

Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*

Luigi de Angelis

1. L'inapplicabilità del <i>rito Fornero</i> ai contratti a tutele crescenti e la duplicità dei riti in materia di impugnazione dei licenziamenti.	375
1.1. La (non piana) ragione sistematica di tale inapplicabilità.	376
2. Duplicità dei riti e licenziamenti collettivi.	378
3. Le discriminazioni: pluralità dei procedimenti.	378
3.1. Onere della prova e altre misure processuali delle discriminazioni per le quali sono dettate specifiche regole di rito.	380
3.2. I licenziamenti discriminatori <i>altri</i> e i licenziamenti nulli.	380
4. L'onere della prova relativo ai licenziamenti orali.	382
5. L'onere della prova per i licenziamenti disciplinari.	382
6. La prova in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e di licenziamento collettivo.	384
7. Il rapporto privatizzato dei dipendenti delle p.a. ed il rito Fornero.	384
8. Conclusioni critiche sulla <i>Babele processuale</i> .	385

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 250/2015

1. L'inapplicabilità del rito *Fornero* ai contratti a tutele crescenti e la duplicità dei riti in materia di impugnazione dei licenziamenti.

Che il processo dei licenziamenti previsto dalla l. n. 92/2012 non abbia dato buoni frutti è opinione generalizzata, tanto da farne proporre da più parti l'eliminazione.¹¹⁶⁹ Potrebbe sembrare che ciò si sia realizzato, per i soli contratti di lavoro subordinato successivi all'entrata in vigore, il 7 marzo 2015, del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (c.d. contratti a tutele crescenti),¹¹⁷⁰ con l'art. 11 del decreto stesso, per il quale <<ai licenziamenti di cui al presente decreto non si applicano le disposizioni dei commi da 48 a 68 dell'articolo 1 della legge n. 92 del 2012>>. In realtà può ben sostenersi non trattarsi di abrogazione né di deroga visto che ai sensi dell'art. 1, commi 48 e 47, l. n. 92 cit. il processo speciale del 2012 si applica ai licenziamenti soggetti all'art. 18 l. n. 300/1970 e successive modificazioni, mentre la disciplina del 2015 non tocca tale disposizione contenendone una nuova, autonoma ed avulsa da quella. Per cui l'art. 11 cit. sarebbe superfluo e i licenziamenti relativi ai nuovi contratti sarebbero *de plano* processualmente regolati dal rito previsto per tutte le controversie di lavoro di cui agli artt. 409 ss. c.p.c. (v., però, *infra*, quanto ai riti delle discriminazioni).

Se però non vuole privarsi di utilità la disposizione, come penso un giurista debba sempre tentare di fare, si deve ritenere che con essa si sia voluto evitare una lettura estensiva dell'art. 1, comma 47 cit., per la quale vanno incluse nell'ambito soggetto alla disposizione stessa anche modificazioni che comunque toccano la disciplina delle conseguenze dei licenziamenti illegittimi già coperte dall'art. 18 pur se dalla tecnica di formulazione poste al di fuori dell'infuocata disposizione statutaria.

In questo caso, però, va subito notata la mancanza di delega in punto, con il relativo problema di costituzionalità in riferimento all'art. 76 cost., tanto più acuto in ragione dell'appartenenza al diritto pubblico della disciplina incisa. Né pare che in una situazione siffatta di assoluta carenza possa soccorrere la generosità dimostrata più volte dalla corte costituzionale nell'indicare i criteri di valutazione delle tensioni di altri interventi normativi delegati con le rispettive leggi di delegazione.¹¹⁷¹ Infatti, se, a tal fine, i rilievi sistematici di cui al successivo paragrafo appaiono in linea con le linee generali della delega, essi sono piuttosto malfermi nella rappresentazione <<dell'ordinario sviluppo e, se del caso, del completamento delle scelte del legislatore delegante>> cui fa riferimento il giudice delle leggi nella sua pur comprensiva lettura dei rapporti tra legge delegante e decreto delegato.

Altro è, ovviamente, che si tratti di disciplina che non lascia rimpianti se non per non essere stata abrogata *tout court*, in specie a chi, come lo scrivente, ne è stato particolarmente critico sin da

¹¹⁶⁹ Cfr. la proposta elaborata congiuntamente dall' Agi (Avvocati giuslavoristi italiani) e dall' Anm (Associazione nazionale magistrati), in *Associazione magistrati.it*. In proposito v. *Il sole24ore*, 23 aprile 2014 *Avvocati e giudici contro il rito Fornero*, a firma di V. MELIS. In dottrina, da ult. D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in *Judicium.it*, 2015, p. 5, per il quale, però, per le cause aventi ad oggetto la reintegra andrebbe comunque creata una corsia preferenziale.

¹¹⁷⁰ Sul non dar luogo, il contratto a tutele crescenti, ad una nuova tipologia contrattuale e sulla sostanziale differenza con quanto emerso dalle prime discussioni sul *Jobs Act*, con l'originario intento del Governo e con l'idea del contratto unico formulata da T. Boeri e P. Garibaldi cfr., tra gli altri, S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *unct.it*, WP M. D' Antona, 2015, n. 246, p. 2 ss., anche riferimenti alle note 1, 2, 4.

