

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

REPRESSIONE DELLA CONDOTTA ANTISINDACALE

- 1.1. L'art. 28 nello Statuto dei lavoratori: nozioni generali e inquadramento
sistematico *pag. 5*
- 1.2. Elemento oggettivo *pag. 11*
- 1.3. L'elemento soggettivo *pag. 15*
- 1.4. Legittimazione attiva *pag. 28*
- 1.5. Legittimazione passiva *pag. 32*
- 1.6. Il procedimento *pag. 34*
 - 1.6.1. Fase sommaria (*segue*) *pag. 36*
 - 1.6.2. Fase di opposizione (*segue*) *pag. 39*
- 1.7. Un importante caso giurisprudenziale *pag. 41*

CAPITOLO II

L'IMPUGNAZIONE DEL LICENZIAMENTO

- 2.1. Disciplina sostanziale del licenziamento *pag. 47*

2.2. Impugnativa del licenziamento: nozioni introduttive e novità introdotte dalla legge 2010 n. 183	<i>pag. 50</i>
2.3. Impugnazione stragiudiziale	<i>pag. 56</i>
2.4. Impugnazione giudiziale	<i>pag. 60</i>
2.5. La legittimazione all'impugnazione	<i>pag. 62</i>
2.6. Termine per l'impugnazione	<i>pag. 66</i>
2.7. Acquiescenza al licenziamento e rinuncia all'impugnazione	<i>pag. 70</i>
2.8. Un caso giurisprudenziale	<i>pag. 73</i>

CAPITOLO III

DISCIPLINA DEL C. D. COLLEGATO LAVORO

3.1. L'arbitrato in materia di lavoro	<i>pag. 86</i>
3.2. La tutela dei <<lavoratori a termine>>	<i>pag. 98</i>
3.3. La conciliazione nelle controversie di lavoro	<i>pag. 105</i>

BIBLIOGRAFIA

GIURISPRUDENZA

INTRODUZIONE

Il diritto processuale è la branca del diritto che disciplina l'insieme dei procedimenti attraverso i quali si esercita la giurisdizione; che costituisce, stando alla ben nota e tradizionale tripartizione, una delle funzioni essenziali dello Stato, accanto a quella legislativa e a quella amministrativa.

Mentre il diritto sostanziale, nelle sue svariate ramificazioni, mira fundamentalmente a regolare in astratto tutti i possibili conflitti intersubiettivi, attraverso l'attribuzione di posizioni di vantaggio (diritti, facoltà, poteri, ecc.) e di posizioni di svantaggio (doveri, obblighi, soggezioni), il diritto processuale serve, in un certo senso, a disciplinare l'intervento del giudice, ogniqualvolta esso sia necessario per rendere concreto ed effettivo l'assetto d'interessi delineato dal legislatore sostanziale¹.

Nonostante anche il processo del lavoro risponda a quanto sopra detto, è bene ricordare che, fatta eccezione per un breve periodo (tra il 1942 e il 1973), è stato sin dalle prime esperienze, ed è tuttora, caratterizzato da specialità e autonomia rispetto al processo civile.

Un'autonomia che si esterna sia dal punto di vista legislativo, con apposite disposizioni che lo riguardano, prima fra tutte la legge 1973 n. 533, sia dal punto di vista scientifico, essendo oggetto di specifica e copiosa elaborazione specialistica.

Partendo, dunque, dalla considerazione della complessità dell'argomento, il presente lavoro non pretende di offrire un quadro completo delle <<tecniche di tutela del lavoratore nel diritto processuale>>, ma si soffermerà su alcuni

¹ G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2009, 1.

fra i più significativi strumenti di tutela dei diritti e della dignità del lavoratore esperibili direttamente o tramite l'attività del sindacato nei luoghi di lavoro.

A questo scopo si affronta l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale degli strumenti offerti dall'art. 28 statuto dei lavoratori per la repressione della condotta antisindacale e della disciplina dell'impugnazione del licenziamento con una particolare attenzione alle novità introdotte dalla legge 183 del 2010 (c. d. collegato lavoro) che ha modificato aspetti sostanziali del processo del lavoro e delle concrete possibilità di tutela dei diritti del lavoratore.

L'analisi dalla disciplina sostanziale e processuale delle forme di tutela sopraindicate, verrà seguita dall'illustrazione di recenti casi giurisprudenziali particolarmente significativi e capaci di offrire un concreto esempio delle recenti linee guida in tema di diritto processuale del lavoro.

CAPITOLO I

REPRESSIONE DELLA CONDOTTA ANTISINDACALE

1.1.Repressione della condotta antisindacale: nozioni generali e inquadramento sistematico dell'art. 28 Statuto dei lavoratori.

Lo Statuto dei lavoratori concede alle associazioni sindacali uno specifico strumento processuale per la repressione dei comportamenti datoriali diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale o del diritto di sciopero.

La norma in esame (ritenuta di natura secondaria, poiché non istituisce nuovi diritti per il sindacato, ma si limita a presidiare quelli già esistenti) si occupa dei comportamenti del datore di lavoro diretti ad impedire o a limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale, nonché del diritto di sciopero².

La protezione legislativa della libertà dell'attività sindacale in azienda e del diritto di sciopero si realizza, dunque, nel modo più ampio e con la massima effettività nell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, vera norma di chiusura della legge, che prevede uno speciale procedimento giurisdizionale repressivo della condotta antisindacale del datore di lavoro.

L'importanza cruciale della norma è stata avvalorata nei primi anni da una casistica intensa e spesso altamente contrastata; né è smentita dal

² G. TESORIERE, *Diritto processuale del lavoro*, 5° ed., Padova, 2007, 347.

progressivo assestamento (e accettazione) delle direttive in materia sindacale dello Statuto, almeno nell'area forte dell'economia³.

Si tratta di un procedimento sommario, finalizzato ad un rapido accertamento e ad una pronta repressione di una serie di condotte che mortifichino il ruolo riconosciuto al sindacato dalla Costituzione e dallo Statuto dei lavoratori.

Sotto un primo e più immediato profilo si considera antisindacale ogni comportamento del datore di lavoro oggettivamente idoneo ad impedire o limitare la libertà sindacale⁴: tale oggettiva idoneità sussiste non solo nell'ipotesi in cui siano violati diritti attribuiti al sindacato dalla legge, ma anche quando la violazione riguardi posizioni soggettive che trovano la loro fonte nella contrattazione collettiva.

Nel corso del 1990, infatti la repressione della condotta antisindacale è stata oggetto di due interventi legislativi che hanno individuato due fattispecie tipiche di comportamenti antisindacali: l'una, come detto, relativa alla violazione delle norme attinenti alla parte c.d. obbligatoria del contratto collettivo⁵, l'altra relativa al mancato rispetto degli obblighi procedurali in caso di trasferimento d'azienda⁶.

La violazione delle clausole normative del contratto collettivo, che attribuiscono diritti, non al sindacato, bensì ai singoli prestatori di lavoro, non integra normalmente una condotta antisindacale⁷, tuttavia alcune pronunzie di merito precisano che quando tali violazioni si realizzino in maniera sistematica e con modalità tali da screditare le organizzazioni

³ F. CARINCI - R. DE LUCA TAMAJO - P. TOSI - T. TREU, *Diritto del lavoro*, 1. *Il diritto sindacale*, 5° ed., Torino, 2006, 130 ss.

⁴ Cass., 12 agosto 1993, n. 8673, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1993, 785.

⁵ art. 7, l. n. 146/1990.

⁶ art. 4, comma 2, l. n. 428/1990, come modificata dal d.lgs. n. 18/2001.

⁷ Cass., 17 gennaio 1990, n. 207, in *Mass. giur. lav.*, 1990, 144; *Dir. e prat. lav.*, 1990, 1302; Pret. Roma, 21 gennaio 1993, in *Dir. e prat. lav.*, 1993, 898.

sindacali che hanno siglato l'accordo, l'inadempimento contrattuale possa assumere il carattere di un comportamento antisindacale⁸.

La violazione delle clausole normative del contratto collettivo, in quanto può ledere diritti sia dei singoli che del sindacato, rientra in quella particolare configurazione del comportamento antisindacale che va sotto il nome di condotta plurioffensiva.

Questa ipotesi si realizza quando la condotta del datore di lavoro si concretizza in una violazione delle prerogative del sindacato attraverso una lesione di diritti soggettivi dei singoli lavoratori.

Si pensi al caso emblematico del licenziamento del lavoratore motivato dalla sua partecipazione all'attività sindacale⁹, ovvero alla violazione dei diritti retributivi dei lavoratori connessa alla partecipazione ad uno sciopero¹⁰.

Conseguenza di tale situazione doppiamente lesiva dei diritti del sindacato e del singolo è la contemporanea proponibilità dei due giudizi: quello per la repressione della condotta antisindacale e quello per la tutela delle posizioni individuali lese dalla medesima condotta¹¹.

Tra i due procedimenti, secondo quanto affermato da una giurisprudenza pacifica, vi è totale indipendenza, in ragione dei diversi e rispettivi oggetti.

Cosicché non intercorre tra le due azioni alcun nesso di pregiudizialità né tanto meno di contrasto tra giudicati in senso tecnico: è quindi ammissibile anche una eventuale difformità di giudizi e di provvedimenti, i cui effetti si produrranno indipendentemente l'uno dall'altro, anche se, di fatto, potranno interessare la stessa situazione concreta.

⁸ Pret. Genova, 15 maggio 1996, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1996, 180; Trib. Milano, 24 febbraio 1996, in *Orient. giur. lav.*, 1996, 22.

⁹ Cfr. Cass. S.U., 17 febbraio 1992, n. 1916, in *Foro it.*, 1992, I, 3020; *Notiziario giurispr. lav.*, 1992, 372; *Giust. Civ.*, 1992, I, 2110.

¹⁰ Cfr. Pret. Milano, 18 agosto 1992, in *Foro it.*, 1992, I, 2070.

¹¹ Trib. Roma, 15 luglio 1994, in *Lavoro e giur.*, 1994, 1246, con nota di F. M. GALLO; Pret. Ravenna, 16 luglio 1985, in *Lavoro e giur.*, 80, 1985, 1081.

Sarà perciò possibile, ad esempio, che il licenziamento di un lavoratore possa essere qualificato come condotta antisindacale in un procedimento *ex art. 28 Stat. lav.*, anche se la sentenza pronunciata in un procedimento *ex art. 414 c. p. c.*, ne abbia riconosciuto la giustificatezza: in forza della prima pronunzia, il lavoratore licenziato con provvedimento dichiarato antisindacale dovrà comunque essere reintegrato, almeno sino alla revoca del provvedimento di condanna.

All'oggettiva idoneità del comportamento datoriale a ledere i diritti e gli interessi del sindacato non deve, tuttavia, accompagnarsi necessariamente anche l'effettiva lesione di tali posizioni soggettive, essendo sufficiente che la condotta denunciata abbia recato anche solo un pregiudizio potenziale al ruolo riconosciuto al sindacato dalla disposizione che si assume violata¹².

Oltre al problema della effettività del pregiudizio sofferto dall'organizzazione sindacale, numerose pronunzie si sono interessate del problema dell'intenzionalità del comportamento e della sua necessità ai fini dell'accertamento giurisprudenziale che recentemente ha riscosso numerose adesioni. È irrilevante che il comportamento lesivo sia stato posto in essere dal datore di lavoro con l'intento precipuo di danneggiare l'organizzazione sindacale¹³ viceversa, nel recente passato, molte pronunzie avevano stabilito che per la condanna ai sensi dell'art. 28 dovesse essere necessario accertare che la condotta fosse stata effettivamente adottata con lo scopo di ostacolare o limitare l'attività sindacale. Tale contrasto è stato recentemente composto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali si sono pronunziate per l'irrelevanza dell'elemento intenzionale.

Con l'art. 28 Stat. lav., il legislatore ha predisposto, come già rilevato, una tutela pronta ed energica della libertà e dell'attività sindacale attraverso uno speciale procedimento per la repressione della condotta del datore di lavoro diretta a impedire o a limitare l'esercizio della libertà e attività stesse (da

¹² Pret. Treviso, 11 dicembre 1995, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1995, 880.

¹³ Cass., 16 luglio 1992.

intendersi quale autorganizzazione degli interessi collettivi professionali dei lavoratori e quale loro realizzazione nelle opportune forme dinamiche), nonché del diritto di sciopero.

La norma presenta una notevole importanza, non solo nell'ambito dello Statuto dei lavoratori, (ove occupa una posizione indubbiamente centrale, o, come pure è stato affermato, di chiave di volta e cardine del sostegno legale) ma anche nella complessiva esperienza giuridica, sostanziale e processuale. Sotto il primo profilo, infatti, essa è valsa a conferire effettività alla tutela del sindacato, che la legge ha inteso assicurare in conformità alla garanzia costituzionale. Il sindacato ha così potuto contrastare validamente, anche sul piano giudiziario, le interferenze datoriali nella propria presenza e attività nei luoghi di lavoro. Ma non minor rilievo assume la portata innovativa che, nel quadro del nostro sistema giuridico, riveste il mezzo a tal fine apprestato.

Con l'art. 28, il legislatore ha previsto uno strumento di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e l'attribuzione del diritto d'azione a soggetti collettivi.

Evidente si rivela il contrasto rispetto all'impostazione individualistica del nostro sistema processuale, che aveva portato a negare legittimazione processuale alle associazioni sindacali non riconosciute; contrasto che appare ancor più chiaro, ove si consideri l'apparato sanzionatorio della norma.

Esso non consiste in strumenti di tipo risarcitorio atti alla reintegrazione di rapporti patrimoniali, ma realizza una tutela in forma specifica delle posizioni dei lavoratori, corroborata dall'assoggettamento a sanzione penale in caso di inottemperanza all'ordine del giudice, con la trasformazione effettiva di situazioni connesse a rapporti conflittuali e il ripristino degli equilibri lesi da iniziative illegittime del soggetto dominante del rapporto.

Il giudice, infatti, qualora ritenga sussistente la violazione delle posizioni giuridiche tutelate, ai sensi dell'art. 28, 1° comma, «Ordina al datore di

lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti>>.

Un'innovazione significativa riguarda altresì la tecnica di individuazione della fattispecie considerata e, conseguentemente, l'ambito soggettivo e oggettivo della tutela garantita a fronte delle condotte datoriali.

La condotta antisindacale è identificata dall'art. 28 in <<comportamenti del datore di lavoro diretti a impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero>>.

Il riferimento sia a comportamenti che limitano i beni sindacali anzidetti consente di reprimere ogni lesione, da quelle più gravi a quelle di minore gravità.

Ne risulta come la fattispecie non sia rigorosamente definita nelle sue caratteristiche strutturali, ma sia individuata esclusivamente sotto il profilo teleologico, per l'idoneità a ledere i beni protetti. La scelta di una tale tecnica di individuazione della fattispecie si correla alla finalità di realizzare un ampio controllo sull'esercizio dei poteri del datore di lavoro, perseguendo (come precisa la relazione al disegno di legge) tutte quelle pratiche limitative, tanto più insidiose in quanto difficilmente definibili, che possono essere attuate dal datore di lavoro.

1.2.Elemento oggettivo.

L'art. 28, comma 1, Statuto dei lavoratori offre una definizione amplissima e, dunque, inequivocabile di condotta antisindacale.

Sono tali, infatti, tutti i <<comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero>>.

L'analisi dell'elemento oggettivo del procedimento per la repressione della condotta antisindacale non può prescindere dall'esame dei passaggi più significativi della citazione sopra riportata.

Per <<comportamenti>>, devono intendersi sia atti giuridici che comportamenti materiali e l'espressione <<impedire o limitare>> è quanto mai comprensiva, potendo riferirsi non solo all'eliminazione della possibilità di godere dei diritti sindacali ma anche alla riduzione della loro fruibilità¹⁴.

Il comportamento illegittimo non è descritto dall'art. 28 in base alle sue caratteristiche strutturali, ma è individuato solo per la sua idoneità a ledere i beni protetti: libertà, attività sindacale, diritto di sciopero, quindi strutturalmente aperto e solo teleologicamente determinato.

Questa tecnica di individuazione della fattispecie è motivata dalla consapevolezza che i beni protetti possono essere lesi nella pratica da comportamenti diversi, non tipizzabili a priori.

Il termine <<comportamento>>, per la sua genericità, è comprensivo sia di atti giuridici (es. sanzione disciplinare, licenziamento, trasferimento) sia di meri comportamenti materiali (es. intimidazioni, minacce, indagini antisindacali).

Non vi è ragione di escludere nemmeno i comportamenti omissivi del datore (es. rifiuto di promuovere certi lavoratori a mansioni superiori).

¹⁴ M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, Padova, 2005, 60.

È stato peraltro precisato dalla giurisprudenza¹⁵ che tale sorta di comportamento, ancorché risulti pregiudizievole alla libertà o all'attività sindacale, non può essere considerato antisindacale, e suscettibile quindi di repressione ai sensi dell'art. 28 Stat. lav., ove non integri contestualmente violazione di uno specifico obbligo di contenuto positivo imposto allo stesso datore di lavoro da disposizioni legislative o contrattuali¹⁶.

In realtà, dunque, i comportamenti omissivi vengono concretamente in gioco non tanto in sé, ma in quanto coordinati con comportamenti attivi che completano il quadro antisindacale (es. l'attribuzione di certi benefici e promozioni circoscritte in funzione discriminatoria)¹⁷.

Se queste fattispecie sono soggette ad un'interpretazione teleologica e dunque soggetta ad estensione o riduzione del loro ambito di applicazione, due fattispecie sono state esplicitamente previste dal legislatore specificamente come condotta antisindacale.

La prima è l'art. 7 della L. n. 146/1990, che sulla scorta di una diffusa giurisprudenza sancisce l'applicazione dell'art. 28 dello Stat. lav. all'inadempimento da parte di un datore di lavoro di clausole collettive in tema di diritti ed attività proprie del sindacato (c.d. clausole obbligatorie), solo per quel datore di lavoro pubblico o privato che sia ricadente nell'ambito della legge medesima, cioè un ente gestore di un servizio pubblico essenziale. Tuttavia la migliore dottrina tende ad attribuire una portata generale alla previsione normativa.

La seconda è l'art. 47, 3° comma della L. n. 428/1990 come modificato dal D. Lgs. n. 18/2001, che qualifica come condotta antisindacale il mancato rispetto da parte del cedente o del cessionario degli obblighi procedurali

¹⁵ Cass., 11 ottobre 1989, n. 4063, in *Foro it.*, 1990, I, 2914; *Dir. lavoro*, 1990, II, 274; *Notiziario giurispr. lav.*, 1989, 520; *Mass. giur. lav.*, 1989, 443; *Orient. giur. lav.*, 1990, 43.

¹⁶ G. AMOROSO – V. DI CERBO – A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, Volume II, *Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, 2° ed., 2006, Milano, 945.

¹⁷ F. CARINCI - R. DE LUCA TAMAJO – P. TOSI – T. TREU, *Diritto del lavoro*, 1. *Il diritto sindacale*, 5° ed., Torino, 2006, 132.

(comunicazione, informazione, esame congiunto) previsti nei confronti delle rispettive RSA o RSU costituite nelle unità produttive interessate ovvero ai sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese interessate al trasferimento d'azienda.

Indica, invece, l'oggettiva destinazione illecita che la condotta deve possedere per essere qualificata come antisindacale l'espressione <<diritti a>>, così da prescindere dal conseguimento del risultato lesivo dei diritti sindacali per ottenere la tutela prevista¹⁸.

Infine, l'<<esercizio della libertà e dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero>> implica una tale ampiezza degli interessi tutelati da abbracciare l'intera azione sindacale. È di tutta evidenza la completezza della tutela apprestata all'interesse sindacale, che però deve essere intesa sotto il profilo strumentale, nel senso che il procedimento *ex art. 28, l. n. 300 del 1970* tutela la facoltà di agire liberamente per ottenere il buon esito delle rivendicazioni e non il fatto che tale esito positivo si ottenga.

Interessanti a tale riguardo sono alcune riflessioni prodotte dalla dottrina, che si è chiesta se sia configurabile una condotta antisindacale nel caso in cui il datore di lavoro ammetta certi sindacati e non altri alle trattative aziendali.

La risposta è stata affermativa, in considerazione del generale obbligo di intavolare trattative, seppure senza concluderle, che grava sul datore di lavoro, anche se non è riconosciuto, nel nostro ordinamento, un principio di parità tra associazioni sindacali¹⁹.

¹⁸ M. G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamenti antisindacali dell'imprenditore*, Napoli, 1979, 55.

¹⁹ Cfr. F. SCARPELLI, *Ancora in tema di discriminazione nelle trattative, efficacia soggettiva degli accordi stipulati soltanto con alcune organizzazioni sindacali e procedimento ex art. 28 st. lav.*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, II, 848 e ss.; M. MEUCCI, *Ricusazione delle trattative e condotta antisindacale*, in *Lav. Prev. Oggi*, 1987, 2538 ss.; T. TREU, *L'obbligo dell'imprenditore di trattare, diritti sindacali e principio di uguaglianza*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1972, 1395; P. LAMBERTUCCI, *Diritti sindacali, criterio*

Altra ipotesi particolare, nella quale si esclude la possibilità di ricorrere al procedimento *ex art. 28*, si ha nel caso in cui l'asserita condotta antisindacale ha ad oggetto la violazione di un diritto del lavoratore del quale questi ha disposto con rinuncia o transazione *ex art. 2113 c.c.*

In tal caso, infatti, nei confronti di un diritto al quale il lavoratore ha rinunciato, non avrebbe senso la tutela ripristinatoria propria del procedimento per la repressione della condotta lesiva²⁰.

All'interno di uno spettro così ampio di interessi protetti si può comunque distinguere tra diritti sindacali tipici (previsti dallo Statuto dei lavoratori o da altre fonti legali o negoziali) che, se violati, comportano una condotta antisindacale tipica²¹; e, poi, una atipica che riguarda qualsiasi altro comportamento del datore di lavoro.

Il soggetto titolare degli interessi protetti dalla procedura *ex art. 28* è esclusivamente il sindacato ma la condotta antisindacale del datore di lavoro, in alcuni casi, può essere plurioffensiva.

Ciò avviene quando il comportamento datoriale lede sia l'interesse del sindacato, sia quello del singolo lavoratore, il quale, infatti, è legittimato all'azione giudiziaria individuale, non potendo il sindacato sostituirsi processualmente a quello²².

della maggiore rappresentatività e principio di uguaglianza tra sindacati, in *Riv. Giur. Lav.*, 1981, II, 734 ss.

²⁰ Cass., 29 novembre 1983, n. 602.

²¹ Esempi in tal senso, come già accennato, sono contenuti nell'art. 7, l. n. 142 del 1990 (che indica come antisindacale la violazione da parte del datore di lavoro delle <<clausole obbligatorie>> contenute nei contratti collettivi) e nell'art. 47, l. n. 428 del 1990 (che, in caso di trasferimento di azienda, prevede come condotta antisindacale il mancato rispetto da parte del cedente o del cessionario degli obblighi procedurali di informativa sindacale previsti dalla legge).

²² M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, Padova, 2005, 60.

1.3.Elemento soggettivo.

Il tema dell'elemento soggettivo nel procedimento *ex art. 28* si incentra sulla necessità o meno dell'intenzionalità della condotta del datore di lavoro per la configurazione della sua antisindacalità.

A suscitare i dubbi interpretativi è il primo comma dell'art. 28 Stat. lav. che adopera l'espressione: <<comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attualità sindacale nonché del diritto di sciopero>>.

I dubbi interpretativi hanno determinato il formarsi di un rilevante contrasto di giurisprudenza, contrasto avente ad oggetto, in buona sostanza, la necessità, o meno, che per la sussistenza di un comportamento antisindacale, ricorra, oltre al requisito della condotta oggettivamente idonea ad ostacolare o violare diritti sindacali, quello dell'intento lesivo del datore di lavoro, e cioè l'intenzione di quest'ultimo di conseguire il suddetto scopo.

Per molti anni, in dottrina e giurisprudenza si sono contrapposti due orientamenti²³, uno teso a riconoscere nell'elemento soggettivo un requisito essenziale della condotta antisindacale, l'altro che invece, negando rilevanza all'intenzione del datore di lavoro, riteneva essenziale per la configurabilità dell'antisindacalità della sua condotta solamente la sua oggettiva idoneità ad ostacolare o limitare l'attività sindacale.

Tale contrapposizione, almeno in giurisprudenza, è durata fino alla pronuncia n. 5295/97 delle S.U. della Corte di Cassazione in seguito confermata da successive sentenze²⁴ che ha accolto l'orientamento favorevole all'irrilevanza dell'intenzionalità della condotta del datore di

²³ Vedi *ex multis* sulla rilevanza dell'elemento soggettivo R. FLAMMIA, *Osservazioni sul comportamento antisindacale ex art. 28 legge 20 maggio 1970, n. 300 dei datori di lavoro privati e pubblici con riferimento all'esercizio del diritto di sciopero*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1994, 450 ss.. Contra B. Brattoli, *La condotta antisindacale*, Roma, 1996, 32 ss.

²⁴ Cfr. Cass., 1 dicembre 1999, n. 13383; Cass., 22 febbraio 2003, n. 2770; Cass., 22 aprile 2004, n. 7706.

lavoro per configurare la sua antisindacalità, come avviene per l'illecito di tipo contrattuale.

Come accennato, però, la citata sentenza ha sopito il dibattito solo nelle aule, in quanto, ancora oggi, alcuni autori dissentono da questa ricostruzione, mentre altri ancora la specificano, riconoscendo, da un lato, rilevanza all'elemento soggettivo solo dinanzi ad un illecito contrattuale del datore di lavoro, e dall'altro, negandogliela in caso di illecito extracontrattuale²⁵.

In particolare, per quanto attiene all'illecito contrattuale, questo sarebbe procurato dalla violazione di diritti sindacali tipici e, per questo, il tipo di responsabilità addebitabile alla parte datoriale sarebbe quella contrattuale di cui all'art. 1218 c.c., che, infatti, non comporta anche la sussistenza del dolo o della colpa.

L'illecito extracontrattuale, invece, si concretizzerebbe nella violazione di un diritto sindacale attraverso una condotta lecita ma tesa ad acquisire valenza antisindacale, più precisamente una condotta antisindacale atipica. Sarebbe questo il caso di una responsabilità aquiliana (art. 2043 c.c.) del datore di lavoro, per la quale è necessario il riconoscimento dell'elemento soggettivo.

Occorre dunque riesaminare le posizioni dottrinali e giurisprudenziali che si sono susseguite negli anni e che hanno portato alla pronuncia della Cassazione:

a. Orientamento che considera l'intento lesivo come elemento costitutivo della fattispecie.

In sede di prima applicazione della normativa introdotta dallo Statuto dei lavoratori si è affermato e consolidato un orientamento che considera l'intento lesivo come elemento costitutivo della fattispecie; in altre parole, secondo tale impostazione, ai fini della configurabilità di una condotta

²⁵ A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Parte I, *Il diritto sindacale*, Padova, 2005, 300 ss.

antisindacale del datore di lavoro ai sensi dell'art. 28 Stat. Lav. è necessario non solo che sussista un comportamento oggettivamente idoneo ad ostacolare o limitare l'attività sindacale, ma anche che questo sia intenzionalmente diretto a conseguire tale scopo.

Tale orientamento, che, come si vedrà, è stato anche recentemente più volte ribadito, prende le mosse da una affermazione contenuta in una sentenza della Corte costituzionale²⁶ secondo la quale <<il campo naturale di applicazione dell'art. 28 Stat. Lav. contempla ed abbraccia tutte quelle ipotesi in cui la condotta del datore di lavoro si estrinseca in una serie di atti e di comportamenti i quali, anche se oggettivamente leciti, si profilano, in relazione al fine perseguito, come diretti a limitare, contrastare, impedire o perseguire, con i mezzi più disparati, l'esercizio dei diritti sindacali del lavoratore>>.

Secondo l'impostazione accolta da tale decisione, quindi, ai fini della sussistenza di una condotta antisindacale non rileva l'illegittimità o meno del comportamento posto in essere dal datore di lavoro, ma soltanto il fine dallo stesso perseguito.

Infatti la legittimità di un comportamento non esclude che esso possa essere stato adottato in funzione antisindacale, mentre, per converso, la sua illegittimità non è di per sé sufficiente a provare l'esistenza del fine vietato dall'art. 28 Stat. lav.

In sintonia con quanto ritenuto dalla Corte costituzionale, la giurisprudenza della S.C. si è richiamata, in sostanza, alla lettera ed alla *ratio* della norma per sostenere la tesi della necessaria coesistenza, ai fini della configurabilità di una condotta antisindacale, di un elemento oggettivo (costituito dall'attitudine, sia pure potenziale, del comportamento datoriale, a ledere gli interessi tutelati dall'art. 28 Stat. lav.) e di un elemento soggettivo

²⁶ Corte cost., 13 febbraio 1974 n. 28, in *Giust. Civ.*, 1974, III, 111; *Foro it.*, 1974, I, 997, con nota di Pera; *Dir. lavoro*, 1974, II, 135; *Cons. Stato*, 1974, II, 1, 194; *Giur. cost.*, 1974, 98; *Riv. dir. lav.*, 1974, II, 54; *Mass. giur. lav.*, 1974, 13.

