-Statuto» quale diritto potestativo a carattere discrezionale ([67]), seppur non arbitrario ([68]).

In altre parole, la scelta di politica legislativa presa del legislatore degli ultimi anni di perseguire una maggiore flessibilità «in uscita» pare essersi tradotta, sul piano delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, nella configurazione di un diritto potestativo la cui fattispecie costitutiva è

---

mento, *cfr*. M. D'ANTONA, *sub* art. 1 legge 11 maggio 1990, n. 108, cit., 162, nonché, *supra*, in questo §, nota 58.

([67]) *Cfr*. C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, III, *I procedimenti speciali, l'arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*, Torino, 2016, 345-346, ove si afferma che la riforma «significa, in pratica, reintroduzione… dell'istituto del recesso *ad nutum* da parte del datore di lavoro, salvo il versamento di una indennità risarcitoria». Inoltre, pare potersi leggere quale conferma della natura discrezionale quanto affermato da V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., 534, secondo cui il controllo giudiziale «opera solo 'a valle', con una valutazione che, senza toccare la 'sostanza' della volontà imprenditoriale, incide soltanto sulle convenienze economiche», mentre «la scelta organizzativa 'a monte' del recesso non è mai realmente contestabile, perché il licenziamento ha in ogni caso effettori solutivo del contratto». In generale, sul carattere discrezionale ma non arbitrario del diritto potestativo di recesso, *cfr*. A. GUARNERI, *Diritti soggettivi (categorie di)*, cit., 453; B. CARPINO, voce *Diritti potestativi*, cit., 10.

([68]) L'esercizio arbitrario del diritto potestativo sarebbe, infatti, sanzionato con l'applicazione della tutela a contenuto reintegratorio. Nel senso che lo scopo della sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro sia proprio quella di «'responsabilizzare' il soggetto [*i.e.* il datore di lavoro] nei confronti dell'esercizio del potere, penalizzandolo, conseguentemente, nel caso di esercizio 'arbitrario'», *cfr*. O. MAZZOTTA, *Il risarcimento dei danni per licenziamento illegittimo tra 'sanzione' e 'adempimento'*, in *Foro it*., 1978, I, 2174.

tendenzialmente sganciata dalla sussistenza di una causale di recesso e il cui esercizio è solo disincentivato ([69]), grazie alla presenza di un limite «esterno» al potere, in un'ottica di monetizzazione della compressione dell'interesse del soggetto in posizione di soggezione ([70]).

6. L'impugnazione del licenziamento illegittimo. L'impugnazione stragiudiziale

Affinché ne possa essere contestata la legittimità, il licenziamento deve essere «impugnato» nei modi e nei termini di cui all'art. 6 legge n. 604/1966.

Quanto ai modi ([71]), l'espressione «impugnazione» utilizzata dalla norma si riferisce a «qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto a impugnare il licenziamento stesso».

([69]) *Cfr*. O. MAZZOTTA, *Il risarcimento dei danni per licenziamento illegittimo tra 'sanzione' e 'adempimento'*, cit., 2174, secondo cui il legislatore del 1966 ha agito solo sulle «conseguenze dannose del recesso, senza reprimerne l'esercizio», mentre nel 1970 si è «inteso reprimere il comportamento del datore, che abbia ingiustamente licenziato, in se e per se, come esercizio arbitrario di un potere di fatto. L'oggetto dell'intervento sanzionatorio della legge non sono state quindi (soltanto) le conseguenze svantaggiose che dal recesso possono derivare ma la stessa messa in atto del potere».

([70]) *Cfr*. V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., 534, che osserva come l'approccio del legislatore sembra quello tipico di *law and economcis*; *cfr*. anche P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., 792.

([71]) Il merito ai termini entro cui l'impugnazione deve essere proposta, v. *infra*, § 7.

La scelta terminologica del legislatore, che con il termine «impugnazione» non ha inteso fare necessariamente riferimento all'esperimento di un'azione giudiziaria, è apparsa impropria ([72]), e l'art. 6 legge n. 604/1966 è stato persino oggetto di una questione di legittimità costituzionale per l'asserita «eccessiva genericità» della sua formulazione ([73]).

Quanto al primo profilo, si è comunque riconosciuto che la possibilità di procedere alla proposizione di una impugnazione anche solo stragiudiziale persegue l'obiettivo di facilitare il lavoratore nella contestazione del recesso datoriale ed è a ogni modo idonea a palesare al datore di lavoro l'intenzione dell'impugnante di sottoporre al vaglio dell'autorità giudiziaria la legittimità del licenziamento ([74]), configurando una sorta di «riserva di azione» ([75]).

Sotto il secondo profilo, poi, la Corte costituzionale ha ritenuto che le censure di indeterminatezza mosse contro la formulazione di cui all'art. 6 legge n. 604/1966 fossero infondate *prima facie*, affermando che «proprio la ge-

---

([72]) A. POSO, *Sub* art. 6 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992, 403.

([73]) Corte cost., 13 maggio 1987, n. 161, in *Mass. giur. lav*., 1987, 319.

([74]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 679.

([75]) C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 734, parlano dell'impugnazione stragiudiziale in termini di «'prenotazione' dell'azione giudiziale» la cui «previsione risponde, con tutta evidenza, allo scopo di far sapere anticipatamente al datore di lavoro se il lavoratore intenda far accertare l'illegittimità del recesso»; D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 64, 80; M. GRANDI, *La risoluzione delle controversie in tema di licenziamenti individuali*, in *Riv. dir. lav*., 1967, I, 405 e 406, nota 27.

nericità della previsione tende ad assicurare idoneità all'impugnativa posta in essere non solo con documenti sottoscritti dalla parte interessata ma anche con ogni altro scritto a questa riferibile, con la condizione esplicitamente posta, dell'idoneità a rendere nota la volontà del lavoratore di impugnare il licenziamento» ([76]).

Come previsto dal Giudice delle leggi ([77]), le interpretazioni giurisprudenziali dell'espressione «qualsiasi atto scritto» – che fa dell'impugnazione un atto formale, per il quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam* ([78]) – sono state variegate.

Così, esclusa in ogni caso la necessità di formule sacramentali ([79]), è stata considerata impugnazione valida ai sensi dell'art. 6 legge n. 604/1966 la comunicazione a mezzo fax della richiesta di conciliazione ([80]); o, ancora, si è ritenuto idoneo a impugnare il licenziamento il telegramma inviato mediante consegna di copia all'ufficio postale, purché, in caso di contestazioni, il mittente provi, anche mediante elementi indiziari precisi e concordanti, la pro-

---

([76]) Corte cost., 13 maggio 1987, n. 161, cit.

([77]) Corte cost., 13 maggio 1987, n. 161, cit., ha infatti affermato che «l'evenienza di diverse interpretazioni da parte di giudici diversi, lungi dal costituire la conseguenza patologica dei termini in cui la norma è formulata, è fisiologicamente connaturata al nostro sistema giudiziario».

([78]) Cass. 23 aprile 2014, n. 9182, in *Diritto & Giustizia* 2014, 24 aprile, con nota di G. MARINO, *L'impugnazione dell'avvocato non basta se manca la procura*.

([79]) F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 410. In giurisprudenza, *cfr.*, *inter alia*, Cass., 27 febbraio 1998, n. 2200, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 457.

([80]) In quanto, secondo Cass., 23 agosto 2016, n. 17253, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 24 agosto, «del tutto equipollente alla 'consegna' di cui all'art. 410, comma 5, c.p.c.».

venienza del telegramma ([81]). Diversamente, l'impugnazione non è stata ritenuta validamente proposta in relazione all'invio al datore di lavoro dell'avviso di convocazione dell'ufficio provinciale del lavoro per l'esperimento del tentativo di conciliazione, in quanto, ancorché promosso e sollecitato dal lavoratore, è pur sempre un atto dell'ufficio del lavoro ([82]).

7. (*Segue*) L'impugnazione giudiziale

Il lavoratore può impugnare il licenziamento direttamente in sede giudiziaria.

Questa evenienza ha determinato un acceso dibattito in merito alla specifica attività richiesta all'impugnante nel termine previsto dall'art. 6 legge n. 604/1966 affinché la decadenza possa dirsi impedita, con salvezza del diritto del prestatore di lavoro a contestare la legittimità del recesso datoriale.

Se, in un primo tempo, la Corte di cassazione ha ritenuto sufficiente, al fine di evitare la suddetta decadenza, che il ricorso al giudice del lavoro fosse anche solo deposi-

---

([81]) Cass., 23 dicembre 2003, n. 19689, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 777, con nota di M. COVI, *Ancora sull'impugnazione del licenziamento mediante telegramma*; *cfr*. anche Cass., 26 luglio 1996, n. 6749, in *Giust. civ. Mass*., 1996, 1055, che richiede la prova del fatto di aver sottoscritto personalmente l'originale consegnato all'ufficio di partenza, ovvero, in mancanza di sottoscrizione, di aver consegnato o personalmente fatto consegnare l'originale all'ufficio di partenza.

([82]) Cass., 18 luglio 1991, n. 8010, in *Not. giur. lav*., 1991, 845. *Contra* Pret. Palermo, 7 febbraio 1978, in *Foro it.*, 1979, I, 1308, che ha ritenuto valida l'impugnazione effettuata mediante l'atto scritto con cui l'ispettorato del lavoro ha comunicato al datore di lavoro la volontà impugnatoria del lavoratore, diffidandolo nel contempo a reintegrarlo nel posto di lavoro.

tato presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario – sull'assunto che la natura del termine, appunto di decadenza e non di prescrizione, richiedesse l'oggettiva instaurazione del giudizio – ([83]), ha finito per prevalere l'orientamento giurisprudenziale opposto, incentrato sulla natura recettizia unanimemente riconosciuta ([84]) all'impugnazione del licenziamento ([85]).

Pertanto, in quanto atto unilaterale recettizio, per produrre i propri effetti l'impugnazione giudiziale deve essere portata a conoscenza della controparte nei termini fissati dalla norma; il ricorso non è, dunque, idoneo a impedire la decadenza di cui all'art. 6 legge n. 604/1966 se entro il termine di decadenza è solo depositato in cancelleria e non anche notificato (in uno con il pedissequo decreto di fissazione dell'udienza di discussione).

Tale soluzione ermeneutica sostenuta dalla giurisprudenza più recente è condivisa pure dalla dottrina mag-

---

([83]) Cass., 11 ottobre 1978, n. 4560, in *Foro it.*, 1979, I, 69, con nota di A. PROTO PISANI.

([84]) M. AGOSTINI, *sub* art. 6 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013, 929; G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, in *Enc. giur.*, Milano, 2007, IX, 167; A. POSO, *Sub* art. 6 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 406; F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 407. *Contra*, O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 682: v. *infra*, § 8.

([85]) Cass., 21 aprile 2004, n. 7625, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 4; Cass., 29 gennaio 1994, n. 899, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1294; Cass., s.u., 12 dicembre 1990, n. 11812, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 12; Cass., 13 febbraio 1990, n. 1036, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 2; Cass., S.U., 2 marzo 1987, n. 2179, in *Foro it.*, 1987, I, 2425; Cass., 6 dicembre 1984, n. 6432, in *Giust. civ.*, 1985, I, 3145.

gioritaria ([86]). Ciò è conforme alla concezione dell'impedimento della decadenza quale effetto sostanziale e non processuale della domanda ([87]), secondo la tradizionale ripartizione operata dagli studiosi del processo civile ([88]).

([86]) F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 411; A. POSO, Sub art. 6 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 414; G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 167; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 331.

([87]) La nota distinzione tra effetti sostanziali ed effetti processuali della domanda risale all'insegnamento chiovendiano (*cfr.* G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1936, 142). I primi incidono sul diritto sostanziale e sono legati all'esigenza di evitare che il tempo necessario affinché il giudizio si chiuda, eventualmente con l'accoglimento della domanda, non vada a scapito della parte (effetto sostanziale della proposizione della domanda è, per esempio, l'interruzione della prescrizione); gli effetti processuali, invece, sono legati alla pendenza del giudizio che, per esempio, determina l'impossibilità per un altro giudice di conoscere della medesima causa. In argomento, *cfr*. C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 2016, 19 ss.; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 2014, 35 ss.; F.P. LUISO, *Effetti sostanziali della domanda e conclusione del processo con una pronuncia di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1 ss.; A. PROTO PISANI, *In tema di rilievo tardivo di vizi relativi alla* 'vocatio in ius', in *Foro it*., 2013, I, 2840; C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv*., *Sez. civ*., VII, Torino, 1991, 87 ss.; A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, II, 1, Torino, 1980, 282 ss.; R. ORIANI, voce *Domanda giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 14.

([88]) G. TARZIA-L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2015, 104; L. MONTESANO-R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, 143.

Come si avrà modo di osservare ([89]), qualora il lavoratore abbia formulato un'impugnazione stragiudiziale, quest'ultima dovrà comunque essere seguita dall'instaurazione di un giudizio avanti il tribunale in funzione di giudice del lavoro o dal tentativo di conciliazione o arbitrato (fallito il quale l'azione giudiziaria dovrà essere esperita).

A questo proposito, fatta eccezione per i licenziamenti intimati nel contesto di rapporti di lavoro cui è applicabile il D.lgs. n. 23/2015 sul contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti ([90]), il lavoratore dovrà proporre l'azione in giudizio sulla base dell'alternativa, vincolata, tra le forme del ricorso *ex* art. 414 c.p.c. e quelle del ricorso *ex* art. 1, commi 48 ss., legge n. 92/2012. Inoltre, nonostante prima della riforma Fornero fosse comunemente ammessa l'esperibilità della procedura d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. ([91]), la domanda cautelare così formulata dal lavoratore è stata ritenuta inidonea ai fini della conservazione dell'efficacia dell'impugnazione stragiudiziale del licenziamento ai sensi dell'art. 6 legge n. 604/1966 ([92]).

8. La decadenza dall'impugnazione. Il termine di decadenza

Nella versione attualmente in vigore ([93]), l'art. 6, comma 1, legge n. 604/1966 richiede che il licenziamento

---

([89]) V. *infra*, § 8.

([90]) V. *supra*, § 3.7

([91]) V. *infra*, § 31.

([92]) Cass., 14 luglio 2016, n. 14390, in *Giust. civ. Mass.*, 2016.

([93]) L'art. 6 legge n. 604/1966 è stato oggetto di svariati interventi di riforma, che hanno modificato la struttura e inciso sul-

venga «impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch'essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale».

Se in passato al datore di lavoro era permesso di intimare il licenziamento senza doverne esplicitare la giustificazione – dovendola trasmettere al lavoratore, entro sette giorni, solo a seguito di apposita richiesta da quest'ultimo formulata entro cinque giorni dalla comunicazione di recesso –, l'art. 1, comma 37, legge n. 92/2012 ha sancito l'obbligo in capo al datore di lavoro di comunicare i motivi che hanno determinato il licenziamento contestualmente alla decisione di recedere dal rapporto di lavoro ([94]). Il riferimento alla «comunicazione, anch'essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale» deve, dunque, dirsi implicitamente abrogato ([95]).

Il *dies a quo* della decorrenza del termine di sessanta giorni di cui all'art. 6, comma 1, legge n. 604/1966 coincide con il momento in cui la comunicazione scritta di recesso datoriale giunge nella sfera giuridica del lavoratore e da questi deve ritenersi, per legge, conosciuta. Al pari dell'atto impugnativo, anche il licenziamento è un atto unilaterale recettizio ([96]), rispetto al quale trovano applicazione gli artt. 1334 e 1335 c.c., con la conseguenza che il licenziamento si reputa noto dal prestatore di lavoro nel momento

---

la durata del termine di decadenza ivi contenuto: v. *infra*, in questo §, nel testo.

([94]) V. *supra*, § 2.3.

([95]) M. PICCARI, *L'impugnazione del licenziamento*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, Pubblico e Privato*, a cura di G. Santoro Passarelli, Torino, 2014, 1405. Sull'opportunità della semplificazione operata dalla legge Fornero, *cfr*., *inter alia*, A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 1.

([96]) V. *supra*, § 1.

in cui giunge al suo indirizzo, ferma restando la possibilità per quest'ultimo di provare di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne conoscenza e, dunque, di impugnarlo a norma di legge ([97]).

Da quanto detto discende pure che, anche nei casi di recesso datoriale con diritto del lavoratore al preavviso ([98]), il termine di decadenza non comincia a decorrere dalla (successiva) cessazione del rapporto di lavoro, bensì dalla (precedente) intimazione del licenziamento ([99]).

Con riguardo all'impugnazione comunicata al datore di lavoro con lettera raccomandata a mezzo del servizio postale, la giurisprudenza di legittimità è peraltro giunta a estendere il noto principio, affermato dalla Corte costituzionale con riferimento alla notificazione degli atti processuali, della scissione soggettiva del momento di perfezionamento del procedimento notificatorio per il notificante e

---

([97]) G. AMOROSO, *Estinzione del rapporto*, cit., 989; A. POSO, *sub* art. 6 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 416. In giurisprudenza, *cfr*. Cass. 31 marzo 2016, n. 6256, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, secondo cui «qualora la comunicazione del provvedimento di recesso, spedita al domicilio del dipendente, non sia consegnata per assenza del destinatario e di altra persona abilitata a riceverla, essa si presume conosciuta dal momento della consegna del relativo avviso di giacenza presso l'ufficio postale, in virtù della presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c., sicché da quella data decorre il termine per impugnare, spettando al destinatario l'onere di dimostrare di essersi trovato senza colpa nell'impossibilità di acquisire la conoscenza dell'atto».

([98]) V. *supra*, § 2.2.

([99]) D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 65; F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 407; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 683; A. POSO, *sub* art. 6 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 418.

il destinatario ([100]). Distinguendo tra il momento in cui l'impugnazione viene trasmessa dal lavoratore (*i.e.* data di spedizione della missiva) e il momento in cui tale impugnazione si perfeziona (*i.e.* data della consegna della missiva al datore di lavoro ovvero, nel caso in cui la lettera raccomandata non sia stata consegnata per assenza del destinatario e di altra persona abilitata a riceverla, del rilascio del relativo avviso di giacenza presso l'ufficio postale), si è così ritenuto che solo il primo momento dovesse avvenire nel rispetto del termine di decadenza.

Ciò ha, secondo alcuni, imposto un ripensamento circa la natura recettizia dell'impugnazione del licenziamento ([101]).

In realtà, la giurisprudenza si è limitata a distinguere due momenti che ben possono coincidere cronologicamente, ma che rimangono comunque funzionalmente distinti: il momento in cui viene posto in essere il comportamento impeditivo della decadenza e il momento in cui si perfeziona la fattispecie impugnatoria. Ebbene, nel caso dell'impugnazione comunicata a mezzo del servizio postale, tali momenti sono temporalmente distinti e corrispondono, rispettivamente, al tempo dell'emissione e a quello della

---

([100]) Corte cost., 26 novembre 2002, n. 477, in *Foro it.*, 2003, I, 13, con nota di R. CAPONI, *La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze di terzi*; Corte cost., 23 gennaio 2004, n. 28, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1143. Per una recente applicazione della regola della scissione, *cfr*. Cass., S.U., 9 dicembre 2015, n. 24822, in *Foro it.*, 2016, 3, I, 893, con nota di C.M. BARONE.

([101]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 682.

ricezione della dichiarazione impugnatoria ([102]). Ciò non significa, però, che la decadenza dovrà considerarsi impedita anche nel caso in cui l'impugnazione non pervenga nella sfera giuridica del destinatario ([103]): la spedizione dell'atto è, infatti, sì necessaria ma non sufficiente ([104]).

La *ratio* del termine di decadenza è quella tipica di tutti i termini di decadenza: portare certezza «in situazioni incerte, che si vogliono definire, in un modo o nell'altro, entro un termine perentorio» ([105]). Precisamente, il termine di cui all'art. 6 legge n. 604/1966 persegue l'obiettivo della certezza delle situazioni giuridiche, evidentemente cara al datore di lavoro – portatore di un interesse alla continuità e alla stabilità della gestione dell'impresa – in relazione al licenziamento dal medesimo intimato, i cui effetti po-

---

([102]) Cass., S.U., 14 aprile 2010, n. 8830, cit., secondo cui «la rilevanza diretta del comportamento, ai fini dell'impedimento della decadenza, costituisce la regola ordinaria anche se tale comportamento deve consistere in una dichiarazione recettizia, soggetta alla disciplina di cui agli artt. 1334 e 1335 c.c., poiché la dichiarazione è già perfetta con la sua emissione e la sua conoscenza costituisce un elemento costitutivo, non della dichiarazione, bensì della fattispecie in cui essa si inserisce, si che al predetto momento dell'emissione possono dirsi verificati, di regola, gli effetti *quoad auctorem*».

([103]) Così invece A. VALLEBONA, *Decadenza e prescrizione nell'impugnazione del licenziamento: l'abbaglio delle sezioni unite*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, 10, 739.

([104]) Per quest'osservazione, *cfr*. D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 75, il quale ritiene che l'atto debba però essere idoneo a raggiungere il destinatario, escludendo quindi l'effetto impeditivo ove ciò non avvenga per una causa imputabile al lavoratore.

([105]) V. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., 550-551.

trebbero essere sovvertiti ([106]) dall'accertamento giudiziale dell'illegittimità del recesso che il lavoratore eventualmente decida di invocare ([107]).

Tuttavia, nonostante il possibile operare di tale eventuale preclusione alla contestazione della legittimità del licenziamento, gli interessi in gioco non potevano dirsi adeguatamente soddisfatti. Infatti, accadeva sovente che il lavoratore, una volta debitamente proposta l'impugnazione stragiudiziale entro sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione di recesso, non si risolvesse a instaurare il giudizio così preannunciato, non tanto per eventuali esigenze di difesa, bensì, consciamente, per addivenire a una pronuncia di illegittimità del licenziamento il più tardi possibile, con fini speculativi, in ragione della correlazione prevista dalla legge tra le retribuzioni perse e l'ammontare del risarcimento del danno in ipotesi conseguibile ([108]); in tale modo, peraltro, si determinava una evidente compressione del diritto di difesa del datore di lavoro, che si trovava così a dover fare fronte all'onere di provare la giustifi-

---

([106]) Con le conseguenze già accennate: v. *supra*, § 3.

([107]) R. ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, cit., 87; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 553, nota 491; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 68; F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., p. 408; G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 167. *Cfr*. anche C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 734. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 10 giugno 1992, n. 7111, in *Foro it.*, 1992, I, 2650.

([108]) A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 2; G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 167; D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 81; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 330.

cazione del licenziamento intimato a distanza di molto tempo, con non poche, facilmente intuibili, difficoltà ([109]).

Anche per impedire l'adozione di simili comportamenti dilatori, l'art. 32 legge 4 novembre 2010, n. 183 (il c.d. «Collegato lavoro») ([110]) ha introdotto al secondo comma dell'art. 6 legge n. 604/1966 un ulteriore termine – originariamente pari a duecentosettanta giorni ([111]), poi ridotto a centottanta a opera della legge Fornero in relazione ai licenziamenti intimati dopo il 18 luglio 2012 ([112]) – entro il quale al lavoratore è chiesto di rinnovare l'intenzione impugnatoria sino a quel momento solo annunciata, muovendo avverso la comunicazione di recesso una effettiva contestazione in sede giudiziale.

A seguito delle modifiche apportate dal legislatore del 2010, l'art. 6, comma 2, legge n. 604/1966 prevede, infatti, che «l'impugnazione è inefficace se non è seguita,

---

([109]) D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 83.

([110]) In generale, sull'introduzione del doppio termine di decadenza, si consenta il rinvio a F. SCARPELLI, *Il nuovo regime delle decadenze*, in *Il diritto del lavoro dopo il 'Collegato' (legge 4 novembre 2010, n. 183)*, a cura di O. Mazzotta, Montecastrilli, 2010, 34 ss.

([111]) In assenza di delimitazioni temporali, il termine decadenziale di nuova introduzione si applica anche ai licenziamenti intimati priva dell'entrata in vigore del Collegato lavoro e già impugnati in via stragiudiziale a tale data, senza che ciò possa essere letto quale applicazione retroattiva: *cfr*. Cass., 4 luglio 2016, n. 13598, in *Giustiziacivile.com*, 2016, 26 ottobre, con nota di F. CENTOFANTI, *L'impugnativa dei 'vecchi' licenziamenti: le 'nuove' decadenze e l'interpretazione estensiva della Suprema Corte*, e in *Ilgiuslavorista.it*, 2016, 6 ottobre, con nota di S. APA, *Termine decadenziale di 270 giorni e licenziamenti intimati prima del Collegato lavoro:* ius superveniens.

([112]) V. l'art. 1, comma 39, legge n. 92/2012.

entro il successivo termine di centottanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro».

In alternativa, il lavoratore deve, sempre nel medesimo termine di centottanta giorni, comunicare alla controparte la «richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato», fermo restando che, «qualora la conciliazione o l'arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo» ([113]). In quest'ultimo caso, come è stato giustamente rilevato, potrà verificarsi una compressione del termine concesso al prestatore di lavoro, la cui scadenza può ben precedere lo spirare dei centottanta giorni successivi all'impugnazione stragiudiziale ([114]).

Il meccanismo della doppia impugnazione introdotto dal Collegato lavoro – che rende l'impugnazione del licenziamento una fattispecie a formazione progressiva, soggetta a due distinti e successivi termini decadenziali ([115]) – ha imposto all'interprete di interrogarsi in merito al *dies a quo* per la decorrenza del secondo termine di cui all'art. 6, comma 2, legge n. 604/1966. Nell'alternativa tra il mo-

---

([113]) Il termine di sessanta giorni decorre dal momento in cui il lavoratore è a conoscenza del rifiuto del datore di lavoro alla richiesta conciliativa: v. Trib. Roma, 1 luglio 2016, in *Ilgiuslavorista.it*, 2016, 27 luglio.

([114]) M. PICCARI, *L'impugnazione del licenziamento*, cit., 1406; F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 408.

([115]) Per questa ricostruzione, *cfr*. Cass., 7 ottobre 2015, n. 20068, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 8 ottobre, con nota di I. LEVERONE, *Da quando decorre il termine di decadenza per l'impugnazione giudiziale del licenziamento?*

mento in cui l'impugnazione stragiudiziale viene proposta e il diverso momento coincidente con la scadenza del termine di decadenza di cui al primo comma della norma (*i.e.* la scadenza del sessantesimo giorno), la giurisprudenza e la dottrina si sono prevalentemente espresse a favore del primo ([116]).

Tale soluzione interpretativa è supportata da argomentazioni incentrate sul dato letterale dell'art. 6 legge n. 604/1966, che, con l'aggettivo «successivo» pare aver «voluto delineare una sequenza senza discontinuità nel procedimento per l'impugnazione dei licenziamenti»; ma anche da ragioni di carattere logico-sistematico: deve infatti ritenersi che, una volta proposta l'impugnazione stragiudiziale prima dello spirare dei sessanta giorni, sia ormai

---

([116]) Cass., 7 ottobre 2015, n. 20068, cit.; Cass., 20 marzo 2015, n. 5717, in *Foro it.*, 2015, 6, I, 1967; Cass, 2 dicembre 2010, n. 24434, in *Guida al diritto*, 2011, 4, 74; Cass., S.U., 14 aprile 2010, n. 8830, in *Foro it.*, 2010, 12, I, 3416, con nota di S. RUBINO, *Impugnazione del licenziamento, termine decadenziale e tutela del lavoratore*, e in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 4, 919, con nota di D. BUONCRISTIANI, *Tempestiva l'impugnazione se è avviato nei termini il procedimento di comunicazione*; Cass. 4 settembre 2008, n. 22287, in *Guida al diritto*, 2008, 38, 70; Trib. Pescara, 15 gennaio 2016, n. 26, in *Dejure*. *Contra* Cass., S.U., 18 ottobre 1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 595; Trib. Teramo, 23 luglio 2014, n. 184, in *Dejure*. In dottrina, a favore della decorrenza del secondo termine di decadenza dalla scadenza del primo, *cfr*. R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2012, 579; M. PICCARI, *L'impugnazione del licenziamento*, cit., 1406; a favore, invece, della decorrenza del secondo termine di decadenza dalla proposizione dell'impugnazione di cui al primo termine, *cfr*. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 680; D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 85.

venuto meno «il concreto interesse del lavoratore al decorso della residua frazione del suddetto termine» ([117]).

Da ultimo, si osserva che, trattandosi di un termine previsto a pena di decadenza, ai sensi dell'art. 2964 c.c., non si applicano le norme relative all'interruzione, né quelle che si riferiscono alla sospensione, e ciò anche in caso di incapacità o errore del prestatore di lavoro ([118]).

9. (*Segue*) Gli effetti e la natura dell'eccezione

Una volta che il termine di cui all'art. 6 legge n. 604/1966 sia inutilmente spirato, senza che il lavoratore abbia proposto una valida impugnazione avverso il licenziamento intimatogli, la decadenza verificatasi inibisce l'attivazione della tutela giurisdizionale.

In particolare, la tenuta del sistema delle preclusioni che derivano dal perfezionarsi della decadenza impone

---

([117]) Per le argomentazioni riportate nel testo, *cfr*. Trib. Pescara, 15 gennaio 2016, n. 26, cit., che rileva altresì come – nel caso dell'impugnazione comunicata a mezzo del servizio postale, si debba prendere in considerazione la data di spedizione della missiva poiché, se si dovesse attribuire rilevanza al perfezionamento dell'impugnazione, potrebbe darsi il caso che al lavoratore venga di fatto concesso un termine più lungo dei centottanta giorni di cui al secondo comma dell'art. 6 legge n. 604/1966, la cui durata verrebbe a dipendere dalla «maggiore o minore efficienza del servizio postale per il recapito dell'impugnativa». *Contra* D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 86, il ritiene che la decorrenza del secondo termine di decadenza presupponga il perfezionamento della fattispecie impugnatoria stragiudiziale.

([118]) F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 409; G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 166; A. POSO, *sub* art. 6 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 415; *cfr*. anche A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 2, e la giurisprudenza ivi citata.

l'impossibilità per il lavoratore di fare valere l'illegittimità del licenziamento, non solo agli effetti delle tutele speciali previste dagli artt. 8 legge n. 604/1966 e 18 St. lav. (e, ora, anche dal D.lgs. n. 23/2015), ma altresì ai fini del risarcimento del danno in base ai principi della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ([119]). Come è stato giustamente osservato, «il decorso del termine di decadenza vale infatti a rendere giuridicamente irrilevanti l'eventuale illegittimità (per carenza di giusta causa o giustificato motivo ovvero per motivi di forma) dell'atto extragiudiziale di esercizio del potere sostanziale (: dell'atto di licenziamento) secondo la tecnica propria del decorso dei termini di decadenza» ([120]). Deve, dunque, ritenersi superata quella giurisprudenza meno recente ([121]) che lasciava aperta tale via al prestatore di lavoro, sull'assunto che la mancata impugnazione del licenziamento nel termine di legge non

([119]) F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 410; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 2. *Contra* M. PICCARI, *L'impugnazione del licenziamento*, cit., 1403-1404; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 355.

([120]) A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, cit., 77.

([121]) *Cfr*. Cass. 10 gennaio 2007, n. 245, in *Riv. it. dir. lav*., 2007, 4, II, 954, con nota di R. DIAMANTI, *Impugnazione intempestiva del licenziamento e azione di risarcimento danni*; Cass., 12 ottobre 2006, n. 21833, in *Riv. giur. lav*., 2007, 2, II, 235, con nota di A. FEDERICI, *L'omessa impugnativa del licenziamento: quale tutela per il lavoratore?*; Cass., 24 giugno 1987, n. 5532, in *Giust. civ. Mass*., 1987, 6. In dottrina, v. A. POSO, *sub* art. 6 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 419; G. AMOROSO, *Estinzione del rapporto*, cit., 991.

rendesse per ciò solo valido un recesso altrimenti viziato ([122]).

Ciò non toglie che, a fronte di profili di illegittimità differenti rispetto a quelli espressamente sanzionati dalla normativa speciale sul recesso datoriale, il lavoratore non possa agire per il risarcimento del danno ingiustamente subìto, come nei casi del «licenziamento ingiurioso o del licenziamento pubblicizzato con la finalità di nuocere alla figura professionale del lavoratore» ([123]).

Spetta al datore di lavoro, cui è rimessa ogni valutazione di opportunità al riguardo, di far valere la decadenza dall'azione di impugnazione del licenziamento che si sia verificata. Come detto ([124]), infatti, la decadenza in parola si giustifica alla luce dell'interesse datoriale alla definizio-

---

([122]) In merito alla posizione espressa dalla giurisprudenza più recente, *cfr*. *inter alia* Cass., 19 maggio 2016, n. 10343, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 20 maggio, con nota di I. LEVERONE, *La decadenza dall'impugnativa del licenziamento preclude anche la tutela risarcitoria di diritto comune*; Cass., 5 febbraio 2010, n. 2676, in *Dir. relaz. ind*., 2010, 2, 471, con nota di F. SANTINI, *Della decadenza dall'impugnazione del licenziamento*; Cass., 4 maggio 2009, n. 10235, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 4, II, 824, con nota di P.E. ROSSI, *La formazione del consenso nel contratto estintivo del rapporto di lavoro subordinato*. In dottrina, *cfr*. D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 105-106; R. ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, cit., 88-89, spec. nota 179; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 273; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, cit., 77, nota 22; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 319.

([123]) Cass., 4 maggio 2009, n. 10235, cit. *Cfr*. anche F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2*., cit., 410; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 2; D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 106.

([124]) V. *supra*, in questo §, nel testo.

ne entro un breve lasso di tempo delle situazione giuridica relativa al recesso intimato e non risponde, invece, a un generalizzato interesse «all'immodificabilità della situazione giuridica protetta dalla decadenza» ([125]). Pertanto, il diritto del prestatore di lavoro il cui esercizio è assoggettato al termine di cui all'art. 6 legge n. 604/1966 non può essere considerato «indisponibile» ai fini di cui all'art. 2969 c.c., a mente del quale «la decadenza non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, salvo che, trattandosi di materia sottratta alla disponibilità delle parti, il giudice debba rilevare le cause d'improponibilità dell'azione» ([126]).

L'eccezione di decadenza, in altri termini, è un'eccezione in senso stretto, che non può essere rilevata d'ufficio ([127]): deve essere tempestivamente proposta dalla parte,

---

([125]) Cass., 11 novembre 2011, n. 23665, in *DL Riv. critica dir. lav.*, 2011, 4, 1005.

([126]) Cass., 3 settembre 1981, n. 5035, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 9.

([127]) C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 155; F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 419; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 2; A. POSO, *sub* art. 6 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 419; G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 168; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 343-344. Sulla distinzione tra eccezioni in senso stretto e eccezioni in senso lato, intendendo queste ultime quelle relative a fatti impeditivi, estintivo o modificativi rilevabili d'ufficio dal giudice, *cfr*. G. TARZIA-L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 347, spec. nota 63; C. CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003; V. COLESANTI, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, 172 ss. Senza pretese di esaustività, si ricorda come la dottrina abbia definito l'eccezione in senso proprio quale «contro-diritto» del convenuto alla sentenza di rigetto della domanda attorea (G. CHIOVENDA, *Sulla eccezione*, in *Saggi di diritto processuale civile,* I, Roma, 1930, 151 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 310, in

nella memoria difensiva ritualmente depositata *ex* art. 416

---

una visione «in concreto» dell'azione. *Contra* F. CARNELUTTI, *Diritto e processo,* Napoli, 1965, 178; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 153), quale «contro-diritto» del convenuto al giudizio sul fatto eccepito (M. CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc*., 1961, 274-275, in una accezione «astratta» dell'azione), quale rilievo di una questione pregiudiziale rispetto alla domanda (V. DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, ss., secondo cui l'eccezione non sarebbe contrapposta all'azione, bensì alla domanda) nonché quale «affermazione di libertà» volta ad escludere il diritto altrui e non ad affermare un contro-diritto proprio (F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile,* II, Padova, 1931, 314 ss.; ID., *Sistema di diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, 414 ss.; ID., *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, 32 ss.; ID., *Un lapsus evidente?,* in *Riv. dir. proc.,* 1960, 446 ss.). Alla distinzione tra eccezioni in senso proprio e stretto ed eccezioni in senso lato corrisponde, vista la rilevanza pratica legata all'operare delle preclusioni, il delicato compito dell'interprete chiamato, in mancanza di una espressa previsione normativa, alla relativa qualificazione. A quest'ultimo proposito, *cfr*. V. COLESANTI, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, cit., 283. La giurisprudenza è costante nell'affermare che «il regime normale delle eccezioni è quello della rilevabilità d'ufficio, restando limitato l'ambito delle eccezioni in senso stretto, rilevabili a istanza di parte, solo ai casi specificamente previsti dalla legge (es. la prescrizione), ovvero a quelli in cui la manifestazione della volontà della parte sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva, come nel caso di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva (es. eccezione di annullamento)». Così Cass., 5 giugno 2014, n. 12677, in *Guida al diritto*, 2014, 33, 33; *cfr*. pure Cass., S.U., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Dir. lav.*, 1999, II, 577; Cass., 29 novembre 2013, n. 26858, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 2 dicembre, con nota di S. CALVETTI, *Azione di riduzione e accertamento di atti di liberalità: possibili due giudizi separati?*; Cass., 7 maggio 2013, n. 10531, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

c.p.c. ([128]) o, nel rito Fornero, anche per la prima volta nella fase di opposizione *ex* art. 1, comma 51, legge n. 92/2012 ([129]), a seconda delle forme processuali applicabili ([130]).

10. (*Segue*) L'ambito di applicazione

Il Collegato lavoro è intervenuto anche sull'ambito di applicazione del termine di decadenza che il medesimo ha, come detto, al contempo rimodellato: a mente dell'art. 32, comma 2, legge n. 183/2010, «le disposizioni di cui all'art. 6 legge 15 luglio 1966, n. 604… si applicano anche a tutti i casi di invalidità del licenziamento».

Il legislatore del 2010 ha, dunque, esteso l'operatività del termine di decadenza senza tracciare alcuna distinzione tra licenziamento inefficace, nullo o annullabile ([131]), facendo piuttosto riferimento alla nozione di «invalidità» ([132]).

In questo modo, si è data nuova linfa, per un verso, al dibattito da tempo in atto intorno alla compatibilità tra la nullità e la previsione di un termine di decadenza entro cui quest'ultima debba essere fatta valere e, per altro verso, alla discussione circa l'effettiva operatività dell'art. 6 legge n. 604/1966 nei confronti di particolari fattispecie di licen-

---

([128]) Cass., 11 novembre 2011, n. 23665, cit.; Cass. 23 settembre 2011, n. 19405, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 9, p. 1330; Cass., 28 maggio 2007, n. 12363, in *Giust. civ. Mass*., 2007, 5; Cass., 2 febbraio 1991, n. 1035, in *Giust. civ. Mass*., 1991, 2.

([129]) Cass., 11 dicembre 2015, n. 25046, in *Giust. civ. Mass.*, 2015: v. *infra*, § 29.

([130]) V. *infra*, § 24.

([131]) Sulla distinzione tra licenziamento inefficace, nullo e annullabile, v. *infra*, § 17.

([132]) Sul concetto di «invalidità», v. *supra*, § 5, nota 46.

ziamento illegittimo, specialmente quello sanzionato da disposizioni speciali (e non direttamente dagli artt. 8 legge n. 604/1966 e 18 St. lav.), nonché in relazione al licenziamento intimato oralmente.

Sotto il primo profilo, già prima dell'intervento del Collegato lavoro è stata anzitutto revocata in dubbio la piena e reale consapevolezza del legislatore sul piano della scelta terminologica all'atto della qualificazione, in un senso piuttosto che in un altro, degli effetti della singola tipologia di vizio sul licenziamento illegittimo ([133]). Inoltre, si è ritenuto che l'art. 18 St. lav., nel prevedere un unico regime di tutela ([134]), avesse inteso unificare tutte le ipotesi di licenziamento ivi sanzionate, senza poter distinguere, ai fini della impugnabilità del recesso, tra licenziamento annullabile e licenziamento nullo, con conseguente operatività del termine di decadenza anche per quest'ultimo ([135]).

Con la riforma del 2010, poi, stante l'inequivocabile estensione operata dalla norma e l'innegabile inclusione del recesso nullo tra le fattispecie assoggettate alla decadenza, si è giunti a sostenere la sussistenza di una «nullità

([133]) V. *infra*, § 17.

([134]) V. *supra*, § 3.1.

([135]) *Cfr*. A. POSO, *sub* art. 6 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 421; G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 167. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 24 giugno 1997, n. 5611, in *Giust. civ. Mass*., 1997, 1042; Cass., 29 luglio 1995, n. 8324, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1448; Cass., 18 luglio 1991, n. 8010, in *Dir. lav*., 1992, II, 61; Cass., 10 luglio 1991, n. 7610, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 7; Cass., 30 ottobre 1989, n. 4542, in *Orient. giur. lav*., 1990, 154. *Cfr*. anche Cass., 29 giugno 1978, n. 3270, in *Mass. giur. lav.*, 1979, 781, relativo al licenziamento discriminatorio.

di diritto speciale» non più riconducibile alla categoria della nullità propria del diritto comune ([136]).

Sotto il secondo profilo, il Collegato lavoro ha finito per incoraggiare il superamento di quell'orientamento, largamente maggioritario in dottrina e in giurisprudenza, che – sull'assunto che l'art. 6 legge n. 604/1966 fosse una norma di carattere eccezionale, insuscettibile di applicazione a casi simili non espressamente disciplinati dalla stessa legge n. 604/1966 o dall'art. 18 St. lav. – non riteneva assoggettati al termine di decadenza il licenziamento intimato per causa di matrimonio ([137]) o in violazione delle tutele apprestate dall'ordinamento alla lavoratrice madre ([138]),

---

([136]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 681: v. *infra*, § 17.

([137]) G. AMOROSO, *Estinzione del rapporto*, cit., 988; A. POSO, *sub* art. 6 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 422; G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 167; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 530; G. MAMMONE, *Termine di impugnazione e licenziamento di lavoratrice per causa di matrimonio o di maternità*, in *Giust. civ*., 1984, I, 3278. Ritengono preferibile l'opposta interpretazione, C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 733, nota 20. In giurisprudenza, *cfr*., *inter alia*, Cass., 30 maggio 1997, n. 4809, cit.; Cass., 30 luglio 1984, n. 4565, in *Giust. civ. Mass*., 1984, 7.

([138]) A. POSO, *sub* art. 6 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 422; G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 167; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 530; G. MAMMONE, *Termine di impugnazione e licenziamento di lavoratrice per causa di matrimonio o di maternità*, cit.; A. TOPO, *Unitarietà o complessità del regime sanzionatorio del licenziamento nullo: il licenziamento della lavoratrice madre*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 866. Per una posizione critica, *cfr*. C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 733, nota 20. In giurisprudenza, *cfr*., *inter alia*, Cass., 16 ottobre 1980, n. 5574, in *Mass. giur. lav*., 1981, 178.

quello intimato in violazione dell'art. 2110 c.c. ([139]) e, ancora, quello nullo in quanto disposto in frode alla legge o per motivo illecito ([140]).

Tutti questi casi, dunque, sono ora a pieno titolo sottoposti al termine di decadenza di cui all'art. 6 legge n. 604/1966, in ragione del dato oggettivo costituito dalla invalidità del licenziamento cui l'art. 32, comma 2, Collegato lavoro fa riferimento; e ciò, secondo una certa giurisprudenza, a prescindere dalla categoria legale di appartenenza del lavoratore e, dunque, anche se dirigente ([141]).

([139]) P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 488; C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 733, nota 20.

([140]) G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 167. Secondo C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 733, nota 20, andrebbe preferita la tesi dell'inapplicabilità del termine di decadenza al licenziamento nullo.

([141]) Cass., 5 novembre 2015, n. 22627, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass., 25 maggio 1991, n. 5941, in *Dejure*; Trib. Milano, 12 maggio 2016, in *Pluris*; Trib. Milano, 1 aprile 2016, in *Dejure*; Trib. Milano, 30 settembre 2014, in *Pluris*; Trib. Milano, 1 agosto 2013, in *Pluris*; Trib. Milano, 9 luglio 2013, n. 2797, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 2, II, 275, con nota critica di R. PETTINELLI, *Il dirigente, il giudice e il legislatore: l'impugnazione del licenziamento tra 'invalidità' e 'ingiustificatezza'*, e A. ROTA, *'Anche' il dirigente deve impugnare il licenziamento nei termini di cui all'art. 6, l. n. 604/1966*, che ritiene applicabile l'art. 6 legge n. 604/1966 anche nell'ipotesi di «ingiustificatezza» dell'atto di recesso. *Contra* in dottrina M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 336-337; in giurisprudenza Cass., 23 novembre 2012, n. 20763, in *Diritto & Giustizia*, 2012, 26 novembre; Trib. Milano, 14 dicembre 2015, n. 1678, in *Dejure*, secondo cui l'art. 32 del Collegato lavoro avrebbe determinato «un'estensione della necessità della impugnativa per tutti i diversi casi di invalidità che prima non lo esigevano (si pensi ad es. ai casi di nullità di cui all'art. 2110 o agli

Un discorso a parte merita il licenziamento orale, la cui qualificazione ha per molto tempo occupato gli interpreti. Secondo alcuni, il licenziamento intimato in mancanza della forma scritta, cui la legge ricollega la sanzione dell'inefficacia ([142]), soprattutto a seguito dell'unificazione dei regimi sanzionatori disposta dall'art. 18 St. lav. andrebbe assimilato al recesso nullo, con la conseguenza che a tale tipo di recesso viziato sarebbe applicabile il termine di decadenza previsto dall'art. 6 legge n. 604/1966 ([143]). Secondo altri, invece, il licenziamento orale sarebbe giuridicamente inesistente e, in quanto tale, improduttivo di effetti, cosicché il lavoratore potrebbe in ogni tempo contestarne la legittimità, fermi restando i termini prescrizionali applicabili ai diritti consequenziali ([144]).

Delle due prospettazioni, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno dato seguito al secondo orientamento ([145]), al quale la giurisprudenza successiva si è allineata

---

altri casi di nullità come per il licenziamento della donna madre o per matrimonio) piuttosto che una estensione a categorie diverse (appunto i dirigenti o le domestiche) che ne erano pacificamente escluse»; Trib. Torino, 22 ottobre 1997, in *Giur. piemontese*, 1998, 55.

([142]) V. l'art. 2, comma 3, legge n. 604/1966: v. *supra*, §§ 2.6, 3.6 e 3.11.

([143]) Cass., 11 ottobre 1978, n. 4560, in *Riv. giur. lav.*, 1979, II, 116, e in *Foro it.*, 1979, I, 69, con nota di A. PROTO PISANI; Cass., 8 marzo 1978, n. 1170, in *Foro it.*, 1978, I, 70, con nota di O. MAZZOTTA; Trib. Roma, 26 giugno 1984, *in Temi romana*, 1985, 119.

([144]) Cass., 6 novembre 1976, n. 4063, in *Mass. giur. lav.*m 1977, 214; Cass., 30 ottobre 1989, n. 4542, in *Orient. giur. lav.*, 1990, 154.

([145]) Cass., S.U., 18 ottobre 1982, n. 5394, in *Giust. civ.*, 1983, I, 869, con nota di A. VALLEBONA, *Licenziamento 'inefficace' e termine di impugnazione*.

([146]), e che si è ancor più consolidato a seguito delle novità legislative introdotte dal Collegato lavoro ([147]).

La dottrina ha ritenuto di condividere la scelta operata dalla giurisprudenza, anche solo per ragioni pratiche, legate alla difficile individuazione del momento a partire dal quale il termine di decadenza di cui all'art. 6 legge n. 604/1966 dovrebbe incominciare a decorrere ([148]). Conferma della correttezza della tesi in commento è stata, poi, ravvisata nel tenore letterale della norma, che a tale proposito menziona espressamente la «comunicazione in forma scritta» del licenziamento ([149]).

Non mancano, invero, voci di dissenso, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, incentrate anch'esse su argomentazioni operanti sia sul piano logico che su quello letterale.

([146]) Cass., 24 giugno 1997, n. 5611, in *Giust. civ. Mass*., 1997, 1042; Cass., 15 novembre 1996, n. 10033, in *Giust. civ. Mass*., 1996, 1527; Cass., 3 ottobre 2007, n. 20727, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 2, II, 439, con nota di L. LAZZERONI, *Oralità del licenziamento, convalida dell'atto e onere della prova circa l'esistenza dell'atto medesimo*.

([147]) Cass., 9 novembre 2015, n. 22825, in *Giust. civ. Mass*., 2015; Cass., 27 febbraio 2003, n. 3022, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 411; Trib. Varese, 11 novembre 2013, in *Dejure*; Trib. Trieste, 1 marzo 2011, n. 69, in *Dejure*.

([148]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 683; ID., *Licenziamento orale immotivato di lavoratore*, in *Foro it.*, 1978, I, 1619; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 2; F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 409; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., 202; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 336.

([149]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 681.

In primo luogo – si obietta –, la circostanza che nell'ipotesi di licenziamento orale manchi, per l'appunto, una comunicazione scritta cui associare il *dies a quo* per la decorrenza del termine di decadenza è soltanto un «inconveniente pratico da cui non si possono trarre argomenti risolutivi» ([150]), ben potendo tale termine decorrere dal giorno in cui il lavoratore è stato di fatto estromesso dal posto di lavoro ([151]); peraltro, è lo stesso art. 32 legge n. 183/2013 ad assoggettare al termine di decadenza casi in cui manca un atto scritto, proprio come accade nella fattispecie del licenziamento orale ([152]).

Inoltre, la non applicabilità della decadenza al licenziamento orale non sarebbe giustificata sotto il profilo della ragionevolezza del sistema delle tutele contro il licenziamento illegittimo. Alla luce dell'unificazione delle sanzioni previste dall'art. 18, comma 1, St. lav. nella versione riformulata dalla legge Fornero, deve ritenersi, infatti, che il legislatore abbia parificato, sotto il profilo della gravità del vizio, il recesso intimato in difetto di forma scritta a quello discriminatorio, determinato da motivo illecito o altrimenti nullo ([153]). Ebbene, in tutte queste ipotesi, nonostante il disvalore associato all'atto viziato sia massimo, la possibilità per il lavoratore di reagire all'intimazione da parte del datore di lavoro di un licenziamento illegittimo è limitata, sotto il profilo temporale, dall'operare della deca-

---

([150]) Trib. Roma, 24 novembre 2014, in *Dejure*.

([151]) P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 487-488; C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 733, nota 20.

([152]) V. L'art. 32, commi 3-4, legge n. 183/2010.

([153]) V. *supra*, § 3.3.

denza ([154]). Non si comprende allora il motivo per cui una simile preclusione non debba operare nel caso del recesso orale, a meno di non voler affermare, ma non si vede come, che il licenziamento intimato in difetto di forma scritta sia in qualche misura più grave di un licenziamento ritenuto dal giudice discriminatorio o comunque nullo, tanto da giustificarsi la sua impugnazione anche oltre il termine di decadenza di cui all'art. 6 legge n. 604/1966.

11. La legittimazione a «impugnare» e l'interesse ad agire

Si è discusso se l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento debba essere proposta esclusivamente dal lavoratore ovvero se vi siano ulteriori soggetti legittimati all'impugnativa. La questione si è posta, principalmente, in relazione ad atti scritti recanti la sola sottoscrizione del legale del lavoratore licenziato ([155]).

Sul presupposto che l'impugnazione del licenziamento proposta in sede stragiudiziale costituisce un atto unilaterale tra vivi avente contenuto patrimoniale – cui, ai sensi dell'art. 1324 c.c., è dunque applicabile, tra le norme che regolano i contratti, l'art. 1392 c.c. – si è ritenuto che l'impugnativa possa essere formulata non soltanto dal lavoratore personalmente, bensì pure dal rappresentante del medesimo munito di procura conferita per iscritto ([156]).

Non può, pertanto, considerarsi valida l'impugnazione proveniente dal difensore del lavoratore non provvi-

---

([154]) La sanzione comminata dall'art. 18, comma 1, St. lav. è, infatti la più grave, di tipo reintegratorio «forte»: v. *supra*, in questo §, nota 153.

([155]) A. POSO, *Sub* art. 6 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 410.

([156]) Cass., 23 aprile 2014, n. 9182, cit.

sto di preventiva procura scritta, a meno che quest'ultimo non ne ratifichi l'operato, con atto scritto ai sensi dell'art. 1399 c.c. che sia comunque portato a conoscenza del datore di lavoro entro il termine di decadenza applicabile all'impugnativa ([157]). Non è valida ratifica della precedente impugnazione proposta dal legale sprovvisto di procura scritta la procura *ad litem* rilasciata in vista del giudizio successivamente alla scadenza del termine di decadenza.

Per espressa previsione legislativa, pure il sindacato è legittimato all'impugnazione stragiudiziale del recesso datoriale ([158]).

L'espressione «anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale» contenuta nell'art. 6, comma 1, legge n. 604/1966 è stata costantemente interpretata dalla giurisprudenza quale riconoscimento diretto del potere del sindacato di contestare la legittimità del licenziamento, a prescindere dal previo rilascio di una apposita procura e senza necessità di una successiva ratifica. Si presume che «l'associazione sindacale, in quanto a conoscenza della situazione aziendale, sia in grado di valutare al meglio gli interessi del lavoratore, almeno impedendo che si verifichi il termine decadenziale e si possa, poi, valutare con

---

([157]) Cass. 20 settembre 2012, n. 15888, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 9, 1132; più di recente, Cass., 8 aprile 2014, n. 8197, in *Foro it.*, 2016, 6, I, 1766, secondo cui è incompatibile con gli atti unilaterali che devono essere compiuti entro un termine perentorio la retroattività della ratifica sancita dall'art. 1399, comma 2, c.c., «posto che le esigenze di certezza sottese alla fissazione di termini di prescrizione e decadenza non sono conciliabili con l'instaurazione di una situazione di pendenza suscettibile di protrarsi in maniera indeterminata, ben oltre la loro scadenza, e la cui durata rimarrebbe nell'esclusiva disponibilità del '*dominus*'».

([158]) F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 410.

l'interessato l'opportunità di una prosecuzione dell'impugnazione in sede giudiziaria» ([159]). Peraltro, stante il tenore letterale della norma, deve ritenersi che il soggetto legittimato all'impugnazione sia genericamente il sindacato e non solo l'organizzazione sindacale cui il lavoratore abbia precedentemente aderito o conferito mandato ([160]): la legittimazione del sindacato all'impugnazione stragiudiziale ha, dunque, fonte legale, senza che acquisti una qualche rilevanza l'eventuale iscrizione del prestatore di lavoro.

Si è detto che il lavoratore, piuttosto che limitarsi a formulare un'impugnazione stragiudiziale – alla quale fare eventualmente seguire l'instaurazione del giudizio nel termine di centottanta giorni di cui all'art. 6, comma 2, legge n. 604/1966 –, potrebbe decidere di impugnare il recesso direttamente in sede giudiziaria. Sulla legittimazione e sull'interesse ad agire in giudizio del lavoratore che ritenga di essere stato illegittimamente licenziato, con o senza una sua preventiva impugnazione stragiudiziale, non vi è alcun dubbio. La situazione si complica, invece, non appena ci si scosti da tale ipotesi, senz'altro la più ricorrente nella prassi, per interrogarsi in merito all'ammissibilità dell'azione promossa dal datore di lavoro, a seguito dell'impugnazione stragiudiziale del prestatore di lavoro o anche prima, nonché alla possibilità, tanto per il datore di lavoro quanto per il lavoratore, di agire in giudizio anteriormente all'effettiva intimazione del licenziamento.

Le numerose questioni interpretative che si pongono devono essere affrontate separatamente, sulla base però di

---

([159]) Cass., 27 novembre 2011, n. 26514, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

([160]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 679. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 27 novembre 2011, n. 26514, cit.

una premessa comune: il nodo da sciogliere è principalmente ([161]) quello della sussistenza dell'interesse ad agire in mero accertamento ([162]), oltre che della legittimazione

---

([161]) D. BUONCRISTIANI, *Successivo o anche preventivo controllo di validità di un licenziamento?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 409 e 411, ritiene che per decidere sull'ammissibilità dell'azione in prevenzione da parte del datore di lavoro, non si deve «valutare atomisticamente il profilo dell'interesse ad agire», ma si deve «tener conto di come è strutturato e disciplinato il giudizio d'opposizione»; secondo l'Autore, il «punto nevralgico» della questione è l'eventuale determinazione di uno «scostamento dal modello processuale e, in particolare, dalla struttura del giudizio impugnatorio voluti dal legislatore».

([162]) Con riferimento all'ipotesi in cui il licenziamento sia già stato intimato, poiché l'effetto prodotto dal diritto potestativo è l'estinzione del rapporto di lavoro, l'azione instaurata dal datore di lavoro è di accertamento negativo, mentre quella esperita dal lavoratore, volta all'accertamento della persistenza del rapporto di lavoro, di accertamento positivo (*cfr*. A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 549 ss.; C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, cit., 149; G. MASSETANI, *Note in tema di impugnazione del licenziamento*, in *Foro it*., 1989, I, 842). Si deve precisare che quest'ultima considerazione presuppone, per un verso, che l'oggetto del giudizio di impugnativa del licenziamento sia il rapporto giuridico sul quale ha inteso incidere l'esercizio del il diritto potestativo, e, per altro verso, che l'esercizio illegittimo del diritto potestativo non è idoneo a produrre l'effetto estintivo a esso collegato (*cfr*. la dottrina citata *infra*, § 18, nota 456). Ciò postula, in altre parole, che oggetto del giudizio sia il rapporto di lavoro, e non l'atto di licenziamento, e che quest'ultimo, se illegittimo, non sia idoneo a determinare la cessazione del rapporto di lavoro.

Con riferimento all'ipotesi in cui il licenziamento non sia stato ancora intimato, si è osservato che l'oggetto dell'accertamento chiesto all'autorità giudiziaria è individuabile nel diritto potestativo di recesso del datore di lavoro (*cfr*. I. PAGNI, *Licenziamento, poteri privati e interesse ad agire in mero accertamento*, in *Foro*

del datore di lavoro in relazione ai licenziamenti regolati dall'art. 18 st. lav. cui è applicabile il rito speciale di cui all'art. 1, commi 47 ss., legge n. 92/2012 ([163]).

Come noto, l'interesse ad agire è quel requisito intrinseco della domanda, relativo al suo contenuto sotto il profilo sostanziale, richiesto dall'art. 100 c.p.c. quale espressione di un effettivo «bisogno di tutela giurisdizionale» ([164]). Questa esigenza di tutela deve sussistere, in ossequio al principio di economia processuale, anche con riferimento al mezzo processuale; in altre parole, il risultato che l'attore intende ottenere deve essere non solo concreto e attuale, ma altresì non altrimenti conseguibile, se non grazie all'intervento dell'autorità giudiziaria ([165]). Secondo

---

it., 1994, I, 513; C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, cit., 150 ss.). Peraltro, questo è il solo momento in cui il diritto potestativo può costituire l'oggetto di un giudizio: una volta esercitato in via stragiudiziale, il diritto potestativo sostanziale si estingue per consumazione, avendo raggiunto il suo scopo spiegando l'effetto giuridico perseguito (*cfr*. la dottrina citata *infra*, § 18, nota 448). In generale, sul tema dell'oggetto del giudizio sull'impugnativa del licenziamento, per le dovute precisazioni, v. *infra*, § 18.

([163]) V. *infra*, § 22.

([164]) *Cfr*. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 222-224, il quale, per esempio, esclude l'interesse ad agire del datore di lavoro all'ottenimento di una sentenza che accolga la domanda di risoluzione del contratto di lavoro ai sensi dell'art. 1453 c.c., tenuto conto di ciò che l'effetto perseguito dal datore di lavoro di addivenire alla cessazione del rapporto di lavoro è raggiungibile senza l'intervento giurisdizionale, in conseguenza del mero esercizio del diritto potestativo di recesso.

([165]) *Cfr*. C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2016, 49. In generale, sull'interesse ad agire, v. M.F. CHIRGA, *Interesse ad agire (dir. proc. civ.)*, in *Diritto on line Treccani*, 2014; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 222 ss.; A. PROTO PISANI,

le teorizzazioni tradizionali, l'interesse ad agire sorge dalla violazione del diritto che viene fatto valere in giudizio, e nel caso della funzione giurisdizionale di mero accertamento, la violazione degrada a semplice contestazione o vanto ([166]). Peraltro, con riferimento al diritto potestativo – quale è il diritto del datore di lavoro di recedere dal rapporto ([167]) – non è nemmeno possibile immaginarne una violazione, poiché il suo esercizio prescinde del tutto dall'eventuale cooperazione del soggetto passivo del rapporto sostanziale che lo lega al titolare del diritto, bensì solo una contestazione, vuoi della effettiva «esistenza dei fatti cui l'esercizio del potere pretende dare rilevanza», vuoi della «legittimità formale (o procedimentale se del caso) delle modalità di esercizio del potere» ([168]). Coerentemente, nel campo delle azioni di mero accertamento, la giurisprudenza ha ritenuto sufficiente il verificarsi di un pregiudizievole «stato di incertezza oggettiva sull'esistenza di un rap-

---

Dell'esercizio dell'azione, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Torino, 1973, 1065; L. LANFRANCHI, *Note sull'interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 1093; A. NASI, *Interesse ad agire*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1972; C. MANDRIOLI, *Uso ed abuso del concetto di interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 342 ; A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955; ID., *Interesse ad agire*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 514.

([166]) *Cfr*. C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 54 e 72; A. ATTARDI, *Interesse ad agire*, cit., 520; E. MERLIN, *Accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 1064.

([167]) V. *supra*, § 5.

([168]) A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, cit., 77. *Cfr*. anche G. MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Nuovo Dig. it*., II, Torino, 1938, 873; C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, cit., 148.

porto giuridico o sull'esatta portata dei diritti e degli obblighi da esso scaturenti» ([169]).

Entrando *in medias res*, è anzitutto necessario porre una prima demarcazione temporale, rappresentata dall'intimazione del licenziamento. Si immagini, dunque, che il datore di lavoro abbia esercitato il suo diritto di recesso mirando alla cessazione del rapporto di lavoro.

Anteriormente alla riscrittura del termine di decadenza di cui all'art. 6 legge n. 604/1966 a opera del Collegato lavoro ([170]), la dottrina ([171]) e la giurisprudenza ([172]) erano concordi nell'affermare l'ammissibilità della domanda proposta dal datore di lavoro, a seguito dell'impugnazione stragiudiziale del lavoratore, al fine di sottoporre al vaglio

---

([169]) Cass., 23 giugno 2015, n. 12893, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass., 21 febbraio 2008, n. 4496, in *Giust. civ. Mass*., 2008, 2, 268; Cass., 31 luglio 2015, n. 16262, in *Giust. civ. Mass*., 2015; Trib. Palermo, 21 giugno 2016, in *Dejure*.

([170]) V. *supra*, § 7.

([171]) *Cfr*. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 589, spec. nota 185; R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, cit., 46, spec. nota 9; G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 168; A. PROTO PISANI, *L'oggetto del processo*, in *Le controversie in materia di lavoro*, a cura di V. Andrioli-C.M. Barone-G. Pezzano-A. Proto Pisani, Bologna-Roma, 1987, 70; ID., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, cit., 77; G. MASSETANI, *Note in tema di impugnazione del* licenziamento, cit., 842; A. VALLEBONA, *sub* art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 399; F. FERRONI, *Accertamento della legittimità del licenziamento ed interesse ad agire*, in *Giust. civ.*, 1988, I, 816.

([172]) *Cfr*. Cass., 9 maggio 2012, n. 7096, in *Giust. civ. Mass*., 2012, 5, 579; Cass., 14 luglio 1998, n. 6891, in *Giust. civ. Mass*., 1998, 1527; Cass., 24 dicembre 1997, n. 13042, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 23; Cass., 15 gennaio 1996, n. 279, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 22.

giudiziale la legittimità del licenziamento intimato (nonostante la previsione di un termine decadenziale quale sbarramento, in assenza di una impugnazione stragiudiziale del prestatore di lavoro, alla possibilità di fare valere l'illegittimità del licenziamento) ([173]). Tuttavia, a seguito dell'introduzione, nel 2010, di un secondo termine di decadenza nonché, nel 2012, di un rito speciale per le controversie aventi a oggetto l'impugnativa dei licenziamenti regolati dall'art. 18 St. lav., la possibilità di ravvisare la legittimazione e l'interesse ad agire in capo al datore di lavoro che assuma le vesti di ricorrente è stata da più parti messa in discussione.

Quanto alla prima, si è sostenuto che, in relazione ai licenziamenti per i quali è in gioco l'applicazione delle tutele di cui all'art. 18 St. lav., vi sarebbe una vera e propria carenza di legittimazione attiva per espressa previsione di legge ([174]). La riforma Fornero, infatti, nel definire il campo di applicazione del rito speciale ivi disciplinato, ha

---

([173]) *Cfr*., in particolare, A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, cit., 77, nota 22, secondo il quale l'art. 6 legge n. 604/1966 «non modifica in alcun modo la sostanza del fenomeno che resta pur sempre quella del consolidamento di una data situazione sostanziale a seguito del mancato esercizio di un diritto entro un termine di decadenza». In altri termini, la previsione della decadenza non fa di per sé venire meno l'interesse ad agire del diritto potestativo che è stato esercitato e i cui effetti sono messi in discussione.

([174]) N. SAPONE, *Il c.d. rito Fornero ed il principio di non appesantimento*, in *Giur. merito*, 2013, 1789. In termini dubitativi circa la configurabilità di un «rito a parti fisse». V. PETRELLA, *Il rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti*, in *Il processo civile-Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, curato da C. Punzi e coordinato da G. Ruffini, Torino, 2013, 243.

esplicitamente richiamato le controversie aventi a oggetto l'«impugnativa» dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 St. lav. ([175]) e, a stretto rigore, soltanto la contestazione giudiziale promossa dal lavoratore potrebbe essere ricondotta alla nozione di impugnativa (e non anche l'azione esperita dal datore di lavoro, che è l'autore dell'atto di recesso) ([176]).

A ben vedere, questa prima obiezione sembra agevolmente superabile, fermo restando che, ove fondata, lascerebbe a ogni modo aperta la strada ad azioni esperite dal datore di lavoro nelle forme del rito ordinario del lavoro con ricorso *ex* art. 414 c.p.c. ([177]). Come è stato oppor-

---

([175]) *Cfr*. art. 1, comma 47, legge n. 92/2012.

([176]) C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, a cura di M. Cinelli-G. Ferraro-O. Mazzotta, Torino, 2013, 357; S. IZZO, *La legittimazione del datore di lavoro nel nuovo rito per la impugnativa dei licenziamenti*, in *Dir. lav. merc*., 2013, 378; F. MIANI CANEVARI, *Brevi osservazioni sugli aspetti processuali della riforma dell'art. 18 st. lav.*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 553; P. SCOGNAMIGLIO, *Le controversie di licenziamento nella riforma Fornero*, in *Guida al lavoro-Il punto*, 2013, 2; M. DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 826; A. PICCININI, *Richiesta di accertamento della legittimità del licenziamento* ex *rito Fornero da parte del datore di lavoro*, in *Lav. giur.*, 2013, 376.

([177]) E. BOGHETICH, *Il rito speciale in tema di licenziamento*, in *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, a cura di M. Persiani-S. Liebman, Torino, 2013, 421; G. DE SIMONE, *Il 'Rito Fornero'. Questioni procedurali*, in *Lav. giur.*, 2014, 21; S. IZZO, *La legittimazione del datore di lavoro nel nuovo rito per la impugnativa dei licenziamenti*, cit., 421. Peraltro, questa circostanza assume ancora più rilievo in considerazione del progressivo superamento del rito di cui all'art. 1, commi 47 ss., legge n. 92/2012 per effetto del D.lgs. n. 23/2015: v. *infra*, § 31, in forza del quale il rito ordinario

tunamente rilevato, l'oggetto del giudizio è, almeno parzialmente ([178]), il medesimo ([179]), sia che l'iniziativa sia presa dal lavoratore che dal datore di lavoro, senza contare che l'azione proposta da quest'ultimo, una volta che il prestatore di lavoro abbia impugnato stragiudizialmente il licenziamento, riguarderebbe proprio l'«impugnativa» avversaria ([180]). Inoltre, diversamente dal procedimento di cui all'art. 28 St. lav. cui il rito in esame è spesso avvicina-

---

del lavoro tornerà ad applicarsi a tutti i giudizi di impugnativa del licenziamento.

