Scuola Superiore della Magistratura
Corso P.15023 del 13 -15 aprile 2015
"La disciplina dei licenziamenti: un primo bilancio"

Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e *jobs act*.

di Giovanni Amoroso

SOMMARIO: **1.** Premessa: la modifica dell'art. 18 Stat. lav. *ex* l. n. 92/2012 alla luce della giurisprudenza di legittimità e nel quadro della normativa successiva (d.lgs. n. 23 del 2015). - **2.** Profili sostanziali: applicabilità della legge n. 92 del 2012 ai licenziamenti intimati a partire dalla sua entrata in vigore. - **3.** Tutela reintegratoria, piena o attenuata, e tutela indennitaria nei confronti del licenziamento illegittimo. - **4.** Il licenziamento disciplinare illegittimo: l'«insussistenza del fatto contestato». - **5.** La sentenza n. 23669 del 2014 e la nozione di "fatto materiale". - **6.** Dal "fatto contestato" (l. n. 92/2012) al "fatto materiale contestato" (d.lgs. n. 23/2015). - **7.** La «manifesta insussistenza del fatto» nel licenziamento senza giustificato motivo oggettivo. - **8.** Sulla retribuzione come base di calcolo dell'indennizzo risarcitorio. - **9.** Il regime sanzionatorio dell'omissione contributiva. - **10.** Ulteriori profili problematici della disciplina sostanziale. - **11.** Profili processuali della nuova disciplina dei licenziamenti individuali in generale. - **12.** Sulla struttura bifasica del giudizio di primo grado; obbligo, o no, di astensione del giudice. - **13.** Obbligatorietà o facoltatività del nuovo rito. - **14.** Ammissibilità del regolamento di competenza. - **15.** Ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione. - **16.** Sulla ricorribilità per cassazione.

1. Premessa: la modifica dell'art. 18 Stat. lav. *ex* l. n. 92/2012 alla luce della giurisprudenza di legittimità e nel quadro della normativa successiva (d.lgs. n. 23 del 2015).

La disciplina dei licenziamenti individuali è stata profondamente modificata dalla l. 28 giugno 2012, n. 92, sia nei suoi aspetti sostanziali (art. 1, commi 37-46), in particolare con la riscrittura dei primi sei commi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970 n. 300), che in quelli processuali (art. 1, commi 47-68), con l'introduzione di un rito speciale, che fa corpo con le modifiche della disciplina sostanziale perché si applica alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate appunto dall'art. 18.

Su tale nuova disciplina si registrano innanzi tutto alcuni primi interventi della giurisprudenza di legittimità - non numerosi, considerata la vigenza di meno di tre anni della riforma del 2012 - che si sono concentrati soprattutto sui profili processuali; ma si registra qualche significativa pronuncia anche quanto ai profili sostanziali. Questa asimmetria si giustifica perché diverso è il regime transitorio: il comma 67 dell'art. 1 l. n. 92/2012 prevede che i commi da 47 a 66, che disciplinano il nuovo rito, si applicano alle controversie instaurate successivamente alla data di entrata in vigore della legge stessa (18 luglio 2012); invece le disposizioni di carattere sostanziale (commi 37-46 dell'art. 1) si applicano a partire da tale data (ma sul punto v. *infra* n. 2). Sicché mentre le disposizioni processuali trovano applicazione anche ai licenziamenti intimati prima di tale data ove la controversia sia stata instaurata dopo di essa, invece le disposizioni sostanziali si applicano solo ai "nuovi" licenziamenti, quelli comunicati a partire da tale data. Ciò spiega anche

un iniziale maggiore apporto della giurisprudenza quanto ai profili processuali rispetto a quelli sostanziali, giurisprudenza di cui si viene ora a dire in estrema sintesi.

Ma sulla nuova disciplina introdotta dalla legge n. 92/2012 incide anche la recente modifica del quadro normativo ad opera del d.lgs. n. 23 del 4 marzo 2015 recante disposizioni in attuazione della legge di delega 10 dicembre 2014, n. 183 (c.d. *jobs act*), che nella sostanza ha ulteriormente modificato il regime di tutela dell'art. 18 pur senza intervenire direttamente e testualmente su tale disposizione. C'è infatti da considerare che, ancorché il d.lgs. n. 23 del 2015 abbia come titolo "Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti" e quindi sembri che abbia introdotto un nuovo tipo contrattuale, in realtà così non è perché non c'è alcuna nuova fattispecie di lavoro subordinato a tempo indeterminato. L'art. 1 d.lgs. n. 23 del 2015 riferisce tutta la nuova disciplina del licenziamento illegittimo ai "lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto". Ma la circostanza che un ordinario contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato sia stipulato dopo il 6 marzo 2015 non significa certo che esso costituisce un "tipo contrattuale" diverso e distinto. Il dato cronologico può valere - e vale - al fine di individuare la disciplina applicabile al licenziamento illegittimo, ma non identifica un tipo ontologicamente diverso dall'ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Il tipo contrattuale rimane invariato; la distinzione che deve farsi è invece tra "vecchi" contratti (*ante* 7 marzo 2015) e "nuovi contratti" (stipulati a partire dal 7 marzo 2015).

Inoltre - a ben vedere - anche la qualificazione del regime di tutela nei confronti dei licenziamenti illegittimi per i lavoratori assunti con "nuovi" contratti di lavoro come "a tutele crescenti" appare improprio. La legge n. 92 del 2012 all'art. 1, comma 42, ha riscritto i primi sei commi dell'art. 18 che, nella sua formulazione sia originaria che novellata dalla legge n. 108 del 1990, prevedeva un unico regime di tutela reintegratoria, la c.d. tutela reale (a fronte della tutela obbligatoria che era prevista dall'art. 8 l. n. 604 del 1966). A seguito di tale profonda riforma (del 2012) si è transitati da un unico regime di tutela reintegratoria a ben quattro regimi di tutela differenziata, applicabili nei (riscritti) limiti dimensionali di quella che era la tutela reale. Sono rispettivamente il regime di tutela reintegratoria piena (art. 18, primo e secondo comma), quello di tutela reintegratoria attenuata (art. 18, quarto e settimo comma), quello di tutela indennitaria ampia (art. 18, quinto e settimo comma) ed infine quello di tutela indennitaria ridotta (art. 18, sesto comma). In sostanza il legislatore del 2012, per rispondere ad una istanza di ridimensionamento della tutela reintegratoria, al dichiarato fine di incentivare l'occupazione soprattutto giovanile, ha operato in modo più articolato: ha ridotto l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria classica; ha affiancato ad essa un regime di tutela reintegratoria attenuata; ha introdotto un regime di tutela meramente indennitaria con una duplice formulazione in termini di quantificazione dell'indennizzo. Sicché, a seguito della legge n. 92 del 2012, può a ragione potersi parlare di regime differenziato di tutele nei confronti del licenziamento illegittimo in quella che era l'area della tutela reale; disciplina che ha sostituito, nell'area di applicabilità dell'art. 18, l'originario unico regime di tutela reintegratoria, affiancato - nel passato così come anche dopo la riforma del 2012 - alla tutela c.d. obbligatoria.

Il decreto legislativo n. 23 del 2015 non sovrappone, per i "nuovi" contratti di lavoro, un diverso regime di tutela nei confronti del licenziamento illegittimo radicalmente diverso, che possa qualificarsi "a tutele crescenti" rispetto all'assetto precedente della legge n. 92 del 2012 che può definirsi a tutele differenziate. Ciò per la semplice, ma decisiva ragione, che esso si muove esattamente nel quadro delle tutele differenziate della legge n. 92 del 2012. Il decreto legislativo n. 23 del 2015 conferma infatti il regime a tutele differenziate che, come nella legge n. 92 del 2012, non "crescono" affatto, ma corrono su binari distinti e paralleli così come prima (ovviamente dopo la legge n. 92 del 2012 perché prima il regime di tutela reintegratoria era uno solo). Ed infatti il d.lgs. n. 23 del 2015 conferma che, anche per i "nuovi" contratti, si sono: *a)* un regime di tutela reintegratoria piena (art. 2) in caso di licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale; *b)* un regime di tutela reintegratoria attenuata (art. 3, comma 2) nelle ipotesi di licenziamento per

giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore; *c)* un regime di tutela solo indennitaria ordinaria (art. 3, comma 1) negli altri casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa; *d)* un regime di tutela solo indennitaria attenuata (art. art. 4) in caso di licenziamento illegittimo per vizi formali e procedurali. Ossia il d.lgs. n. 23 del 2015 conferma, anche per i "nuovi" contratti, il reticolo delle tutele differenziate della legge n. 92 del 2012.

La novità sta nel fatto che il d.lgs. n. 23 del 2015 ridisegna i confini di questi quattro regimi di tutela in termini di minor favore per il lavoratore licenziato. Questo era già il "verso" della legge n. 92 del 2012; il d.lgs. n. 23 del 2015 per così dire completa la riforma nel senso che, differenziando tra "vecchi" rapporti di lavoro a tempo indeterminato (quelli in essere fino al 6 marzo 2015) e "nuovi" rapporti (quelli costituiti a partire dal 7 marzo 2015), accentua il ridimensionamento delle tutele sempre al dichiarato fine di far ripartire l'occupazione con contratti a tempo indeterminato.

Di "crescente" c'è nel d.lgs. n. 23 del 2015 la misura dell'indennizzo: non più tra un minimo ed un massimo, ma in misura proporzionatamente crescente con l'anzianità di servizio. Ma questa è solo una modalità di calcolo dell'indennizzo, già presente fin nella legge n. 604 del 1966, e che non ha mai creato problemi di sorta, costituendo un profilo marginale della disciplina di tutela nei confronti dei licenziamenti illegittimi. Anche prima l'indennizzo era crescente tra un minimo ed un massimo, ma secondo una valutazione del giudice, relativamente discrezionale perché orientata sulla base di determinati parametri tra cui proprio l'anzianità di servizio (art. 18, comma 5, novellato); ora l'indennizzo è crescente secondo solo l'anzianità del lavoratore, talché ciò che cambia è essenzialmente la discrezionalità del giudice, che viene meno; ma si tratta di un profilo marginale ed in fondo di rilievo assai contenuto. Ciò che invece soprattutto rileva è che tanto nella legge n. 92/2012 che nel d.lgs. n. 23/2015 vi è - a fronte dell'unico regime di tutela reintegratoria dell'art. 18 nella sua formulazione precedentemente vigente (fino a prima del 18 luglio 2012) - una tutela articolata in regimi differenziati, reintegratori o meramente indennitari, nei confronti dei licenziamenti illegittimi.

In sintesi dopo la riforma dell'art. 18 del 2012 c'è da una parte l'apporto della giurisprudenza di legittimità, di cui si viene ora a dire; d'altra parte il mutamento del quadro normativo, dato dal d.lgs. n. 23 del 2015, che, muovendosi sulla stessa linea delle tutele differenziate introdotte dalla legge n. 92/2012, rileva indirettamente anche tramite il classico argomento *a contrario* che può trarsi dalla successione delle leggi nel tempo. Sicché l'esame della giurisprudenza di legittimità può essere condotto tenendo anche presente questa ulteriore innovazione legislativa.

Quanto alla giurisprudenza di legittimità in particolare si è già notato che le pronunce sulla disciplina dei licenziamenti introdotta dalla legge n. 92 del 2012 non sono numerose e, soprattutto negli aspetti processuali, riguardano prevalentemente profili che attengono al giudizio di cassazione piuttosto che al giudizio di merito.

Quanto ai profili sostanziali l'intervento della giurisprudenza di legittimità ha riguardato essenzialmente due questioni: quella del regime transitorio della legge n. 92 del 2012, che è previsto espressamente quanto all'applicabilità del rito speciale, ma nulla è detto quanto alla disciplina sostanziale delle novellate tutele nei confronti del licenziamento illegittimo.

L'altra questione, maggiormente controversa, riguarda la delimitazione dell'area di tutela reintegratoria (attenuata) nel caso di licenziamento disciplinare illegittimo e si focalizza sulla nozione di "insussistenza del fatto contestato".

Quanto ai profili processuali, si è notato che essi riguardano essenzialmente il giudizio di cassazione piuttosto che quello di merito: il regolamento di competenza, il regolamento preventivo di giurisdizione, i vizi denunciabili con l'ordinario ricorso per cassazione, il ricorso per *saltum*. Non di meno dalla motivazione di alcune di queste pronunce emerge anche una presa di posizione sulla struttura del giudizio di merito di primo grado che il rito speciale ha disegnato come bifasico. E' questo probabilmente l'aspetto di maggior interesse e rilievo.

Con questa premessa si può ora passare ad esaminare più in dettaglio la giurisprudenza di legittimità in materia.

2. Profili sostanziali: applicabilità della legge n. 92 del 2012 ai licenziamenti intimati a partire dalla sua entrata in vigore.

La prima pronuncia sulla riforma del 2012 ha riguardato il regime transitorio delle legge n. 92/2012 quanto alla nuova disciplina sostanziale di tutele differenziate nei confronti del licenziamento illegittimo. La S.C. (**Cass., sez. lav., 7 maggio 2013, n. 10550**) ha affermato che l'art. 1, comma 42, della legge n. 92/2012, nel novellare il testo dell'art. 18 Stat. lav., non trova applicazione alle fattispecie di licenziamento oggetto dei giudizi pendenti innanzi alla corte di cassazione alla data della sua entrata in vigore, giacché introduce una disciplina che àncora le sanzioni irrogabili per effetto dell'accertata illegittimità del recesso a valutazioni di fatto per un verso incompatibili con la natura del giudizio di legittimità, per altro verso non in linea - ove richieste nell'ambito di un nuovo giudizio di merito a seguito di rinvio - con il principio della durata ragionevole del processo, sancito, oltre che dall'art. 111 Cost., dall'art. 6 CEDU e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Nella specie si trattava di un licenziamento intimato ben prima della legge n. 92 del 2012 ed anche la pronuncia della corte d'appello, che in riforma di quella di primo grado, aveva accertato l'illegittimità del licenziamento disciplinare per il ritenuto difetto di proporzionalità tra l'addebito, pur sussistente, e la sanzione espulsiva, ed aveva disposto la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, era stata emessa prima dell'entrata in vigore di tale legge. La tesi della difesa del datore di lavoro ricorrente era che trovasse applicazione l'art. 18 nel testo novellato dalla legge n. 92 del 2012 quale *jus superveniens* applicabile immediatamente anche nel giudizio di cassazione.