(costituito dalla coscienza e volontà di porre in essere un comportamento antisindacale).

In particolare, sotto il profilo dell'interpretazione letterale, ha sostenuto che l'espressione <<comportamenti diretti a>>, adoperata dal legislatore, attesta chiaramente la necessità di una finalizzazione cosciente e volontaria della condotta del datore di lavoro; sotto il profilo sistematico ha inoltre affermato che la *ratio* della disposizione deve essere ravvisata nell'intento legislativo di introdurre, sul piano generale, regole idonee ad assicurare un corretto svolgimento delle relazioni sindacali nei luoghi di lavoro attraverso una severa penalizzazione dell'intenzione del datore di lavoro di non rispettare tali regole²⁷.

Con la sentenza 5454/92²⁸ la Cassazione, premesso che l'art. 28 Stat. lav., nell'attribuire al giudice civile il potere di ordinare la cessazione e la rimozione degli effetti del comportamento del datore di lavoro diretto ad impedire o limitare l'attività sindacale, pone una fattispecie tipizzata solo dal punto di vista dei beni protetti, ma non anche da quello dei comportamenti, ha affermato che la condotta antisindacale del datore di lavoro è ravvisabile soltanto in presenza di una condotta illecita, assunta per la libera determinazione.

A sua volta Cass. 7589/90 ha affermato che, ai fini della tutela *ex art. 28* Stat. lav., costituisce condotta antisindacale ogni comportamento del datore di lavoro che, pur al di fuori delle ipotesi previste dai titoli secondo e terzo della legge suddetta, sia oggettivamente diretto ad ostacolare l'attività sindacale e sia sostenuto altresì, dal punto di vista soggettivo, dall'intenzione di pervenire a tale risultato (la fattispecie esaminata in

²⁷ G. AMOROSO – V. DI CERBO – A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, Volume II, *Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, 2° ed., 2006, Milano, 931 ss.

²⁸ Cass., 8 maggio 1992, n. 5454 in *Giur. it.*, 1992, I, 1886, con nota di PICCININI; *Notiziario giurispr. lav.*, 1992, 603; *Mass. giur. lav.*, 1992, 455; *Lavoro e prev. oggi*, 1994, 637.

questo caso dalla S.C. riguardava il trasferimento di un lavoratore sindacalmente attivo)²⁹.

b. Orientamento che nega all'intento lesivo il carattere di elemento costitutivo della fattispecie.

In netta contrapposizione alla giurisprudenza sopra citata si è posto l'orientamento che nega all'intento lesivo il carattere di elemento costitutivo della fattispecie. Secondo tale orientamento per la configurabilità di una condotta antisindacale è sufficiente il solo requisito dell'oggettiva idoneità del comportamento del datore di lavoro a ledere la libertà e l'attività sindacale nonché il diritto di sciopero, mentre non rileva la sussistenza di uno scopo antisindacale da quest'ultimo perseguito col porre in essere il suddetto comportamento.

²⁹ In senso conforme a tale orientamento cfr. altresì: Cass., 17 febbraio 1987 n. 1713, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, 514; *Notiziario giurispr. lav.*, 1987, 517, secondo la quale qualsiasi spostamento, all'interno o all'esterno dell'azienda, di un lavoratore sindacalista, se finalizzato ad incidere negativamente sui suoi diritti, può determinare la sussistenza di una condotta antisindacale; Cass., 8 febbraio 1985 n. 1055, la quale, sulla premessa che per la configurabilità di una condotta antisindacale è necessaria non solo l'idoneità causale del comportamento datoriale, ma anche che esso sia diretto a fini antisindacali, ha confermato la sentenza con la quale i giudici del merito avevano negato la natura antisindacale del comportamento del datore di lavoro inteso ad ottenere la puntuale esecuzione di disposizioni, in materia di esercizio del diritto di sciopero e di determinazione delle modalità del medesimo, per errore ritenute impartite dalle stesse associazioni sindacali; Cass., 5 giugno 1981 n. 3635, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 33; *Mass. giur. lav.*, 1981, 558; *Notiziario giurispr. lav.*, 1981, 305, la quale, sul presupposto che nel concetto di comportamento antisindacale possa essere inquadrata esclusivamente quella condotta del datore di lavoro non solo oggettivamente idonea ad ostacolare o limitare l'attività sindacale, ma anche intenzionalmente diretta a tale effetto, ha precisato che dalla suddetta nozione certamente esulano quei comportamenti che, pur attuati in funzione di resistenza alle pretese del sindacato, non si sostanziano in una effettiva e voluta limitazione della libertà di esercizio dei diritti sindacali; Cass., 6 maggio 1977 n. 1739 in *Mass. giur. lav.*, 1978, 161; *Riv. dir. lav.*, 1978, II, 536, la quale, in applicazione del suddetto principio, ha ritenuto corretta la valutazione dei giudici di merito che hanno ravvisato una condotta antisindacale nel comportamento del datore di lavoro consistito nel deliberare la chiusura dello stabilimento in ore coincidenti con quelle di uno sciopero in precedenza proclamato dalle organizzazioni sindacali, avendo ritenuto provato che, stante la mancanza di valide ragioni tecniche per tale chiusura, la stessa era stata posta in essere al solo scopo di boicottare lo sciopero stesso.

Le argomentazioni poste alla base di tale tesi, le quali trovano il loro sviluppo più completo nella sentenza 2409/84 della Cassazione³⁰, possono essere sintetizzate nei termini che seguono. Sotto un primo profilo viene messa in discussione l'interpretazione letterale della norma accolta dall'opposto orientamento laddove ritiene di cogliere nell'uso, da parte del legislatore, dell'espressione <<comportamenti diretti a impedire o limitare>>, la dimostrazione che la *voluntas legis* sia nel senso di richiedere che i suddetti comportamenti vengano posti in essere con l'intenzione di perseguire la finalità antisindacale.

A tal fine si sottolinea in primo luogo che, se è vero che un comportamento, in quanto agire *in fieri* di una persona responsabile, è di per sé diretto verso un risultato, ciò non vuol dire che è in ogni caso rilevante l'intento perseguito dal suo autore. Ed infatti, mentre tutti gli atti giuridici sono caratterizzati unicamente dalla volontarietà della condotta attraverso la quale vengono realizzati, solo per i negozi nel campo del diritto civile, per i provvedimenti nel campo del diritto penale, è richiesto altresì un collegamento fra la condotta e lo scopo perseguito dal soggetto che agisce. Secondo tale impostazione il comportamento antisindacale non rientra in nessuna delle suddette categorie dovendo essere infatti qualificato come illecito civile, nel quale l'illiceità è costituita unicamente dalla relazione di contrasto in cui l'atto, in sé considerato, si pone con interessi tutelati dall'ordinamento, contrasto che provoca una *iniura* e che perciò deve essere eliminato mediante la rimozione degli effetti dell'atto stesso indipendentemente dalle ragioni che possono averlo determinato.

Sotto un profilo sistematico, si osserva altresì che la soluzione accolta trova conferma nella considerazione del ruolo dell'art. 28 nell'ambito del complessivo sistema instaurato dallo Statuto dei lavoratori, col quale il

³⁰ Cass., 6 giugno 1984 n. 2409 in Foro it., 1984, I, 2779, con nota di MAZZOTTA; Mass. giur. lav., 1984, 294; *Notiziario giurispr. lav.*, 1984, 332; *Riv it. dir. lav.*, 1984, II, 653, con nota di BERRUTI.

legislatore non si è limitato a riconoscere il diritto, costituzionalmente garantito, dei lavoratori e dei loro sindacati a svolgere attività sindacale nell'impresa, ma ha anche inteso predisporre una tutela appropriata e tempestiva di tale diritto.

Tale duplice scopo è stato perseguito, da un lato, procedendo ad una ricognizione dei diritti sindacali essenziali, prevedendo la formazione nei luoghi di lavoro di appositi organismi rappresentativi ed introducendo istituti nuovi nelle relazioni fra datori di lavoro e dipendenti; dall'altro lato considerando che l'attività sindacale, per essere efficace, deve potersi esplicare liberamente ed immediatamente, non sopportando essa altre limitazioni e remore che non siano quelle derivanti dal rispetto di altri interessi, generali o individuali, ritenuti dall'ordinamento di pari rilevanza. A soddisfare l'esigenza di tutela di diritti sindacali è appunto preordinato l'art. 28 dello statuto dei lavoratori il quale in primo luogo mediante la generica previsione di <<comportamenti>> del datore di lavoro individuati unicamente dal fatto di essere <<diretti>> ad impedire o limitare l'esercizio di tali diritti, si pone come norma di chiusura che accomuna a quelle desumibili da espresse previsioni della legge stessa qualunque altra ipotesi di impedimento o di limitazione dell'esercizio della libertà e dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero, rendendole tutte reprimibili; in secondo luogo la norma appresta una procedura giudiziale di accertamento e di decisione del comportamento illecito non solo dominata dall'urgenza, ma caratterizzata anche da un'immediata effettività, tanto da essere assistita anche da misure di carattere penale.

In tale contesto, l'inserimento del requisito c.d. teleologico (e cioè dell'intenzionalità della condotta antisindacale) tra quelli tipici della fattispecie previsti dalla norma, in mancanza della quale questa non può operare, contrastata radicalmente, secondo l'orientamento in esame, con gli scopi perseguiti dal legislatore, in quanto subordina la tutela dei diritti sindacali non già alla condizione che gli stessi siano stati lesi o posti in

pericolo dalla condotta del datore di lavoro, ma all'esistenza di un'intenzione in tal senso di quest'ultimo, come se il vero fine perseguito dalla norma fosse quello di punire il comportamento datoriale doloso e non già quello di salvaguardare i diritti in esame.

Da ciò deriva una rilevante incongruenza, costituita dal fatto che viene a determinarsi, una ingiustificata differenza di trattamento per casi che presentano uguali necessità di tutela (identico essendo l'interesse giuridicamente rilevante) in relazione all'atteggiamento psicologico del datore di lavoro.

Vi è poi anche un ulteriore aspetto, anch'esso riferibile al profilo sistematico, che viene posto in evidenza. L'inosservanza del decreto o della sentenza che ordinano la cessazione del comportamento antisindacale è punita come contravvenzione, a norma dell'art. 650 c. p.

Orbene, ove si accogliesse la tesi <<teleologica>>, si avrebbe come conseguenza che per la repressione di un comportamento penalmente illecito sarebbe richiesto un elemento psicologico meno intenso di quello ritenuto necessario per far scattare il meccanismo di repressione di un comportamento illecito solo civilmente, e cioè per quello posto in essere anteriormente alla pronuncia del giudice, certamente meno grave.

Le suddette argomentazioni inducono i sostenitori dell'orientamento in esame a ritenere preferibile l'interpretazione della norma nel senso che sussiste la fattispecie della condotta antisindacale anche nel caso di comportamenti non necessariamente finalizzati a ledere l'interesse protetto, e neppure immediatamente lesivi di esso, essendo sufficiente che essi siano anche soltanto capaci di provocare una lesione di tali interessi. Ciò in quanto la norma intende reprimere proprio l'aggressione all'interesse sindacale, atteso che già tale aggressione pone in pericolo la libertà o l'attività sindacale nell'ambiente di lavoro in cui queste sono legittimate a svolgersi.

Tale impostazione produce, naturalmente, rilevanti conseguenze anche nella delimitazione dell'accertamento riservato al giudice. Infatti diventa

ultronea, per le ragioni sopra dette, non solo ogni indagine sull'elemento psicologico del datore di lavoro, ma anche quella sull'esistenza di un concreto pregiudizio per l'interesse tutelato come effetto della condotta del datore di lavoro.

Ciò che il giudice deve accertare, e tale accertamento deve essere compiuto con assoluto rigore per impedire che si possa abusare dell'indeterminatezza dell'illecito sindacale previsto dalla norma in esame, è l'obbiettiva idoneità della condotta denunciata a produrre il risultato che la legge intende impedire.

È stato peraltro chiarito che il suddetto accertamento deve tener conto anche della possibilità, dimostrata dalla comune esperienza, che l'atto del datore di lavoro abbia ripercussioni contemporaneamente nella materia sindacale ed in quella dei singoli rapporti di lavoro, dovendosi in tal caso stabilire se l'atto stesso, pur apparendo contrario agli interessi del sindacato, sia giustificato dalla disciplina del rapporto di lavoro.

La soluzione proposta per quest'ultima ipotesi è nel senso della non configurabilità della condotta antisindacale; se infatti il provvedimento datoriale in contestazione costituisce corretto esercizio di un diritto del datore di lavoro nei confronti del lavoratore, non solo quest'ultimo, ma neppure il sindacato è legittimato a dolersene, in quanto non ha ragione d'essere una tutela del sindacato che sia per un verso in contrasto con i diritti altrui (del datore di lavoro) e per un altro verso in difesa di posizioni individuali (del prestatore di lavoro) non meritevoli di considerazione; una tutela cioè rivolta a mantenere situazioni antiggiuridiche³¹.

³¹ In senso conforme a questo orientamento si sono in particolare pronunciate: Cass., 19 gennaio 1990 n. 295, la quale ha affermato l'irrelevanza, ai fini della configurabilità di un comportamento antisindacale, dell'elemento intenzionale in base all'assunto che la condotta denunciata come lesiva dei diritti sindacali costituisce un illecito civile, come tale rilevante per sé, indipendentemente dall'atteggiamento psicologico di colui che la pone in essere; Cass., 3 giugno 1987 n. 4871 in *Orient. giur. lav.*, 1987, 582; *Mass. giur. lav.*, 1987, 324; *Notiziario giurispr. lav.*, 1987, 517; *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, 239, con nota POSO, secondo la quale per la configurabilità di una condotta antisindacale è sufficiente un comportamento

c. Orientamento che propone una soluzione intermedia.

Tra i due opposti orientamenti si è inserito un terzo filone giurisprudenziale che prospetta in sostanza una soluzione intermedia, soluzione in base alla quale, cioè, deve ritenersi l'irrelevanza dell'elemento psicologico dell'intenzionalità nei soli casi in cui la condotta datoriale si ponga in contrasto con una norma imperativa, laddove il suddetto elemento psicologico deve sussistere, per la configurabilità di una condotta antisindacale, quando il comportamento datoriale, di per sé lecito, integri gli estremi dell'abuso del diritto³². La sentenza ha peraltro precisato che il suddetto requisito può assumere rilievo per qualificare come illecito un comportamento di per sé compreso nella legittima disponibilità del datore di lavoro, ma essenzialmente finalizzato a nuocere al sindacato³³.

che, sul piano meramente oggettivo, abbia attitudine, sia pure soltanto potenziale, a ledere gli interessi tutelati dall'art. 28 Stat. lav. (fattispecie relativa allo spostamento di un sindacalista all'interno della stessa unità produttiva con contestuale attribuzione di mansioni implicanti l'effettuazione di missioni e trasferte). Sempre nello stesso senso cfr. altresì Cass., 16 luglio 1992 n. 8610 in *Notiziario giurispr. lav.*, 1993, 20 la quale, in applicazione del principio suddetto, ha ritenuto che una condotta obiettivamente, ed anche solo potenzialmente, lesiva degli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali, posta in essere in conseguenza della mancata (ancorché non dolosa) considerazione di tali interessi da parte del datore di lavoro, realizza la condizione dell'azione giudiziaria di repressione ex art. 28 Stat. Lav. Coerentemente con la suddetta affermazione la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ravvisato gli estremi della condotta antisindacale nel comportamento del datore di lavoro che, in sede di individuazione dei dipendenti da porre in cassa integrazione guadagni, aveva scelto quattro membri su cinque del sindacato ricorrente.

³² Cass., 7 luglio 1987 n. 5922 in *Notiziario giurispr. lav.*, 1987, 515; Cass. 13 febbraio 1987 n. 1598 in *Notiziario giurispr. lav.*, 1988, 1, in particolare, secondo quest'ultima decisione, in presenza di un comportamento di per sé in contrasto con la libertà e l'esercizio dell'attività sindacale, quale il rifiuto, integrante la violazione di un preciso obbligo contrattualmente assunto, di trattare con un determinato sindacato per il rinnovo del contratto integrativo aziendale, non è necessaria, per la configurabilità degli estremi della condotta antisindacale.

³³ Cfr. Cass., 3 luglio 1992 n. 8143 in *Mass. giur. lav.*, 1992, 345, la quale ha ritenuto che, nell'ipotesi di comportamenti contrastanti con norme imperative (nella specie si trattava dell'art. 20 Stat. lav. in tema di assemblea), sia irrilevante l'intenzionalità del comportamento datoriale; di fatto sembra condividere tale soluzione anche Cass., 22 luglio 1992 n. 8815 in *Notiziario giurispr. lav.*, 1992, 611, la quale ha infatti esplicitamente

Tale soluzione ha trovato una compiuta rielaborazione in un'ulteriore decisione della Suprema Corte³⁴, la quale muove dalla fondamentale premessa che la disposizione dell'art. 28 Stat. lav. deve essere annoverata fra le norme c.d. <<a maglie larghe>> in quanto include nel suo ambito applicativo qualsiasi condotta lesiva della libertà e dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero. Ciò in quanto il legislatore era consapevole del fatto che, nella realtà del conflitto industriale a livello d'azienda, si può arrecare offesa ai beni suddetti in una varietà di modi non suscettibili di preventiva tipizzazione. In tale contesto la necessità che la condotta antisindacale sia qualificata dal substrato psicologico costituito dall'intenzionalità del comportamento (nell'accezione precedentemente esplicitata) si evince anche dalla considerazione che l'opposta opinione finirebbe per introdurre nell'ordinamento, e contro il dato normativo, una figura di illecito civile concretizzante una specifica, ed estremamente ampia, forma di responsabilità sottoposta, nell'ordinamento italiano, ad una progressiva opera di riduzione, tanto che la stessa si configura come istituto di natura eccezionale. Ciò premesso la sentenza osserva che, peraltro, l'intento antisindacale è sicuramente implicito, e pertanto sul piano probatorio non ha bisogno di alcun particolare e specifico accertamento, in tutte quelle condotte datoriali che contrastano con norme imperative destinate a tutelare, in via diretta ed immediata, l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale, come avviene in presenza di comportamenti del datore di lavoro lesivi dei diritti sindacali di cui ai Titoli II e III dello Statuto dei lavoratori; negli altri casi l'intenzionalità del comportamento del datore

affermato di voler aderire all'orientamento, ritenuto prevalente, che individua la condotta antisindacale nell'idoneità del comportamento datoriale ad impedire o limitare la libertà e l'attività sindacale e che ritiene che, una volta accertata la violazione di tali interessi, ove questa sia stata realizzata con violazione di specifiche disposizioni di legge o di accordi collettivi vincolanti, non siano necessarie ulteriori indagini circa l'intenzione del datore di lavoro di porre in essere tale lesione.

³⁴ Cass., 19 luglio 1995 n. 7833, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1995, 516.

di lavoro assume decisivo rilievo per sanzionare come antisindacali comportamenti datoriali che concretizzano un esercizio di poteri che trova giustificazione non in ragioni attinenti alle esigenze aziendali, ma, appunto, in finalità antisindacali. In particolare l'intento antisindacale deve essere provato allorché la condotta denunciata consista in violazioni di disposizioni contenute nella parte normativa del contratto e destinate ad operare direttamente sul piano dei rapporti fra datore di lavoro e lavoratore. Infatti, secondo tale decisione, il ritenere che si incorra in una condotta antisindacale ogni qualvolta si sia in presenza di un inadempimento, da parte del datore di lavoro, degli obblighi scaturenti da accordi e contratti collettivi, ed il non attribuire alcun rilievo né alle circostanze ed alle modalità che l'hanno accompagnata, finirebbe per determinare conseguenze non agevolmente spiegabili. In sede di esecuzione contrattuale si accrediterebbe infatti una posizione di supremazia del sindacato che, oltre a non essere in linea con la natura privatistica dei contratti collettivi, non troverebbe alcuna valida giustificazione, attesa la capacità del sindacato di far valere le proprie ragioni con i tradizionali ed efficaci strumenti di autotutela collettiva. Inoltre ciò determinerebbe, di fatto, l'attribuzione al sindacato, in momenti significativi della gestione imprenditoriale, di un diritto di veto assoluto ed insindacabile. Né, inoltre, si può sostenere la superfluità dell'indagine sull'elemento soggettivo stante l'applicabilità alla fattispecie del generale principio di cui all'art. 1218 c.c. (in tema di responsabilità del debitore). Secondo la sentenza *de qua*, infatti, a prescindere dal fatto che la norma suddetta, che trova la sua naturale e logica collocazione nell'ambito del rapporto obbligatorio, appare difficilmente applicabile in controversie aventi ad oggetto interessi e diritti di natura collettiva, deve ritenersi che l'art. 28 Stat. lav. abbia introdotto

nell'ordinamento una specifica ed autonoma causa di antigiuridicità che si colloca accanto alle tradizionali categorie civilistiche dell'illecito³⁵.

³⁵ Cfr. Cass., 13 gennaio 1996 n. 232, secondo la quale l'accertamento degli estremi della fattispecie vietata dall'art. 28 Stat. lav. non richiede la verifica di uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro quando l'interesse protetto risulti lesa da specifiche norme imperative; Cass., 8 settembre 1995 n. 9501 in *Notiziario giurispr. lav.*, 1995, 875 secondo la quale, in tema di condotta antisindacale, l'intenzionalità del comportamento sia contrastante con norme imperative, può assumere rilevanza quando la condotta del datore di lavoro, pur se lecita nella sua obiettività, presenti i caratteri dell'abuso del diritto, giacché in questo caso l'esercizio del diritto da parte del titolare si esplicita attraverso l'uso tutelato dalla norma assumendo quindi carattere di illiceità per contrasto con i principi di correttezza e buona fede.

1.4. Legittimazione attiva.

Legittimato attivo del procedimento *ex art. 28 l. n. 300 del 1970* è il sindacato e non il singolo lavoratore, in quanto titolare dell'interesse protetto dalla norma è il primo.

La norma individua concretamente quali soggetti possono agire in giudizio: gli <<organismi locali>> e, quindi, le strutture più periferiche dei sindacati nazionali, per l'individuazione dei quali occorre riferirsi agli statuti delle varie associazioni.

Da tali <<organismi locali>> sono, quindi, escluse le rappresentanze sindacali aziendali che sono <<costituite ad iniziativa dei lavoratori>> seppure <<nell'ambito delle associazioni sindacali che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva³⁶>>.

Il requisito della dimensione nazionale differisce palesemente, per la sua maggiore ampiezza, da quello richiesto dall'art. 19 della stessa legge per la costituzione di rappresentanze sindacali aziendali nel testo formulato dal legislatore del 1970, non essendo richiesta l'affiliazione ad una confederazione.

Dopo il referendum abrogativo del giugno 1995 la discrepanza tra i due requisiti si è accentuata, perché il nuovo testo dell'art. 19 non prevede più alcun requisito dimensionale, limitandosi a richiedere che l'organizzazione sindacale assuma la veste dell'associazione ed abbia sottoscritto contratti collettivi applicati nell'unità produttiva.

Non possiedono la legittimazione attiva nemmeno le rappresentanze sindacali unitarie, che vanno progressivamente sostituendosi a quelle aziendali sulla base del Protocollo d'intesa siglato dalle parti sociali e dal governo il 23 luglio 1993 e che è stato concretamente attuato dal successivo accordo interconfederale del 1° dicembre 1993.

³⁶ art. 19, l. n. 300 del 1970.

La *ratio* di tali esclusioni risiede nella particolare natura di dette rappresentanze di lavoratori, che, visto il loro diretto inserimento in azienda, non avrebbero quel giusto distacco, garante di un equilibrato utilizzo di un procedimento così dirompente.

Ciò è tanto vero che, in mancanza di un organismo locale del sindacato, legittimati ad agire sono direttamente i suoi organismi nazionali³⁷.

Titolari dell'azione *de quo* sono, dunque, gli organismi locali delle <<associazioni sindacali nazionali>>.

Da ciò è confermata, quindi, l'ampiezza della nozione di condotta antisindacale, la quale può avere ad oggetto anche diritti sindacali atipici e non solo quelli <<aziendali>>.

I sindacati nazionali ai quali si riferisce la norma non devono necessariamente appartenere ad una confederazione³⁸ e l'accertamento della loro diffusione sul territorio nazionale deve avvenire mediante i normali mezzi di prova, non essendo sufficienti a tale riguardo dei semplici riferimenti giurisprudenziali³⁹.

In merito alla dimensione nazionale come condizione per il riconoscimento della legittimazione attiva sono state sollevate numerose questioni di costituzionalità, aventi ad oggetto la compatibilità di tale requisito con numerose norme della Costituzione, in particolare gli art. 2, 3, 39.

La Corte costituzionale ha affermato che il criterio selettivo stabilito dalla norma sulla condotta antisindacale non è contrario alla Costituzione.

Tale criterio è stato difeso sul piano dell'opportunità processuale, con l'esigenza di limitare la possibilità di ricorrere ad uno strumento processuale così incisivo attribuendola ad organizzazioni responsabili che abbiano un'effettiva rappresentatività nel campo del lavoro e possano operare

³⁷ R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977, 146 ss.

³⁸ Cass., 26 febbraio 2004, n. 3917.

³⁹ Cass., 7 agosto 2002, n. 11833.

consapevolmente delle scelte concrete nel valutare l'opportunità di ricorrere allo speciale procedimento previsto dall'art. 28; viene così scongiurata potenzialmente la <<pletora indiscriminata di ricorsi>> che potrebbe scaturire dall'attribuzione della legittimazione ad agire ex art. 28 a qualsiasi associazione sindacale o finanche ad ogni singolo lavoratore, che conservano comunque la facoltà di agire a tutela della libertà e dell'attività sindacale attraverso gli strumenti processuali ordinari⁴⁰.

Inoltre, a maggior conforto, la Corte costituzionale ha affermato che l'attribuzione della legittimazione ai sindacati nazionali intende privilegiare quegli interessi collettivi i quali siano frutto di una <<sintesi interpretativa, che in quanto operata da soggetti rappresentativi di larghi strati di lavoratori, sia razionalmente funzionale, e non controproducente, rispetto all'obiettivo di un reale rafforzamento delle loro posizioni nel conflitto industriale⁴¹>>.

Risulta, questa, una scelta sicuramente opportuna.

Abbiamo visto, infatti, che lo strumento offerto dall'art. 28 è quanto mai dirimpante e, quindi, solo un soggetto fortemente responsabile ne può essere titolare.

Basta pensare, sotto questo punto di vista, alla sanzione penale offerta dal legislatore per <<costringere>> il datore di lavoro a conformarsi ad un ordine del giudice concernente una condotta infungibile.

Per quanto riguarda poi, la posizione di quei sindacati che non sono rappresentativi a livello nazionale, e che quindi non possono ricorrere al procedimento ex art. 28 Stat. lav., non si deve dimenticare che questi ultimi rimangono pur sempre titolari di un'autonoma azione ordinaria esperibile

⁴⁰ Cfr. R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977, 9 <<Con la decisione n. 54 del 6 marzo 1974, la Corte Costituzionale sembra aver posto definitivamente termine ad una delle più dibattute questioni sollevate dall'art. 28 legge 20 Maggio 190 n. 300: quella, cioè, relativa alla costituzionalità dell'attribuzione agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali>> della esclusiva legittimazione ad agire per la repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro.

⁴¹ Corte cost. 334/1988 e 89/1995.

dinanzi al giudice del lavoro per la tutela dei loro interessi, come in numerose occasioni ha avuto modo di ripetere la giurisprudenza⁴².

⁴² Cass., 3 maggio 2003, n. 6723.

1.5. Legittimazione passiva.

Soggetto attivo della condotta vietata, e quindi legittimato passivo nell'azione *ex art. 28*, è il datore di lavoro, e anche chi (secondo alcuni) eserciti una funzione più o meno ampia del potere imprenditoriale e il cui operato sia imputabile al datore di lavoro⁴³.

Non importa di che genere, non ha alcuna rilevanza l'elemento dimensionale dell'impresa, né interessa la natura imprenditoriale o meno dello stesso⁴⁴.

Anche per quanto riguarda condotte antisindacali poste in essere da dipendenti o da soggetti terzi incaricati, il legittimato passivo resta il datore di lavoro⁴⁵.

Le associazioni di datori di lavoro, invece, anche se non possiedono la legittimazione passiva, possono essere convenute a titolo di concorso⁴⁶.

La norma in esame non può essere invocata per la repressione di comportamenti che, nella composizione di conflitti di lavoro e nell'esercizio dell'autonomia collettiva, le associazioni sindacali dei datori di lavoro abbiano assunto nei confronti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori.

Inoltre la Cassazione⁴⁷, premesso che il datore di lavoro è il solo possibile destinatario dell'ordine di cessare dal comportamento illegittimo e di rimuoverne gli effetti, che costituisce l'oggetto e il fine del procedimento *ex art. 28 Stat. lav.*, ha escluso che tale procedimento sia azionabile nei confronti di altri sindacati di lavoratori in relazione ad accordi sindacali pretesamente discriminatori.