([178]) La Corte di cassazione ha qualificato in termini di litispendenza la contemporanea pendenza di due azioni, l'una promossa dal lavoratore, l'altra dal datore di lavoro (Cass., 18 febbraio 2014, n. 3838, in *Riv. it. dir. lav.*, 381 ss.). Tale ricostruzione è stata, invero, ricondotta più propriamente alla continenza *ex* art. 39 c.p.c.: infatti, «l'azione promossa su iniziativa datoriale presenta un oggetto meno ampio di quello dell'azione esperita dal lavoratore, essendo del tutto inverosimile, infatti che quest'ultimo si limiti a domandare l'accertamento della illegittimità del licenziamento senza chiedere la condanna del datore di lavoro» (D. DALFINO, *Obbligatorietà del c.d. Rito Fornero (anche per il datore di lavoro) e decisione di questioni nella fase sommaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2014, 396).

([179]) D. BUONCRISTIANI, *Successivo o anche preventivo controllo di validità di un licenziamento?*, cit., 413, secondo cui «l'azione in prevenzione del datore di lavoro e la domanda d'impugnativa del lavoratore sono 'speculari'».

([180]) D. DALFINO, *Obbligatorietà del c.d. Rito Fornero (anche per il datore di lavoro) e decisione di questioni nella fase sommaria*, cit., 396; R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, in F.P. Luiso-R. Tiscini-A. Vallebona, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013, 90; D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, in *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, a cura di M. Barbieri-D. Dalfino, Bari, 2013, 72.

to, nel quale la questione della legittimazione è espressamente affrontata nel senso dell'esclusione della parte datoriale dal novero dei legittimati attivi ([181]), qui l'obiettivo perseguito dal legislatore (*i.e.* accelerare la definizione delle controversie) ([182]) non è certo riconducibile all'interesse esclusivo del solo lavoratore ([183]).

Assumendo, dunque, che il datore di lavoro sia «legittimato» ad agire in prevenzione ([184]), l'ammissibilità della domanda datoriale è comunque contestata da coloro che non ravvisano in capo a quest'ultimo un interesse giuridicamente rilevante.

Secondo parte della dottrina, infatti, ora che l'impugnazione del licenziamento è una fattispecie sostanziale a formazione progressiva nel rispetto di un predeterminato arco temporale – la cui durata, ipotizzando la proposizione di un atto di impugnativa stragiudiziale alla vigilia della scadenza del primo termine di decadenza seguita dal deposito del ricorso giudiziale appena prima della scadenza del secondo, non può superare i duecentoquaranta giorni ([185]) –, il datore di lavoro non sarebbe più esposto ad alcun pre-

---

([181]) G. TARZIA-L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 405.

([182]) V. l'art. 1, comma 1, lett. c), legge n. 92/2012: v. *infra*, 23.

([183]) D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 353; D. DALFINO, *L'impugnativa del licenziamento secondo il c.d. 'rito Fornero': questioni interpretative*, in *Foro it.*, 2013, V, 6; ID., *Obbligatorietà del c.d. Rito Fornero (anche per il datore di lavoro) e decisione di questioni nella fase sommaria*, cit., 396; ID., *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 72.

([184]) Ove si condivida la tesi della carenza di legittimazione a norma dell'art. 1, comma 47, legge n. 92/2012, quantomeno nelle forme del rito ordinario: v. *supra*, in questo §, nota 177.

([185]) V. *supra*, § 7.

giudizio meritevole di tutela. Diversamente da quanto accadeva in passato, quando l'impugnazione giudiziale del licenziamento avrebbe potuto seguire quella stragiudiziale a distanza anche di anni, l'incertezza sull'effettiva cessazione del rapporto di lavoro determinata dalla contestazione del lavoratore è ora destinata a risolversi in tempi molto brevi ([186]): o mediante la proposizione di un ricorso da parte del lavoratore nel rispetto dei termini di decadenza che dia avvio a un giudizio improntato alla celerità ([187]) o grazie al consolidarsi dell'effetto estintivo del rapporto perseguito dal datore di lavoro in ragione del decorso del tempo nell'inattività del lavoratore (con il conseguente operare della preclusione scaturente dalla decadenza) ([188]).

([186]) F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, in F.P. Luiso-R. Tiscini-A. Vallebona, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013, 63; D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 83; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 555, nota 493, che ritiene che l'interesse possa dirsi sussistente «nelle ipotesi in cui non trova applicazione l'art. 6 cit. e sia insorta sul piano sostanziale controversia in ordine all'efficacia del licenziamento». *Cfr*. anche A. VALLEBONA, *L'azione di mero accertamento del datore di lavoro sulla legittimità del licenziamento: una questione semplice*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 266; M. DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti…*, cit., 826. *Cfr*. anche S. IZZO, *La legittimazione del datore di lavoro nel nuovo rito per la impugnativa dei licenziamenti*, cit., 417; A. PICCININI, *Richiesta di accertamento della legittimità del licenziamento* ex *rito Fornero da parte del datore di lavoro*, cit., 376. In giurisprudenza, *cfr*. Trib. Palermo, 10 giugno 2013, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 394.

([187]) V. *infra*, § 23.

([188]) *Cfr*. A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 554, nota 492, secondo cui l'art. 6 legge n. 604/1966, come modificato dal Collegato lavoro, «designa una fattispecie se-

Non solo. Sempre in senso critico, si è affermato che ammettere l'azione in prevenzione del datore di lavoro significherebbe accettare la possibilità di una scelta del foro più conveniente a scapito del lavoratore ([189]), nonché riconoscere la proponibilità di una domanda in via riconvenzionale da parte del prestatore di lavoro nel giudizio instaurato dal datore di lavoro ([190]), nonostante la legge n.

---

condaria e concorrente per la produzione dell'effetto a cui era diretto il recesso, il quale, essendo stato esercitato invalidamente, era inefficace».

([189]) A. PICCININI, *Richiesta di accertamento della legittimità del licenziamento* ex *rito Fornero da parte del datore di lavoro*, cit., 379; L. CAVALLARO, *Le principali questioni giurisprudenziali sul rito speciale per i licenziamenti: rassegna critica*, in *GiustiziaCivile.com*, 2014, 19 marzo. I rischi derivanti dall'ammissibilità delle azioni di accertamento negativo sono stati evidenziati anche in altri settori, in particolar modo nel diritto della proprietà intellettuale. Si è infatti sostenuto che, mediante l'azione di accertamento negativo della contraffazione, l'attore potrebbe agire in prevenzione al (solo) scopo di impedire la contrapposta azione avversaria, scegliendo il giudice del foro più «conveniente», ossia quello dinanzi al quale la durata del processo è maggiore, le spese processuali sono inferiori o vi è una disciplina dell'onere probatorio più favorevole. Il fenomeno è anche noto con il nome di «*Italian torpedo*»: *cfr*. F. FERRARI, *Le* torpedo *e la recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, 3, 1126 ss.; F. BOSSI, *Le azioni di accertamento negativo della contraffazione ed il* forum commissi delicti, in *Giur. it.*, 2014, 588 ss.

([190]) A. PICCININI, *Richiesta di accertamento della legittimità del licenziamento* ex *rito Fornero da parte del datore di lavoro*, cit., 376. Sulla correlazione tra l'ammissibilità dell'azione in prevenzione del datore di lavoro e l'ammissibilità della domanda riconvenzionale del lavoratore, *cfr*. Cass., 18 febbraio 2014, n. 3838, in *Riv. it. dir. lav.*, 391.

92/2012 la contempli unicamente nella fase di opposizione ([191]).

Tuttavia, anche queste obiezioni non sembrano decisive, a cominciare dalle argomentazioni strettamente connesse al rito di cui all'art. 1, commi 47 ss., legge n. 92/2012, la cui portata è a ogni modo destinata a subire un forte ridimensionamento in considerazione del progressivo «ritorno al passato» imposto dal D.lgs. n. 23/2015 in favore del rito ordinario del lavoro ([192]).

Quanto alla presunta inammissibilità della domanda riconvenzionale del lavoratore, è sufficiente osservare che la legge, pur non prevedendo espressamente la facoltà di proporre domande riconvenzionali nella prima fase del giudizio ([193]), ammette il cumulo di domande «fondate sugli identici fatti costitutivi» e tale condizione deve senz'altro dirsi soddisfatta in relazione alle eventuali richieste di tutela avanzate dal lavoratore nel giudizio nel quale sia convenuto dal datore di lavoro ([194]). Quanto, invece, alla possibile scelta datoriale del foro più comodo, la medesi-

---

([191]) V. *infra*, § 29.

([192]) V. *supra*, in questo §, nota 177.

([193]) V. *infra*, § 28.

([194]) R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 90-91; D. DALFINO, *Obbligatorietà del c.d. Rito Fornero (anche per il datore di lavoro) e decisione di questioni nella fase sommaria*, cit., 396; ID., *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 73. Ammette la proponibilità della domanda riconvenzionale anche D. BUONCRISTIANI, *Successivo o anche preventivo controllo di validità di un licenziamento?*, cit., 411, in linea con Trib. Reggio Calabria, 6 febbraio 2013, in *Lav. giur.*, 2013, 367, con nota di A. PICCININI, *Richiesta di accertamento della legittimità del licenziamento* ex *rito Fornero da parte del datore di lavoro*, cit.

ma osservazione può essere svolta a parti invertite ([195]) e, peraltro, era già stata considerata un inconveniente trascurabile prima dell'introduzione del rito speciale, disciplinato dalle ordinarie regole sulla competenza per territorio di cui all'art. 413 c.p.c. ([196]).

Venendo, infine, alla tesi che sostiene che la previsione del duplice termine di decadenza avrebbe definitivamente segnato la carenza di interesse ad agire in prevenzione in capo al datore di lavoro, questa impostazione pare fin troppo semplicistica e sbrigativa. Invero, se, come è costantemente affermato ([197]), nelle azioni di mero accertamento l'interesse ad agire può dirsi sussistente ogni qual volta vi sia uno «stato di incertezza oggettiva sull'esistenza di un rapporto giuridico o sull'esatta portata dei diritti e degli obblighi da esso scaturenti» di per sé suscettibile di recare pregiudizio, pare proprio che l'impugnazione stragiudiziale determini esattamente una situazione di incertezza giuridicamente rilevante, che si protrae sino al definitivo operare della decadenza, la cui astratta previsione, finché non è decorso il relativo termine, non è idonea ad assicurare al datore di lavoro la definitività dell'effetto

---

([195]) D. BUONCRISTIANI, *Successivo o anche preventivo controllo di validità di un licenziamento?*, cit., 408.

([196]) R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 90-91; D. DALFINO, *Obbligatorietà del c.d. Rito Fornero (anche per il datore di lavoro) e decisione di questioni nella fase sommaria*, cit., 396; ID., *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 73. V. *infra*, § 28.

([197]) Oltre a quanto specificato *supra*, in questo §, nota 169, *cfr*. Cass., 30 giugno 2014, n. 14756, in *Guida al diritto*, 2014, 31, 41, con nota di M. TATARELLI, *L'imprenditore non può chiedere di accertare che una condotta è punibile con il licenziamento*.

estintivo del rapporto perseguito mediante l'esercizio del suo diritto potestativo di recesso ([198]).

Non pare, infatti, condivisibile l'opinione secondo cui, una volta intimato il licenziamento, il datore di lavoro «ha pienamente conseguito il proprio interesse di sottrarsi al vincolo contrattuale e non vi è alcun risultato utile che possa ulteriormente conseguire» ([199]).

([198]) *Cfr*. C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 734, secondo cui l'impugnazione stragiudiziale del lavoratore servirebbe per l'appunto ad «integrare quel presupposto di incertezza che, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., gli consentirà [al datore di lavoro] di agire lui stesso onde farne accertare la piena legittimità»; I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno 2012 n. 92: note brevi sul nuovo rito in materia di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 347; E. RAIMONDI, *Il rito per i licenziamenti tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 91; D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 73; ID., *Obbligatorietà del c.d. Rito Fornero (anche per il datore di lavoro) e decisione di questioni nella fase sommaria*, cit., 396; L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, in *Foro it.*, 2013, V, 101; D. BUONCRISTIANI, *Successivo o anche preventivo controllo di validità di un licenziamento?*, cit., 410; G. FICARELLA, *Il rito 'Fornero' a due anni dall'entrata in vigore: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Giust. proc. civ*, 2014, 1228. *Cfr*. I. BUONOCORE, *Sulla fase sommaria del procedimento speciale in materia di licenziamento illegittimo* ex *art. 18 st. lav.*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 86, secondo cui l'interesse del datore di lavoro prescinde dall'eventuale impugnativa stragiudiziale del lavoratore. In giurisprudenza, *cfr*. Trib. Genova, 9 gennaio 2013, in *Foro it*., 2013, I, 1360, con nota di S. CALVIGIONI, che ravvisa nella impugnazione stragiudiziale del lavoratore una «contestazione o vanto» rilevante agli effetti dell'art. 100 c.p.c.

([199]) Trib. Palermo, 10 giugno 2013, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 394.

A questo proposito, è sufficiente considerare che tutte le volte in cui sia astrattamente applicabile la sanzione a contenuto reintegratorio, il tempo intercorrente dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione nel posto di lavoro eventualmente disposta dal giudice incide, per espressa previsione di legge, sull'importo dell'indennità che si accompagna alla condanna alla reintegra. Ciò accade nei casi in cui il prestatore di lavoro invochi, e il giudice conceda, la tutela di cui all'art. 18, commi 1, 4 e 7, St. lav. nonché, con riferimento ai rapporti di lavoro assoggettati alle c.d. tutele crescenti, quella di cui agli artt. 2 e 3, comma 2, D.lgs. n. 23/20105 ([200]). Pertanto, in queste ipotesi, l'interesse ad agire in prevenzione del datore di lavoro può essere agevolmente identificato nell'accorciamento del tempo necessario per addivenire a una decisione, con conseguente riduzione dell'ammontare dell'eventuale condanna ([201]).

Ma anche negli altri casi la sussistenza dell'interesse datoriale non dovrebbe essere esclusa a priori: potrebbe essere legato nella necessità di provvedere agli opportuni accantonamenti con cui tutelarsi nell'eventualità della soccombenza ([202]) ovvero – quantomeno con riguardo ai licenziamenti sottratti al rito di cui all'art. 1, commi 47 ss.,

---

([200]) Invero, nell'ipotesi della tutela reale piena di cui all'artt. 18, comma 1, St. lav. e 2 D.lgs. n. 23/2015, la circostanza che la legge preveda che l'indennità non possa essere inferiore a un dato tetto minimo, riduce l'incidenza della data di instaurazione del giudizio. *Cfr*. D. BUONCRISTIANI, *Successivo o anche preventivo controllo di validità di un licenziamento?*, cit., 407, nota 4.

([201]) D. BUONCRISTIANI, *Successivo o anche preventivo controllo di validità di un licenziamento?*, cit., 407.

([202]) D. DALFINO, *Obbligatorietà del c.d. Rito Fornero (anche per il datore di lavoro) e decisione di questioni nella fase sommaria*, cit., 396.

legge n. 92/2012 ([203]) – nell'esigenza di reagire all'eventuale concessione a favore del lavoratore di un provvedimento cautelare d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. ([204]).

Resta da considerare l'ipotesi, più controversa, dell'attivazione della tutela giurisdizionale di mero accertamento prima dell'intimazione del licenziamento.

La tesi di coloro che negano l'ammissibilità di una azione volta ad accertare, in via preventiva, l'idoneità di determinati fatti a costituire valida giustificazione di un licenziamento non ancora intimato poggia essenzialmente su due argomenti: per un verso, sull'impossibilità di proporre un'azione di accertamento di meri fatti; per altro verso, sulla carenza di interesse ad agire in prevenzione, per la mancanza di un risultato utile, che sia perseguibile unicamente ricorrendo alla tutela giurisdizionale, concreto e attuale ([205]).

Sotto il primo profilo, in particolare, si sostiene che, anteriormente all'esercizio del diritto potestativo, si è in presenza di una fattispecie costitutiva incompleta, con la conseguenza che la domanda finisce per consistere nella richiesta di accertamento di fatti, allo stato ancora giuridicamente irrilevanti tanto in relazione alla posizione soggettiva del datore di lavoro, che non ha ancora esercitato il diritto di cui è titolare, quanto a quella del lavoratore, il cui rapporto di lavoro è tuttora esistente. In questo modo, si ricorrerebbe impropriamente alla funzione giurisdizionale,

---

([203]) Per l'inammissibilità della tutela cautelare in relazione ai licenziamento la cui impugnativa è disciplinata dal rito di cui all'art. 1, commi 47 ss., legge n. 92/2012, v. *infra*, § 31.

([204]) D. BUONCRISTIANI, *Successivo o anche preventivo controllo di validità di un licenziamento?*, cit., 407.

([205]) *Cfr*. I. PAGNI, *Licenziamento, poteri privati e interesse ad agire in mero accertamento*, cit., 512 ss.; C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, cit., 150 ss.

che invece – viene osservato –, da un lato, è deputata, tendenzialmente ([206]), alla sola tutela dei diritti e, dall'altro lato, non può essere attivata in funzione consultiva, per ottenere un parere giuridico sulla corretta qualificazione giuridica di un fatto non ancora avvenuto (*i.e.* il licenziamento) ([207]).

Sotto il secondo profilo, poi, si è affermato che il titolare di un diritto potestativo conseguirebbe pienamente il proprio interesse mediante l'esercizio del diritto con cui decida di attribuire rilevanza ai fatti, che si siano verificarti nel caso concreto, richiesti dalla legge per la sua valida attuazione; la carenza di interesse in prevenzione con riferimento al mezzo processuale sarebbe insita nella natura di potere formativo ad esercizio stragiudiziale ([208]) del diritto datoriale di recedere dal rapporto di lavoro. Non vi sarebbe, dunque, spazio per la tutela giurisdizionale, che, se invocata, si risolverebbe nella sostituzione del giudice al datore di lavoro all'attuazione dell'effetto giuridico fatto dipendere dalla legge dall'esercizio del diritto potestativo ([209]).

([206]) L'accertamento di un fatto è contemplato dagli artt. 216 e 221 c.p.c. con riguardo al giudizio di verificazione della scrittura privata e a quello di querela di falso.

([207]) O. CARBONARI, *Provvedimenti d'urgenza e accertamento mero della legittimità del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, 1612; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Profili generali*, Torino, 2015, 257; M. TATARELLI, *Nell'attesa della decisione delle Sezioni Unite resta controversa l'applicazione del rito Fornero*, in *Guida al diritto*, 2014, 31, 44. In giurisprudenza, *cfr*. Cass. 30 giugno 2014, n. 14756, in *Guida al diritto*, 2014, 31, 42.

([208]) V. *supra*, § 5.

([209]) A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 411, nota 155; E. MERLIN, in commento a Pret. Napoli, 14 gennaio 1991, in *Giur. it.*, 1991, II, 2, 668; E.F. RICCI, voce *Accer-*

Anche il soggetto passivo difetterebbe di un interesse attuale, poiché, prima dell'intimazione del licenziamento, la sua posizione giuridica soggettiva non è in alcun modo scalfita dall'eventuale futura attuazione del potere formativo sostanziale ([210]).

Peraltro, nel negare l'interesse del datore di lavoro ad agire in mero accertamento al fine di verificare se la condotta di un proprio dipendente fosse, per la gravità dei fatti commessi, tale da ledere l'elemento fiduciario alla base del rapporto di lavoro e, pertanto, da giustificarne il licenziamento, la Corte di cassazione ha ravvisato un'ulteriore ragione ostativa nella necessità di rispettare le regole procedimentali di cui all'art. 7 St. lav., in conformità ai principi di immediatezza della contestazione e di tempestività del recesso datoriale ([211]). In questa prospettiva, si è pure obiettato che, diversamente opinando, si perderebbe di vista il fatto che il licenziamento disciplinare è la massima sanzione, a carattere espulsivo, la cui applicazione mal tollererebbe l'attesa della sentenza ([212]).

---

tamento giudiziale, in *Dig. disc. priv.*, *Zez. civ.*, I, 1987, 25; O. CARBONARI, *Provvedimenti d'urgenza e accertamento mero della legittimità del licenziamento*, cit., 1613; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 224, secondo cui, proprio con riguardo all'effetto risolutivo del rapporto di lavoro perseguito dal datore di lavoro «l'intervento giurisdizionale si rende necessario solo *a posteriori* ed in via eventuale (se sorge una controversia), e non *a priori* e in via necessaria».

([210]) O. CARBONARI, *Provvedimenti d'urgenza e accertamento mero della legittimità del licenziamento*, cit., 1601; E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, cit., 26.

([211]) Cass. 30 giugno 2014, n. 14756, in *Guida al diritto*, 2014, 31, 42. Questa considerazione vale, ovviamente, per il solo licenziamento disciplinare: v. *supra*, § 2.4.

([212]) *Cfr*. D. BUONCRISTIANI, *Licenziamento disciplinare*, Padova, 2012, 52, il quale nega per tale via la possibilità per il da-

A tali argomentazioni, si contrappone la tesi di un'altra parte della dottrina – che si ritiene di condividere – a favore dell'astratta ammissibilità dell'azione di accertamento, positivo o negativo, di un diritto potestativo non ancora esercitato. Tale ammissibilità poggia su una diversa concezione dell'oggetto del giudizio e su una attenta ricostruzione dell'interesse ad agire in prevenzione *ex* art. 100 c.p.c. ([213]).

Sul piano dell'oggetto del giudizio – al di là della posizione di coloro che ammettono la possibilità di «promuovere l'accertamento giurisdizionale relativamente ad una fattispecie ancora in fase di perfezionamento» ([214]),

---

tore di lavoro di agire in giudizio prima dell'intimazione del licenziamento.

([213]) *Cfr*. I. PAGNI, *Licenziamento, poteri privati e interesse ad agire in mero accertamento*, cit., 515; C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, cit., 151.

([214]) Così, A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 408, cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici, il quale condiziona tale possibilità alla sussistenza di un interesse protetto già prima che si perfezioni la fattispecie. L'Autore, invero, nega l'ammissibilità dell'accertamento della ricorrenza in concreto dei fatti legittimanti il recesso datoriale sulla base della carenza dell'interesse. Analogamente, B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983, 102, secondo cui «il limite all'accertabilità non dipende dall'impossibilità che la decisione cada su un certo oggetto bensì dalla funzione che la sentenza conclusiva del procedimento è chiamata a svolgere». In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 21 febbraio 2008, n. 4496, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 268, che, in materia di lavoro subordinato, ha ritenuto ammissibile l'azione di mero accertamento dell'esatta determinazione dei compensi spettanti al dipendente in relazione al tempo impiegato in viaggi comandati da una località all'altra per prendere servizio o farvi ritorno a servizio compiuto, sebbene non fossero ancora maturati i presupposti di fatto di tutte le voci della retribuzione e in assenza della richiesta di condanna a carico del datore di lavoro.

che è già di per sé idonea a superare l'obiezione circa la sussistenza di una fattispecie costitutiva incompleta –, secondo alcuni l'azione di accertamento dell'esistenza, in concreto, del potere del datore di lavoro di licenziare avrebbe a oggetto una «situazione soggettiva già esistente (il diritto potestativo, appunto), anche se non ancora esercitata» ([215]). In questa prospettiva, sarebbe necessario distinguere, e non andrebbero confuse, due fattispecie: da un lato, quella del diritto potestativo, dall'altro, quella del diritto, eventuale, del soggetto passivo del rapporto alla tutela contro il cattivo esercizio del potere ([216]). Ebbene, la situazione giuridica azionata non è la seconda, che evidentemente non può dirsi completa sino a che il licenziamento non venga intimato, bensì la prima ([217]), che è già pienamente integrata ([218]).

Superate le obiezioni sull'oggetto del processo, che deve dunque ravvisarsi nell'esistenza o meno del diritto potestativo datoriale, restano da considerare le critiche mosse sul piano dell'interesse ad agire.

([215]) C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, cit., 151.

([216]) Così, nella prospettiva del datore di lavoro, l'azione di mero accertamento instaurata da quest'ultimo a seguito dell'intimazione del licenziamento è di accertamento negativo, dell'intercorsa cessazione del rapporto di lavoro senza il diritto del lavoratore ad alcuna tutela: v. *supra*, in questo §, nota 162.

([217]) Sul diritto potestativo di recesso del datore di lavoro quale oggetto del giudizio di mero accertamento instaurato prima dell'intimazione del licenziamento, v. *supra*, in questo §, nota 162.

([218]) I. PAGNI, *Licenziamento, poteri privati e interesse ad agire in mero accertamento*, cit., 514-515. *Cfr*. B. SASSANI, *L'azione di accertamento del datore di lavoro 'dissenziente' nel procedimento di avviamento obbligatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 1155.

Quanto alla lamentata carenza d'interesse al mezzo processuale in capo al datore di lavoro, viene efficacemente replicato che quest'ultimo, invero, non si rivolge al giudice per ottenere quella modifica della realtà giuridica che la legge ricollega al semplice esercizio del diritto potestativo (*i.e.* la cessazione del rapporto per effetto dell'intimazione del licenziamento), bensì per rimuovere uno stato di incertezza circa la sussistenza, in concreto, del diritto di recesso: è questo un risultato (*i.e.* la rimozione dell'incertezza) cui non potrebbe pervenire per altra via ([219]). Specularmente, anche il lavoratore che ricorre in mero accertamento vuole superare il pregiudizio determinato dall'incertezza in merito all'eventuale esercizio del diritto potestativo da parte del datore di lavoro, e lo fa, peraltro, per l'unica via riconosciutagli dall'ordinamento, non potendo il prestatore di lavoro fare alcunché sul piano sostanziale, a differenza del titolare del potere che può decidere di esercitarlo o meno ([220]).

Il pregiudizio insito nella situazione di incertezza è stato, in particolare, ravvisato, quanto al lavoratore, nelle implicazioni della possibile cessazione del rapporto di lavoro sul suo patrimonio ([221]), quanto al datore di lavoro,

---

([219]) C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, cit., 155. *Cfr*. anche Cass., 26 maggio 1993, n. 5889, in *Foro it*., 1994, I, 507, secondo cui la «sentenza non sarebbe '*inutiliter data'* perché questa, ferma rimanendo la necessità che il successivo eventuale licenziamento disciplinare sia adottato con il rispetto della procedura del citato art. 7, vale a rendere incontestabile nell'ambito di tale procedura, la situazione giuridica già accertata dal giudice».

([220]) C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, cit., 159.

([221]) C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, cit., 158.

nell'esposizione al rischio di subire l'applicazione delle sanzioni ricollegate dalla legge al carattere illegittimo del licenziamento eventualmente intimato ([222]).

Ovviamente, affinché l'interesse ad agire possa dirsi sussistente ed attuale, deve essere sorta una discussione tra le parti circa la concreta possibilità per determinati fatti già accaduti di giustificare l'esercizio del diritto di recesso ([223]), di modo che la successiva azione di mero accertamento non sia strumentale alla soluzione di una questione di diritto in vista di situazioni future o meramente ipotetiche ([224]).

Peraltro, se è vero che i principi di correttezza e buona fede impongono al datore di lavoro di rispettare il procedimento disciplinare di cui all'art. 7 St. lav. ([225]), si può

([222]) B. SASSANI, *L'azione di accertamento della gravità dell'inadempimento del prestatore di lavoro*, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2667; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 250; I. PAGNI, *Licenziamento, poteri privati e interesse ad agire in mero accertamento*, cit., 512. *Contra* O. CARBONARI, *Provvedimenti d'urgenza e accertamento mero della legittimità del licenziamento*, cit., 1603; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 411, nota 155.

([223]) M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 249; I. PAGNI, *Licenziamento, poteri privati e interesse ad agire in mero accertamento*, cit., 514; C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, cit., 158; R. ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, cit., 106. *Contra* A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 411, nota 155, secondo la domanda sarebbe inammissibile anche nei casi di contestazione.

([224]) Così Cass., 23 dicembre 2009,n. 27151, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 12, 1741, sull'attualità dell'interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c. *Cfr*. anche Cass., 23 novembre 2007, n. 24434, in *Giust. civ. Mass*., 2007, 11; Cass., 18 aprile 2002, n. 5635, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 673.

([225]) V. *supra*, in questo §, nota 211.

ipotizzare un'interpretazione del principio di tempestività della contestazione compatibile con le tempistiche imposte dalla preventiva instaurazione di un giudizio ([226]). Per costante insegnamento giurisprudenziale, infatti, per un verso, «il requisito dell'immediatezza deve essere interpretato con ragionevole elasticità», in senso relativo, e, per altro verso, «il giudice deve applicare il suddetto principio esaminando il comportamento del datore di lavoro alla stregua degli artt. 1375 e 1175 c.c., e può discostarsi eccezionalmente dallo stesso, indicando le ragioni che lo hanno indotto a non ritenere illegittima una contestazione fatta non a ridosso immediato dell'infrazione» ([227]).

Sembra, pertanto, che l'ammissibilità dell'azione di accertamento, negativo o positivo, in prevenzione rispetto all'intimazione del licenziamento non debba essere esclusa a priori, nemmeno in ragione della necessaria attuazione del procedimento disciplinare di cui all'art. 7 St. lav., in linea con i canoni dell'immediatezza della contestazione e della tempestività del recesso datoriale.

([226]) Questa compatibilità è data per presupposta da Cass., 26 maggio 1993, n. 5889, in *Foro it*., 1994, I, 507.

([227]) Cass., 21 giugno 2016, n. 12824, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 22 giugno. Inoltre, pare che il diritto di difesa del lavoratore e il suo eventuale legittimo affidamento sulla mancanza di connotazioni disciplinari del fatto posto in essere – che, come noto, sono alla base del principio in parola (Cass., 27 giugno 2013, n. 16227, in *Diritto & Giustizia*, 28 giugno, con nota di R. DULIO, *Cinque mesi sono troppi, tra conoscenza dei fatti e licenziamento*) – possano dirsi adeguatamente tutelati anche nell'ipotesi di ricorso alla funzione giurisdizionale in via preventiva.

12. L'onere della prova dei fatti costitutivi e impeditivi nel giudizio sull'impugnativa del licenziamento

Ai sensi dell'art. 5 legge n. 604/1966, «L'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro».

Si tratta di una previsione normativa, dettata dalla legislazione speciale in tema di licenziamento individuale, che si aggiunge alla nota regola, dalla portata generale contenuta all'art. 2697 c.c., secondo cui «Chi vuol far 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» ([228]).

Entrambe le disposizioni sono finalizzate a distribuire tra le parti l'onere di fornire la prova dei fatti posti a fondamento delle rispettive domande ed eccezioni; presuppongono, dunque, l'assolvimento dell'onere, ulteriore e a esso cronologicamente e logicamente subordinato, di allegazione dei fatti ([229]).

([228]) In merito alla regola di cui all'art. 2697 c.c., si consenta il rinvio a G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*. *Nozioni generali*, Milano, 1992; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1996.

([229]) In generale, sull'allegazione dei fatti, *cfr*. D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001.

Per una recente ricostruzione di matrice giurisprudenziale del rapporto tra onere di allegazione e onere probatorio, con riferimento all'onere di *repêchage* ai fini della sussistenza di un giustificato motivo di licenziamento (v. *supra*, § 2.3), *cfr*. Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, in *Ilgiuslavorista.it*, 2016, 15 settembre – secondo cui «onere di allegazione e onere probatorio non possono che in-

Prima di affrontare più da vicino il tema dell'effettivo riparto dell'onere della prova nel giudizio sull'impugnativa del licenziamento, occorre preliminarmente chiedersi quali siano i fatti cui l'ordinamento riconosce rilevanza giuridica in relazione alla sussistenza e consistenza delle pretese del lavoratore che asserisca di essere stato illegittimamente licenziato ([230]); tali fatti andranno poi ri-

---

combere sulla medesima parte, nel senso che chi ha l'onere di provare un fatto primario (costitutivo del diritto azionato o impeditivo, modificativo od estintivo dello stesso) ha altresì l'onere della compiuta allegazione» –, con nota critica di I. PAGNI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di* repêchage*: la Cassazione ritorna sugli onere di allegazione e prova*, la quale rileva come l'onere di allegazione e quello di prova non devono necessariamente incombere sulla medesima parte. *Cfr*., in questo senso, C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, cit., 188, spec. nota 43; A. PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, I, 3143 ss. e R. ORIANI, *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, in *Foro it.*, 2013, I, 3500; M. CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, cit., 272.

([230]) Sulla nozione di «fatto giuridico» in termini di «circostanza a cui l'ordinamento riconnette conseguenze giuridiche», *cfr*. C. MAIORCA, voce *Fatto giuridico-Fattispecie*, in *Noviss. dig. it*., VII, Torino, 1965, 112. Secondo la teoria generale del fatto giuridico, i fatti aventi rilevanza giuridica vengono convenzionalmente distinti, in funzione dell'effetto giuridico da questi prodotto, in «costitutivi», «modificativi» ed «estintivi» (*cfr*. A. FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir*., XVI, Milano, 1967, 947; F. TOMMASEO, *sub* art. 2697 c.c., in *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. Cian, Padova, 2014, 3581); gli studiosi del processo civile hanno introdotto l'ulteriore categoria dei fatti «impeditivi» (A. FALZEA, voce *Fatto giuridico*, cit., 947), non espressamente considerati dall'art. 2697 c.c. F. TOMMASEO, *sub* art. 2697 c.c., cit., 3582). In una prospettiva differente, ai fatti giuridici sopra indicati, qualificabili in termini di «fatti principali» viene tradizio-

condotti alla tradizionale distinzione tra fatti costitutivi ([231]), modificativi, estintivi ([232]) e impeditivi ([233]) a norma dell'art. 2697 c.c.

---

nalmente contrapposta la categoria dei «fatti secondari»: se i primi «rappresentano il presupposto necessario per la sussistenza del diritto», «i secondi prospettano elementi di contorno, tutt'altro che irrilevanti, ma che possono mutare senza che per questo muti il diritto». Così C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 183, nota 36. *Cfr.* F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 95 ss.; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962, 340; M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova,* Padova, 1970, 26, nota 54; ID., *Note in tema di giudizio di fatto*, in *Riv. dir. civ.,* 1971, I, 40; ID., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 239 ss., nota 58 e 533 ss. ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 97; G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, 350; C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, 92; B. CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico critica,* in *Studi Parmensi*, XXVIII, 1980, 23 ss. e ora in *Il giudice e la prova nel processo civile,* Padova, 1991, 31, nota 37; S. PATTI, *sub* artt. 2697-2698 c.c., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1987, 10; F. CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale: i concetto giuridico della prova*, ristampa, Milano, 1992, 20; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., 44; M. FORNACIARI, *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova,* Milano, 2005, 117; G. TARZIA-L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 166). Sulla rilevanza della distinzione, si consideri, per esempio, come solo con riguardo ai fatti principali e non anche dei fatti secondari opera il principio di non contestazione (*cfr.* Cass., 13 settembre 2016, n. 17966, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 14 settembre).

([231]) I fatti costitutivi sono «i fatti contemplati da una fattispecie normativa che produce l'effetto giuridico fatto valere in giudizio: un diritto soggettivo o un'altra situazione giuridica possibile

Non si tratta di un compito facile, soprattutto alla luce delle notevoli difficoltà che la differenziazione tra fatto costitutivo e fatto impeditivo comporta nella prassi ([234]).

I fatti costitutivi e i fatti impeditivi, invero, si realizzano nel medesimo istante: i primi integrano la fattispecie, virtualmente perfetta, i secondi impediscono, contestualmente, lo spiegamento dell'effetto giuridico; potrebbe dirsi che, come il fatto costitutivo determina il sorgere del diritto, così l'assenza del fatto impeditivo – per l'appunto sovente definito «fatto costitutivo col segno invertito» – condiziona l'efficacia causale della fattispecie ([235]). Queste ultime considerazioni, tuttavia, possono risultare fuorvianti: in realtà, la dottrina più attenta ha posto in luce come anche il fatto impeditivo, al pari del fatto modificativo ed

---

oggetto di tutela giurisdizionale». Così, F. TOMMASEO, *sub* art. 2697 c.c., cit., 3581. *Cfr*. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 273, nonché C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 133, che definisce i fatti costitutivi come «quei fatti che nella norma, o volontà di legge, sono astrattamente previsti come idonei a costituire quel diritto».

([232]) F. TOMMASEO, *sub* art. 2697 c.c., cit., 3581, definisce i fatti modificativi e i fatti estintivi come quei fatti che, «contemplati da fattispecie autonome rispetto a quella costitutiva del diritto azionato, sono oggetto di specifiche eccezioni del convenuto per far dichiarare l'estinzione del diritto azionato o la sua modificazione». *Cfr*. S. PATTI, *sub* artt. 2697-2698 c.c., cit., 97.

([233]) I fatti impeditivi sono quei fatti la cui realizzazione «impedisce sin dall'inizio la nascita del diritto». Così, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 148. In generale sulla nozione di fatto impeditivo, v. P. SENOFONTE, *Il fatto impeditivo*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1978, 1525 ss.

([234]) L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 265.

([235]) C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 149; C. MAIORCA, voce *Fatto giuridico-Fattispecie*, cit., 124.

estintivo, «non appartiene – seppur in negativo – alla fattispecie costitutiva ed integra invece un'autonoma fattispecie impeditiva, oggetto di un'eccezione» ([236]).

Molto spesso l'interprete è supportato in questo intento qualificatorio dal dato testuale della disposizione normativa. Il legislatore, invero, dopo aver enucleato gli elementi della fattispecie costitutiva del diritto, sovente ricorre a espressioni che designano circostanze ulteriori «in negativo» ([237]) a indicare che è solo in assenza di simili

---

([236]) C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 148; C. MAIORCA, voce *Fatto giuridico-Fattispecie*, cit., 124. *Cfr*. invece F. TOMMASEO, *sub* art. 2697 c.c., in *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. Cian, Padova, 2014, 3582, secondo cui i fatti impeditivi «rientrano nella fattispecie costitutiva di un diritto ma, in un'ottica di semplificazione, non anche nell'area dell'onere della prova gravante sull'attore». Occorre, a questo proposito, una precisazione: secondo una certa dottrina, infatti, per effetto del principio della semplificazione della fattispecie, solo alcuni dei fatti della fattispecie costitutiva necessitano di una espressa allegazione e dell'assolvimento dell'onere probatorio (*cfr*. G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, 252; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 265); si tratta, per l'appunto, dei fatti costitutivi, che sono la causa efficiente dell'effetto giuridico, mentre quelli che rappresentano dei semplici presupposti (C. MAIORCA, voce *Fatto giuridico-Fattispecie*, cit., 124; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, cit., 88) si presumono sussistenti, sulla base del criterio della normalità imperniato sulle regole della comune esperienza (G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 320), cosicché l'allegazione e la prova della loro inesistenza grava sulla controparte. In questa prospettiva, dunque, anche i fatti impeditivi, o, meglio, la loro assenza, fa parte della fattispecie costitutiva del diritto.

([237]) Con espressioni del tipo: «salvo che» o «purché non»: *cfr*. gli esempi citati da C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 148.

circostanze che può effettivamente sorgere il diritto. Tuttavia, il criterio letterale non è sufficiente, sia perché tale qualificazione formale non è sempre operata dalla legge, sia perché non gli si può attribuire di per sé carattere decisivo: in questa sede, viene comunemente attribuita rilevanza pregnante al criterio della ragionevolezza, che induce a ritenere costitutivo ciò che nella generalità dei casi sussiste e impeditivo ciò che non lo è ([238]). Alla distinzione tra fatti costitutivi e impeditivi operata nel singolo caso concreto non può, quindi, essere attribuito carattere risolutorio, venendo in sostanza a dipendente da valutazioni spesso condizionate «da opzioni di valore, sganciate dalla fattispecie sostanziale» ([239]), e dunque suscettibili di mutare nel tempo; nel nostro ordinamento gli esempi non mancano, pure nel ristretto campo del licenziamento individuale ([240]).

([238]) F. TOMMASEO, *sub* art. 2697 c.c., cit., 3582; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 148-149.

([239]) Così D. DALFINO, *La prova del 'requisito dimensionale'* ex *art. 18 l. 300/70 al vaglio delle sezioni unte*, in *Foro it.*, 2006, I, 710, con riguardo all'ipotesi di cui alla successiva nota 240; in termini di «scelta discrezionale ed insindacabile della stessa giurisprudenza dotata oggi di una forse eccessiva ampiezza di movimento nell'interpretare – ed abusare – dei precetti processuali» si esprime R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 135.

([240]) Il riferimento è all'altalenante qualificazione del requisito dimensionale di cui all'art. 18 St. lav. in termini di fatto costitutivo ovvero impeditivo operata nel tempo dalla giurisprudenza di legittimità, ora assestatasi, a seguito di Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, cit., nel senso della natura impeditiva: v. *infra*, § 12. Nelle parole della Corte di cassazione: «spetta in conclusione al giudice-interprete, quando il legislatore non vi abbia provveduto espressamente, di ricostruire la fattispecie sostanziale controversa, identificando gli elementi costitutivi del diritto soggettivo dedotto in giudizio e richiedendo all'attore la relativa prova».

Con specifico riferimento al diritto fatto valere dal prestatore di lavoro che lamenti in giudizio l'illegittimità del licenziamento – sull'assunto che l'iniziativa sia presa dal prestatore di lavoro ([241]) –, dall'esame delle disposizioni di diritto sostanziale che regolano la tutela invocabile dal prestatore di lavoro (*i.e.* gli artt. 8 legge n. 604/1966 o 18 St. lav. nonché il D.lgs. n. 23/2015) ([242]), è possibile in-

([241]) È opportuno precisare che ciò che rileva sul piano dell'onere della prova è la posizione sostanziale delle parti e non quella processuale, cosicché la ripartizione dell'onere probatorio tra lavoratore e datore di lavoro proposta nel testo è valida a prescindere dal ruolo di ricorrente o resistente formalmente assunto e, dunque, anche nell'ipotesi in cui l'iniziativa giudiziaria sia presa dal datore di lavoro: v. *supra*, § 10 (*cfr*. A. PROTO PISANI, *L'oggetto del processo*, cit., 70; A. VALLEBONA, *sub* art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 399). Dà rilievo alla posizione delle parti nella vicenda sostanziale oggetto del giudizio la dottrina fautrice della c.d. «teoria sostanziale» in tema di azioni di accertamento negativo: C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 26; A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, 416; C. CARIGLIA, *La ripartizione dell'onere della prova nella azioni di accertamento negativo*, in *Il giusto proc. civ*., 2010, 701. *Cfr*. anche la posizione di E. MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti e oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Riv. dir. proc*., 1997, 1106, e A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1979, 110, 662. In giurisprudenza, Cass., 12 dicembre 2014, n. 26158, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; Cass., 4 ottobre 2012, n. 16917, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 10, 1182; Cass., 10 novembre 2010, n. 22862, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 11, 1433; Cass., 18 maggio 2010, n. 12108, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 5, 774; Trib. Bari, 9 luglio 2015, n. 3185, in *Dejure*. Non mancano, tuttavia, voci a favore dell'opposta tesi, la c.d. «teoria formale», che attribuisce rilevanza alla posizione processuale delle parti: *cfr*. L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, II, Milano, 1923, 603; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 205 ss.

([242]) V. *supra*, § 3.

dividuare un primo fatto, implicito nel testo legislativo, rappresentato dalla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, per l'ovvia ragione che ove ciò mancasse non sarebbe nemmeno possibile parlare di licenziamento.

Un secondo fatto, anch'esso qualificabile in termini di «fatto-presupposto», è costituito dall'interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato esistente tra le parti per effetto dell'esercizio del diritto di recesso da parte del datore di lavoro ([243]).

Ovviamente, vi sono poi gli ulteriori fatti rappresentati dalla specifica ragione che ha determinato il licenziamento: la giusta causa e il giustificato motivo, oggettivo e soggettivo, addotto dal datore di lavoro alla base del proprio recesso ([244]).

Avuto riguardo alla domanda formulata ai sensi dell'art. 18 St. lav. ovvero del D.lgs. n. 23/2015, vi è, però, un altro fatto, espressamente contemplato dalla legge. Il riferimento è al requisito dimensionale di cui all'art. 18, commi 8-9, St. lav., che assurge a spartiacque, per i rapporti di lavoro esclusi dal campo di applicazione del D.lgs. n. 23/2015 ([245]), tra la tutela «debole» di cui all'art. 8 legge n. 604/1966 e quella «forte», oggi quadripartita, di cui allo Statuto dei lavoratori ([246]), mentre per i rapporti di lavoro assistiti dalle «tutele crescenti», tra le tutele «piene» e le

---

([243]) G. TARZIA-L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 168, nota 172. Con riferimento all'eventualità che il datore di lavoro, a fronte dell'impugnazione formulata dal lavoratore che asserisca di essere stato licenziato oralmente, eccepisca che, in realtà, il rapporto di lavoro è cessato a seguito delle dimissioni rassegnate dal prestatore di lavoro, v. *infra*, § 13.

([244]) V. supra, § 2.3.

([245]) V. *supra*, § 3.7.

([246]) V. *supra*, § 3.1.

tutele «ridotte» ([247]) assicurate alle «piccole imprese» di cui all'art. 9 D.lgs. n. 23/2015.

Non va poi dimenticato l'ulteriore fatto rappresentato dalle circostanze cui il D.lgs. n. 23/2015 subordinata l'applicabilità delle tutele crescenti. Si tratta, come detto ([248]), dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato instaurato a decorrere dal 7 marzo 2015 con un lavoratore che rivesta la qualifica di operaio, impiegato o quadro, ovvero della conversione di un contratto a tempo determinato o di apprendistato in un contratto a tempo indeterminato successivamente al 7 marzo 2015, ovvero, infine, del superamento della base occupazione di cui all'art. 18, commi 8-9, St. lav. per effetto di una assunzione a tempo indeterminato avvenuta successivamente al 7 marzo 2015.

Così identificati, in via di prima approssimazione ([249]), i fatti principali che fondano le pretese di tutela del prestatore di lavoro e le possibili eccezioni datoriali, è ora possibile procedere alla loro classificazione in termini di fatti costitutivi, modificativi, estintivi ovvero impeditivi.

In alcuni casi questo compito risulta agevole: che la sussistenza di un rapporto di lavoro appartenga alla fattispecie costitutiva del diritto azionato dal lavoratore in giudizio non può essere infatti seriamente revocato in dubbio; lo stesso deve dirsi con riguardo all'interruzione del rapporto a causa dell'intimazione del licenziamento. Entrambi questi fatti rappresentano il presupposto della pretese dal

---

([247]) V. *supra*, § 3.7.

([248]) V. *supra*, § 3.7.

([249]) L'elencazione dei fatti sin qui elaborata non è senz'altro esaustiva; si pensi, per esempio, al giudizio instaurato dal lavoratore che lamenti il carattere discriminatorio del recesso: v. *infra*, § 14.

lavoratore e sono tradizionalmente interpretati quali fatti costitutivi ([250]).

Altre volte, invece, la questione si pone in termini più complessi. In particolare è discusso se la giustificazione addotta dal datore di lavoro alla base del licenziamento – al fine di estinguere il rapporto di lavoro – sia (*rectius* la sua assenza) un ulteriore fatto costitutivo o (la sua presenza) un fatto impeditivo della domanda del lavoratore.

Sebbene, sotto il profilo formale, la legge ricolleghi le tutele assicurate al lavoratore ingiustamente licenziato a ciò che non ricorrano gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo, la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria si sono espresse, si ritiene correttamente, a favore di quest'ultima impostazione ([251]), annoverando la giusta

---

([250]) *Cfr*. M. MARINELLI, *L'onere della prova del requisito dimensionale del datore di lavoro*, cit., 1, nonché la dottrina e la giurisprudenza citata *infra*, in questo §, nota 251, unanimemente a favore della ricostruzione proposta nel testo. Per le necessarie precisazioni per il caso del licenziamento intimato in forma orale, v. *infra*, § 14.

([251]) Nel senso che giusta causa e giustificato motivo di licenziamento rappresentano fatti impeditivi, *cfr*. A. PROTO PISANI, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, cit., 372; ID., *L'oggetto del processo*, cit., 71; G. GUARNIERI, *Reintegrazione del lavoratore e requisito dimensionale: l'onere della allegazione e l'onere della prova secondo le S.U.* in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1443; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 244; R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, cit., 42; A. VALLEBONA, *sub* art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 379; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 689, secondo il quale ciò viene essenzialmente a dipendere dal diritto sostanziale, nella prospettiva secondo cui, in quanto presupposti del diritto di licenziare, è il datore di lavoro a doverne fornire la prova in linea con l'art. 2697 c.c. In giurisprudenza, *cfr*., tra le tante, Cass., 30 settembre 2016, n. 19557, in *Dejure*; Cass., 13 giugno

causa e il giustificato motivo tra i fatti impeditivi della fattispecie ([252]).

Ricapitolando, nelle parole di un autorevole Autore, «Fatti costitutivi necessari e sufficienti a reggere gli effetti giuridici (reintegrazione e risarcimento, riassunzione o indennità) che il lavoratore mira a conseguire attraverso la c.d. azione di impugnativa del licenziamento sono la pregressa esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato e la sua interruzione a seguito di un atto di licenziamento. Fatti impeditivi degli effetti giuridici che il lavoratore attore mira a conseguire saranno la sussistenza di

---

2016, n. 12101, cit.; Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit.; Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.

Nel senso dell'assenza di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento quali fatti costitutivi G. GUARNIERI, *Reintegrazione del lavoratore e requisito dimensionale…*, cit., 1444; V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 27; M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 7.

A questo proposito, *cfr*. pure I. PAGNI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di* repêchage*: la Cassazione ritorna sugli onere di allegazione e prova*, cit.; ID., *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., 102, secondo cui giusta causa e giustificato motivo sono fatti estintivi del rapporto di lavoro a tempo indeterminato cui il datore di lavoro che esercita il diritto potestativo di recesso attribuisce efficacia.

([252]) La soluzione prospettata è, peraltro, coerente con quanto comunemente affermato in tema di licenziamento per giusta causa e diritto al preavviso. Infatti, «in ipotesi di licenziamento in tronco per giusta causa, ove si controverta in ordine alla sussistenza, o meno, del diritto del lavoratore all'indennità sostitutiva del preavviso, costituisce onere del datore di lavoro fornire la prova di tale giusta causa di recesso, quale fatto impeditivo del diritto del lavoratore di percepire l'indennità suddetta» (Cass., 7 maggio 1986, n. 3065, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, 5).

una giusta causa o giustificato motivo di licenziamento» ([253]).

Sulla base di tali presupposti – in linea con le teorizzazioni svolte sul piano dell'oggetto del processo ([254]) –, l'azione di impugnativa del licenziamento è stata ricostruita, pur senza unanime condivisione, in termini di «azione di adempimento e/o di responsabilità per inadempimento» ([255]).

([253]) A. PROTO PISANI, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, cit., 373.

([254]) V. *infra*, § 18.

([255]) A. PROTO PISANI, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, cit., 372; ID., *La prova del 'requisito dimensionale'* ex *art. 18 l. 300/70*..., cit., 712; I. PAGNI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di* repêchage*: la Cassazione ritorna sugli onere di allegazione e prova*, cit. In questo senso pare potersi leggere pure C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 734. *Contra* G. GUARNIERI, *Reintegrazione del lavoratore e requisito dimensionale*..., cit., 1447, spec. nota 18, che vede con sfavore il riferimento alla disciplina del diritto comune delle obbligazioni. Ritiene A. VALLEBONA, *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le sezioni unite cambiano idea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 450, che, invece, «il regime di diritto comune di riferimento è quello dell'invalidità e non quello dell'inadempimento».

In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 30 settembre 2016, n. 19557, in *Dejure*; Cass., 13 giugno 2016, n. 12101; Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit., secondo cui «la normativa di carattere generale in materia di licenziamenti (come principalmente stabilita dalla legge n. 604/1966 e dall'art. 18 legge n. 300/1970) costituisce specificazione» dei «principi in tema di responsabilità da inadempimento»; *cfr*. pure Cass., 27 febbraio 2013, n. 4856, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 28 febbraio; Cass., 6 maggio 2009, n. 10445, in *Diritto & Giustizia*, 2009; Cass., 12 agosto 2008, n. 21538, in *Giust. civ. Mass*. 2008, 7-8, 1259; Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.; Cass.,

In linea con i consolidati principi di tale materia in tema di ripartizione dell'onere probatorio tra debitore e creditore ([256]), si è così pervenuti a identificare la posizione del lavoratore impugnante con quella del creditore-attore, con conseguente onere in capo a quest'ultimo di allegare e provare la fonte del proprio diritto (*i.e.* la preesistenza del rapporto di lavoro a tempo indeterminato), nonché di allegare l'inadempimento datoriale (*i.e.* l'illegittimo esercizio del diritto di recesso); il datore di lavoro è stato, a sua volta, assimilato al debitore-convenuto, con il relativo onere di fornire la prova dell'esatto adempimento (*i.e.* il legittimo esercizio del proprio diritto di recesso nella ricorrenza dei suoi presupposti) ([257]).

---

22 luglio 2004, n. 13731, in *Giust. civ. Mass*., 2004, 7-8; Cass., 17 maggio 2002, n. 7227, in *Diritto & Giustizia*, 2002, 27, 23.

([256]) Il riferimento è alla nota ricostruzione dell'onere probatorio operata da Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corriere giur*., 2001, 1565, con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in tema di inadempimento di una obbligazione, in virtù della quale, anche in ossequio al principio della riferibilità, vicinanza o disponibilità della prova, riconducibile all'art. 24 Cost., il creditore che agisca in giudizio per l'inadempimento del debitore deve solo fornire la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi ad allegare l'inadempimento altrui, mentre incombe sul debitore convenuto l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento dell'obbligazione. Sul tema, si consenta il rinvio a C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1383; G.F. RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Riv. dir. proc*., 2014, 2, 321; M. TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 430; ID, voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, XIII, 1995, 65 ss.; C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, cit., 195, spec. nota 45.

([257]) Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit.

Sul piano della ripartizione dell'onere della prova, la ricostruzione appena svolta permette di affermare che la previsione speciale di cui all'art. 5 legge n. 604/1966 – secondo cui, come detto, «L'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro» – non è altro che una specificazione della regola sancita per la generalità dei casi dall'art. 2697 c.c. ([258]). Non appare, dunque, corretto parlare dell'art. 5 legge n. 604/1966 in termini di inversione dell'onere della prova ([259]).

Peraltro, a tale conclusione pervengono anche coloro che ritengono che la regola dell'onere della prova dipenda essenzialmente dalla disciplina sostanziale del licenziamento: la giustificazione del recesso rappresenta – come visto, con le dovute precisazioni ([260]) – un fatto costitutivo del diritto potestativo datoriale di estinguere il rapporto di lavoro ([261]) ed è, dunque, corretto che sia il datore di lavoro, titolare del diritto esercitato, a doverne fornire la prova.

([258]) I. PAGNI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di* repêchage*: la Cassazione ritorna sugli onere di allegazione e prova*, cit.; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 689; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 530.

([259]) Si esprimono in tale senso, invece, G. TARZIA-L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 167; G. GUARNIERI, *Reintegrazione del lavoratore e requisito dimensionale…*, cit., 1444; P. LAI, *Il contratto di lavoro a tutele crescenti: risvolti processuali*, in *Riv. dir. proc*., 2016, 157; V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 27.

([260]) V. *supra*, § 5.

([261]) A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 568; M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., 403; A. VALLEBONA, *sub* art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 379 e 383; ID., *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, cit., 62;

13. (*Segue*) L'onere della prova del requisito dimensionale di cui all'art. 18 St. lav. e delle condizioni di applicabilità del D.lgs. n. 23/2015

Resta da affrontare il tema della qualificazione degli ulteriori fatti principali sopra enucleati ([262]) con specifico riferimento alle richieste di tutela di cui all'art. 18 St. lav. e al D.lgs. n. 23/2015.

Quanto alla base occupazionale del datore di lavoro di cui all'art. 18, commi 8-9, St. lav. ([263]), sul punto deve prendersi atto dell'ormai consolidata opzione interpretativa fatta propria dalla giurisprudenza, secondo cui il requisito dimensionale (*rectius*, la sua mancanza) costituisce, così come il giustificato motivo o la giusta causa di licenziamento, fatto impeditivo del diritto soggettivo del lavoratore alle tutele contro il recesso datoriale illegittimo e, sul piano processuale, dell'azione di impugnazione del licenziamento ([264]).

È questa la soluzione offerta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione ([265]) che, come noto, sono intervenute a dirimere un contrasto sorto in merito all'onere probatorio

---

C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 580; M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., 181; F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Il licenziamento illegittimo*, cit., 82.

([262]) V. *supra*, § 12.

([263]) Per l'ipotesi dell'integrazione del requisito occupazionale in commento in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente al 7 marzo 2015, v. *infra*, in questo §, nel testo.

([264]) *Cfr*., tra le tante, Cass., 27 febbraio 2013, n. 4856, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 28 febbraio; Cass., 6 maggio 2009, n. 10445, in *Diritto &* Giustizia, 2009.

([265]) Cass. S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.

circa i requisiti dimensionali per la tutela reale, consapevolmente ribaltando un pressoché univoco orientamento giurisprudenziale che imponeva «al lavoratore-attore in giudizio l'onere di provare il requisito, ravvisandovi un elemento costitutivo del 'diritto alla reintegrazione' dedotto in giudizio» ([266]).

Tale *revirement* è stato accolto con entusiasmo da una parte della dottrina ([267]), che ha condiviso l'attuata riconduzione della fattispecie alle regole proprie della responsabilità contrattuale con conseguente sussistenza in capo al datore di lavoro dell'onere probatorio circa il requisito occupazionale *ex* art. 1218 c.c., con ciò – nelle parole della Corte – perseguendo altresì la «finalità di non rendere troppo difficile l'esercizio del diritto del lavoratore, il quale, a differenza del datore di lavoro, è privo della 'disponibilità' dei fatti idonei a provare il numero dei lavoratori occupati nell'impresa».

Non sono, tuttavia, mancate voci di dissenso, che hanno sostenuto l'erroneità della qualificazione operata dalla Corte di cassazione. Si è parlato, a questo proposito, di una vera e propria «ribellione del giudice, prima che a

---

([266]) *Cfr*., *ex multis*, Cass., 19 gennaio 2005, n. 996, in *Giust. civ. Mass*., 2005, 1; Cass., 27 agosto 2003, n. 12579, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 7-8; Cass., 27 marzo 2003, n. 4666, in *Giur. it*., 2003, 11, con nota di M. DOMINICI, *Note sulla ripartizione dell'onere della prova nell'accertamento del limite dimensionale dell'impresa licenziante e sull'efficacia probatoria del documento non sottoscritto*; Cass., S.U., 4 marzo 1988, n. 2249, in *Foro it*., 1989, I, 840.

([267]) *Cfr*. D. DALFINO, *La prova del 'requisito dimensionale'* ex *art. 18 l. 300/70 al vaglio delle sezioni unte…*, cit., e A. PROTO PISANI, *La prova del 'requisito dimensionale'* ex *art. 18 l. 300/70…*, cit., 704 ss.; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 733.

se stesso, al legislatore», poiché, secondo tale dottrina, gli elementi testuali a favore della qualificazione della base occupazionale in termini di fatti costitutivi sarebbero insuperabili ([268]), e si è altresì contestata la persuasività dell'argomento della vicinanza alla prova utilizzato dalle Sezioni Unite ([269]).

A seguito delle modifiche apportate, sia sul piano sostanziale che su quello processuale, dalla legge Fornero ([270]), ci si è interrogati in merito alla necessità di riconsiderare la soluzione adottata dalla giurisprudenza.

L'argomento principale speso dalla dottrina fautrice di un cambio di rotta ([271]) consiste in ciò che, a fronte della riscrittura delle tutele apprestate dall'art. 18 St. lav. al lavoratore illegittimamente licenziato, non sarebbe più possibile sostenere che la tutela a contenuto reintegratorio sia quella spettante al prestatore di lavoro in via di regola, mentre quella meramente obbligatoria, di cui all'art. 8 legge n. 604/1966, solo in via di eccezione. Questa considerazione muove sul presupposto che la legge n. 92/2012 abbia

---

([268]) A. VALLEBONA, *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento…*, cit., 448 ss.

([269]) G. GUARNIERI, *Reintegrazione del lavoratore e requisito dimensionale…*, cit., 1441 ss., ID., *Variazioni in tema di ripartizione dell'onere della prova del requisito dimensionale* ex *art. 18 Stat. Lav.*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, III, 2351 ss.

([270]) La legge n. 92/2012 ha, come noto, introdotto uno specifico rito applicabile alle controversie aventi a oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 St. lav. (v. *infra*, §, 22), il cui contenuto è stato al contempo rimodellato (v. *supra*, § 3.2).

([271]) E. BARRACO, *Campo di applicazione e problemi di coordinamento*, cit., 39-40; M. MARINELLI, *L'onere della prova del requisito dimensionale del datore di lavoro*, cit., 1.

profondamente mutato il contenuto delle sanzioni contro il licenziamento illegittimo, relegando la reintegrazione del posto di lavoro a ipotesi residuali, trovando applicazione nella generalità dei casi la tutela meramente risarcitoria ([272]). In tale prospettiva, sarebbe, così, venuto meno uno dei fondamenti su cui si poggia la tesi affermata dalla nota pronuncia delle Sezioni Unite ([273]).

Un secondo argomento è stato tratto, indirettamente, dalle disposizioni che regolano il campo di applicazione del rito speciale introdotto dal legislatore del 2012. Tenuto conto che questo rito opera unicamente per le controversie aventi a oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 St. lav. ([274]), si è pensato di poter sostenere che il lavoratore che formuli la propria domanda giudiziale per tale via starebbe sostanzialmente affermando, seppure implicitamente, la sussistenza dei relativi requisiti applicativi, ivi incluso il superamento del requisito dimensionale ([275]), così che l'onere della prova di tale superamento dovrebbe dunque incombere sul prestatore di lavoro.

La tesi sopra riportata, benché indubbiamente suggestiva, non sembra corretta ed è già stata efficacemente confutata ([276]).

([272]) V. *supra*, § 4.

([273]) V. *supra*, in questo §, nota 265.

([274]) V. *infra*, § 24.

([275]) G. BENASSI, *La riforma del mercato del lavoro: modifiche processuali*, in *Lav. giur.*, 2012, 754.

([276]) R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 134-136; M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 8; M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 51.

A ben vedere – a prescindere dal merito della questione dell'effettivo verificarsi di un ribaltamento nel rapporto tra regola ed eccezione nelle tutele contro il recesso datoriale illegittimo ([277]), che, comunque, continuerebbe a sussistere, se non tra la tutela reintegratoria e quella indennitaria, quantomeno tra la tutela «forte» assicurata dall'art. 18 St. lav. e quella «debole» prevista dalla legge n. 604/1966 – la Corte di cassazione ha addossato al datore di lavoro l'onere della prova dell'insussistenza del requisito dimensionale facendo principalmente leva sul criterio della vicinanza o disponibilità della prova ([278]). Questo principio trova copertura costituzionale direttamente nell'art. 24 Cost e, lungi dal subire un qualche ridimensionamento, è stato recentemente invocato pure per sostenere la «maggiore vicinanza di allegazione e prova dell'impossibilità di *repêchage* al datore di lavoro» in relazione al licenziamento per giustificato motivo oggettivo ([279]). Questo primo argomento non ha perciò portata decisiva.

Anche la seconda obiezione, per cui nella proposizione dell'azione di impugnativa nelle forme del ricorso ai sensi del nuovo rito vi sarebbe l'implicito riconoscimento da parte del lavoratore impugnante della sussistenza del requisito dimensionale, al quale dovrebbe fare seguito l'onere di fornirne la prova, non va esente da critiche. Non tiene conto, infatti, di ciò che, se, per un verso, è pur vero che la questione dell'applicabilità del rito deve essere decisa, al pari della competenza, sulla base del principio della prospettazione ([280]) – ciò che rileva, a questi fini, è dunque

---

([277]) V. *supra*, § 4.

([278]) A. PROTO PISANI, *La prova del 'requisito dimensionale'* ex *art. 18 l. 300/70…*, cit., 7077.

([279]) *Cfr*. Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit.

([280]) V. *infra*, § 24, spec. nota 40.

quanto affermato nella domanda –, per altro verso, è altresì vero che la questione potrà e dovrà essere affrontata alla luce dell'istruttoria espletata ai fini della trattazione del merito della causa ([281]). In altre parole, la prima valutazione, sul piano delle affermazioni dell'impugnante, non condiziona la seconda, sul piano di quanto effettivamente può dirsi provato. Peraltro, è pacifico che l'onere di allegazione e quello di prova non necessariamente incombono sulla medesima parte ([282]).

Non sembra, pertanto, che la tesi della natura costitutiva del requisito dimensionale possa cogliere nelle recenti novità legislative valide argomentazioni, ulteriori rispetto a quelle già a suo tempo respinte dalla giurisprudenza ([283]).

Le considerazioni sin qui svolte possono riproporsi anche con riferimento al requisito occupazionale di cui all'art. 18, commi 8-9, St. lav. inteso quale fatto giuridico rilevante ai fini dell'applicabilità della tutela reintegratoria *ex* art. 3, comma 2, D.lgs. n. 23/2015 e di quella indennitaria, nella misura piena, *ex* artt. 3, comma 1, e 4 D.lgs. n. 23/2015: tale fatto dispiegherà, dunque, efficacia impeditiva rispetto all'applicazione di tali tutele in luogo di quelle qualitativamente e quantitativamente più «deboli» sancite

---

([281]) R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 136. *Cfr*. Cass., 13 giugno 2016, n. 12094, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, secondo cui «ovviamente l'ammissibilità del rito scrutinata secondo il canone della prospettazione lascia impregiudicato il merito».

([282]) *Cfr*. in questo senso la dottrina citata *supra*, § 12, nota 229.

([283]) La giurisprudenza ha invero recentemente ribadito la posizione a suo tempo espressa da Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.: *cfr*. Cass., 13 giugno 2016, n. 12094, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; Cass., 30 settembre 2016, n. 19557, in *Dejure*.

dall'art. 9 D.lgs. n. 23/2015 per i datori di piccole dimensioni ([284]).

Venendo, infine, alla qualificazione del fatto rappresentato dalle circostanze alla cui sussistenza l'art. 1 D.lgs. n. 23/2015 subordinata l'applicabilità delle tutele crescenti, si ritiene che la questione debba essere affrontata trattando separatamente le tre condizioni previste dal decreto. Infatti, la prima e la seconda condizione – vale a dire, rispettivamente, l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato instaurato a decorrere dal 7 marzo 2015 con un lavoratore che rivesta la qualifica di operaio, impiegato o quadro (art. 1, comma 1, D.lgs. n. 23/2015) e la conversione di un contratto a tempo determinato o di apprendistato in un contratto a tempo indeterminato successivamente a tale data (art. 1, comma 2, D.lgs. n. 23/2015) – riguardano direttamente la persona del lavoratore licenziato; invece, la terza – cioè il superamento della base occupazione di cui all'art. 18, commi 8-9, St. lav. per effetto di una assunzione a tempo indeterminato successiva al 7 marzo 2015 (art. 1, comma 3, D.lgs. n. 23/2015) – si riferisce a un fatto che si ripercuote nella sua sfera giuridica solo per via mediata, non coincidendo il prestatore di lavoro che invoca le «tutele crescenti» con il «nuovo assunto», al cui rapporto di lavoro il decreto troverebbe comunque applicazione in forza dell'art. 1, comma 1, D.lgs. n. 23/2015 ([285]).

Sulla scorta di tale premessa, si crede che i fatti giuridici contemplati dall'art. 1, commi 1-2, D.lgs. n. 23/2015 debbano essere qualificati in termini di fatti costitutivi.