La S.C. ha ritenuto innanzi tutto infondate le censure che afferivano alla valutazione di gravità della condotta inadempiente del lavoratore e poi è passata ad esaminare la tesi dell'immediata applicabilità del regime sanzionatorio della legge n. 92 del 2012. La tesi, vista ora anche retrospettivamente, potrebbe sembrare all'evidenza destituita di fondamento giacché l'atto invalido ed illecito allo stesso tempo, costituito dal licenziamento illegittimo, era stato posto in essere ed aveva dispiegato il suoi effetti quando vigeva un'altra disciplina sostanziale. Il criterio generale per cui la legge dispone per il futuro (art. 11, primo comma, disp. prel. c.c.), salvo che, fuori dalla materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.), non sia prevista la sua efficacia retroattiva, non poteva che orientare nel senso di ritenere inapplicabile lo *jus superveniens* ai "vecchi" licenziamenti. Non di meno la tesi sostenuta dalla difesa del datore di lavoro era meno implausibile di quanto possa ora sembrare perché in una fattispecie che si presentava come simile invece la giurisprudenza aveva adottato una soluzione opposta ritenendo l'immediata applicabilità dello *jus superveniens* anche nel giudizio di cassazione. Si fa riferimento all'art. 32 legge n. 183 del 2010 che, al quinto comma, aveva previsto un nuovo regime sanzionatorio dell'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro. Il settimo comma della stessa disposizione prevedeva espressamente che la disposizione di cui al quinto comma (oltre che quella del sesto comma) trovassero applicazione in tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della legge stessa. Quindi una qualche retroattività era espressamente prevista e semmai poteva dubitarsi che ciò valesse per il giudizio di cassazione. Ed infatti il settimo comma proseguiva prescrivendo che, ai soli fini della determinazione della indennità di cui ai commi 5 e 6, il giudice potesse fissare alle parti un termine per l'eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni e poteva esercitare i poteri istruttori previsti dall'art. 421 c.p.c.. Ossia il mutamento delle regole nel corso del giudizio, che alterava il contraddittorio e le difese delle parti, era bilanciato da un aggiustamento in corsa del *thema decidendum*: le parti potevano modificare domande ed eccezioni in un termine assegnato dal giudice che poteva esercitare il poteri istruttori di cui all'art. 421 c.p.c.. Il riferimento era quindi al giudizio di merito dove solo domande ed eccezioni avrebbero potuto essere modificate per adattarle allo *jus superveniens* applicabile in corso di giudizio e dove solo il giudice, sia di primo grado che d'appello, aveva i poteri istruttori di cui all'art. 421 c.p.c..

La tesi che però si è affermata nella giurisprudenza di legittimità è stata quella di ritenere applicabile lo *jus superveniens* anche nel giudizio di cassazione dove certo non era possibile modificare il contenuto di ricorso e controricorso, ma dove si è ritenuto che in sede di memoria *ex* art. 378 c.p.c. la parte interessata potesse sollecitare la Corte ad applicare lo *jus superveniens* sempre che la questione relativa alla determinazione del danno risarcibile fosse stata ammissibilmente dedotta con uno dei motivi del ricorso per cassazione (*ex plurimis* Cass., sez. lav., 4 gennaio 2011, n. 80). La questione di costituzionalità sollevata dalla stessa Corte di cassazione è stata dichiarata non fondata anche quanto al profilo della immediata applicabilità della nuova disciplina a tutti i giudizi in corso (Corte cost. n. 303 del 2011).

Si è allora ipotizzato, richiamando proprio questa giurisprudenza, che potesse essere plausibile un'analoga soluzione anche per lo *ius superveniens* costituito dalla legge n. 92 del 2012.

Ma la Corte, nella cit. pronuncia n. 10550/2013, disattende tale prospettazione difensiva pur avendo ben presente quella adottata dalla stessa Corte sull'art. 32 cit., dalla quale peraltro sembra prendere le distanze definendola "opinabile".

In realtà l'art. 32, comma 5, prevedeva comunque una retroattiva applicazione dello *ius superveniens* anche ai giudizi in corso ed il problema interpretativo era se tale retroattività (eccezionale) dovesse trovare applicazione solo nei giudizi di merito, che consentivano l'aggiustamento del *thema decidendum*, ovvero si estendesse anche al giudizio di cassazione che è a critica limitata. Invece nella legge n. 92 del 2012 non è prevista alcuna retroattività di sorta e quindi non poteva ripetersi il percorso interpretativo fatto dalla Corte in riferimento all'art. 32, comma 5.

La Corte aggiunge poi un argomento di supporto affermando che con la legge n. 92 del 2012 è stato introdotta una nuova, complessa ed articolata disciplina dei licenziamenti che àncora le sanzioni irrogabili per effetto della accertata illegittimità del recesso a valutazioni di fatto incompatibili non solo con il giudizio di legittimità, ma anche con una eventuale rimessione al giudice di merito che fosse chiamato ad applicare uno dei possibili sistemi sanzionatori conseguenti alla qualificazione del "fatto giuridico" (su questa qualificazione si tornerà *infra*) posto a fondamento del provvedimento espulsivo. Quindi se si accogliesse la tesi dell'immediata applicazione della nuova disciplina sostanziale delle tutele nei confronti dei licenziamenti illegittimi vi sarebbe un evidente "stravolgimento" del sistema di allegazioni e prove nel processo, che non è limitato ad una modifica della sanzione irrogabile, ma si collega ad una molteplicità di ipotesi diverse di condotte giuridicamente rilevanti cui si connettono tutele tra loro profondamente differenti.

Inoltre - afferma ancora la Corte - una diversa interpretazione risulterebbe in contrasto, in primo luogo, con il principio della ragionevole durata del processo sancito, oltre che direttamente dalla Carta Costituzionale (art. 111 Cost.), anche dall'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, nonché dall'art. 47 della Carta Europea dei diritti fondamentali.

Questo primo arresto giurisprudenziale ha avuto un immediato seguito in **Cass., sez. lav., 9 gennaio 2014, n. 301**, che ha parimenti riguardato un licenziamento intimato prima della legge n. 92/2012, ritenuto illegittimo dal giudice di merito con le conseguenze dell'art. 18 Stat. lav. nel contenuto allora vigente, mentre alla stregua della nuova normativa la tutela sarebbe stata meramente indennitaria. La S.C. ha ribadito che la circostanza che la legge n. 92/2012, all'art. 1, comma 67, preveda l'applicabilità delle nuove norme processuali solo alle controversie instaurate dopo l'entrata in vigore della legge stessa non significa, *a contrariis*, che le nuove norme sostanziali in essa contenute siano applicabili ai licenziamenti anteriormente intimati, ma semplicemente che queste ultime seguono, in assenza di esplicita disposizione contraria, la regola dell'irretroattività sancita dall'art. 11 preleggi, regola cui può derogarsi soltanto se ciò è espressamente previsto da apposita disposizione di diritto transitorio. In assenza di espressa disposizione derogatoria - e tale è l'ipotesi della legge n. 92/2012 - il principio dell'irretroattività della legge previsto dall'art. 11 preleggi fa sì che la nuova legge non possa essere applicata, oltre ai rapporti giuridici esauritisi prima della sua entrata in vigore, a quelli sorti anteriormente e ancora in vita ove, in tal modo, si disconoscano gli effetti già verificatisi nel fatto passato o si venga a togliere efficacia, in tutto o in

parte, alle conseguenze attuali o future di esso. Invece - precisa la S.C. - lo *ius superveniens* è applicabile ai fatti, agli *status* e alle situazioni esistenti o sopravvenute alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti ad un fatto passato, quando essi, ai fini della disciplina disposta dalla nuova legge, debbano essere presi in considerazione in sé stessi, prescindendosi totalmente dal collegamento con il fatto che li ha generati, in modo che resti escluso che, attraverso tale applicazione, sia modificata la disciplina giuridica del fatto generatore

La pronuncia fa riferimento all'ipotesi del licenziamento già giudicato illegittimo dal giudice di merito che non può essere governata dalla nuova legge n. 92/2012. Ed in realtà anche Cass. n. 10550/2013 cit. fa riferimento ad un giudizio di merito in corso nella misura in cui argomenta che la tesi opposta dell'immediata applicabilità della disciplina sostanziale della legge n. 92/2012 ai giudizi in corso sarebbe in contrasto con l'art. 111 Cost., l'art. 6 CEDU e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In realtà però, una volta esclusa ogni retroattività di tale disciplina occorre far riferimento al perfezionamento della fattispecie negoziale, ossia quella del recesso datoriale che, in quanto atto recettizio, si perfeziona con la comunicazione del licenziamento. Quindi, ove anche alla data di entrata in vigore della legge n. 92/2012 non fosse pendente alcun giudizio di merito, avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento, comunque la nuova normativa non troverebbe applicazione ove il licenziamento risultasse perfezionato prima della sua entrata in vigore.

Non rileva invece, nel caso del licenziamento disciplinare, che il fatto contestato sia precedente alla legge n. 92/2012 se il licenziamento viene intimato dopo tale data. E' vero che si tratta di una "sanzione", ma pur sempre di natura civile che non può essere equiparata ad una "pena"; talché non opera il principio di irretroattività sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost. che prescrive che nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. E' vero che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto (così Corte cost. n. 104 del 2014). Ma la sanzione espulsiva del licenziamento disciplinare non si inserisce in un rapporto di soggezione connotato dall'esercizio di un potere pubblico e quindi non può qualificarsi "pena" neppure in senso lato. Va pertanto considerata, al fine di individuare la legge regolatrice del rapporto, la fattispecie negoziale (licenziamento disciplinare) e non già il "fatto contestato".

3. Tutela reintegratoria, piena o attenuata, e tutela indennitaria nei confronti del licenziamento illegittimo.

Il fulcro della riforma del 2012 è costituito dalla modifica della c.d. tutela reale per i licenziamenti illegittimi quale prevista dal previgente art. 18 Stat. lav.; disposizione questa che, novellata dall'art. 1, comma 42, legge n. 92 del 2012, contiene ora quattro distinti regimi di tutela nei confronti del licenziamento illegittimo riconducibili ad una duplice matrice: *a)* la tutela reintegratoria, sia nella forma "piena" di cui ai primi due commi (corrispondente in buona parte a quella del "vecchio" art. 18) che nella forma "attenuata" di cui al quarto comma; *b)* la tutela indennitaria, che non prevede la reintegrazione nel posto di lavoro, ma solo una compensazione economica e che per il suo contenuto (ossia per la quantificazione dell'indennità) si articola anch'essa nelle due forme - ordinaria e attenuata - del quinto e del sesto comma del novellato art. 18; le quali si atteggiano a speciali rispetto alla tutela c.d. obbligatoria, parimenti indennitaria, dell'art. 8 legge n. 604/1966 nella residua area di sua applicazione.

Il nuovo art. 18 assegna poi al lavoratore illegittimamente licenziamento e reintegrato nel posto di lavoro - sia nel regime della tutela reintegratoria piena che in quello della tutela reintegratoria attenuata - un'indennità risarcitoria.

I punti di maggiore criticità della riforma emergono soprattutto laddove manca una netta linea di demarcazione tra un regime di tutela e l'altro.

Vi è innanzi tutto il primo comma dell'art. 18 che prevede la tutela reintegratoria piena, in particolare, in caso di licenziamento discriminatorio; da ciò la necessità di identificare questa fattispecie in termini più puntuali che in passato per distinguerla da quella del licenziamento che sia (soltanto) privo di giusta causa o di giustificato motivo, essendo l'una e l'altra destinatarie di regimi di tutela sensibilmente diversi.

Inoltre il quarto comma del novellato art. 18, che definisce la tutela reintegratoria attenuata, prevede l'"insussistenza del fatto contestato" come fattispecie distinta dalle altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa allegati dal datore di lavoro; ipotesi quest'ultima che, per differenziarsi dalla prima, deve predicare la contestuale "sussistenza" del fatto contestato unitamente alla "non ricorrenza" degli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa. A questa nozione - assai controversa in termini di "fatto materiale" ovvero di "fatto giuridico" - è affidata in particolare la distinzione tra tutela reintegratoria attenuata e tutela indennitaria ordinaria (quella del quinto comma dell'art. 18).

Vi è altresì il settimo comma dell'art. 18 che prevede la "manifesta insussistenza" del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo come fattispecie distinta dalla semplice "non ricorrenza" degli estremi del predetto giustificato motivo, dove la linea di demarcazione, rilevante anch'essa come scrimine tra tutela reintegratoria attenuata e tutela indennitaria ordinaria, è inusitatamente tracciata sul crinale incerto del carattere manifesto, o no, dell'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; l'ambiguità ed incertezza del criterio sono poi aggravate dal fatto che l'applicazione del regime reintegratorio piuttosto di quello indennitario appare essere affidato, secondo il dato testuale della norma, alla discrezionalità del giudice (che "può [...] applicare la predetta disciplina [...]").

La contiguità testuale di tutte queste fattispecie, l'una a confine dell'altra, genera di per sé incertezza nella loro identificazione.

Tra le questioni più importanti che la giurisprudenza ha cominciato ad affrontate vi è la perimetrazione della fattispecie del licenziamento disciplinare mediante la nozione di «insussistenza del fatto contestato» di cui si viene ora a dire. Non senza però ricordare che la tutela in caso di licenziamento disciplinare illegittimo non è mai quella reintegratoria piena dei primi due commi dell'art. 18.