⁴³ G. TESORIERE, *Diritto processuale del lavoro*, 5° ed., Padova, 2007, 375.

⁴⁴ Cass. S.U., 17 febbraio 1992, n. 1916, in *Foro it.*, 1992, I, 3020; *Notiziario giurispr. lav.*, 1992, 372; *Giust. Civ.*, 1992, I, 2110.

⁴⁵ Cfr. F. CARINCI - R. DE LUCA TAMAJO - P. TOSI - T. TREU, *Diritto del lavoro*, 1. *Il diritto sindacale*, 5° ed., Torino, 2006, 132.

⁴⁶ Cass., 13 agosto 1981, n. 4906, *Notiziario giurispr. lav.*, 1981, 413; *Mass. giur. lav.*, 1981, 712.

⁴⁷ Cass., 25 luglio 1984, n. 4381, *Mass. giur. lav.*, 1984, 588.

In dottrina l'orientamento secondo cui l'azione può essere proposta soltanto contro il datore di lavoro e non anche contro terzi o altre organizzazioni sindacali viene spiegato con la considerazione che il legislatore dello Statuto ha preso in considerazione, ai fini della repressione della condotta antisindacale, il conflitto tra sindacato e datore di lavoro, lasciando la soluzione dei conflitti fra organizzazioni sindacali ai rapporti di forza tra loro esistenti.

Peraltro, se viene generalmente condivisa la soluzione giurisprudenziale che esclude la legittimazione passiva di altri sindacati di lavoratori e di terzi estranei alla dinamica del conflitto sindacale, si suggerisce da taluni un'interpretazione più estensiva del riferimento testuale al datore di lavoro, al fine di ricomprendervi non solo il titolare dell'azienda, ma anche altri soggetti mediante i quali può estrinsecarsi la condotta antisindacale che pure il datore di lavoro non ponga in essere in prima persona, quali le organizzazioni degli imprenditori⁴⁸.

Un cenno a parte meritano i committenti nel lavoro autonomo e c.d. parasubordinato e le cooperative di lavoro. In entrambi i casi non ci troviamo di fronte a veri e propri datori di lavoro e, quindi, tali soggetti non sono dotati della legittimazione passiva per essere convenuti nel giudizio *ex art. 28* ma restano comunque assoggettabili ad un'azione ordinaria da parte del sindacato che rinvenisse nella loro condotta un profilo antisindacale.

Ancora diverso, però, deve essere il punto di vista riguardante le cooperative di lavoro nei confronti di soci dipendenti, perché in questo caso il loro ruolo è di autentico datore di lavoro e risultano, quindi, legittimate passive del procedimento per la repressione della condotta antisindacale. Tale conclusione discende dalla nuova disciplina dettata dalla l. n. 142 del 2001, che ha imposto alle cooperative la costituzione di un rapporto corrispettivo di scambio (autonomo o subordinato) con il socio lavoratore.

⁴⁸ G.AMOROSO – V. DI CERBO – A.MARESCA, *Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, in I. D. D. L., II, 2° ed., Milano, 2006, 953 ss.

1.6. Il procedimento.

Il procedimento previsto dall'art. 28 ha carattere d'urgenza, fondato su una istruttoria minima (audizione delle parti in interrogatorio libero e assunzione di sommarie informazioni) da concludersi in tempi brevi, anche se il termine dei due giorni è ordinatorio e di fatto è largamente superato⁴⁹.

Il giudice competente del procedimento per la repressione della condotta antisindacale è il giudice del lavoro di primo grado (Tribunale in composizione monocratica) del <<luogo ove è posto in essere il comportamento denunciato>>, con ciò derogando agli ordinari criteri che regolano la competenza territoriale *ex art. 413 c. p. c.* dinanzi al Giudice del lavoro.

Tale deroga è motivata dal fatto che il procedimento *de quo* viene azionato a tutela dell'interesse del sindacato e non del lavoratore, di guisa che non avrebbe senso alcuno ancorare la competenza territoriale al luogo dove egli è addetto. Inoltre, come accennato, con il procedimento *ex art. 28* la parte ricorrente chiede al giudice la cessazione della condotta antisindacale e la rimozione dei suoi effetti, quindi, assume rilevanza, per ottenere tali tipi di tutela, il luogo dove è stata posta in essere la condotta da far cessare e per la quale è necessaria la rimozione degli effetti.

La competenza per territorio si individua in base al luogo dove è stata attuata la condotta che si assume come antisindacale e non dove questa è stata deliberata, tranne nel caso in cui sia stato denunciato un vizio procedimentale⁵⁰.

Il procedimento *ex art. 28* presenta nell'attuale ordinamento processuale delle peculiarità, che lo differenziano sia dal procedimento monitorio (art. 633 c. p. c.) sia dal procedimento d'urgenza (art. 700 c. p. c.): dal primo,

⁴⁹ F. CARINCI - R. DE LUCA TAMAJO - P. TOSI - T. TREU, *Diritto del lavoro*, 1. *Il diritto sindacale*, 5° ed., Torino, 2006, 140.

⁵⁰ Cass., 17 gennaio 2001, n. 616.

perché non è fondato su un titolo di particolare attendibilità e si svolge in contraddittorio sin dalla prima fase sommaria; dal secondo, perché non ha natura cautelare. Per quanto concerne i rapporti tra procedimento ex art. 28 ed azione ordinaria, si è affermato che tale procedimento sia preferibile unicamente alla luce della sua particolare rapidità ed efficacia, ma nulla impedisce alle associazioni sindacali di proporre azione in via ordinaria⁵¹. La giurisprudenza sembra pressappoco unanime nell'escludere, invece, qualsiasi connessione e possibilità di conversione tra procedimento ex art. 28 e procedimento ex art. 700 c. p. c., ritenendo che il primo costituisce uno specifico rimedio, che rende inammissibile la richiesta del provvedimento d'urgenza⁵².

Sul piano costituzionale sono state rigettate tutte le eccezioni fondate sul presunto contrasto dell'art. 28 con gli art. 2,3, 1° e 2° comma, 24, 29 e 40 Cost.⁵³

Il procedimento in esame è articolato in due fasi ben distinte: una prima sommaria; una seconda, eventuale, di opposizione, a cognizione piena ed esauriente.

⁵¹ Cfr. Cass. S.U., 16 gennaio 1987, n. 309. Il rito applicabile dovrebbe essere quello del lavoro (Cfr., Cass., 26 gennaio 1982, n. 515), anche se non si esclude l'applicazione del rito ordinario, specie quando ad agire per accertamento negativo sia lo stesso datore di lavoro (v. Cass., 24 gennaio 1983, n. 674).

⁵² Così ad esempio, Pret. Roma, 12 ottobre 1983, in *Giust. Civ.*, 1984, I, 600.

⁵³ Corte cost., 6 Marzo 1974, n. 74, in *Foro it.*, 1974, I, 963.

1.6.1. Fase sommaria (*segue*)

La prima fase della procedura è di tipo sommario e, quindi, estremamente semplice.

L'atto introduttivo del giudizio è il ricorso presentato dall'organismo locale dell'associazione sindacale nazionale.

L'atto introduttivo del procedimento assume la forma del ricorso: la domanda, perciò, tramite il deposito in cancelleria, viene portata a conoscenza del giudice prima che dell'altra parte privata. La scelta di tale forma certamente non è casuale, come non lo è nei vari casi previsti dal codice di procedura civile e dalle leggi speciali: se talvolta, infatti, la forma del ricorso è semplicemente il retaggio di ragioni storiche superate (ricorso per Cassazione ed al Consiglio di Stato), essa di solito corrisponde all'assenza o all'attenuazione del contraddittorio (ingiunzione, procedimenti cautelari, fallimento), ovvero all'esigenza di consentire ad un particolare giudice di esercitare un suo esclusivo potere pur quando la competenza a conoscere della causa spetti, per valore, ad altro giudice (sospensione dell'esecuzione a seguito di opposizione *ex artt.* 615 e 619 c. p. c.).

Per il procedimento di repressione dell'attività antisindacale, sembra evidente che determinante è stata la considerazione che la forma del ricorso avrebbe consentito una più consapevole organizzazione dell'attività giurisdizionale <<distribuendo le cause in modo tale da evitare dannosi rinvii, che comprometterebbero la celerità del processo>>: le stesse ragioni, in sostanza, che hanno consigliato analoga soluzione per il processo del lavoro, rispetto al quale, tuttavia, c'è in più la circostanza che la legge non prevede la necessità della notifica del ricorso, ma solo della <<convocazione delle parti>>⁵⁴.

⁵⁴ R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1997, 139.

In seguito alla presentazione di tale ricorso, il giudice, nei due giorni successivi, procede alla convocazione delle parti, all'eventuale assunzione di sommarie informazioni e ad emettere decreto motivato immediatamente esecutivo, con il quale ordina al datore di lavoro la cessazione del comportamento riconosciuto illegittimo e la rimozione dei suoi effetti.

Tutto ciò in due giorni soltanto, tale è la lettera dell'art. 28. Nella pratica però, questo termine, così restrittivo, non viene mai rispettato, sia per i tempi di notifica, sia per dare la possibilità al datore di lavoro di rivolgersi ad un legale e fargli predisporre una memoria difensiva scritta.

Il termine di due giorni deve dunque essere riferito non alla proposizione del ricorso, ma alla decisione del giudice; anche se non si è mancato di rilevare l'incongruenza di un procedimento che, improntato alla massima celerità, potrebbe teoricamente iniziarsi a distanza di anni dal fatto lamentato, cioè entro l'ordinario termine di prescrizione.

Quindi, primo momento essenziale del procedimento è quello della convocazione delle parti ad opera del giudice per consentire l'instaurazione del contraddittorio⁵⁵.

Anche l'eventuale istruttoria è assai breve ed avviene attraverso l'assunzione di sommarie informazioni. In questa fase, quindi, sono preclusi gli ordinari mezzi di prova.

Devono ora sottolinearsi alcune specifiche caratteristiche di tale procedimento.

Quella che le riassume tutte consiste nella diversità tra lo strumento apprestato dall'art. 28 e i procedimenti c.d. cautelari (art. 669*bis* e ss. c. p. c.).

Nella procedura per la repressione della condotta antisindacale, infatti, il giudice, non può decidere con decreto *inaudita altera parte* ed il ricorrente non è tenuto a provare la sussistenza di un *periculum in mora*. Ciò perché

⁵⁵ Corte cost., 6 Marzo 1974, n. 74, in *Foro it.*, 1974, I, 963.

l'interesse protetto dall'ordinamento (l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero) viene considerato meritevole di una tutela tra le più significative e profonde⁵⁶.

Non così, ad esempio, per i provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c. p. c.*, i quali possono essere concessi dal giudice solo ove ravvisi, oltre al *fumus boni iuris*, anche il *periculum in mora* e che, in alcune ipotesi, vengono anche concessi *inaudita altera parte*.

Per quanto attiene al decreto con il quale il giudice decide la fase sommaria, questo è revocabile solo all'esito del giudizio di opposizione, quindi, il datore di lavoro riconosciuto colpevole dovrà, da subito, conformarsi all'ordine del giudice e dovrà, altresì, perdurare in tale ottemperanza anche nelle more dell'opposizione.

⁵⁶ Corte cost., 6 Marzo 1974, n. 74, in *Foro it.*, 1974, I, 963.

1.6.2. Fase di opposizione (*segue*).

Terminata la fase sommaria, il soccombente ha quindici giorni di tempo per proporre opposizione avverso il suddetto decreto. Questo termine inizia a decorrere dalla comunicazione del decreto, effettuata dalla Cancelleria del Tribunale ma anche dalla eventuale notifica dello stesso ad istanza di parte⁵⁷.

Il terzo comma dell'art. 28 prevede che l'opposizione al decreto sia presentata al giudice che ha deciso la fase sommaria. Ovviamente, si parla di ufficio, poiché competente per l'opposizione non può essere la stessa persona fisica, che incorrerebbe nel motivo di astensione obbligatoria o di ricsuzione di cui all'art. 51, comma 4, c. p. c.⁵⁸.

In mancanza di opposizione nel termine previsto o in caso di estinzione del giudizio, il decreto passa in giudicato. Diversamente da quanto accade per i provvedimenti cautelari, i quali perdono la loro efficacia, quando non vi è opposizione o si lascia estinguere il giudizio di merito (art. 669*novies* e ss. c. p. c.).

Questo dell'opposizione è, dunque, un altro grado del giudizio che segue le regole dell'art. 413 e ss. c. p. c., quelle riguardanti il rito speciale del lavoro. La fattispecie dedotta nella precedente fase sommaria non può essere modificata, se non nel caso di proseguimento della condotta illecita o di episodi con questa collegati⁵⁹ e la conclusione del giudizio di opposizione avviene con sentenza, anch'essa immediatamente esecutiva, impugnabile con appello.

Particolare è l'ipotesi della condotta antisindacale plurioffensiva, lesiva cioè, sia dell'interesse del sindacato che di quello del lavoratore.

⁵⁷ Cass., 29 luglio 2003, n. 11684.

⁵⁸ Corte Cost., 15 ottobre 1999, n. 387.

⁵⁹ Cass., 27 marzo 1994, n. 2808.

In questo caso, infatti, devono analizzarsi i rapporti tra la procedura *ex art.* 28 e quella ordinaria, esperibili rispettivamente, da parte dell'associazione sindacale e dei singoli lavoratori.

La loro riunione nella fase ordinaria è possibile ma, se ciò non avviene, la decisione può anche essere presa separatamente e, quindi, diversamente, senza che ciò importi particolari problemi, vista la diversità dei presupposti che le caratterizzano.

Tale ultimo tema, inoltre, è stato toccato da uno dei recenti interventi del legislatore per la riforma del codice di procedura civile.

In particolare, il d.lgs. n. 40 del 2006 ha modificato l'art. 151 disp. att., il quale specificava e specifica tuttora la disciplina della riunione con riferimento ai procedimenti aventi ad oggetto controversie di lavoro, previdenza e assistenza mentre l'art. 274 c.p.c. - sulla riunione in generale - è rimasto invariato. In sostanza, il nuovo art. 151, disp. att., rispetto al passato, aggiunge che la riunione delle controversie in materia di lavoro e di previdenza e di assistenza <<salvo gravi e motivate ragioni, è, comunque, disposta tra le controversie che si trovano nella stessa fase processuale. Analogamente si provvede nel giudizio di appello>>.

1.7.Un importante caso giurisprudenziale.

Alla luce di quanto discusso riguardo all'istituto della tutela della condotta antisindacale nel nostro ordinamento, risulta proficuo alla nostra analisi confrontare quanto recentemente affermato dalla giurisprudenza in due sentenze che, per risalto mediatico ed effetto sulle future forme della tutela offerta dall'art. 28 Stat. lav., rappresentano un'importante indicazione.

Le due pronunce in commento hanno ricevuto grande risalto dai mass media avendo ad oggetto temi delicati e di grande attualità politico – economica, prima ancora che giuridica.

Si tratta di due provvedimenti, tra loro strettamente connessi, resi a breve distanza di tempo l'uno dall'altro dal tribunale di Melfi (medesimo magistrato) rispettivamente: sul ricorso ex art. 28 Statuto dei lavoratori promosso al fine di far valere l'antisindacalità dei licenziamenti irrogati ad alcuni lavoratori nel corso di uno sciopero e sulla successiva istanza promossa al fine di porre rimedio alla parziale inottemperanza del datore di lavoro all'ordine di reintegra dei medesimi lavoratori disposto all'esito del primo procedimento⁶⁰.

Per quanto riguarda il giudizio ex art. 28 Stat. lav., promosso dalle associazioni sindacali competenti, a seguito del licenziamento di tre dipendenti, con il decreto 29 agosto 2010 il tribunale di Melfi ha accolto il ricorso rilevando, dunque, l'antisindacalità dei licenziamenti.

L'azienda aveva contestato ai lavoratori licenziati un comportamento scorretto durante uno sciopero, essendosi posizionati in una zona ove vigeva uno specifico divieto di transito e sosta del personale, bloccando così la produzione.

I lavoratori contestavano questa ricostruzione sostenendo che il blocco della produzione era dovuto all'adesione allo sciopero dei lavoratori, e data la

⁶⁰ Trib. Melfi, 9 agosto 2010, in *Corriere giur.*, 2010, 12, 1647.

natura dei tre (due delegati ed un iscritto al sindacato), denunciavano l'antisindacalità dei licenziamenti.

Il giudice adito, valorizzando al massimo le esigenze di celerità che caratterizzano il procedimento, ha accolto il ricorso e si è soffermato in primo luogo, sulla sussistenza della giusta causa del licenziamento.

Nel valutare il comportamento dei lavoratori il giudice sposta l'attenzione dall'aspetto oggettivo a quello soggettivo ritenendo che, seppur censurabile, il comportamento dei tre dipendenti non era intenzionalmente diretto a bloccare la produzione e che, nonostante non si fossero spostati dall'area anche a seguito di ripetuti inviti, non sussisterebbe la giusta causa di licenziamento perché la priorità dei lavoratori era quella di difendere il diritto, costituzionalmente garantito, di scioperare, che sentivano minacciato dalla concitazione di quei momenti.

Passando ad analizzare l'eventuale antisindacalità dei licenziamenti il tribunale richiama la teoria oggettiva⁶¹ che ritiene necessario e sufficiente che il comportamento del datore sia idoneo a ledere gli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali indipendentemente dall'intento lesivo o meno.

Inoltre per affermare l'antisindacalità del comportamento, in specie i licenziamenti, il tribunale richiama due indici che, a suo parere ricorrerebbero in questo caso: la sproporzionalità disciplinare del licenziamento rispetto al comportamento dei lavoratori e la circostanza che i comportamenti che hanno portato al licenziamento sono stati posti in essere nell'ambito di un'astensione dal lavoro per ragioni economico – produttive e il licenziamento ha interessato membri di un'organizzazione sindacale che si è dimostrata critica ed ostile riguardo alla nuova linea economica dell'azienda interessata.

⁶¹ Cass. S. U., 12 giugno 1997, n. 5295, in *Foro it.*, 1997, I, 2416.

Ad essere sinceri le tre motivazioni poste alla base del rilievo di antisindacalità dei licenziamenti, singolarmente prese non appaiono sufficienti a giustificarne la denuncia, ma, contestualizzate all'interno del recente conflitto aziendale in corso e volendo leggerne un segnale capace di scoraggiare future contrapposizioni aziendali da parte dei sindacati, sembrano sufficienti per far ricorrere gli estremi della denuncia di antisindacalità, essendo i comportamenti datoriali in commento, idonei a ledere il bene giuridico tutelato dall'art. 28 Stat. lav.

Per quanto riguarda l'attuazione del decreto c'è da sottolineare che la società destinataria del provvedimento, ha ritenuto di dare esecuzione al decreto disponendo la riammissione in azienda dei tre dipendenti licenziati con regolare versamento della retribuzione ma ai soli fini dello svolgimento dell'attività sindacale e con esclusione dalla attività lavorativa, comportando la reazione del sindacato che, ha domandato l'intervento delle forze dell'ordine, ha sporto denuncia penale, ha contestato la reiterazione del comportamento antisindacale, ed ha fatto istanza affinché l'organo giudiziario: <<specificasse le attività idonee ad attuare la situazione voluta dal decreto>> emesso all'esito del procedimento; ordinasse all'azienda di consentire l'accesso dei lavoratori nelle rispettive postazioni lavorative fino alla definizione con sentenza del giudizio di opposizione; nominasse un commissario *ad hacta* che assicurasse l'effettiva ripresa del lavoro dei tre dipendenti con l'inserimento degli stessi nei turni di lavoro; adottasse <<in ogni caso qualsiasi altro ulteriore provvedimento ritenuto idoneo ai fini della rimozione degli effetti delle denunciate condotte>>.

Il giudice dichiara inammissibile l'istanza analizzando le contestazioni fatte dal sindacato.

In primo luogo sottolinea che, ai fini dell'individuazione del provvedimento che il tribunale è chiamato ad adottare, occorre distinguere tra la tutela offerta dall'art. 612 c. p. c. e quella dell'art. 669duodecies c. p. c.

La prima norma contempla uno strumento di esecuzione ulteriore o alternativo attivabile in caso di mancata spontanea esecuzione al provvedimento; la seconda introduce <<un procedimento autonomo, de formalizzato, che prescinde da qualsivoglia valutazione relativa alla spontanea esecuzione o meno del provvedimento>>.

In secondo luogo il giudice riconduce l'istanza promossa nell'alveo della tutela dell'art. 669duodecies c. p. c. in quanto rivolta allo stesso giudice che ha emanato il decreto, e dunque proposta al fine di ottenere la specificazione delle attività tecniche e pratiche necessarie a dare piena attuazione al decreto e non preceduta dalla notifica del precetto alla parte personalmente come sarebbe invece richiesto dall'art. 612 c. p. c.

In ultima analisi lo strumento di cui all'art. 669duodecies c. p. c. non è però, idoneo a fondare l'attuazione del decreto conclusivo del procedimento regolato dall'art. 28 Stat. lav. non avendo quest'ultimo, natura cautelare e perché, in ogni caso, l'ammissione in tale ipotesi dello strumento dell'art. 669duodecies c. p. c., implicherebbe gravi e complesse conseguenze sul lato pratico quali l'esatta individuazione del giudice competente (il Collegio ovvero il giudice naturale dell'opposizione a decreto) e il tipo di provvedimento che dovrebbe decidere sul reclamo in ordine all'attuazione del decreto (ordinanza resa nel corso del giudizio di opposizione ovvero provvedimento disposto nell'ambito della sentenza conclusiva del processo di merito).

Alla luce di quanto detto appare discutibile la posizione del tribunale di Melfi che attribuisce all'art. 669duodecies c. p. c. la funzione di mero adattamento o di integrazione della fase di <<merito>> cautelare, posto che si deve ritenere che esso possieda un'intrinseca anima esecutiva che lo avvicina all'art. 612 c. p. c. rendendo inefficace una differenziazione tra i due strumenti da un punto di vista funzionale e strutturale.

Il punto dunque sarebbe principalmente, che l'art. 669duodecies non può costituire strumento di <<attuazione>> del decreto reso all'esito del

procedimento di cui all'art. 28 Stat. lav. per il semplice fatto che questo non ha natura cautelare.

Questa circostanza, fatta propria dalla dottrina più autorevole, è riconosciuta anche dal Tribunale di Melfi che sottolinea la differenza del procedimento *ex art. 28 Stat. lav.*, con i procedimenti cautelari, in quanto in esso, si evidenzia l'assenza del *periculum in mora*, e inoltre si conclude con un provvedimento idoneo al giudicato, suscettibile di opposizione *ex art. 423 c. p. c.*, che nulla ha a che fare con il reclamo cautelare e, soprattutto, dotato di un'insuscettibile efficacia provvisoria, almeno fino al giudizio sull'opposizione.

Questa sostanziale differenza del procedimento di repressione della condotta antisindacale dai procedimenti cautelari, non è venuta meno neanche alla luce dell'introduzione della <<strumentalità strutturale attenuata>> di cui all'art. 669octies c. p. c. non implicando, quest'ultima un rafforzamento dei provvedimenti cautelari tale da far venir meno la loro inidoneità a passare in giudicato, né tanto meno la loro natura strumentale e provvisoria.

Valutata dunque l'inesperibilità del procedimento di cui all'art. 669duodecies c. p. c., nel caso di inottemperanza del datore di lavoro all'ordine di reintegra, resta da valutare quale rimedio offre l'ordinamento.

L'art. 650 c. p. offre sicuramente uno strumento esperibile nel caso di inottemperanza totale, ma risulta discutibile in alcuni casi di inottemperanza parziale, di cui il caso in esame risulta un ottimo esempio.

Nel caso in esame del Tribunale di Melfi, infatti, la condotta plurioffensiva del datore di lavoro, sembra sicuramente aver danneggiato il lavoratore nel suo diritto allo svolgimento dell'attività lavorativa, ma più difficilmente risulta affermabile la violazione dell'interesse collettivo del sindacato con il relativo diritto all'esperibilità dei rimedi di cui all'art. 28 Stat. lav. (art. 650 c. p.), essendo stato consentito al lavoratore la partecipazione all'attività sindacale e la fruizione dei diritti sindacali all'interno della stessa azienda.

Da valutare anche l'esperibilità, per la mancata ottemperanza all'ordine di reintegra, dell'art. 612 c. p. c. in materia di esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare fungibili.

Questo rimedio comunemente non viene riconosciuto in riferimento alla reintegra del lavoratore, trattandosi di una prestazione infungibile, ma scomponendo la reintegra in tanti obblighi tra loro distinti: avremo così obblighi fungibili (riammissione fisica del lavoratore in azienda, la riattivazione della posizione assicurativa ecc.) per cui la disciplina *ex art.* 612 c. p. c. sembra puntuale, e obblighi infungibili (adibizione alle mansioni in precedenza svolte e esercizio del potere direttivo e di controllo sul lavoratore) che dovranno essere tutelate, direttamente dal lavoratore, tramite altri strumenti processuali.

A riguardo un cenno merita senz'altro il rimedio di cui all'art. 614bis c. p. c., introdotto con l. n. 69 del 2009, che consente al giudice di disporre, su istanza di parte, unitamente alla decisione di condanna avente ad oggetto prestazioni di fare infungibili, il pagamento di una somma di denaro per il successivo inadempimento, sulla falsa riga dell'*astreinte*.

In verità per il rimedio di cui all'art. 614bis c. p. c., è stata esclusa l'applicabilità nelle controversie di lavoro, ma l'opportunità avvertita da più parti di circoscrivere quanto più possibile le maglie dell'esclusione contenuta nella norma per evitarne l'incostituzionalità *ex art.* 3 Cost., potrebbe forse portare ad estenderne la portata anche ai decreti di condanna, contenenti obblighi di fare infungibili, emessi nell'ambito delle controversie di cui all'art. 28 Statuto dei lavoratori, consentendo la tutela processuale anche in situazioni limite che però, come il caso all'attenzione del tribunale di Melfi ci dimostra, possono limitare fortemente gli strumenti di tutela processuale a disposizione del lavoratore.

CAPITOLO II

L'IMPUGNAZIONE DEL LICENZIAMENTO

2.1. Disciplina sostanziale del licenziamento.

Il licenziamento si inquadra fra i modi di risoluzione del rapporto di lavoro, e consiste nel recesso da parte datoriale; il recesso del lavoratore è rappresentato dalle dimissioni.

La disciplina sostanziale e processuale del licenziamento è frutto di una progressiva sovrapposizione di norme e di pronunce giurisprudenziali che obbligano a distinguere.

Il recesso unilaterale *ad nutum* del datore di lavoro (area cosiddetta della libertà recedibilità), che non necessita di giusta causa e che implica solo l'obbligo del preavviso (o della indennità sostitutiva dello stesso) e del pagamento della indennità di fine rapporto, è previsto dall'art. 2118 c.c., ma si riferisce ormai ad ipotesi residuali: licenziamento di lavoratori ultrasessantenni, che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto per ottenere il massimo della pensione di vecchiaia; di lavoratori in prova; di lavoratori domestici.

In tutte le altre ipotesi il licenziamento deve essere motivato da giusta causa o da giustificato motivo.

L'art. 1 della legge 15 luglio 1966, n. 604 dispone che nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, intercedente con datori di lavoro privati o con enti pubblici, ove la stabilità non sia assicurata da norme di legge, di

regolamento e di contratto collettivo o individuale, il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che: per giusta causa, ai sensi dell'art. 2119 c.c., quando cioè non sia possibile la prosecuzione neppure temporanea del rapporto, per un gravissimo inadempimento del lavatore; ovvero per giustificato motivo, distinguendosi in proposito un giustificato motivo soggettivo (notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro) e oggettivo (per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di esso).

Inoltre ai sensi dell'art. 2, l. n. 604 del 1966, il datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, deve comunicare per iscritto il licenziamento, a pena di inefficacia del medesimo.

Il prestatore di lavoro può chiedere, entro quindici giorni dalla comunicazione, i motivi che hanno determinato il recesso; in tal caso, il datore deve, nei sette giorni successivi dalla richiesta, comunicarli per iscritto, sempre a pena di inefficacia.

Quando si abbia la inefficacia (o la nullità, o comunque la illegittimità) del licenziamento, perché sprovvisto di giusta causa o di giustificato motivo, non comunicato (e/o non motivato) per iscritto, o, ancora, vietato da particolari disposizioni di legge⁶² le conseguenze sono diverse a seconda che sia accordata al lavoratore la tutela reale ovvero la tutela obbligatoria.

La tutela reale (che comporta la reintegrazione nel posto di lavoro) è accordata, secondo l'art. 18 Stat. lav., novellato dall'art. 1 della legge 1990, n. 108, ai lavoratori dipendenti da datori di lavoro, imprenditori e non, che occupino nella singola unità di lavoro (sede, stabilimento, filiale, ufficio e reparto autonomo) più di quindici o più di cinque dipendenti, a seconda che sia nel settore industriale/commerciale o in quello agricolo; ai lavoratori dipendenti da datori di lavoro, imprenditori e non, che occupino nell'ambito del comune più di quindici dipendenti o di cinque dipendenti *ut supra*; ai

⁶² Ad es. licenziamento della lavoratrice madre, licenziamento per causa di matrimonio, licenziamento disciplinare ecc.

lavoratori dipendenti da datori di lavoro che, occupino complessivamente più di sessanta lavoratori.