Questa impostazione appare conforme ai principi affermati in tema di ripartizione dell'onere probatorio tra de-

---

([284]) V. *supra*, § 3.7.

([285]) V. *supra*, in questo §, nota 284.

bitore e creditore in materia di responsabilità per inadempimento cui l'azione di impugnativa del licenziamento è stata, come detto, ricondotta ([286]). Il lavoratore, infatti, in quanto creditore deve allegare e provare la fonte del proprio diritto, in questa sede rappresentata dalla preesistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato instaurato dopo il 7 marzo 2015. Ciò appare, peraltro, in linea con il criterio letterale, essendo l'art. 1, commi 1-2, D.lgs. n. 23/2015 chiaramente formulato in positivo, nonché con il criterio di vicinanza della prova, dovendo ritenersi che il prestatore di lavoro sia ben conscio della propria anzianità lavorativa e che, dunque, ne possa agevolmente fornire la prova ([287]).

Quanto alla terza condizione per l'applicabilità del decreto sulle «tutele crescenti», si ritiene opportuno premettere che, nel presente contesto, il requisito dimensionale viene in rilievo in termini diametralmente opposti rispetto all'ipotesi sopra considerata della base occupazionale quale fatto che impedisce il ricorso alle tutele di cui all'art. 18 St. lav. (o a quelle riservate dal D.lgs. n. 23/2015 ai datori di lavoro di maggiori dimensioni). Qui, infatti, è il superamento del requisito dimensionale e non la sua mancanza a determinare l'applicazione di una tutela tendenzialmente più «debole».

Alla luce di tale inquadramento, è evidente che, nella prassi, è assai probabile che la questione della natura, costitutiva o impeditiva, del fatto rappresentato dal superamento del requisito occupazionale si ponga a fronte di do-

---

([286]) V. *supra*, § 11.

([287]) La natura costitutiva sembra doversi confermare anche con riferimento alla specifica ipotesi della conversione «giudiziale» (ovviamente per chi la considera rilevante ai presenti fini) di cui all'art. 1, comma 2, D.lgs. n. 23/2015 in quanto essa stessa chiesta dal lavoratore-attore: v. *supra*, § 3.7.

mande formulate ai sensi dell'art. 18 St. lav. da lavoratori già in forza al 7 marzo 2015, rispetto alle quali il datore di lavoro sarà interessato a eccepire, non tanto che il requisito dimensionale non è integrato (*i.e.* il fatto qualificato in termini impeditivi dalla già richiamata sentenza delle Sezioni Unite del 2006) ([288]), bensì, all'opposto, che lo è, ma per effetto di una assunzione successiva al 7 marzo 2015: quest'ultimo costituisce un ulteriore fatto impeditivo, che si aggiunge a quelli sopra considerati, che preclude il ricorso alla tutela di cui all'art. 18 St. lav. ([289]). In tale evenienza, si ritiene, peraltro, che il giudice potrebbe comunque accogliere la domanda in applicazione del D.lgs. n. 23/2015, senza necessariamente incorrere nel vizio di ultrapetizione ([290]).

([288]) V. *supra*, in questo §, nota 265.

([289]) Lo stesso può dirsi con riferimento alle circostanze contemplate dall'art. 1, commi 1-2, D.lgs. il cui ricorrere integra un fatto impeditivo del diritto del lavoratore alle tutele apprestate vuoi dall'art. 18 St. lav., vuoi dall'art. 8 legge n. 604/1966, a seconda del caso.

([290]) Infatti, nell'ipotesi considerata, si crede di poter utilmente richiamare quella giurisprudenza pronunciatasi sul rapporto tra tutela reale *ex* art. 18 St. lav. e tutela obbligatoria *ex* art. 8 legge n. 604/1966 (v. *infra*, § 26) secondo cui «se il dipendente illegittimamente licenziato ha chiesto l'applicazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, e quindi anche il risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni maturate dal giorno in cui il licenziamento ha trovato attuazione, il giudice, accertato che non sussistono i requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18, deve accordare, sussistendo i relativi presupposti, la tutela in tal caso applicabile (dichiarazione di inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno), essendo tale tutela omogenea e di ampiezza minore rispetto a quella prevista dall'art. 18» (così Cass., 11 settembre 2003, n. 13375, in *Giust. civ. Mass*., 2003, 9. *Cfr*. *inter alia* Cass., 19 marzo 2008, n. 7388, in *Dejure*; Cass., 27 agosto 2003, n. 12579, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 7; Cass., 19 novembre 2001, n. 14486, in *Giust.*

Ciò detto, nel caso in cui il lavoratore agisca direttamente per ottenere le «tutele crescenti» in quanto asseritamente applicabili a norma dell'art. 1, comma 3, D.lgs. n. 23/2015 – nonostante il dato letterale nella norma, anch'essa formulata in positivo al pari dell'art. 1, commi 1-2, D.lgs. n. 23/2015 – il criterio della vicinanza della prova induce a ritiene che sia più corretto gravare il datore di lavoro con l'onere di dover provare l'assenza della «nuova assunzione»: quest'ultima, infatti, coinvolge direttamente l'organizzazione datoriale, ma dispiega i proprie effetti nella sfera giuridica dell'impugnante solo in via mediata. Peraltro, ove il datore di lavoro provi tale fatto impeditivo, si ritiene che il giudice possa comunque concedere, ricorrendone i presupposti, la tutela «obbligatoria» di cui all'art. 8 legge n. 604/1966 ([291]).

---

civ. Mass., 2001, 1951; Cass., 11 settembre 1997, n. 8906, in *Giust. civ. Mass*., 1997, 1677; Cass., 26 gennaio 1995, n. 916, in *Giust. civ. Mass*., 1995, 178; Cass., 9 settembre 1991, n. 9460, *Giust. civ. Mass*., 1991, 9).

([291]) Valgono qui considerazioni analoghe a quelle già svolte in merito al caso in cui il datore di lavoro alleghi e provi che il superamento del requisito occupazione è avvenuto in conseguenza di una assunzione a tempo indeterminato effettuata dopo il 7 marzo 2015: v. *supra*, in questo §, nota 290.

A ben vedere, nel caso in esame non si può, tuttavia, escludere che, pur non integrandosi la condizione contemplata dall'art. 1, comma 3, D.lgs. n. 23/2015, il datore di lavoro raggiunga nondimeno la soglia prevista dall'art. 18, commi 8-9, St. Lav. Può darsi, infatti, che il datore di lavoro effettui, dopo il 7 marzo 2015, delle nuove assunzioni a tempo determinato: queste ultime sono computabili ai fini del superamento della soglia occupazionale di cui all'art. 18 St. lav. (*cfr*. Cass., 19 settembre 2016, n. 18305, in *Diritto& Giustizia*, 2016, 20 settembre, con nota di M. CORRADO, *Tutela reale: livello occupazionale raggiunto anche con i lavoratori stagionali*), ma non anche per l'applicazione dell'art. 1, comma 3,

14. (*Segue*) Alcune precisazioni in ordine all'onere probatorio

I fatti costitutivi e impeditivi passati in rassegna non esauriscono ovviamente il novero dei fatti giuridicamente rilevanti nel giudizio sull'impugnativa del licenziamento.

Vi è, anzitutto, da considerare l'ipotesi del licenziamento orale.

In questo caso, il lavoratore che agisca in giudizio facendo valere l'illegittimità del recesso datoriale stante la mancanza del requisito della forma scritta potrebbe vedersi eccepire dal datore di lavoro l'avvenuta cessazione del rapporto di lavoro per dimissioni o per risoluzione consensuale.

In dottrina vi è larga condivisione sulla tesi secondo cui, trattandosi di un fatto costitutivo del diritto rivendicato in giudizio, il lavoratore dovrebbe fornire la prova dell'esistenza del licenziamento e non dovrebbe, invece, essere il datore di lavoro a dover far fronte all'onere della prova circa una diversa causa di cessazione del rapporto ([292]).

D.lgs. n. 23/2015, che si riferisce unicamente alle assunzioni a tempo indeterminato (M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, cit., 11). Se così fosse, la tutela astrattamente invocabile dal lavoratore illegittimamente licenziato sarebbe quella di cui all'art. 18 St. lav. e, a fronte di una domanda invece formulata a norma del D.lgs. n. 23/2015, si crede che il giudice possa comunque accogliere la domanda del lavoratore, ma nei limiti di cui all'art. 112 c.p.c. (e, dunque, se e nella misura in cui parte della tutela di cui all'art. 18 St. lav. possa dirsi ricompresa in quella di cui all'art. 8 legge n. 604/1966).

([292]) *Cfr*. F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 414-415; G. TARZIA-L. DITTRICH, *Ma-*

Tale impostazione, condivisa anche da alcune pronunce della Corte di cassazione ([293]), è contraddetta dall'orientamento largamente maggioritario nella giurisprudenza, che appare ferma nel ritenere che l'onere della prova gravante sul lavoratore sia soltanto quello relativo alla «estromissione dal rapporto di lavoro» e non al licenziamento quale specifica causa della cessazione del rapporto ([294]).

Quanto al fatto affermato dal datore di lavoro che, negando il licenziamento orale, ricolleghi la cessazione del rapporto di lavoro alle dimissioni asseritamente rassegnate

---

nuale del processo del lavoro, cit., 168, nota 172; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 531; F. BASENGHI, *sub* art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, a cura di L. Galantino, Torino, 1993, 91; F. MAZZIOTTI DI CELSO, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, Torino, 1991, 167; A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, cit., 61; ID., *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 777. *Cfr*. la posizione critica di P. ALLEVA, *L'onere della prova nel dilemma giudiziario tra dimissioni orali e licenziamento orale*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 349. In merito alla natura costitutiva del fatto, v. *supra*, § 12.

([293]) Cass, 16 maggio 2001, n. 6727, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 983; Cass., 21 settembre 2000, n. 12520, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1971; *cfr*. Cass., 25 febbraio 2000, n. 2162., in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 162, con nota di C. PONARI, *Contrasto sulle modalità di cessazione del rapporto di lavoro e onere della prova: la Cassazione muta orientamento*. Nella giurisprudenza di merito, *cfr*. App. Milano, 31 gennaio 2007, in *Lav. giur.*, 2007, 9, 947.

([294]) *Cfr*. Cass., 20 novembre 2000, n. 14977, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2379; Cass., 11 marzo 1995, n. 2853, in *Mass. giur. lav.*, 1995, 406, e in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 132, con nota di G.L. PINTO, *La difficile prova: licenziamento orale o dimissioni*; Cass., 7 giugno 1994, n. 6172, in *Giust. civ. Mass.*, 1994; Cass., 12 aprile 1984, n. 2385, in *Giust. civ.*, 1985, I, 149.

dal lavoratore costituisce un'eccezione e deve, dunque, essere provato dal datore di lavoro a norma dell'art. 2697, comma 2, c.c. ([295]).

A questo proposito, è stato opportunamente osservato che, per effetto dell'introduzione da parte della legge n. 92/2012 di una apposita procedura di convalida delle dimissioni e della risoluzione consensuale, imposta a pena di efficacia con l'obiettivo di contrastare il fenomeno delle c.d. «dimissioni in bianco», il problema della prova della sussistenza dell'atto dimissorio – come detto, per giurisprudenza maggioritaria, incombente sul datore di lavoro – è stato notevolmente ridimensionato ([296]), residuando essenzialmente nel caso della revoca non comunicata in forma scritta ([297]). La questione può ora dirsi risolta grazie al-

([295]) Cass., 3 marzo 2015, n. 4241, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 4 giugno. La natura dell'eccezione, in senso proprio e stretto o in senso ampio, è discussa in giurisprudenza: a favore della prima accezione, *cfr*. Cass., 7 maggio 2009, n. 10526, in *Lav. giur*., 2009, 1048; Cass., 7 agosto 2004, n. 15327, in *Riv. it. dir. lav*., 2005, II, 468, con nota di C. MAZZA, *Questioni processuali, sostanziali e di analisi economica del diritto nell'alternativa fra licenziamento e dimissioni*; Cass., 20 novembre 2000, n. 149777, in *Giust. civ. Mass*., 2000, 2379; nel senso che la deduzione dell'avvenuta cessazione del rapporto in conseguenze delle dimissioni rassegnate dal lavoratore non può ritenersi assoggettata al regime delle eccezioni in senso proprio, *cfr*. Cass., S.U., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Giur. it*., 1999, 521; Cass., 22 giugno 2007, n. 14581, in *Giust. civ. Mass*., 2007; Cass., 16 maggio 2001, n. 6727, in *Giust. civ. Mass*., 2001, 983.

([296]) *Cfr*. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 690.

([297]) F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 415, osserva che la prova della revoca, per la quale ai sensi dell'art. 4, comma 21, legge n. 92/2012 la forma scritta è solo facoltativa, avrebbe dovuto fornirla il lavoratore dimissionario.

la previsione della nuova procedura telematica di cui al D.lgs. 14 settembre 2015, n. 151 (anch'esso attuativo del *Jobs Act*), applicabile alle dimissioni e alle risoluzioni consensuali a decorrere dal mese di marzo 2016, che possono essere non solo rassegnate ma anche revocate esclusivamente nel rispetto delle forme vincolate imposte dalla legge ([298]).

In caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo ([299]), oltre alla prova delle esigenze che hanno comportato la necessità di recedere dal rapporto di lavoro e del relativo nesso causale con il licenziamento, il datore di lavoro dovrà allegare e provare l'inutilizzabilità *aliunde* del prestatore di lavoro. L'assolvimento dell'onere di *repêchage* e l'esistenza delle ragioni tecniche, organizzative e produttive alla base della soppressione del posto di lavoro costituiscono invero «due aspetti del medesimo fatto»: il giustificato motivo oggettivo, che, come detto ([300]), deve essere allegato e provato dal datore di lavoro a norma dell'art. 5 legge n. 604/1966 ([301]).

In questo campo deve, peraltro, registrarsi un recente ripensamento della tesi sinora sostenuta dalla pressoché unanime giurisprudenza nella distribuzione dell'onere di allegazione delle posizioni lavorative nelle quali il lavoratore licenziato avrebbe potuto essere ricollocato.

La Corte di cassazione era, infatti, costante nell'affermare che, in virtù di un onere di collaborazione incombente sul lavoratore, quest'ultimo avrebbe dovuto allegare l'esistenza di posti di lavoro utili per una sua eventuale ri-

---

([298]) *Cfr*. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 626 ss.

([299]) V. *supra*, § 2.3.

([300]) V. *supra*, § 11.

([301]) Cass., 13 giugno 2016, n. 12101, cit.

collocazione ([302]), non necessariamente riferiti a mansioni equivalenti ma pure inferiori ([303]). Alcune recenti pronunce hanno, invece, rifiutato la soluzione che si credeva ormai consolidata, confutando la configurabilità, sul piano processuale, di qualsivoglia dovere di collaborazione tra il lavoratore e il datore di lavoro, negando alla radice l'esistenza di un onere in capo al lavoratore di indicare le posizioni lavorative in cui avrebbe potuto essere utilizzato. Di conseguenza, deve ritenersi che spetti al datore di lavoro l'onere di allegare, e provare, l'impossibilità di impiegare utilmente il lavoratore licenziato nella propria organizzazione, non potendo più limitarsi, come invece avveniva in passato, ad assolvere all'onere probatorio nei confini delle allegazioni del prestatore di lavoro ([304]).

È appena il caso di rilevare che, costituendo l'inutilizzabilità *aliunde* del lavoratore un fatto negativo – non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto e non determinandosi per ciò solo né una deroga né un'inversione dell'onere probatorio –, il datore di lavoro dovrà fornire la prova del fatto positivo contrario ([305]) e, dunque, della effettiva occupazione delle posizioni

---

([302]) *Cfr*., *inter alia*, Cass. 16 maggio 2016, n. 10018, in *Giust. civ. Mass*., 2016; Cass., 15 luglio 2015, n. 14807, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 16 luglio.

([303]) *Cfr*. Cass., 23 ottobre 2013, n. 24037, in *Guida al diritto*, 2013, 46; Cass., 15 novembre 2002, n. 16141, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; nella giurisprudenza di merito, *cfr*. Trib. Firenze, 15 gennaio 2015, n. 8, in *Dejure*.

([304]) *Cfr*. Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit. e Cass., 13 giugno 2016, n. 12101, cit.

([305]) Sul problema della prova del fatto negativo, comunemente risolto mediante il ricorso alle presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo ovvero la dimostrazione di un fatto positivo incompatibile o contrario, si consenta il rinvio a G. VERDE, *Onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1979, 499; M.

lavorative in linea con la professionalità del prestatore di lavoro, senza che abbia effettuato alcuna nuova assunzione per un congruo periodo di tempo successivo al licenziamento ([306]).

Sul fronte del licenziamento disciplinare ([307]), in aggiunta alla dimostrazione della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo contestati al lavoratore, al datore di lavoro è richiesta la prova del rispetto del procedimento disciplinare di cui all'art. 7 St. lav., non-

---

TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 115; ID, *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, 21; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 305. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 10 settembre 2015, n. 17929, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 11 settembre, con nota di G. MARINO, *Prova dello stato di inoccupazione: l'autocertificazione non basta*; Cass., 20 agosto 2015, n. 17009, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass., 7 maggio 2015, n. 9201, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 8 maggio, con nota di G. TARANTINO, *Azione di accertamento negativo: all'attore la prova dell'insussistenza del debito rivendicato*; Cass., 13 giugno 2013, n. 14854, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass., 13 dicembre 2004, n. 23229, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1; Cass., 3 dicembre 2003, n. 18487, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 12.

([306]) *Cfr*. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 690; A. VALLEBONA, *sub* art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992, 385-386; A. VALLEBONA-G. FRANZA, *sub* art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013, 927. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 13 giugno 2016, n. 12101, cit.

([307]) V. *supra*, § 2.4.

ché dei principi di immediatezza della contestazione e di tempestività della sanzione ([308]).

Su questa ripartizione dell'onere della prova nel licenziamento per colpa sembrerebbe, tuttavia, avere inciso – almeno nelle intenzioni ([309]) – il D.lgs. n. 23/2015. Si è, infatti, discusso in merito alle possibili implicazioni *in subiecta materia* della previsione contenuta nell'art. 3, comma 2, D.lgs. n. 23/2015 ([310]), che sancisce il diritto del pre-

---

([308]) A. VALLEBONA-G. FRANZA, *sub* art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 927, e la giurisprudenza ivi citata; *cfr*. anche A. VALLEBONA, *sub* art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 389.

([309]) V. *infra*, in questo §, nota 313.

([310]) D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, a cura di F. Carinci-C. Cester, *ADAPT Labour Studies e-Book series*, 46, 210; P. LAI, *Il contratto di lavoro a tutele crescenti: risvolti processuali*, cit., 156-160; L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 523; L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, cit., 13; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel* Jobs Act, cit., 328; A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento 'di paradigma' per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi-Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*, a cura di L. Fiorillo-A. Perulli, Torino, 2015, 36.

Analoghi interrogativi si sono posti in dottrina in occasione della riforma dell'art. 18 St. lav. a opera della legge Fornero (v. *supra*, § 3.2), in relazione al settimo comma della norma nella parte in cui ricollega la possibilità, per il giudice, di condannare il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore all'accertamento della «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo»; nonostante alcun dubbi, la dottrina maggioritaria ha escluso la configurabilità di un onere probatorio in capo al lavoratore circa il carattere «manifesto» dell'insussistenza del fatto addotto dal datore di lavoro quale giustificazione del proprio recesso (C. PISANI, *L'ingiustificatezza qua-*

statore di lavoro alla tutela a contenuto reintegratorio attenuato ([311]) «esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento».

A una prima lettura, parrebbe che l'onere probatorio circa la giustificazione del licenziamento disciplinare debba ora essere così distribuito: il datore di lavoro continuerebbe a essere gravato, in linea con il disposto dell'art. 5 legge n. 604/1966, dall'onere di dimostrare la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo addotto alla base del recesso; al lavoratore che invochi la tutela reintegratoria attenuata di cui all'art. 3, comma 2, D.lgs. n. 23/2015 – in luogo di quella indennitaria di cui all'art. 3, comma 1, D.lgs. n. 23/2015 ([312]) – sarebbe, invece, imposta la dimostrazione dell'insussistenza del fatto materiale contestato ([313]).

Di conseguenza, ove il datore venga meno a tale onere, il prestatore non potrà ottenere la reintegrazione nel po-

---

lificata, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 10, 742; S. CAIROLI, *Il licenziamento per motivi economici*, cit., 1381-1383. *Contra cfr*. A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 18).

([311]) V. *supra*, § 3.9.

([312]) V. *supra*, § 3.10.

([313]) Che questa ricostruzione corrisponda all'impostazione voluta dal legislatore emerge con chiarezza dalla relazione illustrativa al D.lgs. n. 23/2015, reperibile sul sito istituzionale del Governo, *www.governo.it*, secondo cui «Fermo restando l'onere della prova a carico del datore di lavoro rispetto alla legittimità del motivo addotto per il licenziamento, l'onere della prova rispetto all'insussistenza del fatto materiale contestato (unica fattispecie di licenziamento per motivo soggettivo o giusta causa per cui può scattare la tutela reintegratoria) è in capo al lavoratore».

sto di lavoro quale immediata conseguenza dell'applicazione della regola legale di giudizio che discende dalla ripartizione dell'onere della prova ([314]); in tal caso potrà soltanto accedere alla tutela meramente indennitaria, a meno che non provi direttamente, con onere a suo carico, l'insussistenza del fatto materiale contestato.

Inoltre, l'utilizzo dell'avverbio «direttamente» starebbe a indicare che la prova richiesta al lavoratore è soltanto quella «diretta» ([315]), con esclusione, dunque, di inizi e presunzioni ([316]).

([314]) Come noto, l'onere della prova pone a carico della parte onerata il rischio della mancata prova, così permettendo al giudizio di addivenire a una pronuncia di merito anche nel caso di incertezza in ordine all'effettiva sussistenza dei fatti allegati dalle parti (G. TARZIA-L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 167; F.P. LUISO, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, 186; VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, cit., 34); ciò, ovviamente, senza pregiudizio all'operare del principio di acquisizione della prova e alla possibilità-dovere per il giudice del lavoro di fare uso dei propri poteri istruttori (F. TOMMASEO, *sub* art. 2697 c.c., cit., 3581; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 256).

([315]) Sulla tradizionale distinzione tra prova diretta e prova indiretta, che, come noto, viene operata sulla base di ciò che solo la prova diretta è idonea a dare una immediata conoscenza del fatto da provarsi, mentre la prova indiretta fa conoscere soltanto uno i più fatti diversi, dai quali è possibile risalire, per inferenza logica, al fatto ignoto che deve essere provato, si consenta il rinvio a V. ANDRIOLI, *Prova in genere (dir. civ.)*, in *Nuovo Dig. it.*, X, Torino, 1939, 269; V. DENTI, *La verificazione delle prove documentali*, Torino, 1957, 7; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 427; ID., *La prova nel processo civile*, cit., 57, il quale sottolinea come per J. Bentham, Traité des preuves judiciaires, I, Parigi, 1823, la distinzione tra prova diretta e prova indiretta sia, tra le otto classificazioni proposte, «la sola veramente importante».

([316]) L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, cit., 13; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e colletti-*

Se così fosse, però, vi sarebbero non poche incongruenze, tutt'altro che trascurabili.

In primo luogo, occorre considerare che il fatto materiale contestato è parte integrante della giustificazione del licenziamento e che, pertanto, la prova della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo implica la prova del fatto materiale posto in essere dal lavoratore ([317]); inoltre, il datore di lavoro finirebbe per essere parzialmente sollevato dal rischio della mancata prova della giustificazione del licenziamento, che, invece, l'art. 5 legge n. 604/1966 pone chiaramente a suo carico: ove tale lettura dell'art. 3, comma 2, D.lgs. n. 23/2015 fosse confermata, l'art. 5 legge n. 604/1966 ne uscirebbe, dunque, almeno parzialmente abrogato, peraltro in modo implicito ([318]).

Da un altro punto di vista, poi, l'effettiva possibilità per il lavoratore di assolvere all'onere probatorio circa l'insussistenza del fatto materiale contestato, che il D.lgs.

---

vo, cit., 531-532, che solleva, alla nota 20, dubbi di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 2, 4, 24 e 35 Cost.; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel* Jobs Act, cit., 329.

([317]) V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 127; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 530.

([318]) L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Arg. dir. lav*., 2015; 523; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 127, nota 68. P. Da quanto detto, LAI, *Il contratto di lavoro a tutele crescenti: risvolti processuali*, cit., 160, fa correttamente discendere dei fondati dubbi di legittimità costituzionale per eccesso di delega; *cfr*. anche M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, in *Working Papers CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2015, 251.

n. 23/2015 parrebbe addossargli, sarebbe seriamente pregiudicata. Al lavoratore sarebbe infatti chiesta la prova di un fatto negativo – che, come noto, può essere dimostrato mediante presunzioni ([319]) – e, al contempo, gli sarebbe precluso il ricorso alla prova indiretta. Se così fosse, si accollerebbe al lavoratore una vera e propria *probatio diabolica* ([320]), in aperto contrasto con i già affermati principi di vicinanza o disponibilità della prova, e si esporrebbe la norma a un più che fondato rischio di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 24 Cost. ([321]).

Nel caso del licenziamento intimato in violazione dei divieti posti a tutela della maternità e della paternità e di quello disposto in concomitanza col matrimonio – che, come detto, sono ancorati al dato obiettivo della ricorrenza del matrimonio o della maternità, oggetto di specifiche presunzioni di legge ([322]) –, il lavoratore dovrà provare, quali fatti costitutivi del proprio diritto, oltre alla preesistenza del rapporto di lavoro subordinato, l'intimazione del licenziamento nell'arco di tempo «intercorrente dal giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio, in quanto segua la celebrazione, a un anno dopo la celebrazione stessa» ovvero dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione obbligatoria dal lavoro, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino

---

([319]) V. *supra*, in questo §, nota 305.

([320]) D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, cit., 212.

([321]) V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 128; P. LAI, *Il contratto di lavoro a tutele crescenti: risvolti processuali*, cit., 158-159; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 532, nota 20; D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, cit., 211-212.

([322]) V. *supra*, § 2.5.

([323]). Sarà, poi, onere del datore di lavoro, al fine di superare la presunzione relativa e, dunque, di sottrarsi alle sanzioni del caso ([324]) allegare e dimostrare il fatto impeditivo rappresentato dalla ricorrenza di una delle ipotesi tassative indicate dalla legge ([325]).

Anche in relazione al licenziamento discriminatorio o comunque intimato per un motivo illecito ([326]) trovano applicazione le regole generali: il prestatore di lavoro dovrà, in particolare, offrire la prova della discriminazione, quale fatto costitutivo della propria domanda ([327]); al datore di

---

([323]) A. VALLEBONA-G. FRANZA, *sub* art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 928; A. VALLEBONA, *sub* art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 390.

([324]) V. *supra*, §§ 3.3 e 3.8.

([325]) A. VALLEBONA-G. FRANZA, *sub* art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 928; A. VALLEBONA, *sub* art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604, cit., 391. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 19 settembre 2016, n. 18325, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 20 settembre.

([326]) V. *supra*, § 2.5.

([327]) *Cfr*. D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 363; V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 27. Devono menzionarsi, in tema di discriminazione, le presunzioni previste dal dall'art. 28 D.lgs. n. 150/2011, norma relative al rito speciale in materia di discriminazione, ritenuta applicabile al licenziamento discriminatorio, a mente del quale «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata». *Cfr*. Cass., 26 luglio 2016, n. 15435, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 27 luglio, con nota di F.

lavoro spetterà, invece, di dimostrare la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di licenziamento ([328]).

Quanto, poi, al licenziamento *ad nutum*, intimabile senza alcun onere di giustificazione, ma con il solo obbligo di dare il preavviso ([329]), l'onere della prova circa l'effettiva sussistenza delle condizioni che consentono di recedere dal rapporto di lavoro liberamente incombe sul datore di lavoro recedente ([330]).

Infine, quando la legge permette la detrazione dell'*aliunde perceptum* o *percipiendum* dall'importo della condanna conseguente all'illegittimità del licenziamento intimato ([331]), è il datore di lavoro a essere onerato della

---

GAVIOLI, *Illegittimo il trasferimento al rientro della gravidanza in una sede a 150 km di distanza*.

([328]) *Cfr*. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 690; F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2.*, cit., 414; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 518. *Cfr*. pure A. PROTO PISANI, *L'oggetto del processo*, cit., 72, secondo il quale «il carattere ideologico del licenziamento, pur dovendo essere provato dal lavoratore, assume, nell'ambito della fattispecie generica della illegittimità del licenziamento, valore di fatto costitutivo di secondo grado, in quanto dovrà essere provato dal lavoratore solo se il datore di lavoro sia riuscito a fornire la prova della sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo del licenziamento».

([329]) V. *supra*, § 2.2.

([330]) P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 518. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 9 aprile 2003, n. 5526, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 4, con riferimento al licenziamento del dirigente; Cass., S.U., 4 marzo 1988, n. 2249, in *Giust. civ.*, 1988, I, 897.

([331]) V. *supra*, §§ 3.3, 3.4, 3.8 e 3.9.

relativa prova, che può essere raggiunta pure con l'ausilio di presunzioni semplici ([332]).

15. La «conversione» del licenziamento a opera del giudice

Sinora, i concetti di giusta causa e di giustificato motivo sono stati richiamati ai fini della qualificazione del recesso datoriale sottratto all'area della libera recedibilità ([333]), rispetto al quale le causali di recesso hanno permesso di identificare il tipo di licenziamento: si è parlato, infatti, di licenziamento per giusta causa *ex* art. 2119 c.c. e di licenziamento per giustificato motivo, oggettivo e soggettivo, *ex* art. 3 legge n. 604/1966.

Sotto questo profilo, ogniqualvolta non sussistano gli estremi del tipo di licenziamento intimato dal datore di la-

---

([332]) *Cfr*. Cass. 8 settembre 2016, n. 17776, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 9 settembre, secondo cui, «Ai fini della sottrazione dell'*aliunde perceptum* dalle retribuzioni dovute, è, quindi, necessario che il datore di lavoro dimostri quantomeno la negligenza del lavoratore nella ricerca di altra proficua occupazione, o che comunque risulti, da qualsiasi parte provenga la prova, che il lavoratore ha trovato una nuova occupazione e quanto egli ne abbia percepito, tale essendo il fatto idoneo a ridurre l'entità del danno risarcibile»; *cfr*. anche Cass., 12 maggio 2015, n. 9616, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass., 17 novembre 2010, n. 23226, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 11, 1461. Ciò non toglie che non si tratta di una eccezione in senso stretto, così che, a seguito della rituale allegazione dei fatti rilevanti a dimostrare l'*aliunde perceptum* il giudice potrà trame d'ufficio tutte le conseguenze del caso in relazione alla quantificazione del danno subito dal lavoratore illegittimamente licenziato: *cfr*. Cass., 26 ottobre2010,n. 21919,in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 10, 1372; Cass., 29 agosto 2006, n. 18687, in *Guida al diritto*, 2006, 39, 68.

([333]) V. *supra*, § 2.3.

voro si pone il problema del possibile mutamento del titolo in quello corrispondente al tipo di licenziamento i cui elementi strutturali sarebbero invece integrati.

La dottrina e la giurisprudenza si sono, in particolare, interrogate in merito alla possibilità di ricorrere all'istituto della conversione di cui art. 1424 c.c., a mente del quale «Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dale parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità» ([334]), norma in ipotesi applicabile al licenziamento ai sensi dell'art. 1324 c.c. Il quesito ha imposto all'interprete di indagare i profili dell'eventuale violazione dei principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui, rispettivamente, agli artt. 99 e 112 c.p.c., in relazione alla necessità di una specifica domanda formulata dalle parti ([335]), nonché della compatibilità dell'istituto della conversione con la regola

---

([334]) *Cfr*. V. SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, 1948, 709; G. ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954, 174; F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Il licenziamento illegittimo*, cit., 83. Sul tema, *cfr*. pure A.M. BRUNI, *Sulla conversione del licenziamento. Profili civilistici*, Padova, 1988, 89.

([335]) Si pensi alla domanda del lavoratore che, a fronte dell'intimazione di un licenziamento per giusta causa, contesti la sussistenza di una valida causale di recesso in via principale, ma al contempo chieda, in via subordinata, quantomeno il pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso a seguito dell'accertamento di un giustificato motivo soggettivo di licenziamento. Sul fronte opposto, sempre in relazione a un licenziamento per giusta causa, è possibile immaginare che il datore di lavoro non si limiti a chiedere il rigetto dell'impugnazione formulata dal lavoratore, ma insista, in via graduata, sull'esistenza se non altro di un giustificato motivo soggettivo.

di carattere generale della immutabilità della contestazione.

La questione si è posta, principalmente, in relazione alla diversa valutazione sulla gravità del comportamento tenuto dal lavoratore che il datore di lavoro abbia contestato in termini di giusta causa e che il giudice ritenga, invece, integrare un motivo soggettivo di recesso, ugualmente idoneo a legittimare la cessazione del rapporto, ma non con effetto immediato, bensì solo una volta decorso il periodo di preavviso ([336]).

Proprio a partire dall'esame dei rapporti tra i concetti di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo, comunemente ricostruiti nel senso della differenza quantitativa legata alla maggiore o minore gravità del comportamento del lavoratore che consenta oppure no la prosecuzione anche provvisoria del rapporto di lavoro ([337]), è stato correttamente messo a fuoco come, a ben vedere, in questi casi non si discuta della conversione del negozio nullo in senso tecnico, ma più semplicemente del potere-dovere del giudice di procedere alla qualificazione giuridica dei fatti storici addotti dalle parti ([338]). In particolare, la Corte di cas-

([336]) M. TIRABOSCHI, *Categorie civilistiche e recesso unilaterale: il contratto di 'lavoro subordinato'*, cit., 1044.

([337]) V. *supra*, § 2.3.

([338]) *Cfr*. Cass., 5 novembre 1985, n. 5384, in *Dir. lav.*, 1986, 436; Cass., 23 giugno 1987, n. 5513, in *Giust. civ.*, 1988, 745; Cass., 20 settembre 1991, n. 9803, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, 173; Cass., 2 marzo 1995, n. 2414, in *Notiziario giur. lav.*, 1995, 449; Cass., 14 giugno 2005, n. 12781, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6; Cass., 10 agosto 2007, n. 17604, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 9; Cass., 3 novembre 2008, n. 26379, in *Diritto & Giustizia*, 2008; Cass., 9 giugno 2014, n. 12884, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; Cass., 19 febbraio 2015, n. 3320, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 20 febbraio, con nota di R. DULIO, *Nelle richieste risarcitorie del lavoratore sono da intendersi ricomprese anche quelle da mancato*

sazione ha ravvisato tra le fattispecie del licenziamento per giusta causa e del licenziamento per giustificato motivo soggettivo – o, meglio, tra le rispettive disposizioni di legge – un rapporto di specialità: «si è in presenza, cioè, di un concorso di norme: se l'inadempimento del lavoratore non è sussumibile in una ipotesi di giusta causa ma in una ipotesi di giustificato motivo soggettivo, l'intimato licenziamento in tronco non è invalido, ma è suscettibile di riqualificazione (e non di conversione in senso proprio), producendo i suoi effetti alla scadenza del periodo di preavviso» ([339]). Il termine «conversione» è, dunque, impropriamente utilizzato ([340]), così come è impreciso affermare che il datore di lavoro alleghi un «particolare tipo negoziale di recesso (per giusta causa, per giustificato motivo, disciplinare, *ad nutum*)» ([341]).

Questa precisazione ha, peraltro, permesso di superare l'ulteriore problema rappresentato dalla discussa qualificazione del licenziamento viziato quale recesso nullo o

---

preavviso. In dottrina, *cfr*. P. ALLEVA, *Sui principi di immediatezza e immutabilità nei licenziamenti individuali per giusta causa e giustificato motivo*, cit., 687; R. DIAMANTI, *sub* art. 3 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992, 183.

([339]) Cass, 9 ottobre 1996, n. 8836, in *Giust. civ. Mass*., 1996, 1398. In termini analoghi, Cass. 26 maggio 2001, n. 7185, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1064. In merito al fenomeno del concorso di norme, v. *infra*, § 26.

([340]) G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., 71.

([341]) M. TIRABOSCHI, *Categorie civilistiche e recesso unilaterale: il contratto di 'lavoro subordinato'*, cit., 1064 ss., spec. 1058-1059; ID., *Area di libera recedibilità, licenziamento disciplinare e violazione delle garanzie procedurali: un'importante pronuncia della cassazione a Sezioni Unite sulla struttura causale del negozio di recesso*, in *Or. giur. lav.*, 1994, 615.

soltanto annullabile, con la conseguente inapplicabilità, in quest'ultimo caso ([342]), dell'art. 1424 c.c., invocabile esclusivamente in ipotesi di nullità.

D'altra parte, nell'affrontare il tema dell'individuazione degli elementi della fattispecie costitutiva del diritto potestativo del datore di lavoro e della ripartizione dell'onere della prova nel giudizio sull'impugnativa del licenziamento, era già emerso come con l'espressione giusta causa e giustificato motivo si faccia, invero, riferimento a dei fatti storici, che vengono ricondotti a tali categorie allorquando si intenda attribuirgli rilevanza giuridica ([343]). E che la qualificazione giuridica operata dalle parti non sia vincolante per il giudice discende direttamente dal noto principio espresso dal brocardo latino *jura novit curia*, del quale l'art. 113 c.p.c. costituisce una, seppure indiretta, codificazione ([344]). Infatti, la regola in virtù della quale, «nel pronunciare sulla causa, il giudice deve seguire le norme di diritto» ([345]) secondo la giurisprudenza «fa salva la possibilità per il giudice di assegnare una diversa quali-

---

([342]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 667.

([343]) V. *supra*, §§ 5 e 12.

([344]) *Cfr*. G.A. MICHELI, Jura novit curia, in *Riv. dir. proc.*, Padova, 1961, 575; C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 97; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, cit. *Contra* E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di E. Allorio, I, II, Torino, 1973, 1262; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, *Disposizioni generali*, Milano, 1966, 440.

([345]) Sull'art. 113 c.p.c., oltre alla dottrina citata *supra*, in questo §, nota 344, *cfr*. S. SATTA, Jura novit curia, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, Padova, 1955, 380; G. STROZZI, Jura novit curia, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 1; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 211; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2002, 250.

ficazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti in lite, nonché all'azione esercitata in causa, ricercando le norme giuridiche applicabili alla concreta fattispecie sottoposta al suo esame» ([346]).

Ricostruita in questi termini l'operazione di «conversione» del titolo del licenziamento, è stata esclusa la violazione degli artt. 99 e 112 c.p.c., i quali non vietano al giudice di riqualificare il *nomen iuris* della fattispecie sottoposta alla sua cognizione, ma gli impediscono di pronunciare una decisione che non trovi corrispondenza nella domanda ([347]). Coerentemente, la giurisprudenza ha giudicato non necessaria l'espressa istanza di conversione della parte ([348]), ritenendo che la domanda dal lavoratore di condanna al risarcimento del danno conseguente all'accertamento della illegittimità del licenziamento contenga, implicitamente, quella, di minore entità, al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso ([349]). Anzi, è stato re-

---

([346]) Cass., 24 luglio 2012, n. 12943, in *Giust. civ. Mass.*, 9, 1062.

([347]) Cass., 9 giugno 2014, n. 12884, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; Cass., 22 marzo 2013, n. 7255, in *Guida al diritto*, 2013, 34-35, 42; Cass. 17 gennaio 2008,. N. 837, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 1, 47; Trib. Reggio Emilia, 10 maggio 2012, n. 890, in *Dejure*.

([348]) Cass., 3 marzo 2008, n. 26379, in *Diritto & Giustizia*, 2008; Cass., 17 gennaio 2008, n. 837, in *Giust. civ., Mass.*, 2008, 1, 47; App. Milano, 4 novembre 2009, in *DL Riv. critica dir. lav.*, 2010, 1, 268, con nota di F. MAIORANA, *Giusta causa e giustificato motivo soggettivo: la riconversione del licenziamento può essere disposta d'ufficio*. *Contra* Cass. 10 luglio 1984, n. 4025, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, 7; Cass., 26 febbraio 1982, n. 1241, in *Mass. giur. lav.*, 1982, 389.

([349]) Cass., 19 febbraio 2015, n. 3320, cit.; Cass., 19 dicembre 2006, n. 27104, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 12; Cass., 23 giugno 1987, n. 5513, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 6. *Cfr*. pure Cass., 21 gennaio 2015, n. 1033, in *Dejure*, secondo cui il giudice d'ap-

centemente affermato che incorre nella censura di omessa pronuncia *ex* art. 112 c.p.c. il giudice che «ometta di pronunciarsi anche d'ufficio sulla possibilità che un licenziamento intimato per giusta causa possa essere qualificato in termini di licenziamento per giustificato motivo soggettivo» ([350]).

Inoltre – non senza oscillazioni sul punto –, si è pervenuti ad ammettere la possibilità anche per il giudice dell'impugnazione di procedere alla riqualificazione giuridica dei fatti controversi in modo diverso rispetto a quanto ritenuto dal giudice di primo grado ([351]). Si è escluso che ciò costituisca un vizio di extrapetizione, potendosi ritenere ricompresa, nella domanda del datore di lavoro che impugni la sentenza di primo grado che abbia dichiarato l'illegittimità del licenziamento per giusta causa, «la minor domanda di declaratoria della legittimità del licenziamento per giustificato motivo soggettivo» ([352]).

---

pello ha correttamente ritenuto che la domanda concernente la corresponsione dell'indennità supplementare fosse implicitamente contenuta nelle domande formulate dal lavoratore in primo grado di accertare e dichiarazione l'illegittimità del licenziamento e di condannare il datore di lavoro alla reintegrazione e al risarcimento del danno.

([350]) Cass., 4 gennaio 2016, n. 21, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 4 gennaio.

([351]) Cass., 17 gennaio 2008, n. 837, in *Giust. civ., Mass.*, 2008, 1, 47; Cass., 19 dicembre 2006, n. 27104, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 12.

([352]) Cass., 4 gennaio 2016, n. 21, cit.; Cass., 9 giugno 2014, n. 128884, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; Cass., 17 gennaio 2008, n. 837, in *Giust. civ., Mass.*, 2008, 1, 47; Cass., 10 dicembre 2007, n. 25743, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 12; App. Milano, 4 novembre 2009, cit. *Contra* Cass., 22 marzo 2016, n. 5582, in *Dejure*; Cass., 20 luglio 2007, n. 16132, in *Giust. civ. Mass*., 2007, 7-8; Cass., 26 maggio 2001, n.7185, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1064;

Poiché la «conversione» del licenziamento non è altro che un'opera di riqualificazione dei fatti, essa non presenta alcun profilo di incompatibilità con il principio di immutabilità dei motivi di recesso. La regola dell'immutabilità, infatti, opera in relazione ai fatti e non alla loro qualificazione da parte del datore di lavoro ([353]). Pertanto, la «conversione» *ex officio* del licenziamento non sarà ammissibile ogni qual volta «vengano mutati i motivi posti a

---

Cass. 9 ottobre 1996, n. 8836, in *Giust. civ. Mass*., 1996, 1398. La questione viene essenzialmente a dipendere dai confini del c.d. «giudicato implicito», che consiste nella preclusione riguardante le questioni che, sebbene non investite esplicitamente dalla decisione, ne costituiscano comunque presupposto logico essenziale e indefettibile, e che richiede il passaggio in giudicato della decisione sulla questione dipendente (*cfr.* Cass., 13 gennaio 2015, n. 322, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass. 31 luglio 2015, n. 16213, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; *cfr.* anche Cass., 6 giugno 2016, n. 11805, in *Eclegal.it*, 2016, 8 novembre, con nota di G. RICCI, *Sulla qualificazione giuridica della domanda nel giudizio d'impugnazione*, secondo la quale «la qualificazione giuridica dei fatti costitutivi della domanda svolta nella sentenza impugnata non vincola il giudice dell'impugnazione, in quanto, anche in assenza di specifica censura, si esclude la formazione del giudicato interno sulla qualificazione *in iure* se il giudizio di impugnazione ha ad oggetto le conseguenze giuridiche dei fatti stessi»). In dottrina, *cfr*. C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 113, nota 43; A.A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, 1292; M. PACILLI, *Note in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 595. Per i rapporti tra il giudicato implicito e il c.d. «principio della ragione più liquida», *cfr*. la dottrina citata *infra*, § 26, nota 106.

([353]) P. ALLEVA, *Sui principi di immediatezza e immutabilità nei licenziamenti individuali per giusta causa e giustificato motivo*, cit., 687.

base dell'iniziale contestazione» o, per procedervi, «si renda necessario l'accertamento di fatti nuovi e diversi da quelli addotti inizialmente dal datore di lavoro a sostegno del proprio recesso» ([354]); ma tale divieto non rappresenta un confine tra l'attività di riqualificazione ammessa e quella non ammessa, bensì la frontiera superata la quale non è più possibile parlare di semplice mutamento della qualificazione giuridica di un medesimo fatto ([355]).

È appena il caso di precisare che la conversione di un licenziamento intimato per giusta causa in un licenziamento per giustificato motivo soggettivo non esaurisce il novero delle possibili ipotesi di riqualificazione dei fatti ([356]). Infatti, sebbene sia più insolita della semplice riqualificazione del fatto che rappresenta l'inadempimento del lavoratore sulla scorta di un diverso giudizio di gravità, non

---

([354]) Cass., 27 febbraio 2004, n. 4050, in *DL Riv. critica dir. lav.*, 2004, 628; Cass., 20 giugno 2002, n. 9006, in *Notiziario giur. lav.*, 2002, 808; Cass. 6 giugno 2000, n. 7617, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 79, con nota di M. CORTI, *Conversione* ex officio *del licenziamento per giusta causa e fattispecie previste dalla contrattazione collettiva*; Cass. 27 febbraio 1998, n. 2204, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 459.

([355]) Rileva, infatti, D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 40-41, che il datore di lavoro nella contestazione disciplinare o nella comunicazione di licenziamento si riferisce sì a un fatto materiale, ma (a prescindere dalla sua non definitività) compie comunque una valutazione giuridica che ne determina, indirettamente, i confini fattuali, i quali non possono essere oltrepassati dal giudice nella sua opera di riqualificazione.

([356]) Per la sussistenza di fatti qualificabili allo stesso tempo in termini di giustificato motivo soggettivo e oggettivo, *cfr*. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 468-469; ID., *Quando il comportamento scorretto tenuto continuativamente dal lavoratore costituisce al tempo stesso motivo disciplinare e motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2004, 142.

sono mancate pronunce giurisprudenziali di conversione del licenziamento per colpa in un licenziamento per giustificato motivo oggettivo ([357]) o, ancora, di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo in un licenziamento per superamento del periodo di comporto ([358]), nonché dei recessi intimati nel contesto di una procedura di licenziamento collettivo in altrettanti licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo ([359]).

Ovviamente, anche in tali casi la ragione di licenziamento deve trovare la propria fonte nell'effettiva motivazione comunicata al dipendente, imponendosi pure in questa sede il necessario rispetto del principio di immutabilità

([357]) Cass., 14 giugno 2005, n. 12781, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 1, II, 126, con nota di A. AURILIO, *La Cassazione ammette la conversione del licenziamento per g.c. in licenziamento per g.m.o.: la sostanza prevale sulla forma*; Cass., 25 luglio 2003, n. 11556, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2004, 142; Trib. Torino, 11 maggio 2005, in *Giur. piemontese*, 2006, 1,104; Trib. Torino, 26 aprile 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 303. *Contra* Cass., 9 giugno 2014, n. 12884, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 18 settembre; Cass. 2 marzo 1995, n. 2414, in *Giur. civ.*, 1995, 3033, con nota di G. BOLEGO, *Obbligo di affissione e principio di conversione nel licenziamento disciplinare*, che, tuttavia, si è pronunciata in un caso in cui la ragione obiettiva di recesso non era stata comunicata al lavoratore; Trib. Milano, 20 luglio 1998, in *Giust. civ.*, 1998, 3279, con nota di V.A. POSO, *L'eccessivo formalismo dei giudici impedisce il licenziamento di un lavoratore affetto da disturbo paranoide di personalità*.

([358]) Cass., 9 maggio 2005, n. 9570, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 5; Cass. 28 marzo 1990, n. 2496, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 3. *Contra* Cass. 18 febbraio 1997, n. 1458, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 260.

([359]) Cass., 1 febbraio 2003, n. 1526, in *Riv. giur. lav.*, 2004, II, 316. *Contra* Cass. 28 agosto 1979, n. 4700, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, 8.

della contestazione e, in generale, dei motivi di licenziamento ([360]).

16. La natura dell'azione. La giurisprudenza

La questione, molto dibattuta, della natura costitutiva o dichiarativa dell'azione di impugnazione del licenziamento e, di riflesso, del provvedimento che definisce il giudizio con efficacia di giudicato ([361]) non solo presenta una indubbia valenza sistematica, ma è altresì strettamente interconnessa con ulteriori tematiche tutt'altro che trascurabili, quali, per ricordarne alcune, la rinnovazione del recesso e la ripartizione dell'onere della prova ([362]); le soluzioni interpretative cui sono giunte la dottrina e la giurisprudenza meritano, pertanto, di essere riesaminate, per es-

---

([360]) Cass., 14 giugno 2005, n. 12781, cit.; Cass., 25 luglio 2003, n. 11556, cit.; Cass. 2 marzo 1995, n. 2414, cit. *Cfr*. D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 45, che nega la possibilità per il datore di lavoro e per il giudice rispettivamente di invocare e individuare una diversa motivazione a sostegno del licenziamento intimato per giusta causa di modo da considerarlo quale valido atto di recesso per giustificato motivo oggetti. Infatti, in tale caso, pare di capire, la diversa motivazione si fonderebbe su fatti ulteriori e diversi rispetto a quelli prima contestati e poi posti alla base del licenziamento disciplinare.

([361]) V. *infra*, § 28.

([362]) *Cfr*. R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 96; O. MAZZOTTA, *La 'parola' del legislatore e il sistema della legge: a proposito del potere del datore di lavoro di rilicenziare un lavoratore già licenziato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 313. Su questi temi, quanto all'intimazione di un secondo licenziamento nelle more del giudizio sulla legittimità del primo, v. *infra*, in questo §, quanto alle implicazioni sull'onere della prova, v. *infra*, § 17.

sere confermate o ripensate, alla luce delle novità portate dalle recenti riforme del 2012 e del 2015.

Quando si è parlato del diritto datoriale di recesso in termini di diritto potestativo ([363]), si è sottolineato come tale categoria giuridica soggettiva sia accomunabile a quella delle c.d. «azioni costitutive», in quanto entrambe volte alla realizzazione sul piano della realtà giuridica di un effetto costitutivo (in senso ampio) nella sfera altrui ([364]), intendendo per effetto costitutivo la costituzione (in senso stretto), la modificazione o l'estinzione di rapporti giuridici a norma dell'art. 2908 c.c. Si è detto anche che a questa affinità funzionale corrisponde, però, una antinomia strutturale, poiché nel caso delle azioni costitutive – anche definite diritti potestativi ad attuazione giudiziaria ([365]) – gli effetti giuridici si realizzano unicamente a seguito dell'intervento dell'autorità giurisdizionale, previo accertamento della sussistenza dei relativi requisiti legali, mentre nel caso dei diritti potestativi – definiti, per l'appunto, poteri formativi a esercizio stragiudiziale ([366]) – la realizzazione dell'effetto dipende esclusivamente dall'esercizio del diritto potestativo a opera del titolare, senza che sia necessaria la proposizione di un'apposita domanda all'autorità giurisdizionale e la conseguente mediazione del giudice affinché si giunga alla realizzazione dell'effetto costitutivo ([367]).

([363]) V. *supra*, § 5.

([364]) M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 3.

([365]) M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 4.

([366]) C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 31.

([367]) C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 31.

Ebbene, qualificare l'azione di impugnazione del licenziamento in termini costitutivi significa immaginare l'esistenza di due diritti potestativi, l'uno a esercizio stragiudiziale – quello di licenziare – l'altro ad attuazione giudiziaria – il diritto alla rimozione dell'effetto estintivo prodotto dal recesso datoriale –, dei quali il secondo sarebbe azionabile dal lavoratore quale reazione all'illegittima attuazione del primo da parte del datore di lavoro ([368]).

È evidente che tale impostazione presuppone che il licenziamento intimato sia efficace nonostante la sussistenza di un vizio che ne importi l'illegittimità ([369]). È stato, invero, opportunamente osservato che, quando l'effetto ricollegato alla sentenza cui viene attribuita portata costitutiva è di tipo «demolitorio» – come quello in ipotesi associato alla sentenza di «annullamento» del licenziamento ingiustificato, grazie alla quale si perverrebbe alla ricostituzione del vincolo contrattuale solo indirettamente, per il tramite della rimozione della «efficacia ablativa del recesso» ([370]) – nella realtà giuridica che si vuole modificare

---

([368]) C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 579; C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 732; M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 7.

([369]) C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 579.

([370]) M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 7. A questo proposito si impone una precisazione terminologica: nel caso dell'azione costitutiva quale reazione a un atto produttivo di effetti estintivi, quando si parla di rimozione dell'effetto prodotto dall'atto si intende, in realtà, «la produzione di un effetto contrario (o diverso), che operi retroattivamente». Così M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 95-97, il quale, indagando ulteriormente il contenuto di tale

deve necessariamente esistere un effetto da rimuovere ([371]). Infatti, «non può esservi alcuna tutela costitutiva (quantomeno in senso demolitorio) allorché essa rappresenti bensì la reazione ad un atto, ma questo non abbia prodotto alcun effetto… perché l'atto, pur essendo finalizzato a dar vita ad un effetto e pur essendo costitutivo di questo, è inefficace»; in altre parole, «ad atti che in presenza di vizi non producono effetti corrisponde necessariamente la tutela dichiarativa» ([372]).

Fatta questa doverosa premessa, occorre anzitutto rilevare che non vi è accordo tra la dottrina e la giurisprudenza, così come non vi è unanimità di vedute né tra gli stessi studiosi né tra i giudici, in ordine alla natura dichiarativa o costitutiva dell'azione di impugnazione del licenziamento.

Incominciando dalla posizione della giurisprudenza ([373]), l'orientamento largamente maggioritario afferma il

---

effetto «contrario», esclude che esso possa consistere nella «ricostituzione» del rapporto estinto dall'atto, pervenendo a configurare la sentenza quale «fatto estintivo, nell'ambito della sottofattispecie modificativa/estintiva, alla quale l'atto appartiene quale fatto costitutivo». In questa prospettiva, la sentenza è un fatto estintivo dell'effetto estintivo dell'atto. Sull'efficacia *ex tunc* della sentenza costitutiva, v. *infra*, in questo §, nel testo.

([371]) M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 40.

([372]) Così M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 41 e 61-62, secondo cui «ad atti efficaci anche se viziati corrisponde necessariamente la tutela costitutiva»; ciò è vero, come detto, se l'effetto della sentenza è la rimozione dell'effetto prodotto dall'atto viziato ma efficace.

([373]) In merito alla posizione espressa dalla dottrina, v. *infra*, § 17.

carattere costitutivo dell'azione ([374]), quantomeno nell'ipotesi di licenziamento «annullabile» a norma dell'art. 18 St. lav. ([375]) – ma ora di annullamento parla anche l'art. 3, comma 2, D.lgs. n. 23/2015 ([376]) –, propendendo, invece, per la natura dichiarativa ([377]) della sentenza pronunciata a seguito dell'impugnazione giudiziale di un recesso «inefficace» ([378]) o «nullo» ([379]).

([374]) *Cfr*., *inter alia*, Cass., S.U., 18 settembre 2014, n. 19665, in *Foro it.*, 2014, I, 3113. Per ulteriori riferimenti, v. *infra*, in questo §, nel testo e nelle note.

([375]) V. *supra*, § 3.4.

([376]) V. *supra*, § 3.9.

([377]) In questi termini pare potersi leggere Cass., 16 maggio 2000, n. 6727, in *Giust. civ. Mass*., 2001, 983, secondo cui «anche in caso di richiesta di tutela c.d. reale del posto di lavoro, nella domanda giudiziale, tanto più se è dedotta la nullità o l'inefficacia del licenziamento, è insita la richiesta di accertamento dell'inesistenza di una valida estinzione del rapporto di lavoro, della vigenza di quest'ultimo e di condanna del datore di lavoro alla sua esecuzione e al pagamento di quanto dovuto per il periodo di mancata attuazione». Per ulteriori riferimenti, v. *infra*, in questo §, nel testo e nelle note.

([378]) Occorre precisare che l'espressione «licenziamento inefficace» deve qui intendersi riferita al «licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale» di cui agli artt. 18, comma 1, St. lav. e 2, comma 1, D.lgs. n. 23/2015, per i quali opera la tutela a contenuto reintegratorio (v. *supra*, §§ 3.3 e 3.8), con esclusione, dunque, delle ipotesi contemplate dall'art. 18, comma 6, St. lav. di recesso viziato sotto il profilo formale o procedurale (v. *supra*, § 3.6) definito impropriamente dal legislatore del 2012 (ma non anche da quello del 2015: v. *supra*, § 3.11) come recesso «inefficace» nonostante l'indiscussa idoneità a estinguere il rapporto di lavoro (M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 7).

([379]) V. *supra*, §§ 3.3 e 3.8.

Molte delle decisioni che hanno affrontato il tema che qui ci occupa lo hanno fatto nel contesto dell'esame del diverso problema dell'ammissibilità, in relazione a un rapporto di lavoro rientrante nell'ambito di applicazione della tutela reale introdotta dallo Statuto dei lavoratori ([380]), di un secondo licenziamento intimato in pendenza del giudizio sulla legittimità del primo. In questo contesto, la questione di fondo è, infatti, rappresentata dall'idoneità o meno del licenziamento ingiustificato a estinguere il rapporto di lavoro, la quale, se decisa in un senso piuttosto che nell'altro, ha degli evidenti risvolti sulla natura dell'azione.

Secondo la tesi giurisprudenziale minoritaria, il recesso privo di giusta causa o giustificato motivo sarebbe idoneo a determinare la cessazione del rapporto di lavoro sino all'eventuale sentenza di accoglimento dell'azione di annullamento, di carattere costitutivo, diretta a invalidare il licenziamento, dotata di efficacia retroattiva ([381]).

L'orientamento ormai maggioritario ha sostenuto, invece, la necessità di interpretare l'art. 18 St. lav. tenendo conto del «significato complessivo della norma», senza en-

---

([380]) V. *supra*, § 3.1.

([381]) In questa prospettiva, un secondo licenziamento, intimato nelle more del giudizio di impugnativa del primo, andrebbe considerato «privo di ogni effetto per impossibilità di adempiere alla sua funzione», non potendo nemmeno ritenere che la sentenza di annullamento faccia «acquistare allo stesso efficacia, operando la retroattività solo in relazione alla ricostituzione del rapporto e non anche alle manifestazioni di volontà datoriali poste in essere quando il rapporto di lavoro era ormai estinto». Così Cass., 5 aprile 2001, n. 5092, cit. *Cfr*. anche Cass. 8 marzo 2011, n. 5445, in *Guida al diritto*, 2011, 18, 44; Cass., 9 marzo 2006, n. 5125, cit.; Cass., 20 settembre 2005, n. 18497, in *DL Riv. critica dir. lav*., 2006, 1, 246; Cass. 18 maggio 2005, n. 10394, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 286.

fatizzarne oltremodo il dato testuale. Pertanto, sebbene l'art. 18 St. lav. parli espressamente di «annullamento» del licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo – termine che rimanda, almeno apparentemente, a un atto produttivo di effetti da rimuovere dalla realtà giuridica ([382]) –, l'interprete dovrebbe tuttavia considerare come, a seguito di tale annullamento, operi una tutela a contenuto reintegratorio e, dunque, «scattino a favore del lavoratore una serie di conseguenze favorevoli… (reintegrazione nel posto di lavoro, pagamento di un'indennità pari alla retribuzione di fatto che sarebbe maturata tra il licenziamento e la reintegrazione, versamento dei contributi previdenziali per il periodo tra licenziamento e reintegrazione) che postulano che il rapporto *medio tempore* sia continuato, seppure solamente *de iure*». Secondo la tesi maggioritaria, dunque, il licenziamento ingiustificato, ancorché formalmente «annullabile», non sarebbe idoneo a estinguere il rapporto di lavoro. Ciononostante, la natura costitutiva dell'azione non viene messa in dubbio: secondo questa stessa giurisprudenza, infatti, sebbene l'annullamento intervenga «in una situazione in cui il rapporto non è stato interrotto» dal licenziamento, «non può negarsi che l'annullamento abbia natura costitutiva e che gli effetti della pronunzia abbiano effetto *ex tunc*» ([383]).

([382]) I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, cit., 231: v. *infra*, § 17; C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 732; R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 97; R. ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, cit., 94.

([383]) Il secondo licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo, fondato su fatti diversi da quelli posti a fondamento del primo licenziamento, produrrà effetti «solo nel caso in cui il

Si tratta, però, di una soluzione interpretativa non condivisibile, che predica un ridimensionamento della portata del criterio ermeneutico letterale quanto alla questione dell'efficacia del recesso viziato, ma ne fa una piana applicazione sotto il profilo della natura dell'azione. Si dovrebbe infatti immaginare un licenziamento inefficace – a fronte del quale il rapporto di lavoro verrebbe a subire una mera sospensione di fatto –, ma al contempo e paradossalmente ([384]) produttivo di effetti, perché se il recesso fosse davvero inefficace l'azione di annullamento esperita quale reazione all'illegittimo esercizio del diritto potestativo da-

---

precedente recesso venga dichiarato illegittimo». In questi termini, Cass. 6 marzo 2008, n. 6055, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 3, 370. *Cfr*. pure Cass., 23 agosto 2016, n. 17247, in *Dejure*; Cass. 9 giugno 2015, n. 11910, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015, 3 novembre, con nota di A. DIBITONTO, *Legittimità di un secondo licenziamento, intimato prima dell'annullamento del primo*; Cass., 23 agosto 2013, n. 27390, in *Dejure*; Cass., 24 febbraio 2012, n. 2865, in *Diritto & Giustizia*, 2012, 28 febbraio, con nota di L.G. PAPALEO, *Lascia al verde il numero verde del datore di lavoro: licenziato...2 volte*; Cass., 28 settembre 2011, n. 19821, in *Dejure*; Cass. 23 settembre 2011, n. 19404, in *Guida al diritto*, 2011, 45, 57; Cass., 20 gennaio 2011, n. 1244, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 50, con nota di R. GALARDI, *Art. 18 e continuità giuridica del rapporto: conferme sul potere del datore di rilicenziare*; Cass., 14 settembre 2009, n. 19770, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 9, 1309; Cass. 22 ottobre 2008, n. 25573, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 313, con nota di O. MAZZOTTA, *La 'parola' del legislatore e il sistema della legge: a proposito del potere del datore di rilicenziare un lavoratore già licenziato*, cit. Nello stesso senso, *cfr*. anche Cass., 11 gennaio 2012, n. 154, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 1, 13, e Cass., 25 gennaio 2008, n. 1670, in *Diritto& Giustizia*, 2008, pronunciate in relazione al diverso problema degli effetti della sentenza di «annullamento» sul diritto del lavoratore illegittimamente licenziato al pensionamento.

([384]) V. *supra*, in questo §, nel testo.

toriale non potrebbe spiegare sulla realtà giuridica alcun effetto costitutivo ([385]).

Per non incorrere in una palese contraddizione in termini, una volta superato l'orientamento giurisprudenziale minoritario che aveva sostenuto l'idoneità di un licenziamento intimato in assenza di una giusta causa o giustificato motivo di recesso a comportare l'estinzione di un rapporto di lavoro cui la legge assicura, invece, stabilità reale, la Corte di cassazione dovrebbe avvedersi di ciò che la ricostruzione proposta ha come indefettibile corollario il riconoscimento del carattere dichiarativo dell'azione ([386]).

La giurisprudenza ha avuto modo di affrontare il tema della natura dell'azione di impugnazione del licenziamento anche in occasione della decisione sull'applicabilità o meno delle sanzioni per omissione o evasione contributiva ([387]), in capo al datore di lavoro, in relazione al periodo temporale compreso tra il licenziamento, poi dichiarato illegittimo, e la reintegrazione nel posto di lavoro.

Sino a poco tempo fa, anche in questo campo doveva registrarsi un contrasto interpretativo.

In un primo momento, si era affermato che «il rapporto assicurativo non è assistito dalla medesima '*fictio iuris*' che caratterizza il rapporto di lavoro (che si considera,

---

([385]) *Cfr*. R. GALARDI, *Art. 18 e continuità giuridica del rapporto di lavoro: conferme sul potere del datore di rilicenziare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 55.

([386]) *Cfr*. R. GALARDI, *Art. 18 e continuità giuridica del rapporto di lavoro: conferme sul potere del datore di rilicenziare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 55.

([387]) Si tratta delle sanzioni di cui agli artt. 1, commi 217 ss., legge 23 dicembre 1996, n. 662 e 116, commi 8-9, legge 23 dicembre 2000, n. 388, applicabili ai «crediti in essere ed accertati», rispettivamente al 30 settembre 2000 e dal 1 ottobre 2000 (*cfr*. art. 116, comma 18, legge n. 388/2000).

'*de iure*', come mai interrotto», così che «l'obbligazione contributiva non può... rivivere, retroattivamente, al momento della reintegra, sì da determinare la mora del debitore nei confronti dell'ente previdenziale e l'irrogazione della sanzione per la relativa omissione contributiva» ([388]).

Le pronunce successive hanno, invece, desunto un argomento a favore della «non interruzione *de iure* anche del rapporto assicurativo previdenziale collegato a quello lavorativo» – per poi affermare l'applicabilità delle sanzioni per omessa o evasa contribuzione – dall'assunto che, «poiché la sussistenza dell'obbligazione retributiva costituisce il presupposto della corrispondente obbligazione contributiva, quest'ultima sorge contestualmente alla ricorrenza della prima» ([389]).

Dall'esame delle argomentazioni esegetiche addotte dalla giurisprudenza – sia da quella che escludeva l'imposizione di qualsivoglia sanzione per omessa o evasa contribuzione, sia da quella che, viceversa, riteneva integrate le relative fattispecie – emerge come l'elemento di partenza di entrambi i ragionamenti fosse la convinzione comune della portata costitutiva, *ex tunc*, dell'azione di annullamento e della contestuale – si è visto, paradossale – efficacia del licenziamento, a sua volta costitutiva dell'estinzione del rapporto di lavoro ([390]).

L'orientamento più recente ([391]) incorreva, poi, in un palese equivoco in merito al concreto operare dell'effica-

---

([388]) *Cfr*. Cass., 1 aprile 2009, n. 7934, in *Foro it.*, 2010, I, 1245.

([389]) *Cfr*. Cass., 13 gennaio 2012, n. 402, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 1, 26; Cass., 11 ottobre 2013, n. 23181, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

([390]) *Cfr*. la giurisprudenza citata *supra*, in questo §, note 388 e 389.

([391]) V. *supra*, in questo §, nota 389.

cia retroattiva della sentenza costitutiva. Secondo la Corte di cassazione, infatti, «i contributi sono da ritenersi 'dovuti' ai fini dell'applicazione» delle sanzioni per omissione o evasione contributiva «fin dal momento in cui, in conseguenza degli effetti retroattivi della pronuncia di annullamento del licenziamento intimato, devono essere riconosciute al lavoratore le spettanze economiche in relazione alle quali insorge l'obbligazione contributiva»; pertanto, prosegue la Corte, «la circostanza che, prima della sentenza dichiarativa dell'illegittimità del licenziamento, il datore di lavoro non sarebbe abilitato al pagamento della contribuzione non è di per sé decisiva, una volta riconosciuto che anche il rapporto contributivo previdenziale – in forza della ricordata *fictio iuris* – deve ritenersi sussistente fin dalla data dell'illegittimo licenziamento» ([392]). Tuttavia, come è noto, la retroattività non è altro che una finzione ([393]): quando la legge prevede l'efficacia *ex tunc* di un dato effetto giuridico al verificarsi di un certo fatto, non significa né che il fatto si è realizzato prima del momento in cui è stato effettivamente posto in essere né che l'effetto giuridico ricollegato a tale fatto si è prodotto prima della sua reale verificazione ([394]). All'opposto, l'effetto giuridico, che

---

([392]) *Cfr*. Cass., 13 gennaio 2012, n. 402, cit.