La fattispecie alla quale ancora si applica la tutela reintegratoria piena dei primi due commi del novellato art. 18, rimane essenzialmente quella del licenziamento «discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108»; applicabile anche alle organizzazioni di tendenza. Tale è il licenziamento determinato da una delle ragioni discriminatorie enumerate dagli artt. 4 l. n. 604/1966 e 15 l. n. 300/1970; esso è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta e comporta, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro ed anche per i dirigenti d'azienda, le conseguenze previste dall'art. 18, primo comma, Stat. lav.. La legge n. 92/2012 non modifica i presupposti sostanziali che integrano la fattispecie del licenziamento discriminatorio. Sotto questo aspetto nulla è mutato: ciò che prima era licenziamento discriminatorio lo è anche ora dopo la riforma del 2012; talché la giurisprudenza continua a ritenere integrata questa fattispecie quando il licenziamento è stato originato esclusivamente dall'intento discriminatorio perseguito dal datore di lavoro. Però è mutato il quadro di riferimento costituito ora dall'art. 18 novellato. La fuoriuscita del licenziamento ingiustificato (*i.e.* privo di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo ed oggettivo) dall'area di applicabilità della tutela reintegratoria piena carica di maggiore importanza la figura del licenziamento discriminatorio che costituisce la fattispecie per eccellenza conservata nel "vecchio" regime reintegratorio della tutela reale. Se il giudice accerta l'insussistenza del fatto allegato dal datore di lavoro quale giusta causa o giustificato motivo soggettivo del licenziamento oppure verifica la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (entrambe ipotesi di tutela reintegratoria attenuata), può dirsi che la posizione del lavoratore (ingiustificatamente e quindi illegittimamente) licenziato sia del tutto analoga a quella di tutti gli altri lavoratori che invece sono rimasti in servizio nel senso che, mancando del tutto la ragione giustificatrice del licenziamento, manca anche

qualsiasi elemento che differenzi la posizione del lavoratore licenziato, sicché esso appare "discriminato"; salvo ritenere che il licenziamento discriminatorio sia tale solo quando presenta in positivo un *quid pluris* rispetto a un licenziamento ingiustificato sì da renderlo riconducibile ad una delle fattispecie discriminatorie contemplate dalla legge (*ex* art. 15 Stat. lav.: discriminazione sindacale, politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali). La giurisprudenza comunque (*ex plurimis* Cass., sez. lav., 18 marzo 2011, n. 6282) predica un'interpretazione estensiva affermando che la fattispecie (e quindi il divieto) del licenziamento discriminatorio comprende, ad es., anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia.

Contigua poi alla fattispecie del licenziamento discriminatorio è quella del licenziamento nullo perché «determinato da un motivo illecito determinante» ai sensi dell'art. 1345 c.c., alla quale pure si applica il regime della tutela reintegratoria piena. Il motivo illecito inficia il recesso «indipendentemente dal motivo formalmente addotto» dal datore di lavoro. Si tratta di un'applicazione dell'art. 1345 c.c. che prevede che il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe, disposizione applicabile anche agli atti negoziali unilaterali. In vero il primo comma del novellato art. 18 non si limita ad un mero richiamo dell'art. 1345 c.c., ma richiede che il motivo sia «determinante» laddove la disposizione codicistica prescrive che il motivo, perché eccezionalmente rilevi per il contratto, debba essere esclusivo e comune alle parti. La qualificazione di «determinante» del motivo illecito comporta che deve risultare provato che il licenziamento non sarebbe stato intimato se non ci fosse stato tale motivo; il quale quindi risulta essere la reale ragione del recesso, la vera causa unica del licenziamento che può essere dedotta dal lavoratore come vizio di nullità del recesso «indipendentemente dal motivo formalmente addotto» dal datore di lavoro.

4. Il licenziamento disciplinare illegittimo: l'«insussistenza del fatto contestato».

Il nuovo art. 18 distingue tra licenziamento disciplinare illegittimo per ragioni sostanziali (con un doppio regime di tutela la cui delimitazione è segnata, soprattutto, dalla nozione di «insussistenza del fatto contestato») ovvero per ragioni formali (*i.e.* per violazione delle regole del procedimento disciplinare), tra cui però non rientra il canone generale della forma scritta del licenziamento (contemplato dal primo comma del nuovo art. 18 che riconosce la tutela reintegratoria piena).

Il regime della tutela reintegratoria attenuata (art. 18, quarto comma) trova applicazione nelle ipotesi più gravi ed evidenti di licenziamento disciplinare illegittimo: 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. Negli altri casi, pur non ricorrendo gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo sicché il licenziamento disciplinare è comunque illegittimo, opera invece la tutela meramente indennitaria di cui al quinto comma dell'art. 18 e non già quella reintegratoria, seppur attenuata, sicché il rapporto deve considerarsi risolto alla data del licenziamento.

Ove il fatto contestato non sia riconducibile ad una condotta che la contrattazione collettiva o il codice disciplinare prevedono come passibile di licenziamento, ma al contrario rientri tra le condotte, pur inadempienti del lavoratore, sanzionate con misure conservative (censura, multa, sospensione dal servizio), l'intimato licenziamento disciplinare risulta illegittimo in quanto fondato su un fatto contestato che, commesso o no dal lavoratore, è comunque inidoneo a sorreggere una sanzione espulsiva: ciò giustifica la più incisiva tutela reintegratoria, seppur attenuata. Questa valutazione, che precede l'altra, logicamente successiva, in termini di sussistenza/insussistenza del fatto contestato, si raccorda al canone generale dell'art. 1455 c.c. che prescrive che il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra. Il quarto comma dell'art. 18 non fa altro che specificare questo principio generale applicandolo al recesso datoriale giustificato con una condotta inadempiente del lavoratore, ossia al licenziamento disciplinare. Se il fatto contestato è previsto dalla contrattazione

collettiva o dal codice disciplinare come inadempimento sanzionato con una sanzione conservativa, esso non è idoneo a fondare una sanzione espulsiva qual è il licenziamento disciplinare; il quale, se intimato per quel fatto contestato, è in radice illegittimo per difetto di "importanza" dell'inadempimento, ossia di proporzionalità in astratto, senza che il giudice, adito a seguito dell'impugnativa del licenziamento, debba passare a verificare se il "fatto contestato" sussista o no. In tale evenienza la tutela - prevede espressamente il quarto comma dell'art. 18 - è quella reintegratoria attenuata.

La possibile graduazione, ad opera della contrattazione collettiva, delle condotte inadempienti e delle relative sanzioni attualizza e specifica un canone di necessaria proporzionalità in termini generali ed astratti, ossia sganciati dalla fattispecie concreta, e si raccorda al canone, anch'esso generale ed astratto, della necessaria "importanza" (*i.e.* gravità) dell'inadempimento *ex* art. 1455 c.c..

Risulta allora che il riferimento, contenuto nel quarto comma dell'art. 18, al fatto che non rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, non è altro che l'espressione di una clausola generale sulla necessaria importanza dell'inadempimento che opera comunque in quanto norma a carattere imperativo. Se manca la specificazione della contrattazione collettiva o del codice disciplinare in una graduazione di condotte inadempienti e sanzioni, si ha che opera solo la clausola generale che predica l'importanza dell'inadempimento e che quindi richiede che il "fatto contestato" risponda innanzi tutto ad un canone di proporzionalità intesa come idoneità, in termini generali ed astratti, a fondare un licenziamento disciplinare.

Se ad es. la contrattazione collettiva o il codice disciplinare, graduando sanzioni e condotte inadempienti, escludono - come è ragionevole che sia - che il ritardo di cinque minuti nell'inizio dell'attività lavorativa rispetto al prescritto orario di lavoro possa comportare, a carico del lavoratore inadempiente, la sanzione espulsiva, ma legittimi solo una sanzione conservativa, l'eventuale licenziamento disciplinare intimato dal lavoratore per tale ragione non solo sarà illegittimo, ma darà luogo alla reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi del quarto comma dell'art. 18, che ciò espressamente prevede allorché "il fatto [contestato] rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili". Ma, se manca questa graduazione nella contrattazione collettiva o nel codice disciplinare, non di meno opera la clausola generale dell'importanza dell'inadempimento e quindi, in perfetto parallelismo, il giudice adito potrà ritenere che il "fatto contestato", consistente nel ritardo di cinque minuti nell'inizio dell'attività lavorativa, difetta di "importanza" come condotta inadempiente, ossia difetta di proporzionalità, in termini generali ed astratti, rispetto alla sanzione espulsiva del licenziamento disciplinare. La conseguenza sarà la stessa: la reintegrazione di cui al quarto comma dell'art. 18.

Superato questo vaglio preliminare in ordine alla verifica dell'idoneità in astratto del fatto contestato a fondare il licenziamento disciplinare, si apre la verifica fattuale in termini di sussistenza/insussistenza in concreto del fatto contestato. Se questo risulta insussistente - nel senso che il datore di lavoro non riesce a dare la prova della sua sussistenza - il licenziamento disciplinare sarà illegittimo e la tutela sarà ancora quella reintegratoria del quarto comma dell'art. 18; disposizione questa che appunto equipara a tal fine l'"insussistenza del fatto contestato" alla inidoneità, in astratto, del fatto contestato a fondare un licenziamento disciplinare.

Proseguendo oltre, se il fatto risulta sussistente - nonché, prima ancora, idoneo a fondare un licenziamento disciplinare - si schiude l'ulteriore verifica in concreto della proporzionalità della sanzione espulsiva alla specifica condotta inadempiente di cui si è reso responsabile il lavoratore e che è stata provata dal datore di lavoro. In questo giudizio di proporzionalità rileva innanzi tutto l'elemento soggettivo; rilevano eventuali ragioni giustificative; rileva ogni circostanza al contorno, oggettiva e soggettiva, che valga a meglio apprezzare il (sussistente) fatto contestato. Questa verifica di proporzionalità, proprio perché fatta in concreto con riferimento ad un fatto contestato di cui è stata accertata la sussistenza, è ben diversa dalla valutazione preliminare di importanza

dell'inadempimento che invece è fatta in astratto sulla scorta della clausola generale suddetta ove non sia possibile farla con riferimento alla contrattazione collettiva o al codice disciplinare. Rientra tra le "altre ipotesi" alle quali fa riferimento il quinto comma dell'art. 18 sicché diverso è il regime di tutela: non già quella reintegratoria del quarto comma dell'art. 18, bensì quella indennitaria del quinto comma della medesima disposizione.

5. La sentenza n. 23669 del 2014 e la nozione di "fatto materiale".

Su questo importante aspetto della riforma del 2012 si registra una prima - e, per quanto consta, per ora unica - pronuncia della giurisprudenza di legittimità (**Cass., sez. lav., 6 novembre 2014, n. 23669**) che ha preso posizione in modo molto netto affermando che l'art. 18, come modificato dalla legge n. 92/2012, distingue il fatto materiale dalla sua qualificazione in termini di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, riconoscendo la tutela reintegratoria solo in caso di insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, sicché 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.

In realtà il caso di specie, portato all'esame della S.C., non poneva il problema della preliminare verifica dell'astratta idoneità del fatto contestato (abituale e continuata condotta scorretta di un direttore di una filiale di banca nella gestione dell'ufficio e del personale da lui dipendente) a fondare il licenziamento disciplinare perché ciò era stato ritenuto, come presupposto implicito, dal giudice di merito (non si sa se con riferimento alla contrattazione collettiva o al codice disciplinare, oppure sulla base di un'autonoma valutazione di importanza dell'inadempimento secondo quanto si è detto sopra) e più non se ne discuteva in causa (nel senso che le parti non dibattevano in ordine alla astratta idoneità del fatto contestato a fondare il licenziamento disciplinare, idoneità che quindi poteva dirsi pacifica in causa). Né si poneva un problema di rilevanza del giudizio di proporzionalità, in concreto, della sanzione espulsiva rispetto alla portata della condotta inadempiente del lavoratore perché il giudice di merito aveva ritenuto illegittimo il licenziamento disciplinare per insussistenza del fatto contestato al lavoratore, seppur aggiungendo - come concorrente *ratio decidendi* - che singoli episodi di condotta scorretta, ove anche provati, costituivano una condotta occasionale "che non era idonea a giustificare la massima sanzione disciplinare". Conseguentemente il giudice di merito aveva accordato la tutela reintegratoria attenuata di cui al quarto comma dell'art. 18 in ragione della "insussistenza del fatto contestato".

La S.C. ha rigettato il ricorso della banca considerando da una parte che la ritenuta (dal giudice del merito) insussistenza del fatto contestato non era scalfitta dalla censura mossa dalla banca ai sensi del nuovo n. 5 del primo comma dell'art. 360 c.p.c., nella specie già applicabile, perché la banca non aveva indicato il «fatto storico, il cui esame sia stato omesso, il "dato", testuale o extratestuale, da cui esso risulti esistente, il "come" e il "quando" tale fatto sia stato oggetto di discussione processuale tra le parti e la sua "decisività». La S.C. in questa parte ha dato continuità alla giurisprudenza delle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053) prontamente formatasi sul nuovo n. 5 del primo comma dell'art. 360 c.p.c..

D'altra parte la S.C. ha ritenuto che la *ratio decidendi* concorrente, espressa dal giudice di merito, non era stata specificamente censurata dalla banca ricorrente e comunque «ciascun addebito è stato dal giudice del gravame ritenuto di per sé insufficiente ad integrare una contestazione autonomamente valutabile in termini di specificità dell'addebito».

Quindi decisivo era che il fatto contestato (la addebitata condotta scorretta, abituale e continuata, nella gestione dell'ufficio e del personale) era insussistente, perché non provato, mentre solo di rinforzo era il rilievo che singoli episodi di occasionale condotta inadempiente comunque erano insufficienti a fondare il licenziamento disciplinare.