Occorre tener presente che, ai sensi dell'art. 4 della legge 1990, n. 108, la reintegrazione non opera <<nei confronti dei datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto>> (cd. imprese di tendenza).

La tutela obbligatoria si riferisce invece ai lavoratori dipendenti da datori di lavoro privati, imprenditori non agricoli e non imprenditori, e da enti pubblici, che occupano alle loro dipendenze fino a quindici lavoratori, nonché da datori di lavoro che occupano complessivamente sino a sessanta dipendenti.

La tutela obbligatoria comporta o la riassunzione del lavoratore (con effetti *ex nunc*, e non *ex tunc* come per la reintegra) o la corresponsione di un'indennità compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 6 mensilità.⁶³

⁶³ F. MAZZARELLA – G. TESORIERE, *Corso di diritto processuale civile*, 4° ed., Padova, 2009, 513 ss.

2.2.Impugnativa del licenziamento: nozioni introduttive e novità introdotte dalla legge 2010 n. 183.

Il procedimento di impugnazione del licenziamento è disciplinato dalla legge 1966, n. 604; dalla legge 1970, n. 300; dalla legge 1990, n. 108; dalla legge 2010, n. 183.

È da evidenziare anzitutto che per la impugnazione del licenziamento, considerata atto giuridico (non negoziale) unilaterale recettizio tra vivi a contenuto patrimoniale⁶⁴, è posto dall'art. 6 della legge 1966, n. 604 un termine di decadenza sostanziale, di 60 giorni dalla ricezione della comunicazione del licenziamento stesso ovvero dalla comunicazione dei motivi ove questa non sia contestuale a quella del licenziamento⁶⁵.

Pertanto, in caso di licenziamento con preavviso, la decorrenza avviene già durante il periodo di preavviso anche se non si è ancora estinto⁶⁶.

La previsione di un termine di decadenza si spiega con la necessità di garantire un minimo di certezza al potere organizzativo del datore di lavoro, evitando che questi resti esposto per lungo tempo all'alea di una reintegrazione del lavoratore licenziato con il relativo risarcimento del danno oppure alle conseguenze sanzionatorie della l. n. 604 del 1966.

La decadenza è ritenuta applicabile non solo al licenziamento ingiustificato, ma anche a quello nullo in quanto discriminatorio⁶⁷, nonché al licenziamento disciplinare viziato per mancato rispetto del procedimento previsto dall'art. 7 Stat. lav.⁶⁸.

⁶⁴ Cass., 4 marzo 1998, n. 2374.

⁶⁵ Secondo Cass., 29 luglio 1995, n. 8324 e Cass., 10 luglio 1991, n. 7610, l'impugnativa di licenziamento ex art. 6 l. n. 604 del 1966, è applicabile a qualunque tipo di licenziamento ad eccezione di quello inesistente, perché intimato oralmente. Quest'ultimo può essere impugnato nel termine di prescrizione.

⁶⁶ Cass., 26 luglio 1996, n. 6751, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 782.

⁶⁷ Cass., 6 aprile 1990, n. 2880, in *Arch. Civ.*, 1990, 913.

⁶⁸ Cass., 18 luglio 1991, n. 8010, in *Riv. Dir. lav.*, 1992, II, 1025.

Proprio riguardo alla decadenza interviene una delle novità più importanti della legge 183/2010 (c. d. collegato lavoro).

L'art. 32, comma 1, del <<collegato lavoro>>, sostituisce i commi 1 e 2 dell'art. 6, l. n. 604/1966, a mente dei quali <<Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro 60 giorni dalla ricezione della sua comunicazione, con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso. Il termine di cui al comma precedente decorre dalla comunicazione del licenziamento ovvero dalla comunicazione dei motivi ove questa non sia contestuale a quella del licenziamento>>.

Il nuovo art. 6, comma 1, ospita, sostanzialmente, i commi 1 e 2 vecchia formulazione, confermando che l'impugnazione del licenziamento deve avvenire entro 60 giorni dalla sua comunicazione (ovvero, dalla comunicazione dei motivi).

In nuovo comma 2, invece introduce una specifica disciplina dedicata all'inefficacia: l'impugnazione del licenziamento è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di 270 giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale competente, ovvero, dalla comunicazione della richiesta di tentativo di conciliazione o di arbitrato.

Ferma restando la possibilità di produrre nuovi documenti formatisi dopo il deposito del ricorso.

Ove la conciliazione o l'arbitrato siano rifiutati dalla controparte, ovvero, l'accordo non sia raggiunto, il ricorso al giudice deve essere depositato entro 60 giorni dal rifiuto ovvero dal mancato accordo.

A tali termini si potrebbe attribuire un significato essenzialmente positivo, ritenendo apprezzabile il tentativo di velocizzare le procedure ma a far riflettere è il fatto che questo tentativo venga posto a carico di chi reagisce a un licenziamento, chiedendo l'accertamento della sua illegittimità.

Le disposizioni di cui al nuovo art. 6 l. n. 604/1966, si applicano anche a tutti i casi di invalidità del licenziamento⁶⁹.

Probabilmente il legislatore ha inteso affidarsi al concetto di invalidità al fine di escludere dal novero dei licenziamenti impugnabili entro i 60 giorni quelli intimati oralmente.

Siffatta conclusione, tuttavia, trascende il significato letterale del termine <<invalidità>>, basandosi piuttosto sulle note vicende che hanno accompagnato la genesi del testo di legge: si tratta, quindi, non tanto di un'interpretazione della norma ma, più probabilmente, di un'ipotesi concernente lo stimolo che ha spinto il legislatore a tale modifica.

Ancora, si deve pure rilevare che il concetto di inefficacia non è accostato solo ai licenziamenti verbali. Si parla di inefficacia, infatti, conseguente ad ipotesi di nullità affatto diverse⁷⁰.

Pertanto non si può fare altro che attendere l'applicazione del nuovo testo dell'art. 6, l. n. 604/1966 da parte della magistratura, alla quale è attribuito il difficile compito di governare anche questo nuovo meccanismo.

⁶⁹ Scompare nel testo elaborato dopo il rinvio alle camere, l'esplicito riferimento ai licenziamenti inefficaci.

⁷⁰ Cfr. Cass., 14 agosto 2008, n. 21702, in *Mass. Foro it.*, 2008, 1328 secondo cui: <<In tema di prosecuzione del rapporto di lavoro oltre il sessantacinquesimo anno di età, ai sensi dell'art. 6 della l. 470 del 1990, esercitata l'opzione per la prosecuzione il licenziamento motivato con il compimento dell'età ed il possesso dei requisiti pensionistici è nullo per violazione di norma imperativa, ancorché il rapporto resti assoggettato al regime di stabilità, obbligatoria o reale, operante nel periodo precedente.

Poiché tale nullità non rientra nella previsione della legge 604 del 1966, non è applicabile a tale licenziamento il termine di decadenza di sessanta giorni per l'impugnazione dello stesso, atteso il carattere eccezionale della disposizione rispetto al principio secondo cui la nullità può essere rilevata senza limiti di prescrizione>>; Cfr. Cass., 30 maggio 1997, n. 4809 in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 146 secondo cui: <<La lavoratrice in stato di gravidanza, colpita da un licenziamento illegittimo a norma dell'art. 2 l. 1204 del 1971, non è tenuta ad impugnarlo nel termine di decadenza di 60 giorni dalla sua ricezione, poiché l'art. 6 l. n. 604 del 1966, che prescrive tale termine in deroga al principio generale desumibile dagli artt. 1421 e 1422 c. c. non è applicabile a fattispecie diverse da quelle previste e disciplinate dalla stessa legge o dall'art. 18 Stat. lav., in quanto ha natura di norma eccezionale, insuscettibile di applicazione a casi simili>>.

Quanto al riferimento ai nuovi documenti formati dopo il deposito del ricorso si rileva come, almeno a <<prima vista>>, la nuova disposizione non introduca un elemento di novità.

È normalmente ammessa, infatti, la produzione in giudizio dei documenti la cui esistenza è successiva al deposito del ricorso⁷¹.

Legittimato ad impugnare il licenziamento è il lavoratore e anche l'associazione sindacale, che lo rappresenta *ex lege*. Si ritiene che l'impugnativa possa essere proposta anche da altro rappresentante (come ad esempio, l'avvocato del lavoratore), purché la procura sia portata a conoscenza del datore di lavoro entro il termine di decadenza⁷².

Il termine decadenziale può essere interrotto con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore. Può trattarsi di un atto extragiudiziario o anche di una lettera raccomandata⁷³.

Dispone il comma 5 dell'art. 5 l. 1990, n. 108 che la comunicazione al datore di lavoro della richiesta di espletamento della procedura obbligatoria di conciliazione avvenuta entro il termine di 60 giorni, impedisce anch'essa la decadenza in parola.

⁷¹ Cfr. Cass., 5 maggio 2010, n. 12793, in *Dir. Giust.*, 2010 secondo cui: <<Nel rito del lavoro il ricorrente che non deposita contestualmente al ricorso i documenti dei quali intende avvalersi decade dal diritto di produrli tardivamente; tale decadenza non opera solo in due casi. Il primo luogo, quando la produzione tardiva dei documenti sia giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi della vicenda processuale (ad es. a seguito di riconvenzionale o di intervento o di chiamata in causa di terzo). In secondo luogo in considerazione dei poteri d'ufficio del giudice in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova, ai sensi dell'art. 437 comma 2 c. p. c., ove essi siano indispensabili ai fini della decisione della causa, poteri da esercitarsi sempre con riferimento a fatti allegati dalle parti ed emersi nel processo>>; Cfr. Cass. S. U., 20 aprile 2005, n. 8202, in *Giust. civ.*, 2006, I, 143 secondo cui: <<In base al combinato disposto degli artt. 416, comma 3, e 437, comma 2 c. p. c. l'omessa indicazione, nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, dei documenti e l'omesso deposito degli stessi contestualmente a tale atto determinano la decadenza del diritto alla produzione dei documenti stessi, salvo che la produzione non sia giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi della vicenda processuale successivamente al ricorso e alla memoria di costituzione>>.

⁷² Cass., 7 ottobre 1999, n. 11178; Cass., 20 giugno 2000, n. 8412.

⁷³ Cass., 30 ottobre 2000, n. 14297 ha ammesso anche l'ipotesi di impugnativa effettuata mediante telegramma dettato per telefono.

Il compimento di tale atto si pone come condizione di ammissibilità della domanda giudiziale. L'inammissibilità non è, tuttavia, rilevabile d'ufficio, ma solo su eccezione di parte nei modi e termini di cui all'art. 416 c. p. c.⁷⁴. La legge 108/1990 ha, dunque, apportato un'importante modifica circa gli strumenti idonei ad impugnare l'atto di licenziamento, accompagnando alle originarie ipotesi (atto scritto, giudiziale, intervento dell'organizzazione sindacale) l'ulteriore previsione, peraltro confinata alla sola area della tutela obbligatoria, secondo cui «la comunicazione al datore di lavoro della richiesta di espletamento della procedura obbligatoria di conciliazione avvenuta nel termine di cui all'art. 6 della l. 15 luglio 1966, n. 604, impedisce la decadenza sancita nella medesima norma».

Dalla lettera della disposizione esce rafforzata la natura recettizia dell'atto di impugnazione (si fa riferimento, infatti, alla comunicazione della richiesta al datore di lavoro), oltreché il principio della non necessità ai fini della regolarità dell'impugnazione del licenziamento, del contestuale esercizio dell'azione giudiziaria diretta ad accertarne l'illegittimità⁷⁵ o comunque della volontà del lavoratore di instaurare un procedimento contenzioso⁷⁶.

Del resto, l'espressione «impugnazione» è adottata dal legislatore in senso del tutto generico ed improprio in quanto è riferibile anche a dichiarazioni scritte stragiudiziali del prestatore di lavoro o della sua organizzazione sindacale, non accompagnate necessariamente dall'esercizio dell'azione giudiziaria; l'intento della norma, infatti, è quello di evitare l'insorgere di controversie sulla legittimità del licenziamento in epoca lontana dai fatti con le intuitive difficoltà che conseguono in materia di prova dei fatti stessi, per cui è sufficiente che il lavoratore manifesti la sua volontà di contestare la legittimità del licenziamento che, implicitamente, comporta la riserva di tutelare i propri diritti eventualmente, davanti alla

⁷⁴ G. TESORIERE, *Diritto processuale del lavoro*, 5° ed., Padova, 2007, 348 ss.

⁷⁵ Cass., 18 febbraio 1975, n. 647, in *Foro it.*, I, 2020.

⁷⁶ O. MAZZOTTA, *I licenziamenti*, 2° ed., Milano, 1999, 427.

competete autorità giudiziaria tenendo conto dei nuovi termini (270 giorni) introdotti dalla legge n. 183 del 2010.

L'accertamento di tale volontà è rimesso al giudice di merito ed è insindacabile in Cassazione se non per vizi logici⁷⁷.

Per la suddetta impugnazione è prevista, dunque, forma scritta *ad substantiam*.

È stato in proposito precisato⁷⁸ che, per la valida formulazione dell'impugnazione stragiudiziale, è sufficiente ogni atto scritto con il quale il lavoratore, anche mediante la sua organizzazione sindacale, manifesti al datore di lavoro, indipendentemente dalla terminologia usata e senza necessità di formule sacramentali, la volontà di contestare la validità e l'efficacia del licenziamento, essendo in questa manifestazione di volontà implicita la riserva di voler tutelare i propri diritti davanti alla competente autorità giudiziaria.

⁷⁷ Cass., 16 luglio 1980, n. 4625, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1980, 605, che ha cassato la sentenza dei giudici di merito i quali non avevano dato alcuna rilevanza al contenuto di una dichiarazione scritta del lavoratore, notificata tempestivamente al datore e portata a conoscenza dell'ufficio del lavoro, per la richiesta del tentativo di conciliazione, senza verificare la sussistenza in concreto di una effettiva opposizione al licenziamento; Cass., 17 luglio 1979, n. 4216, in *Mass. Foro it.*, 1979; Cass., 22 settembre 1978, n. 4274, in *Mass. Foro it.*, 1978.

⁷⁸ Cass., 12 agosto 1994, n. 7405, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1994, 789.

2.3. Impugnazione stragiudiziale.

La Corte costituzionale ha respinto la censura di illegittimità mossa all'art. 6 perché prevede, assai genericamente, la possibilità di impugnare il licenziamento <<con qualsiasi atto scritto>>, affermando che il legislatore, attraverso la norma in esame, <<ha inteso più che imporre una forma vincolata per l'atto in questione, semplicemente assicurare, attraverso la forma richiesta, il controllo sull'osservanza del termine stabilito, com'è reso palese anche dalla prevista equivalenza dell'intervento dell'organizzazione sindacale⁷⁹>>.

Risulta, però, evidente come l'eccessiva vaghezza della disposizione⁸⁰ non consente di predeterminare ipotesi di impugnativa stragiudiziale validamente poste, dovendosi far riferimento alla volontà che sottostà all'atto, piuttosto che al mezzo utilizzato: pare dunque incontrovertibile il principio, ormai consolidato in giurisprudenza, secondo cui l'impugnazione del licenziamento può avvenire attraverso qualsiasi atto scritto con il quale il lavoratore manifesti in modo chiaro ed univoco la volontà di opporsi al provvedimento a lui diretto⁸¹, non rivestendo, come detto, alcun ruolo l'intenzione, implicita od esplicita, di instaurare un procedimento contenzioso volto all'accertamento della validità del recesso⁸².

⁷⁹ Corte cost., 13 maggio 1987, n. 161, in *Mass. giur. lav.*, 1987, 319.

⁸⁰ Cfr. l'ordinanza di rinvio di Pret. Nardò, 31 dicembre 1979, in *Giur. cost.*, 1980, II, 911, che ritenne non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale della norma in riferimento agli artt. 3, 24, e 101 Cost., in quanto essa, nello stabilire le modalità dell'impugnazione del licenziamento, adotta una forma ampia ed indeterminata che non consente all'interprete di discriminare oggettivamente tra atti idonei e inidonei ad impugnare stragiudizialmente il licenziamento, e non consente di individuare gli effetti dell'impugnazione a mezzo di atto non scritto.

⁸¹ Cass., 17 gennaio 1983, n. 375, in *Giust. civ.*, 1983, I, 724; Cass., 13 novembre 1981, n. 6015, in *Mass. Foro it.*, 1981.

⁸² Cass., 12 agosto 1994, n. 7405, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1994, 789.

E proprio per questo non è necessario osservare formule predeterminate e sacramentali⁸³, purché la volontà di impugnazione sia chiaramente riconducibile al lavoratore licenziato.

Si è così ritenuto che integri gli estremi di atto scritto *ex art. 6 l. 1966, n. 604*, anche il ricorso preposto al giudice amministrativo, pur essendo esso carente di giurisdizione in materia, purché sia notificato entro il termine di decadenza di sessanta giorni⁸⁴; in altri casi è stata affermata la validità di un'impugnazione esternata attraverso un telegramma il cui originale sia stato sottoscritto dal mittente, dovendo ad esso essere riconosciuto il valore e l'efficacia di scrittura privata *ex art. 2701 c.c.*⁸⁵.

In caso di contestazione da parte del datore di lavoro, il lavoratore è tenuto a fornire la prova del fatto di aver sottoscritto personalmente l'originale consegnato all'ufficio postale di partenza, ovvero, in mancanza di sottoscrizione, di aver consegnato o personalmente fatto consegnare, l'originale all'ufficio postale di partenza⁸⁶.

Valutazioni contrastanti sono state espresse con riferimento al telex⁸⁷ ed al telefax⁸⁸.

Discorso a parte merita, poi, la valutazione dell'idoneità ai fini dell'impugnazione del licenziamento della richiesta di attivazione delle procedure di conciliazione previste dall'art. 7 della stessa legge, con parte della dottrina che aveva propugnato la soluzione estensiva, ritenendo insostenibile la contraria affermazione secondo cui la richiesta, lungi dal

⁸³ Cass., 30 maggio 1991, n. 6102, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1991, 845.

⁸⁴ Cass., 2 giugno 1982, n. 3370, in *Mass. Foro it.*, 1982.

⁸⁵ Cass., 26 luglio 1996, n. 6749, in *Mass. Foro it.*, 1996; Trib. Napoli, 6 aprile 1984, in *Dir. e giur.*, 1984, 562; Pret. Milano, 28 giugno 1984, in *Orient. giur. lav.*, 1984, 1140; Pret. Roma, 29 luglio 1992, in *Dir. lavoro*, 1992, II, 359, che ha ritenuto valido un telegramma inviato a mezzo telex, in forza dei principi generali in tema di presunzione.

⁸⁶ Cass., 26 luglio 1996, n. 6749, in *Mass. Foro it.*, 1996; Cass., 10 luglio 1991, n. 7610, in *Riv. It. dir. lav.*, 1992, II, 684, con nota BELLÈ, ha escluso la validità del telegramma dettato per telefono, mentre Trib. Palermo, 23 ottobre 1993, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1993, 842, ha espresso opinione contraria, purché il lavoratore dimostri di essere stato l'autore della comunicazione telefonica.

⁸⁷ Trib. Roma, 7 febbraio 1994, in *Dir. lavoro*, 1994, I, 44.

⁸⁸ Pret. Lucca, 27 maggio 1994, in *Mass. giur. lav.*, 1994, 605.

manifestare la volontà di contestazione del licenziamento, rileverebbe solo l'intento di cercare una composizione amichevole di quella procedura⁸⁹.

La Cassazione aveva risolto spesso in senso estensivo la questione, ritenendo adeguato strumento di impugnazione oltre alla dichiarazione scritta del lavoratore allegata agli atti della procedura promossa davanti alla direzione provinciale del lavoro, sia il verbale di esito negativo del tentativo di conciliazione⁹⁰, sia la stessa semplice richiesta di conciliazione⁹¹, sempre che si rimanga nell'ambito dell'art. 7, in quanto solo la procedura in esso inserita è collegata funzionalmente con la fattispecie del licenziamento⁹². Alcune sentenze hanno precisato che la richiesta di tentativo facoltativo di conciliazione deve, comunque essere comunicata al datore di lavoro⁹³.

Completamente opposta era la valutazione dei giudici di merito, i quali hanno prevalentemente escluso la rilevanza del procedimento conciliativo ai fini di un valido atto di impugnativa del licenziamento⁹⁴, a meno che nel corso della procedura il licenziamento non risultasse espressamente impugnato, anche a mezzo di una semplice contestazione opposta dal lavoratore o dal sindacato intervenuto nei confronti del datore di lavoro presente⁹⁵; del pari è stato escluso che il verbale di mancata conciliazione possa rappresentare idoneo strumento di impugnazione⁹⁶.

⁸⁹ G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, 204.

⁹⁰ Cass., 5 luglio 1974, n. 1962, in *Foro it.*, 1974, I, 2647; Cass., 18 novembre 1978, n. 5388, in *Foro it.*, 1979, I, 26.

⁹¹ Cass., 17 gennaio 1983, n. 375 in *Giust. civ.*, 1983, I, 724.

⁹² Cass., 19 aprile 1980, n. 2577, in *Mass. Foro it.*, 1980.

⁹³ Cass., 1° settembre 1982, n. 4750 in *Giust. civ.*, 1983, I, 724; Cass., 16 luglio 1980, n. 4625, in *Mass. Foro it.*, 1980.

⁹⁴ App. Milano, 19 febbraio 1971, in *Mass. giur. lav.*, 1971, 175; Pret. Savigliano, 15 maggio 1971, in *Mass. giur. lav.*, 11, 439.

⁹⁵ Pret. Savigliano, 15 maggio 1971, in *Mass. giur. lav.*, 11, 439.

⁹⁶ App. Milano, 22 settembre 1972, in *Orient. giur. lav.*, 1972, 840; Pret. Livorno, 14 marzo 1988, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1872, invece, ha ritenuto sufficiente la semplice lettera di convocazione del datore di lavoro presso la commissione di conciliazione, ma in senso contrario si è espressa Cass., 18 luglio 1991, n. 8010, in *Riv. dir. lav.*, 1992, II, 1025.

La disputa ha trovato, come già anticipato, una parziale⁹⁷ composizione nella nuova disciplina sui licenziamenti, avendo l'art. 5, l. 1990, n. 108, escluso che la decadenza dal diritto di impugnare il provvedimento possa verificarsi a seguito della <<comunicazione al datore di lavoro della richiesta di espletamento della procedura obbligatoria di conciliazione>>⁹⁸: del resto la soluzione non avrebbe potuto essere diversa, dato il carattere preclusivo dell'arbitrato rispetto all'adizione del giudice del lavoro previsto dalla norma attraverso la sanzione della improcedibilità della domanda giudiziale, rilevabile anche d'ufficio.

Da mettere in rilievo è anche il rapporto intercorrente tra equiparazione della comunicazione all'impugnazione del recesso ed eventuali previsioni contrattuali che fissino un termine più ampio per dare impulso alla procedura arbitrale: ovviamente anche in tali casi la richiesta di esperimento del tentativo di conciliazione materialmente avanzata oltre i sessanta giorni non varrebbe ad impedire la decadenza già verificatasi ai sensi dell'art. 6⁹⁹.

Altra tematica particolarmente dibattuta in giurisprudenza è quella concernente il delicato problema della impugnazione del licenziamento proposta mediante lettera sottoscritta dal solo legale del lavoratore. Numerose questioni si diramano dal quesito centrale, rappresentato dalla ammissibilità di un'impugnazione che provenga da persone diverse dal lavoratore licenziato: in primo luogo la necessità della procura; in secondo luogo la forma della stessa; in terzo luogo la possibilità di ratifica in caso di impugnazione da parte del terzo originariamente non munito di procura; infine la forma e i termini per la ratifica.

⁹⁷ La disposizione infatti, pare debba essere riferita al solo ambito della tutela obbligatoria, posto il richiamo all'art. 2 l. 108/90, che ha come rubrica <<Riassunzione o risarcimento del danno>>. Così M. BENTIVOGLIO, *i licenziamenti individuali*, Milano, 1990, 63.

⁹⁸ La disposizione fa esplicito riferimento alla comunicazione della richiesta di esperimento: ai fini dell'impugnazione non è dunque sufficiente <<la sola proposizione nel termine della richiesta medesima all'organo di conciliazione>> (P. SANDULLI – A. VALLEBONA – C. PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, 1990, 67).

⁹⁹ M. PAPALEONI, *La più recente fase di evoluzione normativa della disciplina dei licenziamenti. La legge 11. 5. 1990, n. 108*, in *Dir. lavoro*, 1990, I, 267 ss.

2.4. Impugnazione giudiziale.

L'unica incertezza che offre l'atto di impugnativa giudiziale riguarda la sufficienza del deposito del ricorso in cancelleria ad evitare lo scadere del termine di cui all'art. 6.

Alle origini della disputa c'è una pronuncia della Suprema Corte che in tale caso ritenne ritualmente e tempestivamente proposta l'impugnazione a prescindere dalla notifica di quest'ultima, sulla base di una diversa funzione da attribuire agli istituti della decadenza e della prescrizione: si affermava, infatti, in motivazione che il deposito del ricorso, in quanto implica proposizione della domanda nei modi di legge, è idoneo, in particolare, ad impedire una decadenza, perché questo effetto sostanziale è collegato al dato obiettivo che l'azione sia esperita in un certo termine, a prescindere dalle conseguenze che la controparte ne abbia contestualmente avuto. Il che, invece, non si potrebbe ripetere per la prescrizione, che, per essere interrotta, esige la notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio¹⁰⁰. Com'è evidente, la pronuncia su citata trascurava completamente i caratteri propri dell'atto di impugnazione che, come detto, si presenta come atto recettizio, e perciò insuscettibile di produrre effetti fino a che non sia portato con mezzi idonei nella sfera conoscitiva del destinatario, non essendo il mero deposito idoneo a realizzare la conoscenza da parte del convenuto¹⁰¹.

Ed è proprio in funzione della natura recettizia dell'atto che le S. U. della stessa Corte confermarono l'orientamento prevalente, richiedendo per l'idoneità ad impedire il decorso del termine di cui all'art. 6, la necessaria notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza entro sessanta giorni dalla comunicazione del licenziamento¹⁰², anche perché «solo con la notifica del ricorso e del pedissequo decreto, nelle controversie soggette al

¹⁰⁰ Cass., 11 ottobre 1978, n. 4560, in *Foro it.*, 1979, I, 69, con nota di PROTO PISANI.

¹⁰¹ Cass., 19 ottobre 1981, n. 5468, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1982, 156.

¹⁰² Cass. S. U., 18 ottobre 1982, n. 5395, in *Foro it.*, 1982, I, 3019, con nota di PROTO PISANI.

rito del lavoro, può considerarsi iniziata la lite e possono verificarsi gli effetti sostanziali e processuali della domanda>>¹⁰³.

¹⁰³ Cass., 6 dicembre 1984, n. 6432, in *Giust. civ.*, 1985, I, 3145.

2.5. La legittimazione all'impugnazione.

Circa la legittimazione ad impugnare il licenziamento, occorre evidenziare come l'art. 6 l. n. 604 del 1966, indichi come possibili soggetti da cui validamente può provenire l'atto il prestatore di lavoro e l'associazione sindacale cui esso aderisca, attribuendo così a quest'ultima un potere di rappresentanza *ex lege* con esclusione della necessità di qualsivoglia atto formale preventivo di rappresentanza, valendo, a tal fine, il semplice mandato che il lavoratore abbia conferito al sindacato per la tutela in via generale dei propri diritti¹⁰⁴.

È stata conseguentemente ritenuta valida l'impugnazione effettuata mediante una lettera della Camera del Lavoro in nome e nell'interesse del lavoratore licenziato rappresentato¹⁰⁵ o mediante una lettera del sindacato, redatta su modulo prestampato, sottoscritta dal solo rappresentante sindacale cui, però, il lavoratore aveva conferito una delega scritta¹⁰⁶; in altri casi è stata, al contrario, stabilita l'invalidità dell'impugnativa proposta a mezzo di lettera da parte del sindacato non sottoscritta dal lavoratore e non contenente alcun riferimento al mandato dallo stesso rilasciato per la opposizione al provvedimento espulsivo¹⁰⁷.

La legittimazione del sindacato ad impugnare il licenziamento è stata affermata sia nel caso in cui il lavoratore sia iscritto¹⁰⁸, sia nel caso in cui non risulti iscritto all'associazione sindacale impugnante¹⁰⁹.

La norma consente, dunque l'impugnazione in via autonoma da parte dell'associazione sindacale, alla quale il potere è attribuito *ex lege*, senza

¹⁰⁴ Pret. Bergamo, 24 dicembre 1981, in *Lavoro e prev. oggi*, 1982, 952.

¹⁰⁵ Pret. Sanluri, 20 maggio 1969, in *Dir e giur.*, 1969, 850.

¹⁰⁶ Trib. Torino, 5 aprile 1978, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1978, 685.