¹¹⁷¹ Cfr., tra le altre, Corte cost., 24 giugno 2010, n. 230, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 576.

prima della sua introduzione.¹¹⁷² L'indicata inapplicabilità, peraltro, presenta aspetti problematici di rilievo, lo si vedrà, soprattutto, ma non solo, per le controversie inerenti i licenziamenti collettivi, che si aggiungono ai problemi numerosi e complicati che l'ormai famigerato *rito Fornero* ha posto e porrà.¹¹⁷³ Infatti, questo rito continuerà ad applicarsi sì ad esaurimento¹¹⁷⁴ ma per un tempo imprecisato che potrà essere anche lunghissimo se non interverranno ulteriori modifiche processuali: si pensi alla controversia sul licenziamento di un dipendente assunto prima dell'entrata in vigore del d.lgs. e per sua fortuna licenziato tra molti anni.

1.1. La (non piana) ragione sistematica di tale inapplicabilità.

L'inapplicabilità di cui si è detto sembrerebbe non derivare solo dalle difficoltà notevoli che il processo dei licenziamenti del 2012 ha creato e dalla giustificata reazione di rigetto di studiosi ed operatori. Si può infatti pensare anche ad una ragione sistematica cui avrebbe dato peso un legislatore certo tecnicamente più avvertito – è opinione già espressa da altri¹¹⁷⁵ del precedente: se il nuovo rito era finalizzato alla tutela reale, la sua necessità è stata ridimensionata dall'essere ormai appunto la tutela reale incontestabilmente ridotta ad eccezione¹¹⁷⁶ nel sistema dei licenziamenti (v. art. 3, commi 1 e 2 d.lgs. n. 23/2015 cit.: <<Salvo quanto disposto dal comma 2 del presente articolo....>>, e, rispettivamente, <<Esclusivamente nelle ipotesi.....>>), come invece era incerto con la l. n. 92/2012.¹¹⁷⁷ Senza dire che il d.lgs. ha compreso in sé, sempre con riguardo ai contratti *nuovi*, anche la tutela obbligatoria tradizionale, quella di cui all'art. 8 l. n. 604/1966.

Non è del tutto vero che la disciplina del 2012 si riferisse alla sola stabilità reale (v. *infra*), ma a questo punto è utile ripercorrere come si sia arrivato al *rito Fornero*.

Già da alcuni anni prima gli interventi normativi sul processo, anche del lavoro, tutti in astratto improntati ad una maggiore efficienza, si erano caratterizzati per una logica accentuatamente economicistica, nel senso di essere protesi, piuttosto che verso l'assicurazione, appunto attraverso l'efficienza, dell'effettività dei diritti, soprattutto verso la prevedibilità e la rapida conoscenza degli esiti giudiziari al fine di non scoraggiare o stimolare gli investimenti specie da parte degli operatori economici stranieri e quindi di favorire la ripresa dell'occupazione, quest'ultima messa in ginocchio dalla grave e lunga crisi economica.¹¹⁷⁸

¹¹⁷² Cfr. L. de ANGELIS, *Licenziamenti, progetto Fornero e tormento del processo*, in *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Atti del XVII congresso nazionale di diritto del lavoro dell'Aidlass (Pisa, 7-9 giugno 2012), Giuffrè, Milano, p. 293 ss.

¹¹⁷³ In proposito è sufficiente richiamare le rassegne di D. DALFINO, *Il rito Fornero nella giurisprudenza: prime applicazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, II, p. 153 ss., e *Il rito Fornero nella giurisprudenza: le questioni ancora aperte*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, II, p. 397 ss.; altresì M. BIASI, *Il c.d. "Rito Fornero" nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Argomenti dir. lav.*, 2013, p. 1449; da ult., A.D. DE SANTIS, *Errore sul rito, inammissibilità dell'impugnativa del licenziamento e impedimento della decadenza*, nota a Trib. Firenze 7 ottobre 2014, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II.

¹¹⁷⁴ G. PROIA, *Il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Torino, 2015, 62.

¹¹⁷⁵ Cfr. A. MARESCA, intervento a *I decreti attuativi del Jobs Act: il contratto di lavoro a tutele crescenti*, seminario organizzato da Unioncamere, Freccia rossa, Universitas mercatorum (Roma, 15 gennaio 2015), testo ascoltabile in www.unimercatorum.it.

¹¹⁷⁶ Tra gli altri cfr. M. MAGNANI, C. PONTERIO, A. PERULLI, V. SPEZIALE, interventi al seminario *I decreti attuativi*, cit.

¹¹⁷⁷ V., infatti, F. SCARPELLI, in AA. VV., *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in *Mass. Giur. lav.*, 2012, supp. al n. 12, p. 82.

¹¹⁷⁸ Cfr. L. de ANGELIS, *Efficienza ed effettività nelle recenti riforme della giustizia del lavoro*, in L. CORAZZA, L. NOGLER, (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, F. Angeli, Milano, p. 906. Sul tema in una prospettiva più ampia cfr. R. CAPONI, *Doing business come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 10 ss.

Appunto per il processo del lavoro ciò è particolarmente marcato sin dal 2008. A siffatta tendenza non sfugge – ed anzi l'accentua¹¹⁷⁹ – la l. n. 92/2012, che al suo esordio (art. 1, comma 1) colloca tra le << misure e interventi intesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione” che intende introdurre, l'adeguamento alle esigenze del mutato contesto di riferimento della disciplina del licenziamento, “con previsione altresì di un procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione delle relative controversie>>. Era infatti opinione diffusa¹¹⁸⁰ come la crisi del processo del lavoro, e cioè la sua lunga durata, avesse aggravato, rendendoli spesso insopportabili per un datore di lavoro nel vortice della crisi dell'economia, i costi dell'applicazione dell'art. 18 tanto più allorquando la pronuncia demolitoria del licenziamento avvenisse a seguito di sentenza resa in appello o in cassazione o in giudizio di rinvio e successivi. Opinione, questa, per il vero legata ad un meccanismo, quello della tutela reale, che il ridimensionamento di essa operato già dalla riforma del 2012 avrebbe dovuto in larghissima parte far rivalutare,¹¹⁸¹ anche alla luce dell'introduzione del termine di decadenza giudiziale di duecentosettanta giorni, in aggiunta a quello stragiudiziale di sessanta giorni, attuata dall'art. 32 l. n. 183/2010, e poi successivamente accorciato, dall'art. 1, comma 11, lett. a), l. n. 92/2012, a centottanta giorni.