In questo contesto la rilevanza, o no, del giudizio di proporzionalità in concreto dell'addebito alla sanzione espulsiva quanto al regime di tutela applicabile in realtà non si poneva perché il giudice di merito aveva ritenuto la radicale insussistenza del fatto, non revocata in dubbio dalla

concorrente *ratio decidendi* sulla valutazione di singoli episodi di inadempienza e confermata all'esito del giudizio di cassazione.

Ma se il fatto contestato è insussistente il regime di tutela del lavoratore illegittimamente licenziato è inequivocabilmente - come ritenuto dalla pronuncia del giudice di merito (confermata dalla S.C.) - quello reintegratorio nella forma attenuata del quarto comma dell'art. 18 che espressamente prevede tale tutela ove non ricorrano gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, addotti dal datore di lavoro, per "insussistenza del fatto contestato".

Con riferimento a questa fattispecie (insussistenza del fatto contestato, posto a fondamento del licenziamento disciplinare) lo stesso d.lgs. n. 23/2015 all'art. 3, comma 2, conferma il regime della tutela reintegratoria in caso di "insussistenza del fatto materiale contestato" (ma sulla novità del recente decreto legislativo si tornerà *infra*).

Non di meno la S.C., per esigenza di sistematicità stante anche la novità della normativa al suo esame, ha disegnato il regime complessivo del licenziamento disciplinare illegittimo che - escluso in ogni caso la tutela reintegratoria piena dei primi due commi dell'art. 18 - radica alternativamente un triplice regime di tutela: quella reintegratoria attenuata del quarto comma dell'art. 18; quella indennitaria ordinaria del quinto comma dell'art. 18; quella indennitaria ridotta del sesto comma dell'art. 18. Ha affermato la S.C.: «Il primo regime [...] viene in considerazione nelle sole tassative ipotesi in cui il giudice accerti che il fatto (che ha dato causa al licenziamento) non sussiste, ovvero nel caso in cui ritenga che il fatto rientri nelle condotte punibili con una sanzione conservativa, sulla base delle disposizioni del contratto collettivo applicato, ovvero dei codici disciplinari applicabili alla fattispecie in esame. [...] Il secondo regime, disciplinato dal nuovo comma 5 dell'art. 18 Stat. Lav., si applica nelle "altre ipotesi" in cui emerge in giudizio che non vi sono gli estremi integranti la giusta causa o per il giustificato motivo soggettivo, con esclusione delle ipotesi di licenziamento adottato in violazione delle regole procedurali previste dall'art. 7 L. 300/70. [...] Un terzo regime, per il quale vige anche la sola tutela risarcitoria, viene, poi, in considerazione nell'ipotesi di violazione delle regole procedurali previste dall'art. 7 L. 300/70».

E con riferimento al primo regime di tutela - quello reintegratorio - ha precisato la S.C.: «La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato**».**

E' in questa più sistematica ricostruzione - che però costituisce in realtà un ampio *obiter dictum* (per quanto sopra rilevato) - che la S.C. prende posizione sulla questione (molto controversa) nell'interpretazione del quarto comma del novellato art. 18: se per "insussistenza del fatto contestato" debba intendersi il fatto materiale con esclusione, o no, di ogni valutazione in ordine alla proporzionalità della sanzione espulsiva; il "fatto contestato" - afferma la S.C. - deve intendersi come "fatto materiale" che non implica il giudizio di proporzionalità tra sanzione espulsiva ed addebito. Interrogativo questo - spesso posto in termini di alternativa tra "fatto materiale" *versus* "fatto giuridico" (si è già notato sopra che Cass. n. 10550/2013 cit. parla invece, seppur *en passant*, di "fatto giuridico") - che richiede innanzi tutto di sgombrare il campo da due possibili equivoci.

Che il fatto addebitato al lavoratore debba essere, in concreto, di gravità proporzionale alla sanzione espulsiva del licenziamento disciplinare risponde ad un principio più volte affermato dalla giurisprudenza e che può considerarsi acquisito nella forma del diritto vivente, non revocato né dall'art. 18, quarto comma, né dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015. Se difetta la proporzionalità nel senso che il fatto contestato, pur costituendo un inadempimento degli obblighi scaturenti dal rapporto di lavoro, non è in concreto di gravità tale da giustificare la sanzione espulsiva, l'intimato

licenziamento disciplinare è illegittimo. Cfr. da ultimo **Cass., sez. lav., 11 febbraio 2015, n. 2692**, che ha ribadito che, anche nel regime della legge n. 92 del 2012, il difetto di proporzionalità tra la sanzione espulsiva, costituita dall'intimato licenziamento disciplinare, e il fatto contestato comporta la illegittimità del licenziamento stesso. La questione controversa riguarda invece, non già la valutazione di proporzionalità al fine della legittimità, o no, del licenziamento disciplinare, bensì l'individuazione del regime di tutela nei confronti del licenziamento disciplinare ritenuto illegittimo per difetto di proporzionalità: se quello della reintegrazione attenuata del quarto comma dell'art. 18 oppure quello della tutela meramente indennitaria del quinto comma della stessa disposizione. A tal fine - e solo a tal fine - ci si chiede se rilevi, o no, il difetto di proporzionalità tra addebito e sanzione che invece certamente rileva al fine della valutazione di illegittimità del licenziamento disciplinare.

L'altro equivoco possibile porta poi a disambiguare il termine "fatto materiale", utilizzato dalla S.C., ma non dal quarto comma dell'art. 18 (che parla di "fatto contestato"), termine che non significa, come nel linguaggio corrente, mero accadimento di un fatto, ma significa condotta inadempiente (del lavoratore) e quindi si connota in ogni caso di una qualificazione giuridica che discende dalla nozione ontologica del licenziamento disciplinare ripetutamente affermata in giurisprudenza. Il licenziamento disciplinare è quello con cui il datore di lavoro addebita al lavoratore una "colpa" in senso lato e quindi un'inadempienza agli obblighi nascenti dal rapporto di lavoro. Se gli addebita, come ipotesi astratta, un fatto che non costituisce inadempimento, viene meno in radice (nel senso che non è proprio configurabile) il licenziamento disciplinare. Quindi "fatto materiale" (*i.e.* "fatto contestato") è comunque una condotta inadempiente, tale in ragione di una qualificazione giuridica del fatto stesso in termini appunto di inadempimento. Il sintagma "fatto materiale" è un termine ellittico perché si associa comunque ad una qualificazione giuridica; di qui anche l'ambiguità dell'alternativa posta in termini di "fatto materiale" *versus* "fatto giuridico". Il fatto contestato è sì una condotta materiale del lavoratore, ma che si qualifica sempre come inadempimento degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro: fatto materiale sì, ma sempre giuridicamente qualificato. Inoltre - per quanto appena osservato - il "fatto materiale", così inteso, deve comunque essere di una gravità proporzionale alla sanzione espulsiva; in difetto di tale proporzionalità il licenziamento disciplinare è illegittimo.

Così circoscritta la questione controversa in ordine alla quale la S.C., con la sentenza n. 23669/2014, ha preso posizione, può dirsi che il principio enunciato in tale pronuncia, sulla base di una interpretazione strettamente letterale del quarto comma dell'art. 18, sconta il fatto che nella specie era per così dire pacifica, nel senso che su ciò le parti non controvertevano, l'idoneità astratta del fatto contestato a fondare il licenziamento disciplinare. Ciò spiega perché la S.C. non ne parli sì che il principio di diritto affermato risulta in un certo senso dimensionato e circoscritto alla fattispecie oggetto del giudizio, e quindi nel senso che, quando la Corte parla di giudizio di proporzionalità, si riferisce in realtà alla proporzionalità in concreto, valutazione che segue l'accertata sussistenza del fatto contestato, e non già alla clausola generale di idoneità, in termini generali ed astratti, del fatto contestato a fondare il licenziamento disciplinare, valutazione questa che invece precede quella sulla sussistenza/insussistenza del fatto contestato.

In sintesi quella accolta dalla S.C. costituisce sì un'interpretazione stretta della disposizione cit., fondata sulla predicata equivalenza di "fatto contestato" a "fatto materiale", che tiene fuori il giudizio di proporzionalità in concreto della sanzione espulsiva all'addebito al fine della tutela reintegratoria; ma che non esclude il rilievo, tutt'affatto preliminare, dell'astratta idoneità del fatto contestato a fondare il licenziamento disciplinare, idoneità che nel caso di specie era pacifica in causa. Sicché può dirsi che tale interpretazione si completa e si integra con l'interpretazione - quale quella sopra esposta - che valorizza il riferimento, anch'esso testuale, alla valutazione di proporzionalità operata dalla contrattazione collettiva o dal codice disciplinare e, in via deduttiva, alla clausola generale dell'importanza dell'inadempimento, ad essa sottesa.

Per un'ipotesi in cui il giudice di merito aveva escluso la idoneità in generale del fatto contestato a fondare il licenziamento disciplinare, perché la condotta addebitata al lavoratore, pur

penalmente rilevante, era estranea all'attività lavorativa e all'attività aziendale, cfr. **Cass., sez. lav., 17 febbraio 2015, n. 3136**, che invece, nel cassare tale sentenza impugnata e nel pronunciare nel merito *ex* art. 384 c.p.c., ha ritenuto al contrario sussistere tale idoneità in astratto, nonché sussistere in concreto il fatto contestato in ragione di un giudicato penale formatosi su una sentenza di applicazione della pena a richiesta dell'imputato (c.d. patteggiamento).

6. Dal "fatto contestato" (l. n. 92/2012) al "fatto materiale contestato" (d.lgs. n. 23/2015).

La perimetrazione appena fatta dell'area di tutela reintegratoria rispetto a quella di tutela meramente indennitaria nel caso di licenziamento disciplinare illegittimo trova ora una ridefinizione nell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 che prevede la tutela reintegratoria in caso di "insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento".

L'"insussistenza del fatto contestato" di cui al quarto comma dell'art. 18 diventa "insussistenza del fatto materiale contestato" dove l'aggiunta dell'aggettivo "materiale" sembra più che altro un testuale riferimento alla cit. sentenza n. 23669/2014. Ma si è già rilevato che il "fatto materiale contestato" è, nel licenziamento disciplinare, una condotta inadempiente degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro. L'etichetta "materiale" ora assegnata (dall'art. 3, comma 2, cit.) al "fatto contestato" non esclude che esso si qualifichi come inadempimento di obblighi contrattuali ed è questa una qualificazione tipicamente giuridica; sicché per ciò solo non cambiano la prospettiva e le conclusioni sopra raggiunte con riferimento all'art. 18, quarto comma.

Sono invece ben più significativi altri due dati: da una parte l'omesso riferimento alla graduazione di sanzione ed addebiti quale in ipotesi prevista dalla contrattazione collettiva o dal codice disciplinare; d'altra parte l'espressa previsione della estraneità di ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento al fine di riconoscere la tutela reintegratoria nei confronti del licenziamento disciplinare illegittimo. La scelta del legislatore appare chiara. Mentre prima (ossia per i "vecchi" contratti di lavoro) rilevava, al fine del riconoscimento della tutela reintegratoria, il difetto di idoneità in astratto del fatto contestato a fondare il licenziamento disciplinare, vuoi in ragione della graduazione di sanzioni ed addebiti quale prevista dalla contrattazione collettiva o dal codice disciplinare, vuoi in ragione della clausola generale che predica la necessaria importanza dell'inadempimento, ora (ossia per i "nuovi" contratti) tale rilevanza non è più prevista ed anzi è espressamente esclusa. Rimane, beninteso, la rilevanza di ciò al fine della declaratoria di illegittimità del licenziamento disciplinare, ma la tutela accordata è solo quella indennitaria dell'art. 3, comma 1, cit. (la cui misura è - questa sì - "crescente" da quattro a ventiquattro mensilità di retribuzione considerando due mensilità per ogni anno di servizio).

In sostanza la linea di demarcazione tra tutela reintegratoria e tutela indennitaria, in caso di licenziamento disciplinare illegittimo, è stata spostata riducendo la prima ed ampliando quest'ultima. Nella tutela reale rimane solo la insussistenza del fatto contestato, mentre l'inidoneità in astratto del fatto contestato a fondare il licenziamento disciplinare è traslata nell'area della tutela indennitaria.

Si tratta di una scelta del legislatore delegato che afferisce al piano degli indirizzi di politica legislativa e che chiama in causa semmai la verifica di conformità a parametri costituzionali (innanzi tutto all'art. 3, primo comma, Cost.) perché non appare evidente - anzi forse appare dubbia - la ragionevolezza di accordare una tutela minore (quella indennitaria) in una fattispecie in cui il vizio del licenziamento disciplinare è massimo e radicale - per essere il fatto contestato, prima ancora della verifica della sua sussistenza/insussistenza, inidoneo in generale a fondare il licenziamento disciplinare - rispetto alla fattispecie in cui il vizio è meno evidente in quanto implica una valutazione delle risultanze di causa perché il giudice si formi il convincimento in ordine alla sussistenza/insussistenza del fatto contestato e non di meno, ove il datore di lavoro non riesca a provare la sussistenza del fatto contestato, è accordata al lavoratore illegittimamente licenziamento la tutela maggiore (quella reintegratoria). In vero secondo il dato testuale dell'art. 3,

comma 2, cit. la tutela reintegratoria è limitata all'ipotesi in cui risulti "direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore" talché, pur non derogandosi all'art. 5 legge n. 604/1966 che pone a carico del datore di lavoro l'onere di provare la giusta causa o il giustificato motivo del licenziamento, occorre distinguere l'ipotesi in cui la prova offerta dal datore di lavoro non sia valutata (dal giudice) come sufficiente a dimostrare la sussistenza del fatto contestato, dal'ipotesi in cui dalle risultanze di causa emerga in positivo l'insussistenza del fatto contestato.