¹⁰⁷ Pret. Torino, 8 gennaio 1977, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1977, 614.

¹⁰⁸ Pret. Milano, 13 dicembre 1984, in *lavoro e prev. oggi*, 1985, 168.

¹⁰⁹ Pret. Prato, 20 luglio 1995, in *Riv. critica dir. lav.*, 1995, 1026.

che, in assenza di specifica previsione, debba ritenersi necessario il requisito dell'iscrizione del lavoratore all'associazione stessa¹¹⁰.

Peraltro, la tempestiva presentazione da parte del sindacato di un ricorso ai sensi dell'art. 28 Stat. lav., volto ad ottenere la revoca del licenziamento, influisce sul termine di decadenza, rendendo irrilevante la mancata impugnazione da parte del lavoratore, solo se questi abbia operato un intervento adesivo in giudizio oppure abbia conferito al sindacato una procura speciale, volta a far valere anche l'interesse individuale¹¹¹.

L'impugnazione può provenire anche da persona diversa dal lavoratore, per esempio, un avvocato; in tal caso, l'impugnazione in tanto impedisce la decadenza, in quanto il terzo sia munito di una preventiva, specifica procura scritta o di una ratifica successivamente intervenuta, e questi atti (ai quali è equiparata la notifica del ricorso giudiziario con conferimento della procura allo stesso legale autore dell'impugnativa stragiudiziale) siano stati portati a conoscenza del destinatario entro il termine di decadenza. Trattasi di interpretazione del tutto consolidata, alla quale pervengono, in applicazione delle norme codicistiche sulla rappresentanza, sia le decisioni che qualificano l'impugnazione come atto negoziale¹¹², sia quelle che, invece, la ritengono un atto giuridico in senso stretto¹¹³. In particolare, entrambi gli

¹¹⁰ Pret. Prato, 20 luglio 1995, in *Riv. Critica dir. lav.*, 1995, 1026, con nota di CASAGNI; l'autore ha evidenziato come l'assunto soddisfi gli elementi su cui la legge fonda il proprio comando, cioè la funzionalizzazione dell'intervento sindacale alla salvaguardia dell'interesse del lavoratore e l'idoneità dell'atto ad essere riconosciuto dal datore di lavoro, sì da garantirne le esigenze; la qualifica di rappresentante *ex lege* risale a Cass. S.U., 2 marzo 1987, n. 2179.

¹¹¹ Cass., 10 dicembre 1983, n. 7313, in una fattispecie in cui il lavoratore aveva agito per ottenere il risarcimento del danno. La Suprema Corte ha rilevato, da un lato, che, agendo il sindacato nell'ambito dell'art. 28 Stat. lav. non quale rappresentante dei suoi associati, ma come titolare e gestore autonomo dell'interesse collettivo, l'esercizio di un'azione *iure proprio* non poteva incidere né sostanzialmente, né processualmente sulla sorte dell'azione cui era legittimato il lavoratore; dall'altro, che solo le richiamate situazioni (intervento adesivo o procura preventiva) potevano consentire la proiezione sul lavoratore degli effetti diretti ed immediati dell'azione del sindacato.

¹¹² Cass., 17 ottobre 1999, n. 1178; Cass., 24 giugno 1997, n. 5611; Cass. S.U., 2 marzo 1987, n. 2179.

¹¹³ Cass., 4 marzo, 1998, n. 2374; Cass., 1° settembre 1997, n. 8262.

orientamenti estendono all'atto unilaterale d'impugnazione, ai sensi dell'art. 1324 c.c., le norme che disciplinano i contratti, ivi compreso l'art. 1392 c.c., che prevede per la procura la forma stabilita per il contratto che il rappresentante deve concludere, il primo fonda la necessità della richiamata comunicazione sulla natura di atto recettizio propria dell'impugnazione e sulla previsione del termine di decadenza; il secondo esclude l'applicabilità dell'art. 1399 c.c. sulla retroattività della ratifica, in quanto incompatibile con gli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale, quale si configura l'impugnazione del licenziamento, che devono essere compiuti entro un termine perentorio¹¹⁴. Ne scaturisce sul piano pratico la necessità che l'impugnazione effettuata tramite lettera del legale contenga anche la sottoscrizione del lavoratore. Va, però, precisato che oggetto della tempestiva comunicazione della procura o della ratifica non è l'atto nella sua integrità formale, ma nella sua materiale esistenza. Ne consegue che non è necessario che nel termine decadenziale alla controparte venga trasmesso l'atto o la sua copia, ma è sufficiente che al datore di lavoro sia resa nota l'esistenza della procura o della ratifica, con la relativa data certa¹¹⁵. Diversa è la situazione che si verifica quando la lettera a firma del legale non contenga alcun riferimento alla pur preesistente procura. Può porsi, allora, la questione della sufficienza, al fine di cui si discute, della dichiarazione del difensore, che si limiti a comunicare al datore di lavoro di addivenire all'impugnazione <<in nome e per conto>> del lavoratore, senza ulteriori indicazioni, secondo una clausola di stile presente pressoché in ogni atto stragiudiziale. Appare corretta la soluzione negativa, in quanto la mancanza

¹¹⁴ Può ricordarsi che si riconosce, invece, la legittimazione del difensore non munito di preventiva procura scritta ad impugnare la transazione (Cass., 16 luglio 1987, n. 5346; Cass., 10 marzo 1985, n. 2053) e ad interrompere la prescrizione (Cass., 16 agosto 1993, n. 8711; Cass., 4 febbraio 1993, n. 1359), atti non negoziali cui non si applica l'art. 1392 c.c.

¹¹⁵ Cfr. Cass., 7 ottobre 1999, n. 11178, che, richiamando il principio secondo cui la procura *ad litem* contiene in sé il potere di proporre l'impugnazione sostanziale, ha riconosciuto l'idoneità impugnatoria alla lettera con cui il legale aveva dichiarato di aver ricevuto dall'assistito procura, specificando la data del conferimento.

di ogni riferimento all'esistenza della procura ed alla data di rilascio impedisce che si verifichi quella certezza su tali elementi, che rende inesigibile il formalismo della trasmissione del documento.

In sostanza, l'impugnazione proveniente dal difensore è idonea a conferire certezza in ordine all'esistenza della procura ed al suo contenuto, così operando come valido atto di contestazione, solo allorché enunci la circostanza dell'avvenuto conferimento, da parte dell'assistito, di procura scritta per l'impugnazione o per il giudizio di merito ed indichi la relativa data¹¹⁶.

¹¹⁶ M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, 3° ed., Padova, 2006, 335 ss.

2.6. Termine per l'impugnazione

Il termine di sessanta giorni dalla comunicazione del licenziamento o dalla successiva comunicazione dei suoi motivi per proporre impugnazione è un termine di decadenza e come tale è insuscettibile sia di interruzioni che di sospensioni¹¹⁷: questa affermazione di principio finisce in pratica per amplificare l'importanza dell'individuazione del *dies a quo* per misurare la tempestività dell'atto di impugnazione.

È stato affermato che il termine di decadenza previsto da questa norma si applica anche nell'ipotesi in cui il datore di lavoro abbia intimato un licenziamento erroneamente, ritenendo l'esistenza di fatti giustificativi del recesso, che si rivelino, poi, insussistenti o inadeguati a sorreggerlo¹¹⁸.

L'impugnazione del licenziamento presuppone necessariamente l'avvenuta intimazione e comunicazione all'interessato dell'atto di recesso; pertanto non può attribuirsi efficacia di impugnazione all'atto con il quale il prestatore di lavoro, che abbia ricevuto una contestazione disciplinare, invii al datore di lavoro la propria giustificazione ai sensi dell'art. 7 Stat. lav.¹¹⁹.

È stato più volte affermato che la dichiarazione di licenziamento, essendo atto recettizio, si considera conosciuta nel momento in cui viene recapitata all'indirizzo del lavoratore interessato¹²⁰; pertanto il termine per l'impugnazione decorre dal momento in cui la dichiarazione perviene al destinatario, salva la dimostrazione dell'impossibilità di quest'ultimo di conoscere la comunicazione del licenziamento o di impugnarlo con ogni atto scritto.

Sul punto, per la verità, il quadro giurisprudenziale non è sufficientemente univoco, sia per la diversa rilevanza conferita all'art. 1335 c.c., sia per le

¹¹⁷ Cass., 15 giugno 1985, n. 3612, in *Giust. civ.*, 1985, I, 3077.

¹¹⁸ Cass., 28 maggio 1990, n. 4925, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, 219.

¹¹⁹ Cass., 21 novembre 1996, n. 10260, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1997, 72.

¹²⁰ Cass., 10 gennaio 1984, n. 197, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1984, 182.

difficoltà di individuazione delle fattispecie in cui è superabile la presunzione.

Si è così affermato che qualora il lavoratore si trovi in stato di carcerazione preventiva, il licenziamento si intende conosciuto quando la sua comunicazione pervenga all'indirizzo del destinatario, a meno che non sia provata la conoscenza di tale situazione da parte del datore di lavoro.

Si discute, poi, della rilevanza di situazioni soggettive proprie del lavoratore: la S.C. ha costantemente escluso che l'impossibilità di avere notizia della dichiarazione, tale da giustificare l'impugnazione tardiva, possa essere esteso oltre l'ambito oggettivo¹²¹, giacché la validità o l'efficacia degli atti ricettizi (fra i quali rientra il licenziamento) prescinde dall'eventuale stato d'incapacità naturale del soggetto cui sono rivolti in quanto la disciplina di atti è informata al principio dell'affidamento, mentre l'art. 428 c.c. prevede l'annullabilità soltanto degli atti unilaterali che siano stati posti in essere dalla stessa persona in stato d'incapacità naturale¹²².

Da evidenziare, ad ogni modo, una pronuncia della S.C. nella quale si dà un qualche rilievo, seppure indiretto e riflesso, ad un elemento soggettivo come la malattia, al fine di dimostrare la non operatività della presunzione di cui all'art. 1335 c. c.¹²³; la Corte ha infatti censurato il comportamento del giudice *a quo*, il quale aveva <<fatto mal governo dei principi sulla presunzione di conoscenza>>, non ammettendo la prova della esistenza e della consistenza della malattia che aveva impedito l'effettiva cognizione dell'avvenuto licenziamento: essa può astrattamente ipotizzarsi come elemento strumentale rispetto all'accertamento dell'impossibilità di conoscenza della dichiarazione per intervento di circostanze eccezionali ed estranee alla volontà del soggetto. Secondo la Corte il vero termine di

¹²¹ Cass., 15 giugno 1985, n. 3612, in *Giust. civ.*, 1985, I, 3077.

¹²² Cfr. Pret. Roma, 27 dicembre 1988, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1989, 475, che non ha ritenuto degna di miglior sorte la doglianza circa l'esistenza di un <<errore incolpevole del datore di lavoro>> da cui sarebbe scaturita l'inerzia.

¹²³ Cass., 24 febbraio 1987, n. 1976, in *Riv. giur. lav.*, 1988, II, 264.

riferimento tra ipotesi di conoscenza <<scusabili>> o meno è la dimostrazione della diligenza nel comportamento del soggetto destinatario, poiché è la mancanza di colpa, assieme alla eccezionalità dell'evento ad impedire l'operatività dell'art. 1335 c.c.

Un problema analogo sorge con riferimento al licenziamento con preavviso: si tratta, cioè, di stabilire se il fatto che l'estinzione del rapporto si verifichi in un momento successivo alla conoscenza dei motivi del licenziamento comporti uno slittamento anche del giorno da cui comincia a decorrere il termine per l'impugnazione. Nonostante le difficoltà che comporta l'adozione dell'opzione formalistica, non pare superabile la lettera dell'art. 6, che individua espressamente nella ricezione della comunicazione del recesso (o dei suoi motivi se non contestualmente espressi) l'evento che genera la decorrenza¹²⁴.

La disposizione dell'art. 6, 2° comma, per cui il termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento decorre dalla comunicazione dei motivi, ove questa non sia contestuale a quella del licenziamento, non comporta l'inefficacia dell'impugnazione del licenziamento proposta dal lavoratore prima di conoscere i motivi e non implica, quindi, che, ricevuta la comunicazione di essi, il lavoratore debba procedere ad una nuova impugnazione¹²⁵.

L'atto di impugnativa deve pervenire al datore di lavoro entro il termine di decadenza¹²⁶; comunque è stata ritenuta valida anche la data di spedizione¹²⁷.

Da un punto di vista processuale rimane, infine, da sottolineare come la decadenza del termine di sessanta giorni non sia rilevabile d'ufficio, ma

¹²⁴ Cass., 15 maggio 1984, n. 2966, in *Mass. giur. lav.*, 1984, 481.

¹²⁵ Cass., 4 aprile 1990, n. 2785.

¹²⁶ Cass., 2 marzo 1987, n. 2179.

¹²⁷ Pret. Genova, 26 marzo 1979, in *Foro it.*, 1979, I, 1308.

debba essere eccepita ritualmente dal datore di lavoro nei termini di cui all'art. 416 c.p.c.¹²⁸.

Precedentemente alla riforma del 2010, una volta osservato il termine di decadenza di cui all'art. 6 con l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, la successiva azione giudiziale poteva essere proposta entro il termine quinquennale di prescrizione di cui all'art. 1442 c.c., in caso di licenziamento ingiustificato, trattandosi di azione di annullamento¹²⁹.

In tutte le altre ipotesi di nullità, essendo la relativa azione imprescrittibile, non vi erano limiti per presentare il ricorso all'autorità giudiziaria, ma operava la prescrizione relativa ai diritti che il lavoratore intendeva far valere¹³⁰.

Adesso non è più così poiché con l'art. 32 della legge 183/2010, introduce un secondo termine di decadenza (270 giorni) per la proposizione del giudizio avverso i licenziamenti invalidi e stabilisce che esso si applichi a tutti i licenziamenti invalidi. Pertanto abbiamo, da una parte, il contingentamento dei tempi fissati per valutare in via definitiva (avanti al giudice, alla commissione di conciliazione, all'arbitrato), la legittimità o meno del licenziamento (termini di gran lunga inferiori rispetto al termine quinquennale di prescrizione); dall'altra, l'ampliamento del campo di applicazione dei nuovi termini di decadenza (applicabili a tutte le ipotesi di licenziamento invalido).

¹²⁸ Cass., 3 settembre 1981, n. 5035, in *Orient. giur. lav.*, 1982, 170.

¹²⁹ Cass., 30 marzo 1998, n. 3337, in *Mass. Foro it.*, 1998.

¹³⁰ O. MAZZOTTA, *I licenziamenti*, 2° ed., Milano, 1999, 440 ss.

2.7. Acquiescenza al licenziamento e rinuncia all'impugnazione.

In termini generali, è stato affermato che il diritto del lavoratore di contestare o di accettare il licenziamento è un diritto disponibile e rinunciabile, al contrario del diritto a che il recesso venga attuato dal datore di lavoro solo nelle ipotesi previste dalla legge o dai contratti o dagli accordi collettivi e con le modalità *ivi* stabilite¹³¹.

La liceità della rinuncia all'impugnazione è stata dedotta dal fatto che la stabilità e la conservazione del posto di lavoro non rientrano tra i diritti indisponibili; occorre però che la rinuncia sia esplicita e faccia univoco riferimento alla cessazione del vincolo lavorativo¹³².

La giurisprudenza è tendenzialmente orientata verso la non applicabilità a questo tipo di rinuncia della disciplina di cui all'art. 2113 c. c.¹³³ anche se non sono mancate pronunce che hanno optato per l'opposta soluzione, stabilendo che il lavoratore, nel caso in cui abbia rinunciato all'impugnativa, se successivamente intenda far dichiarare l'invalidità della rinuncia ad impugnare il recesso, deve proporre la domanda giudiziale nei sei mesi dalla rinuncia *ex art.* 2113 c. c. o nel termine di sessanta giorni dall'intimazione del licenziamento¹³⁴.

Diversi, poi, sono i casi di specie oggetto di esame da parte della giurisprudenza.

L'orientamento della S. C. di gran lunga prevalente si è espresso nel senso che l'accettazione delle competenze di fine rapporto, anche senza la formulazione di alcuna riserva, non può essere considerata come dichiarazione tacita di rinuncia all'impugnazione del licenziamento per assoluto difetto di concludenza: non esiste, infatti, alcuna incompatibilità logica e giuridica tra l'accettazione dell'indennità e la volontà di agire

¹³¹ Cass., 21 giugno 1980, n. 3920, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1980, 505.

¹³² Cass., 20 gennaio 1975, n. 237, in *Foro it.*, 1975, I, 1124.

¹³³ Cass., 30 ottobre 1981, n. 5734, in *Mass. giur. lav.*, 1982, 394.

¹³⁴ App. Milano, 21 settembre 1971, in *Orient. giur. lav.*, 1971, 999.

legalmente per far dichiarare l'illegittimità del recesso intimato¹³⁵: la soluzione, del resto, era stata anticipata da parecchie sentenze dei giudici di merito, la cui coerenza di giudizio ha presumibilmente influenzato non poco le successive statuizioni della Cassazione¹³⁶, anche se, per la verità, non erano mancate sentenze di orientamento opposto¹³⁷.

Si segnala, poi, un altro orientamento giurisprudenziale¹³⁸, secondo cui l'accettazione dell'indennità di fine rapporto, anche se accompagnata dal rifiuto di restituzione delle stesse, non costituisce valida rinuncia all'impugnazione del licenziamento se quest'ultima venga tempestivamente proposta nel termine di decadenza dell'art. 6 (nel caso di specie, però, il lavoratore al momento dell'accettazione aveva formulato una esplicita riserva).

Per quanto riguarda la quietanza liberatoria a saldo rilasciata dal lavoratore nel riscuotere le indennità di fine rapporto (con la formula di rinuncia ad ogni altro diritto conseguente), l'orientamento della Cassazione è nel senso che si tratta di una mera dichiarazione di scienza, priva di effetti negoziali, e che come tale non integri gli estremi dell'acquiescenza tacita al licenziamento, a meno che non concorrano circostanze idonee a dimostrare la sicura volontà del lavoratore di accettare incondizionatamente la risoluzione del rapporto di lavoro¹³⁹.

Il ritiro dei documenti di lavoro, anche se accompagnato dalla riscossione dell'indennità di fine rapporto, non implica acquiescenza al licenziamento¹⁴⁰.

¹³⁵ Cass., 25 settembre 1978, n. 4307, in *Foro it.*, 1978, I, 2414.

¹³⁶ Pret. Roma, 28 ottobre 1975, in *Riv. giur. lavoro*, 1978, II, 75.

¹³⁷ App. Milano, 27 aprile 1973, in *Mass. giur. lav.*, 1973, 378; App. Roma, 30 maggio 1972, in *Riv. giur. lavoro*, 1971, II, 62.

¹³⁸ Cass., 4 marzo 1978, n. 1094, in *Foro it.*, 1978, I, 1437.

¹³⁹ Cass., 19 gennaio 1990, n. 296, in *Mass. Foro it.*, 1990; Cass., 25 marzo 1986, n. 2130, in *Mass. Foro it.*, 1986.

¹⁴⁰ Cass., 30 luglio 1979, n. 4499, in *Foro it.* 1980, I, 1843.

Inoltre la decadenza dall'impugnazione del licenziamento non è preclusa dalla riserva di accettazione dell'atto di quietanza delle competenze di fine rapporto, in quanto l'atto stragiudiziale cui si riferisce la legge deve essere univoco e deve esprimere concretamente la volontà di non accettare il recesso¹⁴¹.

Anche la semplice richiesta di liquidazione delle indennità di fine rapporto avanzata dal lavoratore dopo aver proposto l'impugnazione del licenziamento non è stata ritenuta un valido atto di rinuncia¹⁴².

Il fatto di trattenere l'indennità di preavviso, malgrado la contestazione della legittimità del licenziamento, non implica necessariamente la volontà di rinunciare ad impugnarlo¹⁴³.

Spetta comunque al giudice di merito valutare le circostanze di fatto interpretabili come valida espressione di acquiescenza al licenziamento illegittimo¹⁴⁴.

Giova infine sottolineare che la manifestazione di volontà del lavoratore di rinunciare all'impugnazione del licenziamento deve essere chiara ed univoca¹⁴⁵, ma il lavoratore può rinunciare all'impugnazione del licenziamento (o revocare l'impugnazione proposta) assumendo anche comportamenti concludenti¹⁴⁶: così nel caso in cui il prestatore di lavoro, una volta promossa l'impugnativa ponga in essere comportamenti tali da evidenziare una volontà difforme da quella che sorreggeva in un primo tempo l'impugnazione, deve ritenersi che essa sia stata revocata dal suo autore¹⁴⁷.

¹⁴¹ Trib. Novara, 17 marzo 1983, in *Orient. giur. lav.*, 1983, 927.

¹⁴² Cass., 21 aprile 1975, n. 1542, in *Giur. it.* 1976, I, 665, sul presupposto che la domanda giudiziale di riassunzione non vale a ripristinare un rapporto di lavoro già cessato, concretando una nuova assunzione anche con effetto *ex tunc*.

¹⁴³ Cass., 15 aprile 1976, n. 1355, in *Foro it.*, 1976, I, 1136.

¹⁴⁴ Cass., 22 maggio 1979, n. 2970, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1346.

¹⁴⁵ Cass., 29 aprile 1987, n. 1654, in *Mass. Foro it.*, 1987.

¹⁴⁶ Cass., 27 marzo 1985, n. 2157, in *Mass. Foro it.*, 1985.

¹⁴⁷ Pret. Milano, 24 luglio 1987, in *Dir. e prat. lav.*, 1988, 310.

2.8.Un caso giurisprudenziale.

Dopo aver discorso delle forme del licenziamento e dell'istituto dell'impugnazione dello stesso con i relativi problemi giurisprudenziali e dottrinali che ne hanno accompagnato l'applicazione nel nostro ordinamento, risulta proficuo, alla luce della sua stessa comprensione, confrontare questi argomenti con una recente sentenza della Cassazione: Cass. S. U., 10, ottobre 2006, n. 141.

Nella circostanza, il lavoratore ricorreva al pretore di Reggio Calabria in seguito al licenziamento per assenza ingiustificata, chiedendo la dichiarazione d'illegittimità del licenziamento e la conseguente condanna del datore di lavoro (Istituto di patronato per l'assistenza sociale) e il risarcimento del danno, considerando inosservate le garanzie procedurali di cui all'art. 7, l. n. 300 del 1970.

Rimasto contumace il convenuto, il Ministero del lavoro disponeva la liquidazione dell'Istituto per cui veniva successivamente stabilita l'applicazione delle norme in materia di liquidazione coatta amministrativa. L'attore proponendo appello otteneva la sentenza con cui il tribunale ordinava la reintegrazione nel posto di lavoro.

Il Collegio riteneva infatti che, posta l'impresa in liquidazione coatta amministrativa, fosse pur sempre proseguibile davanti al giudice del lavoro il processo inteso a conseguire la dichiarazione di illegittimità del licenziamento, nonché la reintegrazione e inoltre nel merito, il Collegio considerava credibile l'affermazione del lavoratore, resa ai fini della l. n. 300 del 1970, art. 18, comma 1, secondo cui l'Istituto occupava più di sessanta dipendenti, anche per l'assenza di prova contraria da parte del datore di lavoro, che ne era gravato per avere la disponibilità dei relativi mezzi.

Contro questa sentenza ricorre per Cassazione il commissario liquidatore dell'Istituto di patronato per l'assistenza sociale e l'intimato non si costituiva.

Con ordinanza la Sezione lavoro della Corte, ravvisato un contrasto giurisprudenziale sulla questione della distribuzione dell'onere di provare il numero dei dipendenti dell'organizzazione datrice di lavoro, rimetteva gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione della causa alle Sezioni unite ai sensi dell'art. 374 c. p. c.

Il primo punto ad essere affrontato dalla Corte riguarda la notificazione degli atti processuali da parte del lavoratore: in questo caso il lavoratore li notifica all'Istituto contumace, nella persona del legale rappresentante invece che al commissario liquidatore.

La Corte ritiene che questo non pregiudichi la decisione del Tribunale uniformatosi alla massima, più volte enunciata dalla stessa Corte, secondo cui, nel caso di sottoposizione dell'impresa a liquidazione coatta amministrativa, il lavoratore dipendente deve proporre o proseguire davanti al giudice del lavoro le azioni non aventi ad oggetto la condanna al pagamento di una somma di denaro, come quelle tendenti alla dichiarazione di illegittimità del licenziamento o alla reintegrazione nel posto di lavoro, mentre divengono improponibili o improseguibili temporaneamente, ossia per la durata della procedura amministrativa di liquidazione, le azioni intese ad una condanna pecuniaria¹⁴⁸.

In secondo luogo viene affrontato il tema dell'onere probatorio del numero dei dipendenti dell'istituto: il ricorrente lamenta la violazione degli artt. 414 e 434 c. p. c., sostenendo che, al fine di accertare il numero dei dipendenti del datore di lavoro e così di dichiarare il diritto dell'appellante alla reintegrazione della l. n. 300 del 1970, *ex art. 18*, il Tribunale prese in considerazione un documento, ossia uno statuto dell'ente datore di lavoro,

¹⁴⁸ Cass., 4 aprile 1998 n. 3522; Cass., 27 luglio 1999 n. 8136; Cass., 20 luglio 1995 n. 7907; Cass., 5 dicembre 2000 n. 15477.

non ritualmente prodotto dal lavoratore - attore in giudizio e conseguentemente, il ricorrente deduceva la violazione dell'art. 18, e l. 11 luglio 1966 n. 604, art. 8, artt. 2697 e 1218 c. c., sostenendo il mancato assolvimento, da parte dello stesso lavoratore, dell'onere di provare il detto numero di dipendenti, e quindi l'illegittimità dell'ordine giudiziale di reintegrazione.

La questione dunque riguarda la circostanza che l'onere del requisito dimensionale penda sul prestatore - attore in giudizio, oppure richieda al datore - convenuto in giudizio la prova negativa ossia del non raggiungimento di quelle dimensioni.

C'è da dire però che da una parte, l'ordine giudiziale di reintegrazione nel posto di lavoro realizza in forma specifica la tutela risarcitoria conseguente alla lesione, arrecata attraverso il licenziamento illegittimo, del diritto soggettivo al lavoro, spettante al prestatore ai sensi dell'art. 1 Cost., art. 4 Cost., comma 1, e art. 35 Cost., comma 1, Cost., l. 15 luglio 1966 n. 604, e artt. 1 e 18; ma dall'altra, la l. n. 108 del 1990, art. 4, comma 1, sottrae all'applicazione di questo art. 18 i datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto e dunque nella disposizione della l. n. 108 del 1990, art. 4, comma 1, non possono comprendersi gli istituti di patronato e di assistenza sociale.

Il lavoratore illegittimamente licenziato può giovare, dunque, esclusivamente del risarcimento pecuniario, salve alcune eccezioni, previste dalla l. 11 luglio 1966 n. 604 e L. n. 108 del 1990, art. 2, e realizzante la cosiddetta tutela obbligatoria.

La concreta verifica del <<requisito dimensionale>> dell'impresa o comunque dell'organizzazione produttiva dà luogo alla tutela reale mentre la sua mancanza lascia spazio alla sola tutela obbligatoria. A riguardo vi sono tre orientamenti che è bene ricordare.

La maggior parte delle sentenze della Corte impone al lavoratore - attore in giudizio l'onere di provare il requisito, ravvisandovi un elemento costitutivo del <<diritto alla reintegrazione>> dedotto in giudizio e facendo conseguente e piana applicazione dell'art. 2697 cod. civ., comma 1¹⁴⁹. La dottrina che appoggia questo orientamento adduce, quale argomento di rinforzo, un asserito carattere <<generale>> della tutela obbligatoria, ed il connesso carattere eccezionale della tutela reale, che sarebbe reso palese dalle espressioni letterali usate dal legislatore nello stesso art. 18 e che addosserebbe al lavoratore l'onere di provare il suo diritto ad ottenere il rimedio più intenso, ma eccezionale, non potendo valere in materia le regole del <<diritto comune>>, trattandosi di <<problema all'evidenza tutto interno al regime speciale del licenziamento>>.

L'imposizione al prestatore di lavoro dell'onere di fornire al giudice dati relativi al personale dell'impresa è apparso eccessivo ad una parte della giurisprudenza, la quale, precisando di doversi aver riguardo al numero medio degli occupati in relazione alle normali esigenze produttive e non al numero nel momento di intimazione del licenziamento, chiede all'imprenditore la relativa prova¹⁵⁰, così come fa nei casi di esclusione della tutela reale per le cosiddette organizzazioni di tendenza, indicate nella L. n. 108 del 1990, citato art. 4, comma 1¹⁵¹. Questo orientamento tanto più dovrebbe valere quando trattasi di calcolare il numero dei lavoratori dipendenti tenendo conto delle esclusioni previste nell'art. 18 sopra riportato, comma 2. Estranee ai rigorosi termini della questione di diritto qui in esame sono le frequenti affermazioni secondo cui, fermo restando l'onere probatorio a carico del datore di lavoro, tuttavia il giudice può ritenere

¹⁴⁹ Cass. S. U., 4 marzo 1988 n. 2249; Cass., 28 aprile 1988 n. 3229; Cass., 3 luglio 1991 n. 7286; Cass., 13 febbraio 1993 n. 1815; Cass., 16 aprile 1991 n. 4048; Cass., 18 marzo 1996 n. 2268; Cass., 18 aprile 1995 n. 4337; Cass., 7 dicembre 1998 n. 12375; Cass., 16 maggio 1998 n. 4948; Cass., 27 agosto 2003 n. 12579; Cass., 1 settembre 2003 n. 12747.