Che alla base dell'introduzione del nuovo procedimento, caratterizzato da informalità e speditezza e munito di corsia preferenziale, fosse secondaria rispetto a quella sopra tratteggiata l'esigenza di proteggere più incisivamente chi avesse perso il posto di lavoro (non per propria iniziativa), è confermato¹¹⁸² dal fatto che del procedimento medesimo non potesse giovare chi reclamasse il posto invocando alla scadenza di contratto a tempo determinato l'illegittimità dell'apposizione del termine, e, per muoversi nel solo ambito dei licenziamenti, chi, appunto licenziato, usufruisse della tutela ex art. 8 l. n. 604/1966 e non di quella ex art. 18, della quale poteva peraltro godere anche chi invocasse in giudizio il regime di stabilità obbligatoria rimpolpata (nella forma forte o in quella dimidiata).¹¹⁸³

Ora – e ritorno a quanto dicevo prima circa la ragione sistematica della non applicabilità del rito speciale – la collocazione della conseguenza della reintegrazione tra le eccezioni e di fatto la sua marginalizzazione conferisce all'art. 11 cit. una spiegazione di tipo sistematico, pur se con qualche contraddizione data dal fatto che, come si è appena detto, il *rito Fornero* riguarda anche le do-

¹¹⁷⁹ Cfr. L. de ANGELIS, *Art. 18 dello statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2012, p. 695 ss.

¹¹⁸⁰ Cfr., ad es. gli interventi di A. VALLEBONA, M.V. BALLESTRERO e, soprattutto, di G. SUPPIEJ, in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro dell'Aidlass (Venezia, 25-26 maggio 2007), Giuffrè, 2008, p. 287 ss. e, rispettivamente, 308 e 310.

¹¹⁸¹ Spunto in tal senso in S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *Argomenti dir. lav.* 2012, p. 537.

¹¹⁸² Cfr. L. de ANGELIS, *Art. 18 dello statuto dei lavoratori e processo*, cit., p. 695 ss.

¹¹⁸³ Per stare al lessico adoperato da M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2012, p. 551 ss.; EAD., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in *Il diritto de lavoro al tempo della crisi*, Atti cit., p. 197 ss.

mande volte a far valere la tutela obbligatoria del novellato art. 18, e che ora di esso non usufruisce chi invochi un' ipotesi eccezionale di tutela reale.¹¹⁸⁴ Ed analogo spiegazione può essere fornita con l'inapplicabilità, sempre per i contratti stipulati dal 7 marzo 2015, del tentativo obbligatorio pregiudiziale per il licenziamento determinato da giustificato motivo oggettivo,¹¹⁸⁵ qui sostituita da un istituto, quello dell'offerta di conciliazione,¹¹⁸⁶ i cui aspetti monetari sono ulteriormente accentuati anche attraverso il sostegno fiscale (art. 6 d.lgs. cit.).

2. Duplicità dei riti e licenziamenti collettivi.

La non applicazione del rito speciale ai licenziamenti relativi ai nuovi contratti, sia o meno sistematicamente corretta, porta con sé, lo si accennava in precedenza, delicati profili critici innanzitutto nelle vicende collettive riguardanti licenziamenti coinvolgenti ad un tempo lavoratori assunti prima e dopo il d.lgs. Solo per fare un esempio, si pensi all'impugnazione giudiziale per violazione dei criteri di scelta da parte di più lavoratori vecchi e nuovi e quindi soggetti a regime processuale differente, per decidere la quale è all'evidenza più che opportuna una uniformità di regole processuali e di *corsie* e la trattazione unitaria di controversie promosse avanti lo stesso giudice: basti pensare alla necessità della valutazione dei criteri delle esigenze dell'impresa, dell'anzianità e del carico di famiglia rispetto ai quali i lavoratori assunti prima e dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo, ma interessati dalla medesima operazione riduttiva del personale, sono in conflitto da di loro. Ebbene, la diversità di rito e la nota mancanza di regolamentazione al riguardo della connessione di questioni impedisce il *simultaneus processus*,¹¹⁸⁷ con ciò facendo insorgere dubbio di costituzionalità sotto il profilo dell'irragionevolezza.

3. Le discriminazioni: pluralità dei procedimenti.

L'inapplicabilità del *rito Fornero* ai licenziamenti di lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti fa sì che per costoro non si ponga la questione della compatibilità della disciplina processuale delle discriminazioni di cui all'art. 28, comma 1, d.lgs. n. 150/2011 con quella di cui alla l. n. 92/2012 e con quella di cui agli artt. 36 ss. d.lgs. n. 198/2006; questione sorta a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 92 stessa, ed a mio avviso condivisibilmente risolvibile in senso affermativo.¹¹⁸⁸ Si deve pertanto ritenere, nel caso di discriminazione riguardante lavoratore assunto prima del 7 marzo 2015, che sia lasciata all'attore la scelta di utilizzare, oltre che il rito della l. n. 533/1973, il procedimento sommario di cognizione di cui all'art. 702 *bis* c.p.c. (cui l'art. 28, comma 3 cit. rinvia) ed il procedimento previsto dagli artt. 36 cit., ovvero il rito previsto dalla l. n.