Ma ciò che interessa al fine del tema in esame (la disciplina posta dalla legge n. 92/2012) è la possibilità di utilizzare l'art. 3, comma 2, come argomento *a contrario* per validare ulteriormente l'interpretazione dell'art. 18, quarto comma. Se per escludere ai fini della tutela reintegratoria la rilevanza della mancanza di proporzionalità in astratto del fatto contestato rispetto alla sanzione espulsiva - ossia del difetto di "importanza" dell'inadempimento - c'è voluta la testuale previsione dell'art. 3, comma 2, nella convergente omissione, prima contemplata, della rilevanza della graduazione di sanzioni ed addebiti in ipotesi prevista dalla contrattazione collettiva o dal codice disciplinare e nell'espressa esclusione di ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, può allora dirsi che in precedenza invece, quando era - ed è ancora - espressamente prevista la rilevanza della graduazione di sanzioni ed addebiti in ipotesi contemplata dalla contrattazione collettiva o dal codice disciplinare, la linea di demarcazione tra tutela reintegratoria e tutela indennitaria era diversa, maggiormente spostata a favore della tutela reintegratoria nelle due ipotesi di difetto di "importanza" dell'inadempimento e di insussistenza del fatto contestato nei termini sopra precisati.

7. La «manifesta insussistenza del fatto» nel licenziamento senza giustificato motivo oggettivo.

Contigua all'ipotesi dell'"insussistenza del fatto" nel licenziamento disciplinare è - anche nella formulazione testuale - quella della "manifesta insussistenza del fatto" nel licenziamento economico, ossia per motivi oggettivi.

Non risultano allo stato pronunce della S.C.; non di meno qualche riflessione può svolgersi.

In caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (settimo comma, seconda parte), occorre distinguere secondo una tripartizione di regimi di tutela. Ove ricorra l'ipotesi della "manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo" si applica - o meglio, il giudice *può* applicare - il regime della tutela reintegratoria "attenuata" del quarto comma dell'art. 18 che, per questa fattispecie di licenziamento illegittimo, rappresenta il livello di tutela più incisivo. Ove invece risultino le "altre ipotesi" in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, opera la tutela indennitaria del quinto comma dell'art. 18. Ove infine siano violate le regole di procedura, previste dall'art. 7 l. n. 604/1966 come novellato dal comma 40 dell'art. 1 l. n. 92/2012, il regime di tutela è quello indennitario attenuato di cui al sesto comma del novellato art. 18.

Quindi c'è una sorta di scalettamento delle tutele possibili: da quella reintegratoria del quarto comma dell'art. 18 si passa a quella indennitaria di cui al quinto comma ed infine a quella parimenti indennitaria, ma attenuata, di cui al sesto comma.

La criticità di questa modulazione frammentata delle tutele è simile a quella già esaminata a proposito del licenziamento disciplinare. Anche nel caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (ossia per ragioni economiche) occorre definire la fattispecie della "manifesta insussistenza" del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e differenziarla dalle "altre ipotesi" in cui pure non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo. Distinzione questa che è parimenti carica di rilevanza perché in un caso c'è la reintegrazione nel posto di lavoro, mentre nell'altro c'è la perdita del posto di lavoro con il solo riconoscimento di una compensazione economica.

Mentre nell'ipotesi, già esaminata, del licenziamento disciplinare si è ritenuto che possa rinvenirsi un criterio di proporzionalità tra addebito e sanzione che consente di tracciare una linea di

demarcazione abbastanza riconoscibile, nel caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo manca un analogo parametro di valutazione. Occorre invece identificare - come richiede l'art. 3 l. n. 604/1966 - «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa»; le quali o sussistono o non sussistono, essendo comunque implicita l'esigenza di nesso causale tra tali ragioni e il licenziamento intimato.

Il carattere manifesto, o no, del giustificato motivo oggettivo finisce quindi ineluttabilmente per evocare la valutazione delle risultanze probatorie di causa che possono, in modo appunto più o meno evidente, mostrare l'insussistenza dell'allegato giustificato motivo oggettivo. Ove da ciò volesse desumersi il riferimento ad una connotazione sostanziale, allora sembra che essa sia da ricercare nella pretestuosità dell'allegazione datoriale: il giustificato motivo oggettivo "manifestamente insussistente" è quello che non ha nessuna consistenza e si atteggia a mero pretesto dell'intimato licenziamento. Insomma, lasciando aperta la porta alla tutela reintegratoria e non confinando ogni ipotesi di licenziamento economico nell'area della tutela indennitaria, si è voluto evitare che il licenziamento per giustificato motivo soggettivo, che accede alla tutela reintegratoria ove risulti l'«insussistenza del fatto» posto a fondamento del licenziamento, potesse essere strumentalmente prospettato come licenziamento per giustificato motivo oggettivo, se in ogni caso ciò avesse escluso la tutela reintegratoria.

Indubbiamente però tra la «manifesta insussistenza» del fatto e la mera sua «insussistenza» rimane una insuperabile zona d'ombra che tradisce la matrice compromissoria della norma e scarica sul giudice l'applicazione di un criterio distintivo così controvertibile.

Nella nozione di fatto rientra anche la non ricollocabilità del lavoratore in altro posto in azienda (c.d. *repêchage*, affermato dalla giurisprudenza con riferimento all'art. 3 cit. e che può essere ribadito anche nel nuovo contesto normativo). Il carattere manifesto, o no, dell'eventuale insussistenza del fatto afferisce anche a questo aspetto.

Le difficoltà interpretative sono poi accentuate dal fatto che il settimo comma, secondo periodo, dell'art. 18 prevede che il giudice "può" applicare il regime di tutela reintegratoria in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo ove risulti la "manifesta insussistenza" del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Ossia la disposizione è doppiamente incerta perché prevede come presupposto di applicabilità il carattere manifesto dell'insussistenza del giustificato motivo oggettivo e perché facoltizza il giudice, assegnandogli un'impropria discrezionalità, ad applicare questo regime di tutela.

Questa incertezza di definire il confine tra tutela reintegratoria attenuata e tutela indennitaria in caso di licenziamento economico (o per motivo oggettivo) è ora superata, per i contratti di lavoro subordinato stipulati a partire dal 7 marzo 2015, dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 eliminando del tutto la tutela reintegratoria e lasciando solo e sempre la tutela indennitaria.

8. Sulla retribuzione come base di calcolo dell'indennizzo risarcitorio.

Il nuovo art. 18 assegna al lavoratore illegittimamente licenziamento e reintegrato nel posto di lavoro - sia nel regime della tutela reintegratoria piena che in quello della tutela reintegratoria attenuata - un'indennità risarcitoria. Considera in particolare come parametro l'«ultima» retribuzione globale di fatto anziché , come in passato, la «retribuzione globale di fatto» *tout court*; ossia considera la retribuzione onnicomprensiva sì, ma cristallizzata al momento del licenziamento senza che rilevino trattamenti retributivi eventualmente attribuiti (essenzialmente dalla contrattazione collettiva) successivamente al licenziamento. In precedenza invece la giurisprudenza riconosceva rilevanza anche alla dinamica retributiva (cfr. Cass. 22 settembre 2011 n. 19285).

In riferimento al regime della tutela reintegratoria attenuata (licenziamento annullabile) il quarto comma del novellato art. 18 prevede che il giudice, nell'annullare il licenziamento e condannare il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro, lo condanna altresì al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione (ossia alla stessa indennità

risarcitoria del secondo comma, ma) con un limite massimo: in ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto.

Vi sono poi due ulteriori elementi differenziali, ancora sotto il profilo della quantificazione dell'indennità risarcitoria, tra le due tutele reintegratorie; ciò che vale ad accentuare ulteriormente il solco di separazione tra tali due regimi di tutela a fronte dell'unico regime della tutela reale nella precedente formulazione dell'art. 18.

Da una parte solo in caso di tutela reintegratoria piena (primi due commi dell'art. 18 novellato) è previsto - come già in passato fin dalla l. n. 300/1970 - che la misura del risarcimento non possa essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto.

D'altra parte diverso è anche il regime dell'eccezione di *aliunde perceptum* e a*liunde percipiendum*. Il secondo comma dell'art. 18 prevede, nel regime della reintegrazione piena, che dall'indennità risarcitoria possa dedursi quanto percepito dal lavoratore, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. Il quarto comma invece prevede, nel regime della tutela reintegratoria attenuata, che dall'indennità risarcitoria possa dedursi quanto il lavoratore abbia percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. Sicché l'eccezione dell'*aliunde percipiendum* è esperibile solo nel regime della tutela reintegratoria attenuata (del quarto comma dell'art. 18) e non anche in quella della tutela reintegratoria piena (del primo comma).

Benché non si sia pronunciata proprio sulla nuova formulazione dell'art, 18 può ricordarsi anche **Cass., sez. lav., 10 febbraio 2014, n. 2887** che ha affermato che in materia di risarcimento del danno derivante da licenziamento illegittimo, l'indennità di cui all'art. 18 Stat. lav., va determinata con riferimento alla retribuzione goduta di fatto dal lavoratore al momento dell'intimazione del recesso, e non a quella a cui il lavoratore avrebbe avuto diritto dalla data del recesso fino all'effettiva reintegrazione. Ne consegue l'irrilevanza degli eventuali incrementi retributivi determinati dall'evoluzione della successiva contrattazione.

Vi è una sostanziale continuità con la disciplina in precedenza posta dal quarto comma del "vecchio" art. 18 che parimenti parametrava il risarcimento del danno spettante al lavoratore per il periodo dal licenziamento alla reintegrazione ad un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione. La specificazione che la retribuzione globale di fatto sia l'«ultima» - in questa parte il primo comma dell'art. 18 mutua l'analoga qualificazione della base di calcolo dell'indennità risarcitoria contenuta nell'art. 8 l. n. 604/1966 che appunto fa riferimento all'« ultima retribuzione globale di fatto » - vale a chiarire il parametro di calcolo dell'indennità stessa, nel senso che non rileva l'eventuale dinamica retributiva successiva al licenziamento.

Ora, per i contratti di lavoro subordinato stipulati a partire dal 7 marzo 2015, l'art. 2, comma 2, e l'art. 3 d.lgs. n. 23/2015 fanno riferimento, per quantificare l'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

9. Il regime sanzionatorio dell'omissione contributiva.

Con riferimento al regime sanzionatorio dell'omissione contributiva conseguente all'illegittima estromissione del lavoratore **Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 19665** ha affermato che la legge n. 92/2012 - pur novellando radicalmente l'art. 18 e ridimensionando l'area del regime reintegratorio del lavoratore illegittimamente licenziato - si è posta in linea di continuità con il passato quanto al ripristino del rapporto previdenziale, illegittimamente interrotto, nella medesima area, pur ridimensionata, della tutela reintegratoria dal momento che, nel regime della tutela reale piena, l'ultimo periodo dell'art. 18, secondo comma, novellato prevede che il datore di lavoro è condannato, per il periodo di estromissione, ossia dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

Quanto poi al regime della tutela reintegratoria attenuata di cui al quarto comma del medesimo art. 18, ha precisato la S.C. che il datore di lavoro è non di meno condannato al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione; ma tali contributi 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 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 i contributi, qualora afferiscano ad altra gestione previdenziale, sono imputati d'ufficio alla gestione corrispondente all'attività lavorativa svolta dal dipendente licenziato, con addebito dei relativi costi al datore di lavoro.

Con riferimento al regime precedente la S.C., componendo un contrasto di giurisprudenza, ha affermato che in caso di reintegrazione del lavoratore per illegittimità del licenziamento, ai sensi dell'art. 18 Stat. lav., anche prima delle modifiche introdotte dalla legge n. 92/2012, occorre distinguere, ai fini delle sanzioni previdenziali, tra la nullità o inefficacia 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 contributiva *ex* art. 116, comma 8, lett. a, della legge n. 388/2000; 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 restando 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.

Nel regime del d.lgs. n. 23/2015 parimenti si distingue tra tutela reintegratoria piena e tutela reintegratoria attenuata prevedendosi nella prima la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali *tout court*, ossia senza sanzioni ed interessi (art. 2, comma 3); nel secondo regime di tutela è previsto che il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva; sembrerebbe quindi con l'obbligo di pagare gli interessi legali.

Questa tecnica argomentativa di trarre elementi di valutazione dalla legge n. 92/2012 per interpretare anche l'art. 18 nella previgente formulazione si rinviene anche in **Cass., sez. un., 27 agosto 2014, n. 18353**, che ha affermato che, ove il lavoratore illegittimamente licenziato in regime di tutela reale - *ex* art. 18 Stat. lav. nel testo precedente le modifiche introdotte con la l. n. 92/2012 - opti per l'indennità sostitutiva della reintegrazione, avvalendosi della facoltà prevista dal quinto comma dell'art. 18 cit., il rapporto di lavoro si estingue con la comunicazione al datore di lavoro di tale opzione, senza che permanga, per il periodo successivo nel quale la prestazione lavorativa non è dovuta dal lavoratore né può essere pretesa dal datore di lavoro, alcun obbligo retributivo, con la conseguenza che l'obbligo avente a oggetto il pagamento di tale indennità è soggetto alla disciplina della *mora debendi* in caso di inadempimento, o ritardo nell'adempimento, delle obbligazioni pecuniarie del datore di lavoro, quale prevista dall'art. 429, terzo comma, c.p.c., salva la prova, di cui è onerato il lavoratore, di un danno ulteriore.

10. Ulteriori profili problematici della disciplina sostanziale.

Ulteriori e numerosi sono i profili problematici che pone la riforma del 2012. Ma due di questi, in particolare, riguardano la possibile rivisitazione di principi giurisprudenziali di carattere generale.