¹⁵⁰ Cass., n. 1815 del 1993.

¹⁵¹ Cass., n. 4337 del 1995.

provato il requisito dimensionale sulla base della mancata contestazione¹⁵² da parte del datore di lavoro convenuto¹⁵³ o della rinuncia alla relativa eccezione da parte del suo procuratore¹⁵⁴, o dei documenti comunque acquisiti al processo¹⁵⁵ e in particolare del libro matricola esibito su suo ordine¹⁵⁶ o del notaio¹⁵⁷.

In tempo recente la Corte si è espressa in senso opposto, ossia ha ritenuto gravare sul datore di lavoro, non importa se attore o convenuto in giudizio, l'onere di provare l'inesistenza del requisito occupazionale e perciò l'impedimento all'applicazione della l. n. 300 del 1970, art. 18¹⁵⁸. In queste pronunce la Corte osserva che la tutela reintegratoria è più vicina alle scelte di valore del legislatore in tema di responsabilità contrattuale, mentre la attenuata tutela risarcitoria si distacca maggiormente da quelle scelte. Secondo questa giurisprudenza i fatti costitutivi del diritto soggettivo del lavoratore a riprendere l'attività e, sul piano processuale, dell'azione di impugnazione del licenziamento sono esclusivamente l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e l'illegittimità dell'atto espulsivo, mentre le dimensioni dell'impresa, inferiori ai limiti dell'art. 18 sopra detto, costituirebbero, insieme al giustificato motivo del licenziamento, fatti impeditivi del diritto soggettivo dedotto in giudizio e dovrebbero essere perciò provati dal datore di lavoro. Con l'assolvimento di quest'onere probatorio il datore dimostrerebbe che l'inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro non è a lui imputabile (art. 1218 c. c.) e che comunque il diritto del lavoratore a riprendere il suo posto non sussiste, con conseguente necessità di ridurre il rimedio al risarcimento pecuniario. A

¹⁵² Art. 416 c. p. c., comma 3.

¹⁵³ Cass., 16 aprile 1991 n. 4048; Cass., 5 febbraio 1993 n. 1429; Cass., 19 gennaio 2005 n. 996.

¹⁵⁴ Cass., 18 gennaio 2005 n. 881.

¹⁵⁵ Cass., 12 febbraio 1985 n. 1202; Cass., 27 marzo 2003 n. 4666.

¹⁵⁶ Cass., n. 12747 del 2003.

¹⁵⁷ Cass., 19 novembre 1998 n. 11701; Cass., 25 novembre 2004 n. 22271, qui si trattava della s.p.a. Rete ferroviaria italiana.

¹⁵⁸ Cass., 22 gennaio 1999 n. 613, 17 maggio 2002 n. 7227.

questo argomento le sentenze nn. 613 del 1999 e 7227 del 2002 aggiungono, per porre a carico del datore di lavoro l'onere della prova, la necessità di non rendere troppo difficile l'esercizio del diritto del lavoratore, il quale, a differenza del datore di lavoro, è privo della <<disponibilità>> dei fatti idonei a provare il numero dei lavoratori occupati nell'impresa.

Le Sezioni unite, nella circostanza in esame ritengono di dover seguire il terzo degli orientamenti ora descritti.

A norma dell'art. 2697 c. c. chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (comma 1), mentre chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti, ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda (comma 2). Al giudice occorre perciò, una volta identificato il fatto costitutivo, ossia quello a cui è subordinata la tutela giuridica, nonché quello impeditivo, ossia quello capace di escludere che la fattispecie già perfetta possa esplicare i suoi effetti, ripartire l'onere probatorio fra attore e convenuto in giudizio secondo lo schema logico regola - eccezione.

È però la disciplina legislativa sostanziale a descrivere la detta fattispecie e così ad indicare i fatti costitutivi e quelli impeditivi o estintivi, onde è consueta l'affermazione secondo cui nell'art. 2697 c. c. va ravvisata una disposizione in bianco, ossia destinata ad essere completata da quella, per lo più sostanziale, dettata per il caso concreto: essa non riguarda specifici tipi di domande né impone temi fissi di prova, come affermato non solo in dottrina ma anche nella più recente giurisprudenza della Cassazione questa Corte, la quale ha altresì precisato che sulla distribuzione dell'onere della prova possono incidere anche le vicende processuali.

Così è possibile che l'appellante debba dimostrare la fondatezza delle sue censure onde ottenere la riforma del capo di decisione impugnato¹⁵⁹. In

¹⁵⁹ Cass. S. U., 23 dicembre 2005 n. 28498.

un'altra sentenza le Sezioni unite¹⁶⁰ hanno imposto alla parte, attrice in giudizio per la risoluzione del contratto per inadempimento, il solo onere di provare il contenuto del negozio, ossia il suo credito, insieme all'onere di allegare l'inadempimento, mentre ha gravato il debitore - convenuto dell'onere di provare l'adempimento.

In tal modo la Corte ha ripartito il peso della prova facendo espresso riferimento al principio della riferibilità, o vicinanza, o disponibilità del mezzo (è più facile al debitore dimostrare il fatto positivo di avere adempiuto, che non al creditore di dimostrare l'opposto fatto negativo); principio riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio¹⁶¹ e sul quale, come s'è detto, si fondano anche le sopra richiamate sentenze della Corte¹⁶².

Spetta, in conclusione, al giudice - interprete, quando il legislatore non vi abbia provveduto espressamente, di ricostruire la fattispecie sostanziale controversa, identificando gli elementi costitutivi del diritto soggettivo dedotto in giudizio e richiedendo all'attore la relativa prova e nel caso specifico stabilire se il <<requisito dimensionale>>, o <<di occupazione>> sia o no da considerare fra gli elementi costitutivi del diritto soggettivo a conservare il posto di lavoro, vale a dire ad esservi reintegrato una volta dichiarata l'illegittimità del licenziamento.

Sull'argomento la risposta di dottrina e giurisprudenza non è univoca.

Per la risposta positiva una parte della dottrina sostiene che oggetto della tutela giudiziaria di questo diritto sarebbe, in via di regola, l'obbligo di risarcimento pecuniario e, soltanto in via di eccezione, l'obbligo di reintegrazione. In sostanza il regime ordinario sarebbe, secondo questa dottrina, quello della stabilità obbligatoria, ossia della tutela risarcitoria, in

¹⁶⁰ Cass. S. U., 30 ottobre 2001 n. 13533.

¹⁶¹ Corte Cost., 21 aprile 2000 n. 114.

¹⁶² Cass., n. 613 del 1999; Cass., 7227 del 2002.

cui non occorrerebbe provare il requisito dimensionale, mentre il regime della stabilità reale costituirebbe, quale eccezione, l'oggetto di un distinto diritto soggettivo, di cui la dimensione occupazionale sarebbe elemento costitutivo, con prova a carico del lavoratore - attore in giudizio con la conseguenza che l'accoglimento della domanda di reintegrazione conseguirebbe alla duplice prova del licenziamento e del requisito ora detto. Ma questa tesi, che considera la tutela per equivalente del diritto soggettivo come la regola e la tutela specifica come l'eccezione, non può essere condivisa a partire dal diritto civile e in particolare dall'art. 2058 c. c. che nega un rapporto regola - eccezione così fatto ed anzi lo capovolge: l'illecito aquiliano (ma la norma si estende all'illecito contrattuale), attribuisce al danneggiato (nel rapporto contrattuale, al creditore insoddisfatto) la <<reintegrazione in forma specifica>>, se giuridicamente e materialmente possibile ed il risarcimento <<per equivalente>> alla subordinata condizione che la reintegrazione risulti, secondo il giudice, eccessivamente onerosa per il debitore.

Sulla base di questa disposizione, già la dottrina immediatamente successiva all'entrata in vigore del codice del 1942, notò come il legislatore avesse stabilito anzitutto il diritto del creditore <<all'esatto adempimento della prestazione dovuta>> e come <<soltanto in linea subordinata ed eventuale>> questa potesse ridursi al risarcimento del danno. Il legislatore del novecento aveva così superato <<l'anacronistica reminiscenza del diritto romano>> recepita nell'art. 1142 del codice civile francese, secondo cui ogni obbligazione di fare o di non fare si risolve nella prestazione di danni e interessi nel caso di inadempimento; reminiscenza già scomparsa del resto già nel codice tedesco, di fine ottocento, il quale nel par. 280, comma 3, permette il risarcimento del danno in luogo della prestazione solo sulla base di determinati e circoscritti presupposti. La sostituzione di un'obbligazione di risarcimento all'azione primitiva, si notava ancora in dottrina, non è dunque come in diritto romano un fenomeno generale e costante, collegato

in modo necessario e per così dire automatico al far valere in giudizio l'obbligazione, bensì un fenomeno affatto speciale e saltuario, condizionato da particolari circostanze di fatto.

Oggi, l'obbligazione di ricostruire la situazione di fatto anteriore alla lesione del credito, rendendo così possibile l'esatta soddisfazione del creditore, non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario, costituisce la traduzione nel diritto sostanziale del principio, affermato già dalla dottrina processuale degli anni trenta e poi ricondotto all'art. 24 Cost.¹⁶³, secondo cui il processo (ma potrebbe dirsi: il diritto oggettivo, in caso di violazione) deve dare alla parte lesa tutto quello e proprio quello che le è riconosciuto dalla norma sostanziale¹⁶⁴.

Né la difficoltà o l'impossibilità materiale di attuare in sede esecutiva questo principio costituzionalmente rilevante, dovute all'inesistenza nel nostro ordinamento di un sistema atipico di misure coercitive, può incidere sulla questione sostanziale qui in esame, relativa al rapporto regola - eccezione fra risarcimento specifico e per equivalente; la difficoltà di predisporre norme esecutive di più intensa garanzia del creditore non può influire sullo statuto civilistico del rapporto obbligatorio.

Questa conclusione valida sul piano generale serve a maggior ragione nel diritto del lavoro non solo perchè qualsiasi normativa settoriale non deve derogare al sistema generale senza necessità, come si dirà tra breve, ma anche perchè il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma. Da ciò la necessità non solo di interpretare restrittivamente l'art. 2058 c. c., comma 2, ma anche di considerare come eccezionali le norme che escludono o limitano la tutela specifica.

In tal senso va intesa la sentenza della Corte Costituzionale 7 febbraio 2000 n. 46, secondo cui la tutela reale del lavoratore può essere limitata

¹⁶³ Corte Cost., 24 giugno 1994 n. 253; Corte cost., 10 novembre 1995 n. 483.

¹⁶⁴ Cass. S. U., 5 luglio 2004, n. 12270.

discrezionalmente dal legislatore: questi effettua il bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti e ben può ritenere, come nella materia qui in esame, che le ragioni dell'impresa di piccole dimensioni debbano prevalere sulla tutela specifica del lavoratore illegittimamente licenziato. Non v'è però ragione di negare che questa limitazione del diritto al lavoro debba essere affidata al soggetto interessato ossia al datore di lavoro, e di affermare al contrario che essa debba aggiungersi agli elementi costitutivi di quel diritto, con conseguenze in ordine alla ripartizione dell'onere della prova. Né le tesi, sostenute da una parte dalla stessa dottrina privatistica, che pongono sullo stesso piano la tutela specifica del diritto soggettivo a quella per equivalente, connettendo la prima ai diritti assoluti e la seconda ai diritti di credito, possono trovare applicazione nei rapporti di lavoro subordinato. A ciò ostano non solo le ragioni già dette ma anche la rilevanza degli interessi coinvolti, che impediscono di ricondurre quei rapporti esclusivamente a fattispecie di scambio e, nell'ambito di queste, di ridurre la posizione del prestatore di lavoro semplicemente a quella di titolare del credito avente ad oggetto la retribuzione. Al contrario, il prestatore, attraverso il lavoro reso all'interno dell'impresa, da intendere come formazione sociale nei sensi dell'art. 2 Cost., realizza non solo l'utilità economica promessa dal datore ma anche i valori individuali e familiari indicati nell'art. 2 cit. e nel successivo art. 36¹⁶⁵. Subito dopo l'entrata in vigore della Carta fondamentale un'autorevole dottrina civilistica qualificò come assoluto lo stesso diritto alla retribuzione.

Pertanto, anche se si ammettesse la validità dello schema <<diritto assoluto - tutela specifica; diritto di credito - tutela risarcitoria>>, esso non potrebbe applicarsi allo status del lavoratore subordinato.

È necessario ancora dare conto della tendenza di una parte della dottrina lavoristica a considerare la disciplina dei licenziamenti, così come altri

¹⁶⁵ Cass. S.U., 12 novembre 2001, n. 14020.

istituti del settore, quale regime speciale, avulso dal <<diritto comune>> da cui deriverebbe la non riconducibilità della l. n. 300 del 1970, art. 18, e della l. n. 604 del 1966 al modello codicistico del risarcimento in forma specifica o per equivalente.

Ma tale tendenza non appare da seguire sia, perché contraria al principio di unità e coerenza dell'ordinamento, riconducibile al principio di eguaglianza sostanziale di cui al capoverso dell'art. 3 Cost. sia, perché già in sede di fondazione del diritto del lavoro quale disciplina distinta dal diritto civile, ormai è circa un secolo, venne l'appello a non isolare i relativi problemi dai principi generali del diritto delle obbligazioni, cedendo al <<cieco empirismo>>.

Non è possibile poi adoperare quale argomento sistematico, onde dimostrare l'eccezionalità della tutela reintegratola, <<il numero notevole dei destinatari del precetto legislativo, nella capillare ed articolata diffusione nel territorio di piccole e medie imprese¹⁶⁶>>.

L'esigenza di contenere gli oneri economici a carico di queste imprese ben può indurre il legislatore ad incentivi ed agevolazioni da attribuire attraverso scelte di diritto sostanziale, insindacabili a qualsiasi livello di giurisdizione¹⁶⁷, ma non può influire sull'interpretazione delle norme che disciplinano il processo.

Per quanto riguarda infine il criterio di distribuzione dell'onere della prova basato sulla vicinanza o disponibilità dei relativi strumenti e valorizzato sul piano generale da queste Sezioni unite con la riportata sentenza n. 13533 del 2001 nonché, nell'interpretazione della l. 300 del 1970, art. 18, dalle sentenze n. 613 del 1999 e 7227 del 2002, esso tanto più deve valere quando trattasi del <<requisito occupazionale>>, vale a dire della forza - lavoro dell'impresa, risultante non soltanto dal numero degli occupati ma anche ed

¹⁶⁶ Cass., n. 4337 del 1995 cit., condivisa dal Pubblico Ministero in udienza.

¹⁶⁷ artt. 101 Cost., comma 2; l. 11 marzo 1953 n. 87, art. 28.

eventualmente dal loro status nell'impresa, o anche personale, come risulta espressamente dal sopra riportato art. 18, comma 2.

Tirando le fila del ragionamento su questo interessante caso giurisprudenziale c'è da valutare la sua significatività sotto un triplice aspetto.

Innanzitutto per la capacità, o quanto meno il tentativo, di cogliere il senso del diritto processuale e la strumentalità dello stesso alla realizzazione di interessi concreti, che emerge nell'affermare l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo a carico del datore di lavoro, non per partito preso, bensì perché il giudice deve utilizzare il criterio della maggiore vicinanza o disponibilità della prova. Basandosi infatti sull'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione e di difesa in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio, si possono superare astratte e formalistiche dispute sulla contrapposizione fatto costitutivo – fatto impeditivo.

In secondo luogo con questa sentenza viene riaffermato, laddove ve ne fosse bisogno, il principio della prevalenza della tutela specifica rispetto alla tutela per equivalente monetario, ovvero il principio secondo cui per quanto possibile il processo deve dare a chi ha ragione tutto quello e proprio quello che gli è riconosciuto dalla legge sostanziale.

Anche in questo caso la base normativa di tale principio è riscontrabile nell'art. 24 Cost.: cioè nella strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale.

Infine v'è a considerare il valore che questa sentenza ha nell'affermare che il diritto del lavoro deve essere ricondotto al diritto comune delle obbligazioni, riconduzione che impone di ravvisare nell'azione di impugnativa del licenziamento null'altro se non un'azione di adempimento contrattuale, azione il cui fatto costitutivo è il fatto costitutivo del rapporto di lavoro e i cui fatti impeditivi sono la sussistenza di una giusta causa o

giustificato motivo, nonché, ai fini del diritto derivato alla reintegra, il requisito dimensionale di cui all'art. 18 l. 300/70.

CAPITOLO III

DISCIPLINA DEL C. D. COLLEGATO LAVORO

3.1. L'arbitrato in materia di lavoro.

Precedentemente alla riforma del 2010 erano gli artt. 806 e 808, II comma c. p. c. (poi abrogato) a contenere le norme relative ai rapporti tra materia di lavoro e arbitrato.

Oggi è l'art. 806, II comma c. p. c. che dispone in merito alle controversie di lavoro affermando che <<possono essere decise da arbitri solo se è previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro>>.

Ovvero, sembra di capire che <<la contrattazione collettiva può rendere possibili convenzioni di arbitrato, ma che, poi, queste devono essere espressamente previste ed approvate nei contratti stipulati tra le parti>>.

Quanto previsto dalla nuova normativa non può non essere letto con quanto disposto dagli artt. 412^{ter} e 412^{quater} c. p. c., nei quali il richiamo all'arbitrato è chiaro.

L'art. 806 c. p. c. si riferisce invece chiaramente all'arbitrato rituale.

Il ricorso all'arbitrato è sicuramente ammesso nel caso di sanzione disciplinare collegata al rapporto di lavoro¹⁶⁸ e nell'ambito della materia dei licenziamenti individuali¹⁶⁹.

Le fattispecie di arbitrato inserite o comunque modificate dalla legge n. 183 del 2010 sono quattro: l'arbitrato di cui all'art. 412 del codice di rito rimesso alle commissioni di conciliazioni presso le direzioni provinciali del

¹⁶⁸ Cfr. art. 7, VI e VII comma, legge 300/1970.

¹⁶⁹ Cfr. art. 7, V comma, legge 15 luglio 1966 n. 604.

lavoro; l'arbitrato disciplinato dai contratti collettivi di lavoro¹⁷⁰, che può essere sia irrituale e sia rituale; l'arbitrato e la conciliazione devoluta ad un collegio di tre arbitri scelti dalle parti *ex art. 412quater* del codice di rito; l'arbitrato (anche senza previo tentativo di conciliazione) presso gli organi di certificazione, dove possono essere istituite camere arbitrali per la risoluzione di controversie di lavoro privato e pubblico, le commissioni di certificazione possono concludere convenzioni per la costituzione di camere arbitrali unitarie.

I quattro tipi di arbitrato, sopra visti, hanno delle caratteristiche comuni e delle differenze, a volta risultanti espressamente dalla lettera delle norme, ma il più delle volte conseguenza della interpretazione delle norme, che riflette la considerazione dell'istituto arbitrale.

Tutte le sopra viste ipotesi di arbitrato non possono ritenersi semplicemente irrituali, poiché la disciplina della impugnazione non è quella degli arbitrati irrituali (art. 808*ter* c. p. c., che prevede non l'impugnazione ma l'annullabilità del lodo dal giudice competente, come fosse una transazione o un contratto). Invece l'impugnazione del lodo di lavoro è ammissibile maggiormente all'impugnazione del lodo rituale *ex art. 828 ed 829 c. p. c.*

Infatti la competenza è espressamente individuata nel tribunale in funzione di giudice del lavoro nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato (vedi art. 412, comma 4 e art. 412*quater*, comma 10, c. p. c. che richiamano la stessa formula - sostituendo la corte di appello con il tribunale in funzione di giudice del lavoro¹⁷¹ - dell'art. 808 c. p. c).

Infine, risolutivamente sotto il profilo pratico, per l'art. 808*ter* c. p. c., al lodo contrattuale non si applica l'art. 825 c. p. c., ovvero la dichiarazione di esecutività del lodo, mentre al lodo di lavoro si applica la speciale procedura

¹⁷⁰ Art. 412*ter* c. p. c.; altre modalità di conciliazione ed arbitrato previste dalla contrattazione collettiva.

¹⁷¹ Per P. Sandulli, in SANDULLI – SOCCI, *Il processo del lavoro*, 2010, la scelta di individuare il tribunale in luogo della corte di appello per l'impugnazione del lodo è relativa al carico di lavoro delle corti di appello.

per la dichiarazione di esecutività, prevista dall'art. 412, comma 4, e dall'art. 412^{quater} comma 10, c. p. c., che non differisce dalla previsione dell'art. 825 sia per effetti (esecutività) e sia per le forme (deposito e controllo della regolarità formale).

Ciò è più che sufficiente per affermare che qualsiasi ricostruzione volta a considerare irrituale l'arbitrato di lavoro ed applicare ad esso tutte le norme e la giurisprudenza sull'arbitrato irrituale è da considerarsi fallace e così altrettanto le ricostruzioni che non tengano conto della <<specialità>> dell'arbitrato nel settore del lavoro. La prima domanda e il primo dilemma che l'interprete deve risolvere (la soluzione è comunque sempre relativa e complessa, circostanza questa che non si deve nascondere, poiché il legislatore è stato abbastanza confusionale, e certamente l'intervento del presidente della repubblica non è stato di chiarezza) è quello relativo all'applicazione dell'art. 829, comma 4 c. p. c. a tutti gli arbitrati di lavoro o solo a quelli, rituali, non espressamente dichiarati irrituali.

L'art. 829, comma 4, c. p. c. prevede che l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è sempre ammessa nelle controversie previste dall'art. 409. Inoltre nelle controversie previste dall'art. 409, il lodo è soggetto ad impugnazione anche per violazione dei contratti ed accordi collettivi.

La norma sembrerebbe applicabile solo agli arbitrati rituali e non anche agli arbitrati irrituali, anche perché la differenza tra i due tipi di arbitrati è proprio quella di ritenere sindacabile in sede di impugnazione l'*errores in iudicando* nell'arbitrato rituale¹⁷², e di non ritenerlo sindacabile nell'arbitrato irrituale.

¹⁷² Con la riforma del 2006, D. Lgs. N. 40 del 2006, anche per l'arbitrato rituale <<l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. È ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico>>; vedi art. 829, comma 3, c. p. c. Quindi ora l'impugnazione del lodo per violazione di regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa solo se espressamente prevista dalle parti o dalla

Qualora invece si ritenesse sempre applicabile la disposizione in oggetto a tutti i lodi di lavoro, la natura dell'arbitrato di lavoro sarebbe sostanzialmente rituale e non irrituale. Tuttavia, continuare a discutere della natura dell'arbitrato di lavoro (rituale o irrituale, o sostanzialmente rituale e solo formalmente irrituale) può risultare fuorviante¹⁷³.

In considerazione della sopra vista natura particolare degli arbitrati in materia di lavoro non è insostenibile ritenere che l' art. 829, comma 4 del codice di rito si applica sempre in tutti gli arbitrati che hanno ad oggetto una controversia prevista dall'art. 409 c. p. c.¹⁷⁴.

Del resto scarso successo avrebbe un arbitrato completamente irrituale, senza possibilità di controllo dell'attività degli arbitri (che si ripete agiscono come dei giudici, e non come le parti in un contratto o in una transizione) relativamente all'emanazione del lodo, senza che la violazione delle norme inderogabili¹⁷⁵ legali e contrattuali (contratti collettivi) infici di per sé il lodo¹⁷⁶.

Inoltre l'impugnazione del lodo di lavoro è modulata più sulla impugnazione del lodo rituale che irrituale, infatti l'impugnazione ha un termine (30 giorni) che non può assolutamente confondersi con i termini delle impugnazione per i vizi del contratto.

Certo milita per la tesi contraria l'intervenuta abrogazione¹⁷⁷ della disposizione di cui all'art. 5, comma 2, della legge n. 533 del 1973 secondo

legge, facendo diventare norma generale ciò che era stabilito con riguardo al solo arbitrato internazionale dell'art. 838 c. p. c. (oggi abrogato).

Anche per tale aspetto la differenza tra l'arbitrato irrituale e rituale, e di diritto e di equità, viene a ridursi.

¹⁷³ A. M. SOCCI, *L'arbitrato e la conciliazione nel lavoro pubblico e privato*, Milano, 2011, 172.

¹⁷⁴ È questa non a caso la terminologia usata, non a caso, dall'art. 829, comma 4, del codice di rito.

¹⁷⁵ Basta pensare che sono sottoponibili ad arbitrato anche le controversie per i licenziamenti individuali e collettivi, pertanto mal si concilia con la nostra civiltà del lavoro ritenere non sindacabili pronunce del genere su *errores in iudicando*.

¹⁷⁶ Cfr. R. VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego*, in *Giur. lav. Lazio*, 1988, 754.

¹⁷⁷ Abrogazione avvenuta ad opera dell'art. 43, comma 7, del D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80.

cui il lodo arbitrale non è valido ove vi sia stata violazione di disposizioni inderogabili di legge ovvero di contratti o di accordi collettivi.

Tuttavia allora vigeva sempre l'art. 808, comma 2, c. p. c. che prevedeva la nullità del compromesso che autorizzava gli arbitri a decidere secondo equità o a dichiarare non impugnabile il lodo. Del resto se il legislatore del 2010 avesse voluto sottrarre il lodo ad un controllo di *errores in iudicando* avrebbe dovuto espressamente abrogare l'art. 829, comma 4, c. p. c., così come abrogò l'art. 5 comma 2, della legge 533 del 1973. Inoltre la possibilità di concedere agli arbitri la facoltà di decidere secondo equità ha un senso solo se si ritiene controllabile l'*errores in iudicando* negli arbitrati decisi secondo diritto. Infatti il giudizio secondo equità viene analizzato dalla dottrina¹⁷⁸ in due distinte fattispecie.

Da una parte il giudizio di equità puro, sostitutivo e non correttivo delle norme giuridiche (equità c. d. formativa o sostitutiva)¹⁷⁹.

In pratica il decidente applica la soluzione che ritiene più corretta, senza individuare le norme giuridiche, ed osservando solo ed esclusivamente le norme processuali e quelle costituzionali e comunitarie (ove di rango superiore a quelle ordinarie): giudizio quindi di tipo intuitivo e non sillogistico.

¹⁷⁸ Sul giudizio di equità cfr. F. GALGANO; *diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contratto ed impresa*, 1991, 412; F. GALGANO, *L'equità degli arbitri* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, 412; TENELLA – SILLANI, *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano, 2006.

¹⁷⁹ Questo giudizio davanti al giudice di pace per l'art. 113 c. p. c., per le cause di valore superiore ad euro 1100,00, è sopravvissuto fino alla decisione della corte costituzionale del 2004, n. 206, che ha inserito per il giudizio di equità l'osservanza dei principi informativi della materia, rendendo così il giudizio di equità del giudice di pace del secondo tipo: <<È costituzionalmente illegittimo l'art. 113 comma 2, del codice di rito, nella parte in cui non prevede che il giudice di pace debba osservare i principi informativi della materia. Infatti la sola funzione che può riconoscersi alla giurisdizione di equità è quella di individuare la regola di giudizio non scritta, che, con riferimento al caso concreto, consenta una soluzione della controversia più adeguata alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, alla stregua dei principi cui si ispira la disciplina positiva: il giudizio di equità in sostanza, non è né può essere un giudizio extragiuridico, perché una equità priva dei limiti normativi insidia alla base la certezza delle relazioni giuridiche, con la conseguenza della ricorribilità per cassazione ai sensi dell'art. 360, primo comma . 3 c. p. c., delle sentenze per violazione dei suddetti principi [...]>>.

Dall'altra il giudizio di equità correttiva od integrativa del contenuto di norme, ovvero il decidente individua la norma astrattamente applicabile e rispetta i principi regolatori della materia e i principi generali della materia. In questo secondo caso la sentenza del giudice è ricorribile in cassazione per violazione ai sensi del n. 3 dell'art. 360 c. p. c.; mentre le decisioni del giudice sull'altra fattispecie, sono ricorribili per cassazione per violazione delle norme processuali ai sensi dell'art. 360, commi 1, 2 e 4 c. p. c. (in quest'ultimo caso anche con riferimento alle ipotesi di inesistenza della motivazione), nonché ai sensi dell'art. 360 n. 5, quando l'enunciazione del criterio di equità adottata sia inficiata da un vizio che, attenendo ad un punto decisivo della controversia, si risolve in un'ipotesi di mera appartenenza ovvero di radicale ed insanabile contraddittorietà della motivazione, mentre la censura di violazione della legge sostanziale ai sensi del n. 3 dell'art. 360 c. p. c. è consentita soltanto in caso di inosservanza o falsa applicazione della costituzione e delle norme comunitarie.