¹¹⁸⁴ Spunti in D. BORGHESI, *op. cit.*, p. 4.

¹¹⁸⁵ Cfr. D. BORGHESI, *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁸⁶ Per il quale cfr. D. BORGHESI, *op. cit.*, p. 5 ss.; A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *unict.it*, WP M. D'Antona, 2015, n. 245, p. 8 ss.

¹¹⁸⁷ Cfr., ad es., Cass., 6 dicembre 2006, n. 26158, in *Mass. Foro it.*, 2007, c. 268.

¹¹⁸⁸ Cfr., da ult., E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela processuale*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 82 ss., anche per i profili inerenti le azioni contro le discriminazioni collettive.

92 cit.,¹¹⁸⁹ con notevoli differenze anche in punto competenza territoriale, *jus postulandi*, impugnazione, e altro (v. *infra*). Questo, però, non sembra incidere sull'alleggerimento del carico probatorio del lavoratore e sulla sanzione risarcitoria¹¹⁹⁰ (v., ancora, *infra*).

Va poi considerato che, accogliendo i rilievi espressi nel parere reso dalla XI commissione permanente del Senato¹¹⁹¹ sullo schema del Governo (atto n. 134) che faceva generico riferimento al licenziamento discriminatorio tra i casi residuali di tutela reale forte, si è nel decreto legislativo precisato che la discriminatorietà vada individuata <<a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni>>.¹¹⁹² Il decreto legislativo si è così conformato *in parte qua* al testo dell'analogia disposizione della l. n.92 cit., ma con l'aggiunta delle <<successive modificazioni>>.

In tal modo si è evitato che in materia di licenziamento si potesse pensare, specie nella contrapposizione con l'enunciato del 2012 (art. 1, comma 42, l. n. 92 del 2012), che operasse in materia di licenziamento il principio di parità di trattamento, e soltanto per i *nuovi* assunti. Ciò per non essere la discriminazione vietata ancorata a specifiche ragioni, come è anche secondo la normativa eurounitaria,¹¹⁹³ pur se questa mostra una tendenza all'allargamento di tipo universalistico della tutela antidiscriminatoria.¹¹⁹⁴

Si deve ritenere che nell'area del licenziamento discriminatorio in questione non rientri il licenziamento per ritorsione e in genere il licenziamento per motivo illecito, in passato dalla giurisprudenza ricondotti sotto la protezione della tutela antidiscriminatoria (v. *infra*).¹¹⁹⁵

Per il licenziamento discriminatorio sono quindi contemplati vari procedimenti:

per i nuovi assunti, in alternativa al rito della l. n. 533 del 1973, quello di cui all'art. 28 cit. riguardante i licenziamenti per le sole ragioni contemplate dal comma 1 dell'art. 28 stesso, e quello speciale previsto per le discriminazioni di genere dagli artt. 36 ss. d.lgs. n. 198/2006, mentre, per le altre ragioni, il procedimento di cui agli artt. 409 ss. c.p.c.,¹¹⁹⁶ e quello speciale previsto per le discriminazioni di genere dagli artt. 36 ss. d.lgs. n. 198/2006;

¹¹⁸⁹ Sulla diversità di regole procedurali in materia di discriminazioni cfr., da ult., R. SANTAGATA de CASTRO, R. SANTUCCI, *Diritto antidiscriminatorio e accesso alla giustizia: Unione europea, Germania e Italia a confronto*, in *Dir. lav. mercati*, 2014, p. 356.

¹¹⁹⁰ Che di sanzione si tratti si evince dal comma 6 dell'art. 28.

¹¹⁹¹ Nel parere, che può leggersi in allegato al resoconto della seduta dell' 11 febbraio 2015 (in www.senato.it), la XI commissione, constatata la mancanza di un riferimento espresso alle fattispecie di licenziamento discriminatorio previste dall'ordinamento, ha sottolineato l'opportunità di <<definire meglio il perimetro applicativo dello stesso articolo (con ripresa, senza variazioni, dell'elenco di criteri di differenziazione vietati contenuto nell'articolo 15 dello Statuto dei Lavoratori) e specificare se esistono casi di nullità sottratti al regime descritto>>.

¹¹⁹² Che a sua volta rimanda ai casi di cui agli art. 4 l. n. 604/1966 e 15 l. n. 300/1970 come modificato dall'art. 13 l. n. 903/1977. Quindi: ragioni determinate da credo politico o fede religiosa, appartenenza ad un sindacato o partecipazione ad attività sindacali; adesione o non adesione ad una associazione sindacale o cessazione di farne parte, affiliazione o attività sindacale ovvero partecipazione a uno sciopero; discriminazione religiosa, politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso.

¹¹⁹³ Cfr., da ult., E. TARQUINI, *op. cit.*, p. 19 ss.

¹¹⁹⁴ Cfr. M. BARBERA, *op. cit.*, p. XXXII.

¹¹⁹⁵ Cfr., tra le altre, Cass., 1 dicembre 2010, n. 24347, in *Mass. Foro it.*, 2010, 1048.