Il primo riguarda l'onere probatorio della sussistenza del requisito dimensionale dell'azienda che condiziona l'applicabilità delle tutele di cui all'art. 18, commi dal quarto al settimo, e non più della tutela reale *tout court* come in passato. Ciò potrebbe indurre ad una revisione di quell'orientamento giurisprudenziale che onera il datore di lavoro di provare l'insussistenza del requisito dimensionale (cfr. Cass., sez. un., 10 gennaio 2006 n. 141). Una volta frazionato il regime

delle tutele possibili nei confronti del licenziamento illegittimo e ridimensionata la tutela reintegratoria sì da renderla speciale rispetto a quella indennitaria che, saldandosi anche alla tutela obbligatoria, appare essere il regime ordinario di tutela nei confronti del licenziamento illegittimo, è dubbio che possa ancora sostenersi che gravi sul datore di lavoro, che resista alla domanda del lavoratore di riconoscimento di una di tali tutele, l'onere di provare che non ricorre il requisito dimensionale previsto dalla legge per la sua applicabilità.

Inoltre anche il principio, di matrice giurisprudenziale, secondo cui la prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore non decorre nel corso del rapporto di lavoro se questo non sia assistito dalla stabilità reale *ex* art. 18 Stat. lav. potrebbe essere posto in discussione non essendo più possibile predicare la identificabilità del rapporto stabile con quello assistito dalla tutela *ex* art. 18 perché quest'ultima disposizione prevede ora una pluralità di regimi di tutela e solo quella reintegratoria piena del primo comma, che peraltro è generalizzata nel senso che non richiede che sussista il requisito dimensionale dell'ottavo comma dell'art. 18, appare essere equiparabile alla tutela reale dell'art. 18 nella previgente formulazione. Invece la tutela indennitaria del quinto e del sesto comma dell'art. 18 non risponde al parametro indicato dalla giurisprudenza costituzionale (C. cost. n. 174 del 1972 ha affermato che «una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare»).

11. Profili processuali della nuova disciplina dei licenziamenti individuali in generale.

La nuova formulazione dell'art. 18 Stat. lav. ad opera dell'art. 1, comma 42, l. n. 92/2012 si accompagna anche ad un inedito speciale rito (c.d. rito Fornero) per le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti con domande *ex* art. 18 (commi 47-69 del medesimo art. 1), rito che peraltro sembra avviato sul viale del tramonto atteso che il recente d.lgs. n. 23 del 2015 ne ha escluso l'applicabilità ai licenziamenti riguardanti i "nuovi" contratti di lavoro subordinato, quelli stipulati a partire dal 7 marzo 2015.

A distanza di oltre due anni possono esaminarsi già i primi orientamenti della giurisprudenza di legittimità sul nuovo rito che risultano focalizzati su alcuni aspetti particolari di cui si viene ora a dire.

A differenza però dei profili sostanziali, che vedono una modifica del quadro normativo nella stessa cornice delle tutele a regime differenziato, talché argomenti interpretativi possono trarsi anche dalla nuova normativa posta dal d.lgs. n. 23 del 2015, invece per quanto riguarda i profili processuali c'è una netta discontinuità. Infatti - come appena ricordato - l'art. 11 d.lgs. n. 23/2015 prevede che ai licenziamenti disciplinati dal medesimo decreto, e quindi ai rapporti instaurati con i c.d. contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti, non si applicano le disposizioni dei commi da 48 a 68 dell'art. 1 della legge n. 92/2012, ossia non si applica il rito speciale da tale legge introdotto.

Dei vari problemi esegetici che pone il rito Fornero sono venute all'esame della S.C. innanzi tutto questioni veicolate dallo strumento più rapido di accesso alla giurisdizione di legittimità: il regolamento preventivo di giurisdizione ed il regolamento di competenza. Si registrano quindi varie pronunce che hanno affrontato appunto questioni di giurisdizione o, più frequentemente, di competenza. In questo contesto processuale la S.C. ha avuto anche l'occasione di pronunciarsi, in generale, sulla particolare struttura bifasica del giudizio di primo grado. Altre pronunce hanno riguardato questioni attinenti al ricorso per cassazione *ex* art. 360 c.p.c. recentemente novellato.

Nel complesso però non sono molti i profili processuali, concernenti il rito Fornero, già venuti all'esame della S.C., rispetto alle varie questioni dibattute nella giurisprudenza di merito.

12. Sulla struttura bifasica del giudizio di primo grado; obbligo, o no, di astensione del giudice.

Un primo profilo processuale di carattere più generale ha riguardato la struttura bifasica del giudizio di primo grado.

Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 19674, ha ritenuto ammissibile il regolamento di giurisdizione proposto nella prima fase del procedimento di impugnativa di licenziamento, precisando che il carattere peculiare di questo nuovo rito sta nell'articolazione del giudizio di primo grado in due fasi: una fase a cognizione semplificata (o sommaria) e l'altra, definita di opposizione, a cognizione piena nello stesso grado. Quest'ultima è introdotta con un atto di opposizione proposto con ricorso contenente i requisiti di cui all'art. 414 c.p.c., opposizione che non è una *revisio prioris istantiae*, ma una prosecuzione del giudizio di primo grado, ricondotto in linea di massima al modello ordinario, con cognizione piena a mezzo di tutti gli atti di istruzione ammissibili e rilevanti. E' una fase del giudizio di primo grado - la prima fase - che è semplificata e sommaria, ma non già cautelare in senso stretto nel senso che non occorre la prova di alcun concreto *periculum*, essendo l'urgenza preventivamente ed astrattamente valutata dal legislatore in considerazione del tipo di controversia.

Quindi - si è affermato - dopo una fase iniziale concentrata e deformalizzata - mirata a riconoscere, sussistendone i presupposti, al lavoratore ricorrente una tutela rapida ed immediata e ad assegnargli un vantaggio processuale ove il fondamento della sua domanda risulti sussistere alla luce dei soli atti di istruzione indispensabili - il procedimento si riespande, nella fase dell'opposizione, alla dimensione ordinaria della cognizione piena con accesso per le parti a tutti gli atti di istruzione ammissibili e rilevanti.

In tal modo è assicurata l'effettività e pienezza della tutela, essendo ben possibile che la causa necessiti di un'istruttoria non sommaria, evenienza questa che l'art. 702 *ter*, secondo e terzo comma, c.p.c. prevede in generale nel procedimento sommario di cognizione, ma contemplando la conversione nel rito ordinario. Invece nel rito speciale in esame si schiude la fase dell'opposizione che consente appunto una cognizione piena.

Ha dato seguito a questa ricostruzione **Cass., sez. VI-L, 20 novembre 2014, n. 24790**, che ha ribadito il carattere bifasico dell'unico giudizio di primo grado, confermando che la fase dell'opposizione non è una *revisio prioris istantiae* ed aggiungendo che la circostanza che per effetto dell'evoluzione della vicenda processuale l'istruttoria si svolga nell'unica fase disponibile concretamente (nella specie quella dell'opposizione) non lede alcuna garanzia costituzionale né sotto il profilo della terzietà del giudice né sotto il profilo della pienezza della difesa.

Ulteriore e più recente conferma di questo indirizzo si ha con **Cass., sez. lav., 17 febbraio 2015, n. 3136**, che ha ribadito che la fase dell'opposizione non costituisce un grado diverso rispetto a quella che ha preceduto l'ordinanza, ma solo una prosecuzione del medesimo giudizio in forma ordinaria, sicché non è configurabile alcuna violazione riconducibile all'art. 51, primo comma, n. 4, c.p.c. nel caso in cui lo stesso giudice-persona fisica abbia conosciuto della causa in entrambi le fasi.

La ricaduta di questa ricostruzione sta appunto nell'esclusione dell'obbligo di astensione *ex* art. 51, primo comma, n. 4, c.p.c., obbligo previsto per il giudice che abbia conosciuto della causa "in altro grado del processo". Essendo la fase dell'opposizione ascrivibile sempre allo stesso grado e non avendo un contenuto impugnatorio in senso stretto, non c'è l'obbligo per il giudice di astenersi.

Vero è che la Corte costituzionale (sent. n. 387 del 1999), nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 51, primo comma, n. 4, e secondo comma, c.p.c., nella parte in cui non prevede la incompatibilità tra le funzioni del giudice pronunciatosi con decreto *ex* art. 28, primo comma, Stat. lav. e quelle del giudice dell'opposizione a tale decreto, ha chiarito che «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 contenuto impugnatorio, caratterizzata (per la peculiarità del giudizio di opposizione di cui si discute) 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».

Quindi se il *thema decidendum* non è soprapponibile nelle due fasi - e non lo è nel rito speciale in esame perché il giudice di primo grado deve limitarsi nella prima fase «agli atti di istruzione indispensabili» ed è solo nella seconda fase che può disporre (tutti) gli «atti di istruzione ammissibili e rilevanti» - allora la fase dell'opposizione non ha una natura impugnatoria in senso stretto; non costituisce - come ritenuto dalla giurisprudenza cit. - una *revisio prioris istantiae* e quindi, non essendo ravvisabile la c.d. "forza della prevenzione" perché il giudice dell'opposizione ha una piena cognizione, più ampia che nella prima fase, neppure sussiste l'obbligo per il giudice di astenersi *ex* art. 51, primo comma, n. 4, c.p.c.. Cfr. Corte cost. n. 326 del 1997 che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale di tale norma nel caso di cognizione della causa di merito da parte del giudice che abbia concesso una misura cautelare *ante causam*. E parimenti è stata ritenuto non fondata altra analoga questione di legittimità costituzionale della medesima norma nella parte in cui non prevede l'obbligo di astensione del giudice che abbia, con ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione, deciso sull'istanza *ex* art. 186-*quater* c.p.c. condannando il convenuto al pagamento di somme ovvero alla consegna o al rilascio di beni nei limiti per cui ritiene già raggiunta la prova (Corte cost. n. 168 del 2000).

Più recentemente la questione di legittimità costituzionale dell' art. 1, comma 51, della legge n. 92 del 2012, e dell'art. 51, primo comma, n. 4, c.p.c. è stata sollevata dal tribunale di Siena sul presupposto che la fase dell'opposizione sia da configurarsi come un vero e proprio giudizio di carattere impugnatorio. La questione è stata dichiarata manifestamente inammissibile dalla Corte (Corte cost. n. 205 del 2014) che ha rilevato l'improprio tentativo di ottenere dalla Corte, con uso distorto dell'incidente di costituzionalità, l'avallo dell'interpretazione proposta dal rimettente in ordine ad un contesto normativo che egli pur riconosce suscettibile di duplice lettura; tanto più che il giudice rimettente riteneva essere preferibile, e costituzionalmente più compatibile, l'opposta interpretazione, secondo cui andrebbe, invece, escluso un tale contenuto impugnatorio alla opposizione.

La questione di costituzionalità è stata riproposta dal tribunale di Milano con due ordinanze di rimessione (del 27 gennaio 2014 e del 6 febbraio 2014) e si è in attesa della decisione della Corte.

Certo, se invece si costruisce - come ritiene parte della giurisprudenza di merito - la iniziale fase sommaria come anch'essa tendenzialmente a cognizione piena nel senso che il giudice adito è chiamato ad accertare tutto ciò che rileva al fine della legittimità, o no, dell'impugnato licenziamento, la fase dell'opposizione tende ad atteggiarsi proprio a *revisio prioris istantiae* piuttosto che come espansione del giudizio di primo grado da una fase a cognizione sommaria verso una fase a cognizione piena.

13. Obbligatorietà o facoltatività del nuovo rito.

La ricostruzione della struttura bifasica del giudizio di primo grado, quale operata dalla giurisprudenza di cui si è appena detto, incide anche su una questione fondamentale: quella della obbligatorietà o facoltatività del nuovo rito speciale introdotto dalla legge n. 92 del 2012.

Il comma 47 dell'art. 1 l. n. 92/2012 prevede che le disposizioni dei successivi commi da 48 a 68 - ossia il nuovo rito - si applicano alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 Stat. lav. anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro. Ed il successivo comma 48 prescrive che la domanda avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento di cui al comma 47 «si propone» con ricorso al tribunale in funzione di giudice del lavoro.

La giurisprudenza di merito e la dottrina si sono prevalentemente espresse nel senso della obbligatorietà - o meglio, esclusività - del nuovo modello processuale; ma non manca anche l'orientamento opposto nel senso della facoltatività del rito. Non risulta invece che la giurisprudenza di legittimità abbia ancora preso posizione su questa questione.

Secondo il primo orientamento la domanda di impugnativa del licenziamento tendente ad ottenere le tutele dell'art. 18 cit. non può che proporsi altro che rispettando le regole processuali del nuovo rito speciale, senza che sia possibile in alternativa il ricorso ordinario ai sensi dell'art. 414

c.p.c.. Ciò lo si fa discendere essenzialmente da una interpretazione strettamente letterale del comma 47 del cit. art. 1 l. n. 92/2012 che prevede - come rilevato - che l'impugnativa di licenziamento «si propone» (*id est*: non può proporsi altrimenti che) con ricorso secondo il rito speciale.

Non di meno questo orientamento non appare immune da possibili rilievi di segno opposto.