La differenza tra i due tipi pertanto riguarda essenzialmente il ricorso per cassazione¹⁸⁰ (*ex art. 360, comma 1, n. 3 c. p. c.*).

E allora, se questo è vero, per l'arbitrato l'aver voluto scegliere la seconda specie di equità, quella solo correttiva ed integrativa di norme, risulta un errore poiché nelle ipotesi di inosservanza o di motivazione non congrua, il vizio difficilmente sarà rilevabile con le impugnazioni del lodo.

Tuttavia la violazione di legge (equitativamente all'art. 360, comma 1, n. 3 c. p. c.) potrebbe essere fatta valere *ex art. 829, commi 4 e 5, o anche ex art. 808ter, comma 2, n. 4 c. p. c.*

Ragionando al contrario la violazione di legge o di contratto collettivo nel giudizio degli arbitri secondo diritto, deve necessariamente potersi far valere in sede di impugnazione¹⁸¹.

¹⁸⁰ Cass. S.U., 15 ottobre 1999, n. 716.

¹⁸¹ In precedenza (prima della riforma del 2010) la cassazione per gli arbitrati irrituali dell'art. 7 dello statuto dei lavoratori, sembra, abbia ritenuto non impugnabili gli arbitrati

Quanto sopra detto, è sicuramente valido per gli arbitri di cui agli art. 412 e 412*quater* c. p. c., e per quelli presso gli organi di certificazione, poiché per questi arbitrati il lodo diventa esecutivo dopo l'accertamento della sua regolarità formale da parte del giudice (vedi art. 412 comma 4, e art. 412*quater*, comma 10 per gli arbitrati presso gli organi di certificazione).

Per gli arbitrati irrituali previsti dalla contrattazione collettiva *ex* art. 412*ter* del codice di rito, il discorso potrebbe essere diverso poiché gli stessi sono sicuramente non disciplinati da una legge (come gli arbitrati sopravvisti *ex* art. 412, 412*quater* c. p. c. e art. 31 comma 12 del D.lgs. n. 183 del 210) e sicuramente meno processualizzati (o meno ritualizzati), tanto da poter affermare che il lodo che ne scaturisce non può acquistare efficacia di titolo esecutivo.

Infatti l'art. 412*ter* c. p. c. ora non prevede più una tale possibilità (in precedenza per gli art. 412*ter* e 412*quater* c. p. c. il lodo relativo ad arbitrati previsti dai contratti collettivi acquistava l'efficacia esecutiva). Inoltre al lodo contrattuale per espressa previsione non si applica l'art. 825 c. p. c. (vedi art. 808*ter* c. p. c.). Infine *ex* art. 474 c. p. c. sono titoli esecutivi le

irrituali per errore di giudizio, ma solo per vizi idonei ad inficiare la determinazione degli arbitri per alterata percezione o falsa rappresentazione dei fatti, ovvero per inosservanza delle disposizioni inderogabili di legge o di contratti o accordi collettivi; cfr. Cass., 1 dicembre 2009, n. 25253, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 877: <<Nell'ipotesi in cui il lavoratore (al quale il datore di lavoro abbia irrogato una sanzione disciplinare) richieda la costituzione di un collegio di conciliazione ed arbitrato (secondo quando previsto dall'art. 7, comma sesto, della legge n. 300 del 1970 o da analoghe disposizioni della contrattazione collettiva) l'arbitrato in questione ha natura irrituale (e non già irrituale). Ne consegue che la relativa decisione non è impugnabile in sede giudiziaria in ordine alle valutazioni affidate alla discrezionalità degli arbitri (quali quelle relative al materiale probatorio, ovvero alle scelte operate per comporre la controversia), ma soltanto per vizi idonei ad inficiare la determinazione degli arbitri per alterata percezione o falsa rappresentazione dei fatti, ovvero per inosservanza delle disposizioni inderogabili di legge o di contratto o accordi collettivi. (Nelle specie, il lavoratore aveva dedotto la violazione dei termini del procedimento disciplinare ed il tribunale, muovendo dalla considerazione preliminare della natura irrituale del lodo, aveva conseguentemente ritenuto che il lodo potesse essere impugnato solo per vizi concorrenti con la formazione e la manifestazione di volontà negoziale, con esclusione degli errori di giudizio; la S. C. ha confermato la decisione ed ha affermato il principio su esteso)>>; Cass., 4 aprile 2002, n. 4841; Cass. 10 ottobre 2005, n. 19679, sull'art. 59 del D.lgs. N. 29 del 1993.

sentenze, e gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva.

Conseguentemente il vero arbitrato irrituale, ovvero quello che sostanzialmente ne è più vicino per natura e regolamentazione, ora è quello previsto dai CCNL *ex art. 412ter c. p. c.*

Il lodo sarà impugnabile *ex art. 808ter, c. p. c.* nei termini per le impugnazioni negoziali, davanti ai tribunali competenti *ex art. 413 c. p. c.*¹⁸², che decide in primo grado con sentenza appellabile¹⁸³ (al contrario di quanto succede per gli altri arbitrati dove la decisione del tribunale non è appellabile, ma solo ricorribile in cassazione).

Tuttavia *ex art. 806, comma 2, c. p. c.*, come novellato con il D.lgs. n. 40 del 2006, i contratti collettivi possono prevedere anche arbitrati rituali, e ad essi si applicheranno tutte le norme degli arbitrati rituali; in un certo senso la contrattazione collettiva è sovrana nel dettare norme per inserire sia arbitrati irrituali e sia arbitrati rituali.

Conseguentemente sarà l'autonomia collettiva che deciderà della sorte dell'arbitrato (espansione senza timore, e senza limiti o, invece, frenata in favore della tradizionale giurisdizione del giudice del lavoro).

¹⁸² In precedenza (prima della riforma del 2010) la cassazione aveva equiparato ai fini dell'impugnazione sia i lodi previsti dalle disposizioni di legge sia quelli previsti dal CCNL, vedi Cass., 2 febbraio 2009, n. 2576: <<Il procedimento arbitrale intentato da un lavoratore per l'impugnazione di una sanzione disciplinare dinnanzi ad un collegio arbitrale ai sensi dell'art. 7 dello statuto dei lavoratori, per quanto sia espressamente previsto dalla legge, riveste comunque carattere irrituale, come tale eccezionalmente equiparabile a quello irrituale previsto dalla contrattazione collettiva. Ne consegue che l'art. 412^{quater} c. p. c. va interpretato nel senso che disciplini un unico regime di impugnazione del lodo irrituale, sia per questo sia previsto dalla contrattazione collettiva, sia che risulti introdotto *ex lege* (per il quale sarebbe in ogni caso difficile identificare un autonomo regime di impugnativa) e che, pertanto, è ammissibile per effetto del citato articolo, il ricorso per cassazione avverso la sentenza pronunciata in primo (ed unico) grado del tribunale che abbia rigettato l'impugnativa del lodo arbitrale>>.

Questa soluzione con la riforma del 2010 (legge 183) sarà difficilmente sostenibile, anche se non sarebbe impossibile ritenere ancora uniformati i regimi di impugnazione, riferendosi alla impugnazione dell'art. 412, comma 4, c. p. c.

¹⁸³ Sulla natura degli arbitrati previsti dai CCNL vedi G. PUNZI, *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, 1234. Sull'impugnazione cfr. B. CAPPONI, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di G. VERDE, 2000, 436.

Le parti sociali con la dichiarazione comune dell'11 marzo 2011 (con l'assenza della CGIL) hanno già definito alcune linee guida ai fini della regolamentazione dell'arbitrato in sede interconfederale e nei contratti collettivi nazionali¹⁸⁴.

L'arbitrato davanti alle commissioni di conciliazione deve essere necessariamente preceduto dalla conciliazione.

Le commissioni di conciliazione sono istituite presso le direzioni provinciali del lavoro.

La commissione è presieduta dal direttore della direzione provinciale del lavoro o da un suo delegato o da un magistrato collocato a riposo (art. 410, comma 3, c. p. c.).

La commissione è composta, oltre al presidente, da 4 rappresentanti effettivi e da quattro supplenti dei datori di lavoro e da altrettanti rappresentanti dei lavoratori. La designazione dei 16 membri di categoria è effettuata dalle rispettive organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale.

Possono costituirsi sottocommissioni, che rispecchiano la composizione. In ogni caso per la validità della riunione è necessaria la presenza del presidente e di almeno un rappresentante per categoria (datori e lavoratori).

La commissione di conciliazione territorialmente competente viene individuata secondo i criteri di cui all'art. 413 c. p. c., in pratica si deve tener presente la competenza territoriale del giudice del lavoro.

L'art. 410, comma 1, c. p. c. prevede <<Salvo diverse previsioni dei contratti collettivi, chi intende proporre in giudizio una domanda ex art. 409 c. p. c. può promuovere, anche tramite l'associazione sindacale, il tentativo

¹⁸⁴ Cfr. dichiarazione comune: <<Le parti riconoscono l'utilità dell'arbitrato, scelto liberamente ed in modo consapevole dalle parti, in quanto strumento idoneo a garantire una soluzione tempestiva delle controversie in materia di lavoro a favore della effettività delle tutele e della certezza del diritto. Le parti si impegnano pertanto a definire con tempestività un accordo interconfederale escludendo che il ricorso delle parti alle clausole compromissorie poste al momento della assunzione possa riguardare le controversie relative alla risoluzione del rapporto di lavoro>>.

di conciliazione presso la commissione di conciliazione, individuata secondo i criteri di cui all'art. 413 c. p. c.>>.

Essendo la competenza territoriale del giudice del lavoro non facile da individuare poiché i criteri di collegamento sono alternativi o concorrenti, deve ritenersi che il ricorrente non è obbligato a scegliere il luogo identico sia per la conciliazione sia per il ricorso. In altre parole purché si rientri nell'art. 413 c. p. c. può effettuarsi la conciliazione in un foro e proporsi la domanda in un altro. Ciò è valido per tutti i rapporti previsti dall'art. 409 c. p. c., ivi compreso il lavoro parasubordinato.

La richiesta del tentativo di conciliazione sottoscritta dall'intestante è consegnata o spedita mediante raccomandata con avviso di ricevimento. Copia della richiesta del tentativo di conciliazione deve essere consegnata o spedita con raccomandata con ricevuta di ritorno a cura della stessa parte istante.

La forma prevista è quindi quella della consegna all'ufficio e alla controparte, o della spedizione all'ufficio ed alla controparte con raccomandata con ricevuta di ritorno.

Per la consegna diretta l'ufficio e la controparte devono rilasciare ricevuta sulla copia, per consentire alla parte di provare l'avvenuta consegna.

È evidente che anche altre forme di proposizione (posta certificata, notifica con ufficiale giudiziario ecc.) possono ritenersi valide purché raggiungano lo scopo (*ex art. 156 c. p. c.*, applicabile per analogia).

Così come era in precedenza per il pubblico impiego, la normativa generale per la conciliazione facoltativa, applicabile sia al lavoro privato che al pubblico impiego contrattualizzato, dell'art. 410 c. p. c. prevede alcuni requisiti di forma e contenuto dell'istanza.

Come detto dunque l'art. 412^{quater} del codice di rito ha previsto una procedura arbitrale, generale, preceduta sempre dal tentativo di conciliazione, che si caratterizza per la libera scelta degli arbitri, del collegio arbitrale.

Per il novellato art. 412^{quater} del codice di rito, le controversie di cui all'art. 409 c. p. c. possono essere altresì proposte davanti al collegio di conciliazione ed arbitrato irrituale costituito secondo quanto previsto, dallo stesso art. 412^{quater} c. p. c.

In pratica il collegio di conciliazione e arbitrato, composto da tre arbitri, all'udienza fissata esperisce il tentativo di conciliazione.

La nomina degli arbitri nell'arbitrato *ex art. 412^{quater} c. p. c.* è indicata direttamente dalla legge, ovvero il collegio di conciliazione ed arbitrato è composto da tre arbitri, un rappresentante per ogni parte e un terzo scelto di comune accordo (che svolge le funzioni di presidente del collegio arbitrale) dagli arbitri di parte, individuato tra i professori universitari di materie giuridiche e gli avvocati ammessi al patrocinio davanti alla corte di cassazione.

La nomina avviene con il ricorso di instaurazione del procedimento di conciliazione e di arbitrato; la controparte ricevuto il ricorso nomina il proprio arbitro (la norma non prevede nessuna formalità, ma applicando la norma generale sopra vista dell'art. 810, comma 1, c. p. c., la nomina deve farsi per iscritto) e gli stessi nominano d'accordo il presidente; se non si forma l'accordo sul presidente il ricorrente può chiedere la nomina al presidente del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato, o nei casi di mancata determinazione della sede al presidente del tribunale nel luogo dove è sorto il rapporto di lavoro o dove si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera alla fine del rapporto (art. 412^{quater}, comma 4 c. p. c.); si tratta di criteri concorrenti di individuazione della competenza territoriale del Presidente del tribunale, identici a quelli di cui all'art. 413, comma 2, c. p. c. per la competenza territoriale del giudice del lavoro¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Cfr. P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *Il processo del lavoro*, Milano, 2010, 125.

Se la conciliazione riesce, si applicano le disposizioni dell'art. 411, commi 1 e 3, c. p. c.

In sostanza il verbale sottoscritto dalle parti e dagli arbitri può essere dichiarato esecutivo dal giudice, su istanza di parte, e la conciliazione deve intendersi privilegiata *ex art. 2113*, comma 4, c. p. c.

Non è comprensibile però il richiamo anche al comma 3 dell'art. 411 c. p. c., se non per la sua prima parte: <<Ove il tentativo di conciliazione sia stato richiesto dalle parti, al ricorso depositato di conciliazione sia stato richiesto dalle parti, al ricorso depositato ai sensi dell'art. 415 devono essere allegati i verbali e le memorie concernenti il tentativo di conciliazione non riuscito>>; l'altra parte del comma 3, riguarda il tentativo di conciliazione sindacale (al quale non sembra sia da paragonarsi quello effettuato presso il collegio di conciliazione ed arbitrato che deve senza dubbio paragonarsi a quello svolto *ex art. 410 c. p. c.*) concluso con la conciliazione, e prevede il deposito del verbale presso la direzione provinciale del lavoro, ed il successivo deposito a cura del direttore nella cancelleria del tribunale. Deve trattarsi di un errore materiale, poiché la procedura da seguire, stante la conciliazione davanti ad un collegio di conciliazione ed arbitrato, seppur definito irrituale, deve essere per identità di *ratio* quella del primo comma dell'art. 411 c. p. c., ovvero il giudice su istanza di parte lo dichiara esecutivo. È questa l'unica lettura logica e non ideologica (ovvero contro la rilevanza sociale del fenomeno arbitrale) della norma. Inoltre il nuovo testo dell'art. 2113, comma 4, del codice civile richiama per l'attribuzione della condizione di privilegiare anche le conciliazioni *ex art. 412quater c. p. c.*

3.2.La tutela dei <<lavoratori a termine>>

Il contratto a termine non è immune dalle ultime recenti modifiche apportate dal <<collegato lavoro>>.

La legge 4 novembre 2010, n. 183 ha esteso, al contenzioso sulla legittimità del termine apposto al contratto di lavoro, i termini di decadenza previsti per l'opposizione al licenziamento individuale ed ha cercato, ancora una volta, di intervenire sui giudizi in corso.

Con i commi 5, 6 e 7 dell'articolo 32 della legge n. 182/2001 si introduce un'indennità forfettaria <omnicomprensiva>, da 2,5 a 12 mensilità di retribuzione, in caso di termine illegittimamente apposto al contratto di lavoro subordinato. Nel contempo, il comma 3 dello stesso articolo 32 estende i termini di decadenza per l'impugnazione del licenziamento ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto; all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni, con termine decorrente dalla scadenza del medesimo.

In particolare i nuovi termini si applicano ai contratti a tempo determinato in corso alla data del 24/11/2010, con decorrenza alla data di scadenza del termine, e ai contratti a termine stipulati anche in applicazione di norme che non si riferiscono al D.lgs. 368/2001, già conclusi alla data di entrata in vigore della legge con decorrenza dalla data stessa.

Per completezza di indagine non ci si può esimere dal ripercorrere, ancorché sommariamente, gli avvenimenti che hanno interessato il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, che attua la direttiva 1999/70/Ce, che trova il suo fondamento nell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dal CES, dall'UNICE e dal CEEP, il 18 marzo 1999 con il quale le parti firmatarie riconoscono <<che i contratti a tempo indeterminato sono e

continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra datori di lavoro e lavoratori>>.

Le parti firmatarie concordano altresì che i contratti a tempo determinato rispondono, in alcune circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori. L'accordo indica la volontà delle parti sociali di stabilire un quadro generale che garantisca la parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato, proteggendoli dalle discriminazioni, e un uso dei contratti di lavoro a tempo determinato accettabile sia per i datori di lavoro sia per i lavoratori.

Il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, nel cambiare le disposizioni sul rapporto di lavoro a tempo determinato, abroga le precedenti norme di riferimento (legge n. 239/62, articolo 23 della legge n. 56/87, articolo 8*bis* della legge n. 79/83) nonché tutte le disposizioni di legge comunque incompatibili con la nuova normativa.

Con le disposizioni introdotte dal D.lgs. n. 368/2001, l'apposizione di un termine al contratto di lavoro subordinato diventa regola, o quantomeno, una nuova regola, che si affianca alla precedente, prevista dall'art. 1 della legge 18 aprile 1962, n. 230, che invece stabiliva che <<Il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate>>.

Il fatto non è di poco conto posto che il sistema, fino ad allora incentrato su un unico punto di riferimento, il tempo indeterminato, si baserà dopo l'entrata in vigore del richiamato D.lgs. n. 368/2001 su un doppio equilibrio: il tempo indeterminato che, ovviamente resta, e il tempo determinato a cui si può liberamente ricorrere anche se con il presupposto delle <<ragioni>> di cui sopra. Vale a dire che la reale novità del decreto legislativo n. 368 in commento è stata quella di passare, dalla tassatività delle ipotesi che consentivano secondo le norme previgenti l'apposizione del termine, ad una regola generale che legittima tale ricorso, seppure in presenza di ragioni <<di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo>>. Il che

conferma, peraltro, che pur nella liberalizzazione la regola generale continua ad essere l'instaurazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, nel quale si converte il contratto a termine quando manchino le effettive, suddette, ragioni.

In questo senso, d'altra parte, è andata in questi anni la giurisprudenza di merito. Per tutte, si richiama la sentenza del 7 febbraio 2006, n. 43, con cui il Tribunale di Bologna ha sancito che il D.lgs. n. 368/2001, pur ampliando la sfera di utilizzabilità del contratto a termine, non ha reso semplicemente facoltativa la scelta di apporre un termine al contratto di lavoro, poiché il contratto a tempo indeterminato costituisce la regola, mentre il contratto a termine l'eccezione. Occorre, pertanto, che il datore di lavoro indichi e provi nell'eventuale successivo giudizio, quale sia la specifica esigenza aziendale che ha giustificato l'apposizione del termine al contratto di lavoro. Dalla nullità della clausola di apposizione del termine, non deriva la nullità dell'intero contratto, bensì la sua conversione in contratto a tempo indeterminato *ex art. 1419, comma 2, c. c.*, applicabile anche ai contratti di lavoro.

Così anche la Corte di Appello di Firenze del 10 gennaio 2006: benché le ipotesi autorizzatorie di apposizione del termine al contratto di lavoro siano enucleate nell'art. 1 D.lgs. n. 368 del 2001 attraverso una clausola generale e non più attraverso una elencazione tassativa, nel nostro ordinamento il contratto di lavoro è ancora corrispondente al prototipo a tempo indeterminato rispetto al quale il rapporto a tempo determinato continua a configurare un'ipotesi derogatoria.

Il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 268 cambia le disposizioni sul rapporto di lavoro a tempo determinato, abrogando le precedenti norme di riferimento e tutte le disposizioni di legge comunque incompatibili con la nuova normativa. Se può valere per una miglior comprensione del problema va rilevata che la disciplina giuridica del contratto a termine si è sempre caratterizzata per una sua propria ambiguità: <<da un lato l'esigenza di

garantire la stabilità del posto di lavoro, perché sia assicurata nel tempo la funzione di sostentamento personale e familiare, alla quale la retribuzione ordinariamente assolve; dall'altro lato la consapevolezza che, in una economia di mercato, l'imposizione a chi promuove e organizza l'impresa della prosecuzione di rapporti da lui non più ritenuti utili, rischia di dissuadere dalle nuove assunzioni, e quindi di provocare non maggiore, ma minore occupazione>>¹⁸⁶.

Con il codice civile del 1942 si consentiva l'apposizione del termine condizionandolo, al contratto scritto. Ma l'avvento della legge n. 230 del 18 aprile 1962 prevede il contratto scritto, non in maniera generica come faceva l'art. 2097 c. c.

Ma legandolo alla sussistenza delle ipotesi indicate, tassativamente, previste dall'art. 1 comma 2 della legge 230/62. Questa nuova previsione segna il momento di maggior favore del contratto a tempo indeterminato a scapito del contratto a termine. Questione che si ripete con la modifica di cui all'art. 1 comma 39 della legge 24 dicembre 2007, n. 257 con la quale, si ricorda, permetteva all'articolo 1 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368. Riaffermando in tal modo, che le modifiche nel tempo apportate nulla possono contro il principio fondamentale del contratto a tempo indeterminato.

Si torna ora ad intervenire sulla materia con la legge n. 183 del 2010 così detto collegato lavoro e con il D. L. n. 225 del 2010, così detto mille proroghe convertito con modificazioni nella legge 26 febbraio 2011, n. 10.

A proposito delle due ultime norme citate pare opportuno evidenziare quanto segue. Il lavoratore dovrà impugnare il licenziamento ritenuto invalido entro 60 giorni dalla comunicazione del licenziamento, e ciò potrà avvenire anche attraverso l'associazione sindacale alla quale il lavoratore

¹⁸⁶ G. SUPPILEJ, *Proliferazione dei contratti a termine e controllo sindacale dei licenziamenti* in *Lavoro nella giur.*, 2010, 1.

aderisce. L'atto d'impugnazione deve essere scritto e atto a manifestare la volontà di contestare il licenziamento.

Sarà pertanto sufficiente l'invio, da parte del lavoratore, di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno, indirizzata al datore di lavoro, in cui si manifesti la volontà di impugnare il contratto a tempo determinato stipulato con lo stesso datore di lavoro. La novità introdotta dalla norma consiste, però, nella introduzione dell'onere, la mancata osservanza del quale renderebbe inefficace l'impugnazione, di depositare il ricorso presso la cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro entro il successivo termine di 270 giorni dalla contestazione oppure della comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione. Nel caso in cui né la conciliazione né l'arbitrato non abbiano luogo per rifiuto della controparte il ricorso al giudice dovrà essere depositato entro 60 giorni dal rifiuto o dal mancato accordo.

Va rilevato che nel previgente sistema, dopo il licenziamento, i lavoratori, avevano sempre 60 giorni di tempo per impugnare lo stesso ma l'azione di annullamento illegittimo si prescriveva in cinque anni o in dieci anni in caso di tutela obbligatoria o addirittura non era assoggettato ad alcun termine per l'esercizio dell'azione di nullità disponendo dunque di un lungo lasso di tempo per adire al giudice del lavoro.

L'abbreviazione dei termini d'impugnazione con l'evidente scopo di raggiungere sia l'obiettivo di deflazione del contenzioso, ma soprattutto per reprimere quei comportamenti che si basavano strumentalmente sul margine di tempo, in passato, concesso per l'impugnazione. Il termine di 270 giorni per proporre ricorso, eliminerebbe alla radice il problema. Per effetto della legge 183/2010 la contestazione della legittimità del termine nei contratti a tempo determinato viene assoggettata alla nuova disciplina, equiparando di fatto questi ultimi alla procedura prevista nel licenziamento, parrebbe in contrasto con un consolidato orientamento giurisprudenziale. In buona sostanza tra i lavoratori richiamati dalla nuova normativa ci sono

anche i lavoratori a tempo determinato il cui contratto è cessato prima dell'entrata in vigore della norma stessa, tali soggetti avrebbero dovuto impugnare l'eventuale nullità entro il 23 gennaio 2011.

Poco tempo dopo l'entrata in vigore della legge n. 183/2010, con il così detto <<mille proroghe>> il legislatore compie un'ampia virata sull'introduzione del termine breve per l'impugnazione dei contratti a tempo determinato, compresi quelli già conclusi, e lo estende a tutto l'anno 2011. Dunque la temporanea sospensione della disciplina prevista dall'articolo 32 della legge 183/2010 secondo la quale scadeva il 24 gennaio 2011 il termine di decadenza per l'impugnazione dei licenziamenti per i contratti già scaduti all'entrata in vigore della legge, trova per effetto delle modifiche apportate dal <<mille proroghe>> efficacia solo a partire dal 31 dicembre 2011.

Di fatto il periodo di sospensione importa che potranno essere impugnati i licenziamenti entro 60 giorni dalla comunicazione, ma, i datori di lavoro avranno a disposizione cinque – dieci anni a secondo dei casi o un termine illimitato in caso di nullità. È evidente la problematicità che segue alla applicazione della legge n. 10/2011 tanto che pare opportuno riepilogare la successione intervenuta di recente.

La legge 183/2010 è entrata in vigore il 24 novembre 2010 e prevedeva all'articolo 32 una nuova disciplina dell'impugnazione dei licenziamenti.

Il 29 dicembre 2010 viene pubblicato il D. L. 29 dicembre 2010 (mille proroghe) che entra in vigore immediatamente.

Nel corso dell'esame del mille proroghe al Senato vengono approvati due emendamenti che prevedevano la sospensione dell'efficacia dell'articolo 32 della legge n. 183/2010 con riferimento all'impugnazione dei licenziamenti e anche delle impugnazioni dei contratti a termine scaduti.

Il 27 febbraio 2011 è convertito in legge il decreto mille proroghe che porta la novità consistente nel fatto che l'efficacia dell'impugnazione dei licenziamenti come prevista dal collegato lavoro è spostata al 31 dicembre 2011.

Da quanto sopra evidenziato emerge quanto segue con riferimento alle norme sull'impugnazione dei licenziamenti individuali.

Fino al 24 novembre 2010 si applicano le norme previgenti sull'impugnazione extragiudiziale entro 60 giorni dalla comunicazione, il ricorso potrà essere presentato entro cinque – dieci anni, o in caso di nullità, illimitatamente; dal 24 novembre al giorno precedente la data di entrata in vigore della legge di conversione del <<mille proroghe>> si applicano le norme di cui alla legge n. 183/2010; dalla data di conversione del D. L. n. 225/2010 (mille proroghe) al 30 dicembre 2011 tornerà ad applicarsi la normativa applicabile prima della L. 183/2010; a far data dal dicembre 2011 si applicherà la disciplina contenuta nell'articolo 32 della legge n. 183/2010.

3.3.La conciliazione nelle controversie di lavoro.

La sezione lavoro della Suprema Corte con ordinanza interlocutoria n. 2112/2011, depositata il 28 gennaio 2011, ha dichiarato <<non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 35, commi 5 e 6, l. 4 novembre 2010 n. 183, con riferimento agli artt. 3, 4, 24, 111 e 117 Cost.>>, disponendo la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

Ha dunque sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, commi 5 e 6, della legge 4 novembre 2010, n. 183, recante il c. d. <<Collegato lavoro>>.

Secondo la Corte, la norma, che viene ritenuta applicabile a tutti i giudizi pendenti, ivi inclusi quelli in grado di Cassazione, ai sensi del comma 7 del medesimo articolo, reca, per i casi di apposizione illegittima di termine al contratto di lavoro, la previsione del pagamento di un'indennità omnicomprensiva, che esclude la condanna del datore di lavoro al pagamento delle retribuzioni dalla data di scadenza del termine illegittimamente apposto; così intesa tuttavia, la previsione non tutela adeguatamente il diritto al lavoro (art. 3 e 4), non reca strumenti che evitino che il datore prolunghi il giudizio e possa sottrarsi all'esecuzione della sentenza (art. 24 e 111 Cost.), contrasta con l'art. 6 CEDU, realizzando un'indebita interferenza del legislatore nei processi in corso (art. 117 Cost.).

La Cassazione con questa ordinanza ha bocciato il sistema di indennizzo previsto per la conversione dei contratti a termine in rapporti a tempo indeterminato. I giudici di legittimità infatti, con l'ordinanza interlocutoria 2112/2011, hanno rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'articolo 32 della legge n. 183 del 2010 (collegato lavoro) nella parte in cui fissa un'indennità omnicomprensiva a titolo di risarcimento per i dipendenti in una misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Secondo la Suprema Corte, la liquidazione di una somma eventualmente

sproporzionata per difetto rispetto all'ammontare del danno può indurre il datore di lavoro a persistere nell'inadempimento, eventualmente tentando di prolungare il processo oppure sottraendosi all'esecuzione della sentenza di condanna, non suscettibile di realizzazione in forma specifica. Né, prosegue il collegio, verrebbe risarcito il danno derivante da una sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, causata dal rifiuto del datore. Le nuove regole, infine, sembrano contrastare anche con la normativa europea in materia.