([393]) M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 90. *Cfr*. anche A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 126, nota 130, il quale, pur non condividendo la qualificazione dell'efficacia retroattiva in termini di finzione, ne condivide l'impostazione offerta.

([394]) A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 125; R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., 35; A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, 486; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, cit., 293; P. RESCIGNO, voce *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 762.

si realizza soltanto a seguito della verificazione del fatto cui è condizionato, può operare unicamente per il futuro, nel senso che, da quel momento in avanti, regola i rapporti tra le parti «come se» si fosse avverato in precedenza; invece, non regola mai realmente i rapporti tra le parti per il passato, né potrebbe farlo ([395]). Pertanto, ben faceva la giurisprudenza più risalente a ritenere che nessuna sanzione potesse essere irrogata perché l'obbligazione contributiva «era venuta meno per effetto della cessazione del rapporto di lavoro e non poteva risorgere che al momento in cui il rapporto di lavoro veniva ripristinato» ([396]).

Il contrasto giurisprudenziale sopra evidenziato è stato recentemente composto dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che – in relazione all'art. 18 St. lav., nella versione in vigore prima delle modifiche apportate dalla legge n. 92/2012, inapplicabile *ratione temporis*, ma, secondo la Corte, in linea con il riassetto delle tutele operato dalla riforma Fornero ([397]) – hanno affermato il seguente principio di diritto: «in tema di reintegrazione del lavoratore per illegittimità del licenziamento… occorre distinguere, ai fini delle sanzioni previdenziali, tra la nullità o inef-

---

([395]) È questa la ricostruzione proposta da M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 90, parafrasata nel testo. *Cfr*. anche A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 126, secondo cui «la retroattività dell'effetto giuridico non esclude la realtà fattuale e giuridica esistente sino al momento della sua realizzazione, bensì la presuppone»; R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., 42; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, cit., 293.

([396]) *Cfr*. Cass., 1 aprile 2009, n. 7934, cit.

([397]) Le Sezioni Unite della Corte di cassazione prendono in esame l'art. 18 St. lav., come modificato dalla riforma Fornero per trarre degli argomenti ermeneutici esportabili con riguardo al regime previgente: v. *infra*, in questo §, nel testo.

ficacia del licenziamento, che è oggetto di una sentenza dichiarativa, e l'annullabilità del licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo, che è oggetto di una sentenza costitutiva: nel primo caso, il datore di lavoro, oltre che ricostruire la posizione contributiva del lavoratore 'ora per allora', deve pagare le sanzioni civili per omissione *ex* art. 116, comma 8, lett. a), l. 23 dicembre 2000, n. 388; nel secondo caso, il datore di lavoro non è soggetto a tali sanzioni, trovando applicazione la comune disciplina della 'mora debendi' nelle obbligazioni pecuniarie, fermo che, per il periodo successivo all'ordine di reintegra, sussiste l'obbligo di versare i contributi periodici, oltre al montante degli arretrati, sicché riprende vigore la disciplina ordinaria dell'omissione e dell'evasione contributiva» ([398]).

La tesi affermata nel 2014 dalla Corte di cassazione, alla quale si è uniformata la giurisprudenza di legittimità successiva ([399]), sebbene affermi la natura costitutiva dell'azione di «annullamento» del licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo nel contesto della tutela a contenuto reintegratorio, nel limitare il campo di applicazione delle sanzioni per omissione o evasione contributiva alle ipotesi di recesso «nullo» o «inefficace» ([400]) pone

([398]) *Cfr*. Cass., S.U., 18 settembre 2014, n. 19665, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 19 settembre, con nota di F. FERSINI, *Nessuna sanzione civile al datore di lavoro per omessi contributi*.

([399]) *Cfr*. Cass., 25 maggio, 2015, n. 10718, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 26 maggio; Cass., 27 maggio 2015, n. 10971, in *Dejure*; Cass., 5 agosto 2015, n. 16480, in *Dejure*; Cass., 23 maggio 2016, n. 10679, in *Dejure*; Cass., 6 settembre 2016, n. 17645, in *Dejure*.

([400]) In relazione a tali fattispecie, infatti, Cass., S.U., 18 settembre 2014, n. 19665, cit. riconosce il carattere dichiarativo della tutela. Rispetto all'azione di accertamento, invero, si non pone il problema dell'efficacia retroattiva o irretroattiva della senten-

rimedio all'equivoco interpretativo in cui era incorso l'orientamento più recente, che ravvisava nell'affermata efficacia retroattiva della sentenza di annullamento del recesso datoriale ingiustificato una vera e propria modifica della realtà fattuale e giuridica del passato. Tuttavia, si deve rilevare come, nel suo complesso, la soluzione adottata non sia tuttora soddisfacente: al pari della giurisprudenza che si era occupata del problema dell'ammissibilità, nell'ambito della tutela reale, di un secondo licenziamento intimato in pendenza del giudizio sulla legittimità del primo ([401]), le Sezioni Unite si muovono nel solco tracciato da un presupposto errato, rappresentato dalla – paradossale – compatibilità tra una tutela di tipo costitutivo cui il lavoratore dovrebbe fare ricorso quale reazione a un atto di recesso viziato, e l'inefficacia di quest'ultimo.

Come già visto, dunque, sarebbe a questo punto più coerente riconoscere la natura dichiarativa dell'azione di impugnazione del licenziamento, anche nell'ipotesi di re-

---

za, atteso che esse non producono alcun effetto costitutivo nella realtà giuridica, ma si limitano ad accertare se, a un dato momento storico, un rapporto giuridico è o meno esistente; l'accertamento dell'esistenza e del modo di essere di un rapporto giuridico nel passato a opera di una sentenza dichiarativa è, dunque, cosa ben diversa dalla produzione di un effetto giuridico retroattivo da parte di una pronuncia costitutiva: *cfr*. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 25; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 181; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, cit., 294; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 197, nota 253; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 71, nota 15.23; C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 189.

([401]) V. *supra*, in questo §, nota 383.

cesso privo di giusta causa o giustificato motivo, sebbene la legge lo qualifichi quale licenziamento annullabile ([402]).

Peraltro, è appena il caso di rilevare come tale riconoscimento non stravolgerebbe – seppure solo *pro futuro*, nel sistema delle tutele come riformato nel 2012 – l'impianto ricostruttivo proposto dalle Sezioni Unite ([403]) nel contesto del quale le sanzioni per omessa contribuzione sono applicabili nel solo caso del licenziamento nullo o inefficace e non anche di quello annullabile. Si deve ricordare, infatti, che l'art. 18, comma 4, St. lav. – e ora anche l'art. 3, comma 2, D.lgs. n. 23/2015 ([404]) –, proprio con riferimento all'ipotesi del recesso annullabile, accompagna la reintegrazione con la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reinte-

---

([402]) Né pare si possa ritenere che la Corte di cassazione abbia invero inteso attribuire al licenziamento un'efficacia estintiva del rapporto (coerentemente con l'affermata natura costitutiva dell'azione), poi rimossa *ex tunc* dalla sentenza di annullamento del recesso ingiustificato. Infatti, per un verso, ciò sarebbe in aperto contrasto con l'orientamento giurisprudenziale maggioritario secondo cui, nell'ambito della tutela a contenuto reintegratorio, il licenziamento è inefficace (v. *supra*, § 4, nota 11), e, per altro verso, è la stessa Corte a escluderlo, ritenendo non irrogabili le sanzioni per omissione contributiva anche prima del 2012 e, dunque, a prescindere dall'espressa esclusione ora contenuta nell'art. 18, comma 4, St. lav.).

([403]) *Cfr*. Cass., S.U., 18 settembre 2014, n. 19665, cit.

([404]) L'art.18, comma 4, St. lav. prevede, inoltre, la condanna al pagamento degli interessi nella misura legale, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative: v. *supra*, §§ 3.4 e 3.9.

grazione, ma esclude espressamente l'applicazione di sanzioni per omissione contributiva. Non vi è, tuttavia, motivo di credere che tale previsione abbia inteso esplicitare una regola già immanente nel sistema: poiché rispetto a qualsivoglia previsione normativa, che non si ponga in aperto contrasto con una disposizione previgente, può sostenersi sia il carattere «innovativo» sia quello «riepilogativo» di una precedente norma seguita nella prassi, è, pertanto, altrettanto legittima la conclusione opposta secondo cui, se le sanzioni per omissione contributiva non fossero altrimenti dovute, non ci sarebbe stato bisogno di escluderne l'applicabilità. Appare più lineare pensare che il legislatore del 2012 lo abbia fatto perché, in mancanza di una espressa esclusione, le sanzioni sarebbero state irrogabili tanto nell'ipotesi del recesso annullabile quanto in quella del recesso nullo o inefficace: proprio in questa prospettiva, la specificazione operata nel 2012 pare conforme alla *ratio* della riforma Fornero che, come riconosciuto dalla stessa Corte di cassazione ([405]), ha inteso ridimensionare l'ambito della tutela reale e, soprattutto (ed è questo il profilo che qui rileva), il suo contenuto: infatti, se prima della riforma il regime sanzionatorio era in tutto e per tutto unificato ([406]), per effetto della legge n. 92/2012 – e del successivo D.lgs. n. 23/2015 – le sanzioni contro il licenziamento illegittimo sono state graduate, distinguendo, tra il resto, una tutela a contenuto reintegratorio pieno ([407]) e una tutela a

([405]) *Cfr*. Cass., S.U., 18 settembre 2014, n. 19665, cit., che inoltre ravvisa nelle versioni dell'art. 18 St. lav. previgente e successiva alla legge n. 92/2012 un *continuum* normativo.

([406]) L'unificazione del regime delle tutele portata dallo Statuto dei lavoratori (v. *supra*, § 3.1) sembra legittimare, peraltro, la convinzione che nulla cambi tra nullità, inefficacia e annullabilità del licenziamento.

([407]) V. *supra*, §§ 3.3 e 3.8.

contenuto reintegratorio ridotto ([408]). Ebbene, tenuto conto che il licenziamento annullabile è sanzionato con una tutela sì reale ma attenuata ([409]), l'espressa esclusione dell'applicabilità delle sanzioni per omissione contributiva pare trovare la propria giustificazione nell'intento di affievolire il relativo regime sanzionatorio sotto il profilo sia civilistico sia contributivo.

In altre parole, anche nell'ipotesi del licenziamento «annullabile» saremmo di fronte a un atto di recesso viziato e inefficace – e, quindi, sul piano della tutela, a un'azione dichiarativa – con la conseguente ipotetica applicabilità delle sanzioni per omissione contributiva, in concreto però esclusa in ragione della minor gravità ricollegata dal legislatore ai vizi che in questo caso rendono il licenziamento non «nullo» bensì solo (testualmente) «annullabile» ([410]).

17. (*Segue*) La dottrina.

Esaminata la posizione della giurisprudenza – avendo evidenziato i profili che legittimano, si crede, quantomeno di dubitare della correttezza della tesi che sostiene il carat-

---

([408]) V. *supra*, §§ 3.3 e 3.9.

([409]) V. *supra*, in questo §, nota 408.

([410]) Si consideri che, se nelle ipotesi in cui la legge dispone la nullità o l'inefficacia del licenziamento, quali il licenziamento discriminatorio o quello disposto per un motivo illecito determinante (v. *supra*, in questo §, nota 407), è difficile sostenere che l'inadempimento del datore di lavoro che aveva tenuto scoperta la posizione contributiva del lavoratore non debba essere sanzionato in quanto determinato da un affidamento in buona fede sulla legittimità del licenziamento, di affidamento incolpevole potrebbe invece parlarsi in relazione alle ipotesi di licenziamento annullabile (v. *supra*, in questo §, nota 408), con ciò giustificandosi, per certi versi, l'inapplicabilità delle sanzioni per omissione contributiva.

tere costitutivo dell'azione di impugnazione del licenziamento ([411]) –, occorre ora rivolgere l'attenzione alle teorizzazioni della dottrina.

Anche in questo contesto, se l'impugnazione giudiziale proposta in relazione a un licenziamento «nullo» ([412]) o «inefficace» ([413]), sottoposto alla tutela a contenuto reintegratorio, ovvero viziato ma efficace, nell'ambito della tutela a contenuto meramente indennitario ([414]), è generalmente ricondotta al novero delle azioni dichiarative ([415]), discussa è, invece, la qualificazione dell'impugnazione promossa a seguito dell'intimazione di un licenziamento «annullabile» ([416]). In quest'ultimo caso, in via di approssimazione, è possibile affermare che a favore della natura costitutiva si esprimono essenzialmente gli studiosi giuslavoristici ([417]), mentre quelli processualcivilistici propendono per la natura dichiarativa ([418]).

([411]) In merito alla posizione espressa dalla giurisprudenza, v. *supra*, § 16.

([412]) V. *supra*, § 16, nota 379.

([413]) V. *supra*, § 16, nota 378.

([414]) Si tratta delle ipotesi descritte *supra*, §§ 3.1, 3.5, 3.6, 3.10 e 3.11. In questi casi, l'art. 18 St. lav. e il D.lgs. n. 23/2015 prevedono che il giudice debba dichiarare risolto ovvero estinto il rapporto con effetto dalla data del licenziamento.

([415]) Oltre alla dottrina citata *infra*, in questo §, nota 418, *cfr*. M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 7; G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 168; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 34.

([416]) V. *supra*, § 16, note 375 e 376.

([417]) M.V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, cit., 103; M. NAPOLI, voce *Licenziamenti*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. comm.*, Torino, 1993, 64; F. MAZZIOTTI DI CELSO, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, Torino, 1991, 110; A. VALLEBONA, *Istituzio-*

Già prima delle novità introdotte dalla legge Fornero e dal decreto sulle tutele crescenti, le argomentazioni ermeneutiche addotte dall'uno e dall'altro schieramento ruotavano principalmente intorno alla discussa idoneità del licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo a estinguere il rapporto di lavoro, alla valorizzazione più o meno accentuata del dato letterale, alla previsione di un termine di decadenza entro cui impugnare, seppure stragiudizialmente, il recesso datoriale reputato illegittimo nonché al riparto dell'onere della prova.

Ciascuno di questi temi merita di essere affrontato separatamente.

---

ni di diritto del lavoro, cit., 379; G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 168. *Cfr*. però E. BARRACO, *Tutela reale e processo: rimedio (eccezionale) di mero accertamento*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 1044, e L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i 'principi' costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 2007, 657.

(418) C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 569; R. ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, cit., 162; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., 104; ID., *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, cit., 231; A. PROTO PISANI, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, cit., 371; C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 733; sembrano propensi a riconoscere il carattere dichiarativo, D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 64 e R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 97-98; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 68, 141, nota 26.15, 215 e 321; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 552-554, spec. nota 492. *Cfr*. però C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 34, e M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 7.

A favore della tesi della qualifica dichiarativa della pronuncia di «annullamento» del licenziamento ingiustificato milita, in primo luogo, la convinzione che, nel contesto della tutela a contenuto reintegratorio, il recesso datoriale illegittimo non sia idoneo a estinguere il rapporto di lavoro. Come detto, infatti, se il licenziamento viziato è inefficace la tutela deve necessariamente essere di accertamento, poiché non vi sarebbe alcun effetto costitutivo (di tipo demolitorio) che il provvedimento giudiziale possa utilmente dispiegare nella realtà giuridica ([419]).

Così, sotto questo profilo, il dibattito intorno alla natura dell'azione viene a dipendere dalla soluzione che si intende dare al quesito sull'efficacia o meno del licenziamento ingiustificato.

La questione si era posta già con riguardo alla prima versione dell'art. 18 St. lav., introdotto dal legislatore del 1970. Secondo alcuni, il datore di lavoro sarebbe sempre stato in grado di determinare, mediante l'esercizio del suo diritto potestativo di recesso, l'estinzione del rapporto di lavoro e l'eventuale vizio del licenziamento, qualunque esso fosse, avrebbe comportato la sua annullabilità ([420]). Secondo altri, invece, i quali rimproveravano ai primi di avere violato «le regole del gioco» per aver ritenuto «per non scritte le parole di un disposto (invalidità, inefficacia, reintegra)», si sarebbe dovuto tenere conto della differente terminologia, non meramente casuale, adoperata dal legislatore con riferimento alle diverse ipotesi di licenziamento illegittimo, sicché, ferma restando l'inefficacia del recesso

---

([419]) V. *supra*, § 16.

([420]) *Cfr*. P. FANFANI, *Il risarcimento del danno per i licenziamenti individuali*, in *Dir. lav.*, 1971, 380; A. ARANGUREN, *Autonomia e legge nella disciplina dei licenziamenti*, Milano, 1971, 649; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., 164.

«nullo» o per l'appunto «inefficace», il recesso «annullabile» sarebbe stato produttivo, seppure in via precaria, dell'effetto estintivo del rapporto di lavoro ([421]). Altri ancora, infine, soprattutto a seguito della riforma del 1990 ([422]), ma anche prima, hanno, da un lato, rimarcato il carattere equivoco e dunque inattendibile del dato letterale, e, dall'altro lato, valorizzato l'unificazione del regime sanzionatorio applicabile alla gran parte delle fattispecie di licenziamento illegittimo, per affermare l'inidoneità del recesso ingiustificato a estinguere il rapporto di lavoro: in questa ipotesi, il vizio del licenziamento sarebbe qualificabile in termini di nullità ([423]), seppur speciale rispetto alla nullità di diritto comune ([424]).

([421]) *Cfr*. G.F. MANCINI, *sub* art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, a cura di U. Romagnoli-L. Montuschi-G. Ghezzi-G.F. Mancini, Bologna, 1972, 266-267; M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., 21. Da tale considerazione deducono espressamente la natura costitutiva dell'azione, F. LISO, *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, in *Riv. dir. civ. e proc. civ.*, 1972, 1091-1094, e M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da L. Riva Sanseverino-G. Mazzoni, II, Padova, 1971, 698.

([422]) M. D'ANTONA, *sub* art. 1 legge 11 maggio 1990, n. 108, cit., 158; L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i 'principi' costituzionali*, cit., 656. Sulla legge n. 108/1990, v. *supra*, § 3.1.

([423]) O. MAZZOTTA, *Il risarcimento dei danni per licenziamento illegittimo tra 'sanzione' e 'adempimento'*, cit., 2171 e 2175; M. D'ANTONA, *Licenziamento illegittimo e prova del danno: la stabilità 'economica' del rapporto di lavoro secondo le sezioni unite*, cit. Sul rischio di un eccessivo formalismo in relazione a una lettera della legge equivoca, *cfr*. F.M. PUTATURO DONATI, *Applicabilità della tutela reale e inefficacia del licenziamento reiterato:* summus ius, summa iniura?, cit., 124; O. Mazzotta, *La 'parola' del*

Quest'ultima posizione, oltre a trovare riscontro, come visto, nell'orientamento giurisprudenziale largamente maggioritario ([425]), ha attratto i consensi della prevalente dottrina processualcivilistica, secondo cui alle scelte terminologiche del legislatore non può essere attribuita portata decisiva in presenza di altri e ben più pregnanti indici in senso contrario ([426]).

Tali considerazioni sono ritenute da una parte della dottrina tutt'ora valide, anche a seguito della graduazione dei rimedi avverso il recesso datoriale illegittimo introdotta dalla legge n. 92/2012 e confermata dal D.lgs. n. 23/2015. È stato, infatti, osservato come la formulazione dell'art. 18 St. lav. offra, dopo la riforma Fornero, delle indicazioni ancora meno chiare di quanto già non lo fossero in passato: se l'art. 18, comma 4, St. lav. parla di «annullamento» del licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo, l'art. 18, comma 6, St. lav. definisce «inefficace» il licenziamento affetto da vizi formali o proce-

---

legislatore e il sistema della legge: a proposito del potere del datore di lavoro di rilicenziare un lavoratore già licenziato, cit.

([424]) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 681. In questo senso pare pure P. ICHINO, *Quando la logica formale produce un risultato sostanzialmente illogico*, in *Giust. civ.*, 2007, 1, 198; sulla previsione di un trattamento sanzionatorio unico e indifferenziato a fronte del quale permane una sanzione solo nominalmente diversa, *cfr*. ID., *Il contratto di lavoro*, III, cit., 493.

([425]) Secondo la giurisprudenza, infatti, il tratto distintivo della stabilità reale è proprio la sua capacità di salvaguardare la continuità giuridica del rapporto di lavoro, che viene inciso dal licenziamento solo nella sua funzionalità di fatto: v. *supra*, § 16.

([426]) C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 582, nota 173; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 553, spec. nota 492; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 73 e 321.

durali; vi sarebbe, quindi, un licenziamento efficace nonostante il ricorrere di un vizio grave (sanzionato con una tutela a contenuto reintegratorio), ma al contempo, nell'ipotesi del recesso affetto da un vizio meno grave (sanzionato più lievemente, con una tutela a contenuto solo indennitario), un licenziamento inefficace che diviene – paradossalmente – produttivo di effetti solo in virtù della pronuncia giudiziale che ne dichiari proprio l'inefficacia ([427]). A fronte di tale incongruità, si è dunque sottolineato l'opportunità di valorizzare maggiormente la sostanza piuttosto che la forma, riconoscendo in tutti i casi in cui la legge assicura stabilità reale al rapporto di lavoro che quest'ultimo non viene estinto, nemmeno precariamente, dal licenziamento ingiustificato, diversamente da quanto accade nelle ipotesi in cui la tutela è meramente obbligatoria ([428]).

Peraltro, non si è mancato di evidenziare la «macchinosità» dei rimedi implicita nell'accoglimento della tesi costitutiva, che impone di immaginare un «tortuoso percorso per cui al diritto potestativo del datore di lavoro (di recedere dal rapporto con il proprio dipendente) si contrapporrebbe un potere di azione costitutiva del lavoratore

---

([427]) C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 732; R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 98.

([428]) I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, cit., 231, spec. nota 43. Alcuni, tuttavia, hanno ravvisato nelle novità apportate nel 2012 (ma il discorso vale a maggior ragione pure per quelle introdotte dal legislatore del 2015) la necessità di un ripensamento della tesi che propende per la natura dichiarativa dell'azione. Per un esame degli indici della idoneità del licenziamento a estinguere sempre il rapporto di lavoro, *cfr*. M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 7.

(di far annullare quell'atto)» ([429]). Ciò si tradurrebbe, infatti, in un stabilità reale assicurata al lavoratore solo *ex post*, a seguito di una effettiva interruzione, tanto di fatto quanto di diritto, del rapporto di lavoro ([430]).

La previsione di un termine di decadenza entro cui impugnare il recesso datoriale ingiustificato è stata ritenuta un chiaro indice della natura costitutiva dell'azione ([431]). Tuttavia, un'altra dottrina ne è dimostrato la piena compatibilità con le azioni di accertamento ([432]), a maggior ragione quando il termine di decadenza operi in relazione a una contestazione non necessariamente giudiziale ([433]). In-

---

([429]) C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 732; I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, cit., 231. *Contra* M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 7.

([430]) C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II*, cit., 582, nota 173.

([431]) A. PROTO PISANI, *L'oggetto del processo*, in V. Andrioli-C.M. Barone-G. Pezzano-A. Proto Pisani, *Le controversie individuali in materia di lavoro*, Bologna-Roma, 1987, 61; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 319. *Cfr*. anche R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 98, nonché C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 578, e C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 733, che comunque si esprimono a favore della tesi dichiarativa.

([432]) M. MAGNANI, *La rinnovazione del licenziamento nullo per vizio di procedura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1974, 659; I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, cit., 231, nota 43, che porta l'esempio dell'impugnazione delle delibere assembleari nel campo del diritto societario.

([433]) M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 68, che ravvisa in questa circostanza un indice della natura dichiarativa della tutela.

vero – si è argomentato –, nei casi in cui si ammette la proposizione di una impugnazione stragiudiziale, il termine acquista significato solo se l'atto la cui impugnazione è sottoposta a decadenza è inefficace: la funzione del termine sarebbe proprio quella di attribuire (con il suo decorso) efficacia all'atto altrimenti improduttivo di effetti, atteso che l'obiettivo tipico dei termini di decadenza sarebbe utilmente perseguibile soltanto da una impugnazione giudiziale (o dal decorso del relativo termine), la sola idonea a fare venire meno lo stato di incertezza insito nell'impugnabilità del licenziamento ([434]).

L'introduzione nel 2010, a opera del Collegato lavoro, di un secondo termine di decadenza per la proposizione della domanda giudiziale ([435]) non ha indotto a un ripensamento della conclusione raggiunta e, anzi, ha offerto un ulteriore argomento a favore della tesi dichiarativa. Nonostante le critiche sollevate da una parte della dottrina ([436]), esso risponde a una evidente esigenza pratica – quella di porre fine allo stato di incertezza lasciato persistere dall'impugnazione proposta in sede stragiudiziale e di evitare esitazioni a volte dettate da fini speculativi ([437]) –, e chiarisce definitivamente la piena compatibilità tra la presenza

---

([434]) *Cfr*. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, *I processi speciali*, Milano, 2013, 325; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 554, nota 492; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 67.

([435]) V. *supra*, § 8.

([436]) C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 733, secondo i quali la legge n. 183/2010 avrebbe introdotto un «vero e proprio *nonsense*», che troverebbe «la sua unica giustificazione nell'intento di creare un *barrage* affinché, se possibile, il cavallo inciampi, e non certo in considerazioni di natura giuridica».

([437]) V. *supra*, § 8, spec. nota 108.

di un termine per impugnare e la tutela di accertamento: per effetto dell'art. 32 legge n. 183/2010, infatti, l'art. 6 legge n. 604/1966 si applica «a tutti i casi di licenziamento invalido» ([438]) e, quindi, pure a licenziamenti indubbiamente inefficaci a fronte dei quali la tutela non può che essere dichiarativa ([439]).

Da ultimo, è stato posto in luce come la soluzione ermeneutica che si voglia accogliere in ordine alla natura dell'azione non è scevra di conseguenze, seppure solo teoriche ([440]), in merito alla ripartizione dell'onere della prova nel giudizio sull'impugnativa del licenziamento.

Se il lavoratore fosse effettivamente titolare di un potere formativo a esercizio giudiziale volto a ottenere una pronuncia costitutiva di annullamento del licenziamento ingiustificato, allora l'assenza di una giusta causa o di un giustificato motivo dovrebbe essere considerata, a stretto rigore, fatto costitutivo del suo diritto potestativo ([441]) e non già fatto impeditivo degli effetti giuridici che il lavoratore attore mira a conseguire nel giudizio sull'impugnativa del licenziamento ([442]). Tuttavia, in quanto fatto costitutivo, l'onere della relativa prova dovrebbe gravare sul lavoratore, diversamente da quanto sancito dall'art. 5 legge n. 604/1966 (12), che viceversa addossa la prova della sussi-

---

([438]) V. *supra*, § 10.

([439]) A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 554-555, nota 492; C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 733, nota 20.

([440]) Le conseguenze pratiche, infatti, sarebbero impedite dall'operare dell'art. 5 legge n. 604/1966: v. *infra*, in questo §, nel testo.

([441]) C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 582, nota 173.

([442]) V. *supra*, § 12, spec. nota 251.

stenza della giusta causa o del giustificato motivo al datore di lavoro ([443]). Pertanto, in questa prospettiva, si finisce necessariamente per convenire su ciò che il legislatore abbia inteso operare un'inversione dell'*onus probandi* ([444]), e non, più linearmente, che la norma abbia ripartito l'onere probatorio «in coerenza con l'oggetto e la struttura del giudizio» ([445]).

A questo punto, pare proprio che il sistema delle tutele sia perfettamente compatibile con una concezione dichiarativa dell'azione di impugnazione (anche) del licenziamento «annullabile» e, anzi, che tale concezione si imponga all'interprete alla luce delle numerose argomentazioni sopra passate in rassegna.

18. L'oggetto del giudizio sull'impugnazione del licenziamento

Una volta affermata la natura dichiarativa dell'azione di impugnazione del licenziamento illegittimo, indipendentemente dalla qualificazione del relativo vizio in termini di

([443]) V. *supra*, § 12.

([444]) V. *supra*, § 12, spec. nota 259.

([445]) C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 580; L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i 'principi' costituzionali*, cit., 657; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 554, nota 492; C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 732. *Contra* M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 7.

«nullità», «annullabilità» o «inefficacia», occorre chiedersi quale sia l'oggetto del giudizio ([446]).

Da un punto di vista generale, sembra astrattamente ipotizzabile che il processo abbia a oggetto, alternativamente, il diritto potestativo, la validità ed efficacia dell'atto di esercizio del diritto ovvero l'esistenza e il modo d'essere del rapporto giuridico sul quale il suo titolare, esercitandolo, intende produrre un effetto giuridico. In altre parole, l'oggetto del giudizio potrebbe essere ravvisato nel diritto di recesso del datore di lavoro, nella validità ed efficacia dell'atto di licenziamento ovvero nell'esistenza e nel modo d'essere del rapporto di lavoro.

La dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che oggetto del giudizio sull'impugnativa del licenziamento non sia il diritto potestativo in quanto tale ([447]). Viene osservato, anzitutto, che, tale situazione giuridica soggettiva,

---

([446]) In merito all'oggetto del processo in relazione ad azioni qualificate in termini costitutivi, v. *infra*, in questo §, nel testo e nota 467.

([447]) M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 203-204; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 593. *Cfr*. anche A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 550 ss., che però rileva come il potere sostanziale sia astrattamente idoneo a costituire oggetto del processo; lo è nell'ipotesi dell'azione in prevenzione esercitata anteriormente all'esercizio del potere: v. *supra*, § 11, spec. nota 162. Ritingono, invece, che l'oggetto del giudizio sull'impugnativa del licenziamento sia il diritto potestativo R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, cit., 44; A. PROTO PISANI, *L'oggetto del processo*, cit., 70; *cfr*. però ID., *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, cit., 372. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 20 novembre 1984, n. 5933, in *Giust. civ.*, 1985, I, 2825, con nota di S. MENCHINI, *Sui limiti oggettivi del giudicato in relazione alla legittimità del licenziamento del lavoratore*.

una volta esercitata in via stragiudiziale, si estingue per consumazione, spiegando l'effetto giuridico perseguito dal suo titolare ([448]). Inoltre, a prescindere da tale ultima osservazione per certi versi inconcludente ([449]), il lavoratore non potrebbe trarre dal suo accertamento, positivo o negativo, alcuna utilità, atteso che il suo interesse è indubbiamente ricollegato al rapporto di lavoro e non già al diritto

---

([448]) A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, cit., 79; ID., *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, cit., 655; I. PAGNI, *Licenziamento, poteri privati e interesse ad agire in mero accertamento*, cit., 511; C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, cit., 148-149; E. ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 174; R. ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, cit., 106; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 271; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 247; M. BOVE, *Potere di licenziare il lavoratore, limiti oggettivi del giudicato e interesse ad impugnare*, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2619. In giurisprudenza, *Cfr*. Cass., S.U., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Foro it.*, 2015, I, 862, con nota, tra gli altri, di S. MENCHINI, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, e in *Giur. it.*, 2015, 70, con nota di I. PAGNI, *Il sistema delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*. *Cfr*. tuttavia quanto osservato *infra*, in questo §, nota 449.

([449]) Precisa opportunamente A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 31 ss., che l'estinzione del diritto potestativo andrebbe ricollegata «non già al suo utilizzo da parte del titolare e, quindi, all'atto di esercizio in quanto tale, bensì all'intervenuta produzione dell'effetto giuridico», per poi affermare che, «se il mutamento giuridico non si sia realizzato… salvo il ricorrere di altre, autonome, cause di estinzione, potrà essere nuovamente esercitato»; *cfr*., in questo senso, anche A. ATTARDI, *Per una critica del concetto di preclusione*, in *Jus*, 1959, 6.

del datore di lavoro che persegue la sua estinzione ([450]). In altre parole, «il dipendente licenziato non ha ragione di negare un diritto potestativo del datore di lavoro, per affermare l'esistenza dei diritti propri (alla retribuzione, alla copertura previdenziale, ecc.): questi gli derivano immediatamente dal rapporto di lavoro subordinato; e concorrono a definire il suo contenuto» ([451]).

Considerazioni analoghe vengono svolte anche con riferimento alla validità ed efficacia dell'atto di licenziamento quale ipotetico oggetto del giudizio ([452]). Così come l'atto di esercizio del potere ha soltanto un ruolo «strumentale» nella verificazione dell'effetto perseguito dal datore di lavoro, la questione della validità ed efficacia dell'atto di recesso in sé considerato ha rilevanza meramente stru-

---

([450]) M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 203-204. A conclusioni parzialmente difformi pare potersi giungere nel caso in cui il diritto potestativo non sia ancora stato esercitato, non avendo il datore di lavoro intimato il licenziamento rispetto a fatti, però, ben individuati: v. *supra*, § 11.

([451]) G. MASSETANI, *Note in tema di impugnazione del* licenziamento, cit., 844, nota 2.

([452]) C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 593; C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 734; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 325; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 204; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 551 e 555; A. PROTO PISANI, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, cit., 372. *Contra*, pare, G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 167, che parlano di accertamento della validità del licenziamento.

mentale rispetto al bene della vita richiesto dal lavoratore ([453]).

Peraltro, il convincimento che l'oggetto del giudizio possa essere individuato nella validità ed efficacia dell'atto di esercizio del diritto potestativo datoriale (oltre che dello stesso diritto potestativo) è certamente alimentato dall'uso di una terminologia in realtà impropria: infatti, per riferirsi all'azione esperita dal lavoratore illegittimamente licenziato si parla comunemente, forse in ciò incentivati dalla lettera dell'art. 6 legge n. 604/1966, di «impugnazione del licenziamento», quasi a sottintendere che l'atto di licenziamento sia proprio l'oggetto dell'azione. Deve, tuttavia, considerarsi che l'atto di licenziamento costituisce un fatto e che i fatti, come noto, non possono costituire, salvo eccezioni ([454]), l'oggetto del processo ([455]).

Esclusa l'idoneità del diritto di recesso datoriale e dell'atto che ne è l'esercizio a costituire l'oggetto del giu-

---

([453]) S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 325; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 555.

([454]) V. *supra*, § 11, spec. nota 206.

([455]) A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 555; D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 216; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 54. Dell'atto di licenziamento si è già parlato in termini di fatto. Per un verso, avendo a mente la posizione sostanziale del datore di lavoro titolare del diritto potestativo di recesso, l'atto di licenziamento sarebbe, a seconda della tesi dottrinale che si ritiene di condividere, il solo fatto costitutivo dell'effetto estintivo (sul presupposto che la fattispecie costitutiva del potere sia di per sé perfezionata) ovvero soltanto uno dei fatti costitutivi dell'effetto, insieme ai fatti costitutivi del potere (v. *supra*, § 5). Per altro verso, avendo viceversa a mente la posizione del lavoratore illegittimamente licenziato, esso sarebbe uno dei fatti costitutivi del diritto alla tutela (v. *supra*, § 12).

dizio, quest'ultimo può essere individuato nel rapporto di lavoro ([456]). Nelle parole della migliore dottrina, «oggetto del processo iniziato dal lavoratore è l'accertamento positivo della esistenza ed efficacia del rapporto di lavoro che il datore di lavoro assume legittimamente estinto a seguito dell'atto di licenziamento… L'azione di impugnativa del licenziamento, quindi, altro non è se non una vera e propria azione di adempimento e/o di responsabilità per inadempimento» ([457]).

La già vista ([458]) riconduzione dell'impugnazione giudiziale del licenziamento all'azione di adempimento o di responsabilità contrattuale, oltre a offrire una ricostruzione soddisfacente dell'oggetto del processo tutte le volte

---

([456]) C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 593; C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 734; C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, cit., 149; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 552; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 216 e 321; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., 104; ID., *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, cit., 225; ID., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di* repêchage*: la Cassazione ritorna sugli onere di allegazione e prova*, cit.; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, 151; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, cit., 78; R. CAPONI-A. PROTO PISANI, *I limiti oggettivi del giudicato nelle azioni di impugnazione del licenziamento*, in *Foro it.*, 2001, I, 3693; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 324; R. ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, cit., 168; G. MASSETANI, *Note in tema di impugnazione del* licenziamento, cit., 842. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 16 maggio 2000, n. 6727, cit.

([457]) A. PROTO PISANI, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, cit., 372.

([458]) V. *supra*, § 12.

in cui il recesso datoriale illegittimo non è idoneo a estinguere il rapporto di lavoro ([459]), permette di indagare tale profilo in modo altrettanto soddisfacente anche in relazione ai licenziamenti produttivi di effetti benché viziati ([460]). In quest'ultima ipotesi, poiché l'oggetto dell'accertamento giudiziale non può coincidere, ovviamente, con la persistenza del rapporto di lavoro nonostante l'intimazione del recesso, deve convenirsi con quella dottrina secondo cui «il lavoratore, 'impugnando' il licenziamento, alleghi un inadempimento contrattuale del datore di lavoro, chiedendo che quest'ultimo venga conseguentemente condannato al pagamento della penale che la legge a tale inadempimento ricollega» ([461]). In questi casi, dunque, il giudice accerterà l'avvenuta estinzione del rapporto di lavoro per effetto di un cattivo esercizio del potere datoriale di recesso ([462]).

Peraltro, una conferma della bontà della tesi accolta dalla dottrina maggioritaria in punto di oggetto del processo può essere tratta da ciò che ad analoghe conclusioni giunge pure chi ha sostenuto la natura costitutiva della sentenza che «annulla» il licenziamento ([463]). Già poco meno

---

([459]) Sono i licenziamenti in relazione ai quali opera la tutela a contenuto reintegratorio prevista sia dall'art. 18 St. lav. che dal D.lgs. n. 23/2015: v. *infra*, §§ 3.3, 3.4, 3.8 e 3.9.

([460]) Si tratta dei licenziamenti sanzionati dalla tutela obbligatoria di cui all'art. 8 legge n. 604/1966 e dalla tutela meramente indennitaria o risarcitoria di cui all'art.18 St. lav. e al D.lgs. n. 23/2015: v. *supra*, §§ 3.6, 3.6, 3.10 e 3.11.

([461]) C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 734.

([462]) C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 34.

([463]) Nella prospettiva della natura costitutiva dell'azione di impugnativa del licenziamento, si pone l'ulteriore alternativa, quale ipotetico oggetto del giudizio, del diritto potestativo del lavoratore

di trent'anni fa, un autorevole Autore aveva rilevato come «l'eventuale riconoscimento del carattere costitutivo di esso [*i.e.* il processo] non esclude che l'oggetto della lite, *rectius* il bene della vita controverso, sia la situazione finale, ossia il rapporto di lavoro, della cui attuale sussistenza il lavoratore pretende il riconoscimento, previo annullamento dell'atto di licenziamento» ([464]). Questa ricostruzione dell'oggetto del giudizio è stata fatta propria anche dalla giurisprudenza più recente che ha affrontato questo specifico tema in relazione alle domande di impugnativa negoziale ([465]). In particolare, le Sezioni Unite della Corte di cassazione ([466]), accogliendo *expressis verbis* l'opinione di

---

all'annullamento del licenziamento. *Cfr*., in senso critico, S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 325; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 65; R. CAPONI-A. PROTO PISANI, *I limiti oggettivi del giudicato nelle azioni di impugnazione del licenziamento*, cit., 3692; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 593; D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 218-219. Per alcuni riferimenti di dottrina e giurisprudenza che, con riguardo alle azioni costitutive, fanno invece riferimento al diritto potestativo quale oggetto del giudizio, *cfr*. S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Milano, 1988, 107 ss.

([464]) S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 325, nota 64; ID., *Il giudicato civile*, cit., 115 ss.

([465]) Le azioni di impugnativa contrattuale sono tradizionalmente intese in termini costitutivi ai sensi dell'art. 2908 c.c. Non sono mancate, tuttavia, ricostruzioni alternative, che hanno sostenuto la natura di mero accertamento della sentenza: *cfr*. I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 167 ss.; ID., *Contratto e processo*, in *Trattato sul contratto*, diretto da E. Roppo, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, 823.

([466]) Cass., S.U., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit.

un'illustre dottrina ([467]), hanno posto al centro del processo, non il «diritto potestativo fondato sul singolo motivo (di annullamento, rescissione, risoluzione, nullità) dedotto in giudizio», bensì il «negozio» e il «rapporto giuridico sostanziale che ne scaturisce».

19. L'oggetto del giudizio e la sua capacità contenutistica: i limiti alla cognizione del giudice e i poteri delle parti

Si è detto che, secondo l'opinione maggiormente condivisa, a fronte dell'esercizio di un diritto potestativo volto alla produzione di un effetto estintivo, l'oggetto del giudizio non andrebbe ravvisato nel diritto sostanziale alla modificazione giuridica, né tantomeno nell'atto del suo esercizio, bensì nel rapporto giuridico che lega il titolare

---

([467]) Il seguente passo di Cass., S.U., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit. fa evidentemente riferimento ad A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, cit., 79: «Appare decisiva l'obiezione di chi ha sostenuto che ricondurre l'oggetto del processo alla fattispecie del diritto potestativo (sostanziale tout court, ovvero 'a necessario esercizio giudiziale') risulta viziata da un eccesso di concettualismo, destinato, anziché aiutare a spiegare la realtà, *i.e.* a identificare quale sia il bene della vita oggetto della disputa tra le parti, ad offuscarla inutilmente, volta che il diritto potestativo civilistico inteso quale autonoma situazione soggettiva potrebbe al più costituire oggetto del processo prima del suo esercizio, e mai dopo: una volta esercitato, in via giudiziale o stragiudiziale, il diritto potestativo è destinato a estinguersi per consumazione, mentre, a seguito del suo esercizio, la contesa delle parti nel processo non è più sull'esistenza o meno del diritto potestativo, bensì sull'esistenza o meno dei fatti modificativi-impeditivi-estintivi ai quali l'esercizio di quel diritto ha preteso di dare rilevanza, ossia le situazioni soggettive sostanziali».

del diritto al soggetto nella cui sfera giuridica è destinato a prodursi l'effetto ([468]).

Tale conclusione non esclude, nondimeno, che l'esame dei fatti cui il datore di lavoro ha inteso dare rilevanza ponendo in essere l'atto di esercizio del diritto nonché le relative modalità di intimazione possa (anzi debba) essere condotto dal giudice; lo sarà quale oggetto di una questione preliminare di merito ([469]), ai fini dell'accertamento della perdurante esistenza del rapporto di lavoro nonostante l'esercizio del diritto di recesso ([470]) ovvero dell'inadempimento datoriale che ha comunque determinato la sua estinzione ([471]). È, dunque, in tale prospettiva che il giudice dovrà conoscere dell'esistenza dei fatti costitutivi del diritto potestativo, della mancanza di fatti impeditivi o estintivi ([472]).

A fronte di tale ricostruzione dell'oggetto del giudizio sull'impugnativa del licenziamento, la dottrina si è in-

---

([468]) V. *supra*, § 18.

([469]) A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 180, 556 e 564; C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 734; D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 157; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 593 e 594. *Cfr*. anche S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 149, secondo cui «l'oggetto della pronuncia, relativa al rapporto giuridico scaturito dall'esercizio del diritto potestativo, è rappresentato dallo stesso rapporto, mentre la questione concernente l'effettiva sussistenza del potere e/o la validità dell'atto di esercizio ha valore meramente pregiudiziale».

([470]) In relazione ai licenziamenti indicati *supra*, in questo §, nota 459.

([471]) Ciò, invece, vale per licenziamenti indicati *supra*, in questo §, nota 460.

([472]) A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 564.

terrogata in ordine alle sue implicazioni sui confini della cognizione del giudice nel corso del processo, sulla possibilità di rimettere in discussione la situazione definita dal rigetto della domanda del lavoratore con un'ulteriore impugnazione del licenziamento che valorizzi eventuali altri profili di illegittimità dell'atto, nonché sul successivo esercizio del diritto di recesso datoriale che faccia seguito all'accoglimento dell'impugnazione.

Le soluzioni offerte dalla dottrina – in particolare, come si vedrà ([473]), quelle agli interrogativi riferiti alla situazione successiva alla pronuncia di un provvedimento di accoglimento o di rigetto dell'impugnazione – dipendono in larga misura dalla concezione che si è ritenuto di accogliere della nozione di «cosa giudicata» e dei suoi limiti oggettivi, o ne sono quantomeno strettamente connesse ([474]).

([473]) V. *infra*, §§ 20 e 21.

([474]) Più facilmente intuibili paiono le conseguenze che l'accoglimento dell'opposta tesi sull'oggetto del giudizio avrebbe comportato: se un determinato licenziamento fosse al centro dell'accertamento giudiziale, è evidente che una successiva azione di impugnativa esercitata con riferimento a un secondo atto di recesso non sarebbe in nessun modo pregiudicata dalla decisione pronunciata dal primo giudice, anche là dove il secondo licenziamento poggiasse sui medesimi fatti storici; si tratterebbe, infatti, di due atti di recesso differenti e i relativi conseguenti giudizi avrebbero un oggetto del tutto diverso, impedendo di fare discendere dalla prima decisione un qualche vincolo per la seconda. *Cfr*. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 184 e 326, nota 65, il quale rimanda alle dimostrazioni di E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 1319 e A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Libro II, Tomo I, Torino, 1980, 155; C. CONSOLO, *Og-*

Nell'economia del presente lavoro, non è tuttavia possibile approfondire il complesso tema dei limiti oggettivi del giudicato, al quale può farsi solo qualche accenno in termini inevitabilmente generici e approssimativi ([475]). A questo proposito, preme fin da subito evidenziare come, nell'intento di ampliare la portata della cosa giudicata nel caso di successivi esercizi del diritto potestativo datoriale, dando così risposta all'esigenza di assicurare il consolidamento della situazione sostanziale sulla quale incide la decisione del giudice ([476]), abbia avuto grande seguito la teoria di matrice tedesca che riconosce l'efficacia portante della motivazione della sentenza ([477]). Tale dottrina impo-

---

getto del giudicato e principio dispositivo. II., cit., 597; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 561.

([475]) In argomento, si consenta il rinvio a E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, 129; M. VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, 1958, 48; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., 275; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit.; ID., *Il giudicato civile*, cit.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 386; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 263. E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1991.

([476]) Tale esigenza costituisce per la migliore dottrina l'obiettivo che deve guidare l'interprete nella determinazione dell'oggetto del giudizio e del giudicato. *Cfr*. S. MENCHINI, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, cit., 862.

([477]) Il riferimento è alla tesi di A. ZEUNER, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen, 1959, ripresa a vario titolo dalla dottrina italiana: *cfr*. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 310 ss.; ID., *Il giudicato civile*, cit., 167 ss.; A. CERINO CANOVA, *Le*

ne di investigare il motivo su cui il giudice abbia fondato la propria decisione, al quale è ricollegata l'efficacia del giudicato, di modo da vincolare una successiva decisione sulla medesima fattispecie in presenza sì di nuovi fatti, ma che non siano tali da incidere sul motivo portante della prima sentenza ([478]). Una volta affermato, come si è visto, che l'atto di licenziamento dà luogo a una questione preliminare di merito (e non già a una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 34 c.p.c., né costituisce direttamente l'oggetto del giudizio), questa teoria permette di dare rilevanza alla cognizione del giudice in ordine alla legittimità sostanziale e formale del recesso datoriale, che, in quanto tale, non sarebbe munita dall'autorità di cosa giudicata ([479]).

---

impugnazioni civili. Struttura e funzione, Padova, 1973, 141; C. CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Eur. dir. priv*., 2010, 974 ss.; ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 594 ss.; ID. *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, Padova, 1985, 500 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 187; ID., *Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, cit., 559; R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., 141; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, Milano, 1994, 110 ss.; D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 227 ss.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 180 ss. e 576 ss.

([478]) Si veda la dottrina citata *supra*, in questo §, nota 477.

([479]) Sulla nozione di questione preliminare di merito e sul rapporto con il giudicato, *cfr*. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 92; *cfr*. anche A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 181, nota 222.

Diverso è il discorso per le questioni pregiudiziali *ex* art. 34 c.p.c. che, all'opposto delle questioni preliminari di merito, in quanto aventi a oggetto «veri e propri diritti, rapporti giuridici o status, che rilevano in quanto pregiudiziali rispetto al, ben diverso, diritto oggetto della domanda», possono essere oggetto di autonoma decisione (C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civi-*

le, I, cit., 93). Come noto, già prima dell'avvento dell'attuale codice di rito si discuteva in merito all'esatta portata del giudicato, soprattutto ove un dato rapporto giuridico fosse dedotto in giudizio con riguardo a uno o alcuni soltanto dei diritti da esso scaturenti: secondo alcuni l'efficacia di cosa giudica avrebbe riguardato anche le questioni costituenti il presupposto logico-necessario della decisione; secondo altri, invece, avrebbe dovuto farsi esclusivo riferimento alla precisa domanda formulata dall'attore (*cfr*. la ricostruzione operata da S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 64 ss. che richiama, con riferimento all'ultima posizione, le teorie di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 356 ss.). Con l'avvento dell'art. 34 c.p.c., la discussione si è spostata sul ruolo della norma, se applicabile soltanto in caso di deroga alle ordinarie regole sulla competenza oppure tale da richiedere sempre, in mancanza di una specifica previsione di legge, l'espressa domanda di parte per la decisione di una questione pregiudiziale con efficacia di giudicato (quanto alla prima tesi, minoritaria, *cfr*. V. DENTI, voce *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it*., XIV, Torino, 1967, 676; M. TARUFFO, Collateral estoppel *e giudicato su questioni*, II, in *Riv. dir. proc*., 1972, 272; quanto alla posizione della dottrina maggioritaria, *cfr*. F. CARNELUTTI, *In tema di accertamento incidentale*, in *Riv. it. dir. e proc. civ.*, 1943, 17; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., 485; E. GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc*., 1976, 257). In dottrina, poi, si è distinto tra due figure di pregiudizialità: quella tecnica, che sussiste quando un diritto, detto pregiudiziale, è un elemento della fattispecie costitutiva dell'altro, detto dipendente; quella logica, che ricorre tra il rapporto giuridico di base e gli effetti che ne scaturiscono (S. SATTA, *Accertamenti incidentali, interventi e principi generali del diritto*, in *Foro it*, 1947, I, 29; ID., *Nuove riflessioni in tema di accertamenti incidentali*, in *Foro it*., 1948, I, 65.; ID., voce *Accertamento incidentale*, in *Enc. dir*., I, Milano, 1958, 243). Si è discusso, quindi, in merito all'applicabilità della regola di cui all'art. 34 c.p.c. anche al caso della pregiudizialità logica, attesa la sua indubbia applicabilità alla pregiudizialità tecnica. La dottrina maggioritaria propende per la risposta affermativa (*cfr*. per tutti C. CONSOLO, *Spiegazioni di dirit-*

Ciò premesso, venendo ad affrontare la prima parte del quesito sopra posto – *i.e.* le eventuali implicazioni sui confini della cognizione del giudice della ricostruzione dell'oggetto del giudizio in termini di accertamento incentrato sulla persistenza del rapporto di lavoro e non sull'atto di licenziamento, che è invece oggetto di una questione preliminare –, si ritiene utile occuparsi separatamente della posizione di ciascuno dei soggetti coinvolti e, dunque, chiedersi se nel giudizio sull'impugnativa di un licenziamento, l'attore (il lavoratore), il convenuto (il datore di lavoro) e il giudice possano, rispettivamente, contestare ulteriori vizi dell'atto, addurre a sostegno della legittimità del licenziamento ulteriori fatti costitutivi rispetto a quelli posti alla base del recesso impugnato ovvero, infine, rilevare *ex officio* ulteriori vizi o fatti costitutivi del potere.

Andando per ordine, incominciando con il lavoratore attore, è stato da alcuni sostenuto che quest'ultimo potrebbe dare rilievo, nel corso del giudizio, a ulteriori profili di illegittimità del licenziamento rispetto a quelli lamentati nel proprio ricorso introduttivo. Ciò – si è affermato – sarebbe la diretta conseguenza della irrilevanza del vizio dell'atto di recesso ai fini della individuazione dell'oggetto del processo da parte dell'attore ([480]). Tuttavia, è stato al-

---

to processuale civile, I, cit., 95. *Contra* S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 107. *Cfr*. pure F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 167, che ricorre al criterio dell'antecedente logico necessario al fine di comprendere se si sia o meno formato il giudicato sulla statuizione sul rapporto giuridico).

([480]) C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 594, spec. nota 193; *cfr*. anche A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 566, il quale, dopo avere sostenuto tale impostazione, prende tuttavia atto della diversa soluzione imposta dalle regole di tecnica processuale valide per il giu-

tresì opportunamente rilevato come, in realtà, non possa qui non tenersi conto della tecnica procedimentale di formazione dell'atto di licenziamento nonché della tecnica impugnatoria cui è improntato il conseguente giudizio ([481]), atteso che la «struttura del processo non [è] una variabile indipendente rispetto all'oggetto dello stesso» ([482]).

Nel caso di specie, infatti, il giudizio sull'impugnazione del licenziamento prende avvio dalla contestazione da parte del lavoratore della presenza di specifici vizi che, nella sua prospettazione, renderebbero invalido l'atto di recesso; tale contestazione giudiziale deve avvenire entro un preciso termine di decadenza, decorso inutilmente il quale la validità e l'efficacia del licenziamento non possono più essere messe in discussione ([483]). Inoltre, sul fronte opposto, la conseguente attività processuale del datore di lavoro è volta a dimostrare l'inconsistenza delle specifiche censure mosse dal lavoratore e non la generica bontà dell'atto sotto tutti i profili di vizio astrattamente immaginabili, sul piano sostanziale, della giustificazione del recesso o, su quello formale o procedimentale, della relativa intimazione ([484]).

---

dizio sull'impugnativa del licenziamento: v. *infra*, in questo §, nel testo.

([481]) D. BUONCRISTIANI, *Tecnica procedimentale di formazione del licenziamento e tecnica impugnatoria: reiterazione del licenziamento, sottoposizione a condizione sospensiva e oggetto del giudicato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 600.

([482]) F.P. LUISO, in C. Consolo-F.P. Luiso-B. Sassani, *La riforma del processo civile.* Commentario, Milano, 1991, 143.

([483]) V. *supra*, §§ 7 e 8.

([484]) *Cfr*. D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., 278, 282 ss.; ID., *Tecnica procedimentale di formazione del licenziamento e tecnica impugnatoria…*, cit., 600; ID., *Il licenziamento disciplinare*, cit., 249 ss.

Ma ancora prima dell'instaurazione del giudizio, è lo stesso atto di licenziamento a venire alla luce in applicazione di un rigoroso procedimento di formazione. Ciò è evidente nell'ipotesi di licenziamento disciplinare, che può essere intimato soltanto all'esito della procedura dettata dall'art. 7 St. lav. (a volte integrata dalla contrattazione collettiva) improntata al principio di eventualità e operante secondo il criterio della dipendenza ([485]): «il datore di lavoro ha soltanto la possibilità di utilizzare fatti ostativi (cioè dipendenti rispetto) a quelli fatti valere dal lavoratore come giustificazione del proprio comportamento, senza possibilità di 'tornare indietro' e contestare nuovi fatti, anche se diventano conoscibili ed assumono rilevanza soltanto a seguito delle difese del lavoratore» ([486]).

Pure l'intimazione di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo è stata, invero, procedimentalizzata ([487]) dal legislatore del 2012 mediante l'introduzione della procedura preventiva di conciliazione ([488]). È stato a questo proposito osservato come, a dispetto dell'apparenza, che sembra rimandare a una condizione di procedibilità o

---

([485]) Con riferimento al principio di eventualità e alla capacità contenutistica del giudizio, *cfr*. D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., 161 ss., al quale si deve la ricostruzione proposta del testo; ID., *Il licenziamento disciplinare*, cit., 27 ss., spec. 33, secondo il quale il provvedimento disciplinare è «a rima obbligata» rispetto alla contestazione.

([486]) *Cfr*. D. BUONCRISTIANI, *Tecnica procedimentale di formazione del licenziamento e tecnica impugnatoria…*, cit., 600; ID., *Il licenziamento disciplinare*, cit., 35.

([487]) M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., 52, che la descrive quale «misura di procedimentalizzazione del potere datoriale di recedere unilateralmente dal contratto di lavoro»; *cfr*. anche D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 43.

([488]) V. *supra*, § 2.3.

di proponibilità della domanda, il rispetto della procedura integri, in realtà, un requisito di validità del licenziamento ([489]); deve essere attivata, infatti, ancora prima che l'atto sia intimato e la sua violazione non comporta la pronuncia di una decisione di chiusura del processo in rito, bensì l'accoglimento della domanda del lavoratore e la condanna a una sanzione a contenuto indennitario ([490]).

Tuttavia, anche per quei licenziamenti non disciplinari e non soggetti alla procedura preventiva di conciliazione – vuoi perché intimati in relazione a un rapporto di lavoro regolato dal D.lgs. n. 23/2015 sulle tutele crescenti ([491]), vuoi perché esclusi dal campo di applicazione dell'art. 18 St. lav. ([492]) – deve ricordarsi la vigenza del generale principio della immodificabilità della motivazione del licenziamento ([493]), al quale deve ora essere attribuita una rilevanza ancora maggiore, tenuto conto che, per effetto della riforma del 2012 dell'art. 2, comma 2, legge n. 604/1966 ([494]), la comunicazione dei motivi che hanno de-

---

([489]) R. TISCINI, *La procedura conciliativa che precede il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo*, in F.P. Luiso-R. Tiscini-A. Vallebona, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013, 52-53.

([490]) V. *supra*, §§ 2.3 e 3.6.

([491]) V. *supra*, § 3.7.

([492]) V. *supra*, §§ 2.3 e 3.1.

([493]) G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 172; *cfr*. anche D. BUONCRISTIANI, *Tecnica procedimentale di formazione del licenziamento e tecnica impugnatoria…*, cit., 600, ma, dello stesso Autore, *cfr*. quanto indicato *infra*, in questo §, nota 496.

([494]) La norma ha una portata quasi generale, non trovando applicazione soltanto nelle ipotesi eccezionali di licenziamento *ad nutum*: v. *supra*, § 2.2 per le necessarie precisazioni, soprattutto con riguardo al licenziamento del dirigente, per il quale l'obbligo

terminato il licenziamento non è più eventuale, bensì certa e contestuale alla comunicazione del recesso ([495]): poiché il datore di lavoro è legato all'originaria motivazione, senza poterla modificare ([496]), pare corretto ritenere che il principio di parità delle armi imponga anche al lavoratore di non discostarsi dall'iniziale contestazione dei vizi dell'atto di licenziamento, senza poterne aggiungere di nuovi nel corso del giudizio ([497]).

Atteso che, in questa prospettiva, al lavoratore è fatto divieto di sollecitare la cognizione del giudice in relazione a vizi ulteriori rispetto a quelli espressamente censurati con la propria impugnazione giudiziale, ci si chiede se possa ritenersi ammissibile una successiva impugnazione del medesimo licenziamento per fare valere i profili di illegittimità che non siano già stati presi in considerazione ([498]). Occorre, però, prima occuparsi della posizione del datore di lavoro e del giudice.

Anche con riguardo al datore di lavoro, essendo imposto al titolare del diritto potestativo di recesso l'onere di motivare l'atto che ne è l'esercizio nonché, entro i limiti applicativi sopra ricordati, di esercitarlo soltanto nel rispetto di predeterminate regole procedimentali, si deve ritenere che quest'ultimo nel corso del giudizio non possa invoca-

---

di contestuale motivazione è imposto dalla contrattazione collettiva.

([495]) V. *supra*, § 2.3.

([496]) In senso critico, però, D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., 279.

([497]) R. CAPONI-A. PROTO PISANI, *I limiti oggettivi del giudicato nelle azioni di impugnazione del licenziamento*, cit., 3695; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 331, nota 74; D. BUONCRISTIANI, *Tecnica procedimentale di formazione del licenziamento e tecnica impugnatoria…*, cit., 607.

([498]) V. *infra*, § 20.

re, a sostegno del recesso impugnato, fatti ulteriori e diversi rispetto a quelli originariamente posti alla base del provvedimento espulsivo ([499]). D'altra parte – è stato fatto notare – diversamente opinando l'obbligo datoriale di motivazione, per di più rafforzato dal legislatore del 2012, perderebbe gran parte della sua portata prescrittiva ([500]), a scapito del diritto di difesa del lavoratore la cui tutela addirittura impone, come visto ([501]), che la motivazione non soltanto

---

([499]) A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 569, nota 531; D. BUONCRISTIANI, *Tecnica procedimentale di formazione del licenziamento e tecnica impugnatoria…*, cit., 605, nonché, con riferimento al licenziamento disciplinare (per il quale il confine fattuale è ancora prima determinato dalla contestazione), ID., *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, 276 ss., spec. 285; ID., *Il licenziamento disciplinare*, cit., 41, 124; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., 663; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 322; G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 172; D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 213 ss. *Cfr*. però ID., *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, 276 ss., spec. 279, il quale, con riguardo al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, giunge a conclusioni differenti ritenendo che l'affermata vigenza del principio di immodificabilità della motivazione anche oltre i confini del licenziamento disciplinare non trovi alcuna giustificazione di diritto sostanziale.

([500]) A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 569, nota 531; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 323, nota 59.7, il quale rileva che «L'obbligo di indicare stragiudizialmente il motivo dell'esercizio della propria situazione potestativa ben può infatti essere inteso quale anticipazione della preclusione alla allegazione di fatti in giudizio; tale cioè che la motivazione dell'atto rappresenti l'allegazione anticipata dei fatti sui quali, in caso di controversia, la parte baserà la propria difesa».

([501]) V. *supra*, § 3.6.

sia contenuta nella comunicazione di recesso, ma sia anche sufficientemente specifica e completa.

Si pone, dunque, pure in questo caso un quesito aggiuntivo, che sarà affrontato in seguito ([502]): ci si chiede, infatti, se, tenuto conto di ciò che gli ulteriori fatti eventualmente idonei a giustificare il licenziamento già intimato non possono essere invocati dal datore di lavoro che non gli abbia valorizzati nella motivazione, quest'ultimo sia legittimato a porli alla base di un secondo licenziamento.

Rimane da verificare l'eventuale ammissibilità di un rilievo ufficioso, comunque rispettoso del divieto di scienza privata ([503]), per un verso, di profili di illegittimità dell'atto, e, per altro verso, di fatti giustificativi del potere, ulteriori rispetto a quelli non presi in considerazione dal lavoratore e dal datore di lavoro ([504]).

Come è prevedibile, le implicazioni della tecnica procedimentale di formazione dell'atto di licenziamento nonché delle regole di tecnica processuale sopra descritte hanno delle inevitabili ripercussioni pure sulla posizione del giudice. Quest'ultimo, infatti, potrà occuparsi di quei soli elementi della fattispecie risultanti dall'atto di recesso del datore di lavoro che il lavoratore, nella sua impugnazione gli abbia indicato, pena la violazione del principio

---

([502]) V. *infra*, § 21.

([503]) Pertanto, ove ritenuto ammissibile, il rilievo *ex officio* potrà operare limitatamente a quei vizi e quei fatti giustificativi del potere risultanti dal materiale di causa. *Cfr*. A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 569, nota 533.

([504]) Ovviamente non si fa qui riferimento alla diversa questione della «conversione» del licenziamento, per esempio di un recesso intimato per giusta causa in uno per giustificato motivo, che, come visto, implica una mera (ri)qualificazione dei fatti a opera del giudice: v. *supra*, § 15.

della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato ([505]).

È questa la posizione condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria ([506]), che ora trova conferma

---

([505]) È questo il pensiero di F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 331, riportato quasi letteralmente. Nello stesso senso, *cfr*. A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 571-572; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., 278 e 284; ID., *Tecnica procedimentale di formazione del licenziamento e tecnica impugnatoria…*, cit., 605, il quale molto efficacemente rileva che «il giudizio di impugnazione si pone come 'prova di resistenza' dell'atto impugnato, per cui l'ambito di cognizione del giudice è limitato ai profili della motivazione-giustificazione dell'atto contestati dall'opponente, senza quindi che il lavoratore possa in corso di giudizio variare o integrare i motivi di opposizione e senza che il datore possa a sua volta variare o integrare la motivazione dell'atto di licenziamento»; *Cfr*. ora ID., *Il licenziamento disciplinare*, cit., 47, 124.

([506]) In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 22 marzo 2016, n. 5582, cit.; Cass., 30 aprile 2010, n. 10538, in *Guida al diritto*, 2010, 24, 75; Cass., 2 luglio 2008, n. 18119, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 7, 1081; Cass., 17 maggio 2002, n. 7215, in *Giust. civ. Mass*., 2002, 862; Cass., 26 giugno 2000, n. 8702, in *Riv. it. dir. lav*., 2001, II, 292, con nota di G. CONTE, *Licenziamento disciplinare e obblighi risarcitori: poteri del giudice e oneri delle parti*. In dottrina, *cfr*. G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 167-168; G. MASSETANI, *Note in tema di impugnazione del licenziamento*, cit., 846; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., 284, il quale – con riferimento al licenziamento disciplinare per il quale, come noto, è imposto il rispetto della procedura di cui all'art. 7 St. lav. – osserva come la circostanza che sia il rapporto di lavoro e non l'atto di licenziamento a costituire l'oggetto del giudizio sia ininfluente ai fini del tema qui affrontato, poiché l'oggetto del giudizio finisce per risentire della ridotta «capacità contenutistica» di un processo improntato alla tecnica impugnatoria in relazione a un atto che si è formato secondo una tecnica procedimentale che non consente di «tornare in dietro».

nel novellato testo dell'art. 18 St. lav. e nel D.lgs. n. 23/2015 sulle tutele crescenti.

In particolare, l'art. 18, comma 6, St. lav., come visto dedicato alle sanzioni applicabili in caso di licenziamento viziato sotto il profilo formale o procedurale ([507]), prevede, in capo al giudice che accerti, «sulla base della domanda del lavoratore», la contemporanea presenza di un «difetto di giustificazione del licenziamento», l'obbligo di applicare le tutele previste dalla legge per il difetto di natura sostanziale ([508]). Analogamente, l'art. 4 D.lgs. n. 23/2015 subordina l'applicabilità delle sanzioni dettate in relazione a difetti formali e procedurali ([509]) a ciò che il giudice, «sulla base della domanda del lavoratore», non accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele previste per il licenziamento discriminatorio, nullo, intimato in forma orale ([510]) o affetto da un vizio di giustificazione ([511]).

Ebbene, entrambe le norme – nel dare «precedenza», con portata assorbente, alla tutela «forte» ([512]) – chiariscono che l'accertamento del difetto di giustificazione avviene

---

([507]) V. *supra*, § 3.6.

([508]) V. *supra*, §§ 3.3, 3.4 e 3.5.

([509]) V. *supra*, § 3.11.

([510]) V. *supra*, § 3.8.

([511]) V. *supra*, §§ 3.9 e 3.10.

([512]) *Cfr*. D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 120 e 130, il quale altresì rileva che tale previsione finisca per imporre al giudice di occuparsi prima della questione della sussistenza di una valida giustificazione per passare all'accertamento della regolarità formale e procedurale del licenziamento soltanto in caso in cui abbia escluso il difetto di giusta causa o giustificato motivo.

solo ed esclusivamente sulla base di una specifica domanda del lavoratore ([513]).