¹¹⁹⁶ Motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 44 d.lgs. n. 286/1998); motivi di razza o etnici (art. 4 d.lgs. n. 215/2003); motivi di handicap, età, orientamento sessuale o convinzioni personali (art. 4 d.lgs. n. 216/2003).

per i vecchi assunti, i riti speciali e il rito della l. n. 533 del 1973 predetti e quello *Fornero*, i primi sempre riguardante i licenziamenti per le sole ragioni contemplate da essi, il terzo, che per l'orientamento dominante è obbligatorio e anche per il datore di lavoro, riguardante un ambito leggermente diverso (ad esempio, non sono previste le ragioni di nazionalità e di handicap, ed è previsto il motivo di sesso).

3.1. Onere della prova e altre misure processuali delle discriminazioni per le quali sono dettate specifiche regole di rito.

La natura sostanziale dell'alleggerimento dell'onere della prova per le (sole) discriminazioni nominate – si rammenta che non a caso la disciplina generale sull'onere della prova è contenuta nel codice civile (art. 2697), che ammette anche la stipulazione di patti diretti a modificarlo¹¹⁹⁷ e nella cui relazione, al n. 6, 5° capoverso, si legge di <<norme apparentemente processuali>>¹¹⁹⁸ – induce a ritenere che tale misura operi anche quando il rito utilizzato sia stato altro.¹¹⁹⁹ Non vi è del resto ragione per legare al tipo di procedimento una misura la cui logica è piuttosto correlata dal diritto dell'Unione europea alle posizioni giuridiche tutelate (v. art. 8 direttiva 2000/43, art. 10 direttiva quadro 2000/78; altresì Corte giust. CE, 27 ottobre 1993, n. 127/92; 17 ottobre 1989, n. 109/88).¹²⁰⁰

Lo stesso è per la peculiare sanzione risarcitoria prevista dall'art. 28, comma 5 d.lgs. n. 150/2011 e dall'art. 37, comma 4, d.lgs. n. 198/2006, pur se l'enunciato normativo fa riferimento all'ordinanza e, rispettivamente, al decreto, ma ciò, quanto al primo, perché è appunto l'ordinanza che definisce in primo grado il procedimento e che è poi appellabile (e il giudice d'appello decide con sentenza che ovviamente potrà contenere la statuizione risarcitoria). Quanto al secondo, perché il d.lgs. n. 198 cit. considera la sanzione già nella fase sommaria; sanzione che però potrà essere inflitta anche nella fase d'opposizione e in grado d'appello, che si chiudono entrambe con sentenza.

Diverso è invece circa alcune misure processuali quali l'adozione del piano di rimozione delle discriminazioni collettive, e, forse, dell'ordine di pubblicazione, che sembrano strettamente legate alla disciplina processuale delle discriminazioni di genere e – oppure o - al rito sommario unificato del 2011.

3.2. I licenziamenti discriminatori *altri* e i licenziamenti nulli.

Quanto detto sopra sull'alleggerimento dell'onere della prova attutisce, per i licenziamenti discriminatori, le difficoltà per il lavoratore di dimostrare una ragione siffatta. Ciò non vale, però, non solo con riguardo ai licenziamenti discriminatori non contemplati dalle disposizioni suddette, ma

¹¹⁹⁷ In punto si fanno proprie le considerazioni di S. PATTI, *Prove Disposizioni generali*, in *Commentario al codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-II foro italiano, Bologna, Roma, 1988, p. 46 ss., spec. 48-49. A tale contributo, sempre p. 46 ss., si rinvia per efficace sintesi del tradizionale dibattito in argomento, <<in verità sopito negli ultimi anni>> come *ivi* evidenziato.

¹¹⁹⁸ Al riguardo cfr. già L.P. COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XIX, 1, Utet, Torino, 1985, p. 169.

¹¹⁹⁹ Spunto in D. BORGHESI, *op. cit.*, p. 8.

¹²⁰⁰ Rispettivamente in *Mass. Giur. lav.*, 1994, p. 363, con nota di R. FOGLIA, *Ancora in tema di parità uomo-donna: la corte di giustizia affila le armi contro le discriminazioni sessuali*, e in *Dir. lav.*, 1990, II, p. 286, con nota di R. FOGLIA, *Parità di trattamento, discriminazioni indirette ed onere della prova nella giurisprudenza della corte di giustizia-Cee*.

anche per un'altra ipotesi per la quale il l'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 prevede la tutela reale forte, quella del licenziamento <<riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge>>. A quest' ultimo proposto si deve sottolineare che l'inclusione nel testo dell'avverbio <espressamente> fa ritenere che siano compresi nell'ambito di previsione normativa i soli casi in cui la conseguenza della nullità sia specificamente indicata negli enunciati normativi. Non è infatti condivisibile la diversa tesi¹²⁰¹ per la quale sarebbero soggette al disposto tutte le ipotesi di contrarietà a norme imperative in quanto anche l'art. 1418 c.c. contempla per esse, espressamente, la nullità. La tesi non è convincente non solo e non tanto perché toglie ogni significato all'inclusione dell'avverbio, ma anche perché la nuova formulazione si contrappone alla precedente il cui testo, *in parte qua* analogo, l'avverbio non prevedeva. Vi è piuttosto un problema di compatibilità con la delega, che non distingue tra i licenziamenti nulli nel prevedere la conseguenza della reintegrazione.