La connotazione di fondo di questo rito è la previsione di una iniziale fase a cognizione "semplificata" (o "sommaria" in senso lato, tale essendo qualificata in senso stretto quella che caratterizza il procedimento *ex* art. 702 *bis* ss. c.p.c.) per pervenire rapidamente ad una decisione che, se favorevole al lavoratore che impugna il licenziamento, è dotata di esecutività. La *ratio* del rito speciale è la tutela urgente del lavoratore che impugna il licenziamento come illegittimo ed invoca l'applicazione dell'art. 18 (l'originario art. 17 dell'iniziale d.d.l., che accorpava gli attuali commi 48-50 dell'art. 1, aveva come rubrica proprio la dizione «tutela urgente»). La rapidità dell'accesso alla tutela fa aggio sulla istruttoria che è limitata «agli atti di istruzione indispensabili»; e questa iniziale limitazione è bilanciata da una seconda fase del giudizio di primo grado, costruita in forma di «opposizione» all'esito della prima fase e che è invece caratterizzata da una cognizione ordinaria, quindi piena, attraverso un'istruttoria estesa a (tutti) gli « atti di istruzione ammissibili e rilevanti». Una analoga cognizione sommaria in senso lato si rinviene anche in procedimenti speciali similari: nel procedimento sommario di cognizione (art. 702 *bis*, primo comma, c.p.c.), nel procedimento cautelare uniforme (artt. 609 *bis* ss. c.p.c.), nel procedimento di repressione della condotta antisindacale (art. 28 l. n. 300 del 1970), nel procedimento di repressione della condotta discriminatoria (art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011). In tutti questi moduli processuali la tutela speciale assicurata al ricorrente con un rito differenziato, rapido e deformalizzato, non esclude che quest'ultimo possa preferire e richiedere la tutela ordinaria del giudizio a cognizione piena. Ciò è di tutta evidenza per la tutela cautelare; ma lo è anche per la tutela a cognizione sommaria (l'art. 702 *bis* c.p.c. prevede che la domanda «può» essere proposta con ricorso nelle forme di tale disposizione). La giurisprudenza poi riconosce che l'associazione sindacale possa proporre un'azione ordinaria diretta all'accertamento della condotta antisindacale in alternativa al ricorso *ex* art. 28 l. n. 300/1970. L'art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011, nel richiamare il procedimento a cognizione sommaria non deroga all'art. 702 *bis* c.p.c.; quindi anche la previsione del procedimento speciale di repressione della condotta discriminatoria lascia comunque la facoltà del ricorso secondo il rito ordinario.

Quindi a fronte della lettera della norma (art. 1, comma 47) che - pur in mancanza di un'espressa previsione del carattere esclusivo del rito speciale in esame - sembra effettivamente militare a favore della obbligatorietà (o esclusività) di quest'ultimo, vi sono ragioni di sistema, risultanti dal contesto complessivo degli indicati procedimenti speciali a cognizione sommaria, che indurrebbero a ritenere invece che non sia precluso, al lavoratore che impugna il licenziamento con domande *ex* art. 18 l. n. 300/1970, il ricorso ordinario *ex* art. 414 c.p.c..

Vi è poi un'esigenza di interpretazione costituzionalmente orientata.

E' soprattutto la conformità al parametro costituzionale dell'art. 24 Cost. che può orientare l'interpretazione del comma 47 del cit. art. 1 l. n. 92/2012. Il lavoratore destinatario del licenziamento che egli assume essere illegittimo ha certamente diritto alla tutela giurisdizionale. Se però le ragioni dell'allegata illegittimità del licenziamento si presentano fin dall'inizio come tali da non poter emergere con una mera istruttoria semplificata a mezzo dei soli «atti di istruzione indispensabili», ma richiedono il pieno dispiegarsi degli atti istruttori rilevanti come nella normale istruttoria del giudizio ordinario, la ipotizzata obbligatorietà del rito speciale finirebbe per predicare che il lavoratore licenziato, che intenda adire il giudice, debba transitare necessariamente attraverso una prima fase a cognizione semplificata, inadeguata, per l'insufficienza in radice dei soli «atti di istruzione indispensabili», a conseguire l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento, sicché la effettività della tutela risulterebbe rinviata alla fase dell'opposizione che si apre a tutti gli «atti di istruzione ammissibili e rilevanti». Di questo possibile pregiudizio si fa carico anche la tesi, affacciatasi in dottrina ed in giurisprudenza, che predica la possibilità per le parti di rinunciare alla

fase sommaria; tesi che è simmetrica a quella della facoltatività del rito e risponde alla stessa esigenza di piena conformità al canone della indefettibilità della piena tutela giurisdizionale. Come anche nella giurisprudenza di merito si tende nella sostanza a sovrapporre le due nozioni di «atti di istruzione indispensabili» e di «atti di istruzione ammissibili e rilevanti» con l'effetto di predicare già nella fase sommaria la possibilità di una cognizione piena talché la fase dell'opposizione diventa effettivamente una *revisio prioris istantiae* di dubbia compatibilità con il principio della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.) perché nella sostanza si aggiungerebbe un grado, piuttosto che una fase, di merito rispetto al giudizio ordinario.

C'è poi da considerare che, se il lavoratore, oltre ad impugnare il licenziamento domandando una delle tutele di cui all'art. 18 Stat. lav., abbia altre pretese da far valere nei confronti del datore di lavoro, la tesi dell'obbligatorietà (o esclusività) del rito speciale implica che egli debba promuovere più giudizi frustrando così l'interesse al *simultaneus processus*, laddove ha rilievo (anche se non garanzia) costituzionale il "diritto ad un unico giudizio" (si è infatti affermato che "il *simultaneus processus*, pur non essendo oggetto di garanzia costituzionale, costituisce certamente una modalità processuale finalizzata all'economia dei giudizi": Corte cost. n. 138 del 2008, n. 124 del 2005, n. 90 del 2002 e n. 398 del 2000).

Insomma il rito speciale è una sorta di "processo ad alta velocità" entro limiti rigorosi, accordato al lavoratore per conseguire una rapida tutela di quelle previste dall'art. 18 novellato: la riduzione in termini sostanziali di tali tutele è un po' compensata dall'approntamento di uno speciale strumento processuale per conseguirle più rapidamente. Ma proprio perché questa appare essere la *ratio* sottesa al nuovo rito speciale - che non mira certo al rapido riconoscimento dell'opposta pretesa del datore di lavoro all'accertamento della legittimità del licenziamento, il cui interesse ad evitare il protrarsi di una situazione di incertezza è già soddisfatto dal breve termine di decadenza introdotto a carico del lavoratore per adire il giudice (art. 32 l. n. 183 del 2010) - ci sarebbe un eccesso del mezzo rispetto al fine se il lavoratore non potesse domandare le stesse tutele, ed eventualmente anche altre, in un giudizio ordinario.

Anche se la giurisprudenza di legittimità, per quanto consta, non si è ancora espressamente pronunciata in materia, può non di meno ricordarsi **Cass., Sez. VI-L, 26 maggio 2014, n. 11778**, che, pur non esaminando la questione, ha riguardato due giudizi con analogo oggetto: uno diretto all'impugnativa di un licenziamento, promosso con il rito ordinario *ex* art. 413 c.p.c. in data 16 agosto 2012, ossia quando era già entrato in vigore il rito speciale in esame (*ex* comma 67 dell'art. 1 cit., che prevede che il rito speciale si applica alle controversie instaurate successivamente alla data di entrata in vigore della legge n. 92/2012 ossia al 18 luglio 2012); l'altro, promosso anch'esso con il rito ordinario *ex* art. 413 c.p.c. e diretto all'accertamento della legittimità dello stesso licenziamento promosso dal datore di lavoro qualche giorno prima (il 13 agosto 2012). In realtà se il rito speciale fosse obbligatorio (o esclusivo) entrambi i giudici aditi avrebbero dovuto rilevare preliminarmente l'erroneità del rito ed invece si sono pronunciati, con ordinanza, sulla propria competenza, l'uno negandola, l'altro affermandola; anche la S.C., adita con regolamento di competenza avverso le ordinanze pronunciate dai due giudici di merito sulla loro competenza, ha implicitamente ritenuto non rilevante la mancata adozione del rito speciale.

Può anche ricordarsi **Cass., sez. VI-L, 20 novembre 2014, n. 24790** che parimenti ha avuto ad oggetto due giudizi analoghi, ma all'opposto promossi entrambi con il rito speciale; però il giudizio promosso dal lavoratore licenziato era nella fase dell'opposizione, mentre il giudizio promosso dal datore di lavoro era nella fase sommaria. La S.C., adita con regolamento di competenza, ha risolto la questione della competenza sulla base del criterio della prevenzione ritenendo competente per entrambi i giudizi il giudice adito dal lavoratore, che, a quello stadio della controversia, era il giudice della fase dell'opposizione. In questo modo però il datore di lavoro, ricorrente nella fase sommaria, si è trovato a perdere questa fase dovendo far valere le sue ragioni davanti al giudice dell'opposizione adito dal lavoratore. La S.C. in proposito ha affermato che "ove l'istruttoria della fase sommaria, per ragioni le più diverse, non venga svolta resta comunque garantita la pienezza della difesa della fase di opposizione". E quindi - ha aggiunto - "non offre il

fianco a rilievi la scelta interpretativa cui consegua, per contingenti ragioni processuali, che la parte risulti privata della sola fase sommaria in cui si articola il giudizio di primo grado del processo di impugnazione del licenziamento regolato dalla legge c.d. Fornero". Se però la fase sommaria può legittimamente mancare, è lecito allora inferire che fin dall'inizio il lavoratore (e parimenti il datore di lavoro) può chiedere la cognizione piena con un ricorso *ex* art. 413 c.p.c..

Per altro verso però su questa questione incide indirettamente anche la problematica della competenza nel caso in cui il lavoratore impugni il licenziamento e chieda le tutele dell'art. 18 con il rito speciale e parallelamente il datore di lavoro chieda ad altro giudice territorialmente competente l'accertamento della legittimità del licenziamento; problematica su cui si è pronunciata la giurisprudenza che ora si viene ad esaminare.

14. Ammissibilità del regolamento di competenza.

Ancora con riferimento al rito speciale **Cass., sez. un., 31 luglio 2014, n. 17443** ha dichiarato ammissibile, ma nel merito ha rigettato, il regolamento di competenza con riguardo ad una pronuncia dichiarativa della litispendenza emessa nella fase sommaria, atteso il carattere solo eventuale della fase a cognizione piena e la (ritenuta) idoneità al passaggio in giudicato dell'ordinanza conclusiva della fase sommaria in caso di omessa opposizione, sicché è necessario che il giudice ammetta ed esamini la questione di rito.

La Corte ha respinto la tesi secondo cui sarebbe inammissibile nel rito sommario una pronuncia sulla litispendenza (o sulla continenza o sulla connessione o comunque sulla competenza), dovendo tale fase processuale chiudersi solo con ordinanza di rigetto o di accoglimento della domanda (di impugnativa del licenziamento), mentre ogni eccezione preliminare potrebbe essere sollevata o rilevata d'ufficio nella fase ordinaria di cognizione; tesi questa fondata sul dato letterale della disposizione di cui all'art. 1, comma 49, l. n. 92/2012 che prevede che il giudice provvede, con ordinanza immediatamente esecutiva, all'accoglimento o al rigetto della domanda, senza contemplare anche la possibilità di una pronuncia di contenuto esclusivamente processuale. Ha argomentato la Corte che nel rito speciale il giudizio a cognizione piena è soltanto eventuale ed è attivabile con l'opposizione, per cui se questa non viene proposta l'ordinanza conclusiva della fase sommaria è idonea a passare in giudicato; sicché il giudice della fase sommaria del procedimento di cui all'art. 1, comma 48, non può non esaminare la questione di competenza e decidere sulla stessa.

Invece nel procedimento sommario (c.d. rito societario) ai sensi del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 3, art. 19, attualmente abrogato dall'art. 54, comma 5, l. n. 69/2009, il rilievo d'ufficio o su eccezione del convenuto di una questione di competenza, litispendenza o continenza determinava, al pari di altra questione strettamente impediente, la prosecuzione del procedimento con il rito a cognizione piena, ai sensi del predetto art. 19, comma 3 (Cass. 26 gennaio 2012 n. 1120); ciò che non è invece previsto dal rito speciale in esame.

Altresì si è ritenuto in giurisprudenza (Cass., sez. un., 9 luglio 2009 n. 16091; 29 luglio 2013 n. 18189) l'inammissibilità della proposizione del regolamento di competenza in materia di procedimenti cautelari, in quanto caratterizzati dalla provvisorietà e dalla riproponibilità illimitata.

Diversa soluzione ha invece accolto la Corte nella sentenza n.17443/2014 ritenendo ammissibile il regolamento di competenza perché avente ad oggetto una pronuncia sulla competenza, emessa nella fase sommaria, dotata di stabilità. Del resto - ha osservato la Corte - la giurisprudenza (Cass. 16 giugno 2000 n. 8213) ha ritenuto l'ammissibilità del regolamento di competenza in tema di procedimento di repressione della condotta antisindacale *ex* art. 28 Stat. lav. che non ha natura cautelare e si conclude con un decreto che chiude la fase sommaria e che, in difetto di opposizione, produce effetti sostanziali di carattere definitivo.

Ciò premesso la Corte ha ritenuto sussistere la situazione di litispendenza dichiarata dal giudice del luogo dove era cessato il rapporto ed ha risolto il regolamento di competenza sulla base del criterio della prevenzione. Nella specie trattandosi di lavoro nautico trovava applicazione l'art. 603 c.n. che prevede, quali fori alternativi, il luogo dove è cessato il rapporto di lavoro e il luogo

nella cui circoscrizione è iscritta la nave. Il datore di lavoro aveva proposto due ricorsi uno con il rito speciale (*ex* art. 1, commi 48, l. n. 92/2012), e l'altro con il rito ordinario (*ex* art. 414 c.p.c.), entrambi dinanzi al giudice del foro dell'iscrizione della nave. Il lavoratore invece aveva successivamente proposto ricorso nel foro dove era cessato il rapporto, nonché domanda riconvenzionale innanzi al giudice adito dal datore di lavoro.

Quindi correttamente il giudice successivamente adito (quello del foro dove era cessato il rapporto) aveva, con ordinanza, dichiarato la litispendenza ritenendo competente, sulla base del criterio della prevenzione, il giudice preventivamente adito.

La Corte ha anche precisato che con il regolamento di competenza è possibile censurare unicamente il presupposto della litispendenza e cioè la pendenza della medesima domanda dinanzi ad altro giudice che sia stato preventivamente adito (art. 39, primo comma, c.p.c.). Esso non può pertanto riguardare - anche e prima ancora - eventuali profili (ed eccezioni) processuali concernenti la domanda proposta dinanzi al giudice preventivamente adito, i quali devono considerarsi pertanto inammissibili.

In sostanza opera esclusivamente il criterio della prevenzione, senza che possa assumere rilevanza qualsiasi indagine sull'effettiva competenza del giudice preventivamente adito a conoscere della controversia e senza che alla declaratoria della litispendenza sia di ostacolo la circostanza che titolare della competenza sia in realtà il giudice successivamente adito, spogliatosi della causa.