Venendo al caso specifico Carlo Caprili con ricorso al tribunale di Pisa affermava l'illegittimità del termine di durata apposto al contratto del 17 agosto 2000, con cui la s. p. a. Poste italiane lo aveva assunto al lavoro, e la conseguente conversione del negozio in contratto a tempo determinato.

Egli chiedeva perciò che la società, che si era avvalsa del termine e l'aveva estromesso dall'azienda, fosse condannata a riammetterlo in servizio ed a risarcirgli il danno da sospensione del rapporto di lavoro. Il tribunale rigettava la domanda ma la Corte di Firenze, in accoglimento dell'appello del Caprili, accertava il contratto a tempo indeterminato e condannava la società a riammettere il lavoratore in servizio ed a risarcirgli il danno, pari alle retribuzioni con accessori, a partire dal 26 settembre 2002, ossia dal giorno in cui egli aveva offerto le proprie prestazioni attraverso la comunicazione, anche alla datrice di lavoro, della richiesta del tentativo di conciliazione obbligatoria di cui all'art. 410 c. p. c.

Contro questa sentenza la s. p. a. Poste italiane proponeva ricorso per cassazione mentre il caprili resisteva con controricorso.

Col primo motivo la ricorrente lamentava la violazione dell'art. 23, l. 28 febbraio 1987 n. 56; col secondo la violazione degli artt. 1362 c. c. e ss.; col terzo la violazione degli artt. 1217 e 1223 c. c. rilevando dunque, come la Corte territoriale, dopo aver riconosciuto che il contratto a termine era stato concluso in base all'art. 8 CCNL del 1994, a sua volta stipulato *ex l.* n. 56 del 1987, avesse ritenuto tuttavia illegittimo il termine poiché

l'autorizzazione della contrattazione collettiva all'apposizione era valida fino al 30 aprile 1998. In tal modo, osservava la ricorrente, la Corte non aveva tenuto conto che la citata legge aveva delegato le parti sociali ad individuare ipotesi ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge per la stipulazione di contratti di lavoro temporanei e che tale delega era stata attuata dalla serie di contratti collettivi stipulati dal 1994 al 2001.

La ricorrente deduceva in subordine che in ogni caso il lavoratore aveva mostrato tacitamente di voler sciogliere il contratto, avendo lasciato trascorrere circa due anni prima di chiederne il mantenimento. Erroneamente, per di più, la Corte di merito non aveva sottratto all'ammontare del danno quanto percepito da lui per effetto del lavoro prestato nel frattempo per altro datore di lavoro.

I motivi sopra detti non appaiono fondati e le relative argomentazioni sono state più volte rigettate dalla Corte che notava come l'autorizzazione alla stipula di contratti di lavoro temporanei fosse stata espressa dalle parti sociali, sulla base dell'art. 23 l. n. 56 del 1987, con CCNL del 1994, integrato dall'accordo 16 gennaio 1998, che ha posto un termine ultimo al 30 aprile 1998, rendendo illegittimo il termine apposto ai contratti individuali conclusi dopo questa data¹⁸⁷.

Nel caso specifico dunque, in primo luogo il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno da perdita delle retribuzioni, in secondo luogo sono da negarsi gli elementi idonei a ravvisare la tacita manifestazione della volontà di risolvere il contratto ed infine la Corte ha escluso *l'aliunde perceptum* per genericità del motivo di gravame e per difetto di prova.

Nonostante ciò la sentenza di condanna dovrebbe essere cassata per l'entrata in vigore dell'art. 31, l. 4 novembre 2010, n. 183, che innova in materia di contratto di lavoro a tempo determinato.

¹⁸⁷ Cfr. Cass. n. 15331 del 2004.

In particolare, il comma 5 stabilisce che, nei casi in cui questo si converta in contratto a tempo indeterminato a causa dell'illegittimità dell'apposizione del termine, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento in favore del lavoratore stabilendo un'indennità tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dall'ultima retribuzione globale di fatto; il comma 6 dimezza questa indennità in presenza di contratti ovvero accordi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative in particolari ipotesi; infine il comma 7 precisa doversi applicare i commi ora detti a tutti i giudizi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della legge.

Proprio quest'ultimo comma è stato oggetto dell'attenzione della Corte di Cassazione che ritiene di dover estendere anche ai giudizi di cassazione la previsione ivi contenuta, nonostante si riferisca espressamente al giudizio di merito.

Questo per evitare di discriminare tra situazioni diverse sulla sola base della pendenza della lite: la situazione risarcitoria dei lavoratori sarebbe assoggettata ad un regime diverso, a seconda che i processi pendano nel merito oppure in cassazione.

A confortare questa lettura vi è anche la sentenza della Corte cost. n. 214 del 2009, che ha ritenuto illegittime discriminazioni di questo genere.

Questa situazione comporta che la sentenza qui impugnata dovrebbe essere cassata con rinvio affinché il giudice di merito, esercitati i poteri istruttori di cui al comma 7, determini l'indennità spettante, certamente in misura inferiore a quella dovuta ai sensi della normativa previgente.

Questo dimostra la rilevanza della questione di legittimità costituzionale dei suddetti commi 5 e 6, in riferimento agli artt. 3, 4, 24, 111 e 117 Cost., che la corte prontamente ha motivato.

Innanzitutto è orientamento diffuso della Corte che, nel caso in cui il datore di lavoro si sia avvalso di un termine illegittimamente apposto al contratto ed abbia allontanato il dipendente, non si applica la tutela reale di cui all'art.

18 l. n. 300 del 1970, ma solo il diritto al risarcimento del danno, da determinarsi in base alle regole generali sull'inadempimento delle obbligazioni contrattuali senza una formale costituzione in mora del datore, sempreché il lavoratore non abbia avuto una condotta incompatibile con la volontà di proseguire il rapporto ed abbia messo a disposizione della controparte le proprie prestazioni lavorative¹⁸⁸.

Per quanto riguarda la determinazione quantitativa del danno derivante dall'inadempimento di un contratto di durata, questa dipende dalle scelte discrezionali dei giudici di merito nell'applicazione egli artt. 1223, 1224, 1226, 1227 c. c.

In particolare, nel contratto di lavoro subordinato, il danno sopportato dal lavoratore, deve essere liquidato: attenendosi ai criteri dell'art. 1223 c. c. secondo cui bisogna tener conto della perdita della retribuzione sottraendo quanto eventualmente percepito per avere eseguito un altro lavoro la cui prova è a carico del lavoratore; tenendo conto che il danno non può essere solamente ipotetico; è dovuto a partire dal momento in cui il lavoratore ha posto a disposizione del datore le proprie energie lavorative ovvero offerto formalmente la propria prestazione; Trattandosi di azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro e dunque imprescrittibile, il lavoratore, prima dell'entrata in vigore dell'art. 32 cit., comma 3, lett. D, poteva prolungare il tempo dell'azione di nullità *sine die* e per dieci anni quello dell'azione risarcitoria; dopo l'entrata in vigore del comma 3, entro il termine di decadenza ivi previsto. Egli così può aumentare la misura del danno, esponendosi bensì all'eccezione di concorso del creditore nel fatto colposo di cui all'art. 1227 c. c., il cui ammontare verrebbe però ad essere ridotto dal giudice secondo criteri discrezionali e dunque variabili.

¹⁸⁸ Cass. S.U., 8 ottobre 2002, n. 14381, Sez. lav. 18 febbraio 2003, n. 2392, 18 maggio 2006, n. 11670.

Questa incertezza potrebbe ripercuotersi sui bilanci delle società che, in caso di numerosi risarcimenti, potrebbe avere anche un grave pregiudizio patrimoniale.

Per questo motivo il legislatore ha unificato il criterio di liquidazione del danno dovuto ai lavoratori.

Sulla base di queste argomentazioni, la Corte ritiene che non può essere seguita la tesi proposta da una parte della dottrina, secondo cui l'indennità in questione non escluderebbe il risarcimento del danno, sopportato dal lavoratore.

Anche l'espressione <<omnicomprensiva>>, adoperata dal legislatore, acquista significato solo escludendo qualsiasi altro credito del lavoratore, indennitario o risarcitorio.

Inoltre la Corte ha precisato che, alla luce delle ragioni sopra dette la liquidazione di un'indennità contenuta in poche mensilità retributive non sembra contrastare con l'art. 3 primo comma della Cost., nonostante il trattamento sfavorevole riservato al lavoratore precario, spogliato della pienezza dei rimedi previsti dalla disciplina generale dei contratti.

Il 5 comma in questione non contrasta neppure con l'art. 36, primo comma, Cost. poiché esso ha per oggetto un'indennità, sia pure misurata sull'ammontare della retribuzione, ma non una retribuzione da corrispondere per lavoro effettivamente prestato.

Non è invece infondato il dubbio di contrasto fra i commi 5 e 6 dell'art. 32, l. 183/2010 ed i principi di ragionevolezza nonché di effettività del rimedio giurisdizionale, espressi negli artt. 3, secondo comma, 24 e 111 Cost. Le dette disposizioni della legge sembrano anche ledere il diritto al lavoro, riconosciuto a tutti i cittadini dall'art. 4 Cost.

Il danno sopportato dal prestatore di lavoro a causa dell'illegittima apposizione del termine al contratto è pari almeno alle retribuzioni perdute dal momento dell'inutile offerta delle proprie prestazioni e fino al momento dell'effettiva riammissione in servizio. Fino a questo momento, spesso

futuro ed incerto durante lo svolgimento del processo e non certo neppure quando viene emessa la sentenza di condanna, il danno aumenta col decorso del tempo ed appare di dimensioni anch'esse non esattamente prevedibili.

Il rimedio apprestato dall'art. 32, commi 5 e 6, non può essere assimilato all'indennità prevista dall'art. 8 l. 15 luglio 1966 n. 604 ed alternativa all'obbligo di riassunzione. L'ipotesi dell'art. 8 non riguarda il ristoro di un danno derivante dalla non attuazione di un rapporto di durata, ossia di un danno di un ammontare che aumenta col trascorrere del tempo, giacché il diritto all'indennità esclude il diritto al mantenimento del rapporto.

La liquidazione di un'indennità eventualmente sproporzionata per difetto rispetto all'ammontare del danno può indurre il datore di lavoro a persistere nell'inadempimento, eventualmente tentando di prolungare il processo oppure sottraendosi all'esecuzione della sentenza di condanna, non suscettibile di realizzazione in forma specifica.

Tutto ciò a danno del diritto del cittadino al lavoro (art. 4 Cost.) e dell'effettività della tutela giurisdizionale riconducibile all'art. 24 e 111 Cost. che richiede la corrispondenza tra la perdita conseguita alla lesione del diritto soggettivo ed il rimedio ottenibile in sede giudiziale.

A risultare violato sembra inoltre l'art. 117 Cost., primo comma, per violazione dell'obbligo assunto dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (art. 6, 1° comma), che sancisce il diritto al giusto processo e che impone al potere legislativo di non intromettersi nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla decisione di una singola controversia o su un gruppo di esse.

Viene rilevata inoltre, la violazione dell'art. 4 Cost. (diritto al lavoro), laddove si evidenzia la sproporzione fra la tenue indennità ed il danno, che aumenta con la permanenza del comportamento omissivo illecito del datore di lavoro; in proposito, la Corte ricorda che la normativa europea impone di sanzionare debitamente l'abuso del contratto a termine e di eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario.

E ciò anche perché, stante la inapplicabilità al diritto del lavoro dell'art. 614 bis c. p. c. (che sanziona la non attuazione degli obblighi di fare) e la inapplicabilità dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori alle fattispecie in esame (contratti a termine), i commi 5 e 6 dell'art. 32 finiscono per escludere ogni tutela reale e <<lasciano così la possibile, grave sproporzione fra indennità e danno effettivo, connesso al perdurare dell'illecito>>.

Questi argomenti vengono infine messi alla base della decisione della cassazione che dichiara non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionali dell'art. 32, commi 5 e 6, l. 4 novembre 2010 n. 183, con riferimento agli artt. 3, 4, 24, 111 e 117 Cost., disponendo così la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospendendo il giudizio in corso.

BIBLIOGRAFIA

- R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977.
- L. R. SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, 13° ed., Padova, 1978.
- M. G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamenti antisindacali dell'imprenditore*, Napoli, 1979.
- N. CRISCI, *Lo statuto dei lavoratori*, 4° ed., Roma, 1983.
- G. MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, 6° ed., Milano, 1990.
- G. AMOROSO – V. DI CERBO, *Commentario allo statuto dei lavoratori e alla normativa sui licenziamenti*, Milano, 1994.
- O. MAZZOTTA, *I licenziamenti*, 2° ed., Milano, 1999.
- A. GIUSSANI, *Il processo del lavoro*, Rozzano (MI), 2001.
- A. FLAMINIO – M. SINISI – F. TRONCONE, *Il processo del lavoro*, Napoli, 2000.
- F. CARINCI – R. DE LUCA TAMAJO – P. TOSI – T. TREU, *Diritto del lavoro, 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, 5° ed., Torino, 2005.
- M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, Padova, 2005.
- G. AMOROSO – V. DI CERBO – A. MARESCA, *Il diritto del lavoro, Volume II, Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, 2° ed., 2006, Milano.
- F. CARINCI – R. DE LUCA TAMAJO – P. TOSI – T. TREU, *Diritto del lavoro, 1. Il diritto sindacale*, 5° ed., Torino, 2006.
- M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2006.
- C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano, 2006.

- G. TESORIERE, *Diritto processuale del lavoro*, 5° ed., Padova, 2007.
- G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, 5° ed., Milano, 2008.
- G. AMOROSO – V. DI CERBO – A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, Volume II, *Lo Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, 3° ed., 2009, Milano.
- C. CANÈ – L. MICCICHÈ – R. MUCCI, *Il processo del lavoro*, Milano, 2009.
- M. MARRUCCI, *La risoluzione del rapporto di lavoro dipendente*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2009.
- F. MAZZARELLA – G. TESORIERE, *Corso di diritto processuale civile*, 4° ed., Padova, 2009.
- G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, 5° ed., Rozzano (MI), 2009.
- R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, 3° ed., Milano, 2010.
- E. FERLITO, *Formulario dell'arbitrato*, Milano, 2010.
- G. PERONE, *Lo statuto dei lavoratori*, 3° ed., Milanofiori Assago (MI), 2010.
- A. M. SOCCI, *L'arbitrato e la conciliazione nel lavoro pubblico e privato*, Milano, 2011.

GIURISPRUDENZA

- Pret. Sanluri, 20 maggio 1969, in *Dir e giur.*, 1969, 850.
- App. Milano, 19 febbraio 1971, in *Mass. giur. lav.*, 1971, 175.
- Pret. Savigliano, 15 maggio 1971, in *Mass. giur. lav.*, 11, 439.
- App. Milano, 21 settembre 1971, in *Orient. giur. lav.*, 1971, 999.
- App. Roma, 30 maggio 1972, in *Riv. giur. lavoro*, 1971, II, 62.
- App. Milano, 22 settembre 1972, in *Orient. giur. lav.*, 1972, 840.
- App. Milano, 27 aprile 1973, in *Mass. giur. lav.*, 1973, 378.
- Corte cost., 13 febbraio 1974 n. 28, in *Giust. Civ.*, 1974, III, 111; *Foro it.*, 1974, I, 997, con nota di Pera; *Dir. lavoro*, 1974, II, 135; *Cons. Stato*, 1974, II, 1, 194; *Giur. cost.*, 1974, 98; *Riv. dir. lav.*, 1974, II, 54; *Mass. giur. lav.*, 1974, 13.
- Corte cost., 6 Marzo 1974, n. 74, in *Foro it.*, 1974, I, 963.
- Cass., 5 luglio 1974, n. 1962, in *Foro it.*, 1974, I, 2647.
- Cass., 20 gennaio 1975, n. 237, in *Foro it.*, 1975, I, 1124.
- Cass., 18 febbraio 1975, n. 647, in *Foro it.*, I, 2020.
- Cass., 21 aprile 1975, n. 1542, in *Giur. it.* 1976, I, 665.
- Pret. Roma, 28 ottobre 1975, in *Riv. giur. lavoro*, 1978, II, 75.
- Cass., 2 febbraio 1976, n. 339, in *Riv. giur. lav.*, 1976, II, 768.
- Cass., 15 aprile 1976, n. 1355, in *Foro it.*, 1976, I, 1136.
- Pret. Torino, 8 gennaio 1977, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1977, 614.
- Cass., 6 maggio 1977 n. 1739, in *Mass. giur. lav.*, 1978, 161; *Riv. dir. lav.*, 1978, II, 536.
- Cass., 4 marzo 1978, n. 1094, in *Foro it.*, 1978, I, 1437.
- Trib. Torino, 5 aprile 1978, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1978, 685.
- Cass., 22 settembre 1978, n. 4274, in *Mass. Foro it.*, 1978.

- Cass., 25 settembre 1978, n. 4307, in *Foro it.*, 1978, I, 2414.
- Cass., 11 ottobre 1978, n. 4560, in *Foro it.*, 1979, I, 69, con nota di Proto Pisani.
- Cass., 18 novembre 1978, n. 5388, in *Foro it.*, 1979, I, 26.
- Pret. Genova, 26 marzo 1979, in *Foro it.*, 1979, I, 1308.
- Cass., 22 maggio 1979, n. 2970, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1346.
- Cass., 17 luglio 1979, n. 4216, in *Mass. Foro it.*, 1979.
- Cass., 30 luglio 1979, n. 4499, in *Foro it.* 1980, I, 1843.
- Pret. Nardò, 31 dicembre 1979, in *Giur. cost.*, 1980, II, 911.
- Cass., 19 aprile 1980, n. 2577, in *Mass. Foro it.*, 1980.
- Cass., 21 giugno 1980, n. 3920, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1980, 505.
- Cass., 16 luglio 1980, n. 4625, in *Mass. Foro it.*, 1980; *Notiziario giurispr. lav.*, 1980, 605.
- Cass., 16 ottobre 1980, 5574, in *Mass. giur. lav.*, 1981, 178.
- Cass., 5 giugno 1981 n. 3635, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 33; *Mass. giur. lav.*, 1981, 558; *Notiziario giurispr. lav.*, 1981, 305.
- Cass., 13 agosto 1981, n. 4906, *Notiziario giurispr. lav.*, 1981, 413.
- Cass., 3 settembre 1981, n. 5035, in *Orient. giur. lav.*, 1982, 170; *Mass. giur. lav.*, 1982, 400.
- Cass., 19 ottobre 1981, n. 5468, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1982, 156.
- Cass., 30 ottobre 1981, n. 5734, in *Mass. giur. lav.*, 1982, 394.
- Cass., 13 novembre 1981, n. 6015, in *Mass. Foro it.*, 1981.
- Pret. Bergamo, 24 dicembre 1981, in *Lavoro e prev. oggi*, 1982, 952.
- Cass., 26 dicembre 1982, n. 515.
- Cass., 2 giugno 1982, n. 3370, in *Mass. Foro it.*, 1982.
- Cass., 1° settembre 1982, n. 4750 in *Giust. civ.*, 1983, I, 724.
- Cass., S.U., 18 ottobre 1982, n. 5394, in *Giust. civ.*, 1983, I, 869; *Foro it.*, 1982, I, 3019, con nota di Proto Pisani.
- Cass., 17 gennaio 1983, n. 375, in *Giust. civ.*, 1983, I, 724.

- Cass., 24 gennaio 1983, n. 674.
- Trib. Novara, 17 marzo 1983, in *Orient. giur. lav.*, 1983, 927.
- Pret. Roma, 12 ottobre 1983, in *Giust. Civ.*, 1984, I, 600.
- Cass., 29 ottobre 1983, n. 602.
- Cass., 10 dicembre 1983, n. 7313.
- Cass., 10 gennaio 1984, n. 197, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1984, 182.
- Trib. Napoli, 6 aprile 1984, in *Dir. e giur.*, 1984, 562.
- Cass., 15 maggio 1984, n. 2966, in *Mass. giur. lav.*, 1984, 481.
- Cass. 6 giugno 1984 n. 2409, in *Foro it.*, 1984, I, 2779, con nota di MAZZOTTA; *Mass. giur. lav.*, 1984, 294; *Notiziario giurispr. lav.*, 1984, 332; *Riv. it. dir. lav.*, 1984, II, 653, con nota di BERRUTI.
- Pret. Milano, 28 giugno 1984, in *Orient. giur. lav.*, 1984, 1140.
- Cass., 25 luglio 1984, n. 4381, *Mass. giur. lav.*, 1984, 588.
- Cass., 6 dicembre 1984, n. 6432, in *Giust. civ.*, 1985, I, 3145.
- Pret. Milano, 13 dicembre 1984, in *lavoro e prev. oggi*, 1985, 168.
- Cass., 10 marzo 1985, n. 2053.
- Cass., 27 marzo 1985, n. 2157, in *Mass. Foro it.*, 1985.
- Cass., 15 giugno 1985, n. 3612, in *Giust. civ.*, 1985, I, 3077.
- Pret. Ravenna, 16 luglio 1985, in *Lavoro e giur.*, 80, 1985, 1081.
- Cass., 19 dicembre 1985, n. 6514, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, 215.
- Cass., 25 marzo 1986, n. 2130, in *Mass. Foro it.*, 1986.
- Cass. S.U., 16 gennaio 1987, n. 309.
- Cass. 13 febbraio 1987 n. 1598 in *Notiziario giurispr. lav.*, 1988, 1.
- Cass. 17 febbraio 1987 n. 1713, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, 514; *Notiziario giurispr. lav.*, 1987, 517.
- Cass., 24 febbraio 1987, n. 1976, in *Riv. giur. lav.*, 1988, II, 264.
- Cass. S.U., 2 marzo 1987, n. 2179.
- Cass., 29 aprile 1987, n. 1654, in *Mass. Foro it.*, 1987.

- Corte cost., 13 maggio 1987, n. 161, in *Mass. giur. lav.*, 1987, 319.
- Cass. 3 giugno 1987 n. 4871 in *Orient. giur. lav.*, 1987, 582; *Mass. giur. lav.*, 1987, 324; *Notiziario giurispr. lav.*, 1987, 517; *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, 239, con nota Poso.
- Cass., 24 giugno 1987, n. 5532, in *Mass. Foro it.*, 1987.
- Cass., 7 luglio 1987 n. 5922, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1987, 515.
- Cass., 16 luglio 1987, n. 5346.
- Pret. Milano, 24 luglio 1987, in *Dir. e prat. lav.*, 1988, 310.
- Cass. S. U., 4 marzo 1988 n. 2249.
- Pret. Livorno, 14 marzo 1988, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1872.
- Cass., 2 dicembre 1988, n. 6546, in *Mass. giur. lav.*, 1989, 64.
- Pret. Roma, 27 dicembre 1988, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1989, 475.
- Cass. 11 ottobre 1989, n. 4063, in *Foro it.*, 1990, I, 2914; *Dir. lavoro*, 1990, II, 274; *Notiziario giurispr. lav.*, 1989, 520; *Mass. giur. lav.*, 1989, 443; *Orient. giur. lav.*, 1990, 43.
- Cass., 28 ottobre 1989, n. 4542, in *Mass. giur. lav.*, 1989, 640.
- Cass., 17 gennaio 1990, n. 207, in *Mass. giur. lav.*, 1990, 144; *Dir. e prat. lav.*, 1990, 1302.
- Cass., 19 gennaio 1990, n. 296, in *Mass. Foro it.*, 1990.
- Cass., 4 aprile 1990, n. 2785.
- Cass., 6 aprile 1990, n. 2880, in *Arch. Civ.*, 1990, 913.
- Cass., 28 maggio 1990, n. 4925, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, 219.
- Cass., 16 aprile 1991 n. 4048.
- Cass., 30 maggio 1991, n. 6102, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1991, 845.
- Cass., 3 luglio 1991 n. 7286.
- Cass., 10 luglio 1991, n. 7610, in *Riv. It. dir. lav.*, 1992, II, 684, con nota Bellè.
- Cass., 18 luglio 1991, n. 8010, in *Riv. Dir. lav.*, 1992, II, 1025.

- Cass. S.U., 17 febbraio 1992, n. 1916, in *Foro it.*, 1992, I, 3020; *Notiziario giurispr. lav.*, 1992, 372; *Giust. Civ.*, 1992, I, 2110.
- Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1843.
- Cass., 8 maggio 1992, n. 5454 in *Giur. it.*, 1992, I, 1886, con nota di Piccinini; *Notiziario giurispr. lav.*, 1992, 603; *Mass. giur. lav.*, 1992, 455; *Lavoro e prev. oggi*, 1994, 637.
- Cass., 3 luglio 1992 n. 8143, in *Mass. giur. lav.*, 1992, 345.
- Cass., 16 luglio 1992 n. 8610, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1993, 20.
- Cass., 22 luglio 1992 n. 8815, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1992, 611.
- Pret. Roma, 29 luglio 1992, in *Dir. lavoro*, 1992, II, 359.
- Pret. Milano, 18 agosto 1992, in *Foro it.*, 1992, I, 2070.
- Pret. Roma, 21 gennaio 1993, in *Dir. e prat. lav.*, 1993, 898.
- Cass., 4 febbraio 1993, n. 1359.
- Cass., 13 febbraio 1993 n. 1815.
- Cass., 12 agosto 1993, n. 8673 in *Notiziario giurispr. lav.*, 1993, 785.
- Cass., 16 agosto 1993, n. 8711.
- Trib. Napoli, 22 ottobre 1993, in *Riv. dir. lav.*, 1994, 656.
- Trib. Palermo, 23 ottobre 1993, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1993, 842.
- Trib. Roma, 7 febbraio 1994, in *Dir. lavoro*, 1994, I, 44.
- Cass., 22 marzo 1994, n. 2728, *Riv. dir. lav.*, 1994, II, 753.
- Cass., 27 marzo 1994, n. 2808.
- Pret. Lucca, 27 maggio 1994, in *Mass. giur. lav.*, 1994, 605.
- Trib. Roma, 15 luglio 1994, in *Lavoro e giur.*, 1994, 1246, con nota di F. M. Gallo.
- Cass., 12 agosto 1994, n. 7405, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1994, 789.
- Cass., 18 aprile 1995 n. 4337.
- Cass., 19 luglio 1995 n. 7833, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1995, 516.
- Pret. Prato, 20 luglio 1995, in *Riv. critica dir. lav.*, 1995, 1026.
- Cass., 20 luglio 1995 n. 7907.

- Cass., 29 luglio 1995, n. 8324.
- Cass., 8 settembre 1995 n. 9501, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1995.
- Pret. Treviso, 11 dicembre 1995, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1995, 880.
- Trib. Milano, 24 febbraio 1996, in *Orient. giur. lav.*, 1996, 22.
- Cass., 18 marzo 1996 n. 2268.
- Trib. Milano, 24 febbraio 1996, in *Orient. giur. lav.*, 1996, 22.
- Pret. Genova, 15 maggio 1996, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1996, 180;
- Cass., 17 maggio 1996, n. 4578, in *Lav. giur.*, 1996, 806.
- Cass., 26 luglio 1996, n. 6749, in *Mass. Foro it.*, 1996.
- Cass., 26 luglio 1996, n. 6751, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 782.
- Cass., 15 novembre 1996, n. 10033, in *Riv. crit. Dir. lav.*, 1997, 650.
- Cass., 21 novembre 1996, n. 10260, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1997, 72.
- Cass., 2 marzo 1997, n. 1757, in *Lavoro e giur.*, 1999, 825.
- Cass., 30 maggio 1997, n. 4809, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 628.
- Cass., 24 giugno 1997, n. 5611.
- Cass., 1° settembre 1997, n. 8262.
- Cass., 4 marzo 1998, n. 2374.
- Cass., 30 marzo 1998, n. 3337, in *Mass. Foro it.*, 1998.
- Cass., 4 aprile 1998 n. 3522.
- Cass. 28 aprile 1988 n. 3229.
- Cass., 16 maggio 1998 n. 4948.
- Cass., 7 dicembre 1998 n. 12375.
- Trib. Milano, 20 gennaio 1999, in *Lav. giur.*, 1999, 480.
- Cass., 27 luglio 1999 n. 8136.
- Cass., 7 ottobre 1999, n. 11178.
- Cass. S. U., 15 ottobre 1999, n. 716.
- Corte Cost., 15 ottobre 1999, n. 387.

- Cass., 17 ottobre 1999, n. 1178.
- Cass., 20 giugno 2000, n. 8412.
- Cass., 30 ottobre 2000, n. 14297.
- Cass., 5 dicembre 2000 n. 15477.
- Cass., 17.01.2001, n. 616.
- Cass., 07.08.2002, n. 11833.
- Cass. S. U., 8 ottobre 2002, n. 14381.
- Cass., 03 maggio 2003, n. 6723.
- Cass., 29 luglio 2003, n. 11684.
- Cass., 27 agosto 2003 n. 12579.
- Cass., 1° settembre 2003 n. 12747.
- Cass., 26 febbraio 2004, n. 3917.
- Cass., 10 gennaio 2007, n. 245.
- Cass. 2 febbraio 2009, n. 2576.
- Trib. Melfi Sez. lavoro, 9 agosto 2010, in *Corriere giur.*, 2010, 12, 1647.