Analoghe considerazioni valgono per il licenziamento per ragioni discriminatorie non nominate o per quello per ritorsione o determinato da motivi illeciti, per i quali, come si è prima accennato, non sembrano applicabili i precedenti approdi giurisprudenziali. Questo non tanto perché nel testo manca il richiamo dell'art. 1345 c.c. in patente contrapposizione con il testo precedente dell'art. 1, comma 42, l. n. 92/2012,¹²⁰² quanto perché è contraddittorio che il microsistema della materia escluda la tutela reale per i licenziamenti nulli *ex art.* 1418 c.c. e la riconosca, *ultra textum*, per quelli in questione.

L'inapplicabilità delle regole della tutela reale, però, non significa che sul piano sistematico più generale venga a crearsi un'intollerabile aporia: una nullità, quella pure generalissima che deriva dalla violazione di norma imperativa o da ragioni diverse da quelle per cui essa è espressamente prevista, che non è tale, nel senso che non esprima la mancata produzione di effetto negoziale e finale propria dell'atto cui si riferisce (v., però, *infra*).

Ciò significa invece che a tali ipotesi si applichi il diritto *primo*, il diritto civile dei contratti (e degli atti unilaterali); *id est*, si producono le conseguenze di diritto comune,¹²⁰³ le quali possono ritenersi compatibili con la delega dando al termine <<reintegrazione>> in essa contenuto un'accezione fattuale e non tecnica nel peculiare senso dell'art. 18 dello statuto.

Ancora una volta viene pertanto a verificarsi quello che già negli ultimi anni si è verificato (si pensi all'uso della nullità per frode alla legge nel caso di abuso del contratto a termine),¹²⁰⁴ e che cioè il diritto dei contratti, il diritto tendenzialmente *tra uguali*, venga in soccorso di un diritto pure orientato alla tutela del contraente dotato di minore forza contrattuale. Neppure qui si inibisce questo soccorso, non impedendosi che il diritto *primo* assolva alla sua funzione. Ovviamente, come rilevato all'inizio del § precedente, non possono qui operare le regole sull'alleggerimento dell'onere della prova previste dalla tutela antidiscriminatoria nominata.

È però il caso di sottolineare che la soluzione accolta in questo e nel precedente paragrafo presupponga che la legge di delega ed il decreto delegato del 2014-2015 non abbiano elevato al

¹²⁰¹ Cfr. S. GIUBBONI, *op. cit.*, p. 9 ss.

¹²⁰² È stata prospettata, sia pure come ipotesi, la tesi per cui la nuova disposizione, non contenendo il riferimento all' art. 1345 c.c., abbia allargato l'area di applicabilità della nullità: cfr. S. GIUBBONI, *op. cit.*, p. 8 ss.

¹²⁰³ Cfr., sia pure proponendola come tesi subordinata, S. GIUBBONI, *op. cit.*, p. 9 ss.

¹²⁰⁴ Cfr., da ult., Cass., 8 gennaio 2015, n. 62, in *Foro it.*, 2015, I, 473, con nota di richiami di A. PERRINO.

rango dell'ordine pubblico la nuova disciplina dei licenziamenti in ragione della funzione economicistica della certezza di cui si diceva all'inizio: in tal caso, infatti, verrebbe meno il carattere inderogabile della norma non sanzionata espressamente di nullità o la stessa illiceità dell'atto; venir meno che troverebbe un aggancio testuale nella secca dicitura <<il regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo è disciplinato dalle disposizioni di cui al presente decreto>> contenuta nell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

Senonché, una tesi siffatta conduce al paradosso di una disciplina lavoristica, come tale pur sempre di tutela del contraente debole, che depotenzia la normativa generale sui contratti a danno dello stesso. Ancor più paradossale è che tale disciplina si risolverebbe nel rendere priva di sanzione l'atto nullo, posto che la tutela indennitaria è dagli art. 2-4 contemplata per ipotesi differenti dalla nullità non espressa.

Senza dire della già sopra accennata mancanza di delega al riguardo e dunque della necessità di interpretare la disposizione in termini alla delega conformi e quindi conformemente a Costituzione.¹²⁰⁵ Si deve quindi ritenere che la su trascritta dicitura si riferisca alle sole ipotesi indicate in tali articoli, per il resto dovendosi applicare appunto il diritto civile comune.

4. L'onere della prova relativo ai licenziamenti orali.

Non vi è traccia normativa alcuna per ritenere intaccati dalla nuova disciplina gli approdi in ordine alla distribuzione del carico probatorio per i licenziamenti intimati in forma orale, anch'essi soggetti alle regole della stabilità reale forte ex art. 2 d.lgs. cit. Pertanto deve senz'altro valere il *dictum* giurisprudenziale per il quale "ove si controverta sulle modalità di risoluzione del rapporto di lavoro con affermazioni contrapposte (licenziamento orale o dimissioni), avendo riguardo alla disposizione di cui all'art. 2697, comma 1 e 2, c.c., sul lavoratore grava esclusivamente la prova della cessazione del rapporto lavorativo, mentre la controdeduzione del datore di lavoro riguardante le dimissioni ha valore di eccezione e la relativa prova ricade su esso eccipiente; in mancanza della prova delle dimissioni incombe sul datore di lavoro, inoltre, l'onere di provare il requisito della forma scritta del licenziamento prescritta ex lege a pena di nullità".¹²⁰⁶

5. L'onere della prova per i licenziamenti disciplinari.

Sempre con riguardo alla ripartizione dell'onere probatorio, più complicato è il problema che investe il licenziamento disciplinare, di regola soggetto a stabilità obbligatoria piena, ma in via d'eccezione soggetto a stabilità reale debole, nel senso che alla conseguenza della reintegrazione si aggiunge quella dell'indennità commisurata alla ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, ma, a differenza di quanto previsto all'art. 2 del d.lgs., con il limite di dodici mensilità e con la detrazione non solo dell'*aliunde perceptum* ma anche dell'*aliunde percipiendum* ove il lavoratore non abbia accettato una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 181/2000. L'eccezione richiede l'insussistenza del fatto materiale contestato <<direttamente dimostrata>>, <<rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento>>.