Peraltro, anche l'art. 18, comma 7, St. lav. espressamente subordina all'eventuale «domanda formulata dal lavoratore» il dovere del giudice, che nel corso del giudizio sull'impugnativa di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo accerti che il licenziamento è stato in realtà «determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari», di applicare la relativa tutela ([514]). Pertanto, come precisato dalla Corte di cassazione che ha avuto modo di pronunciarsi proprio in merito alla portata dell'art. 18, comma 7, St. lav., «è solo la sussistenza di una domanda originariamente volta alla declaratoria dell'illegittimità del licenziamento perché intimato in realtà per motivi discriminatori o disciplinari che può condurre all'emersione nel corso del giudizio di un motivo di recesso diverso da quello addotto dal datore di lavoro» ([515]). È stato, così, superato quell'indirizzo giurisprudenziale – invero già messo in di-

---

([513]) D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 129. Diversa è la questione della possibilità per il giudice di concedere al lavoratore, tra le diverse tutele ora previste in via graduata in relazione al difetto di giustificazione, la tutela a contenuto indennitario in luogo della tutela a contenuto reintegratorio espressamente richiesta, ove giudichi sussistenti i requisiti per l'applicazione della seconda e non già della prima (si pensi, ad esempio, alle sanzioni di cui all'art.18, commi 4 e 5, St. lav.: v. *supra*, §§ 3.4 e 3.5). In questo caso, deve ritenersi che la domanda di tutela «forte» ricomprenda quella di tutela «debole», sussistendo tra le rispettive norme un rapporto di specialità (D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 151), analogo a quello ravvisato dalla giurisprudenza tra la tutela reale e quella obbligatoria (v. *supra*, § 13, nota 290).

([514]) V. *supra*, in questo §, nota 508.

([515]) Cass., 22 marzo 2016, n. 5582, in *Dejure*.

scussione ([516]) – che riteneva possibile, e anzi doveroso, per il giudice indagare sulla natura discriminatoria o ritorsiva del licenziamento pure nel caso in cui il lavoratore si fosse limitato a chiedere la dichiarazione di illegittimità del licenziamento per assenza della giusta causa o del giustificato motivo, senza mai domandare l'accertamento della natura discriminatoria del recesso ([517]).

Pertanto, che in questa materia la definizione dei confini del dovere decisorio del giudice risente della tecni-

---

([516]) *Cfr*. Cass., 21 dicembre 2004, n. 23683, in *Giust. civ. Mass*., 2004, 12; Cass., 3 luglio 2015, n. 13673, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 5 novembre; Cass., 22 giugno 2016, n. 12898, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, secondo cui, «qualora il lavoratore, impugnato il licenziamento, agisca in giudizio deducendo il difetto di giusta causa o giustificato motivo, l'eventuale motivo discriminatorio o ritorsivo, 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».

([517]) Cass., Cass., 26 maggio 2015, n. 10834, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015, 13 ottobre, con nota di S. APA, *L'illegittimità del licenziamento ritorsivo e discriminatorio: onere probatorio*, e in *Giustiziacivile.com*, 2016, 12 settembre, con nota di G. BOLEGO, *Distinzioni e interferenze tra licenziamento discriminatorio e ritorsivo*; Cass., 3 dicembre 2015,n. 24648, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 4 dicembre, con nota di I. LEVERONE, *Il licenziamento per ritorsione alla luce dei principi comunitari di non discriminazione*, a mente della quale, «ove vengano in considerazione eventuali profili discriminatori o ritorsivi nel comportamento datoriale, il giudice nazionale non può fare a meno di effettuarne la valutazione sia in base all'art. 3 Cost., sia in considerazione del processo evolutivo del diritto antidiscriminatorio e antivessatorio in ambito comunitario».

ca impugnatoria che caratterizza il giudizio trova ora riscontro pure nella lettera della legge ([518]).

20. La successiva impugnazione del medesimo licenziamento e l'effetto preclusivo del giudicato

Viene ora in rilievo l'ipotesi della sentenza che abbia rigettato l'impugnazione proposta dal lavoratore, rispetto alla quale si è posto il quesito se, una volta accertata l'intervenuta estinzione del rapporto di lavoro alla «data del licenziamento» ([519]) per effetto del valido ed efficace esercizio del diritto di recesso da parte del datore di lavoro, il lavoratore possa comunque procedere a una nuova impugnazione, avverso il medesimo atto di licenziamento, fa-

([518]) Atteso che la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di licenziamento sono stati ricondotti alla categoria dei fatti impeditivi (v. *supra*, § 12), l'impostazione in questi termini della questione presuppone la qualificazione dell'eccezione fondata su tali fatti quale eccezione in senso lato (v. *supra*, § 9, nota 127). Se fossimo in presenza di una eccezione in senso stretto, infatti, opererebbe in ogni caso un onere di allegazione in capo alle parti e un corrispondente divieto per il giudice di rilevare *ex officio* tali fatti (*cfr. inter alia* M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità…*, cit., 343 ss.; V. COLESANTI, *Nostalgie in tema di eccezioni*, in *Riv. dir. proc*., 2016, 282; M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., 30). Non condivisibile appare, invero, quella tesi che, sulla base di una concezione unitaria di tutti i fatti principali, siano essi costitutivi ovvero estintivi, modificativi o impeditivi, ravvisa un monopolio di parte che esclude qualsivoglia interferenza del giudice (*cfr*. A. NASI, *Disposizione del diritto e azione dispositiva. Contributo allo studio del principio dispositivo nel processo civile di cognizione*, Milano, 1965, 204 ss. *Contra* D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., 35, 109).

([519]) Così l'art. 18 St. lav. e il D.lgs. n. 23/2015: v. *supra*, §§ 3.5, 3.6, 3.10 e 3.11.

cendo questa volta valere diversi profili di illegittimità, non valorizzati nella prima impugnazione.

Secondo la dottrina maggioritaria, una volta ravvisato l'oggetto del processo nel rapporto di lavoro, una simile iniziativa processuale sarebbe preclusa dall'effetto c.d. «negativo» del giudicato, che impedisce la proposizione di un ulteriore giudizio sul medesimo oggetto. L'accertamento secondo cui il rapporto di lavoro è stato regolarmente estinto non potrà, dunque, essere messo in discussione ([520]).

Di altro avviso è, invece, la giurisprudenza, che – non senza alcune aperture ([521]) – prevalentemente ritiene che il rigetto della precedente impugnazione con cui il lavoratore abbia lamentato l'illegittimità del licenziamento per vizi formali non osti alla proposizione di una successiva impugnazione per vizi sostanziali, poiché nell'uno e nell'altro caso il *thema decidendum* sarebbe diverso ([522]).

([520]) S. MENCHINI, *Sui limiti oggettivi del giudicato in relazione alla legittimità del licenziamento del lavorato*, cit., 2825; ID., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 327; G. MASSETANI, *Note in tema di impugnazione del licenziamento*, cit., 845; R. CAPONI-A. PROTO PISANI, *I limiti oggettivi del giudicato nelle azioni di impugnazione del licenziamento*, cit., 3695; G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 168; D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 152; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 575.

([521]) *Cfr*. Cass., 28 settembre 2006, n. 21032, in *Giust. civ*., 2007, 5, I, 1259, che valorizza il principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, per affermare che il risultato del processo non può più essere messo in discussione mediante ragioni o argomentazioni che deducano nuovi e diversi profili di illegittimità che in quello stesso processo avrebbero potuto essere fatte valere; *cfr*. anche Cass., 24 febbraio 1984, n. 1339, in *Giust. civ. Mass.*, 2.

([522]) *Cfr*. Cass., 16 giugno 2000, n. 8217, in *Foro it*., 2001, I, 3692, con nota di R. Caponi-A. Proto Pisani; Cass., 10 maggio

Un vincolo del precedente giudicato è stato, invece, ravvisato nel caso opposto, sulla base di un asserito rapporto di pregiudizialità tra l'accertamento della validità sostanziale del licenziamento e quello della sua validità formale, atteso che – ha sostenuto la Corte di cassazione – il primo presupporrebbe la definizione in senso positivo del secondo ([523]).

Tuttavia, tale impostazione contrasta con la concezione «estensiva» dell'oggetto del processo comunemente accolta, che pone il rapporto di lavoro al centro dell'accertamento giudiziale, e finisce per riconoscere un'autonoma portata individuatrice agli specifici vizi indicati dal lavoratore ([524]).

Non solo. In merito all'affermato rapporto di pregiudizialità tra l'accertamento della validità sostanziale del licenziamento e quello della sua validità formale, deve ora considerarsi quanto codificato dal legislatore del 2012 e del 2015 agli artt. 18, comma 6, St. lav. e 4 D.lgs. n. 23/2015 ([525]). In forza di tali norme, il giudice potrà pervenire al rigetto dell'impugnazione del licenziamento o per-

---

2000, n. 6021, in *Giust. civ. Mass*., 2000, 988; Cass., 24 febbraio 1986, n. 1157, in *Giust. civ*., 1987, I, 179, con nota di S. MENCHINI, *Limiti della cosa giudicata nella legittimità del licenziamento*. *Contra* Cass., 20 novembre 1984, n. 5933, cit.

([523]) Cass., 16 giugno 2000, n. 8217, cit.; Cass., 20 aprile 1995, n. 4438, in *Giust. civ. Mass*., 1995, 875; Cass., 10 maggio 2000, n. 6021, cit.; Cass., 24 febbraio 1986, n. 1157, cit.; Cass., 15 maggio 1984, n. 2965, in *Foro it.,* 1984, I, 2997, con nota di V. COCCHI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di limiti oggettivi del giudicato e di impugnative negoziali*, e in *Riv. dir. proc*., 1986, 664, con nota di P.L. NELA, *Pluralità di impugnative del medesimo licenziamento ed eccezione di cosa giudicata*.

([524]) A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 562-563, 575, nota 547.

([525]) V. *supra*, § 19.

ché non ritenga sussistenti i soli vizi di natura sostanziale fatti valere dal lavoratore che abbia taciuto sulla validità formale del recesso o perché, a fronte di una domanda di parte che coinvolga entrambi i profili, ritenga il licenziamento tanto giustificato quanto intimato nel rispetto delle regole formali e procedimentali. Pertanto, non può più ritenersi che la decisione sulla legittimità sostanziale presupponga l'accertamento positivo della legittimità formale ([526]); anzi, ove il lavoratore abbia fatto valere entrambe le tipologie di vizi, il giudice dovrà procedere prima di tutto all'esame della questione della validità sostanziale del recesso, assorbente rispetto alla verifica della violazione formale, ora solo eventuale, della quale, peraltro, il giudice dovrà disinteressarsi là dove il lavoratore abbia contestato soltanto il difetto di giustificazione ([527]).

Va, peraltro, osservato come la possibilità di una nuova impugnazione debba comunque essere coordinata con le regole che disciplinano l'operare della decadenza di

---

([526]) Nonostante l'uso del termine «anche» possa fare *prima facie* ritenere che l'art. 18, comma 6, St. lav., nell'affermare la regola della «prevalenza» della sanzione prevista per il vizio di carattere sostanziale, abbia fatto riferimento all'ipotesi in cui il giudice accerti la *contemporanea* presenza di un vizio formale e di un vizio sostanziale, tale conclusione deve dirsi contraria al principio di economia processuale (sul quale, in generale, *cfr*. L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I e II, Padova, 1980-1982), poiché, se così, fosse, tutte le volte in cui il licenziamento sia illegittimo sotto profilo sostanziale, l'attività processuale volta all'esame del rispetto delle regole formali e processuali sarà stata inutilmente espletata, vista l'applicabilità della tutela prevista per l'illiceità sostanziale del recesso datoriale. Ciò è, peraltro, confermato dalla formulazione della regola analoga contenuta nell'art. 4 D.lgs. n. 23/2015, ove del termine «anche» non vi è più traccia.

([527]) D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 131.

cui all'art. 6 legge n. 604/1966 ([528]): essa dovrà dirsi preclusa, a meno che non si ritenga – ma con ciò contraddicendo la funzione dell'istituto ([529]) – che la formulazione della (prima) impugnazione giudiziale impedisca la decadenza anche in relazione a future azioni, indipendentemente dal momento della loro proposizione ([530]).

21. L'intimazione di un secondo licenziamento, la rinnovazione del licenziamento già intimato e l'effetto conformativo del giudicato

Da ultimo, deve essere affrontato il tema del nuovo esercizio del diritto di recesso da parte del datore di lavoro a seguito dell'accoglimento dell'impugnazione proposta dal lavoratore avverso un precedente licenziamento. Si noti che questa eventualità potrà verificarsi soltanto in relazione a rapporti di lavoro assistiti da una tutela a contenuto reintegratorio ([531]), atteso che ove le tutele siano meramente indennitarie il rapporto di lavoro dovrà dirsi in ogni caso estinto per effetto del pur invalido (ma efficace) esercizio del diritto di recesso datoriale ([532]).

A questo proposito, è necessario distinguere a seconda che il nuovo atto di recesso venga intimato per lo stesso fatto posto dal datore di lavoro a fondamento del preceden-

---

([528]) V. *supra*, § 8.

([529]) D. BUONCRISTIANI, *La conversione del rito Fornero in rito laburistico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 610.

([530]) In giurisprudenza, nel senso dell'operare dell'effetto preclusivo della decadenza, sebbene non riferite a questo specifico tema, *cfr*. Cass., 18 gennaio 2007, n. 1090, in *Giust. civ. Mass*., 2007, 1; Cass., 8 giugno 2000, n. 7801, in *Giust. civ. Mass*., 2000, 1248; Cass., 9 marzo 1993, n. 2813, in *Foro it*. 1993, I, 3304.

([531]) V. *supra*, § 3.3 e 3.4.

([532]) V. *supra*, § 3.8 e 3.9.

te licenziamento ovvero per un fatto diverso, coevo o anteriore al primo licenziamento.

Incominciando con la prima ipotesi, che configura una vera e propria rinnovazione del licenziamento già intimato, la dottrina è concorde nel fare applicazione del «criterio del motivo portante» cui si è già fatto cenno ([533]), di modo da estendere il vincolo positivo-conformativo della decisione, passata in giudicato, di accoglimento dell'impugnazione di un primo licenziamento, al successivo giudizio instaurato dal lavoratore in relazione all'atto di rinnovazione del precedente recesso ([534]). Precisamente, tale estensione, ritenuta possibile in virtù dell'evidente collegamento giuridico esistente tra i due giudizi ([535]), si verificherebbe tutte le volte in cui il nuovo licenziamento non sia tale da incidere sul motivo portante del primo giudicato, nel senso che presenti il medesimo vizio, formale o sostanziale, il cui accertamento ha condotto il primo giudice

([533]) V. *supra*, § 19, spec. nota 477.

([534]) R. CAPONI-A. PROTO PISANI, *I limiti oggettivi del giudicato nelle azioni di impugnazione del licenziamento*, cit., 3695; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 595; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 327; ID., *Il giudicato civile*, cit., 239; F.P. LUISO, *Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, cit., 559; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., 286, nota 131; ID., *Tecnica procedimentale di formazione del licenziamento e tecnica impugnatoria…*, cit., 605, nota 5; A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., 210.

([535]) C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 596, che pone in luce come l'oggetto del giudizio sia sempre la persistenza dello stesso rapporto di lavoro, sebbene riferita a un momento temporale differente.

ad accogliere la domanda del lavoratore, e non permetta, dunque, di superarlo ([536]).

Così, in applicazione di tale teoria, si è affermato che la rinnovazione del licenziamento già intimato sarebbe contraria al giudicato e, quindi, preclusa dal vincolo scaturente dalla (prima) decisione che abbia accolto l'impugnazione del lavoratore ritenendo che il fatto posto alla base del primo (nonché, poi, del secondo) licenziamento non sussista o comunque non integri un fatto costitutivo del diritto potestativo di recesso del datore di lavoro ([537]). In passato, si è affermato altresì che non sarebbe stato, invece, di ostacolo alla rinnovazione del licenziamento l'accoglimento dell'impugnazione del lavoratore per difetto formale o procedurale, ove l'intimazione del nuovo licenziamento fosse tale da incidere sul motivo portante del giudicato, essendo questa volta rispettosa dei requisiti di forma e di procedura imposti dalla legge ([538]). Oggi, atteso che, a

---

([536]) R. CAPONI-A. PROTO PISANI, *I limiti oggettivi del giudicato nelle azioni di impugnazione del licenziamento*, cit., 3695.

([537]) A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 579; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 330.

([538]) A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 579; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 327-329; ID., *Il giudicato civile*, cit., 239; R. CAPONI-A. PROTO PISANI, *I limiti oggettivi del giudicato nelle azioni di impugnazione del licenziamento*, cit., 3693; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 219; A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., 210. Alla stessa conclusione giungono pure G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 175. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 19 marzo 2013, n. 6773,in *Guida al diritto*, 2013, 20, 62; Cass., 7 aprile 2001, n. 5226, in *Notiziario giur. lav.*, 2001, 648; Cass., 4 novembre 2000, n. 14426, in *Foro it*., 2001, I, 946; Cass., 19 giugno 1999, n. 6164, in *Notiziario giur. lav*., 1999, 668; Cass., 9 marzo 1995, n. 2762, in

seguito della riforme del 2012 e del 2015, la presenza di un vizio formale o procedurale non è da ostacolo alla produzione dell'effetto estintivo del rapporto di lavoro da parte del licenziamento ([539]), il problema della rinnovazione del licenziamento non si può più porre, se non nei limiti di una precedente revoca (ma in questo caso, non vi sarebbe alcun giudicato dal quale trarre un effetto conformativo) ([540]). Fa eccezione il recesso comunicato oralmente, che è ancora sanzionato con una tutela a contenuto reintegratorio ([541]), in relazione al quale, dunque, la conclusione sopra esposta è tuttora valida.

In relazione, alla seconda delle ipotesi considerate – *i.e.* l'esercizio del diritto di recesso datoriale per un fatto diverso rispetto a quello posto a fondamento di un precedente licenziamento, impugnato dal lavoratore con conseguente accoglimento della domanda –, le posizioni espresse dalla dottrina sono molteplici.

Vi è, anzitutto, chi sostiene che i limiti cronologici del giudicato impedirebbero al datore di lavoro di valorizzare, con un secondo atto di recesso, qualsiasi fatto preesistente al primo licenziamento ([542]), a maggior ragione, secondo alcuni ([543]), tenuto conto della natura «autoindivi-

---

Giust. civ. Mass., 1995, 562; Cass., 16 aprile 1994, n. 3633, in *Notiziario giur. lav.*, 1995,499; Cass., 23 novembre 1989, n. 5040, in *Giust. civ. Mass*., 1989, 11.

([539]) V. *supra*, §§ 3.1, 3.6 e 3.11.

([540]) *Cfr*. D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 227.

([541]) V. *supra*, §§ 3.3 e 3.8.

([542]) R. CAPONI-A. PROTO PISANI, *I limiti oggettivi del giudicato nelle azioni di impugnazione del licenziamento*, cit., 3693.

([543]) M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, 321, secondo cui «se è vero, infatti, che il potere di licenziare è autoindividuato, il giudice non ha fon-

duata» del diritto potestativo datoriale. Vi è, poi, chi ritiene ammissibile l'intimazione del secondo licenziamento sulla base di un fatto preesistente al primo licenziamento, a patto che il datore di lavoro sia venuto a conoscenza del fatto preesistente solo in un momento successivo, per il sussistere di una ragione ostativa che gli abbia impedito di venirne a conoscenza prima ([544]). Vi è, infine, chi ammette tale intimazione in ogni caso, a prescindere dalla effettiva conoscenza o conoscibilità di tale fatto da parte del datore di lavoro al tempo del primo licenziamento ([545]).

---

dato la propria decisione sull'inesistenza del potere in relazione a quel certo fatto a quale si riferiva il primo licenziamento, bensì sull'inesistenza del potere *tout court*, in relazione a qualunque suo possibile fatto costitutivo esistente a quel momento».

([544]) G. MASSETANI, *Note in tema di impugnazione del licenziamento*, cit., 845, nota 6; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 326-327, 330, che ritiene che, in tale ipotesi, «mancando la conoscenza, difett[i] la condizione minima per l'esercizio del potere e non è, quindi, possibile ipotizzare la preclusione di esso»; altrimenti, «la sentenza di accoglimento… esclude l'esistenza, in capo al datore, del potere di licenziare, per decisione espressa, con riferimento all'atto dichiarato senza giusta causa, per assorbimento, riguardo al altri, eventuali episodi, già esistenti al tempo del primo giudizio ma non fatti valere dal datore, in quanto costitutivi di un diritto, il cui esercizio realizzerebbe una situazione opposta rispetto a quella accertata, e, perciò, incompatibile col bene della vita, attribuito dal giudicato al vincitore».

([545]) A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 579, 586; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 597; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., 288; ID., *Tecnica procedimentale di formazione del licenziamento e tecnica impugnatoria…*, cit., 640; ID., *Il licenziamento disciplinare*, cit., 36-37, 215; G. FRANZA-A. VALLEBONA, voce *Licenziamento individuale*, cit., 175. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 18 novembre 1994, n. 9773, in *Riv. it. dir.*

In questo contesto, i fautori di quest'ultima tesi hanno, invero, dimostrato che le obiezioni mosse alla soluzione interpretativa maggiormente permissiva possono essere agevolmente superate. Precisamente, quanto alla questione dei limiti cronologici del giudicato, che – si sostiene – coprirebbero qualsivoglia fatto costitutivo anteriore, non si deve dimenticare che affinché tale fatto possa spiegare una qualche rilevanza estintiva del rapporto è necessaria una espressa manifestazione di volontà in tale senso a opera del datore di lavoro; ebbene, poiché il secondo atto di licenziamento con cui quest'ultimo valorizzi il fatto preesistente è temporalmente successivo e non ha né può avere efficacia retroattiva, non potrà essere ritenuto «coperto» dal giudicato sul precedente licenziamento ([546]).

A tale proposito, sarebbe poi ininfluente la qualificazione del diritto di recesso del datore di lavoro in termini di diritto «autoindividuato» o «eteroindividuato»: come già visto ([547]), è «la tecnica di formazione dell'atto a incidere e condizionale la possibilità di reiterare l'atto di recesso sulla base di altri fatti». Invero, se, per un verso, si esclude che i fatti astrattamente idonei a giustificare l'esercizio del

---

lav., 1995, II, 662, con nota di M. CARO; Cass., 15 gennaio 1996, n.281, in *Giust. civ. Mass*., 1996, 53;

([546]) C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 598, nota 200; D. BUONCRISTIANI, *Tecnica procedimentale di formazione del licenziamento e tecnica impugnatoria…*, cit., 610, nota 13; ID., *Il licenziamento disciplinare*, cit., 215, spec. 222. D'altra parte, osserva F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 181, che, nel caso di fattispecie complesse, come quella che qui ci occupa, «la preclusione del dedotto e del deducibile scatta soltanto se, al momento della precisazione delle conclusioni la fattispecie si è completata e si è dunque prodotto l'effetto»; altrimenti, infatti, l'effetto non sarebbe nemmeno deducibile.

([547]) V. *supra*, § 19.

diritto datoriale di recesso anteriori all'intimazione del licenziamento possano essere dedotti nel corso del giudizio a sostegno della legittimità dell'atto, anche se ciò non sarebbe impedito dal carattere «antoindividuato» del diritto in ipotesi riconosciutogli, allora, per altro verso, non è possibile ritenerli allo stesso tempo preclusi dal giudicato, la cui portata viene sì estesa di modo da coprire sia il dedotto sia il deducibile, ma anche il «non deducibile» ([548]).

Quanto, infine, all'opinione che ritiene di dover distinguere a seconda di ciò che il fatto preesistente fosse o meno conoscibile prima dell'intimazione del licenziamento, è stato osservato che una simile indagine, in ragione dei margini di incertezza che inevitabilmente la caratterizzano, è difficilmente conciliabile con la funzione propria del giudicato ([549]).

Peraltro, il fatto che l'efficacia del giudicato di un primo giudizio non impedisca al datore di lavoro di porre a fondamento di un successivo licenziamento un fatto preesistente non significa che quest'ultimo lo possa senz'altro fare. Spiegherà spesso, invece, la sua portata preclusiva il principio, di matrice sostanziale, di immediatezza della contestazione e di tempestività del recesso datoriale ([550]).

([548]) D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., 276, 288; ID., *Tecnica procedimentale di formazione del licenziamento e tecnica impugnatoria…*, cit., 600, 604; ID., *Il licenziamento disciplinare*, cit., 34, 215. *Cfr*. anche quanto osservato da C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 597, nota 197; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 585, nota 585.

([549]) C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 599.

([550]) A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 582. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 599, nota 200.

Finora, si è parlato dell'intimazione di un secondo licenziamento, in rinnovazione o meno del precedente, per evidenziare i vincoli che possono essere tratti dal giudicato sul precedente atto di recesso, ma, ovviamente, può ben darsi il caso che il datore di lavoro valorizzi ulteriori fatti costitutivi del proprio diritto intimando un nuovo licenziamento in pendenza del giudizio sulla legittimità del primo (ciò, ovviamente, nei casi in cui la tutela è di tipo reintegratorio) ([551]).

Di tale evenienza se ne è già parlato quando si è affrontato il tema della natura dell'azione ([552]) ed è stato a suo tempo evidenziato come il problema affrontato dalla giurisprudenza fosse quello, di matrice sostanziale, delle conseguenze sul secondo licenziamento dell'intervenuta estinzione del rapporto di lavoro a causa dell'intimazione del primo atto di recesso ([553]).

Ciò che preme evidenziare in questa sede è che, in una prospettiva processuale, sorge la diversa questione della delimitazione temporale dell'accertamento della persistenza o meno del rapporto di lavoro. Può, infatti, ritenersi che il giudizio sull'impugnativa del licenziamento sia volto ad accertare, alternativamente, l'attuale esistenza del

---

([551]) V. *supra*, §§ 3.3, 3.4, 3.8 e 3.9.

([552]) V. *supra*, § 16.

([553]) Secondo l'orientamento minoritario e più risalente, il secondo licenziamento sarebbe *tamquam non esset* per impossibilità di adempiere alla sua funzione, essendo il rapporto già estinto (v. *supra*, §16, nota 381); secondo l'opinione ormai maggioritaria, invece, il secondo licenziamento potrà produrre l'effetto estintivo del rapporto ove il primo licenziamento venga dichiarato illegittimo (v. *supra*, §16, nota 383).

rapporto ([554]) ovvero l'esistenza dello stesso al tempo del licenziamento impugnato ([555]).

La questione non è, ovviamente, scevra di conseguenze ([556]) e implica la risoluzione del problema dell'eventuale interferenza delle due fattispecie, con conseguente applicabilità, a seconda della soluzione accolta, degli istituti della riunione o della litispendenza ([557]), con l'ulteriore complicazione determinata dall'operatività delle regole che disciplinano il nuovo rito speciale per l'impugnazione del licenziamento a norma dell'art. 18 St. lav. ([558]).

([554]) *Cfr*. F.P. LUISO, *Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, cit., 562. *Cfr*. anche C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II.*, cit., 593, nota 192, che ipotizzata la sussistenza, in capo al datore di lavoro, di un «onere endoprocessuale di allegare il nuovo fatto estintivo del rapporto».

([555]) *Cfr*. D. BUONCRISTIANI, *Tecnica procedimentale di formazione del licenziamento e tecnica impugnatoria…*, cit., 612, secondo il quale la ristretta capacità contenutistica del processo sull'impugnativa del licenziamento dovrebbe portare a ritenere che l'accertamento sia riferito temporalmente al momento dell'atto impugnato.

([556]) Per una analisi approfondita del tema, si consenta il rinvio a D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 251 ss.

([557]) *Cfr*. Cass., 4 novembre 2000, n. 14426, in *Foro it.*, 2001, I, 496. Per un diverso approccio, *cfr*. Cass., 27 giugno 2000, n. 8751, in *Giust. civ. Mass*., 2000, 1418.

([558]) V. *infra*, § 22 ss.

– CAPITOLO III –

IL RITO NELL'IMPUGNAZIONE DEL LICENZIAMENTO

SOMMARIO: § 22. L'introduzione del rito di cui all'art. 1, commi 47 ss., legge n. 92/2012: il c.d. «rito Fornero». – § 23. Il regime intertemporale, l'obbligatorietà del rito e il suo ambito di applicazione soggettivo. – § 24. L'ambito di applicazione oggettivo. La tutela statutaria e la qualificazione del rapporto di lavoro. – § 25. (*Segue*) Il cumulo di domande connesse. – § 26. (*Segue*) Il rapporto tra l'art. 18 St. lav. e l'art. 8 legge n. 604/1966. La sorte della «richiesta» subordinata di applicazione della tutela obbligatoria. – § 27. L'errore nella scelta del rito e il passaggio dal rito Fornero al rito del lavoro e viceversa. – § 28. Le fasi e i gradi del rito Fornero. La fase «sommaria» e la pienezza della cognizione. – § 29. (*Segue*) L'«opposizione». La natura non impugnatoria della fase processuale. – § 30. (*Segue*) Le impugnazioni: il «reclamo» e il ricorso per cassazione. – § 31. La disciplina processuale *post Jobs Act*: il progressivo superamento del rito Fornero e la «riapertura» alla tutela cautelare.

22. L'introduzione del rito di cui all'art. 1, commi 47 ss., legge n. 92/2012: il c.d. «rito Fornero»

Con la già citata legge n. 92/2012 è stata data attuazione al progetto di riforma del mercato del lavoro ideato dall'allora Ministro, Elsa Fornero, il cui nome è stato così comunemente associato all'intera legge, nonché al rito dalla stessa introdotto al fine di disciplinare il procedimento di impugnazione dei licenziamenti rientranti nell'area della tutela reale *ex* art. 18 St. lav. Il riferimento è al c.d. «rito Fornero» di cui all'art. 1, commi 47 ss., legge n. 92/2012, il quale, sottraendo tali controversie al rito di cui agli artt.

413 ss. c.p.c., si palesa quale rito speciale, ulteriore e derogatorio rispetto al, già speciale, rito del lavoro ([1]).

Il procedimento in commento, espressamente concepito quale *pendant* di un adeguamento della disciplina del licenziamento sul piano del diritto sostanziale ([2]) – anch'essa riscritta, nel dichiarato intento di perseguire una più marcata «flessibilità in uscita», passando per la razionalizzazione delle tutele contro il licenziamento illegittimo ([3]) – si compone di una fase iniziale «sommaria» ([4]) alla quale fa seguito un'eventuale fase di opposizione articolata in tre potenziali gradi di giudizio ([5]).

È opportuno ricordare fin da subito che, in attuazione del più volte menzionato *Jobs Act*, il D.lgs. n. 23/2015 ha introdotto il contratto di lavoro subordinato a tempo inde-

---

([1]) F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 100. R. CAPONI, *Nuovo rito speciale per le cause di licenziamento*, in *Guida al diritto*., 2012, 30, 82, lo definisce «rito speciale al quadrato». È bene ricordare che, come osservato dalla migliore dottrina, il rito del lavoro costituisce, in realtà, «il processo ordinario in materia di lavoro». Infatti, la disciplina processuale di cui agli artt. 413 ss. c.p.c. può «essere definita 'speciale', a confronto con quella contenuta negli artt. 163 ss. c.p.c., se la 'specialità' si riferisca puramente alla diversità delle forme riguardo al procedimento assunto come modello, o all'oggetto (controversie individuali di lavoro), e non alla sussidiarietà dello strumento processuale o alla sommarietà della tutela che esso appresti». Così, G. TARZIA-L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 83-84.

([2]) D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 358, ne parla di in termini di «complemento» e non di «risposta» alla modifiche apportate al diritto sostanziale.

([3]) V. *supra*, §§ 3.2-3.6.

([4]) V. *infra*, § 28.

([5]) V. *infra*, §§ 28-30.

terminato a tutele crescenti ([6]), apportando novità sia sul piano sostanziale che su quello processuale. Del profilo sostanziale, se ne è già dato conto ([7]); quanto al profilo processuale, come si vedrà meglio nel prosieguo ([8]), il rito Fornero non trova applicazione in relazione alle impugnazioni dei licenziamenti soggetti al sistema delle tutele così come rimodulato dal legislatore del 2015.

A ogni modo, considerando che le tutele crescenti da ultimo introdotte riguardano solamente «i lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015 (salvo l'operare dell'estensione di cui all'art. 1, comma 2, del decreto nei confronti dei dipendenti di quei datori di lavoro che superino il requisito dimensionale di cui all'art. 18 St. lav. in conseguenza di assunzioni avvenute successivamente a tale data) ([9]), il giudice del lavoro deve tuttora occuparsi dei non pochi problemi che il rito Fornero pone. Ciò, ovviamente, fino a quando l'ennesimo provvedimento normativo non porti delle – invero già preannunciate ([10]) – novità in proposito.

([6]) V. *supra*, § 3.7.

([7]) V. *supra*, §§ 3.8-3.11.

([8]) V. *infra*, § 31.

([9]) V. *supra*, § 3.7.

([10]) Il disegno di legge delega n. 2284 «recante disposizioni per l'efficienza del processo civile», attualmente in corso di esame da parte del Senato e già approvato dalla Camera dei deputati il 10 marzo 2016, n. 2953, prevede, all'art. 2, l'abrogazione dell'art. 1, commi 48 ss., legge n. 92/2012, ferma restando la residua applicabilità del rito Fornero «ai giudizi già introdotti con ricorso depositato entro la data di entrata in vigore» della legge di riforma: v. *infra*, § 31.

23. Il regime intertemporale, l'obbligatorietà del rito e il suo ambito di applicazione soggettivo

Il regime intertemporale di operatività del rito Fornero è espressamente disciplinato dalla legge n. 92/2012 che, all'art. 1, comma 67, prevede l'applicabilità delle nuove regole processuali *ratione temporis* alle controversie instaurate successivamente al 18 luglio 2012, data di entrata in vigore della riforma.

È interessante notare come le disposizioni che riscrivono la disciplina sostanziale del licenziamento siano, viceversa, applicabili soltanto in relazione ai recessi intimati dopo tale data ([11]), con la conseguenza che, per un verso, non è stato possibile proporre nelle forme del rito Fornero le impugnazioni sì formulate successivamente al 18 luglio 2012 in relazione ad atti di recesso riconducibili alla norma statutaria a seguito della novella ma irrogati prima di tale data e non sanzionati dal previgente art. 18 St. lav. ([12]), e che, per altro verso, il nuovo rito ha invece regolato l'irrogazione delle sanzioni previste dall'art. 18 St. lav. nella sua precedente formulazione, in relazione a licenziamenti intimati prima di tale data (e, dunque, non soggetti alla nuova disciplina sostanziale), ma impugnati solo successivamente ([13]).

([11]) Al pari del termine di cui all'art. 6, comma 2, legge n. 604/1966, come ridotto dalla legge Fornero: v. l'art. 1, comma 39, legge n. 92/2012.

([12]) *Cfr*. Trib. Roma, 28 novembre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 288, con nota di G. Pacchiana Parravicini, *Il rito Fornero: un labirinto senza uscita?*.

([13]) *Cfr*. Trib. Roma, 23 marzo 2013, in *Giur. merito*, 2013, 5, 1090. *Contra* Trib. Bari, 14 gennaio 2013, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 410, con nota di R. DEL PUNTA, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*.

Quest'ultima precisazione permette di cogliere appieno la funzione del rito Fornero: garantire la spedita trattazione ([14]) del processo sull'impugnativa di un licenziamento la cui eventuale illegittimità sia in astratto sanzionabile con la reintegrazione nel posto di lavoro ([15]), così da giungere il prima possibile al superamento dello stato di incertezza legato a tale possibile esito della controversia, particolarmente qualificato ([16]). Infatti, se il legislatore ne ha disposto l'applicabilità anche a prescindere dall'operatività delle nuove regole di diritto sostanziale ([17]), purché si tratti di un rapporto di lavoro comunque assistito

---

([14]) V. l'art. 1, comma 1, lett. c), legge n. 92/2012, a mente del quale il rito Fornero è «un procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione delle relative… controversie» relative all'impugnazione del licenziamento a norma dell'art. 18 St. lav.: v. *supra*, § 3.2.

([15]) F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 59; I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno 2012 n. 92…*, cit., 347. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 22 ottobre 2015, n. 21490, in *Giust. civ. Mass.*, 2015, secondo cui il rito Fornero è una «nuova e speciale procedura espressamente finalizzata all'accelerazione del tempi del processo che abbia ad oggetto la reintegrazione».

([16]) *Cfr*. L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *Working Papers CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2012, 152, 4; D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 357-538, il quale opportunamente osserva che nel capo della tutela obbligatoria ai sensi dell'art. 8 legge n. 604/1966 (v. *supra*, § 3.1), l'importo dell'indennità risarcitoria spettante al lavoratore illegittimamente licenziamento è molto più contenuto rispetto a quello dell'indennità garantita dall'art. 18 St. lav. (v. *supra*, §§ 3.5 e 3.6).

([17]) Il riferimento è ai licenziamenti intimati prima del 18 luglio 2012 in relazione a un rapporto di lavoro rientrante nel campo di applicazione del previgente art. 18 St. lav., impugnati soltanto dopo tale data, per i quali, come detto, si applica il rito Fornero.

dalla c.d. stabilità reale ([18]), è evidente che l'elemento qualificante che giustifica la trattazione della controversia secondo le nuove disposizioni processuali non può che essere il contenuto reintegratorio della sanzione. Anche nell'attuale sistema delle tutele, a ben vedere, è sempre in gioco la stabilità del rapporto di lavoro, atteso che, sebbene in relazione ad alcuni vizi la tutela statutaria sia meramente risarcitoria, la lite potrebbe comunque essere decisa dal giudicante con una condanna del datore di lavoro alla reintegra ([19]).

È stato correttamente osservato che tale esigenza di celerità non è sentita dal solo lavoratore che ritenga di essere stato illegittimamente estromesso dall'azienda, ma è avvertita anche dal datore di lavoro, che, al pari del dipen-

---

([18]) V. *supra*, § 3.1.

([19]) Ciò è confermato dall'art. 18, comma 6, St. lav., là dove prevede che la sanzione comminata per i vizi di natura sostanziale (ivi inclusa, però, quella per il licenziamento orale) debba prevalere su quella applicabile in caso di licenziamento viziato sotto il profilo formale (diverso dal difetto di forma scritta) o procedurale, con conseguente irrogazione di una sanzione di tipo tendenzialmente reintegratorio in luogo di una a contenuto risarcitorio. È pur vero che la norma richiede l'apposita domanda del lavoratore – sicché, ove manchi, la tutela potrà essere soltanto di natura economica –, ma è realmente difficile immaginare che quest'ultimo impugni l'atto di recesso datoriale senza lamentare la sussistenza di un vizio sanzionato con la reintegra. *Cfr*. D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 357-358. Tra l'altro, che la *ratio* del rito Fornero ruoti attorno alla possibilità di una condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro è indirettamente attestato da ciò che il D.lgs. n. 23/2015, il quale, come detto, ha escluso l'applicabilità del rito in relazione ai licenziamenti intimati con riguardo ai rapporti di lavoro presidiati dalla tutele crescenti ivi previste, ha, nel contesto di tale sistema sanzionatorio, relegato la reintegra a ipotesi eccezionali (v. *supra*, § 4).

dente, subisce le conseguenze pregiudizievoli del prolungarsi dell'incertezza in merito all'eventuale obbligo di reintegrazione nel posto di lavoro ([20]). Ma non solo, come esplicitato nell'incipit della legge Fornero, la celere definizione del giudizio risponde altresì all'interesse pubblico ([21]) alla realizzazione di «un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione» ([22]).

Peraltro, una volta affermato che il rito Fornero non risponde a un interesse esclusivo del prestatore di lavoro, non sembra possibile sostenerne il carattere meramente facoltativo ([23]).

A sostegno dell'obbligatorietà militerebbe, inoltre, il dato letterale dell'art. 1, comma 48, legge Fornero, a mente del quale «il ricorso si propone» nelle forme ivi descritte, specialmente se confrontato con la formula «può essere proposto» ([24]) utilizzata dal legislatore del 2009 là dove ha voluto codificare la natura facoltativa del procedimento

---

([20]) *Cfr*. L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, cit., 4, che osserva che, dunque, il rito Fornero «tutela anche la parte che ha torto»; I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno 2012 n. 92…*, cit., 347.

([21]) *Cfr*. P. CURZIO, *Il nuovo rito per i licenziamento*, in *Working Papers CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2012, 158, 4; D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 67; G. FICARELLA, *Il rito 'Fornero' a due anni dall'entrata in vigore…*, cit., 1226. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 11 novembre 2015, n. 23073, in *Giust. civ. Mass.*, 2015.

([22]) V. l'art. 1, comma 1, lett. c), legge n. 92/2012: v. *supra*, § 3.2.

([23]) *Cfr*. la dottrina citata *supra*, in questo §, nota 21.

([24]) V. l'art. 702-*bis* c.p.c.

sommario di cognizione ([25]), posto in alternativa – con decisione rimessa all'attore, pur con un vaglio da parte dell'autorità giudiziaria ([26]) – al procedimento di cognizione ordinario ([27]).

Per fare propendere, all'opposto, per la natura facoltativa, non pare sufficiente l'accostamento rimarcato da una certa dottrina ([28]) al procedimento per la repressione

---

([25]) In merito al procedimento sommario di cognizione, *cfr*. S. MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria*, in *Il giusto proc. civ.*, 2009, 1103; G. TRISORIO LIUZZI, *Il procedimento sommario di cognizione e la sospensione per pregiudizialità*, in *Il giusto proc. civ*., 2012, 160; C. BESSO, *Il nuovo rito* ex *art. 702*-bis *c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it*., 2010, p. 723; L. DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1582; C. CONSOLO, *Le legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corriere giur*., 2009, 7, 882.

([26]) A mente dell'art. 703-*ter*, comma 3, c.p.c., infatti, «Se ritiene che le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria, il giudice, con ordinanza non impugnabile, fissa l'udienza di cui all'art. 183» c.p.c. *Cfr*. P. PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione: un rito flessibile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 825; M.A. LUPOI, *Sommario (ma non troppo)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 1225 ss.; A. CARRATTA, voce *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 877; ID., *Le 'condizioni di ammissibilità' del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, 728.

([27]) F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 63.

([28]) C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 735. *Cfr*., nel senso della facoltatività del rito, I. BUONOCORE, *Sulla fase sommaria del procedimento speciale in materia di licenziamento illegittimo* ex *art. 18 st. lav.*, cit., 77; G. VERDE, *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 301.

della condotta antisindacale di cui all'art. 28 St. lav. ([29]), in relazione al quale non vige il principio di esclusività, non costituendo l'unica disciplina processuale che permette alle organizzazioni sindacali di denunziare una condotta antisindacale e di richiedere un provvedimento atto a fare cessare tale condotta e i suoi effetti ([30]). L'indiscussa somiglianza strutturale, infatti, non può fare dimenticare che le esigenze di tutela cui la disciplina procedimentale dettata dall'art. 28 St. lav. intende dare risposta sono riferibili soltanto alla parte attrice (*i.e.* l'organizzazione sindacale), mentre l'interesse perseguito dal rito Fornero – lo si è visto – è di entrambe le parti, se non perfino di carattere generale ([31]).

Da tali considerazioni discendono due ulteriori corollari. In primo luogo, non può ritenersi condivisibile la tesi secondo la quale il lavoratore potrebbe rinunziare al procedimento introdotto dall'art. 1, commi 47 ss., legge n. 92/2012 in favore del rito del lavoro – né rinunciare, nemmeno con il consenso del datore di lavoro, a una fase o

---

([29]) Sul procedimento di cui all'art. 28 St. lav., si consenta il rinvio a R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, cit., e alla dottrina e giurisprudenza ivi citate. *Cfr*. anche A. PROTO PISANI, *Il procedimento di repressione dell'attività antisindacale*, in *Foro it.*, 1973, V, 62; E. SILVESTRI-M. TARUFFO, voce *Condotta antisindacale (procedimento di repressione della)*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1997; G. TARZIA-L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 402 ss.; C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, III, cit., 353 ss.

([30]) *Cfr*. Cass., 15 novembre 2012, n. 20091, in *Giust. civ. Mass*., 2012, 11, 1309.

([31]) D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 67.

grado del procedimento ([32]) –, non essendo previsto nel suo esclusivo interesse ma anche per finalità di carattere pubblicistico, con conseguente impossibilità per le parti di «disporre» del rito ([33]). In secondo luogo, poi, nella misura in cui si reputi ammissibile l'instaurazione da parte del datore di lavoro di un giudizio volto ad accertare la valida ed efficace estinzione del rapporto di lavoro per effetto dell'intimazione del licenziamento ([34]), la domanda giudiziale datoriale dovrà essere formulata nelle forme del rito Fornero ([35]).

([32]) *Cfr*. Cass., 11 novembre 2015, n. 23073, in *Giust. civ. Mass.*, 2015. *Cfr.* anche App. Salerno, 3 aprile 2015, n. 445, che ha ritenuto inammissibile il «ricorso in opposizione» promosso vanti la Corte d'appello avverso il provvedimento pronunciato a esito della prima fase sommaria; Cass., 9 maggio 2014, n. 10133 in *Giust. civ. Mass.*, 2014, secondo cui «avverso l'ordinanza resa ai sensi dell'art. 1, comma 49, legge n. 92/2012, non è ammesso appello, ma solo l'opposizione innanzi allo stesso giudice, per cui l'ordinanza non può essere impugnata con ricorso '*per saltum'* in cassazione, previsto dall'art. 360, comma 2, c.p.c. solo in relazione ad una 'sentenza appellabile'». In merito alle fasi e ai gradi del giudizio, v. *infra*, §§ 28-30.

([33]) F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 63; D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 68; G. FICARELLA, *Il rito 'Fornero' a due anni dall'entrata in vigore…*, cit., 1226. *Cfr*. Cass., 11 novembre 2015, n. 23073, cit.

([34]) V. *supra*, § 11.

([35]) F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 64; P. SCOGNAMIGLIO, *Le controversie di licenziamento nella riforma Fornero*, in *Guida al lavoro-Il punto*, 2013, 2; G. FICARELLA, *Il rito 'Fornero' a due anni dall'entrata in vigore…*, cit., 1227. *Cfr*. Trib. Genova, 9 gennaio 2013, cit.; Trib. Piacenza, 16 gennaio 2013, in *DL Riv. critica dir. lav*., 2013, 1-2, 273, con nota di M. RAFFAGHELLI, *Rito Fornero: la cognizione sommaria della prima fase intesa come 'deforma-*

24. L'ambito di applicazione oggettivo. La tutela statutaria e la qualificazione del rapporto di lavoro

L'ambito di applicazione è definito dall'art. 1, comma 47, legge n. 92/2012, che limita l'operatività del nuovo rito alle «controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 St. lav., anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro».

Nonostante l'infelice formulazione della norma – la quale pone, atecnicamente, al centro del giudizio l'accertamento della legittimità del recesso datoriale (che, invece, come visto, costituisce una questione preliminare di merito) ([36]) e, con il termine «regolate», sembra lasciare intendere che l'art. 18 St. lav. detti una disciplina della materia (mentre la disposizione contiene unicamente il sistema sanzionatorio applicabile in relazione a fattispecie di recesso viziate tendenzialmente ivi solo menzionate) ([37]) –, il «criterio di collegamento» che permette di individuare le controverse assoggettate al rito Fornero è chiaro: si tratta della tipologia della tutela richiesta dal prestatore di lavoro ([38]).

Il problema è piuttosto capire se la correttezza del rito debba essere valutata dal giudice sulla base di quanto af-

---

lizzazione' e la natura impugnatoria del procedimento di opposizione determinano l'incompatibilità del magistrato che ha pronunciato l'ordinanza opposta.

([36]) V. *supra*, § 19.

([37]) P. CURZIO, *Il nuovo rito per i licenziamento*, cit., 6. In merito al sistema sanzionatorio, v. *supra*, §§ 3.3-3.6.

([38]) L'espressione è di D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 353.

fermato nella domanda ovvero di ciò che risulta dall'istruttoria, e cioè se per concludere nel senso della corretta proposizione del ricorso nelle forme di cui all'art. 1, commi 47 ss., legge Fornero basti o meno che il lavoratore abbia invocato uno dei quattro regimi sanzionatori delineati dall'art. 18 St. lav. Nonostante qualche voce discordante ([39]), anche in questo campo è stata affermata la piena operatività del canone di matrice giurisprudenziale della «prospettazione», «sicché, una volta azionata dal lavoratore una impugnativa di licenziamento postulando l'applicabilità delle tutele previste dall'art. 18 dello Statuto, il procedimento speciale deve trovare ingresso a prescindere dalla fondatezza delle allegazioni» ([40]).

Viene introdotto, però, un correttivo, al fine di evitare che il ricorrente possa così «scegliersi il rito»: il criterio della prospettazione cede infatti il passo tutte le volte in

---

([39]) *Cfr*. L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, cit., 15.

([40]) Cass., 8 settembre 2016, n. 17775, in *Giust. civ. Mass*., 2016; Cass., 26 marzo 2014, n. 7182, in *Giust. civ. Mass*., 2014; Cass., 13 giugno 2016, n. 12094, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; Trib. Roma, 23 ottobre 2014, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 2, II, 427, con nota di D. SCHIUMA, *Licenziamento del dirigente, accordi aziendali e rito Fornero: una decisione controversa*; Trib. Campobasso, 30 luglio 2013, in *www.diritto.it*; Trib. Roma, 21 febbraio 2013, in *Giur. merito*, 2013, 5, 1086, con nota di E. BOGHETICH, *La c.d. riforma Fornero e il rito speciale*; Trib. Napoli, 16 ottobre 2012, in *Riv. it. dir. lav*., 2012, II, 1085. In dottrina, *cfr*. D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 367; F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 65; R. DIAMANTI, *Rito Fornero e sua applicazione. Giudicato e limiti della cognizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 862.

cui l'allegazione del ricorrente sia manifestamente «artificiosa» o «palesemente strumentale» ([41]).

Pertanto, sulla base del criterio di collegamento sopra indicato, non potranno essere introdotte con un ricorso ai sensi dell'art. 1, commi 47 ss., legge n. 92/2012 le impugnazioni del licenziamento con cui il lavoratore rivendichi la tutela obbligatoria *ex* art. 8 legge n. 604/1966 (fermo restando quando precisato più avanti) ([42]), le impugnazioni del licenziamento intimato al dirigente (fatta eccezione per le fattispecie di recesso viziato cui all'art. 18, comma 1, St. lav.) ([43]), nonché, tra le altre, le azioni volte all'accertamento della nullità o della illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro a tempo determinato, posto che, per consolidata giurisprudenza, la disdetta con cui il datore di lavoro comunichi al dipendente la scadenza del termine illegittimamente stipulato, al fine di evitare la rinnovazione tacita del contratto, non configura una fattispecie di licenziamento e non trovano, quindi, applicazione le relative tutele ([44]).

([41]) *Cfr*., per la prima espressione, Cass., 8 settembre 2016, n. 17775, cit., per la seconda, Trib. La Spezia, 7 gennaio 2013, in *Lav. giur*., 2013, 313. *Cfr.* anche Cass., 26 marzo 2014, n. 7182, in *Foro it.*, *Rep*., 2014, voce *Competenza civile*, 19. *Cfr.* anche Cass., 26 marzo 2014, n. 7182, in *Giust. civ. Mass*., 2014; Cass., 23 maggio 2012, n. 8189, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 5, 661.

([42]) V. *infra*, in questo §, nel testo.

([43]) V. *supra* § 3.3.

([44]) Cass., 15 aprile 2015, n. 7632, in *Giust. civ. Mass*., 2015; Cass., 26 settembre 2013, n. 22057, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 27 settembre, con nota di V. PAPAGNI, *Dall'illegittima apposizione del termine ad un contratto di lavoro alla mora accipiendi della società fallita*; Cass., 10 novembre 2009, n. 23756, in *Giust. civ. Mass*., 2009, 11, 1573 Cass., 8 maggio 2000, n. 5821, in *Riv. it. dir. lav*., 2001, II, 73); Cass., S.U., 6 luglio 1991, n. 7471, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 523. Nella giurisprudenza di merito, *cfr*. Trib. Va-

Proseguendo nell'esegesi della norma, la legge fa espresso riferimento anche alle «questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro».

Così, là dove l'attore possa ricorrere all'art. 18 St. lav. soltanto previa qualificazione del rapporto lavorativo in termini di lavoro subordinato a tempo indeterminato, perché l'assenza di corrispondenza tra la realtà formale e quella sostanziale non consente di scorgere nell'atto della controparte contrattuale la sua reale natura di licenziamento, anche tale questione potrà essere decisa nelle forme del rito Fornero ([45]). In tutti questi casi, infatti, l'esistenza di un rapporto di lavoro rappresenta una «questione pregiudiziale» rispetto all'impugnazione del licenziamento ([46]) e la previsione di cui all'art. 1, comma 47, legge n. 92/2012 permette la sua trattazione cumulata con la domanda «dipendente», così evitando alla radice il problema del coordinamento del giudizio con l'autonomo processo connesso eventualmente pendente nelle forme del rito ordinario del lavoro ([47]).

---

rese, 11 febbraio 2014, in *Dejure*; Trib. Milano, 6 giugno 2013, in *Riv. it. dir. lav*., 2013, 4, II, 869.

([45]) Si pensi alla domanda di riqualificazione di un rapporto all'apparenza di collaborazione coordinata e continuativa o di agenzia, ma anche all'ipotesi in cui, in relazione a un rapporto di lavoro a termine, «il datore di lavoro, anziché limitarsi a comunicare… la disdetta per scadenza del termine, abbia intimato – nel presupposto dell'intervenuta conversione del rapporto a termine in un rapporto a tempo indeterminato – un vero e proprio licenziamento» (Cass., S.U., 6 luglio 1991, n. 7471, cit.).

([46]) D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 361; G. FICARELLA, *Il rito 'Fornero' a due anni dall'entrata in vigore*…, cit., 1227.

([47]) *Cfr*. D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 77-78. *Cfr*. pure F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela*

Sempre a proposito delle «questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro», la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate in merito alla possibilità di considerare ammissibile anche la domanda di accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare formale del rapporto contrattuale, come nel caso dell'appalto non genuino e della somministrazione di manodopera fraudolenta, con riferimento pure a una pluralità di soggetti rispetto ai quali fosse sostenibile l'esistenza di un unico centro di imputazione. In mancanza di una chiara indicazione nel testo legislativo, le risposte che gli interpreti hanno dato al quesito sono state di entrambi i segni ([48]).

---

reale..., cit., 61, secondo il quale la trattazione congiunta secondo le regole del rito speciale permette di evitare l'eventuale sospensione del giudizio o la sua attrazione *ex* art. 40 c.p.c. ove la «questione» della qualificazione del rapporto fosse azionata nelle forme del rito ordinario del lavoro.

([48]) In senso favorevole, *cfr*. Cass., 8 settembre 2016, n. 17775, cit.; Trib. Milano, 23 maggio 2013, in *DL Riv. critica dir. lav.*, 2013, 216; Trib. Milano, 5 ottobre 2012, a quanto consta inedita. *Contra* Trib. Milano, 25 ottobre 2012, in *Foro it.*, 2013, I, 674, in *Guida al lavoro*, 44, 2012, 13 con nota di A. ZAMBELLI, *Processo del lavoro e rito speciale: la prima decisione del Tribunale di Milano*, e in *Riv. it. dir. lav*., 2012, II, 1085, con nota di A. BOTTINI, *Il nuovo processo per l'impugnazione dei licenziamenti: obbligatorietà e selezione all'ingresso*; Trib. Siracura, 4 giugno 2013, in *Mass. giur. lav.*, 2013. In generale sul fenomeno della codatorialità anche nell'ambito di un gruppo di società, *cfr*. Cass., 29 novembre 2011, n. 25270, in *Riv. it. dir. lav*., 2012, 2, II, 375, con nota di O. RAZZOLINI, *La Corte di cassazione aggiorna i criteri elaborati dalla giurisprudenza per distinguere fra gruppo fraudolento e gruppo genuino*.

Con riguardo alla domanda di reintegrazione formulata nei confronti di più soggetti, *cfr*. in senso affermativo Trib. Roma, 13

Assumendo per ora che all'ordinanza che chiude la prima fase «sommaria» del rito speciale possa essere riconosciuta la stabilità propria del giudicato ([49]), discussa è la possibilità per il giudice destinatario di un ricorso *ex* art. 1, commi 47 ss., legge Fornero di pronunciarsi sulla «qualificazione del rapporto di lavoro» con la medesima efficacia di cosa giudicata. La tesi minoritaria, facendo leva sulla scelta terminologica compiuta dal legislatore del 2012, ritiene che l'espressione «questione» debba indurre l'interprete a propendere per una pronuncia soltanto *incidenter tantum* ([50]). La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, invece, sostengono l'ammissibilità della specifica domanda con cui il ricorrente chieda, a norma dell'art. 34 c.p.c. ([51]), l'accertamento della natura del rapporto lavorativo con efficacia di giudicato ([52]), con la precisazione che «l'ammissibilità dipende dal fatto che la domanda sia strettamente funzionale alla impugnazione del licenziamento, onde non tradire la *ratio* e la funzione del procedimento»

---

dicembre 2012, a quanto consta inedita. *Contra Trib*. Milano, 21 novembre 2012, a quanto consta inedita.

([49]) V. *supra* § 28.

([50]) Trib. Napoli, 16 ottobre 2012, in *Foro it.*, 2013, I, 674; Trib. Roma 29 gennaio 2013, in *Lav. giur.*, 2014, 799. In dottrina, *cfr*. V. PETRELLA, *Note minime in tema di oggetto della cognizione nella fase sommaria del c.d. rito 'Fornero' e prospettive del ricorrente*, in *Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e prospettive*, a cura di R. Tiscini, Napoli, 2015, 40.

([51]) *Cfr*. quanto precisato *supra*, § 19, nota 479.

([52]) *Cfr*. G. TRISORIO LIUZZI, *Contenuto ed effetti delle decisioni nel processo del lavoro*, in *Il giusto proc. civ.*, 2016, 59; G. FICARELLA, *Il rito 'Fornero' a due anni dall'entrata in vigore…*, cit., 1223; D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 77.

([53]). Peraltro, secondo una certa dottrina, l'idoneità della pronuncia a fare stato anche in punto di qualificazione del rapporto di lavoro sarebbe rimessa a ciò che tale accertamento sia stato o meno un «antecedente logico necessario della decisione» ([54]), imponendo dunque di indagare la concreta rilevanza della questione ai fini dell'accoglimento o del rigetto della domanda sulla legittimità del licenziamento impugnato.

25. (*Segue*) Il cumulo di domande connesse

L'art. 1, comma 48, legge n. 92/2012 consente il *simultaneus processus* nelle forme del nuovo rito limitatamente alle domande «diverse da quelle di cui al comma 47… che siano fondate sugli identici fatti costitutivi». Nella successiva fase di opposizione, il cumulo è ammesso altresì in relazione alle domande «svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti» ([55]).

La formulazione della norma ha dato adito a numerosi contrasti interpretativi, per lo più incentrati sull'esatta portata da attribuire all'espressione «identici fatti costitutivi». L'identità postulata dalla norma, infatti, è suscettibile di essere letta in termini assoluti o relativi quale identità «totale» ovvero anche solo «parziale».

Se, per un verso, è vero che l'accoglimento di una concezione estensiva rischia di confliggere con la funzione

---

([53]) *Cfr*. D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 77.

([54]) F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 61; R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 94.

([55]) V. l'art. 1, comma 51, legge n. 92/2012.

del rito speciale per l'impugnativa del licenziamento, comportando un allargamento del *thema decidendum* con un probabile appesantimento dell'attività istruttoria e un conseguente allungamento dei tempi processuali ([56]), è, per altro verso, innegabile che un'ermeneutica strettamente letterale della disposizione normativa porterebbe a leggere nell'art. 1, comma 48, legge Fornero un vero e proprio divieto di cumulo ([57]), ed è evidente che tale risultato sarebbe inaccettabile. È stato correttamente rilevato, infatti, che «dal punto di vista di tecnica processuale, ipotizzare che vi possano essere domande 'diverse' fondate su 'identici fatti costitutivi' è un *nonsense*. Vi possono essere domande identiche fondate su diversi fatti costitutivi (ciò che accade, ad es., per i diritti eteroindividuati), ma non domande diverse fondate su identici fatti costitutivi. Se i fatti sono identici, anche la domanda è necessariamente identica» ([58]). Ne deriva l'opportunità di seguire un'interpretazione meno rigida, che legga nella norma un'apertura alle domande che siano fondate su fatti costitutivi anche solo «parzialmente identici» ([59]), dando così «senso e contenu-

---

([56]) G. FICARELLA, *Il rito 'Fornero' a due anni dall'entrata in vigore*…, cit., 1221.

([57]) M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 2; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 73; D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 74; P. SORDI, *Il nuovo rito per le controversie in materia di licenziamenti*, in *Riforma del lavoro*, a cura di L. Di Paola, Milano, 2013, 276.

([58]) F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale*..., cit., 61-62.

([59]) D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 74; P. SORDI, *Il nuovo rito per le controversie in materia di licenziamenti*, cit., 275; G. FICARELLA, *Il rito 'Fornero' a due anni dall'entrata in vigore*…, cit., 1220. *Con-*

to» alla disposizione normativa ([60]). Tale impostazione appare, peraltro, più rispettosa del principio di economia processuale, consentendo di scongiurare un'inevitabile moltiplicazione di giudizi, per di più incentrati su una pressoché medesima realtà fattuale ([61]).

Una soluzione parzialmente diversa è offerta, infine, da quella dottrina che, pur avendo rilevato l'inopportunità di richiedere una totale identità di fatti costitutivi, ha al contempo rilevato come limitarsi a leggere il requisito per il *simultaneus processus* nelle forme del nuovo rito in termini di identità solo parziale svuoterebbe la norma della sua «portata precettiva». Viene, dunque, offerto un «correttivo» affinché la (parziale) identità dei fatti costitutivi non implichi, *de plano* e sulla base di una sorta di automatismo, la possibilità di trattare e decidere cumulativamente qualsivoglia domanda connessa che presenti dei fatti ag-

---

tra G. VIDIRI, *Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa di difficile lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 53. In giurisprudenza, *cfr*. Trib. Bari, 17 ottobre 2012 e Trib. Bologna, 25 settembre 2012, in *Foro it.*, 2013, I, 673, con nota di S. CALVIGNONI; Trib. Milano, 25 ottobre 2012, cit.

([60]) È questa l'«utile» interpretazione sostenuta da Cass., 13 giugno 2016, n. 12094, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, e in *Foro it.*, 2016, I, 2756, con nota di D. DALFINO, *Impugnazione del licenziamento, domanda subordinata di tutela obbligatoria e rito applicabile*.

([61]) G. FICARELLA, *Il rito 'Fornero' a due anni dall'entrata in vigore*…, cit., 1222. *Cfr*. C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 737, secondo i quali «le domande cumulate sono… spesso innocuo, ad es. perché non necessitano di istruttoria, oppure perché l'istruttoria da svolgere è la stessa che serve ad accertare la legittimità del licenziamento: la loro separazione rischia solo di moltiplicare i processi»; L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 107.

giuntivi rispetto a quelli propri dell'azione di impugnazione del licenziamento. Viene, invero, auspicato un vaglio giudiziale, da effettuare caso per caso, al fine di verificare se la trattazione congiunta sia o meno da intralcio alla spedita trattazione della domanda sulla legittimità del licenziamento, nel solco di quanto previsto dagli artt. 103, comma 2, e 104, comma 2, c.p.c. ([62]), che, come noto, permettono al giudice di disporre la separazione delle cause quando la continuazione della loro riunione ritarderebbe o renderebbe più gravoso il processo.

Sulla base delle teorizzazioni sopra esposte, si è così sostenuta l'ammissibilità della proposizione in via subordinata nelle forme del rito Fornero delle domande di pagamento del trattamento di fine rapporto e dell'indennità sostitutiva del preavviso, «in quanto nascenti dalla cessazione del rapporto, e quindi fondate su fatti costitutivi già dedotti, sicché il relativo esame non comporta un indebito ampliamento del tema sottoposto a decisione, ed evita il frazionamento dei processi o pronunce in mero rito, permettendo, al contrario, che un'unica vicenda estintiva del rapporto di lavoro dia luogo ad un unico processo» ([63]). Allo stesso modo, nel caso dell'impugnazione di un licenziamento promossa da un dirigente ai sensi dell'art. 18 St. lav. in quanto ritenuto discriminatorio è stata giudicata ammissibile la domanda formulata in via subordinata volta «alla declinatoria di difetto di giusta causa ovvero ingiustificatezza del recesso datoriale, in quanto fondate sul comune presupposto della vicenda estintiva del rapporto»,

---

([62]) F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 62; C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 737.

([63]) Cass., 18 agosto 2016, n. 17107, in *Giust. civ. Mass.*, 2016 ; Cass., 13 giugno 2016, n. 12094, cit.

negando altresì che «tale trattazione congiunta determin[i] aggravi istruttori, evitando, semmai, un'inutile rinnovazione dell'attività processuale oltre al frazionamento dei processi cui accede il rischio di giudicati contrastanti» ([64]).

Viceversa, sono state escluse dall'ambito di applicazione del nuovo rito la domanda risarcitoria fondata sulla asserita violazione da parte del datore di lavoro della normativa a tutela dell'ambiente di lavoro ([65]), quella volta a fare valere la nullità di un contratto di apprendistato conclusosi alla naturale scadenza ([66]), nonché ad accertare la sussistenza di un trasferimento d'azienda e la correlata responsabilità solidale, la richiesta di condanna al pagamento di una rendita vitalizia o di danni per omissione contributiva ([67]), così come la domanda avente a oggetto il pagamento di differenze retributive ([68]).

Un discorso a parte merita la questione della proponibilità della domanda di tutela obbligatoria, ai sensi dell'art. 8 legge n. 604/1966, in via subordinata rispetto alla domanda di tutela *ex* art. 18 St. lav., per il caso in cui il giudice ritenga quest'ultima infondata in ragione dell'insussistenza del requisito dimensionale ([69]). A questo pro-

---

([64]) Cass., 12 agosto 2016, n. 17091, in *Giust. civ. Mass.*, 2016. *Contra* Trib. Milano, 31 ottobre 2012, cit. In dottrina, in senso affermativo, *cfr*. F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale*..., cit., 62.

([65]) Trib. Roma, 3 ottobre 2014, n. 9079, in *Dejure*.

([66]) Trib. Torino, 24 aprile 2013, in *Nuovo notiziario giuridico*, 2013, 2, 423.

([67]) Trib. Bari, 14 gennaio 2013, cit.

([68]) Trib. Taranto, 30 novembre 2012, in *Foro it.*, 2013, I, 673, con nota di S. CALVIGIONI.

([69]) Come noto, l'art. 18, comma 8, St. lav. limita l'applicabilità delle previsioni statutarie contro il licenziamento illegittimo – fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, intimato in concomitanza col matrimoni o in violazione dei divieti di cui

posito, però, si impone una premessa in merito alla relazione tra l'art. 18 St. lav. e l'art. 8 legge n. 604/1966 ([70]).

26. (*Segue*) Il rapporto tra l'art. 18 St. lav. e l'art. 8 legge n. 604/1966. La sorte della «richiesta» subordinata di applicazione della tutela obbligatoria

Grazie all'indagine che si è a suo tempo condotta muovendo dalle disposizioni di diritto sostanziale di cui agli artt. 18 St. lav. e 8 legge n. 604/1966 ([71]), è stato possibile affermare che i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio dal lavoratore che asserisca di essere stato illegittimamente licenziato sono, sia nell'uno sia nell'altro caso, la pregressa esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato e la sua interruzione a seguito di un atto di

---

all'art. 54 D.lgs. n. 151/2001, riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. ovvero intimato in forma orale, nei quali casi l'art. 18 St. lav. trova applicazione quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, anche a tutela del dirigente – «al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti»: v. *supra*, § 3.2.

([70]) V. *infra*, § 26.

([71]) V. *supra*, §§ 12-13.

licenziamento, mentre la sussistenza di una giusta causa o giustificato motivo di licenziamento, così come, rispetto alla domanda formulata ai sensi dell'art. 18 St. lav., la mancanza del requisito dimensionale ivi previsto, sono fatti impeditivi del suo diritto.