Pertanto la Corte non ha esaminato la questione riguardante la dedotta inammissibilità del ricorso proposto dal datore di lavoro per carenza di interesse ad agire in mero accertamento; tesi fondata sul rilievo che il datore di lavoro, agendo in prevenzione, impedisce che il lavoratore incorra nella decadenza nonché sul concorrente rilievo che comunque la struttura del rito sommario non sembra consentire la proponibilità della domanda riconvenzionale

La Corte non ha preso posizione in ordine a tale dedotta inammissibilità affermando che in generale non è consentito di esaminare, in sede di regolamento di competenza, profili di ammissibilità del ricorso attinenti al giudizio dinanzi al giudice preventivamente adito, a tal fine essendo rilevante unicamente il dato formale costituito dalla pendenza di un procedimento giurisdizionale presso altro giudice. Ed ha aggiunto che tale inammissibilità, che deriva dalla totale estraneità delle censure rispetto al provvedimento oggetto dell'impugnazione in esame, non consente di procedere all'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363, terzo comma, c.p.c., sulle questioni di particolare importanza rimesse alle Sezioni Unite con ordinanza della Sesta Sezione civile (**Cass., sez. VI-L, 18 febbraio 2014, n. 3838**).

Un'ulteriore puntualizzazione sul criterio della prevenzione in caso di litispendenza è stata fatta da **Cass., Sez. VI-L, 26 maggio 2014, n. 11778**, che ha affermato che l'instaurazione di un procedimento ai sensi dell'art. 700 c.p.c., ai fini della reintegrazione nel posto di lavoro - in applicazione dell'art. 18 Stat. lav., nel regime *ratione temporis* applicabile prima dell'entrata in vigore della legge n. 92/2012 - non determina il definitivo radicamento della competenza dell'ufficio giudiziario adito anche ai fini del successivo giudizio di merito, in quanto la regola di cui all'art. 39, terzo comma, c.p.c., riferisce la prevenzione all'introduzione del giudizio di merito (nella specie avvenuta anche dinanzi ad altro giudice territorialmente competente, ai sensi dell'art. 413 c.p.c., oltre che presso l'ufficio giudiziario che aveva concesso la misura cautelare, confermata in sede di reclamo) e non alla proposizione della domanda cautelare.

Ancora in tema di regolamento di competenza **Cass., sez. VI-L, 20 novembre 2014, n. 24790**, ha affermato che tra la causa proposta con il rito speciale per l'accertamento della legittimità del recesso datoriale, pendente in fase di opposizione, e quella concernente l'impugnativa del medesimo licenziamento, pendente nella fase sommaria dello stesso rito dinanzi a diverso tribunale, pure in astratto territorialmente competente, sussiste un rapporto di continenza, sicché, ai fini della determinazione del giudice competente, occorre aver riguardo esclusivamente al criterio della prevenzione - con riferimento alla data di deposito del ricorso - a prescindere dall'individuazione della causa contenente e di quella contenuta, nonché dall'esame di profili

processuali relativi all'ammissibilità della domanda proposta davanti al giudice preventivamente adito.

Ancora più recentemente **Cass., sez. VI-L, 20 gennaio 2015, n. 797**, ha ritenuto che il mancato rilievo dell'incompetenza per territorio da parte del giudice, e l'omessa proposizione della relativa eccezione ad opera delle parti, nel procedimento cautelare *ante causam*, non determinano il definitivo consolidamento, anche ai fini del giudizio di merito, della competenza dell'ufficio giudiziario adito, non operando nel procedimento cautelare il regime preclusivo delle eccezioni e del rilievo officioso dell'incompetenza di cui all'art. 38 c.p.c. Ne consegue che il giudizio di merito può essere validamente instaurato - con il rito speciale in esame - innanzi al giudice competente, ancorché diverso da quello della cautela.

Dalla lettura complessiva di questa giurisprudenza sembra potersi fare questa considerazione in via deduttiva. Appare difficile negare che formalmente il datore di lavoro abbia interesse ad agire (*ex* art. 100 c.p.c.) per domandare l'accertamento della legittimità dell'intimato (e almeno stragiudizialmente impugnato) licenziamento anche se in realtà potrebbe essere solo strumentale alla scelta del foro in prevenzione rispetto alla possibile iniziativa giudiziaria del lavoratore. E' possibile quindi che concorrano un giudizio promosso con il rito speciale dal lavoratore (per impugnare il licenziamento e domandare le tutele dell'art. 18) ed un giudizio promosso dal datore di lavoro (per l'accertamento della legittimità del licenziamento). In tal caso opera - secondo la giurisprudenza esaminata - il criterio della prevenzione sia che si tratti di litispendenza che di continenza (*ex* art. 39 c.p.c.). Ove invece si ritenesse le cause essere in realtà connesse *ex* art. 40 c.p.c. opererebbe, prima del criterio della prevenzione, quello dell'attrazione della causa principale; e tale sarebbe quella promossa del lavoratore che ha un contenuto più ampio. Ma nell'uno caso (litispendenza e continenza) e nell'altro (connessione) non è previsto alcun criterio di prevalenza del rito speciale (della legge n. 92/2012) rispetto al rito del lavoro (ordinario); solo in caso di cause connesse prevale il rito del lavoro sul rito ordinario (art. 40, terzo comma, c.p.c.). Ciò potrebbe indurre a privilegiare, in chiave semplificatoria (ma con le perplessità sopra espresse), la tesi dell'obbligatorietà del rito speciale tanto per il lavoratore che per il datore di lavoro.

15. Ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione.

Il nuovo rito si innesta comunque nel processo del lavoro come rito speciale rispetto a quello ordinario; pertanto, per quanto non disposto dai commi 47-69 dell'art. 1 cit., sono applicabili, nei limiti della compatibilità, anche le disposizioni dettate dagli art. 409 ss. c.p.c..

In particolare **Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 19674** ha ritenuto ammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione proposto nella prima fase del procedimento di impugnativa di licenziamento, di cui all'art. 1, commi 47 ss., legge n. 92/2012, la quale, pur caratterizzata da sommarietà dell'istruttoria, ha natura semplificata e non cautelare in senso stretto, non riferendosi la sommarietà anche alla cognizione del giudice, né sussistendo un'instabilità dell'ordinanza conclusiva di tale fase, che è idonea al passaggio in giudicato in caso di omessa opposizione (così anche Cass. n. 17443/2014 cit.). La ricostruzione del rito speciale come giudizio di primo grado in due fasi - una fase a cognizione semplificata (o sommaria) e l'altra (eventuale), definita di opposizione, a cognizione piena nello stesso grado - comporta che il regolamento di giurisdizione deve considerarsi proposto nel corso del giudizio di primo grado prima che alcuna pronuncia di merito sia resa e quindi esso sia ammissibile a differenza del ricorso per regolamento preventivo proposto nell'ambito di un procedimento cautelare *ante causam* che è inammissibile (Cass., sez. un., 31 marzo 2005, n. 6747). Se invece si costruisse la fase a cognizione sommaria del rito speciale come un procedimento cautelare atipico, allora sì il regolamento preventivo di giurisdizione sarebbe inammissibile.

In sostanza vi è un parallelismo tra Cass. n. 17443/2014 e Cass. n. 19674/2014: come è ammissibile il regolamento di competenza avverso l'ordinanza che chiude la fase a cognizione sommaria con una pronuncia sulla competenza, perché non si tratta di una pronuncia resa in un procedimento di tipo cautelare, così è ammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione perché

la fase a cognizione sommaria non è equiparabile ad un procedimento cautelare *ante causam*, ma appartiene al giudizio di cognizione di primo grado connotato solo dalla peculiarità di essere (potenzialmente) bifasico.

16. Sulla ricorribilità per cassazione.

Quanto al giudizio di cassazione, si registrano nella giurisprudenza di legittimità alcune pronunce significative.

Da una parte **Cass., sez. lav., 9 maggio 2014, n. 10133** ha affermato che avverso l'ordinanza resa ai sensi dell'art. 1, comma 49, della 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, secondo comma, c.p.c. solo in relazione ad una "sentenza appellabile". La Corte ha considerato che, avverso l'ordinanza resa all'esito della fase sommaria, è previsto non già l'appello, bensì l'opposizione innanzi allo stesso giudice (art. 1, comma 51), laddove soltanto avverso la sentenza resa a seguito di detta opposizione è ammessa l'impugnazione, a mezzo di reclamo, innanzi alla Corte d'appello (art. 1, comma 58); avverso l'ordinanza non può quindi trovare applicazione il ricorso *per saltum* di cui all'art. 360, secondo comma, c.p.c. siccome contemplato soltanto in relazione a una "sentenza appellabile". Ha poi aggiunto che è possibile il ricorso per cassazione, con omissione dell'appello, solo "se le parti sono d'accordo" e, nella specie, non risultava che un accordo in tal senso, neppure dedotto in ricorso, fosse intervenuto.

L'altra pronuncia ha riguardato la nuova disciplina del filtro in appello e della c.d. "doppia conforme": **Cass., sez. lav., 29 ottobre 2014, n. 23021** ha affermato che la disciplina speciale prevista dall'art. 1, comma 58, della legge n. 92/2012, concernente il reclamo avverso la sentenza che decide sulla domanda di impugnativa del licenziamento nelle ipotesi regolate dall'art. 18 Stat. lav. va integrata con quella dell'appello nel rito del lavoro. Ne consegue l'applicabilità, nel giudizio di cassazione, oltre che dei commi terzo e quarto dell'art. 348 *ter* c.p.c., anche del comma quinto, il quale prevede che la disposizione di cui al precedente comma quarto - ossia l'esclusione del vizio di motivazione dal catalogo di quelli deducibili *ex* art. 360 c.p.c. - si applica, fuori dei casi di cui all'art. 348 *bis*, secondo comma, lett. *a)*, anche al ricorso per cassazione avverso la sentenza di appello che conferma la decisione di primo grado (cosiddetta "doppia conforme"). Questo principio ha successivamente trovato conferma in **Cass., sez. lav., 18 febbraio 2015, n. 3254** che ha ribadito l'applicabilità dell'art. 348 *ter*, quinto comma, c.p.c. anche alla sentenza resa dalla corte d'appello a seguito di reclamo avverso la sentenza di primo grado nel rito speciale in esame.

L'affermazione dell'integrazione della disciplina prevista per il rito speciale con il disposto dell'art. 348 ter, quinto comma, c.p.c. è conseguenziale in realtà ad un'integrazione più ampia: quella dell'applicabilità del *novum* introdotto dall'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012 n. 83 (c.d. decreto sviluppo), conv. in in l. 7 agosto 2012, n. 134, quanto al giudizio d'appello (ossia i nuovi artt. 348 *bis* e 348 *ter* c.p.c.), anche al giudizio d'appello con il rito del lavoro (artt. 436 *bis* e 447 *bis* c.p.c.) oltre che al giudizio d'appello, introdotto con reclamo, nel rito speciale in esame. L'applicabilità del nuovo n. 5 del primo comma dell'art. 360 c.p.c. appartiene invece al regime processuale ordinario non esistendo un rito del lavoro del giudizio civile di cassazione, ma solo una sezione specializzata della Corte di cassazione.

Quindi la rilevanza del principio affermato da Cass. n. 23021/2014, confermato da Cass. n. 3254/2015, consente di predicare più in generale l'applicabilità al rito speciale dell'introduzione del c.d. filtro in appello e del connesso speciale regime della ricorribilità per cassazione.

Peraltro c'è da considerare che lo speciale regime del cd. filtro in appello, per espressa previsione dell'art. 348 *bis*, secondo comma, c.p.c., non trova applicazione se l'appello è proposto a norma dell'art.702 *quater* c.p.c. nel procedimento a cognizione sommaria dell'art. 702 *bis* c.p.c.. Se la cognizione in primo grado è stata sommaria, si è ritenuto di conservare in grado d'appello la cognizione ordinaria, con trattazione dell'appello *ex* art. 350 c.p.c., escludendo che il giudice d'appello possa limitarsi a dichiarare inammissibile l'appello ove ritenga non sussistere una

ragionevole probabilità di accogliere l'impugnazione. Nella fattispecie invece del rito speciale in esame la cognizione è sì parimenti sommaria, ma solo nella prima fase, potendo riespandersi a cognizione piena nella seconda fase promossa con l'opposizione. Non opera pertanto la limitazione prevista dall'art. 348 *bis*, secondo comma, c.p.c..

Indice delle pronunce citate sulla legge n. 92/2012

Cass., sez. lav., 7 maggio	2013	n.	10550	; *4*
Cass., sez. lav., 9 gennaio	2014	n.	301	; *5*
Cass., sez. lav., 10 febbraio	2014	n.	2887	; *16*
Cass., sez. VI-L, 18 febbraio	2014	n.	3838	; *24*
Cass., sez. lav., 9 maggio	2014	n.	10133	; *26*
Cass., Sez. VI-L, 26 maggio	2014	n.	11778	; *22*; *24*
Cass., sez. un., 31 luglio	2014	n.	17443	; *23*
Cass., sez. un., 27 agosto	2014	n.	18353	; *17*
Cass., sez. un., 18 settembre	2014	n.	19665	; *16*
Cass., sez. un., 18 settembre	2014	n.	19674	; *19*; *25*
Cass., sez. lav., 29 ottobre	2014	n.	23021	; *26*
Cass., sez. lav., 6 novembre	2014	n.	23669	; *10*
Cass., sez. VI-L, 20 novembre	2014	n.	24790	; *19*; *22*; *24*
Cass., sez. VI-L, 20 gennaio	2015	n.	797	; *25*
Cass., sez. lav., 11 febbraio	2015	n.	2692	; *12*
Cass., sez. lav., 17 febbraio	2015	n.	3136	; *13, 19*
Cass., sez. lav., 18 febbraio	2015	n.	3254	; *26*