¹²⁰⁵ Tra le recenti, Cass., 22 agosto 2013, n. 19440, in *Mass. Foro it.*, 2013, c. 721.

¹²⁰⁶ Cfr., tra le altre, Cass., 8 gennaio 2009, n. 155, in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, p. 579, con nota di F. AIELLO, *Licenziamento orale, dimissioni e onere della prova*.

Al di là di quello che si potrebbe pensare ad una prima lettura del testo, il d.lgs. non attua il ribaltamento dell'onere della prova attribuito al datore di lavoro dall'art. 5 l. n. 604/1966. A tale conclusione si deve pervenire non sul rilievo che la indicata disposizione non è stata espressamente abrogata – tutta la legge n. 604 è rimasta in vigore per i vecchi contratti, e si è invece introdotta con il d.lgs. una diversa disciplina per alcuni aspetti dei nuovi, tra i quali potrebbe ritenersi compresa la disciplina dell'onere della prova, così inasprendosi il profilo di costituzionalità per difetto di delega sopra evidenziato¹²⁰⁷ ma considerandosi i due differenti piani su cui ha agito la riforma del 2015, quello della esistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento e l'altro delle conseguenze dello stesso. Mentre sul primo piano si muove l'art. 5 cit., sul secondo si muove l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 cit.

Senonché, potrebbe obiettarsi che la prova della giusta causa comprende l'esistenza del fatto materiale contestato, per cui la nuova regola verrebbe a perdere senso. Ma non è così: innanzitutto è estraneo al fatto materiale contestato ogni ulteriore profilo di fatto rilevante in materia (ad es., il numero dei dipendenti o la clausola di contratto collettivo contenente il codice disciplinare). Vi è poi che se il datore di lavoro fornisce la prova del fatto materiale stesso, *nulla quaestio*, nel senso che o il licenziamento è munito di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, o comunque, ove le ulteriori valutazioni, ad esempio sulla proporzionalità, lo escludano, opererà la tutela obbligatoria forte sussistendo appunto il fatto materiale.¹²⁰⁸ Altrimenti, opererà sempre appunto la tutela obbligatoria forte, e cioè se la prova non sia stata fornita dal datore di lavoro per mancata deduzione o non ammissione dei mezzi di prova ovvero per incertezza sulle risultanze istruttorie. Opererà, invece, la tutela reale se il lavoratore provi la insussistenza del fatto materiale.

Quest'ultimo rilievo apre la strada al profilo maggiormente critico della disciplina, concernente il limite probatorio posto al lavoratore laddove il d.lgs. ha precisato che la dimostrazione dell'insussistenza del fatto debba essere <<*direttamente dimostrata in giudizio*>>. Ebbene, la estrema precisione del testo non può essere ignorata,¹²⁰⁹ e depone univocamente nel senso appunto del limite di utilizzazione – e, ancor prima, di ammissibilità – della prova indiretta, e quindi delle presunzioni e della prova sui fatti secondari, quelli, pure, da cui si ricava l'esistenza dei fatti primari.¹²¹⁰ È palese allora il *vulnus* all'art. 24 cost. anche in combinazione con l'art. 3, comma 1 cost. (con quest'ultimo per lo squilibrio difensivo rispetto al datore di lavoro che può utilizzare ogni prova), tanto più se si considera che la prova che il lavoratore deve fornire coinvolge un fatto

¹²⁰⁷ Spunto in E. BARRACO, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *Lavoro giur.*, 2015, p. 130.

¹²⁰⁸ Conf. P. ICHINO, risposta a lettera pervenuta il 27 maggio 2015, in www.pietroichino.it; altresì M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema del decreto)*, intervento a *I decreti attuativi del Jobs Act*, cit., 5.5, anche in *unict.it*, *WP D'Antona it.*, 2015, n. 236 (le citazioni, in seguito, dal predetto intervento; G. MIMMO, *Appunti su schema di decreto legislativo (Attuazione della legge delega 10.12.2014 n. 183)*, in legge-e-giustizia.it/documenti, § 3.1.1.

¹²⁰⁹ È in fondo quanto fa C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *op. cit.*, .36 ss.

¹²¹⁰ Cfr. M. MARAZZA, *op. cit.*, § 5.5. Sulla nozione di prova indiretta cfr. per tutti M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, Giuffrè, Milano, 1992, p. 426 ss., in particolare p. 429 ss. in cui è sottolineato il carattere non ontologico ma funzionale e relazionale della distinzione tra prova diretta ed indiretta, rilevandosi che l'oggetto della prova indiretta, a differenza di quello della prova diretta, è costituito da un fatto diverso da quello che deve essere provato in quanto giuridicamente rilevante ai fini della decisione.

negativo, e quindi non può che essere fornita dimostrando l'esistenza di fatti positivi contrari, e quindi non può che essere indiretta. Questo a meno che voglia fornirsi una lettura costituzionalmente orientata della disposizione,¹²¹¹ la quale però non sarebbe tale cozzando clamorosamente con il testo ed in sostanza ignorandolo facendo come se l'avverbio <<direttamente>> non vi fosse contenuto. O a meno che si legga la diretta dimostrazione dell'insussistenza del fatto come irrilevanza degli elementi accertati in altro giudizio, questo però irragionevolmente impedendo persino l'operatività di altro giudicato, ad esempio espresso in sede penale.