Pertanto, la domanda di tutela reale e quella di tutela obbligatoria si differenzierebbero soltanto sotto il profilo dei fatti impeditivi, per il resto postulando, tanto l'una quanto l'altra domanda, la sussistenza dei medesimi fatti costitutivi ([72]).

([72]) *Cfr*. D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 76; M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 2; L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto…*, cit., 107; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 73; L. CAVALLARO, *Il processo del lavoro al tempo dei 'tecnici'*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2013, 303; G. FICARELLA, *Il rito 'Fornero' a due anni dall'entrata in vigore…*, cit., 1220. Convengono sull'identità dei fatti costitutivi, ma si affermano a favore della tesi dell'unicità della domanda di tutela contro il licenziamento illegittimo (v. *infra*, in questo §) L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 107, e D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 365.

La concezione del requisito dimensionale per la tutela reale quale fatto costitutivo comporta l'adozione di conclusioni parzialmente differenti: ove non si condivida l'impostazione offerta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione ritendo che la previsione di cui all'art. 18, comma 8, St. Lav. integri un fatto costitutivo e non impeditivo, allora nelle ipotesi sopra considerate dovrà rilevarsi l'assenza anche di tale ulteriore fatto costitutivo (v. *supra*, § 13).

Per completezza, si segnala che nelle ipotesi di cui all'art. 18, comma 1, St. lav., andrebbe ravvisata la presenza di un ulteriore fatto costitutivo (con esclusione, in ogni caso, del requisito dimensionale, che, in tali caso, è privo di rilevanza giuridica), differente a seconda di quale specifica tipologia di licenziamento illegit-

Sulla scorta di tali conclusioni e sulla base alle teorizzazioni tradizionali ([73]), non può allora non convenirsi sulla sussistenza di un «concorso di norme» – per l'appunto, tra l'art. 18 St. lav. e l'art. 8 legge n. 604/1966 – anziché di un «concorso di diritti» – tra un ipotetico diritto alla tutela reale, al sussistere dei requisiti richiesti dalla norma statutaria, e un differente diritto alla tutela obbligatoria, al ricorrere delle condizioni imposte dal legislatore del 1966 ([74]).

Infatti, come noto, il fenomeno del concorso di norme permette di comprendere quando, in presenza di una molteplicità di fatti giuridici contemplati da più fattispecie normative, debba negarsi la coesistenza degli elementi dell'una e dell'altra fattispecie ([75]). Tale negazione può e

---

timo sia stata addotta del lavoratore, corrispondente, per esempio, a un motivo illecito o a un intento discriminatorio alla base dell'atto datoriale di recesso: v. *supra*, § 14.

([73]) V. *infra*, in questo§, nel testo e nelle note 75 e 78.

([74]) I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno n. 92…*, cit., 348; F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 67; D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 364.

([75]) Sul concetto di concorso di norme, *cfr*. G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc*., 1964, 271, ove si legge che il mero concorso di norme si delinea «quando più norme convengano verso una medesima situazione di fatto, ma in un rapporto tale che non ne nascano più diritti, bensì una soltanto di esse debba applicarsi»; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 249 ss.; C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., 74-76; seppure in merito alla specifica questione del rapporto tra i titoli della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Libro II, Tomo I, Torino, 1980, 198 ss.

deve essere affermata tutte le volte in cui l'interprete ravvisi tra due o più previsioni di legge un rapporto di «incompatibilità» ed «esclusione», di «specialità e sussidiarietà», o di «assorbimento» ovvero, infine, di «coincidenza cronologica» ([76]). In tutti questi casi, nonostante l'apparenza, si è in realtà di fronte a un unico diritto ([77]).

Diversamente, là dove le molteplici fattispecie normative siano allo stesso tempo autonomamente integrabili dal medesimo accadimento storico, il diritto non è unico, ma di diritti ve ne sono tanti quante sono le fattispecie, l'uno in concorso con l'altro nel perseguimento dello stesso interesse ([78]).

Ebbene, a seguito dell'intimazione da parte del datore di lavoro di un licenziamento ritenuto illegittimo poi impugnato dal lavoratore, è indubbio che il giudice non possa accogliere la domanda di tutela da quest'ultimo formulata sia ai sensi dell'art. 8 legge n. 604/1966 che ai sensi dell'art. 18 St. lav., e ciò non perché, come avviene nel caso di diritti concorrenti, «la soddisfazione di uno di essi estingue anche l'altro» ([79]), bensì in considerazione di ciò

([76]) *Cfr*. C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., 75.

([77]) S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 250.

([78]) Sul fenomeno del concorso di diritti, *cfr*. G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc*., 1964, 271; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., 228 ss., spec. 234; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 340 ss.; ID., *Il giudicato civile*, cit., 132 ss.; C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., 77 ss.

([79]) E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, *Principi*, Milano, 1992, 180; C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., 76; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 347. *Cfr.* Cass., 30 settembre 2016, n. 19557, in *Dejure*, secondo, in relazione alla domanda di impugnazione del licenziamento, «unico ne è l'oggetto, ossia il bene della vita che si vuole soddisfa-

che, ancora prima, l'applicabilità di una norma è esclusa dall'applicabilità dell'altra ([80]). Pertanto, «una sola è la pretesa sostanziale» alla tutela contro il licenziamento illegittimo e, dunque, uno solo è il diritto, a prescindere dallo specifico regime sanzionatorio effettivamente operante nel singolo caso ([81]).

Sembra allora di dovere accogliere la tesi di quella dottrina – recepita da una certa giurisprudenza ([82]) – che afferma l'unicità della domanda d'impugnazione del licenziamento, sia che il ricorrente invochi l'applicazione dell'art. 18 St. lav. sia che la norma azionata sia, invece, l'art. 8 legge n. 604/1966 ([83]).

---

re, unico è il fatto costitutivo invocato a sostegno della domanda (il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, interrotto da un licenziamento di cui si assume l'illegittimità…), identiche sono le parti. »

([80]) D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 364, secondo il quale «le fattispecie normative sono in rapporto di esclusione».

([81]) D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 364, che si rifà a S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 250, che riporta, a sua volta, quanto teorizzato da A. VON TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I, Leipzig, 1910.

([82]) *Cfr*. Cass., 30 settembre 2016, n. 19557, in *Dejure*, che fa proprio il «principio generale di unicità della domanda di impugnazione del licenziamento, nel senso che essa è pur sempre unica e inscindibile, a prescindere dal tipo di tutela che, all'esito del giudizio, il giudice riterrà di accordare».

([83]) Il riferimento è a F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 66-67, le cui considerazioni sono condivise da R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 105; L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 107; D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi*

Questa ricostruzione non è scevra di implicazioni ([84]). Infatti, ove si fosse di fronte a due domande differenti, il rigetto dell'una non osterebbe alla proposizione dell'altra, e ciò non solo quando il rigetto sia fondato sull'elemento qualificante la tutela reale ([85]), bensì pure nell'ipotesi di pronuncia di rigetto basata su un fatto comune a entrambe le domande ([86]).

È pur vero – si potrebbe obbiettare – che il problema sarebbe a ogni modo ovviato dall'operare del rigido termine di decadenza di cui all'art. 6 legge n. 604/1966 (il quale

---

applicativi, cit., 365; I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno n. 92…*, cit., 348-349.

([84]) Come affermato da Cass., 30 settembre 2016, n. 19557, in *Dejure*, «se la domanda è unica, essa non può essere oggetto di differenti giudizi a seconda del tipo di provvedimento richiesto».

([85]) Come, per esempio, nel caso in cui il giudice non ritenga integrata la base occupazione del datore di lavoro o la natura discriminatoria del recesso.

([86]) Si pensi alla domanda di tutela, reale o obbligatoria, rigettata in ragione della intervenuta decadenza dall'impugnazione (così D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 365), o a seguito della qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo o, ancora, alla luce dell'accertamento della validità ed efficacia del licenziamento (F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 66). Ma si potrebbe altresì immaginare un rigetto fondato sull'errata prospettazione del ricorrente in termini di licenziamento della comunicazione da parte del datore di lavoro della disdetta conseguente alla scadenza del termine illegittimamente apposto al rapporto di lavoro (v. *supra*, § 24), o ancora un rigetto fondato sull'avere il dipendente, che sia stato licenziato per mancato superamento del patto di prova, lamentato per esempio che l'espletamento della prova non gli sia stato effettivamente consentito, nei quali casi, come noto, non sono applicabili le tutele di cui agli artt. 18 St. lav. e 8 legge n. 604/1966.

impedirebbe la proposizione di un secondo giudizio volto ad accertare il diritto del lavoratore alla tutela debole); ma ciò non sposterebbe i termini della questione: le domande resterebbero comunque astrattamente – e inopportunamente – esperibili entrambe, salvo l'operare nei fatti di un correttivo che, nondimeno, risponde a ben altre funzioni, quelle tipiche dei termini di decadenza: dare certezza «in situazioni incerte» ([87]), e non porre rimedio a un pur oneroso inconveniente ([88]).

Sino all'entrata in vigore della legge Fornero, il tema dell'unicità della domanda di impugnazione del licenziamento si era posto essenzialmente con riferimento al caso del lavoratore che fosse incorso in errore invocando (soltanto) una tutela a esso inapplicabile, chiedendo la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione a norma dell'art. 18 St. lav., nonostante la base occupazionale dell'impresa non raggiungesse i requisiti numerici previsti dallo Statuto dei lavoratori. In simili situazioni, il rigetto della domanda e l'operare della decadenza dall'impugnazione *ex* art. 6 legge n. 604/1966 avrebbero comportato la negazione di qualsivoglia protezione contro un licenziamento illegittimo ([89]). All'errore del lavoratore poneva rimedio la Corte di cassazione, costante nell'affermare che, «se il dipendente illegittimamente licenziato [avesse] chiesto l'applicazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, e quindi anche il risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni maturate dal giorno in cui il licenzia-

([87]) V. *supra*, § 8, nota 105.

([88]) Ben fa quella giurisprudenza (v. *infra*, in questo §, nel testo e in nota 90) che, là ove il dipendente illegittimamente licenziato abbia invocato la sola tutela reale, accertato che non sussistono i requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18 St. lav., accorda, sussistendo i relativi presupposti, la tutela obbligatoria.

([89]) V. *supra*, § 20, spec. nota 530.

mento ha trovato attuazione, il giudice, accertato che non sussistono i requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18, [avrebbe] d[ovuto] accordare, sussistendo i relativi presupposti, la tutela in tal caso applicabile (dichiarazione di inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno), essendo tale tutela omogenea e di ampiezza minore rispetto a quella prevista dall'art. 18» ([90]). In altre parole, anche se destinatario di una domanda di tutela reale, il giudice non sarebbe incorso nel vizio di ultrapetizione nell'accoglierla in applicazione dell'art. 8 legge n. 604/1966 ([91]).

Quindi, muovendo dal pur non esplicitato presupposto dell'unicità della domanda di tutela contro il licenziamento illegittimo – o quantomeno dalla individuazione di un rapporto di «continenza» tra gli effetti giuridici della pronuncia di illegittimità del licenziamento *ex* art. 18 St. lav. e gli effetti di quella *ex* art. 8 legge n. 604/1966 ([92]) – la questione aveva trovato una risposta soddisfacente, pienamente rispettosa dei principi di effettività della tutela e strumentalità del processo ([93]).

([90]) *Cfr*. la giurisprudenza citata *supra*, § 13, nota 290, nonché ora le linee guida predisposte dal Tribunale di Venezia in data 12 dicembre 2012, in *Riv. it. dir. lav*., 2012, II, 1116.

([91]) *Cfr*. Cass., 19 novembre 2001, n. 14486, cit.

([92]) L. CAVALLARO, *Il processo del lavoro al tempo dei 'tecnici'*, cit., 301.

([93]) L'obbligo di un'incondizionata trattazione separata – con conseguente adozione di un provvedimento di inammissibilità o improcedibilità della domanda svolta cumulativamente – oltre a incentivare la moltiplicazione dei giudizi, finirebbe, da un lato, per comporterebbe un evidente «spreco» di attività processuale, e, dall'altro lato, per pregiudicare l'effettività della tutela, che può essere pienamente garantita unicamente da una pronuncia nel merito della pretesa. *Cfr*. M. DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti*…, cit., 826; A. RICCOBONO, *Tutela sostanziale e*

La legge Fornero ha, tuttavia, stravolto gli equilibri così raggiunti, disponendo l'applicabilità del rito speciale per l'impugnazione giudiziale del licenziamento nelle sole «ipotesi regolate dall'art. 18» St. lav., senza prendere espressamente posizione in merito alla ipotesi di recesso viziato sanzionate dall'art. 8 legge n. 604/1966, salvo genericamente ammette, come visto ([94]), la proposizione delle ulteriori domande «fondate sugli identici fatti costitutivi».

L'interprete ha quindi dovuto affrontare il quesito della sorte della richiesta di tutela obbligatoria formulata con il ricorso *ex* art. 1, comma 48, legge n. 92/2012, in via subordinata, in vista dell'eventuale rigetto della richiesta principale di tutela reale.

La dottrina e la giurisprudenza hanno sostenuto soluzioni tutt'altro che univoche.

Un primo indirizzo interpretativo, negando l'unicità della domanda e affermando la diversità dei rispettivi fatti costitutivi ([95]), ha sollecitato, la dichiarazione della inammissibilità, improponibilità o improcedibilità della domanda subordinata di tutela obbligatoria, previo rigetto della domanda principale di tutela reale ([96]). Ciò, secondo alcuni

---

regime processuale del licenziamento inefficace nelle imprese non soggette all'applicazione dell'art. 18 St. lav., in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 825. *Cfr.*, in giurisprudenza, Cass., 13 giugno 2016, n. 12094, in *Giust. civ. Mass.*, 2016.

([94]) V. *supra*, § 25.

([95]) *Cfr.* Cass., 10 agosto 2015, n. 16662, in *Giust. civ. Mass.*, 2015, e in *Lav. giur.*, 2016, 287, che ritiene che la consistenza della base occupazionale di cui all'art. 18 St. lav. sia un fatto costitutivo della domanda di tutela reale (v. *supra*, § 13) ed evidentemente legge il requisito dell'identità dei fatti costitutivi richiesto dall'art. 1, comma 48, legge Fornero in termini di identità totale (v. *supra*, § 25).

([96]) *Cfr.*, Cass., 10 agosto 2015, n. 16662, cit.; Trib. Roma 23 dicembre 2013, in *GiustiziaCivile.com*, 2014, 27 gennaio, con

([97]), lascerebbe impregiudicata la possibilità per il ricorrente di ottenere la tutela obbligatoria a esito di un successivo giudizio instaurato nelle forme del rito ordinario del lavoro.

Sul fronte opposto, invece, un diverso orientamento ha invocato l'attrazione della domanda di tutela obbligatoria nell'ambito di applicazione del rito Fornero, con conseguente possibilità di decidere, nelle forme del nuovo rito, tanto la domanda principale *ex* art. 18 St. lav. quanto, rigettata quest'ultima, la domanda subordinata *ex* art. 8 legge n. 604/1966 ([98]). Secondo la dottrina, tale soluzione sa-

---

nota di M. ZULBERTI, *Domande nuove e tutela obbligatoria dei licenziamenti a confronto con il rito Fornero*; Trib. Roma 21 febbraio 2013, in *www.giuslavoristi.it*; Trib. Arezzo 22 novembre 2012, in *www.giuslavoristi.it*; Trib. Milano 25 ottobre 2012, cit.; Trib. Milano 23 ottobre 2012, in *Mass. giur. lav*., 2013, 250 con nota adesiva sul punto di P. POZZAGLIA, *Nuovo rito: qualificazione ed imputazione del rapporto di lavoro*; Trib. Milano 4 febbraio 2012, in *www.giuslavoristi.it*. In dottrina, *cfr*. G. VIDIRI, *Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa di difficile lettura*, cit., 51-52; L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto…*, cit., 107-108; L. CAVALLARO, *Il processo del lavoro al tempo dei 'tecnici'*, cit., 300.

([97]) *Cfr*. Trib. Firenze 17 ottobre 2012, *Riv. it. dir. lav*., 2012, 1111 e linee guida Trib. Monza 30 ottobre 2012, *Riv. it. dir. lav*., 2012, 1113.

([98]) *Cfr*. Cass., 30 settembre 2016, n. 19557, in *Dejure*; Cass., 13 giugno 2016, n. 12094, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; Trib. Como, 25 agosto 2014, in *Giur. it.*, 2015, 874 ss.; Trib. Palermo, 16 dicembre 2013, citata da A. RICCOBONO, *Tutela sostanziale e regime processuale del licenziamento inefficace nelle imprese non soggette all'applicazione dell'art. 18 St. lav*., cit., 825; Trib. Roma, 24 maggio 2013, citata da P. SORDI, *Il nuovo rito per le controversie in materia di licenziamenti*, cit., 275; Trib. Roma, 19 dicembre 2012, in *www.giuslavoristi.it*; Trib. Taranto, 30 novembre 2012, in *Lav. giur*., 2013, 587, con nota di S. SANTARONI, *Dentro e fuori dal*

rebbe imposta dalla unitarietà della domanda di impugnazione del licenziamento, a prescindere dalla tutela richiesta ([99]), o, comunque, dalla (anche solo parziale) identità dei rispettivi fatti costitutivi ([100]).

Vi è poi la tesi «intermedia» di coloro che, pur condividendo la tesi dell'unicità della domanda di tutela contro il licenziamento illegittimo, ritengono che il giudice,

---

cosiddetto 'Rito Fornero'; Trib. Roma 28, novembre 2012, cit.; Trib. Napoli, 16 ottobre 2012, e Trib. Milano, 25 ottobre 2012, cit.; Trib. Padova, 16 ottobre 2012, in *Giur. lav.*, 2012, 44, 16, con nota di D. RIZZARDO, *Riforma Fornero e rito speciale: cosa accade se l'art. 18 non si applica?*; Trib. Padova, 11 ottobre 2012, in *www.giuslavoristi.it*; Trib. Venezia, 2 ottobre 2012, in *Giur. it.*, 2013, 1363 con nota di A. GIORDANO, *Rito 'Fornero' e formalismi del processo. Il caso del mutamento del rito*.

([99]) I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno n. 92…*, cit., 348-349.

([100]) D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 76. Tale soluzione risponderebbe «alla necessità di non mortificare la tutela giurisdizionale dei diritti» (*cfr*. L. CAVALLARO, *Il processo del lavoro al tempo dei 'tecnici'*, cit., 303) ovvero di evitare «una assurda separazione tra domanda principale e domanda subordinata relative allo stesso licenziamento perfino, in ipotesi, per lo stesso vizio di ingiustificatezza» (*cfr*. A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 73). *Cfr*. anche P. CURZIO, *Il nuovo rito per i licenziamento*, cit., 5, il quale ritiene preferibile l'attrazione delle domande subordinate ex art. 8 legge n. 604/1966 nel rito Fornero poiché «soluzioni diverse sarebbero artificiose ed ultronee rispetto alle indicazioni normative». Particolare è inoltre la soluzione proposta da M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 2, secondo cui la proposizione congiunta delle domande di tutela forte e di tutela debole sarebbe possibile unicamente in fase di «opposizione» *ex* art. 1, comma 51, legge n. 92/2012 che, per quel che qui interessa, al pari del comma 48 ammette la formulazione di domande diverse da quelle di cui al comma 47 purché siano fondate sugli identici fatti costitutivi.

una volta accertato «il difetto di un elemento qualificante la tutela forte *ex* art. 18 St. lav.», debba disporre la separazione delle domande e il mutamento del rito per la prosecuzione del giudizio nelle forme del rito del lavoro per la trattazione e decisione della domanda formulata ai sensi dell'art. 8 legge n. 604/1966 ([101]). In questa impostazione, il mutamento del rito eviterebbe al ricorrente di incorrere nella decadenza di cui all'art. 6 legge n. 604/1966, ritenuta sempre operante ([102]).

Una soluzione parzialmente diversa è offerta, infine, da quella dottrina che non esclude *tout court* la possibilità per il giudice di decidere con il rito Fornero anche la richiesta di tutela obbligatoria, ma la limita ai casi in cui, al momento del rigetto della richiesta principale di tutela reale, la causa sia già istruita per la decisione nel merito della subordinata, eventualmente concedendo la tutela invocata dal lavoratore ([103]). A tali condizioni, il giudice potrà pro-

---

([101]) *Cfr*. D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 368-369, secondo il quale ove il giudice accerti «il difetto di un requisito comune (alla tutela forte *ex* art. 18 St. lav. e alla tutela debole *ex* art. 8 l. 604/1966)» dovrà mantenere «il rito speciale e in base alle regole di tale rito decider[e] la lite». In merito all'effetto impeditivo della decadenza, v. *supra*, § 8.

([102]) *Cfr*. D. BUONCRISTIANI, *La conversione del rito Fornero in rito laburistico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 610. Peraltro, al fine di evitare la decadenza, secondo G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il rito Fornero: un labirinto senza uscita?*, cit., 301, non sarebbe nemmeno possibile immaginare la proposizione contemporanea di un ricorso *ex* art. 414 c.p.c. «per carenza di interesse ad agire».

([103]) È qui che si coglie l'elemento differenziante rispetto alla tesi «intermedia» sopra menzionata (v. *supra*, in questo §, nel testo e alla nota 101), poiché, secondo questa ricostruzione, il giudice sarebbe autorizzato a decidere entrambe le domande, principa-

nunciarsi anche sul profilo giuridico di cui all'art. 8 legge n. 604/1966, altrimenti al provvedimento di rigetto della domanda di tutela reale dovrà accompagnarsi un provvedimento di mutamento del rito, dal rito speciale al rito del lavoro, per la definizione della causa sotto il profilo della tutela obbligatoria ([104]).

È evidente che, affinché si possa pervenire a una decisione nel merito della richiesta *ex* art. 8 legge n. 604/1966, quest'ultima ricostruzione presuppone che l'istruttoria condotta dal giudicante riguardi anzitutto la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo addotto dal datore di lavoro alla base del licenziamento intimato; ed è proprio un simile *modus operandi* del giudice che si presta alla critica di quella dottrina che sostiene, invece, la necessità di disporre senz'altro il mutamento del rito (o il rigetto di entrambe le domande). Sarebbe, infatti, più rispettoso delle «esigenze di celerità imposte dal nuovo rito» oltre che del «costituzionalizzato principio di economia processuale e di ragionevole durata del processo» – si è sostenuto ([105]) – «innanzitutto affrontare l'accertamento dell'elemento qualificante la richiesta di tutela *ex* art. 18 St. lav. (ad es., la consistenza dell'azienda)» e solo «in caso di esito negativo… rigettare nel merito la domanda di tutela forte» e, «con separata ordinanza, mutare il rito (da specia-

---

le e subordinata, non solo rigettandole, bensì pure concedendo la tutela richiesta.

([104]) F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 68; R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 105; L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 107-108.

([105]) D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 368-369-370.

le a rito lavoro 'ordinario'), trattare e decidere sulla tutela debole *ex* art. 8 l. 604/1966)» ([106]).

Passate così in rassegna le soluzioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, si ritiene di potere sostenere che la domanda di tutela obbligatoria debba essere proposta con ricorso *ex* art. 414 c.p.c., se svolta in via principale, possa essere decisa nelle forme del rito Fornero se proposta in via subordinata ([107]) e possa comunque essere concessa, anche se erroneamente non formulata, in quanto

---

([106]) In merito all'ordine nella decisione delle questioni di merito sollevate dalle parti, deve rilevarsi l'operare del c.d. «principio della ragione più liquida», intimamente connesso al principio di economia processuale, in forza del quale il giudice deve dare precedenza alla questione che, sebbene logicamente subordinata o dipendente da altra questione, è potenzialmente idonea a definire il giudizio in quanto assorbente, ciò nel necessario rispetto del principio della corrispondenza tra il questo e i pronunciato. *Cfr.* P. BIAVATI, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 1310; A. MACCARONE, *Ordine delle questioni e applicazione del principio della ragione più liquida*, in *Foro pad.*, 2011, 195; M. ACIERNO, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 438. Sulle questioni di rito, *cfr*. R. CAPONI, *La rilevabilità del difetto di giurisdizione tra doppio oggetto e primato della ragione più liquida*, in *Foro it.*, 2009, I, 3099; A. MOTTO, *Concorso di fattispecie,* ne bis in idem *e ordine delle questioni di rito*, in *Riv. arb.*, 2012, 349; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996, 181. Per un recente studio sui rapporti tra il principio in discorso e il giudicato, *cfr*. M. RAGNI, *Il giudicato implicito ed il principio della ragione più liquida: i confini mobili del giudicato nella giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2015, 947 ss.

([107]) È questa la soluzione accolta da Cass., 13, giugno 2016, n. 12094, cit. che ha espressamente ritenuto di non volere dare continuità a Cass., 10 agosto 2015, n. 16662, cit.

(sia pure implicitamente) ricompresa nella richiesta di tutela *ex* art. 18 St. lav. ([108]).

Ciò pare sia imposto dalla tesi – che si condivide – dall'unitarietà della domanda di tutela contro il licenziamento illegittimo.

Inoltre, si ritiene di poter cogliere nell'incondizionato rifiuto del *simultaneus processus* – e nel conseguente auspicio di un provvedimento di mutamento del rito – una sorta di contraddizione in termini: ove si accettasse questa prospettiva, infatti, si finirebbe per imporre al lavoratore, che non sia certo della sussistenza dell'elemento qualificante la tutela reale, di formulare una domanda *ex* art. 8 legge n. 604/1966 in via subordinata ([109]) al solo fine di evitare di incorrere nell'eventuale sanzione della decadenza dall'impugnazione, pur sapendo che, ove il dubbio sia fondato, dovranno essere seguite forme procedurali diverse da quelle imposte (anche solo) per la proposizione della domanda giudiziale. In altre parole, si prescriverebbe al lavoratore di chiedere con il ricorso *ex* art. 1, comma 48, legge n. 92/2012 una tutela che il giudice, adito nelle for-

---

([108]) V. *supra*, in questo §, spec. nota 89, nonché Cass., 5 settembre 2016, n. 17589, in *Giust. civ. Mass.*

([109]) Come osservato da G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il rito Fornero: un labirinto senza uscita?*, cit., 301, sarebbe inammissibile per carenza di interesse ad agire la domanda proposta *ex* art. 414 c.p.c. in pendenza di un giudizio *ex* art. 1 legge n. 92/2012. Secondo Cass., 13 giugno 2016, n. 12094, cit., invece, il rifiuto del *simultaneus processus* costringerebbe il lavoratore a «proporre due ricorsi avverso il medesimo licenziamento: uno *ex* l. n. 92 del 2012, e l'altro *ex* art. 414 c.p.c., anche prudenzialmente per evitare ogni questione di decadenza di cui alla L. n. 183 del 2010... con assai complessi problemi di coordinamento tra i due processi per non dire della evenienza che i vari giudici potrebbero effettuare valutazioni diverse ed opposte, anche per la diversità di istruttoria, circa la sussistenza o meno del requisito dimensionale».

me del rito Fornero, non sarebbe comunque autorizzato a concedere, se non previa adozione di un provvedimento di mutamento del rito ([110]).

Pare d'altro canto superabile l'obiezione mossa alla possibilità di richiamare l'unicità dei fatti costitutivi – al fine di ammettere il cumulo tra la richiesta di tutela reale e quella di tutela obbligatoria – secondo la quale, non essendo la richiesta di tutela debole un'altra domanda, l'interprete non potrebbe invocare il comma 48 dell'art. 1 legge Fornero ([111]). In realtà tale richiamo non sarebbe necessario, ma, piuttosto, fuorviante, proprio in quanto norma indubbiamente dettata per disciplinare la questione del cumulo di domande, mentre nell'ipotesi considerata di domande ve ne sarebbe una sola. Peraltro, dall'art. 1, comma 48, legge n. 92/2012 sarebbe, invece, ricavabile un forte argomento ermeneutico *a fortiori*: se è ammesso il *simultaneus processus* nel rito Fornero di due domande fondate sugli identici fatti costitutivi, allora non può che ammettersi la trattazione e decisione nelle forme del nuovo rito dei due profili giuridici della medesima domanda ([112]).

È pur vero – si potrebbe obiettare – che in questa prospettiva la portata dell'art. 1, comma 48, legge n. 92/2012 ne uscirebbe ridimensionata, ma – sarebbe agevole ribattere – la norma continuerebbe a disciplinare il cu-

---

([110]) Ciò, tra l'altro mi pare strida (ovviamente quanto alla subordinata *ex* art 8 legge n. 604/1966) col principio della prospettazione (v. *supra*, § 24, spec. nota 40), poiché qui che la domanda (subordinata) sia azionata *ex* art. 8 legge n. 604/1966 è chiaro fin da subito.

([111]) Il riferimento è a D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 370, in particolare nota 34, che peraltro condivide la tesi dell'unicità della domanda.

([112]) *Cfr*. F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 68.

mulo con ogni altra domanda fondata sui medesimi fatti diversa dalla richiesta di tutela contro il licenziamento illegittimo ([113]). Peraltro, l'art. 1, comma 47, legge n. 92/2012, là dove delimita il campo di applicazione del rito speciale alla impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 St. lav. ([114]), starebbe a indicare che la (unica) domanda deve essere esperita nelle forme del novo rito, se azionata *ex* art. 18 St. lav., e nelle forme dell'ordinario rito del lavoro, se azionata in via principale *ex* art. 8 legge n. 604/1966.

Si ritiene che a conclusioni analoghe si possa pervenire anche là dove si rifiuti una concezione unitaria della domanda di tutela contro il licenziamento illegittimo, adottando l'unica interpretazione che, in tal caso, sarebbe capace di dare significato all'art. 1, comma 48, legge Fornero e, dunque, ravvisando in tale previsione normativa l'imposizione di una solo parziale identità dei fatti costitutivi ([115]).

In questo caso, invero, sembra che un valido argomento possa essere tratto dal codice di rito: la trattazione congiunta con il rito speciale di entrambe le domande di tutela, reale e obbligatoria (quest'ultima, beninteso, richiesta in via subordinata) sarebbe imposta dall'art. 40, comma 4, c.p.c. Tale norma, infatti, affrontando la questione del rito applicabile a più cause connesse assoggettate a differenti riti speciali, afferma la prevalenza del rito previsto per quella tra esse in ragione della quale viene determinata la competenza o, in subordine, del rito previsto per la causa di maggior valore. Nell'ipotesi in esame, rientrando entrambe le domande di tutela nella competenza del medesi-

([113]) V. *supra*, § 25.
([114]) V. *supra*, § 24.
([115]) V. *supra*, § 25.

mo giudice ([116]), opererebbe, evidentemente, il criterio del valore, con ciò determinando l'applicazione del rito Fornero in considerazione della pregnanza della tutela offerta dallo Statuto dei lavoratori ([117]).

Conferme della correttezza della tesi sopra delineata paiono ravvisabili nella pregressa esperienza dell'ormai abrogato rito societario di cui al D.lgs. n. 5/2003, per due ordini di ragioni: l'una di carattere empirico, l'altra sistematico.

Quanto alla prima, l'applicazione giurisprudenziale ha dimostrato come, nonostante la diffusione della tesi della «prevalenza in ogni caso» ([118]) del rito (ordinario) del lavoro nel concorso di più riti speciali, la prassi se ne discosti ([119]), e ciò pare ancora più significativo se si consi-

---

([116]) V. *infra*, § 28.

([117]) M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 2, lo affermano ma con riferimento alla fase di opposizione (v. *infra*, § 29). Tuttavia, poiché la formulazione dell'art. 1, comma 51, legge n. 92/2012 è uguale, sul punto, all'art. 1, comma 48, la «sommarietà» della prima fase – comunque, come si vedrà, a cognizione piena (v. *infra*, § 28) – non dovrebbe escludere la possibilità della trattazione congiunta.

([118]) E. MERLIN, *Connessione di cause e pluralità dei 'riti' nel nuovo art. 40 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 1042; G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2009, 99. *Contra* A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 27.

([119]) L'art. 40, comma 4, c.p.c. è stato, infatti, invocato, per attrarre al rito di cui al D.lgs. n. 5/2003 la richiesta di reintegra nel posto di lavoro, formulata dal socio lavoratore di società cooperative che abbia altresì formulato domanda di sospensione della delibera assembleare di esclusione, essendo la prima questione pregiudiziale e dunque rilevante ai fini della competenza applicabile (*cfr. ex multis* Trib. Vigevano, 11 febbraio 2009, e Trib. Milano, 15 dicembre 2008, in *DL Riv. critica dir. lav.*, 2009, 1, 297 con nota di

dera la sommarietà ([120]) della cognizione del rito societario ([121]).

Quanto alla ragione di carattere sistematico, poi, il richiamo al caso del rito societario permette di confrontarsi con le argomentazioni addotte a sostegno della tesi volta a dimostrare l'impossibilità, per un rito speciale diverso da

---

M. MAFFUCCINI, *Ricorso* ex *art. 700 c.p.c. e presunta applicabilità del rito societario*). Ciò è avvenuto, ovviamente, a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 D.lgs. n. 5/2003, nella parte in cui prevedeva che, nel caso di connessione tra un causa di cui alla norma richiamata e uno dei rapporti di cui all'art. 409 c.p.c. (tra cui certamente rientra il licenziamento *ex* art. 18 St. lav.) entrambi i procedimenti dovessero essere sottoposti al rito societario (Corte Cost., 28 marzo 2008, n. 71, in *Foro it*., 2008, 5, I, 1364, con nota di D. DALFINO, *L'(automatica) prevalenza del rito societario è incostituzionale: fine di un primato e ritorno (per il lavoratore) alle garanzie*).

([120]) Sulla natura sommaria della cognizione del rito societario, *cfr*. R. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 2004, 1359; D. VOLPINO, *Cognizione e decisione nel procedimento sommario societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2007, 67; A. SALETTI, *Il procedimento sommario nelle controversie societarie,* in *Riv. dir. proc.*, 2003, 467.

([121]) A favore dell'applicabilità dell'art. 40, comma 4, c.p.c. ai soli riti speciali a cognizione piena, *cfr*. G. TRISORIO LIUZZI, *sub* art. 5 legge 26 novembre 1990, n. 353, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, a cura di F. Cipriani-G. Tarzia, Padova, 1992, 34; E. MERLIN, *Connessione di cause e pluralità dei 'riti' nel nuovo art. 40 c.p.c.*, cit., 1043. Tornando al rito Fornero, decisiva è l'osservazione di F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 68-69, secondo cui «è lo stesso legislatore che consente, a controversie che di per sé non sono assoggettate al rito speciale [bensì a rito del lavoro ordinario], l'accesso alla via veloce anche quando la domanda principale è rigettata».

quello di cui agli artt. 413 ss. c.p.c., di attrarlo e così assoggettarlo alle proprie forme. Ebbene, tali argomentazioni ([122]) – prima fra tutte l'assoluto rilievo costituzionale degli interessi fatti valere nel processo del lavoro – non solo non sono risultate vincenti rispetto al rito societario ([123]), ma non sembrano qui riproponibili: reiterarle in questa sede equivarrebbe infatti a sostenere che, nella visione del legislatore, l'impugnativa del licenziamento *ex* art. 18 St. lav., in quanto espressamente assoggettata al rito Fornero, sia degna di una tutela minore e meno intensa rispetto a quella assicurata all'impugnativa del licenziamento *ex* art. 8 legge

---

([122]) G. TARZIA-L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 152; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 194. *Cfr*. anche G. TRISORIO LIUZZI, *sub* art. 5 legge 26 novembre 1990, n. 353, cit., 39, ove si afferma la prevalenza del rito del lavoro in ragione del criterio legato alla competenza. Si veda anche D. DALFINO, *L'(automatica) prevalenza del rito societario è incostituzionale: fine di un primato e ritorno (per il lavoratore) alle garanzie*, cit., 1365-1366, ove tra i profili che, ad avviso dell'Autore, esponevano l'art. 1 D.lgs. n. 5/2003 a critiche di illegittimità costituzionale, vi erano precisamente la mancanza dei «poteri istruttori di ufficio che l'art. 421 c.p.c. attribuisce 'al giudice del lavoro per assicurare più adeguatamente la ricerca della verità e quindi la tutela della parte più debole che faccia fondatamente valere un suo diritto'» nonché l'idoneità del rito societario «a determinare una deroga alla competenza per territorio prevista per la causa del lavoro» in violazione della legge delega, tutte critiche non riferibili al rito Fornero.

([123]) Corte Cost., 28 dicembre 2006, n. 460, in *Foro. it*., 2007, I, 1668 con nota di G. RICCI, ha ritenuto che le critiche di illegittimità costituzionale mosse fossero «espressione, da un lato, di soggettivi giudizi di valore… dall'altro, di interpretazioni talvolta contraddittorie… talvolta prive di qualsiasi capacità persuasiva». L'illegittimità costituzionale dell'art. 1 D.lgs. n. 5/2003 è stata, infatti, dichiarata per eccesso di delega.

n. 604/1966 dal rito ordinario del lavoro. È evidente che così non è, né potrebbe esserlo ([124]).

Anzi, all'opposto, la ratio dell'introduzione del rito Fornero deve essere ravvisata nell'intenzione di garantire la spedita trattazione del processo avente a oggetto la legittimità o meno di un licenziamento in astratto sanzionabile con la reintegra del lavoratore ([125]) e, dunque, il problema – sul piano dei principi – sembra proprio essere la preoccupazione che la trattazione della richiesta di tutela debole nelle forme del rito Fornero rallenti la concessione delle tutele di cui all'art. 18 St. lav. ([126]). In realtà, è lo stesso legislatore – nel sancire all'art. 1, comma 47, legge n. 92/2012 la proponibilità di domande diverse purché fondate sugli identici fatti costitutivi – ad affermare che il cumulo di domande è perfettamente coerente con la *ratio* del nuovo rito, e ciò a maggior ragione se si considera che la decisione nel merito della domanda subordinata non è condizionata all'accoglimento della domanda principale

---

([124]) *Cfr*. M. DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti*…, cit., 826, che riporta il contenuto del documento di intenti approvato dal Governo il 23 marzo 2012, ove il nuovo rito è definito «un rito con caratteristiche di celerità e snellezza, ma che, in ossequio alla specificità del processo del lavoro, rivolto tradizionalmente all'accertamento della verità materiale, prevede un'istruzione vera e propria».

([125]) *Cfr*. F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale*…, cit., 59.

([126]) *Cfr*. A. BOLLANI, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in *La nuova riforma del lavoro*, a cura di M. Magnani-A. Tiraboschi, Milano, 2012, 313, nonché F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale*…, cit., 59.

([127]), laddove il *simultaneus processus* avrebbe ben potuto essere escluso del tutto.

27. L'errore nella scelta del rito e il passaggio dal rito Fornero al rito del lavoro e viceversa

Nel silenzio della legge, è lasciato all'interprete pure il compito di sciogliere il nodo delle conseguenze dell'errore nella scelta del rito in cui sia eventualmente incorso l'attore.

Si è già visto, affrontando il tema della sorte della «richiesta» subordinata di applicazione della tutela obbligatoria ([128]), come la dottrina e la giurisprudenza abbiano adottato molteplici orientamenti interpretativi in merito alla compatibilità o meno di tale richiesta con il nuovo rito speciale e, in particolare, come i fautori della tesi della (quantomeno parziale) incompatibilità abbiano alternativamente invocato la conseguente declaratoria di inammissibilità, improponibilità o improcedibilità della domanda ([129]), ovvero l'adozione di un provvedimento di separazione delle domande e di mutamento del rito per la prosecuzione del giudizio nelle forme del rito del lavoro per la trattazione e decisione della domanda *ex* art. 8 legge n. 604/1966, e ciò in tutti i casi ([130]) oppure limitatamente alle ipotesi in cui, al momento del rigetto della richiesta

---

([127]) *Cfr*. F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale*..., cit., 68.

([128]) V. *supra*, § 26.

([129]) *Cfr*. la dottrina e la giurisprudenza citate *supra*, § 26, nota 95 e 96.

([130]) *Cfr*. la dottrina e la giurisprudenza citate *supra*, § 26, note 98, 99 e 100.

principale di tutela reale, la causa sia già istruita per la decisione nel merito della subordinata ([131]).

Pertanto, è già emerso che il problema dell'ipotetico errore nella scelta del rito si pone essenzialmente nei termini dell'alternativa tra l'applicazione dell'istituto di mutamento del rito e l'adozione di un provvedimento di chiusura in rito del processo. Ma è anche già chiaro che la questione si presenta non solo quando l'errore riguardi direttamente la domanda di tutela contro il licenziamento illegittimo – vuoi perché il ricorrente abbia chiesto l'applicazione delle tutele di cui all'art. 18 St. lav. depositando, tuttavia, un ricorso *ex* art. 414 c.p.c. ovvero perché, all'opposto, il lavoratore abbia proposto la domanda nelle forme del ricorso *ex* art. 1, comma 48, legge Fornero, invocando, però, una tutela extra statutaria –, ma altresì quando il giudice non ritenga di poter trattare e decidere in via cumulata, nelle forme del rito speciale, le ulteriori domande che l'attore abbia formulato nel suo ricorso in quanto non «fondate sugli identici fatti costitutivi».

Così chiarita l'esatta portata dell'errore del rito, deve anzitutto evidenziarsi che, secondo la Corte di cassazione, la giurisprudenza della Corte costituzionale ([132]) e della

---

([131]) *Cfr*. la dottrina e la giurisprudenza citate *supra*, § 26, nota 104.

([132]) *Cfr*. Corte Cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *DL Riv. critica dir. lav*., 2007, 3, 675, secondo cui la pluralità dei giudici e, a maggior ragione, la diversità dei riti, non può «risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale: ciò che indubbiamente avviene quando la disciplina dei loro rapporti... può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale».

Corte di giustizia ([133]) avrebbe individuato, tra i valori fondanti dell'ordinamento processuale, anche quello che prescrive di «attuare il diritto delle parti mediante una pronuncia di merito, che è garanzia di effettività della tutela ai sensi dell'art. 24 Cost., senza che questioni di rito possano pregiudicare o aggravare in modo non proporzionato l'accertamento del diritto stesso» ([134]). Pertanto, la tesi che sollecita una mera pronuncia in rito si scontra apertamente con i principi di effettività della tutela e di strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale e deve, dunque, essere rigettata, imponendosi l'adozione di una decisione nel merito della controversia tutte le volte in cui il vizio di natura processuale riscontrato sia sanabile ([135]).

([133]) *Cfr*. Corte Giustizia UE, 19 settembre 2006, Germany e Arcor, cause riunite 392/2004 e 422/2004, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit*., 2006, 6, 1132; Corte Giustizia UE, 30 giugno 2011, Meilicke e a., causa 262/2009, in *Riv. dir. trib*., 2011, 11, IV, 283, secondo cui «le modalità di attuazione della tutela giudiziaria non debbono rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti».

([134]) Cass., 13 giugno 2016, n. 12094, cit.

([135]) *Cfr*. F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale*..., cit., 65. *Cfr*. anche la dottrina citata *supra*, § 26, nota 93, nonché C. VANZ, *L. n. 92 del 2012 ed errore nella scelta del rito: assoluzione dall'osservanza del giudizio o conversione?*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 1136; G. FICARELLA, *Il rito 'Fornero' a due anni dall'entrata in vigore*..., cit., 1232; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., 37; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2010, 213; D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 7. *Contra* L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, cit., 4; ID., *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto*..., cit., 104-105.

Una volta esclusa la chiusura in rito del processo, non rimane altra strada che ammettere il mutamento del rito ([136]).

A questo proposito, vengono in rilievo, per un verso, gli artt. 426 e 427 c.p.c., norme dedicate al passaggio dal rito ordinario al rito del lavoro e viceversa, e, per altro verso, l'art. 4 D.lgs. n. 150/2011, disposizione che governa il mutamento del rito quando una controversia viene promossa in forme diverse da quelle previste dal decreto per il rito ordinario, il rito del lavoro e il rito sommario di cognizione.

La scelta tra tali previsioni normative, tutte astrattamente invocabili per analogia, non è indifferente e anzi determina l'operare di regole differenti in punto di rilevabilità e di preclusioni: l'art. 4, commi 2 e 5, D.lgs. n. 150/2011 permette la pronunzia dell'ordinanza di mutamento del rito «non oltre la prima udienza di comparizione delle parti» e tiene ferme «le decadenze e le preclusioni maturate secondo le norme del rito seguito prima del mutamento»; le norme del codice di rito, invece, ammettono la rilevabilità dell'errore in ogni stato e grado del processo di merito e, quanto alle preclusioni, non contiene una analoga previsione restrittiva ([137]).

([136]) Questa soluzione interpretativa non è, come detto, pacifica in giurisprudenza: *cfr*. Trib. Roma, 23 ottobre 2014, cit., secondo cui non può darsi luogo a conversione del rito *ex* artt. 426 e 427 c.p.c., ovvero *ex* art. 4 D.lgs. n. 150/2011, in quanto norme insuscettibili di applicazione analogica.

([137]) Per questi rilievi, *cfr*. F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 69-70. *Cfr*. anche C. VANZ, *L. n. 92 del 2012 ed errore nella scelta del rito…*, cit., 1136.

La dottrina prevalente sembra orientata nel preferire l'applicazione analogica degli artt. 426 e 427 c.p.c. ([138]), evidenziando come, in fin dei conti, l'impugnativa del licenziamento non sia altro che una delle controversie di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c. ([139]).

([138]) G. FICARELLA, *Il rito 'Fornero' a due anni dall'entrata in vigore*…, cit., 1231; D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella L. 28 giugno 2012 n. 92)*, in *Giusto proc. civ*., 2012, 790; I. BUONOCORE, *Sulla fase sommaria del procedimento speciale in materia di licenziamento illegittimo* ex *art. 18 st. lav.*, cit., 93; M. DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti*…, cit., 826; G. VERDE, *Considerazioni sul procedimento introdotto dalla legge n. 92/2012*, in *www.giuslavoristi.it*; F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale*…, cit., 65. In giurisprudenza, *cfr*. Trib. Modena, 18 febbraio 2014, in *Foro it*., 2014, 6, I, 1845; Trib. Modena, 14 gennaio 2014, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 881, con nota di F. AVALLONE, *Sull'applicabilità del c.d. rito Fornero: a due anni dalla riforma ancora grande confusione*; Trib. Bari, 14 gennaio 2013, cit.

A favore dell'applicabilità dell'art. 4 D.lgs. n. 150/2011, *cfr.* M.C. VANZ, *L. n. 92 del 2012 ed errore nella scelta del rito*…, cit., 1136, la quale rileva come tale soluzione, che impone il rilievo dell'errore di rito in *limite litis*, ha l'evidente «pregevole risultato di ridurre al minimo l'ambito temporale di incertezza sulle regole destinate a disciplinare il processo», così consentendo di «giungere ad un adeguato bilanciamento delle varie esigenze di tutela dei diritti ed efficienza del processo»; *cfr.* anche M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 4; P. SCOGNAMIGLIO, *Le controversie di licenziamento nella riforma Fornero*, cit., 2; in giurisprudenza, Trib. Roma,23 marzo 2016, in *www.agilazio.it*; Trib. Roma, 28 novembre 2012, cit.; Trib. Lecce, 21 novembre 2012, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 81.

([139]) *Cfr*. F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale*…, cit., 65.

L'eventuale provvedimento di mutamento del rito, disposto, pertanto, a norma degli artt. 426 e 427 c.p.c., potrà (*rectius* dovrà) fissare altresì un termine per il deposito di memorie integrative, ove il passaggio sia dal rito ordinario del lavoro a rito speciale per l'impugnativa dei licenziamenti, non essendo previste decadenze o preclusioni nella fase sommaria del rito Fornero ([140]).

Da ultimo, deve considerarsi l'ipotesi in cui non ci si accorga «in tempo» dell'errore di rito e, dunque il processo si svolga nelle forme sbagliate.

A questo proposito, la giurisprudenza è costante nell'affermare che «l'omesso mutamento del rito (da quello speciale del lavoro a quello ordinario e viceversa) non determina '*ipso iure'* l'inesistenza o la nullità della sentenza, ma assume rilevanza invalidante soltanto se la parte che se ne dolga in sede di impugnazione indichi lo specifico pregiudizio processuale concretamente derivatole dalla mancata adozione del rito diverso» ([141]).

Atteso che, dunque, «l'esattezza del rito non deve essere considerata fine a sé stessa» ([142]), occorre vagliare l'idoneità dell'errore del rito a determinare un pregiudizio processuale, in particolar modo – secondo la Corte di cas-

---

([140]) D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 376.

([141]) Cass., 27 gennaio 2015, n. 1448, in *Giust. civ. Mass.*; Cass., 9 maggio 2014, n. 12055, in *GiustiziaCivile.com*, 2014, 18 dicembre, con nota di T. MAIOLATI, *Fase cognizione piena: il giudizio di merito si propone con ricorso nel rispetto del termine perentorio indicato dal giudice*. *Cfr.* anche Cass., 8 settembre 2016, n.17775, in *Giust. civ. Mass.*,2016; Cass., 13 giugno 2016, n. 12094, in *Giust. civ. Mass.*, 2016.

([142]) Cass., 13maggio 2008, n. 11903, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 5, 712; Cass., 5 maggio 2009, n. 10286, in *Dejure*.

sazione ([143]) – in punto di «competenza», «prove» o «diritti di difesa».

L'adozione del rito del lavoro in luogo di quello speciale per l'impugnativa del licenziamento, e viceversa, non pare anzitutto tale da ledere i diritti di difesa delle parti né incide sulla competenza ([144]), la quale – come anticipato ([145]) – spetta sempre al medesimo giudice.

In secondo luogo, nemmeno lo svolgimento dell'istruttoria nelle forme di uno dei due riti sembra comportare la generale inutilizzabilità, successivamente al mutamento del rito, delle prove già assunte ([146]): infatti, per un verso, in entrambi i casi trova diretta applicazione l'art. 421 c.p.c. sui poteri istruttori del giudice del lavoro ([147]) e, per altro

---

([143]) Cass., 18 ottobre 2008, n. 25274, in *Guida al diritto*, 2008, 47, 79; Cass., 13 maggio 2008, n. 11903, cit.; Cass., S.U., 24 novembre 2006, n. 25034, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 11; Cass., 12 aprile 2006, n. 8611, in *Giust. civ. Mass*., 2006, 4; Cass., 30 giugno 2005, n. 13993, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6; Cass., 17 maggio 2005, n. 10341, in *Giust. civ. Mass*., 2005, 5.

([144]) F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 70.

([145]) V. *infra*, § 28.

([146]) D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 376.

([147]) Come noto, l'art. 421 c.p.c. rappresenta una peculiarità del rito del lavoro, permettendo al giudice del lavoro, per un verso, di esercitare i propri poteri istruttori d'ufficio e, per altro verso, di disporre in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile. In argomento si consenta il rinvio a G. TARZIA-L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 168 ss.; *cfr*. anche M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., 137 ss.; ID., *sub* art. 115 c.p.c., A. Carratta-M. Taruffo, *Poteri del giudice*, in *Comm. del c.p.c.*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2011, 470; P. LEANZA, *La prova nel processo del* lavoro, Milano, 2001, 112 ss.; F.P. LUISO, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, 202; E. FAZZALARI, *Il nuovo processo del lavoro*, Pa-

verso, se è vero che il giudice adìto nelle forme del rito Fornero «procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione», tale deformalizzazione incontra comun-

---

dova, 1975, 118; ID., *I poteri del giudice nel nuovo processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 592; M. BOVE, *Istruzione probatoria nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 3, 2016, 909 ss.). Per una lettura della norma scevra dalle implicazioni della contrapposizione tradizionale tra processo dispositivo e processo inquisitorio, *cfr*. B. CAVALLONE, *Crisi delle* Maximen *e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 308 ss., nonché F. FERRARI, *La 'prova migliore'. Una ricerca di diritto comparato*, Milano, 2004, 329 ss. Per quel che qui rileva, occorre ricordare che, come è costantemente affermato, l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio non è ammesso per porre rimedio a una «colpevole inerzia della parte interessata» per «superare gli effetti inerenti ad una tardiva richiesta istruttoria o… supplire ad una carenza probatoria totale sui fatti costitutivi della domanda», bensì solo al fine di «integrare un quadro probatorio tempestivamente delineato dalle parti» (Cass., 15 gennaio 2015, n. 547, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015, 6 marzo, con nota M. CORBO, *Prove in appello e poteri ufficiosi: diniego della valenza probatoria della dichiarazione sostitutiva di notorietà*; Cass. 11 marzo 2011, n. 5878, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 3, 400; Cass., 10 gennaio 2006, n. 154, in *Or. giur. lav.*, 2006, I, 192). Con specifico riferimento al rito Fornero, tenuto conto che, nella fase «sommaria» non vi sono preclusioni, potrà invocarsi, quale limite all'operatività dell'art. 421 c.p.c., il solo divieto di «supplire ad una carenza probatoria totale sui fatti costitutivi della domanda», non essendoci qui decadenza da superare (*cfr*. R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 129; L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 114). L'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio *ex* art. 421 c.p.c. deve inoltre coordinarsi con l'ulteriore previsione per cui, nella fase sommaria, il giudice procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione che siano «indispensabili» (in merito all'interpretazione del concetto di «indispensabilità», v. *infra*, § 28).

que un limite invalicabile nel necessario rispetto del principio del contraddittorio ([148]). Deve poi ricordarsi a questo proposito la già affermata ([149]) possibilità per le parti di «integrare i propri mezzi di attacco e di difesa» in ragione del regime di decadenze e preclusioni applicabile a seguito del passaggio al nuovo rito ([150]).

Pertanto, una volta riconosciuta l'insensibilità della competenza rispetto al rito nonché l'universale primato del principio del contraddittorio, la tendenziale utilizzabilità delle prove già assunte prima del mutamento del rito e la temporanea «riapertura» rispetto alle decadenze e preclusioni proprie del nuovo rito, pare doversi concludere nel senso che solo eccezionalmente, e sulla base delle peculiarità del caso, l'errore del rito potrà assurgere a motivo di impugnazione a norma dell'art. 161 c.p.c. ([151]).

28. Le fasi e i gradi del «rito Fornero». La fase «sommaria» e la pienezza della cognizione

Si è detto che il nuovo rito speciale per l'impugnativa dei licenziamenti assoggettati al regime sanzionatorio di cui all'art. 18 St. lav. si compone di una fase iniziale «sommaria» alla quale fa seguito un'eventuale fase di «opposizione» articolata in tre potenziali gradi di giudizio.

Questa «struttura bifasica» ([152]) ha portato gli interpreti a operare un facile parallelismo con altri modelli pro-

---

([148]) V. *infra*, § 28.

([149]) V. *supra*, in questo §, nel testo.

([150]) F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale*..., cit., 70.

([151]) F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale*..., cit., 71.

([152]) R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 116.

cessuali, quali il procedimento monitorio, il procedimento di repressione della condotta antisindacale e i procedimenti possessori ([153]). Tuttavia, non si è mancato di sottolinearne che tra tali procedimenti e il rito speciale in commento intercorrano profonde differenze, sia sotto il profilo dei caratteri della cognizione giudiziale, sia sotto quello del momento di instaurazione del contraddittorio: del primo si dirà a breve ([154]), quanto al secondo, è agevole constatare che nel rito Fornero il contraddittorio non è «posticipato ed eventuale», come nel procedimento per decreto ingiuntivo, bensì «anticipato (rispetto alla decisione) e pieno» ([155]).

Venendo al dettaglio delle regole processuali, la prima fase sommaria prende avvio dal deposito di un ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro ([156]).

([153]) G. BENASSI, *La riforma del mercato del lavoro: le modifiche processuali*, in *Lav. giur.*, 2012, 752; *cfr*. G. TRISORIO LIUZZI, *Contenuto ed effetti delle decisioni nel processo del lavoro*, cit., 58.

([154]) V. *infra*, in questo §, nel testo.

([155]) R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 116. Peraltro, nonostante le assonanze tra l'art. 1, comma 49, legge n. 92/2012, che regola la trattazione della causa nelle forme del rito Fornero (v. *infra*, in questo §, nel testo) e l'art. 669-*sexies* c.p.c., non è qui previsto il meccanismo contemplato dal secondo comma della norma codicistica, che, per i casi in cui «la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento», permette al giudice di provvedere con decreto motivato, assunte ove occorra sommarie informazioni.

([156]) Trovano, quindi, applicazione le ordinarie regole di competenza *ex* art. 413 c.p.c. *Cfr*. L. CAVALLARO, *Il processo del lavoro al tempo dei 'tecnici'*, cit., 303; P. SORDI, *Il nuovo rito per le controversie in materia di licenziamenti*, cit., 276 ss.; D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi*

Il ricorso deve possedere i requisiti contenutistici di cui all'art. 125 c.p.c. ([157]) e con esso, come visto, non possono essere proposte domande diverse dall'impugnazione dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 St. lav., anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi ([158]).

Analogamente a quanto accade nel rito del lavoro «ordinario», ma non senza peculiarità e adattamenti ([159]), a

---

applicativi, cit., 392. La scelta operata dal legislatore in punto di competenza è stata apprezzata da R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 101, la quale ha correttamente osservato come, attribuendo la competenza a un giudice diverso, l'errore di rito avrebbe potuto determinare l'instaurazione del giudizio avanti un giudice incompetente. Peraltro, può anticiparsi sin d'ora che l'incompetenza del giudice adito è ritenuta eccepibile e rilevabile pure nella prima fase «sommaria»: v. *infra*, in questo §, nel testo.

([157]) *Cfr*. A. GIORDANO, *Il nuovo rito per l impugnazione dei licenziamenti*, in *www.treccani.it*, 6; P. SORDI, *Il nuovo rito per le controversie in materia di licenziamenti*, cit., 276 ss., il quale rileva come, essendo l'art. 125 c.p.c. autosufficiente, non abbia senso interrogarsi in merito alla possibilità di integrare il suo contenuto con quello stabilito dall'art. 414 c.p.c. *Contra* A. ZAMBELLI, *La fase d'urgenza diventa strutturale nel processo*, in *La riforma del Lavoro*, 2012, 71.

([158]) V. *supra*, §§ 24 e 25.

([159]) Procedendo a un veloce raffronto tra le tempistiche proprie del rito del lavoro *ex* artt. 413 ss. c.p.c. e il rito Fornero, è evidente l'accorciamento dei termini operato dal legislatore del 2012. A mente dell'art. 415, commi 3 e 5, c.p.c., infatti, «Tra il giorno del deposito del ricorso e l'udienza di discussione non devono decorrere più di sessanta giorni» e «Tra la data di notificazione al convenuto e quella dell'udienza di discussione deve intercorrere un termine non minore di trenta giorni». *Cfr*. M. DE CRIS-

seguito della presentazione del ricorso il giudice fissa, con decreto, l'udienza di comparizione delle parti non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso ([160]), il quale, in uno con il pedissequo decreto, deve essere notificato, a cura del ricorrente (anche a mezzo di posta elettronica certificata) nel termine, non inferiore a venticinque giorni prima dell'udienza, assegnato dal giudice ([161]).

Alla fissazione di termini ridotti rispetto a quelli operanti nel rito del lavoro ([162]) si accompagna la previsione di una «corsia preferenziale», evidentemente volta ad assicurare una effettiva accelerazione dei tempi per la definizione delle controversie assoggettate al rito Fornero: infatti, «alla trattazione delle controversie regolate dai commi da 47 a 64 devono essere riservati particolari giorni nel calendario delle udienze» ([163]). A questo proposito si è osservato che il legislatore sembra avere implicitamente accettato il rischio che la ricercata celerità vada a scapito della trattazione delle cause rientranti nel campo di applicazione del

---

TOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 5.

([160]) Questa previsione normativa era, invero, suscettibile di essere interpretata, in analogia a quanto previsto dall'art. 415, comma 2, c.p.c. (secondo cui, come noto, «Il giudice, entro cinque giorni dal deposito del ricorso, fissa, con decreto, l'udienza di discussione, alla quale le parti sono tenute a comparire personalmente»), come termine imposto al giudice per la fissazione dell'udienza. Tuttavia, una simile interpretazione pare contraria alla *ratio* del rito Fornero e alle esigenze di celerità proprie delle controversie assoggettate a tale rito. In questo senso, *cfr*. D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 84; R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 110.

([161]) V. l'art. 1, comma 48, legge n. 92/2012.

([162]) V. *supra*, in questo §, spec. nota 159.

([163]) V. l'art. 1, comma 65, legge n. 92/2012.

rito del lavoro ordinario ([164]), atteso che la riforma non ha disposto alcun incremento dell'organico degli uffici giudiziari e, anzi, ha espressamente previsto che «dall'attuazione delle disposizioni di cui ai commi da 47 a 68 non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ovvero minori entrate» ([165]). Sarebbe, inoltre, stata opportuna una espressa qualifica dei termini dettati all'art. 1, comma 48, legge n. 92/2012 come perentori ([166]).

Il resistente, dal canto suo, deve costituirsi nel termine appositamente concessogli, non inferiore a cinque giorni prima della stessa udienza ([167]), con la conseguenza che – come peraltro accade nel rito ordinario del lavoro ([168]) – il termine minimo per la predisposizione delle difese è di non meno di venti giorni.

La legge non dice nulla in merito alla forma e al contenuto dell'atto di costituzione del resistente. Sebbene l'interprete, adottando il rito del lavoro quale fonte di integrazione ([169]), sia portato a fare riferimento all'art. 416

([164]) D. BORGHESI, *Conciliazione e procedimento speciale dei licenziamenti per la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, 10, 916.

([165]) V. art. 1, comma 69, legge n. 92/2012.

([166]) R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 110.

([167]) V. art. 1, comma 48, legge n. 92/2012.

([168]) Ai sensi degli artt. 415, comma 5, e 416, comma 1, c.p.c., infatti, «Tra la data di notificazione al convenuto e quella dell'udienza di discussione deve intercorrere un termine non minore di trenta giorni» e «Il convenuto deve costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza, dichiarando la residenza o eleggendo domicilio nel comune in cui ha sede il giudice adito».

([169]) F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 56; R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 77; C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere*

c.p.c., non deve dimenticarsi che le norme che introducono decadenze sono di stretta interpretazione e non sono quindi suscettibili di applicazione analogica ([170]). Pertanto, le attività che il resistente convenuto nelle forme del rito del lavoro deve compiere all'atto della propria costituzione a norma dell'art. 416 c.p.c. ([171]) non possono essere richieste

---

o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali, cit., 736; D. BORGHESI, *Conciliazione e procedimento speciale dei licenziamenti per la riforma Fornero*, cit., 914; L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, cit., 10.

([170]) In giurisprudenza, *cfr. inter alia* Cass., 15maggio 2016, n. 10840, in *Guida al diritto*, 2016, 26, 47; Cass., 4 marzo 2016, n. 4351, in *Giust. civ. Mass*, 2016; Cass., 14 dicembre 2015,n. 25174, in *Guida al diritto*, 2016, 11, 76; Cass., 25 maggio 2012, n. 8350, in *Giust. civ. Mass*., 2012, 5, 673.

([171]) Come noto, ai sensi dell'art. 416, commi 2-3, c.p.c., «la costituzione del convenuto si effettua mediante deposito in cancelleria di una memoria difensiva, nella quale devono essere proposte, a pena di decadenza, le eventuali domande in via riconvenzionale e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio» e nella stessa memoria «il convenuto deve prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, proporre tutte le sue difese in fatto e in diritto ed indicare specificamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova dei quali intende avvalersi ed in particolare i documenti che deve contestualmente depositare» (*cfr*. G. TARZIA-L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 122 ss.; C. PISANI, *Le preclusioni*, in *Il diritto processuale del lavoro*, a cura di A. Vallebona, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiano-F. Carinci, IX, Padova, 2011, 141). Inoltre, il resistente dovrà inoltre inserire l'istanza di chiamata del terzo nella propria memoria di costituzione a norma dell'art. 167, comma 3, c.p.c. (*cfr*. G. TARZIA-L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 148; in giurisprudenza, *cfr.* Cass., 15 luglio 2008, n. 19480, in *Guida al diritto*, 2008, 40, 50; Cass., 6 giugno 2008, n. 15080, in *Giust. civ. Mass*., 2008, 6, 892).

a pena di decadenza anche al destinatario di un ricorso *ex* art. 1, comma 48, legge n. 92/2012, che introduce una fase priva di decadenze ([172]).

Esaurita la fase introduttiva, secondo l'ormai consueta formula utilizzata dal legislatore del 1990 nonché da quello del 2009 ([173]), il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, ai sensi dell'art. 421 c.p.c., e provvede, con ordinanza immediatamente esecutiva, all'accoglimento o al rigetto della domanda ([174]).

È evidente come il legislatore abbia, in questa sede, omesso di specificare il criterio alla luce del quale il giudice è chiamato a valutare l'«indispensabilità» degli atti di istruzione, criterio che, nelle ipotesi regolate dagli artt.

([172]) D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 389-390; R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 112; C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 736; M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 3; D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 85.

([173]) Ci si riferisce all'art. 669-*sexies* c.p.c. e all'art. 702-*ter* c.p.c. relativi, rispettivamente, al procedimento cautelare uniforme e al processo sommario di cognizione. *Cfr*. A. CARRATTA, *Le 'condizioni di ammissibilità' del nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., 728; F. FERRARI, The judgment of facts in Italian Summary Proceedings, in Truth and efficiency in civil litigation: fundamental aspects of fact-finding and evidence-taking in a comparative context, a cura di A. Uzelac-C.H. van Rhee, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012 67 ss.

([174]) V. l'art. 1, comma 49, legge n. 92/2012.

669-*sexies* e 702-*ter* c.p.c., è invece assimilato, rispettivamente, ai «presupposti e ai fini» ([175]) e all'«oggetto» ([176]) del provvedimento richiesto.

Nonostante il silenzio della legge, è stato peraltro già nei primi commenti osservato come l'indispensabilità non possa essere accostata alla «possibilità di trascurare approfondimenti essenziali in vista dell'urgenza nel provvedere», ma debba piuttosto essere intesa quale «invito all'accelerazione e semplificazione dell'istruttoria» ([177]) e comunque «parametrata sulla tutela piena che viene ivi richiesta» ([178]).

La dottrina è concorde nel leggere nella formula utilizzata dal legislatore una semplificazione delle forme della trattazione della causa ([179]), con attribuzione al giudice

---

([175]) Sulla funzione della tutela cautelare, *cfr*. C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 23 ss., nonché, con particolare riferimento all'avvento della c.d. «strumentalità attenuata», G. TARZIA, *La tutela cautelare*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia, Padova, 2011, XXVIII.

([176]) Quanto al procedimento sommario di cognizione, *cfr*. la dottrina citata *supra*, § 23, nota 25.

([177]) L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 113.

([178]) Così, M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 5.

([179]) R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 118 ss., spec. 127; I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno 2012 n. 92…*, cit., 341 ss.; C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 736. *Cfr*. L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 113, il quale ha rilevato che, atteso che il modello di riferimento è rappresentato dal rito del lavoro, la previsione che consente la semplificazione delle forme ri-

di un potere discrezionale, potrebbe dirsi *lato sensu* di *case management* ([180]), circa la definizione del *modus operandi*, con ciò facendo nel rito Fornero un «procedimento elastico» ([181]).

Discussa è, invece, l'esatta portata del concetto di «indispensabilità» che l'art. 1, comma 49, legge n. 92/2012 associa agli atti istruttori ammissibili nella prima fase del rito speciale.

Secondo alcuni, operando un confronto con l'istruttoria del rito cautelare uniforme e del procedimento sommario di cognizione, nonché con le regole che disciplinano l'ammissibilità delle nuove prove in appello ([182]), l'«indispensabilità» della prova sarebbe una nozione tecnica nettamente differente rispetto alla semplice «rilevanza». In questa prospettiva, l'attività istruttoria nel rito Fornero andrebbe «ridotta al minimo indispensabile per formulare una decisione» ([183]).

---

schia di tradursi in una «norma slogan» priva di una reale portata positiva.

([180]) In merito ai poteri di *case management* e di *timing*, tipici dell'esperienza di *common law* nordamericana, *cfr*. G.C. HAZARD, JR., *Per un approccio manageriale al problema dei ritardi nell'amministrazione della giustizia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, 966 ss.; R.L. MARCUS, E.F. SHERMAN, Complex litigation: cases and materials o advanced civil procedure, St. Paul, Mn., 1985, 594 ss.; J. RESNICK, *Managerial Judges*, in Harvard Law Review, 96, 1982, 374 ss.

([181]) D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., 377.

([182]) Come noto, anche gli artt. 669-*sexies* e 345 c.p.c. fanno riferimento al concetto di «indispensabilità», mentre l'art. 702-*ter* c.p.c. richiama quello della «rilevanza». *Cfr*. S. MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria*, cit., 1110.

([183]) G. BENASSI, *La riforma del mercato del lavoro: le modifiche processuali*, cit., 753; R. TISCINI, *Il procedimento per*

Secondo altri, invece, proprio l'esperienza in tema di *nova* in appello avrebbe dimostrato che «il concetto di prova 'indispensabile' è, sotto un profilo logico, coincidente con quello di prova 'rilevante': la prova infatti deve venire ammessa solo quando è idonea a svolgere un effetto causale sul *thema decidendum*, e pretendere di definire *ex ante* l'intensità di tale connessione causale, ai fini – si noti – dell'ammissibilità della prova stessa, è un tentativo vano» ([184]). In questa seconda prospettiva, il concetto di indispensabilità non andrebbe ricollegato alla prova, bensì al «fatto» che ne è l'oggetto ([185]), così che dovranno dirsi ammissibili tutte le prove offerte dalle parti volte a dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi della pretesa del ricorrente ovvero i fatti estintivi, modificativi o impeditivi eccepiti dal resistente, in quanto prove vertenti su fatti senza dubbio indispensabili ai fini della decisione ([186]).

---

l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali, cit., 123.

([184]) Così L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 112. Cfr. P. SORDI, *Il nuovo rito per le controversie in materia di licenziamenti*, in *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, a cura di L. Di Paola., Milano, 2013, 428 nonché, seppure con riferimento agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., A, CARRATTA, *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposto dell''istruzione sommaria': prime osservazioni*, in *Giur. it.*, 2010, 904. Pur sostenendo la natura sommaria della prima fase del rito speciale, R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 182, riconosce la poco chiara distinzione «tra l'istruttoria 'indispensabile' della prima fase e quella 'rilevante' della seconda».

([185]) *Cfr*. L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 113.

([186]) *Cfr*. L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 113.

Non a caso, i fautori della prima tesi affermano la natura «sommaria» della cognizione della prima fase del rito Fornero ([187]), mentre i sostenitori della seconda tesi ne affermano la «pienezza» ([188]).

In questo dibattito dottrinale, a prescindere dal significato che si ritiene di attribuire al termine «indispensabilità» – dal quale si può (e si deve) a ogni modo trarsi una «indicazione di snellezza» in una concezione del processo come «strumento al servizio del diritto sostanziale» ([189]) –, non può non rilevarsi come a favore della pienezza della cognizione del giudice muovano alcune ulteriori considerazioni.

In primo luogo – lo si è visto – il contraddittorio deve sempre essere pienamente attuato e, anzi, si pone quale li-

---

([187]) *Cfr*. tra i tanti R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 127, la quale, tuttavia, esprime serie preoccupazione circa la futura prassi applicativa, che, secondo l'Autrice, rischia di fare della fase di opposizione una esatta riproposizione della fase sommaria; G. BENASSI, *La riforma del mercato del lavoro: le modifiche processuali*, cit., 754. In questo senso, *cfr.* anche M. TERESI, *La deformazione dell'istruzione nel c.d. rito Fornero*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 632.

([188]) *Cfr*. L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 109; I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno 2012 n. 92…*, cit., 341 e 343; R. DIAMANTI, *Rito Fornero e sua applicazione. Giudicato e limiti della cognizione*, cit., 866; A. BOLLANI, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., 315. In giurisprudenza, *cfr*. App. Genova, 12 marzo 2014, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 1, II, 164, con nota critica di M. FORNACIARI, *L'incompatibilità del giudice per aver già conosciuto della causa in sede sommaria, nel processo penale ed in quello civile: due mondi a parte?*

([189]) I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno 2012 n. 92…*, cit., 343.

mite invalicabile alla semplificazione delle forme ([190]); inoltre – come si avrà modo di osservare – il provvedimento che chiude la prima fase del rito Fornero è immediatamente esecutivo e la relativa efficacia non è suscettibile di essere sospesa o revocata fino alla chiusura del giudizio di opposizione eventualmente instaurato ([191]), senza contare, poi, che anche il provvedimento emesso a conclusione della prima fase è idoneo al giudicato ([192]). Alla luce di tali rilievi, riprendendo le parole di un autorevole Autore, «viene da chiedersi per quale motivo il giudice della fase 'sommaria'… dovrebbe svolgere una istruttoria 'superficiale', accontentandosi… di un giudizio di mera verosimiglianza, invece di provvedere ad una istruttoria il più possibile completa e con la pronuncia di un provvedimento adeguatamente meditato» ([193]).

La «sommarietà» della prima fase andrebbe quindi ravvisata nel carattere «semplificato» e «deformalizzato» del procedimento, rimesso nella sua esatta definizione al giudicante ma comunque a cognizione piena ([194]).

([190]) V. *supra*, in questo §, nel testo.

([191]) V. *infra*, in questo §, nel testo.

([192]) V. *infra*, in questo §, nel testo.

([193]) Così L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 120. In giurisprudenza, *cfr.* Trib. Napoli, 24aprile 2013, in *Riv. it. dir. lav.*,2014, II, 623, che ravvisa la necessità di procedere all'ammissione e assunzione di strumenti probatori idonei a dimostrare «la piena prova dei fatti allegati dalle parti» e non soltanto la loro verosimiglianza.

([194]) La deformalizzazione e semplificazione del procedimento è, come detto, riconosciuta anche da coloro che sostengono la natura sommaria della cognizione. *Cfr*. la dottrina citata *supra*, in questo §, nota 179. In giurisprudenza, *cfr*. Cass., 18 settembre 2014, n. 19674, in *Foro it*., 2015, 2, I, 540, con nota di D. DALFINO, secondo cui «la sommarietà riguarda le caratteristiche dell'istruttoria, senza che ad essa si ricolleghi una sommarietà della

Come anticipato, secondo il modello del procedimento per la repressione della condotta antisindacale, la legge Fornero dispone che l'efficacia esecutiva del provvedimento non può essere sospesa o revocata fino alla pronuncia della sentenza con cui il giudice definisce il primo grado dell'eventuale giudizio di opposizione ([195]). Deriva da ciò che, qualora la fase dell'opposizione non venga affatto instaurata, sarà l'ordinanza immediatamente esecutiva emessa all'esito della fase sommaria a regolare definitivamente la controversia relativa al licenziamento ([196]), a prescindere – si ritiene, nonostante l'esistenza di alcune voci di dissenso ([197]) – dalla circostanza che il giudice abbia ac-

---

cognizione del giudice, né l'instabilità del provvedimento finale». In generale, sulla sommarietà in termini di deformalizzazione, *cfr*. M. BINA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc*., 2010, 120; L. DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., 1582; F. FERRARI, The judgment of facts in Italian Summary Proceedings, cit., 67 ss.

([195]) V. art. 1, comma 50, legge n. 92/2012. Per una approfondita analisi delle implicazioni disposizione in commento in un rito quale quello in esame, si consenta il rinvio a R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 142 ss.

([196]) L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 117; M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 5; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 75; R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 137; F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 72, secondo il quale «l'intenzione del legislatore è stata senz'altro quella di introdurre un procedimento speciale di cognizione, con effetti decisori».

([197]) C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, cit., 735 ss., ove si finisce per ipotizzare, come sottolineato criticamente da M.

colto ovvero rigettato la domanda formulata dal ricorrente. D'altra parte, è la stessa *ratio* del rito Fornero, volto ad assicurare la celere definizione della controversia astrattamente idonea a risolversi con la condanna alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ([198]), a presupporre, affinché tale esigenza possa effettivamente venire soddisfatta, la definitività della pronuncia giudiziale ([199]).

La giurisprudenza ha affrontato il tema dell'idoneità al giudicato del provvedimento pronunciato a conclusione della fase sommaria del rito speciale quando si è occupata dell'ammissibilità o meno, in tale fase, del regolamento di giurisdizione e del regolamento di competenza ([200]). Sul

---

DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 5, una (pur comprensibile ma) ingiustificata attribuzione dell'efficacia di giudicato *secondum eventum litis*. È, invece, l'efficacia «immediatamente esecutiva» dell'ordinanza, sancita dalla legge senza operare alcuna distinzione tra ordinanza di accoglimento e ordinanza di rigetto, a dipendente dall'esito del giudizio: infatti, immediatamente esecutivo potrà essere solo il provvedimento con cui il giudice accoglie la domanda sull'impugnativa del licenziamento o le domande eventualmente cumulate (ovviamente, nel giudizio promosso dal lavoratore e non, là dove ritenuto ammissibile, dal datore di lavoro) (v. *supra*, § 11), mentre in caso di rigetto, solo il capo sulle spese di lite potrà essere munito di tale efficacia. *Cfr*. D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 87.

([198]) V. *supra*, § 23.

([199]) R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 137; D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 88.

([200]) *Cfr*., rispettivamente, Cass., 18 settembre 2014, n. 19674, cit., e Cass., S.U., 31 luglio 2014, n. 17443, in *Giust. civ. Mass*., 2014, e in *Diritto & Giustizia*, 2014, 1 agosto, con nota di A. PAGANINI, *Si al regolamento necessario contro la declaratoria di litispendenza emessa nella fase sommaria del rito Fornero*; *cfr*.

punto, la Corte di cassazione ha rifiutato di aderire alla ricostruzione del rito Fornero che – muovendo dal dato letterale – ravvisa la possibilità, per il Giudice del lavoro, esclusivamente di accogliere o rigettare la domanda, restando relegata alla successiva fase di opposizione la trattazione di questioni preliminari (che sarebbero così rilevabili d'ufficio o sollevabili dalla parte solo in tale sede) ([201]) e ha affermato la necessità che il giudice della fase sommaria si pronunci (anche) sulle questioni di rito proprio sull'assunto che la fase di opposizione è soltanto eventuale e rimessa alla volontà della parte, e che, in mancanza, l'ordinanza con cui si conclude la fase sommaria è idonea a passare in giudicato ([202]).

---

anche Cass., 20 gennaio 2015, n. 797, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015, 20 aprile, con nota di M.T. BELMONTE, *Competenza e regolamento di competenza tra giudizio cautelare e giudizio sommario*.

([201]) Né la Corte ha ritenuto di condividere «la soluzione, pure prospettata, secondo cui, ove venga sollevata una questione di litispendenza (o continenza), il giudice della fase sommaria deve provvedere alla immediata conversione del rito sommario (*ex* comma 48) nel rito ordinario a cognizione piena. Tale soluzione non trova alcun riscontro nella disciplina del rito Fornero e si pone in contrasto col meccanismo processuale previsto dal legislatore, che ha configurato, infatti, la fase sommaria nelle cause aventi ad oggetto l'impugnativa del licenziamento (nelle ipotesi comprese nell'ambito di applicazione della l. n. 300 del 1970, art. 18) come un passaggio processuale diretto a favorire una rapida definizione della causa» (così Cass., S.U., 31 luglio 2014, n. 17443, cit.).

([202]) Cass., S.U., 31 luglio 2014, n. 17443, cit.; Cass., 20 gennaio 2015, n. 797, cit. Peraltro, come fatto notare dalla stessa Corte di cassazione, è ormai pacifica l'ammissibilità del regolamento di competenza in tema di procedimento per la repressione della condotta antisindacale (*cfr*. R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, cit., 157; in giurisprudenza, *cfr*. Cass., 16 giugno 2000, n. 8213, in *Mass. giur. lav*.,

Non sono così riproponibili nei confronti del rito speciale per l'impugnativa del licenziamento le obiezioni mosse all'ammissibilità del regolamento in sede cautelare ([203]), rispetto alla quale il mezzo di impugnazione in parola è stato giudicato inammissibile in considerazione della provvisorietà del provvedimento declinatorio della competenza, che renderebbe priva del requisito della definitività l'ipotetica decisione conclusiva del procedimento per regolamento di competenza ([204]).

29. (*Segue*) L'«opposizione». La natura non impugnatoria della fase processuale

La fase di opposizione, come detto suddivisa in tre eventuali gradi di giudizio ([205]), è oggetto di una specifica disciplina dettata dall'art. 1, commi 51 ss., legge n. 92/2014 sulla falsariga del rito del lavoro «ordinario», le

---

2000, 1232), rispetto al quale, come detto, il rito Fornero presenta innegabili affinità.

([203]) *Cfr*. Cass., S.U., 9 luglio 2009 n. 16091, in *Giust. civ. Mass*., 2009, 7-8, 1068, e in *Ilgiuslavorista.it*, 2015, 3 febbraio, con nota di L. DI PAOLA, *Ammissibilità (e limiti) del regolamento di competenza nella prima fase del procedimento di impugnativa di licenziamento*; Cass., s.u., 29 luglio 2013, n. 18189, in *Giust. civ. Mass*., 2013.

([204]) In dottrina, non mancavano voci a favore dell'ammissibilità. *Cfr*. A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., 240. *Contra* C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino, 1998, 108; M. MUSCARDINI, *Giurisdizione e* competenza, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia-A. Saletti, Padova, 2008, 351 ss., spec. 359.

([205]) V. *supra*, § 22.

cui regole non vengono dunque richiamate nel loro complesso ma solo parzialmente riprodotte ([206]).

Contro l'ordinanza può essere proposta opposizione con ricorso dotato dei requisiti di cui all'art. 414 c.p.c. ([207]), da depositare nella cancelleria del tribunale che ha emesso il provvedimento opposto, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla sua notificazione o, se anteriore ([208]), dalla sua comunicazione. In mancanza, la dottrina ritiene applicabile il termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c., sebbene non espressamente richiamato ([209]), e ciò a pre-

---

([206]) Un richiamo alla complessiva disciplina del processo del lavoro, come quello operato dall'art. 28 St. lav., sarebbe stato da molti preferito: *cfr*. A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 77; M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 5.

([207]) Si tratta, come noto, dell'indicazione del giudice, delle parti, dell'oggetto della domanda, dell'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali si fonda la domanda con le relative conclusioni, dell'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e in particolare dei documenti che si offrono in comunicazione.

([208]) La logica che dà prevalenza all'atto realizzato per primo è la medesima codificata all'art. 702-*quater* c.p.c. per la proposizione dell'appello avverso l'ordinanza pronunciata dal giudice adito nelle forme del procedimento sommario di cognizione. *Cfr.* R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 157, la quale rileva altresì l'analogia con il disposto dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. in relazione al reclamo in sede cautelare.

([209]) R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 157-158. A diversa conclusione potrebbe, invece, indurre il fatto che, un espresso richiamo all'art. 327 c.p.c. è contenuto, ben due volte, all'art. 1, commi 61 e 64, legge n. 92/2012.

scindere dalla natura impugnatoria o meno della fase di opposizione ([210]).

Come accade nel rito del lavoro ordinario, il giudice fissa con decreto l'udienza di discussione non oltre i successivi sessanta giorni, assegnando all'opposto termine per costituirsi fino a dieci giorni prima dell'udienza. Il ricorso, unitamente al decreto, deve essere notificato dall'opponente all'opposto almeno trenta giorni prima della data fissata per la sua costituzione. La prassi applicativa ha mostrato che anche con riguardo alla mancata notificazione dell'opposizione opera, «per identità di '*ratio*'», il principio di matrice giurisprudenziale affermato in relazione al rito del lavoro, secondo cui il ricorso deve essere dichiarato improcedibile, ancorché tempestivamente depositato ([211]).

Anticipando in questa sede che alla fase di opposizione non deve essere attribuita natura di impugnazione, bensì di mera prosecuzione del giudizio instaurato con il ricorso introduttivo della fase sommaria ([212]), occorre rilevare che il relativo ambito oggettivo non è rappresentato dai confini dell'ordinanza pronunciata *ex* art. 1, comma 49, legge Fornero, ma dalla situazione sostanziale fatta valere dalle parti ([213]). Ciò non significa, però, che nella fase di opposizione i termini in cui tale situazione sostanziale è stata dedotta in giudizio non possano mutare nella loro estensione, sotto entrambi i profili, oggettivo e soggettivo.

([210]) Sulla natura della fase dell'opposizione, v. *infra*, in questo §, nel testo.

([211]) *Cfr.* Cass., 25 agosto 2016, n. 17325, in *Giust. civ. Mass.*, 2016. Con riferimento al rito del lavoro, *cfr.*, tra le tante, Cass., 30 luglio 2008, n. 20604, in *Guida al diritto*, 2008, 43, 56.

([212]) V. *infra*, in questo §, nel testo.

([213]) R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 160.

In primo luogo, al pari di quanto previsto per l'instaurazione della fase sommaria ([214]), la legge permette all'opponente di proporre nel ricorso in opposizione domande diverse dall'impugnativa del licenziamento, purché siano «fondate sugli identici fatti costitutivi» ([215]). Questa disposizione è stata interpretata nel senso di consentire non soltanto la riproposizione in sede di opposizione delle domande connesse che siano state cumulate a quella sull'impugnativa del licenziamento ma non trattate dal giudice della fase sommaria che abbia escluso l'identità della relativa fattispecie costitutiva, ma anche la formulazione, per la prima volta nel ricorso in opposizione, di ulteriori domande connesse ([216]).

Tale apertura alle domande «nuove», sommata alla negazione della natura impugnatoria dell'opposizione, ha indotto parte della dottrina a ipotizzare un ripensamento della posizione giurisprudenziale affermatasi in merito alla denuncia in appello di vizi e motivi di illegittimità del licenziamento aggiuntivi rispetto a quelli originariamente lamentati all'atto dell'impugnazione ([217]). È stato così suggerito il superamento della tesi sviluppatasi anteriormente

---

([214]) V. *supra*, § 25.

([215]) V. l'art. 1, comma 51, legge n. 92/2012.

([216]) *Cfr*. D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella L. 28 giugno 2012 n. 92)*, cit., 791; R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 162; P. CURZIO, *Il nuovo rito per i licenziamento*, cit., 4. In giurisprudenza, *cfr*. App. Bologna, 26 gennaio 2015, n. 93, in *Dejure*; Corte cost., 13 maggio 2015, n. 78, in *Giur. cost*., 2015, 3, 711. *Contra* Trib. Bergamo, 24 luglio 2013, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015, 11 giugno, con nota di M. GIARDETTI, *Fatti nuovi rispetto alla fase sommaria*.

([217]) R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 163.

all'introduzione del rito Fornero, secondo la quale la censura di nuovi profili di illegittimità del recesso costituisce un «inammissibile mutamento della domanda» ([218]). Tuttavia, quanto già osservato in ordine alla tecnica procedimentale di formazione dell'atto di licenziamento e alla tecnica impugnatoria cui è improntato il conseguente giudizio ([219]) pare viceversa imporre all'interprete di propendere per la soluzione ermeneutica opposta e, dunque, di (continuare a) escludere che in sede di opposizione possano farsi valere nuove e differenti ragioni di censura avverso il licenziamento oggetto di impugnazione. Sembra proprio che la giurisprudenza si sia orientata in questa direzione ([220]).

Si ritiene che la diversa estensione dell'ambito oggettivo della fase sommaria rispetto a quello della opposizione, solo eventualmente coincidenti, possa risultare pure da una diminuzione del *thema decidendum*, ogni qual volta il ricorso dell'opponente investa solo alcuni dei capi dell'ordinanza ([221]). Si crede, infatti, che, analogamente a quanto accade nel giudizio di appello in caso di impugnazione

---

([218]) Cass., 25 maggio 2012, n. 8293, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 5, 667; Cass., 21 dicembre 2004, n. 23683, in *Lav. giur.*, 2005, 485.

([219]) V. *supra*, § 19.

([220]) *Cfr*. Cass., 28 settembre 2015, n. 19142, in *Giust. civ. Mass.*, 2015, in un caso di allegazione della natura ritorsiva del licenziamento per la prima volta in sede di opposizione *ex* art. 1, comma 51, legge n. 92/2012. Nella giurisprudenza di merito, *cfr.* Trib. Milano, 28 ottobre 2014, a quanto consta inedita.

([221]) R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 160.

parziale, sui capi della pronuncia non oggetto di opposizione si formi, per acquiescenza, il giudicato interno ([222]).

A questo proposito, si deve, tuttavia, segnalare che secondo la Corte di cassazione – interrogata in merito all'ammissibilità di una «opposizione incidentale tardiva» ([223]) – «non è possibile ipotizzare la formazione del giudicato su alcune statuizioni e non su altre dell'ordinanza, atteso che quest'ultima è destinata ad acquisire il carattere della definitività nella sola ipotesi in cui l'opposizione non venga promossa» ([224]). Tale conclusione rappresenterebbe il corollario della negazione della natura di *revisio prioris istantiae* della fase di opposizione ([225]) e del fatto che, così come chiarito dal Giudice delle leggi, l'ordinanza che definisce la fase sommaria è «destinata ad essere in ogni caso assorbita» dalla sentenza che definisce la fase di opposi-

---

([222]) Come noto, in forza del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato cui fa riscontro quello del *tantum devolutum quantum appellatum*, il giudizio di appello ha per oggetto la controversia decisa dalla sentenza di primo grado entro i confini della devoluzione (*cfr*. Cass., 12 giugno 2014, n. 13351, in *Giust. civ. Mass.*, 2014), verificandosi, in caso di impugnazione parziale, l'acquiescenza ai sensi dell'art. 329, comma 2, c.p.c. alle parti della sentenza non impugnate, con conseguente formazione del giudicato interno sul punto (*cfr*. Cass., 7 gennaio 2008, n. 33, in *Giust. civ. Mass*., 2008, 1, 6). In dottrina, *cfr*. V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 793; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, cit., 270; A. BONSIGNORI, *Impugnazioni civili in generale*, in *Dig. disc. priv*., *Sez. civ*., IV, 1993, 345; A. TEDOLDI, *L'onere di appello incidentale*, in *Giur. it*., 2001, 1302; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, 373.

([223]) V. *infra*, in questo §, nel teso.

([224]) Così Cass., 26 febbraio 2016, n. 3836, in *Giust. civ. Mass*, 2016; App. Roma, 8 giugno 2016, in *www.agilazio.it*.

([225]) V. *infra*, in questo §, nel testo.

zione» ([226]). Secondo questa giurisprudenza, non potrebbe, pertanto, operare «il divieto di *reformatio in peius*, in quanto lo stesso trova il suo fondamento nelle norme che disciplinano le impugnazioni, non applicabili alla fattispecie» ([227]).

Tale soluzione non pare condivisibile e, a ben vedere, non sembra nemmeno una conseguenza necessitata della negazione della natura impugnatoria della fase di opposizione. È, infatti, l'art. 1, comma 51, legge Fornero a chiarire, imponendo il deposito del ricorso in opposizione entro il termine di trenta giorni a pena di decadenza, che alla mancata opposizione fa seguito il passaggio in giudicato dell'ordinanza. Non si vede allora perché all'opposizione parziale non possa conseguire l'acquiescenza delle parti dell'ordinanza non opposte ([228]). Peraltro, l'espresso richiamo agli artt. 414 e 416 c.p.c. ([229]), i quali fanno sì che l'opponente e l'opposto debbano definire fin da subito il «tema del contendere, mediante la precisa e completa formulazione delle loro domande ed eccezioni» ([230]), sembra

---

([226]) *Cfr*. Corte cost., 13 maggio 2015, n. 78, cit.

([227]) In forza di tale divieto, come noto, la decisione non può essere più sfavorevole all'impugnante e più favorevole alla controparte di quanto non sia stata la sentenza gravata, pena la violazione del principio dispositivo e di quello dell'interesse ad agire. *Cfr*. Cass., 9 marzo 2015, n. 4676, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass., 27 giugno 2011, n. 14127, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 6, 961. *Cfr*. anche Cass., 18 marzo 2016, n. 5442, in *Giust. civ. Mass.*, 2016.

([228]) *Cfr*. R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 161, spec. nota 359.

([229]) In merito alla costituzione dell'opposto, v. *infra*, in questo §, nel teso.

([230]) G. TARZIA-L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 98.

invece lascare intendere che siano sempre le parti a segnare i confini del dovere decisorio del giudice, anche in sede di opposizione.

Quanto, infine, all'estensione «soggettiva» del giudizio di opposizione, ferma restando la possibilità di procedere all'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 102 c.p.c. ([231]) chiamando in causa il litisconsorte necessario pretermesso, l'opposto può svolgere domande anche «nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti» ([232]).

Venendo alla posizione dell'opposto, quest'ultimo, come accennato, deve costituirsi mediante deposito in cancelleria di memoria difensiva a norma e con le decadenze di cui all'art. 416 c.p.c. (oltre a quella di dichiarare nella memoria difensiva l'intenzione di chiamare in causa un terzo) ([233]).

In caso di accoglimento solo parziale da parte del giudice della fase «sommaria», la giurisprudenza di legittimità ha affermato la facoltà per l'opposto di riproporre nella propria memoria difensiva le domande e le difese non accolte, anche se «sia spirato il termine per proporre un autonomo atto di opposizione» ([234]). La Corte di cassa-

---

([231]) La chiamata in causa a norma dell'art. 102, comma 2, c.p.c. fa espresso riferimento l'art. 1, comma 54, legge n. 92/2012.

([232]) V. l'art. 1, comma 51, legge n. 92/2012.

([233]) V. l'art. 1, comma 53, legge n. 92/2012.

([234]) Cass., 26 febbraio 2016, n. 3836, cit. Nel senso dell'inammissibilità dell'opposizione tardiva, *cfr*. App. Roma, 21 novembre 2013, in *Lav. giur*, 2014, 5, 491. In dottrina, in senso favorevole paiono P. SORDI, *Il nuovo rito per le controversie in materia di licenziamenti*, cit., 428; A. VALLEBONA, *Domanda rientrante nel nuovo rito speciale per i licenziamenti proposta col rito del lavoro ordinario: trattazione con il rito speciale*, in *Mass. giur. lav*., 2013, 75; D. BORGHESI, *Conciliazione e procedimento specia-*

zione pare avere per tale via posticipato il momento in cui cali il giudicato interno (sempre che lo si ritenga possibile) ([235]) sui capi della pronuncia non oggetto di opposizione: tale riferimento temporale non sarebbe, dunque, lo spirare del termine per l'opposizione, bensì quello per la costituzione dell'opposto.

La legge, nell'affermare che, se la causa relativa alla domanda riconvenzionale non è fondata su fatti costitutivi identici a quelli posti a base della domanda principale, il giudice ne dispone la separazione conferma che anche l'opposto può formulare, in via riconvenzionale, domande diverse dall'impugnativa del licenziamento purché fondate sugli identici fatti costitutivi ([236]). In dottrina, non vi è unanimità di consensi su ciò che in questa sede debba intendersi per domanda riconvenzionale ([237]) e, segnatamente, sulla natura riconvenzionale o meno delle domande già proposte nella fase sommaria ([238]). In caso di risposta af-

---

le dei licenziamenti per la riforma Fornero, cit., 913; P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra rigidità 'in entrata' e flessibilità 'in uscita' nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato di lavoro*, in *Arg. dir. lav*., 2012, 840.

([235]) V. *supra*, in questo §, spec. nota 224.

([236]) V. l'art. 1, comma 56, legge n. 92/2012.

([237]) In generale, sulla distinzione tra causa riconvenzionale (disciplinata dall'art. 36 c.p.c.) e domanda riconvenzionale (quale «contro-domanda» nei confronti di chi è parte), si consenta il rinvio a F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, 2013 20 ss.; *cfr.* pure M. COMASTRI, *sub* art. 36 c.p.c., in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio-C. Consolo-B- Sassani-R. Vaccarella, I, Torino, 2012, 487, e la dottrina ivi citata.

([238]) R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 167.

fermativa ([239]), anche per tali domande si pone l'ulteriore quesito dell'applicabilità del disposto dell'art. 418 c.p.c. che subordina l'ammissibilità della domanda riconvenzionale a ciò che la parte abbia tempestivamente chiesto lo spostamento dell'udienza: secondo alcuni, la norma, che non è espressamente richiamata dalla legge Fornero, non sarebbe applicabile per analogia in quanto disposizione che introduce una decadenza processuale ([240]); secondo altri, invece, la regola ivi contenuta opererebbe comunque, quantomeno in virtù del richiamo all'art. 416 c.p.c. contenuto nell'art. 418 c.p.c. ([241]).

L'opposto, inoltre, è libero di allegare fatti impeditivi, modificativi ed estintivi nuovi rispetto a quelli già introdotti nella precedente fase sommaria ([242]), eccependo per esempio l'intervenuta decadenza dall'impugnativa del licenziamento per la prima volta in sede di opposizione ([243]).

([239]) *Cfr.* App. Roma, 8 giugno 2016, in *www.agilazio.it*. nonché App. Torino, 10 febbraio 2014, e Trib. Roma, 2 luglio 2015, n. 6562, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 1, II, 178, con nota di B. TABASCO, *Rito Fornero: gli stretti rapporti tra e due fasi*.

([240]) *Cfr*. Trib. Roma, 2 luglio 2015, n. 6562, cit.

([241]) *Cfr*. App. Roma, 8 giugno 2016 cit. In dottrina, *cfr*. R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 170; M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 5.

([242]) *Cfr.* R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 167.

([243]) Cass., 11 dicembre 2015, n. 25046, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 3, II, 675, con nota di F. SIMEONE, *Rito Fornero: sulla proponibilità di nuove eccezioni nella 'fase' di opposizione*. La giurisprudenza attribuisce tale facoltà all'opponente, in virtù dell'inversione della relativa posizione processuale: c*fr*. Trib. Ro-

Anche dall'istruttoria svolta nella precedente fase sommaria non possono trarsi preclusioni alla formulazione di istanze istruttori nella successiva fase di opposizione: le decadenze in campo probatorio sono, invece, destinate a maturare proprio in questa sede ([244]).

Quanto alla trattazione del giudizio di opposizione, secondo la consueta formula già utilizzata per la fase sommaria ([245]), il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione, qui però «ammissibili e rilevanti», richiesti dalle parti nonché disposti d'ufficio, ai sensi dall'art. 421 c.p.c. ([246]), e provvede con sentenza all'accoglimento o al rigetto della domanda, dando, ove opportuno, termine alle parti per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione.

La sentenza, completa di motivazione, che deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione, è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale ([247]).

---

ma, 6 maggio 2016, in *www.agilazio.it*, secondo cui «nella fase di opposizione, il convenuto può proporre tutte le eccezioni consentite in un'ordinaria causa di lavoro… ancorché, per la soccombenza nella fase sommaria, egli assuma la veste formale di attore in opposizione».

([244]) *Cfr.* R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 168.

([245]) Che permette di riproporre anche per la fase di opposizione le osservazioni svolte in relazione alla precedente fase sommaria in punto di deformalizzazione e semplificazione: v. *supra*, § 28.

([246]) Gli atti di istruzione ammissibili nella fase sommaria sono invece definiti «indispensabili»: v. *supra*, § 28.

([247]) Sull'inapplicabilità dell'art. 429 c.p.c., v. *infra*, § 30.

Così ricostruito nei suoi tratti essenziali il giudizio introdotto con il ricorso in opposizione di cui all'art. 1, comma 51, legge Fornero, deve ora essere affrontato il più volte accennato tema della sua natura impugnatoria o di mera prosecuzione del giudizio di primo grado, incominciando col ribadire che la soluzione interpretativa preferibile, peraltro maggioritaria sia in dottrina sia in giurisprudenza, è quella che ne esclude la funzione di *revisio prioris istantiae*.

Le argomentazioni addotte dagli interpreti, pronunciatisi variamente nell'una e nell'altra direzione, riguardano essenzialmente la formulazione letterale della legge Fornero, l'oggetto del giudizio nelle sue diverse fasi nonché la coerenza del sistema.

In particolare, a favore della concezione impugnatoria dell'opposizione vi sarebbe, in primo luogo, il dato letterale: infatti, l'art. 1, comma 51, legge n. 92/2012 prevede che il ricorso in opposizione sia proposto «contro» l'ordinanza di accoglimento o di rigetto pronunciata a esito della fase precedente, con ciò lasciando intendere che sia la partecipazione dell'opponente alla fase sommaria e la conseguenze soccombenza a legittimare la proposizione dell'opposizione ([248]). A ciò si aggiunge la previsione di un ter-

([248]) R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 150. Rileva M.C. VANZ, *Una lonza… che di pel maculato era coverta: osservazioni sul 'rito Fornero' e sull'imparzialità del giudice*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 497 che lo stesso termine «opposizione» non pare dirimente, in quanto utilizzato con riguardo sia a giudizi impugnatori sia a giudizi che altro non sono se non la prosecuzione della fase che li precede.

mine di decadenza entro cui l'opposizione deve essere svolta, pena il passaggio in giudicato dell'ordinanza ([249]).

Viceversa, a favore della natura non impugnatoria militerebbero il differente oggetto della prima e della seconda fase – essendo l'ambito di quest'ultima suscettibile, come visto ([250]), di un'estensione tanto oggettiva quanto soggettiva ([251]) – nonché la configurazione di un secondo e di un terzo grado di giudizio a contenuto senz'altro impugnatorio, di merito e di legittimità ([252]), con la conseguenza che, ove l'opposizione venisse letta quale *revisio prioris istantiae*, il rito Fornero, introdotto dal legislatore del 2012 al fine di favorire una celere definizione delle controversie sull'impugnativa del licenziamento ([253]), sarebbe paradossalmente strutturato in quattro gradi di giudizio ([254]).

([249]) D. DALFINO, *La Corte costituzionale e il rito Fornero: il giudice dell'opposizione non deve astenersi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 3, II, 717.

([250]) V. *supra*, § 23.

([251]) *Cfr.* N. MINAFRA, *Brevi note sull'incompatibilità tra giudice della fase sommaria e giudice dell'opposizione nel procedimento per l'impugnativa del licenziamento*, in *Il giusto proc. civ.*, 2014, 817; M.C. VANZ, *Una lonza... che di pel maculato era coverta: osservazioni sul 'rito Fornero' e sull'imparzialità del giudice*, cit., 497.

([252]) V. *infra*, § 30.

([253]) V. *supra*, in questo §, nel testo.

([254]) A ben vedere, una simile obiezione è mossa anche alla tesi della «pienezza» della cognizione della fase «sommaria» (v. *supra*, § 28): *cfr.* M. FORNACIARI, *L'incompatibilità del giudice per aver già conosciuto della causa in sede sommaria, nel processo penale ed in quello civile: due mondi a parte?*, cit., 164, secondo il quale «non si riesce infatti a comprendere quale sarebbe il senso e l'utilità di articolare il procedimento in due fasi, se tanto la prima quanto la seconda prevedano una cognizione piena e finiscano dunque per rappresentare l'una il doppione dell'altra».

La Corte costituzionale – investita della questione di legittimità degli artt. 1, comma 51, legge Fornero e 51, comma 1, n. 4), c.p.c. «nella parte in cui non prevedono l'obbligo di astensione per l'organo giudicante (persona fisica) investito del giudizio di opposizione» ([255]) – ha ritenuto decisive queste ultime argomentazioni ([256]). Infatti, l'incompatibilità del giudice è stata esclusa proprio qualificando la fase sommaria e l'opposizione come due distinte «fasi» di un unico «grado» di giudizio.

Tale soluzione, che è in linea con la posizione già espressa dalla Corte di cassazione ([257]), appare senz'altro

---

([255]) Corte cost., 13 maggio 2015, n. 78, cit. Nello stesso senso, Corte cost., 22 dicembre 2015, n. 275, in *Giur. cost*., 2015, 6, 2289. Corte cost., 16 luglio 2014, n. 205, in *Riv. it. dir. lav*., 2014, 4, II, 909, con nota di F. COLELLA, *Il c.d. rito Fornero e l'incompatibilità del giudice dell'opposizione: terzietà versus ragionevole durata*, e di S. ORTIS, *Sull'alterità soggettiva fra l giudice della fase sommaria e quello del giudizio d'opposizione nel rito Fornero*.

([256]) Corte cost., 13 maggio 2015, n. 78, cit.

([257]) *Cfr.* Cass., S.U., 8 settembre 2014, n. 19674, cit.; Cass., 17 febbraio 2015, n. 3136, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 3, II, 727, con nota di F. De MICHIEL, *La cassazione si pronuncia per la compatibilità del giudice della fase sommaria e dell'opposizione nel rito Fornero*, e in *Dir. rel. ind.*, 2015, 4, 1136, con nota di C. GAMBA, *Il rito Fornero e l'inapplicabilità dell'obbligo di astensione del giudice ai sensi dell'art. 51, primo comma, n. 4, c.p.c. Una pronuncia della Corte di cassazione nel quadro ricostruttivo delineato dalle Sezioni unite e dalla Corte costituzionale*. La giurisprudenza è, invero, giunta a conclusioni tutt'altro che univoche. Si deve ricordare, infatti, il contrasto tutto interno al foro milanese, che ha visto contrapposto il Tribunale, tendenzialmente costante nell'affermare l'assenza di qualsivoglia incompatibilità (*cfr.* Trib. Milano, 19 giugno 2013, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 10, 700. *Contra* Trib. Milano, 11 luglio 2013, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 4, 1132, con nota di C. GAMBA, *Il rito speciale in materia di impugnazione dei*

condivisibile, nonostante le insistenti obiezioni mosse da buona parte della dottrina, non tanto alla tesi della natura non impugnatoria dell'opposizione, bensì alla conclusione che ne è stata tratta in punto di compatibilità del giudice persona fisica a decidere l'opposizione ([258]).

Pur non essendo questa la sede per approfondire *funditus* il tema dei rapporti tra precognizione del giudice e incompatibilità ([259]), deve ricordarsi che, come è stato effi-

---

licenziamenti e la imparzialità-terzierà del giudice), e la Corte d'appello, che ha dichiarato la nullità della sentenza pronunciata a esito della fase di opposizione dal medesimo giudice della fase sommaria (App. Milano, 4 dicembre 2013, n. 1577, in *Dir. rel. ind.*, 1, 2014, 229, con nota di C. GAMBA, *Il procedimento di impugnazione dei licenziamenti* ex *l. 28 giugno 2012, n. 92, la questione della 'vera natura' del rito speciale e i problemi interpretativi sulla incompatibilità del giudice*).

([258]) *Cfr.*, *inter alia*, D. DALFINO, *La Corte costituzionale e il rito Fornero: il giudice dell'opposizione non deve astenersi*, cit., 717; ID., *L'impugnativa del licenziamento secondo il c.d. 'rito Fornero': questioni interpretative*, cit., 12; L. DE ANGELIS, *sub* art. 1 legge 28 giugno 2012, n. 92, in *Ultimissime sul processo civile*, a cura di F. Carpi-M. Taruffo, Padova, 2013, 215; G. BENASSI, *La riforma del mercato del lavoro: le modifiche processuali*, cit., 749; M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 5.

([259]) In argomento, senza pretese di esaustività, *cfr*. A. TEDOLDI, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, in *Comm. del c.p.c.*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2015, 133; B. CAVALLONE, *Ancora sulla 'precognizione' del giudice civile come preteso motivo di astensione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1002; ID., *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc*., 2009, 861; ID., '*Un frivolo amor proprio'. Precognizione e imparzialità del giudice civile*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, 23; ID., Conscientia deosita aedificat ad Gehennam' *ovvero: un lodevole provvedimento di astensione*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 685; L. DITTRICH, *Rito spe-*

cacemente osservato, non esiste un nesso biunivoco tra precognizione e parzialità del giudice. Anzi, riprendendo le parole della dottrina più attenta, «l'obbligo di astensione del magistrato che ha già conosciuto della causa 'in altro grado del processo'» di cui all'art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c., «a differenza di quelli previsti nelle altre fattispecie regolate dai nn. 1, 2, 3 e 5 dello stesso articolo, non nasce affatto dall'esigenza di fare salva l'*imparzialità* del giudicante (che non potrebbe non presumersi intatta anche nel giudice investito di una stessa causa in gradi diversi), bensì da quella di salvaguardare la *razionalità del sistema delle impugnazioni*, che serve per offrire al soccombente una effettiva ed integra seconda *chance*, e/o per consentire al giudice *ad quem* di rimediare agli eventuali errori del giudice *a quo*: scopi che effettivamente sarebbero molto più difficili da conseguire dinanzi a un giudice probabilmente incline – non per difetto di imparzialità, ma semplicemente per *coerenza* – a ribadire le opinioni precedentemente manifestate» ([260]).

---

ciale dei licenziamenti e qualità della cognizione, cit., 121; ID., *La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1145; ID., *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, Padova, 1991, 145; G. SCARSELLI, *Terzietà del giudice e processo civile*, in *Foro it.*, 1996, I, 3616; R. MARUFFI, *L'art. 11. Cost. e l'incompatibilità del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 1164; cfr. anche R. TISCINI, *Pronuncia dell'ordinanza* ex *art. 186*-quater *c.p.c. e della sentenza da parte dello stesso giudice: inesistenza dell'obbligo di attenzione*, in *Corriere giur.*, 2000, 1467; C. CONSOLO, *Una benvenuta interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 51, n. 4, (in relazione all'art. 28 st. lav.) ed i suoi limiti per i casi futuri*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1188.

([260]) B. CAVALLONE, *Ancora sulla 'precognizione' del giudice civile come preteso motivo di astensione*, cit., 1004.

Se, quindi, l'aver conosciuto della causa non comporta di per sé la «parzialità» del giudice ([261]) e l'operare della regola dell'astensione persegue l'obiettivo di assicurare il «corretto funzionamento» dei mezzi di impugnazione ([262]), è evidente che l'indagine sull'ampiezza della cognizione giudiziale diviene a questi fini irrilevante ([263]).

Per concludere nel senso dell'applicabilità dell'obbligo di astensione, sarebbe, come visto, decisiva la (qui però esclusa) idoneità dell'opposizione a essere ricondotta al concetto di «grado» di giudizio, quantomeno nella sua accezione estensiva sviluppata nel tempo dalla Corte costituzionale ([264]).

([261]) *Cfr*. L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 121; ID., *La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile*, cit., 1160; ID., *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, cit., 146; M.C. VANZ, *Una lonza… che di pel maculato era coverta: osservazioni sul 'rito Fornero' e sull'imparzialità del giudice*, cit., 497, la quale osserva come si sia di fronte a un «problema d'incompatibilità» e non di parzialità del giudice.

([262]) *Cfr*. L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 122.

([263]) *Cfr*. R. MARUFFI, *L'art. 11. Cost. e l'incompatibilità del giudice nel processo civile*, cit., 1191; B. CAVALLONE, *Ancora sulla 'precognizione' del giudice civile come preteso motivo di astensione*, cit., 1003; M. FORNACIARI, *L'incompatibilità del giudice per aver già conosciuto della causa in sede sommaria, nel processo penale ed in quello civile: due mondi a parte?*, cit., 164.

([264]) Secondo Corte cost., 15 ottobre 1999, n. 387, in *Giur. cost.*, 1999, 2981, pronunciatasi in merito all'art. 28 St. lav. con una sentenza interpretativa di rigetto, «la espressione 'altro grado' non può avere un ambito ristretto al solo diverso grado del processo, secondo l'ordine degli uffici giudiziari, come previsto dall'ordinamento giudiziario, ma deve ricomprendere – con una interpretazione conforme a Costituzione – anche la fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia, avente con-

Il Giudice delle leggi ha inoltre osservato che la circostanza che «entrambe le fasi di detto unico grado del giudizio possano essere svolte dal medesimo magistrato non confligge con il principio di terzietà del giudice e si rivela, invece, funzionale all'attuazione del principio del giusto processo, per il profilo della sua ragionevole durata» ([265]). A ciò si può aggiungere che la soluzione accolta è

---

tenuto impugnatorio, caratterizzata… da pronuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase, ancorché avanti allo stesso organo giudiziario». In questa prospettiva, al dato letterale andrebbe riconosciuto un ruolo solo di secondo piano, rilevando il carattere sostanzialmente impugnatorio anche di una «fase» non espressamente definita «grado» (*cfr.* M.C. VANZ, *Una lonza… che di pel maculato era coverta: osservazioni sul 'rito Fornero' e sull'imparzialità del giudice*, cit., 497). È proprio a questa nozione che parte della dottrina riconduce la fase di opposizione di cui all'art. 1, comma 51, legge n. 92/2012 (*cfr*., tra gli altri, D. DALFINO, *La Corte costituzionale e il rito Fornero: il giudice dell'opposizione non deve astenersi*, cit., 717; A. PANZAROLA, *Incompatibilità del giudice e impugnativa del licenziamento alla luce della nuova disciplina della legge Fornero*, in *Giur. merito*, 2013, 1540; A. TEDOLDI, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, cit., 216-217).

Peraltro, come correttamente osservato da M.C. VANZ, *Una lonza… che di pel maculato era coverta: osservazioni sul 'rito Fornero' e sull'imparzialità del giudice*, cit., 497, l'interpretazione fatta propria dal Giudice delle legge negli anni successivi è di segno opposto, più restrittiva, ma è stato direttamente il legislatore a codificare l'incompatibilità del giudicate: si pensi, per esempio, agli artt. 186-*bis* disp. att. c.p.c. (in materia di opposizione agli atti esecutivi, che prevede che l'opposizione sia trattata da un magistrato diverso da quello che ha conosciuto degli atti avverso i quali è proposta opposizione) e 99 R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (in materia di fallimento, secondo cui il giudice delegato al fallimento non può far parte del collegio).

([265]) Corte cost., 13 maggio 2015, n. 78, cit.

altresì rispettosa dell'ulteriore principio di rango costituzionale del «buon andamento» dell'amministrazione sancito dall'art. 97, comma 1, Cost. Non si è mancato di osservare, infatti, che l'art. 51 c.p.c., oltre a tutelare il corretto funzionamento del sistema delle impugnazioni, è una norma di «ordinamento giudiziario» ([266]) e la sua interpretazione non può andare esente da un bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti, ivi incuso quello all'organizzazione dei ruoli e degli uffici giudiziari in modo da assicurare il regolare svolgimento della funzione giurisdizionale ([267]).

30. (*Segue*) Le impugnazioni: il «reclamo» e il ricorso per cassazione

Il legislatore ha poi delineato due gradi di impugnazione, sul modello dell'appello e del ricorso per cassazione di cui al codice di rito; ed è proprio a tale modello che l'interprete dovrà fare riferimento in ragione del silenzio dell'art. 1 Legge. n. 92/2012 su innumerevoli questioni processuali ([268]).

([266]) *Cfr*. L. DITTRICH, *La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile*, cit., 1161.

([267]) B. CAVALLONE, *Ancora sulla 'precognizione' del giudice civile come preteso motivo di astensione*, cit., 1004; L. DITTRICH, *La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile*, cit., 1167.

([268]) *Cfr*. M. DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti…*, cit., 826; ID., *Reclamo contro la sentenza di primo grado nel procedimento specifico in materia di licenziamenti (articolo 1, commi 58 ss., legge n. 92 del 2012): matura, forma e filtro dell'appello*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 848; R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 188. *Cfr.* Cass., 9 settembre 2016, n. 17863, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; Cass., 8 settembre 2016, n. 17775, in *Giust. civ. Mass.*, 2016.

Il primo dei due giudizi di impugnazione, definito «reclamo», è instaurato davanti alla corte d'appello e si propone con ricorso da depositare, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione, o dalla notificazione se anteriore. Sebbene, come detto, la disciplina del rito del lavoro ordinario sia una inevitabile fonte di integrazione, ciò è ammesso solo nel caso di lacuna normativa, con la conseguenza che il termine breve per la proposizione del reclamo non potrà farsi decorrere dall'eventuale lettura in udienza del dispositivo, come previsto dall'art. 429 c.p.c., la cui applicabilità deve essere esclusa ([269]).

Il problema dell'invocabilità in questa sede delle disposizioni del codice di rito si è posto, in particolare, con riguardo al c.d. «filtro» di cui agli artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c., applicabili nel rito del lavoro in virtù del richiamo operato dall'art. 436-*bis* c.p.c. La reale natura di «appello» del giudizio di reclamo ha indotto alcuni interpreti a sostenere l'operatività del filtro pure in questo campo ([270]), mentre il carattere eccezionale delle disposizioni in commento è stato avvalorato da coloro che, all'opposto, ne hanno sostenuto la non estensibilità ([271]).

([269]) *Cfr.* Cass., 11 luglio 2016, n. 14098, in *Giust. civ. Mass.*; Cass., 19 agosto 2016, n. 17211, in *Ilgiuslavorista.it*, 2016, 30 agosto; Trib. Roma, 11 agosto 2016, n. 7298, in *Dejure*.

([270]) M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 5; M. DE LUCA, *Reclamo contro la sentenza di primo grado nel procedimento specifico in materia di licenziamenti (articolo 1, commi 58 ss., legge n. 92 del 2012)…*, cit., 848.

([271]) R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 192; A. SALETTI, *L'appello nel rito del lavoro e nel procedimento sommario dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1423.

Ricordando quanto affermato dall'art. 437 c.p.c., l'art. 1, comma 59, legge Fornero dispone che non sono ammessi nuovi mezzi di prova o documenti, salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione ovvero la parte dimostri di non aver potuto proporli in primo grado per causa ad essa non imputabile. La Corte d'appello, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammessi e provvede con sentenza all'accoglimento o al rigetto della domanda, dando, ove opportuno, termine alle parti per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima della udienza di discussione.

La parte soccombente può, infine, ricorrere per cassazione contro la sentenza pronunciata dalla Corte d'appello che, completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione. Il ricorso per cassazione deve essere proposto, a pena di decadenza, entro sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza, o dalla notificazione se anteriore ([272]), non essendo in ogni caso sufficiente il mero avviso di deposito del provvedimento ([273]).

Da ultimo, tanto per il reclamo quanto per il ricorso per cassazione, l'art. 1 Legge n. 92/2012 prevede espressamente l'applicabilità dell'art. 327 c.p.c. in mancanza di comunicazione o notificazione della sentenza.

([272]) *Cfr.* Cass., 3 agosto 2016, n. 16216, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, che ha ritenuto inammissibile il ricorso per cassazione notificato ben oltre il termine di sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza di appello.

([273]) *Cfr.* Cass., 16 maggio 2016, n. 10017, in *Giust. civ. Mass.*, 2016.

31. La disciplina processuale post *Jobs Act*: il progressivo superamento del rito Fornero e la «riapertura» alla tutela cautelare

Già i primi commenti successivi all'entrata in vigore della legge Fornero avevano evidenziato la palese incongruenza nella quale è incorso il legislatore del 2012: infatti, se con il D.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 ([274]), ha ridotto a tre – *i.e.* al rito ordinario di cognizione, al rito del lavoro e al rito sommario di cognizione – i «procedimenti civili di cognizione che rientrano nell'ambito della giurisdizione ordinaria e che sono regolati dalla legislazione speciale», poco più di un anno più tardi ha (ri)aumentato il numero dei riti speciali extracodice, introducendo il rito Fornero per l'impugnazione dei licenziamenti ([275]).

([274]) Sul D.lgs. n. 150/2011, attuativo della delega contenuta nella legge 18 giugno 2009, n. 69, *cfr*. I. PAGNI, *Disposizioni comuni alle controversie disciplinate dal rito del lavoro. Il modello di rito e i poteri istruttori del giudice*, in *Foro it.*, 2012, V, 130 ss.; M. FABIANI, *Semplificazione dei riti: il modello sommario*, in *Foro it*., 2012, V, 202 ss.; C. CONSOLO, *Prime osservazioni introduttive sul d.lgs. n. 150/2011, di riordino (e relativa 'semplificazione') dei riti settoriali*, in *Corriere giur*., 2011, 1488 ss.

([275]) *Cfr*. G. TRISORIO LIUZZI, *Contenuto ed effetti delle decisioni nel processo del lavoro*, cit., 53; I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno 2012 n. 92…*, cit., 339; A. PROTO PISANI, *Tre note sull'art. 18 dello statuto dei lavoratori scritte da un giurista ingenuo*, in *Foro it.*, 2012, V, 121; M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, cit., 1. *Cfr*. anche R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 80-81, la quale a ogni modo rileva come l'art. 54, comma 4, lett. d), legge n. 69/2009 avesse escluso dal capo di applicazione del decreto attua-

Ora, a seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 23/2015, il legislatore ha mostrato di volere tornare sui suoi passi, disponendo ([276]) l'inapplicabilità dell'art. 1, commi 48-68, legge n. 92/2012 ai licenziamenti disciplinati dal decreto sul contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti ([277]). Come è stato efficacemente osservato, ciò ha fatto del rito Fornero un rito «ad esaurimento» ([278]), destinato a un progressivo superamento da parte del previgente rito ordinario del lavoro.

Una prima conseguenza della «riespansione» del campo di applicazione del rito del lavoro ([279]) è la «riapertura» alla tutela cautelare ([280]).

Si deve, infatti, ricordare che l'introduzione del rito Fornero ha indotto l'interprete a interrogarsi in merito alla compatibilità tra la tutela d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c., sino a quel momento sovente invocata in materia di licenziamento illegittimo ([281]), e un rito speciale, quale il quello *ex*

---

tivo le disposizioni processuali contenute nello Statuto dei lavoratori.

([276]) V. l'art. 11 D.lgs. n. 23/2015.

([277]) V. *supra*, §§ 3.7-3.11.

([278]) P. LAI, *Il contratto di lavoro a tutele crescenti: risvolti processuali*, cit., 157.

([279]) L'appartenenza dell'impugnativa del licenziamento al novero delle controversie di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c. è indubbia: *cfr*. F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 56.

([280]) D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, cit., 216.

([281]) *Cfr*. I. PAGNI, *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela*, in *Riv. trim dir. e proc. civ.*, 2013, 75 ss. *Cfr.* Cass., 14 dicembre 2010, n. 25246, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 12, 1600; Cass., 9 luglio 2004, n. 12767, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 850, con nota di M. TATARELLI,

art. 1 legge n. 92/2012, volto alla celere definizione delle controversie aventi a oggetto l'impugnativa del recesso datoriale. Una volta negata la funzione cautelare del procedimento ([282]), la conclusione maggiormente condivisa, pur escludendo la sussistenza di una incompatibilità *de iure*, ha in ogni caso postulato una rigorosa valutazione del requisito del «pregiudizio imminente e irreparabile» ([283]). Infatti, il vaglio dell'esistenza del *periculum* «rafforzato», come noto richiesto dall'art. 700 c.p.c. per la concessione della tutela d'urgenza ([284]), deve qui tenere conto delle più rapi-

---

Autonomia del provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro in via d'urgenza.

([282]) L'esperibilità del rito Fornero è, infatti, sganciata da qualsivoglia valutazione in punto di *periculum in mora*: *cfr*. S. RUSCIANO, *Procedimento di impugnativa di licenziamento: il complicato ricorso alla tutela d'urgenza* ex *art. 700 c.p.c.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 658; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 75; D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella L. 28 giugno 2012 n. 92)*, cit., 759; A. BOLLANI, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., 318; D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 81.

([283]) L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 120; S. RUSCIANO, *Procedimento di impugnativa di licenziamento: il complicato ricorso alla tutela d'urgenza* ex *art. 700 c.p.c.*, cit., 662; F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale…*, cit., 57. Nel senso dell'inammissibilità della tutela d'urgenza, *cfr.*, in dottrina, G. VERDE, *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 304; in giurisprudenza, Trib. Lecce, 27 novembre 2012, in *DL Riv. critica dir. lav.*, 2012, 4, 1075.

([284]) L. DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza* ex *art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia-A. Saletti, Padova, 2015, 247 ss.; A. PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991.

de tempistiche per l'ottenimento di un provvedimento *ex* art. 1, comma 48, legge Fornero ([285]). Ne è risultata una assai ridotta area di ammissibilità della tutela d'urgenza, limitata alle ipotesi in cui la già celere tutela nelle forme del rito speciale arriverebbe comunque troppo tardi ([286]).

Ebbene, alla progressiva inapplicabilità del rito Fornero alle impugnazioni attratte nel campo di operatività del D.lgs. n. 23/2015 corrisponde un graduale ripristino dei consueti criteri di valutazione del *periculum in mora* affermatisi prima del 2012.

Una ulteriore conseguenza dell'inapplicabilità del rito speciale ai licenziamenti assistiti dalle tutele crescenti è la necessità per l'interprete di affrontare la questione delle implicazioni dell'eventuale errore del rito: paiono qui riproponibili le conclusioni cui si è giunti in ordine all'errore del rito in cui sia incorso il ricorrente in relazione ai regimi sanzionatori delineati dalla legge Fornero ([287]). Pertanto, anche alla proposizione dell'impugnazione giudiziale del licenziamento nelle forme del rito speciale in un caso assoggettato alle tutele crescenti, ovvero nelle forme del ricorso *ex* art. 414 c.p.c. nonostante l'applicabilità dell'art. 18 St. lav., farà seguito un provvedimento di mutamento

---

([285]) V. la dottrina citata *supra*, in questo §, nota 283, nonché D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 174.

([286]) *Cfr*. Trib. Ravenna, 18 marzo 2013, in *DL Riv. critica dir. lav*., 2013, 1-2, 163, che ha ammesso il ricorso alla tutela d'urgenza in ragione della grave inabilità del lavoratore e delle serie difficoltà economiche in cui versava, con tre figli a carico, due minorenni e uno affetto da handicap; Trib. Perugia, 15 gennaio 2013, in *Lavoro nelle p.a.*, 2012, 6, 1117; Trib. Ravenna, 13 maggio 2013, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 3, 789, con nota di M. DEL FRATE, *Rimedi al licenziamento disciplinare illegittimo e principio di proporzionalità*.

([287]) V. *supra*, § 27.

del rito, dal rito speciale a rito ordinario del lavoro, o viceversa, e non già una declaratoria di inammissibilità della domanda ([288]).

Peraltro, a quest'ultimo inconveniente darebbe una risposta solo parziale l'annunciata abrogazione del rito speciale in commento, la quale, a quanto pare, è ormai solo una questione di tempo. Il tanto auspicato ([289]) provvedimento abrogativo – che, come anticipato ([290]), è attualmente in corso di esame da parte del Senato – farebbe invero salvi i ricorsi depositati entro la data della sua entrata in vigore, in relazione ai quali continuerebbe a trovare applicazione la legge Fornero e, dunque, ben potrebbe doversi accertare un errore di rito.

Delle disposizioni della legge Fornero, il legislatore ha mostrato di volere mantenere ciò che è risultato vincente: infatti, anche a seguito dell'abrogazione dell'art. 1, commi 48-68, legge n. 92/2012, alla trattazione dei giudizi nei quali si controverte sulla validità, l'efficacia o la legit-

---

([288]) D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, cit., 217. In giurisprudenza, *cfr*. Trib. Roma, 23 marzo 2016, in *www.agilazio.it*.

([289]) L'avversione al rito speciale è trasversale e accomuna la dottrina, gli avvocati e i magistrati: come è possibile leggere sul sito *web* dell'associazione degli avvocati giuslavoristi italiani (AGI), quest'ultima e l'associazione nazionale magistrati (ANM) hanno presentato al Ministro della giustizia Andrea Orlando una proposta di abrogazione del rito Fornero.

Sembra riproporsi quando accaduto al non può attuale rito societario, intordotto dal D.lgs. 17 gennaio 2003, n.5, e abrogato dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, con un continuo mutamento delle regole, a scapito della certezza del diritto. *Cfr.* le osservazioni critiche di C. VELLANI, *Gli interventi sulla giustizia civile nei primi anni della XVII legislatura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 3, 2016, 1095 ss.

([290]) V. *supra*, § 22, nota 10.

timità dei licenziamenti ai sensi dell'art. 18 St. lav. continueranno a essere riservati specifici giorni nel calendario delle udienze del giudice, che deve trattarli e definirli con particolare speditezza. A questo fine, continua a prevedersi uno specifico compito di controllo in capo ai dirigenti degli uffici giudiziari ([291]).

Va da ultimo segnalato che il superamento del rito Fornero potrebbe dare nuova linfa ([292]) ai procedimenti speciali dettati dagli artt. 38 D.lgs. n. 198/2006 e 28 D.lgs. n. 150/2011 ([293]), la cui instaurazione – si preoccupa di precisare il provvedimento legislativo – preclude la possibilità di agire successivamente in giudizio con ricorso *ex* art. 414 c.p.c. e viceversa ([294]). Si tratta, come noto, dei procedimenti relativi alle controversie in materia di comportamenti discriminatori in ragione del sesso della lavoratrice o del lavoratore ovvero – con applicazione delle regole sul rito sommario di cognizione – per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica, re-

---

([291]) V. il disegno di legge delega n. 2284 «recante disposizioni per l'efficienza del processo civile», consultabile sul sito *web* del Senato.

([292]) Infatti, tali riti non concorrerebbero più con un rito dal carattere obbligatorio: *cfr.* D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, cit., 217-218.

([293]) In argomento, si consenta il rinvio a A. CARRATTA, *La 'semplificazione' dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012, 70; G. FICARELLA, *La tutela giuridica contro le discriminazioni dopo il decreto legislativo 'taglia riti'*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 231 ss.; E. SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità e tutela antidiscriminatoria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 3, 2007, 853 ss.; R. MARUFFI, *Le nuove norme sulla tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 123 ss.

([294]) V. *supra*, in questo §, nota 291.

ligiosi, o inerenti a convinzioni personali, a condizioni di handicap o di disabilità, all'età o all'orientamento sessuale.

BIBLIOGRAFIA

ACIERNO, M., *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 438 ss.

AGOSTINI, M., *sub* art. 10 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013.

AGOSTINI, M., *sub* art. 2 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013.

AGOSTINI, M., *sub* art. 6 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013.

AGOSTINI, M., *sub* art. 7 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013.

ALESSI, C. *sub* art. 3 legge 11 maggio 1990, n. 108, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1991.

ALLEVA, P., *L'onere della prova nel dilemma giudiziario tra dimissioni orali e licenziamento orale*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 349 ss.

ALLEVA, P., *Sui principi di immediatezza e immutabilità nei licenziamenti individuali per giusta causa e giustificato motivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, I, 684, ss.

ALLORIO, E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935.

ALLORIO, E., *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 174 ss.

ALOISI, A., *Licenziamento disciplinare e valutazione circa l'insussistenza del fatto (giuridico) contestato al lavoratore*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 3, 725 ss.

AMOROSO G.-DI CERBO V., *Commentario allo Statuto dei lavoratori e alla normativa sui licenziamenti*, Milano, 2006.

AMOROSO, G., *Estinzione del rapporto*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, a cura di G. Santoro Passarelli, Milano, 2009, 944 ss.

AMOROSO, G., *Il licenziamento disciplinare*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, a cura di G. Santoro Passarelli, Torino, 2014, 1314 ss.

AMOROSO, G., *Nuovo intervento delle S.U. in tema di licenziamento disciplinare*, in *Foro it.*, 1994, 1708 ss.

ANDRIOLI, V., *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 793 ss.

ANDRIOLI, V., *Prova in genere (dir. civ.)*, in *Nuovo Dig. it.*, X, Torino, 1939, 269 ss.

APA, S., *L'illegittimità del licenziamento ritorsivo e discriminatorio: onere probatorio*, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015, 13 ottobre.

APA, S., *Termine decadenziale di 270 giorni e licenziamenti intimati prima del Collegato lavoro:* ius superveniens, in *Ilgiuslavorista.it*, 2016, 6 ottobre.

ARANGUREN, A., *Autonomia e legge nella disciplina dei licenziamenti*, Milano, 1971.

ARDAU, G., *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954.

ATTARDI, A., *Interesse ad agire*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993.

ATTARDI, A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955.

ATTARDI, A., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991.

ATTARDI, A., *Per una critica del concetto di preclusione*, in *Jus*, 1959, 1 ss.

AURILIO, A., *La Cassazione ammette la conversione del licenziamento per g.c. in licenziamento per g.m.o.: la sostanza prevale sulla forma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 1, II, 126 ss.

AVALLONE, F., *Sull'applicabilità del c.d. rito Fornero: a due anni dalla riforma ancora grande confusione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 881 ss.

AVIO, A, *sub* art. 10 legge 12 marzo 1999, n. 68, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013.

BALENA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 2014.

BALLESTRERO M.V.-DE SIMONE G., *Diritto del Lavoro*, Torino, 2013.

BALLESTRERO, M.V., *Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamen*to, in *La disciplina dei licenziamenti*, a cura di F. Carinci, Napoli, 1991.

BALLESTRERO, M.V., *I licenziamenti*, Milano, 1975.

BALLETTI, E., *L'indennità sostitutiva della reintegrazione e il tentativo obbligatorio di conciliazione* ex *artt. 1 e 5 l. n. 108/1990 al vaglio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 20 ss.

BARBIERI, M., *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, a cura di M. Barbieri-D. Dalfino, Bari, 2013.

BARRACO, E., *Campo di applicazione e problemi di coordinamento*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. Cester, 2013, 35 ss.

BARRACO, E., *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *Lav. giur.*, 2015, 2, 125 ss.

BARRACO, E., *Tutela reale e processo: rimedio (eccezionale) di mero accertamento*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 1044 ss.

BASENGHI, F., *sub* art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, a cura di L. Galantino, Torino, 1993, 91 ss.

BELLOCCHI, P., *Il licenziamento discriminatorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 4-5, I, 842 ss.

BELLOCCHI, P., *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale.*

Il lavoro privato e pubblico, a cura di G. Santoro Passarelli, Torino, 2014.

BELMONTE, M.T., *Competenza e regolamento di competenza tra giudizio cautelare e giudizio sommario*, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015, 20 aprile.

BENASSI, G., *La riforma del mercato del lavoro: le modifiche processuali*, in *Lav. giur.*, 2012, 752 ss.

BENTHAM, J., Traité des preuves judiciaires, I, Parigi, 1823.

BENVENUTI, F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 95 ss.

BESSO, C., *Il nuovo rito* ex *art. 702*-bis *c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, 723 ss.

BESSO, C., *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1383 ss.

BIANCA C.M.-PATTI S., *Lessico di diritto civile*, Milano, 2002.

BIANCA, C.M., *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2000.

BIANCA, C.M., *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2000.

BIASI, M., *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *Arg. dir. lav.*, 4-5/2013, 1277 ss.

BIAVATI, P., *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 1310 ss.

BINA, M., *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 120 ss.

BOGHETICH, E., *Il rito speciale in tema di licenziamento*, in *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, a cura di M. Persiani-S. Liebman, Torino, 2013, 421 ss.

BOGHETICH, E., *La c.d. riforma Fornero e il rito speciale*, in *Giur. merito*, 2013, 5, 1086 ss.

BOLEGO, G., *Distinzioni e interferenze tra licenziamento discriminatorio e ritorsivo*, in *Giustiziacivile.com*, 2016, 12 settembre.

BOLEGO, G., *Obbligo di affissione e principio di conversione nel licenziamento disciplinare*, in *Giur. civ.*, 1995, 3033 ss.

BOLLANI, A., *Il rito speciale in materia di licenziamento, in La nuova riforma del lavoro*, a cura di M. Magnani-A. Tiraboschi, Milano, 2012, 309 ss.

BONSIGNORI, A., *Impugnazioni civili in generale*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, IV, 1993, 334 ss.

BORGHESI, D., *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, a cura di F. Carinci-C. Cester, *ADAPT Labour Studies e-Book series*, 46.

BORGHESI, D., *Conciliazione e procedimento speciale dei licenziamenti per la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, 10, 916 ss.

BORTONE, R., voce *Discriminazione (divieto di)*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. comm.*, 1990, V, 25 ss.

BORZAGA, M., *Violazione del principio di proporzionalità, illegittimità del licenziamento intimato e reintegrazione nel posto di lavoro dopo la l. n. 92/2012*, in *Riv. it. dir. lav.* 2013, 4, II, 769 ss.

BOSSI, F., *Le azioni di accertamento negativo della contraffazione ed il* forum commissi delicti, in *Giur. it.*, 2014, 588 ss.