6. La prova in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e licenziamento collettivo.

Circa il licenziamento per giustificato motivo oggettivo i problemi suddetti non si pongono. La predetta mancanza di abrogazione dell'art. 5 l. n. 604 cit. e le regole generali sull'onere della prova implicano che la causale del licenziamento e gli altri vari profili di fatto debbano essere provati dal datore di lavoro.

Si pone, però, quanto al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, altra delicata questione, quella in cui, al fine di evitare l'applicazione delle regole della stabilità reale, sia stata addotta una causale oggettiva che nasconda una causale disciplinare.

In tal caso, ad avviso di chi scrive non è tanto il problematico ricorso alla tutela antifraudolenta che potrà farsi dal lavoratore, quanto – ma sul piano pratico ciò non è molto diverso – il sostenere e provare che la causale era appunto di altro tipo. Prova qui non soggetta a limiti di sorta, e, in particolare, fornibile anche attraverso presunzioni e fatti secondari. Ci si rende comunque perfettamente conto che una prova siffatta non è semplice, specie quando il documento contenente la causale sia stato formato in modo avvertito.

Sempre le regole generali fanno sì che il carico probatorio in materia di licenziamenti collettivi sia in capo al datore di lavoro.

7. Il rapporto privatizzato dei dipendenti delle p.a. ed il rito Fornero.

È discussa, come del resto lo è stata l'applicabilità della modifica dell'art. 18 l. n. 300/1970 attuata dalla l. n. 92/2012,¹²¹² l'applicabilità della disciplina dei licenziamenti contenuta nel d.lgs. n. 23/2015 al rapporto di lavoro privatizzato dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Fermo che le dichiarazioni di alcuni componenti del Governo per le quali tale applicabilità è stata rimandata alla riforma della pubblica amministrazione non hanno valenza interpretativa, da una parte, coloro che sostengono la tesi positiva valorizzano la mancanza, nella legge delega di esplicita esclusione del lavoro pubblico, soggetto alla generale disciplina del rapporto di lavoro ex artt. 51 e 2 d.lgs. n. 165/2001;¹²¹³ dall'altra, chi sostiene la tesi contraria,¹²¹⁴ a mio avviso condivisibile, fa

¹²¹¹ Cfr. D. BORGHESI, *op. cit.*, p. 3.

¹²¹² Per opposte posizioni cfr., ad es., F. CARINCI, *Art. 18 st. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *Lavoro nelle p. a.*, 2012, p. 251 ss., e L. CAVALLARO, *Perché il nuovo art. 18 st.lav. si applica al pubblico impiego*, in *Lavoro nelle p. a.*, 2013, p. 927 ss., ed *ivi*, p. 927, anche riferimenti al dominante indirizzo della giurisprudenza di merito. Quadro riepilogativo in M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. BARBIERI, D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 47 ss., anche riferimenti in nota.

¹²¹³ Cfr. G. MIMMO, *op. cit.*, §2.3, M. MARAZZA, *op. cit.*, § 4.1, sia pure in termini problematici.

¹²¹⁴ Cfr. F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in *Lavoro o giur.*, 2015, p. 114 ss.; C. PISANI, *op. cit.*, p. 50 ss.; A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *cit.*, p. 99 ss.

leva sul fatto il d.lgs. si riferisce anche ai lavoratori con la categoria di quadri (art. 1, comma 1), inesistente nel lavoro pubblico, e sul fatto che sempre la stessa disposizione non comprende i dirigenti, per i quali, secondo giurisprudenza consolidata, trova applicazione, se pubblici, l'art. 18 l. n. 300/1970: se quindi il d.lgs. si applicasse ai *nuovi* operai ed impiegati pubblici si avrebbe la conseguenza irragionevole, al limite del paradossale, per la quale godrebbero della tutela dell'art. 18, originaria o modificata dalla l. n. 92/2012, soltanto i *nuovi* dirigenti. Inoltre, manca, con riguardo alla pubblica amministrazione, la *ratio* riduttiva dell'occupazione e d' incentivo alle assunzioni a tempo indeterminato sottesa alla disciplina ed espressa nell'art. 1, comma 7, l. n. 184/2014 cit. Vi è altresì da chiedersi se la mera differenza temporale di assunzione renda compatibile la diversità di disciplina con il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 cost.

Si avrebbe infine, per quanto interessa particolarmente in questa sede, la soggezione al *rito Fornero*, con tutte le implicazioni sopra illustrate, *ivi* compresa quella inerente la corsia preferenziale, dei soli rapporti dirigenziali, con ulteriore, irragionevole diversificazione del trattamento processuale.

8. Conclusioni critiche sulla *Babele processuale*.

Insomma, dalle considerazioni illustrate nei precedenti paragrafi emerge una vera e propria *Babele dei riti*, ed anzi più generalmente una *Babele processuale*, tale da vanificare l'intento di semplificazione alla base del d.lgs. n. 150/2011. E fa quasi tenerezza il ripetuto, quasi ossessivo ricorrere, nella legge di delega n. 183/2014, appunto del riferimento alla semplicità e alla semplificazione; quelle *virtù* che, lo si è detto all'inizio, per il legislatore dovrebbero attrarre gli investimenti e quindi favorire l'occupazione.