BOTTINI, A., *Il nuovo processo per l'impugnazione dei licenziamenti: obbligatorietà e selezione all'ingresso*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 1085 ss.

BOVE, M., *Istruzione probatoria nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 3, 2016, 909 ss.

BOVE, M., *Potere di licenziare il lavoratore, limiti oggettivi del giudicato e interesse ad impugnare*, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2619 ss.

BROLLO, M., *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in *Il codice civile*, *Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1997, 631 ss.

BRUNI, A.M., *Sulla conversione del licenziamento. Profili civilistici*, Padova, 1988.

BRUNO, E., *La riduzione del patrimonio del debitore non giustifica, automaticamente, il recesso da parte della banca*, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 25 agosto.

BUONAURO, C., *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012.

BUONCRISTIANI, D., *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001.

BUONCRISTIANI, D., *La conversione del rito Fornero in rito laburistico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 610 ss.

BUONCRISTIANI, D., *Licenziamento disciplinare*, Padova, 2012.

BUONCRISTIANI, D., *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 353 ss.

BUONCRISTIANI, D., *Successivo o anche preventivo controllo di validità di un licenziamento?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 409 ss.

BUONCRISTIANI, D., *Tecnica procedimentale di formazione del licenziamento e tecnica impugnatoria: reiterazione del licenziamento, sottoposizione a condizione sospensiva e oggetto del giudicato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 600 ss.

BUONOCORE, I., *Sulla fase sommaria del procedimento speciale in materia di licenziamento illegittimo* ex *art. 18 st. lav.*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 86 ss.

CAIROLI, S., *Il licenziamento per motivi economici*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, a cura di G. Santoro Passarelli, Torino, 2014.

CALÀ, F., *Il trasferimento del lavoratore*, Padova, 1999, 261 ss.

CALAFÀ, L., *Sul licenziamento discriminatorio*, in *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, a cura di F. Amato-R. Sanlorenzo, in *www.magistraturademocratica.it*.

CALVETTI, S:, *Azione di riduzione e accertamento di atti di liberalità: possibili due giudizi separati?*, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 2 dicembre.

CANAVESI, G., *Età pensionabile e prosecuzione del rapporto fino a settant'anni e licenziamento nella riforma pensionistica del 2011*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 665 ss.

CANGEMI, V., *In bilico tra fatto materiale e fatto giuridico lungo il crinale della proporzionalità*, ivi, 4-5, 988 ss.

CAPONI R.-PROTO PISANI A., *I limiti oggettivi del giudicato nelle azioni di impugnazione del licenziamento*, in *Foro it.*, 2001, I, 3693 ss.

CAPONI, R., *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991.

CAPONI, R., *La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze di terzi*, in *Foro it*., 2003, I, 13 ss.

CAPONI, R., *La rilevabilità del difetto di giurisdizione tra doppio oggetto e primato della ragione più liquida*, in *Foro it.*, 2009, I, 3099 ss.

CAPONI, R., *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 2004, 1359 ss.

CAPONI, R., *Nuovo rito speciale per le cause di licenziamento*, in *Guida al diritto*., 2012, 30, 82 ss.

CAPPELLETTI, M., *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc*., 1961, 274 ss.

CAPPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962.

CARBONARI, O., *Provvedimenti d'urgenza e accertamento mero della legittimità del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, 1612 ss.

CARIGLIA, C., *La ripartizione dell'onere della prova nella azioni di accertamento negativo*, in *Il giusto proc. civ.*, 2010, 701 ss.

CARIGLIA, C., *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013.

CARINCI F.-CESTER C., Prefazione a *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, a cura di F. Carinci-C. Cester, *ADAPT Labour Studies e-Book series*, 46.

CARINCI F.-DE LUCA TAMAJO R.-TOSI P.-TREU T., *Diritto del lavoro*, 2, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2013.

CARINCI, F., *Il licenziamento disciplinare*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, a cura di F. Carinci-C. Cester, *ADAPT Labour Studies e-Book series*, 46.

CARINCI, F., *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, a cura di F. Carinci-M. Tiraboschi, *ADAPT University Press*, 2015.

CARINCI, M.T., *Il licenziamento discriminatorio o 'per motivo illecito determinante' alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, 641 ss.

CARINCI, M.T., *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, in *Riv. it. dir. lav.*, 4, II 2012, 1049 ss.

CARNELUTTI, F., *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, 32 ss.

CARNELUTTI, F., *Diritto e processo*, Napoli, 1965.

CARNELUTTI, F., *In tema di accertamento incidentale*, in *Riv. it. dir. e proc. civ.*, 1943, 17 ss.

CARNELUTTI, F., *La prova civile. Parte generale: i concetto giuridico della prova*, ristampa, Milano, 1992.

CARNELUTTI, F., *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1933.

CARNELUTTI, F., *Lezioni di diritto processuale civile,* II, Padova, 1931.

CARNELUTTI, F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936.

CARNELUTTI, F., *Un lapsus evidente?,* in *Riv. dir. proc.,* 1960, 446 ss.

CARO, M., *Il potere del direttore di testata di proporre il licenziamento del giornalista, nel sottile discrimine fra tutela dell'autonomia professionale e privilegio corporativo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 117 ss.

CARPINO, B., voce *Diritti potestativi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.

CARRATTA, A., *La 'semplificazione' dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012, 18 ss.

CARRATTA, A., *Le 'condizioni di ammissibilità' del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it*., 2010, 726 ss.

CARRATTA, A., *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposto dell''istruzione sommaria': prime osservazioni*, in *Giur. it.*, 2010, 902 ss.

CARRATTA, A., voce *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 877 ss.

CASTELVETRI L.-SCARPELLI F., *La reintegrazione nel posto di lavoro perduto per ingiusta detenzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, III, 27 ss.

CAVALLARO, L., *Il processo del lavoro al tempo dei 'tecnici'*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2013, 303 ss.

CAVALLARO, L., *Le principali questioni giurisprudenziali sul rito speciale per i licenziamenti: rassegna critica*, in *GiustiziaCivile.com*, 2014, 19 marzo.

CAVALLINI, C., *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003.

CAVALLONE, B., '*Un frivolo amor proprio'. Precognizione e imparzialità del giudice civile*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005.

CAVALLONE, B., *Ancora sulla 'precognizione' del giudice civile come preteso motivo di astensione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1002 ss.

CAVALLONE, B., Conscientia deosita aedificat ad Gehennam' *ovvero: un lodevole provvedimento di astensione*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 685 ss.

CAVALLONE, B., *Crisi delle* Maximen *e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991.

CAVALLONE, B., *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico critica,* in *Studi Parmensi*, XXVIII, 1980, 23 ss. e ora in *Il giudice e la prova nel processo civile,* Padova, 1991.

CAVALLONE, B., *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc*., 2009, 861 ss.

CENTOFANTI, F., *L'impugnativa dei 'vecchi' licenziamenti: le 'nuove' decadenze e l'interpretazione estensiva della Suprema Corte*, in *Giustiziacivile.com*, 2016, 26 ottobre.

CENTOFANTI, S., *Il licenziamento nelle piccole aziende e i presunti 'equilibri economico-sociali'*, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 25 ss.

CERINO CANOVA, A., *Dell'introduzione della causa*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, II, 1, Torino, 1980.

CERINO CANOVA, A., *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, II, 1, Torino, 1980.

CERINO CANOVA, A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973.

CESTER, C., *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela*

indennitaria, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. Cester, Padova, 2013.

CESTER, C., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, a cura di F. Carinci-C. Cester, *ADAPT Labour Studies e-Book series*, 46.

CESTER, C., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 547 ss.

CESTER, C., *La riforma della disciplina dei licenziamenti*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. Cester, Padova, 2013.

CHIAROMONTE, W., *La reintegrazione per licenziamento disciplinare sproporzionato fra riforma Fornero e* Jobs Act*: quali margini di apprezzamento per il giudice?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 3, II, 633 ss.

CHIECO, P., *Il licenziamento nullo*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro*, a cura di P. Chieco, Bari, 2013.

CHIOVENDA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1936.

CHIOVENDA, G., *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903.

CHIOVENDA, G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912.

CHIOVENDA, G., *Sulla eccezione*, in *Saggi di diritto processuale civile,* I, Roma, 1930, 151 ss.

CIUCCIOVINO, S., *Mansioni, Qualifiche e Ius Variandi*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, Pubblico*

e Privato, a cura di G. Santoro Passarelli, Torino, 2014, 755 ss.

COCCHI, V., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di limiti oggettivi del giudicato e di impugnative negoziali*, in *Foro it.,* 1984, I, 2997 ss.

COLELLA, F., *Il c.d. rito Fornero e l'incompatibilità del giudice dell'opposizione: terzietà versus ragionevole durata*, in *Riv. it. dir. lav*., 2014, 4, II, 909 ss.

COLESANTI, V., *Nostalgie in tema di eccezioni*, in *Riv. dir. proc*., 2016, 282 SS.

COLESANTI, V., voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, 172 ss.

COMASTRI, M., *sub* art. 36 c.p.c., in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio-C. Consolo-B- Sassani-R. Vaccarella, I, Torino, 2012.

COMOGLIO, L.P., *Il principio di economia processuale* II, Padova, 1982.

COMOGLIO, L.P., *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980.

COMOGLIO, L.P., *Le prove civili*, Torino, 2010.

CONSOLO C.-RIZZARDO D., *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corriere giur*., 6, 2012, 729 ss.

CONSOLO, C. *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, Padova, 1985.

CONSOLO, C., *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino, 1998.

CONSOLO, C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012.

CONSOLO, C., *Le legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corriere giur.*, 2009, 7, 877 ss.

CONSOLO, C., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 215 ss.

CONSOLO, C., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II. Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 569 ss.

CONSOLO, C., *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 974 ss.

CONSOLO, C., *Prime osservazioni introduttive sul d.lgs. n. 150/2011, di riordino (e relativa 'semplificazione') dei riti settoriali*, in *Corriere giur.*, 2011, 1485 ss.

CONSOLO, C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2015.

CONSOLO, C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Profili generali*, Torino, 2015.

CONSOLO, C., *Una benvenuta interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 51, n. 4, (in relazione all'art. 28 st. lav.) ed i suoi limiti per i casi futuri*, in *Corriere giur.*, 2000, 54 ss.

CONSOLO, C., voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 51 ss.

CONTE, G., *Licenziamento disciplinare e obblighi risarcitori: poteri del giudice e oneri delle parti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 292 ss.

CORBO, M., *Prove in appello e poteri ufficiosi: diniego della valenza probatoria della dichiarazione sostitutiva di notorietà*, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015, 6 marzo.

CORRADO, M., *Tutela reale: livello occupazionale raggiunto anche con i lavoratori stagionali*, in *Diritto& Giustizia*, 2016, 20 settembre.

CORTI, M., *Conversione* ex officio *del licenziamento per giusta causa e fattispecie previste dalla contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 79 ss.

COVI, M., *Ancora sull'impugnazione del licenziamento mediante telegramma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 777 ss.

CROTTI M.T.-MARZANI M., *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in *La nuova riforma del lavoro*, a cura di M. Magnani-M. Tiraboschi, Milano, 2012.

CURZIO, P., *Il nuovo rito per i licenziamento*, in *Working Papers CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2012, 158.

D'ANTONA, M., *Licenziamento illegittimo e prova del danno: la stabilità 'economica' del rapporto di lavoro secondo le sezioni unite*, in *Foro it.*, 1985, I, 2247 ss.

D'ANTONA, M., *sub* art. 1 legge 11 maggio 1990, n. 108, in *Commentario, Legge 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali*, a cura di R. De Luca

Tamajo-M. D'Antona, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1991.

D'AVANZO, W., voce *Recesso (Diritto Civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 1027 ss.

D'ONGHIA, M., *Le modifiche procedurali: comunicazione dei motivi, conciliazione, preventiva obbligatoria e revoca del licenziamento*, in *Flessibilità e tutele della legge 28 giugno 2012 n. 92*, a cura di P. Chieco, Bari, 2013.

DALFINO, D., *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, in *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, a cura di M. Barbieri-D. Dalfino, Bari, 2013.

DALFINO, D., *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella L. 28 giugno 2012 n. 92)*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 787 ss.

DALFINO, D., *Impugnazione del licenziamento, domanda subordinata di tutela obbligatoria e rito applicabile*, in *Foro it.*, 2016, I, 2756 ss.

DALFINO, D., *L'(automatica) prevalenza del rito societario è incostituzionale: fine di un primato e ritorno (per il lavoratore) alle garanzie*, in *Foro it.*, 2008, 5, I, 1364 ss.

DALFINO, D., *L'impugnativa del licenziamento secondo il c.d. 'rito Fornero': questioni interpretative*, in *Foro it.*, 2013, V, 6 ss.

DALFINO, D., *La Corte costituzionale e il rito Fornero: il giudice dell'opposizione non deve astenersi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 3, II, 717 ss.

DALFINO, D., *La prova del 'requisito dimensionale'* ex *art. 18 l. 300/70 al vaglio delle sezioni unte*, in *Foro it*., 2006, I, 710 ss.

DALFINO, D., *Obbligatorietà del c.d. Rito Fornero (anche per il datore di lavoro) e decisione di questioni nella fase sommaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2014, 396 ss.

DE ANGELIS, L., *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *Working Papers CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2012, 152.

DE ANGELIS, L., *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in *Working Papers CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2015, 250.

DE ANGELIS, L., *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, in *Foro it.*, 2013, V, 101 ss.

DE ANGELIS, L., *sub* art. 1 legge 28 giugno 2012, n. 92, in *Ultimissime sul processo civile*, a cura di F. Carpi-M. Taruffo, Padova, 2013, 215 ss.

DE CRISTOFARO M.-GIOIA G., *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in *www.judicium.it*.

DE FALCO, F., *Indennità sostitutiva della reintegrazione e facoltà di opzione: effetti risolutivi del rapporto e tecniche risarcitorie*, in *Riv. it. dir. lav*. 2010, 3, II, 544 ss.

DE FIORES, C., *L''incoerente' decisione della Corte costituzionale sulla libertà di licenziare. Osservazioni sulla sent. cost. n. 46/2000*, in *Giur. it.*, 2000, 1548 ss.

DE LUCA TAMAJO R.-D'ANTONA M., *Note introduttive*, in *Commentario, Legge 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali*, a cura di R. De Luca Tamajo-M. D'Antona, 1991.

DE LUCA TAMAJO, R., *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, R. ROMEI, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 4, II, 2012, 1049 ss.

DE LUCA TAMAJO, R., *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 1070 ss.

DE LUCA TAMAJO, R., *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, 'fatto' contestato*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 2, I, 269 ss.

DE LUCA TAMAJO, R., *sub* art. 3 legge 11 maggio 1990, n. 108, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1991.

DE LUCA, M., *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, in *Working Papers CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2015, 251.

DE LUCA, M., *La tutela differenziata contro il licenziamento illegittimo*, Milano, 1991.

DE LUCA, M., *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 826 ss.

DE LUCA, M., *Reclamo contro la sentenza di primo grado nel procedimento specifico in materia di licenziamenti (articolo 1, commi 58 ss., legge n. 92 del 2012): matura,*

forma e filtro dell'appello, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 848 ss.

DE LUCA, M., *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 28 ss.

De MICHIEL, F., *La cassazione si pronuncia per la compatibilità del giudice della fase sommaria e dell'opposizione nel rito Fornero*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 3, II, 727 ss.

DE SIMONE G., *Il 'Rito Fornero'. Questioni procedurali*, in *Lav. giur.*, 2014, 21; S. IZZO, *La legittimazione del datore di lavoro nel nuovo rito per la impugnativa dei licenziamenti*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, 421 ss.

DE SIMONE G., *sub* art. 2 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992.

DE SIMONE G., *sub* art. 4 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992.

DE SIMONE G., *Tra il dire e il fare. Obiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella riforma Fornero*, in *Lavoro e diritto*, 2012, 606 ss.

DE SIMONE, G., *sub* art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992.

DEL CONTE M.-FRATELLO B., *La nuova disciplina delle tutele in caso di licenziamento illegittimo: il licenziamento per ragioni soggettive*, in *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, a cura di M. Persian-S. Liebman, Torino, 2013.

DEL FRATE, M., *Rimedi al licenziamento disciplinare illegittimo e principio di proporzionalità*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 3, 789 ss.

DEL PUNTA, R., *Diritto del lavoro*, Milano, 2012.

DEL PUNTA, R., *Il primo intervento della cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2015, 32 ss.

DEL PUNTA, R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Milano, 2006.

DEL PUNTA, R., *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 410 ss.

DEL VECCHIO, L., *Requisito occupazionale e onere della prova*, in *Giur. it.*, 2006, 1829 ss.

DELL'OLIO, M., *I collaboratori dell'imprenditore. Categorie dei prestatori di lavoro*, in *Trattato di diritti privato*, diretto da P. Rescigno, XV, Torino, 2004.

DENTI, V., *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, ss.

DENTI, V., *La verificazione delle prove documentali*, Torino, 1957.

DENTI, V., voce *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 676 ss.

DI NUBILIA, V., *La rilevanza del motivo illecito di licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1980, II, 1027 ss.

DI PAOLA, L., *Ammissibilità (e limiti) del regolamento di competenza nella prima fase del procedimento di impugnativa di licenziamento*, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015, 3 febbraio.

DI STEFANO, P., *Il licenziamento discriminatorio*, in *I licenziamenti individuali. Commento alla legge 11 maggio 199, n. 108*, a cura di G. Ferraro, Napoli, 1990.

DIAMANTI R.-PAPALEONI M., *sub* art. 3 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013.

DIAMANTI, R., *Impugnazione intempestiva del licenziamento e azione di risarcimento danni* in *Riv. it. dir. lav*., 2007, 4, II, 954 ss.

DIAMANTI, R., *Rito Fornero e sua applicazione. Giudicato e limiti della cognizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 862 ss.

DIAMANTI, R., *sub* art. 2118 c.c., in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992.

DIAMANTI, R., *sub* art. 3 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992.

DIBITONTO, A., *Legittimità di un secondo licenziamento, intimato prima dell'annullamento del primo*, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015, 3 novembre.

DITTRICH, L., *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1582 ss.

DITTRICH, L., *Il provvedimento d'urgenza* ex *art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia-A. Saletti, Padova, 2015, 247 ss.

DITTRICH, L., *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, Padova, 1991.

DITTRICH, L., *La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1145 ss.

DITTRICH, L., *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 107 ss.

DOMINICI, M., *Note sulla ripartizione dell'onere della prova nell'accertamento del limite dimensionale dell'impresa licenziante e sull'efficacia probatoria del documento non sottoscritto*, in *Giur. it.*, 2003, 11 ss.

DULIO, R., *Cinque mesi sono troppi, tra conoscenza dei fatti e licenziamento*, in *Diritto & Giustizia*, 28 giugno.

DULIO, R., *Lo spostamento dell'unica sede aziendale rende legittimo il trasferimento del lavoratore, anche se tutelato dalla legge 104*, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 1614 ss.

DULIO, R., *Nelle richieste risarcitorie del lavoratore sono da intendersi ricomprese anche quelle da mancato preavviso*, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 20 febbraio.

FABBRINI, G., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, 252 ss.

FABIANI, M., *Semplificazione dei riti: il modello sommario*, in *Foro it.*, 2012, V, 202 ss.

FALZEA, A., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, 423 ss.

FALZEA, A., voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 941 ss.

FANFANI, P., *Il risarcimento del danno per i licenziamenti individuali*, in *Dir. lav.*, 1971, 380 ss.

FAZZALARI, E., *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 1319 ss.

FAZZALARI, E., *I poteri del giudice nel nuovo processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 592 ss.

FAZZALARI, E., *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975.

FEDERICI, A., *L'omessa impugnativa del licenziamento: quale tutela per il lavoratore?*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, 2, II, 235 ss.

FERRANTE, V., *La cassazione si pronunzia per la prima volta sull'articolo 18 dello statuto dei lavoratori riformato: trovato il bando della matassa?*, in *Dir. rel. ind.*, 1, 2015, 229 ss.

FERRANTE, V., *Licenziamento dell'ultrasessantenne in possesso dei requisiti pensionistici per la pensione (art, 24, co. 4, D.l. 201/2011):* lex minus dixit quam voluit?, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 2, II, 219 ss.

FERRARI, F., *La 'prova migliore'. Una ricerca di diritto comparato*, Milano, 2004, 329 ss.

FERRARI, F., *Le* torpedo *e la recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, 3, 1126 ss.

FERRARI, F., The judgment of facts in Italian Summary Proceedings, in Truth and efficiency in civil litigation: fundamental aspects of fact-finding and evidence-taking in a comparative context, a cura di A. Uzelac-C.H. van Rhee, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, 67 ss.

FERRARI, V., *Giuridicità del fatto materiale e materialità del fatto giuridico*, in *Foro it*., 2015, 12, I, 3830 ss.

FERRI, C., *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970.

FERRI, C., *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975.

FERRONI, F., *Accertamento della legittimità del licenziamento ed interesse ad agire*, in *Giust. civ.*, 1988, I, 816 ss.

FERSINI, F., *Nessuna sanzione civile al datore di lavoro per omessi contributi*, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 19 settembre.

FICARELLA, G., *Il rito 'Fornero' a due anni dall'entrata in vigore: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Giust. proc. civ*, 2014, 1228 ss.

FICARELLA, G., *La tutela giuridica contro le discriminazioni dopo il decreto legislativo 'taglia riti'*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 231 ss.

FOCARETA, F., *L'art. 18 dello statuto dei lavoratori tra tendenze espansive e problemi irrisolti*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1989, n. 6, 251 ss.

FONTANA, F., *sub* art. 4 legge 11 maggio 1990, n. 108, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013.

FORNACIARI, M., *L'incompatibilità del giudice per aver già conosciuto della causa in sede sommaria, nel processo penale ed in quello civile: due mondi a parte?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 1, II, 164 ss.

FORNACIARI, M., *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova,* Milano, 2005.

FORNACIARI, M., *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996.

FORNACIARI, M., *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999.

FRANCESCHINIS, L., *Ultime luci di una stella morta?*, in *DL Riv. critica dir. lav.*, 2012, 3, 815 ss.

FRANZA G.-VALLEBONA A., voce *Licenziamento individuale*, in *Enc. giur.*, Milano, 2007, IX, 167 ss.

GALANTINO, L., *Diritto del lavoro*, Torino, 2012.

GALARDI, R., *Art. 18 e continuità giuridica del rapporto di lavoro: conferme sul potere del datore di rilicenziare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 55 ss.

GAMBA, G., *Il procedimento di impugnazione dei licenziamenti* ex *l. 28 giugno 2012, n. 92, la questione della 'vera natura' del rito speciale e i problemi interpretativi sulla incompatibilità del giudice*, in *Dir. rel. ind.*, 1, 2014, 229 ss.

GAMBA, G., *Il rito Fornero e l'inapplicabilità dell'obbligo di astensione del giudice ai sensi dell'art. 51, primo comma, n. 4, c.p.c. Una pronuncia della Corte di cassazione nel quadro ricostruttivo delineato dalle Sezioni unite e dalla Corte costituzionale*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 4, 1136 ss.

GAMBA, G., *Il rito speciale in materia di impugnazione dei licenziamenti e la imparzialità-terzierà del giudice*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 4, 1132 ss.

GARBAGNATI, E., *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 257 ss.

GAROFALO, M.G., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 1990, I, 180 ss.

GAVIOLI, F., *Illegittimo il trasferimento al rientro della gravidanza in una sede a 150 km di distanza*, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 27 luglio.

GENOVIVA, P., *I licenziamenti*, Torino, 1998.

GERMANO, T., voce *Lavoro sportivo*, in *Digesto*, *disc. priv., sez. comm.*, VIII, Torino, 1992, 462 ss.

GHERA, E., *sub* artt. 15-16, in G. PROSPERETTI, *Commentario dello statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, 405 ss.

GHEZZI G.-MANCINI F.-MONTUSCHI L.-ROMAGNOLI U., *Lo statuto dei lavoratori*, Bologna-Roma, 1981, 262 ss.

CHIRGA, M.F., *Interesse ad agire (dir. proc. civ.)*, in *Diritto on line Treccani*, 2014.

GIANNINI, M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss.

GIARDETTI, M., *Fatti nuovi rispetto alla fase sommaria*, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015, 11 giugno.

GIORDANO, A., *Il nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti*, in *www.treccani.it*, 6.

GIORDANO, A., *Rito 'Fornero' e formalismi del processo. Il caso del mutamento del rito*, in *Giur. it.*, 2013, 1363 ss.

GIRARDI, G., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato a seguito di licenziamento collettivo nullo*, in *Lav. giur.*, 2007, 6, 579 ss.

GIUBBONI, S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Working Papers CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2015, 246, 7

GOFFREDO M.T.-MELECA V., *La mobilità professionale e geografica del lavoratore*, *Mutamento di mansioni, trasferimento e distacco*, Milano, 2012.

GRANDI, M., *La risoluzione delle controversie in tema di licenziamenti individuali*, in *Riv. dir. lav.*, 1967, I, 405 ss.

GRASSO, E., *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di E. Allorio, I, II, Torino, 1973.

GRECO, A., *Nullo il contratto di subappalto se stipulato in violazione della normativa antimafia*, in *Diritto & Giustizia* 2014, 16 gennaio.

GUARISO, A., *Il licenziamento discriminatorio*, in *Giornal. dir. lav. e rel. ind.*, 2014, 142, 354 ss.

GUARNERI, A., *Diritti soggettivi (categorie di)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, V, Torino, 1989, 452 ss.

GUARNIERI, G., *Reintegrazione del lavoratore e requisito dimensionale: l'onere della allegazione e l'onere della prova secondo le S.U.* in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1443 ss.

GUARNIERI, G., *Variazioni in tema di ripartizione dell'onere della prova del requisito dimensionale* ex *art. 18 Stat. Lav.*, in

Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia, Milano, 2005, III, 2351 ss.

HAZARD, G.C., JR., *Per un approccio manageriale al problema dei ritardi nell'amministrazione della giustizia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, 966 ss.

HEINITZ, E., *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937.

ICHINO, P., *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di licenziamento per motivi economici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 838 ss.

ICHINO, P., *Appunti sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav*., 1999, III, 3 ss.

ICHINO, P., *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XXVII, T. 2, Milano, 2000.

ICHINO, P., *Il contratto di lavoro*, III, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2003.

ICHINO, P., *Il costo sociale del licenziamento e la perdita aziendale attesa per la prosecuzione del rapporto come oggetto del bilanciamento giudiziale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 989 ss.

ICHINO, P., *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996.

ICHINO, P., *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Milano, 2012.

ICHINO, P., *Le questioni aperte in materia di licenziamento per motivo oggettivo*, in *Arg. dir. lav*., 2007, 884 ss.

ICHINO, P., *Quando il comportamento scorretto tenuto continuativamente dal lavoratore costituisce al tempo stesso motivo disciplinare e motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2004, 142 ss.

ICHINO, P., *Quando la logica formale produce un risultato sostanzialmente illogico*, in *Giust. civ.*, 2007, 1, 198 ss.

ICHINO, P., *Sull'indeterminatezza delle nozioni di giusta causa e di giustificato motivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 599 ss.

ICHINO, P., *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, *Riv. it. dir. lav.*, 2002, 483 ss.

IZZO, S., *La legittimazione del datore di lavoro nel nuovo rito per la impugnativa dei licenziamenti*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, 378 ss.

KRÜGER, A.B., *The evolution of Unjust-Dismissal Legislation in the United States*, in *Industrial and Labor Relations Review*, 1991, 44, 4, 644 ss.

LAI, P., *Il contratto di lavoro a tutele crescenti: risvolti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 157 ss.

LANFRANCHI, L., *Note sull'interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 1093 ss.

LAVAGGI, G., *Osservazioni sul recesso unilaterale dal contratto*, in *Foro it.*, 1950, I, 1053

LAZZERONI, L., *Oralità del licenziamento, convalida dell'atto e onere della prova circa l'esistenza dell'atto medesimo* , in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 2, II, 439 ss.

LEANZA, P., *La prova nel processo del* lavoro, Milano, 2001.

LENER, A., voce *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 628 ss.

LEVERONE, I., *Da quando decorre il termine di decadenza per l'impugnazione giudiziale del licenziamento?*, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 8 ottobre.

LEVERONE, I., *Il licenziamento per ritorsione alla luce dei principi comunitari di non discriminazione*, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 4 dicembre.

LEVERONE, I., *La decadenza dall'impugnativa del licenziamento preclude anche la tutela risarcitoria di diritto comune*, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 20 maggio.

LIEBMAN, E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, I, *Principi*, Milano, 1992.

LIEBMAN, E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, Milano, 1984.

LIEBMAN, E.T., voce *Giudicato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1991.

LISO, F., *Categorie e qualifiche del lavoratore*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988.

LISO, F., *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in *csdle.lex.unicit.it*, 2012..

LISO, F., *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, in *Riv. dir. civ. e proc. civ.*, 1972, 1091 ss.

LUISO, F.P., *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2013.

LUISO, F.P., *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, 2013.

LUISO, F.P., *Diritto processuale civile*, IV, *I processi speciali*, Milano, 2013.

LUISO, F.P., *Effetti sostanziali della domanda e conclusione del processo con una pronuncia di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1 ss.

LUISO, F.P., *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, in F.P. Luiso-R. Tiscini-A. Vallebona, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013.

LUISO, F.P., *Il processo del lavoro*, Torino, 1992.

LUISO, F.P., in C. Consolo-F.P. Luiso-B. Sassani, *La riforma del processo civile.* Commentario, Milano, 1991.

LUISO, F.P., *Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, in *Giust. civ.*, 1985, 561 ss.

LUPOI, M.A., *Sommario (ma non troppo)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 1225 ss.

MACCARONE, A., *Ordine delle questioni e applicazione del principio della ragione più liquida*, in *Foro pad.*, 2011, 195 ss.

MAFFEI, F., *La permanenza in servizio fino ai settant'anni e il necessario consenso del datore di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 4, II, 1160 ss.

MAFFUCCINI, M., *Ricorso* ex *art. 700 c.p.c. e presunta applicabilità del rito societario*, in *DL Riv. critica dir. lav*., 2009, 1, 297 ss.

MAGNANI, M., *La rinnovazione del licenziamento nullo per vizio di procedura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1974, 659 ss.

MAIOLATI, T., *Fase cognizione piena: il giudizio di merito si propone con ricorso nel rispetto del termine perentorio indicato dal giudice*, in *GiustiziaCivile.com*, 2014, 18 dicembre.

MAIORANA, F., *Giusta causa e giustificato motivo soggettivo: la riconversione del licenziamento può essere disposta d'ufficio*, in *DL Riv. critica dir. lav.*, 2010, 1, 268

MAIORCA, C., voce *Fatto giuridico-Fattispecie*, in *Noviss. dig. it*., VII, Torino, 1965, 111 ss.

MAMMONE, G., *Termine di impugnazione e licenziamento di lavoratrice per causa di matrimonio o di maternità*, in *Giust. civ*., 1984, I, 3278 ss.

MANCINI, G.F., *Il nuovo regime di licenziamento*, in *L'applicazione dello statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, a cura di G. Pera, Milano, 1975.

MANCINI, G.F., *Il progetto di legge sulla giusta causa e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato*, in *Riv. dir. lav.*, 1966, I, 1 ss.

MANCINI, G.F., *Il progetto di legge sulla giusta causa e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato*, in *Riv. dir. lav.*, 1966, I, 111 ss.

MANCINI, G.F., *sub* art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, a cura di U.

Romagnoli-L. Montuschi-G. Ghezzi-G.F. Mancini, Bologna, 1972.

MANDRIOLI C.-CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2016.

MANDRIOLI C.-CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 2016.

MANDRIOLI C.-CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, III, *I procedimenti speciali, l'arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*, Torino, 2016.

MANDRIOLI, C., *Uso ed abuso del concetto di interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 342 ss.

MARAZZA, M., *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel* Jobs Act, in *Arg. dir. lav*., 2015, 2, 321 ss.

MARAZZA, M., *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, in *Arg. dir. lav*., 2012, n. 3, 613 ss.

MARCUS, R.L.-SHERMAN E.F., Complex litigation: cases and materials o advanced civil procedure, St. Paul, Mn., 1985, 594 ss.

MARESCA, A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav*., 2012, I, 424 ss.

MARIANI, M., *sub* art. 3 legge 11 maggio 1990, n. 108, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013.

MARICONDA, V., *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corriere giur*., 2001, 1565 ss.

MARINELLI, M., *L'onere della prova del requisito dimensionale del datore di lavoro*, in *Giur. it.*, 2014, 1 ss.

MARINO, G., *L'impugnazione dell'avvocato non basta se manca la procura*, in *Diritto & Giustizia* 2014, 24 aprile.

MARINO, G., *Prova dello stato di inoccupazione: l'autocertificazione non basta*, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 11 settembre.

MARTELLONI, F., *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2015, 39 ss.

MARUFFI, R., *L'art. 11. Cost. e l'incompatibilità del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc*., 2003, 1164 ss.

MARUFFI, R., *Le nuove norme sulla tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni*, in *Riv. dir. proc*., 2007, 123 ss.

MASSETANI, G., *Note in tema di impugnazione del licenziamento*, in *Foro it*., 1989, I, 842 ss.

MAZZA, C., *Questioni processuali, sostanziali e di analisi economica del diritto nell'alternativa fra licenziamento e dimissioni*, in *Riv. it. dir. lav*., 2005, II, 468 ss.

MAZZIOTTI DI CELSO, F., *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, Torino, 1991.

MAZZIOTTI DI CELSO, F., *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982.

MAZZIOTTI DI CELSO, F., *Sul concetto e sulla natura del giustificato motivo e della giusta causa di licenziamento*, in *Dir. lav.*, 1966, I, 292 ss.

MAZZONA, M.A., *I nuovi danni*, Padova, 2008.

MAZZONI, C.M., *Invalidità degli atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 225 ss.

MAZZOTTA O.-AMORIELLO L., *sub* art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013.

MAZZOTTA, O., *'La terra è piatta?' 'Forse...' (A proposito di licenziamento disciplinare illegittimo e sanzioni conseguenti)*, in *Foro it.*, 1994, I, 2076 ss.

MAZZOTTA, O., *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2016.

MAZZOTTA, O., *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 102 ss.

MAZZOTTA, O., *I licenziamenti. Commentario*, Milano, 1992, 796 ss. nonché a M. D'ANTONA, *sub* art. 1 legge 11 maggio 1990, n. 108, in *Commentario, Legge 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali*, a cura di R. De Luca Tamajo-M. D'Antona, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1991.

MAZZOTTA, O., *I licenziamenti. Commentario*, Milano, 1992.

MAZZOTTA, O., *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di M. Cinelli-G. Ferraro-O. Mazzotta, Torino 2013.

MAZZOTTA, O., *Il risarcimento dei danni per licenziamento illegittimo tra 'sanzione' e 'adempimento'*, in *Foro it*., 1978, I, 2174 ss.

MAZZOTTA, O., *Il risarcimento dei danni per licenziamento illegittimo tra 'sanzione' e 'adempimento'*, in *Foro it*., 1978, I, 2171 ss.

MAZZOTTA, O., *La 'paola' del legislatore e il sistema della legge: a proposito del potere del datore di lavoro di rilicenziare un lavoratore già licenziato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 314 ss.

MAZZOTTA, O., *Licenziamento orale immotivato di lavoratore*, in *Foro it.*, 1978, I, 1619 ss.

MENCHINI, S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987.

MENCHINI, S., *Il giudicato civile*, Milano, 1988.

MENCHINI, S., *Il rito semplificato a cognizione sommaria*, in *Il giusto proc. civ.*, 2009, 1103 ss.

MENCHINI, S., *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, I, 862 ss.

MENCHINI, S., *Limiti della cosa giudicata nella legittimità del licenziamento*, in *Giust. civ*., 1987, I, 179 ss.

MENCHINI, S., *Sui limiti oggettivi del giudicato in relazione alla legittimità del licenziamento del lavoratore*, in *Giust. civ.*, 1985, I, 2825 ss.

MERLIN, E., *Accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 1064 ss.

MERLIN, E., *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, Milano, 1994, 110 ss.

MERLIN, E., *Connessione di cause e pluralità dei 'riti' nel nuovo art. 40 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc*., 1993, 1021 ss.

MESSINA, G., *Diritti potestativi*, in *Nuovo Dig. it*., II, Torino, 1938, 873 ss.

MIANI CANEVARI, F., *Brevi osservazioni sugli aspetti processuali della riforma dell'art. 18 st. lav.*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 553 ss.

MIANI CANEVARI, F., *Il sindacato sull'esercizio dei poteri privati dell'imprenditore*, in *Dir. lav.*, 1996, I, 137 ss.

MIANI CANEVARI, F., *Licenziamento disciplinare e libertà di recesso. Nuovi contrasti nella giurisprudenza della cassazione*, in *Riv. dir. lav.*, 1993, II, 268 ss.

MICHELI, G.A., Jura novit curia, in *Riv. dir. proc.*, Padova, 1961, 575 ss.

MICHELI, G.A., *L'onere della prova*, Padova, 1996.

MINAFRA, N., *Brevi note sull'incompatibilità tra giudice della fase sommaria e giudice dell'opposizione nel procedimento per l'impugnativa del licenziamento*, in *Il giusto proc. civ*., 2014, 817

MONDA, G.M., *Il licenziamento individuale. Giusta causa. Giustificato motivo*, in *Lavoro IV - Licenziamento,* Mobbing*, Processo del lavoro*, a cura di P. Cendon, Torino, 2009.

MONTELEONE, G., *Diritto processuale civile*, Padova, 2002.

MONTESANO L.-VACCARELLA R., *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996.

MONTUSCHI, L., *Il licenziamento è una pena privata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1972, 216 ss.

MONTUSCHI, L., *sub* artt. 15-16, in G. Ghezzi-F. Mancini-L. Montuschi-U. Romagnoli, *Lo statuto dei lavoratori*, Bologna-Roma, 1981, 21 ss.

MORMILE, P., *L'ambito di residua applicazione del licenziamento ad nutum*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, Privato e Pubblico*, a cura di G. Santoro Passarelli, Torino, 2014.

MORTARA, L., *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, II, Milano, 1923, 603 ss.

MORTATI, C., *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav*., 1954, I, 148 ss.

MOTTO, A., *Concorso di fattispecie,* ne bis in idem *e ordine delle questioni di rito*, in *Riv. arb.*, 2012, 340 ss.

MOTTO, A., *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012.

MUGGIA, R., *Illegittimità senza sanzione: gli ultimi approdi della Cassazione in tema di licenziamento disciplinare*, in *DL Riv. critica dir. lav.*, 1995, 179 ss.

MUSCARDINI, M., *Giurisdizione e* competenza, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia-A. Saletti, Padova, 2008, 351 ss.

MUSELLA, C., *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, a cura di M. Cinelli-G. Ferraro-O. Mazzotta, Torino, 2013.

NAPOLI, M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980.

NAPOLI, M., *La tutela reale contro i licenziamenti*, in *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, a cura di F. Carinci, I, Jovene, 1991.

NAPOLI, M., voce *Licenziamento*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, IX, Torino, 1993.

NASI, A., *Disposizione del diritto e azione dispositiva. Contributo allo studio del principio dispositivo nel processo civile di cognizione*, Milano, 1965.

NASI, A., *Interesse ad agire*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1972.

NATOLI, U., *Ancora sul diritto al lavoro e il licenziamento ad nutum*, in *Riv. giur. lav.*, 1965, II, 13 ss.

NATOLI, U., *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, 105 ss.

NATOLI, U., *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso 'ad nutum' dell'imprenditore*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, I, 281 ss.

NELA, P.L. *Pluralità di impugnative del medesimo licenziamento ed eccezione di cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 664 ss.

NICCOLAI, A., *sub* art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992.

NICCOLAI, A., *sub* art. 8 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992.

NOGLER, L., *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 523 ss.

NOGLER, L., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i 'principi' costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 657 ss.

NOGLER, L., *Sul c.d. licenziamento ingiustificato nell'area del recesso* ad nutum), in *Giust. civ.*, 1994, I, 2471 ss.

NOVARA, G., *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Milano, 1961.

NOVELLA, M., *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 989 ss.

NUZZO, V., *La prescrizione dei crediti di lavoro e il timore del licenziamento dopo la legge Fornero*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, II, 111 ss.

OGRISEG, C., *Licenziamento inefficace: mora credendi o inadempimento?*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2000, 145 ss.

ORIANI, R., *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, Padova, 2003.

ORIANI, R., *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, in *Foro it.*, 2013, I, 3500 ss.

ORIANI, R., voce *Domanda giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989.

ORTIS, S., *Il fatto e la sua qualificazione: dalla* querelle *della riforma Fornero ai nodi irrisolti del* Jobs Act, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 145 ss.

ORTIS, S., *Sull'alterità soggettiva fra l giudice della fase sommaria e quello del giudizio d'opposizione nel rito Fornero*, in *Riv. it. dir. lav*., 2014, 4, II, 909 ss.

PACCHIANA PARRAVICINI, G., *Il rito Fornero: un labirinto senza uscita?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 288 ss.

PACILLI, M., *Note in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 595 ss.

PAGANINI, A., *Si al regolamento necessario contro la declaratoria di litispendenza emessa nella fase sommaria del rito Fornero*, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 1 agosto.

PAGNI, I., *Contratto e processo*, in *Trattato sul contratto*, diretto da E. Roppo, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, 823 ss.

PAGNI, I., *Disposizioni comuni alle controversie disciplinate dal rito del lavoro. Il modello di rito e i poteri istruttori del giudice*, in *Foro it.*, 2012, V, 130 ss.

PAGNI, I., *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno 2012 n. 92: note brevi sul nuovo rito in materia di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 347 ss.

PAGNI, I., *Il sistema delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, 70 ss.

PAGNI, I., *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 228 ss.

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

PAGNI, I., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 167 ss.

PAGNI, I., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di* repêchage*: la Cassazione ritorna sugli onere di allegazione e prova*, in *Ilgiuslavorista.it*, 2016, 15 settembre.

PAGNI, I., *Licenziamento, poteri privati e interesse ad agire in mero accertamento*, in *Foro it.*, 1994, I, 513 ss.

PAGNI, I., *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro*, Milano, 2004.

PALLADINI, A., *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2012, 653 ss.

PANCI, M., *Licenziamento per inidoneità psico-fisica e per superamento del periodo di comporto*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, a cura di G. Santoro Passarelli, Torino, 2014.

PANZAROLA, A., *Incompatibilità del giudice e impugnativa del licenziamento alla luce della nuova disciplina della legge Fornero*, in *Giur. merito*, 2013, 1540 ss.

PAPAGNI, V., *Dall'illegittima apposizione del termine ad un contratto di lavoro alla mora accipiendi della società fallita*, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 27 settembre.

PAPALEO, L.G., *Lascia al verde il numero verde del datore di lavoro: licenziato...2 volte*, in *Diritto & Giustizia*, 2012, 28 febbraio.

PASQUALETTO, E., *I licenziamenti nulli*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. Cester, Padova, 2013.

PASQUALETTO, E., *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel 'passaggio' dall'art. 18 Stat. Lav. all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, a cura di F. Carinci-C. Cester, *ADAPT Labour Studies e-Book series*, 46.

PATTI, S., *sub* artt. 2697-2698 c.c., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1987.

PELLACANI, G., *I Licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

PELUSI, L.M., *L'irrilevanza giuridica del fatto contestato equivale alla sua insussistenza materiale: un monito per il legislatore del* Jobs Act?, in *Dir. rel. ind.* 2015, 4, 1128 ss.

PERA, G., *Ancora sul vizio di forma nella zona della tutela debole contro il licenziamento*, in *Giust. civ.*, 4, 1997, 933 ss.

PERA, G., *Il licenziamento viziato nella forma da parte del piccolo datore di lavoro: una sentenza contraddittoria*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1995, 3 ss.

PERA, G., *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980.

PERA, G., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, I, 251 ss.

PERA, G., *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 1286 ss.

PERA, G., voce *I) licenziamenti individuali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.

PERSIANI, M., *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 1, 11 ss.

PERSIANI, M., *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da L. Riva Sanseverino-G. Mazzoni, II, Padova, 1971,

PERSIANI, M., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo o obbligo di repêchage*, in *Giur. it.*, 2016, 1167 ss.

PERSIANI, M., *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 2, 394 ss.

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, 45, I, 785 ss.

PERULLI, A., *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento 'di paradigma' per il diritto del lavoro?*, in

Contratto a tutele crescenti e Naspi-Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23, a cura di L. Fiorillo-A. Perulli, Torino, 2015.

PETRELLA, C., *Sul licenziamento per generico motivo illecito di un dipendente di una società in amministrazione straordinaria*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2000, I, 405 ss.

PETRELLA, V., *Il rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti*, in *Il processo civile-Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, curato da C. Punzi e coordinato da G. Ruffini, Torino, 2013.

PETRELLA, V., *Note minime in tema di oggetto della cognizione nella fase sommaria del c.d. rito 'Fornero' e prospettive del ricorrente*, in *Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e prospettive*, a cura di R. Tiscini, Napoli, 2015.

PETTINELLI, R., *Il dirigente, il giudice e il legislatore: l'impugnazione del licenziamento tra 'invalidità' e 'ingiustificatezza'*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 2, II, 275 ss.

PICCARI, M., *L'impugnazione del licenziamento*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, Pubblico e Privato*, a cura di G. Santoro Passarelli, Torino, 2014.

PICCININI, A., *Richiesta di accertamento della legittimità del licenziamento* ex *rito Fornero da parte del datore di lavoro*, in *Lav. giur.*, 2013, 376 ss.

PICCININNO, S., *Età pensionabile e flessibile e cessazione del rapporto di lavoro nel sistema della riforma pensionistica del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, I, 31 ss.

PILEGGI, A., *Il licenziamento disciplinare*, in *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

PINTO, G.L., *Il controllo giudiziale sulla legittimità del trasferimento del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav*., 1995, II, 828 ss.

PINTO, G.L., *La difficile prova: licenziamento orale o dimissioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 132 ss.

PIRAS, A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962.

PISANI, C., *Il* repêchage *nei licenziamenti per motivi oggettivi; la 'creazione' si espande al pari dell'incertezza*, in *Mass giur. lav.*, 2013, 192 ss.

PISANI, C., *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, in *Mass. giur. lav*., 2012, 10, 741 ss.

PISANI, C., *La reintegrazione nel posto di lavoro per ingiusta detenzione*, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 177 ss.

PISANI, C., *Le preclusioni*, in *Il diritto processuale del lavoro*, a cura di A. Vallebona, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiano-F. Carinci, IX, Padova, 2011, 141 ss.

PIZZOFERRATO, A., *Sul termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento della lavoratrice madre*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 146 ss.

PONARI, C., *Contrasto sulle modalità di cessazione del rapporto di lavoro e onere della prova: la Cassazione muta orientamento*, in *Riv. it. dir. lav*., 2001, II, 162 ss.

PORRECA, P., *Il procedimento sommario di cognizione: un rito flessibile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 825 ss.

POSO, A., *sub* art. 6 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992.

POSO, V.A., *L'eccessivo formalismo dei giudici impedisce il licenziamento di un lavoratore affetto da disturbo paranoide di personalità*, in *Giust. civ.*, 1998, 3279 ss.

POZZAGLIA, P., *La prosecuzione incentivata del rapporto di lavoro sino al settantesimo anno di età*, in *Mass. giur. lav.*, luglio 2014, 7, 448 ss.

POZZAGLIA, P., *Nuovo rito: qualificazione ed imputazione del rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 250 ss.

PROIA, G., *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *Jobs Act e licenziamento*, a cura di R. Pessi-C. Pisani-G. Proia-A. Vallebona, Torino, 2015, 62 ss.

PROIETTI, F., *Libera recedibilità 'funzionale' e garanzie procedimentali nel licenziamento disciplinare*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 840 ss.

PROSPERETTI, G., *È applicabile al dirigente il principio di conservazione del posto di lavoro, ai sensi del c. 4, art. 24 D.l. 6/12/2011 n. 201 convertito in l. 22/12/2011 n. 214, che dispone l'incentivazione al proseguimento dell'attività lavorativa fino ai 70 anni di età?*, in *www.studioprosperetti.it*.

PROSPERETTI, G., *L'elemento della malafede del datore nella nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, n. 2, I, 241 ss.

PROTO PISANI, A., *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, I, 3143 ss.

PROTO PISANI, A., *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 386 ss.

PROTO PISANI, A., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir proc.*, 1991, 80 ss.

PROTO PISANI, A., *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1979, 110, 662 ss.

PROTO PISANI, A., *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Torino, 1973, 1065 ss.

PROTO PISANI, A., *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, in *Foro it.*, 1990, V, 372 ss.

PROTO PISANI, A., *Il procedimento di repressione dell'attività antisindacale*, in *Foro it.*, 1973, V, 62 ss.

PROTO PISANI, A., *In tema di rilievo tardivo di vizi relativi alla* 'vocatio in ius', in *Foro it*., 2013, I, 2840 ss.

PROTO PISANI, A., *L'oggetto del processo*, in *Le controversie in materia di lavoro*, a cura di V. Andrioli-C.M. Barone-G. Pezzano-A. Proto Pisani, Bologna-Roma, 1987.

PROTO PISANI, A., *La prova del 'requisito dimensionale'* ex *art. 18 l. 300/70: un* 'grand arrêt' *delle sezioni unite*, in *Foro it*., 2006, I, 712 ss.

PROTO PISANI, A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003.

PROTO PISANI, A., *Tre note sull'art. 18 dello statuto dei lavoratori scritte da un giurista ingenuo*, in *Foro it.*, 2012, V, 121 ss.

PROTO PISANI, A., voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991.

PROTO PISANI, A., 'Revirement*' delle sezioni unite sugli effetti della riforma di sentenza pretorile dichiarativa dell'illegittimità del licenziamento*, in *Foro it*., 1988, I, 1493 ss.

PUTATURO DONATI, F.M., *Applicabilità della tutela reale e inefficacia del licenziamento reiterato:* summum ius, summa iniura*?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 117 ss.

QUARTO, A., *Licenziamento della lavoratrice madre: qualificazione e conseguenze, con riguardo ad un licenziamento in violazione della normativa a sostegno della maternità*, in *Dir. prat. lav.*, 2004, 2855 ss.

RAFFAGHELLI, M., *Rito Fornero: la cognizione sommaria della prima fase intesa come 'deformalizzazione' e la natura impugnatoria del procedimento di opposizione determinano l'incompatibilità del magistrato che ha pronunciato l'ordinanza opposta*, in *DL Riv. critica dir. lav*., 2013, 1-2, 273 ss.

RAGNI, M., *Il giudicato implicito ed il principio della ragione più liquida: i confini mobili del giudicato nella giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2015, 947 ss.

RAIMONDI, E., *Il rito per i licenziamenti tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 91 ss.

RAVERA E.-RUSSO G.-PONTE F.V.-CARBONE D.-JACOVACCI S., *Il licenziamento individuale*, in *Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, a cura di C. Russo, Torino, 2011.

RAZZOLINI, O., *La Corte di cassazione aggiorna i criteri elaborati dalla giurisprudenza per distinguere fra gruppo fraudolento e gruppo genuino*, in *Riv. it. dir. lav*., 2012, 2, II, 375 ss.

RESCIGNO, P., voce *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 762 ss.

RESNICK, J., Managerial Judges, in Harvard Law Review, 96, 1982, 374 ss.

RICCI, E.F., voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, *Zez. civ.*, I, 1987.

RICCI, G., *Sulla qualificazione giuridica della domanda nel giudizio d'impugnazione*, in *Eclegal.it*, 2016, 8 novembre.

RICCI, G.F., *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Riv. dir. proc*., 2014, 2, 321

RICCOBONO, A., *Tutela sostanziale e regime processuale del licenziamento inefficace nelle imprese non soggette all'applicazione dell'art. 18 St. lav*., in *Riv. it. dir. lav*., 2014, II, 825 ss.

RIPA, A., *Dirigenti e giusta causa. Orientamenti giurisprudenziali e rassegna commentata di merito*, Milano, 2012.

RIZZARDO, D., *Riforma Fornero e rito speciale: cosa accade se l'art. 18 non si applica?*, in *Giur. lav*., 2012, 44, 16 ss.

ROCCO, A., *La sentenza civile*, Torino, 1906.

RODANO, G., *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il* Jobs Act*, www.pietroichino.it*, aprile 2015

ROMAGNOLI, U., *Piccole imprese e grandi traumi*, in *Lav. dir.*, 1990, 519 ss.

ROMANO, A., *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006.

ROMANO, A.A., *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, 1292.

ROMEI, R., *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, in *Riv. it. dir. lav.* 2012, II, 1083 ss.

ROMEI, R., *sub* art. 1 legge 11 maggio 1990, n. 108, in *Commentario, Legge 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali*, a cura di R. De Luca Tamajo-M. D'Antona, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1991.

ROMEI, R., *sub* art. 2 legge 11 maggio 1990, n. 108, in *Commentario, Legge 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali*, a cura di R. De Luca Tamajo-M. D'Antona, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1991.

ROSSI F.-DE MOZZI B., *I licenziamenti inefficaci*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. Cester, 2013.

ROSSI, P.E., *La formazione del consenso nel contratto estintivo del rapporto di lavoro subordinato*, , in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 4, II, 824 ss.

ROTA, A., *'Anche' il dirigente deve impugnare il licenziamento nei termini di cui all'art. 6, l. n. 604/1966*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 2, II, 275 ss.

RUBINO, S., *Impugnazione del licenziamento, termine decadenziale e tutela del lavoratore*, in *Foro it.*, 2010, 12, I, 3416 ss.

RUSCIANO, S., *Procedimento di impugnativa di licenziamento: il complicato ricorso alla tutela d'urgenza* ex *art. 700 c.p.c.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 658 ss.

RUSSO, M., *Lavorare fino a settant'anni: disciplina, tutele ed effetti sul mercato del lavoro dell'art. 24 L. n. 214/2011*, in *Lavoro e Previdenza Oggi*, n. 5-6/2014, 273 ss.

SALETTI, A., *Il procedimento sommario nelle controversie societarie,* in *Riv. dir. proc.*, 2003, 467 ss.

SALETTI, A., *L'appello nel rito del lavoro e nel procedimento sommario dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc*., 2013, 1423 ss.

SALVALAIO, M., *La procedura preventiva di conciliazione*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. Cester, 2013.

SANDULLI P.-VALLEBONA A.-PISANI C., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Padova, 1990.

SANTARONI, S., *Dentro e fuori dal cosiddetto 'Rito Fornero'*, in *Lav. giur*., 2013, 587 ss.

SANTINI, F., *Della decadenza dall'impugnazione del licenziamento*, in *Dir. relaz. ind*., 2010, 2, 471 ss.

SANTORI, F., *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in *I*

licenziamenti nel contratto 'a tutele crescenti', a cura di G. Ferraro, Padova, 2015.

SANTORO PASSARELLI, F., voce *Lavoro (contratto di)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, 1965, 513.

SANTORO PASSARELLI, G., *Diritto dei lavori*, Torino, 2013.

SANTORO PASSARELLI, G., *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela* risarcitoria, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 233 ss.

SAPONE, N., *Il c.d. rito Fornero ed il principio di non appesantimento*, in *Giur. merito*, 2013, 1789

SASSANI, B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989.

SASSANI, B., *L'azione di accertamento del datore di lavoro 'dissenziente' nel procedimento di avviamento obbligatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 1155 ss.

SASSANI, B., *L'azione di accertamento della gravità dell'inadempimento del prestatore di lavoro*, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2667 ss.

SASSANI, B., *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983.

SATTA, S., *Accertamenti incidentali, interventi e principi generali del diritto*, in *Foro it*, 1947, I, 29 ss.

SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, I, *Disposizioni generali*, Milano, 1966.

SATTA, S., Jura novit curia, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, Padova, 1955, 380 ss.

SATTA, S., *Nuove riflessioni in tema di accertamenti incidentali*, in *Foro it*., 1948, I, 65 ss.

SATTA, S., voce *Accertamento incidentale*, in *Enc. dir*., I, Milano, 1958, 243 ss.

SCALISI, V., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 201 ss.

SCALISI, V., voce *Inefficacia*, in *Enc. dir*., XXI, Milano, 1971, 333 ss.

SCARPELLI, F., *Guida al la Riforma Fornero, Legge 28 giugno 2012, n. 92. Disposizioni in materia id riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, a cura di M. Fezzi-F. Scarpelli, *www.wikilabour.it*, 2012, 1.

SCARPELLI, F., *Il nuovo regime delle decadenze*, in *Il diritto del lavoro dopo il 'Collegato' (legge 4 novembre 2010, n. 183)*, a cura di O. Mazzotta, Montecastrilli, 2010, 34 ss.

SCARSELLI, G., *Terzietà del giudice e processo civile*, in *Foro it*., 1996, I, 3616 ss.

SCHIUMA, D., *Licenziamento del dirigente, accordi aziendali e rito Fornero: una decisione controversa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 2, II, 427 ss.

SCOFFERI, M., *L'intento discriminatorio deve essere provato dal lavoratore*, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 7 giugno.

SCOGNAMIGLIO, P., *Le controversie di licenziamento nella riforma Fornero*, in *Guida al lavoro-Il punto*, 2013.

SCOGNAMIGLIO, R., *Commento alla legge 28 giugno 2012,n. 92 sulla riforma del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 802 ss.

SCOGNAMIGLIO, R., voce *Inefficacia*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989.

SENOFONTE, P., *Il fatto impeditivo*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1978, 1525 ss.

SILVESTRI E.-TARUFFO M., voce *Condotta antisindacale (procedimento di repressione della)*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1997.

SILVESTRI, E., *Codice delle pari opportunità e tutela antidiscriminatoria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 3, 2007, 853 ss.

SIMEONE, F., *Rito Fornero: sulla proponibilità di nuove eccezioni nella 'fase' di opposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 3, II, 675 ss.

SIMI, V., *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, 1948.

SORDI, P., *Il nuovo rito per le controversie in materia di licenziamenti*, in *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, a cura di L. Di Paola., Milano, 2013.

SPEZIALE, V., *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Working Papers CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2012, 165, 28

SPEZIALE, V., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 111 ss.

SPEZIALE, V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav*., 2012, I, 540 ss.

STROZZI, G., Jura novit curia, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990.

TABASCO, B., *Rito Fornero: gli stretti rapporti tra e due fasi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 1, II, 178 ss.

TARANTINO, G., *Azione di accertamento negativo: all'attore la prova dell'insussistenza del debito rivendicato*, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 8 maggio.

TARQUINI, E., *I licenziamenti discriminatori*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, a cura di M. Cinelli-G. Ferraro-O. Mazzotta, Torino, 2013, 253 ss.

TARUFFO, M., Collateral estoppel *e giudicato su questioni*, II, in *Riv. dir. proc*., 1972, 272 ss.

TARUFFO, M., *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 430 ss.

TARUFFO, M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975.

TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*. *Nozioni generali*, Milano, 1992.

TARUFFO, M., *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012.

TARUFFO, M., *Note in tema di giudizio di fatto*, in *Riv. dir. civ.,* 1971, I, 40 ss.

TARUFFO, M., *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 748 ss.

TARUFFO, M., *Studi sulla rilevanza della prova,* Padova, 1970.

TARUFFO, M., *sub* art. 115 c.p.c., A. Carratta-M. Taruffo, *Poteri del giudice*, in *Comm. del c.p.c.*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2011.

TARUFFO, M., voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, XIII, 1995, 65 ss.

TARZIA, G., *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 271 ss.

TARZIA, G., *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972.

TARZIA, G., *La tutela cautelare*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia, Padova, 2011, XXVIII.

TARZIA, G., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2009.

TARZIA. G.-DITTRICH L., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2015.

TATARELLI, M., *Autonomia del provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro in via d'urgenza*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 850 ss.

TATARELLI, M., *È inefficace il licenziamento reiterato prima della sentenza di annullamento*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 1024 ss.

TATARELLI, M., *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Padova, 2015.

TATARELLI, M., *L'imprenditore non può chiedere di accertare che una condotta è punibile con il licenziamento*, in *Guida al diritto*, 2014, 31, 41 ss.

TATARELLI, M., *Nell'attesa della decisione delle Sezioni Unite resta controversa l'applicazione del rito Fornero*, in *Guida al diritto*, 2014, 31, 44 ss.

TEDOLDI, A., *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, in *Comm. del c.p.c.*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2015, 133 ss.

TEDOLDI, A., *L'onere di appello incidentale*, in *Giur. it.*, 2001, 1302 ss.

TERESI, M., *La deformazione dell'istruzione nel c.d. rito Fornero*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 632 ss.

TIRABOSCHI, M., *Area di libera recedibilità, licenziamento disciplinare e violazione delle garanzie procedurali: un'importante pronuncia della cassazione a Sezioni Unite sulla struttura causale del negozio di recesso*, in *Or. giur. lav.*, 1994, 615 ss.

TIRABOSCHI, M., *Categorie civilistiche e recesso unilaterale: il contratto di 'lavoro subordinato'*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, 1994.

TIRABOSCHI, M., *Conversione o semplice trasformazione dei contratti per l'applicazione delle cosiddette tutele crescenti?*, in *Bollettino ADAPT*, 2015, 14.

TISCINI, R., *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, in F.P. Luiso-R. Tiscini-A. Vallebona, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013.

TISCINI, R., *Pronuncia dell'ordinanza* ex *art. 186*-quater *c.p.c. e della sentenza da parte dello stesso giudice: inesistenza*

dell'obbligo di attenzione, in *Corriere giur.*, 2000, 1467 ss.

TOMMASEO, F., *sub* art. 2697 c.c., in *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. Cian, Padova, 2014, 3581 ss.

TOMMASINI, R., voce *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 576 ss.

TONETTI, M., *La scelta dell'indennità sostitutiva pone definitivamente fine al rapporto di lavoro*, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 23 gennaio.

TOPO, A., *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Commentario alla riforma Fornero*, a cura di F. Carinci-M. Miscione, Milano, 2012.

TOPO, A., *Unitarietà o complessità del regime sanzionatorio del licenziamento nullo: il licenziamento della lavoratrice madre*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 866 ss.

TORRENTE A.-SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013.

TOSI, P., *L'improbabile equilibrio tra rigidità 'in entrata' e flessibilità 'in uscita' nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 840 ss.

TREMOLADA, M., *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, a cura di F. Carinci-C. Cester, *ADAPT Labour Studies e-Book series*, 46.

TREMOLADA, M., *Il licenziamento disciplinare*, Padova, 1993.

TREU, T., *Lo Statuto dei lavoratori: vent'anni dopo*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1989, 6, 38 ss.

TRIMARCHI, P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014.

TRISORIO LIUZZI, G., *Contenuto ed effetti delle decisioni nel processo del lavoro*, in *Il giusto proc. civ.*, 2016, 59 ss.

TRISORIO LIUZZI, G., *Il procedimento sommario di cognizione e la sospensione per pregiudizialità*, in *Il giusto proc. civ.*, 2012, 160 ss.

TRISORIO LIUZZI, G., *sub* art. 5 legge 26 novembre 1990, n. 353, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, a cura di F. Cipriani-G. Tarzia, Padova, 1992.

TULLINI P.-LUNARDON F., *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, a cura di F. Carinci, III, Torino, 1998.

TULLINI, P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Milano, 1994.

TULLINI, P., *La c.d. tutela reale di diritto comune*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 8, 103 ss.

TULLINI, P., *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 152 ss.

TURSI, A., *Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*, in *Dir. rel. ind*. 2012, 4, 1133 ss.

TURSI, A., *L'articolo 18 e il 'contratto a tutele crescenti'*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 4, 923 ss.

VACCARELLA, R., *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977.

VALLEBONA A.-FRANZA G., *sub* art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, fondato da M. Grandi-G. Pera, a cura di R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, Padova, 2013.

VALLEBONA, A., *Decadenza e prescrizione nell'impugnazione del licenziamento: l'abbaglio delle sezioni unite*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 10, 739 ss.

VALLEBONA, A., *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 777 ss.

VALLEBONA, A., *Domanda rientrante nel nuovo rito speciale per i licenziamenti proposta col rito del lavoro ordinario: trattazione con il rito speciale*, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 75 ss.

VALLEBONA, A., *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 12, 874 ss.

VALLEBONA, A., *Istituzioni di diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Padova, 2012.

VALLEBONA, A., Jobs Act *e licenziamento*, Torino, 2015.

VALLEBONA, A., *L'azione di mero accertamento del datore di lavoro sulla legittimità del licenziamento: una questione semplice*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 266 ss.

VALLEBONA, A., *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 3, 622 ss.

VALLEBONA, A., *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988.

VALLEBONA, A., *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le sezioni unite cambiano idea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 450 ss.

VALLEBONA, A., *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, in *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, a cura di F.P. Luiso-R. Tiscini-A. Vallebona, Torino, 2013.

VALLEBONA, A., *La riforma del lavoro*, Torino, 2012.

VALLEBONA, A., *Licenziamento 'inefficace' e termine di impugnazione*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 869 ss.

VALLEBONA, A., *Mansioni e trasferimento nel lavoro privato e pubblico*, Torino, 2009.

VALLEBONA, A., *sub* art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1992.

VANZ, C., *L. n. 92 del 2012 ed errore nella scelta del rito: assoluzione dall'osservanza del giudizio o conversione?*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 1136 ss.

VANZ, M.C., *Una lonza ... che di pel maculato era coverta: osservazioni sul 'rito Fornero' e sull'imparzialità del giudice*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 497 ss.

VARDARO, G., *Il potere disciplinare giuridificato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, 1 ss.

VELLANI, C., *Gli interventi sulla giustizia civile nei primi anni della XVII legislatura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 3, 2016, 1095 ss.

VELLANI, M., *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, 1958.

VENNERI, D., *La decorrenza della prescrizione nei crediti di lavoro*, in *Giur. it.*, 2016, 1960 ss.

VERDE, G., *Considerazioni sul procedimento introdotto dalla legge n. 92/2012*, in *www.giuslavoristi.it*.

VERDE, G., *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974.

VERDE, G., *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 301 ss.

VERDE, G., *Onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1979.

VERKERKE, J.H., *Un approccio di* Law and Economics *alla questione della libertà di licenziamento negli Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, 293 ss.

VICECONTE, M., *La 'soppressione del posto di lavoro' come giustificato motivo oggettivo di licenziamento del lavoratore subordinato* ex *art. 3, legge 15 luglio 1966*, n. 604, in *Lav. prev. oggi*, 1993, 872 ss.

VIDIRI, G., *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e (non poche) ombre*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 2, 353 ss.

VIDIRI, G., *Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa di difficile lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 53 ss,

VIDIRI, G., *Le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 621 ss.

VINCIERI, M., *La comunicazione dei motivi nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, IV, 2015, 1094 ss.

VITERBO, E., *Le differenze retributive possono accertarsi anche attraverso l'esame complessivo del ricorso e le spettanze essere conseguenza dell'inadempimento*, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 11 luglio.

VOLPINO, D., *Cognizione e decisione nel procedimento sommario societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 67 ss.

VON TUHR, A., Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I, Leipzig, 1910.

ZAMBELLI, A., *La fase d'urgenza diventa strutturale nel processo*, in *La riforma del Lavoro*, 2012, 71 ss.

ZAMBELLI, A., *Processo del lavoro e rito speciale: la prima decisione del Tribunale di Milano*, in *Guida al lavoro*, 2012, 44, 13 ss.

ZANGARI, G., *Giusta causa e giustificato motivo nella nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *Riv. dir. lav.*, I, 1967, 65 ss.

ZANGARI, G., *Potere disciplinare e licenziamento*, Milano, 1971.

ZANGARI, G., voce *licenziamento*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Torino, 1974, 686 ss.

ZEUNER, A., Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen, 1959.

ZOLI, C., *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 709 ss.

ZOLI, C., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 664 ss.

ZULBERTI, M., *Domande nuove e tutela obbligatoria dei licenziamenti a confronto con il rito Fornero*, in *GiustiziaCivile.com*, 2014, 27 gennaio.