

Ilaria Pagni

L'effettività della tutela in materia di lavoro *

SOMMARIO: 1. Alcune necessarie premesse – 2. Portata e limiti del principio chiovendiano del «tutto quello e proprio quello» – 3. Il principio di effettività e la materia del lavoro: gli strumenti processuali – 4. Ancora sul principio di effettività nelle controversie di lavoro: la tutela avverso il licenziamento illegittimo

1. Alcune necessarie premesse

Nel codice di procedura civile, a differenza del codice del processo amministrativo (che all'art. 1 prevede che la giurisdizione amministrativa assicuri «una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo»), manca un riferimento espresso al principio di effettività della tutela giurisdizionale.

E tuttavia, indipendentemente da qualsiasi norma espressa, è immanente al processo il principio per cui l'interesse della parte ad una forma di tutela rende ammissibile la stessa – salva la necessità di previsioni esplicite in tema di tutela costitutiva – nei limiti della massima strumentalità tra diritto sostanziale e processo: in ciò consistendo il principio di atipicità delle forme di tutela, correlato a quello dell'atipicità dell'azione ricavato dall'art. 24, Cost.

Ma non è solo l'art. 24, Cost. la previsione su cui si basa il principio di effettività. Prima ancora del ruolo che la norma costituzionale ha assunto, col trascorrere degli anni, nel diritto interno¹, determinante è stata l'opera

* Il presente scritto è dedicato a Maurizio Converso e trae spunto dalla relazione tenuta al convegno 'L'effettività dei diritti nel mondo del lavoro', organizzato dalla sezione toscana del Centro Studi di diritto del lavoro 'Domenico Napoletano' e dalla Scuola Superiore della Magistratura – Formazione decentrata del distretto di Firenze, il 4 dicembre 2015.

¹ In origine, infatti, la Corte costituzionale, quando è stata chiamata a pronunciarsi sul significato del riconoscimento del diritto di azione, ha affrontato il tema dell'effettività da un angolo visuale che involgeva più i profili soggettivi e tecnici del diritto alla tutela, che non quelli – per così dire – contenutistici. Soprattutto in passato, nella maggior parte dei casi le pronunce dichiarative di illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 24, hanno riguardato o disposizioni che pregiudicavano la possibilità di accesso al giudizio, oppure quelle

compiuta, a livello europeo, dalla Corte di Strasburgo e dalla Corte di Giustizia, che non si sono limitate a tracciare il quadro delle garanzie processuali operanti ‘nel giudizio’, ma hanno soprattutto fatto emergere i contenuti del diritto ‘al processo’². È stato infatti grazie al richiamo agli artt. 6 e 13, CEDU, direttamente applicabili in Italia per effetto del trattato di Lisbona e del nuovo testo dell’art. 6, TUE, e grazie all’opera compiuta dalla Corte di Giustizia nello spostare progressivamente l’accento dal diritto al processo al diritto ad un rimedio adeguato, che il diritto contemplato dall’art. 24, Cost. ha assunto una connotazione più ampia, sì che oggi è possibile affermare che la correlazione tra diritto sostanziale e processo rappresenta «pur con una pluralità di espressioni diverse, un punto ormai fermo nelle tradizioni di *civil* e di *common law*»³.

Parlare di effettività della tutela oggi significa, dunque, ‘diritto ad un rimedio effettivo’: significa cioè valorizzare al massimo il principio chiovendiano, in virtù del quale il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva «tutto quello e proprio quello» che il diritto sostanziale riconosce⁴.

che limitavano i poteri processuali, indispensabili per ottenere tutela. Nel tempo, tuttavia, la Corte costituzionale ha fatto sì che il legislatore interno assicurasse sempre più la «correlazione indissolubile fra il riconoscimento sostanziale di un diritto o di un interesse, giuridicamente protetti, e le possibilità di una loro piena tutela nel processo, attraverso un’adeguata gamma di mezzi di attuazione o di realizzazione giurisdizionale». Celeberrima, in proposito, è Corte cost. 28 giugno 1985, n. 190, in «Foro it.», 1985, I, col. 1881, con nota di A. PROTO PISANI, con la quale, in nome del principio chiovendiano del «tutto quello e proprio quello», fu esteso al processo amministrativo, che prevedeva come misura cautelare la sola sospensione, l’intero contenuto dell’art. 700, c.p.c.

² Sull’evoluzione che ha portato dal richiamo alle norme dei trattati, nell’interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, all’elaborazione, ad opera questa volta della Corte di giustizia, di un principio generale del diritto comunitario che è divenuto parte essenziale della ‘costituzione comunitaria’ e che si concreta non tanto (o soltanto) nel potere di iniziativa del singolo di adire un tribunale e di godere di determinate garanzie di procedura in un’azione civile in corso, quanto nel diritto del singolo a che il giudizio a che il giudizio concretamente instaurato trovi il suo sbocco in un provvedimento di tutela idoneo ad assicurare la piena soddisfazione dell’interesse azionato, v. N. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Giappichelli Torino 2011, pp. 107 ss., e particolarmente, sul diritto alla tutela giurisdizionale come diritto ad un rimedio effettivo, pp. 128 ss.

³ L.P. COMOGGIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1991, p. 675.

⁴ L’affermazione del principio per cui il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva «tutto quello e proprio quello» che il diritto sostanziale riconosce si ha con riferimento alla necessità di trovare un rimedio per l’ipotesi di inadempimento degli obblighi nascenti dal contratto preliminare, in assenza di una disposizione come quella che poi sarebbe stata introdotta nel codice del ’42 con l’art. 2932, cod. civ.: G. CHIOVENDA, *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in «Riv. dir. comm.», 1911, pp. 99 ss.

Il principio è corredato, oltre che da un antecedente logico, il diritto di accesso ad un giudice, da un profilo successivo, quello per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione⁵: il che postula, astrattamente, una coincidenza di prospettive tra effettività della tutela ed efficienza della giurisdizione, quando invece le due istanze possono entrare in contrasto qualora, in nome del rilievo per cui la giustizia è una risorsa scarsa, o per il timore dell'abuso del processo, la ricerca di soluzioni che consentano al processo di funzionare nel modo migliore e più rapido pregiudichi l'aspirazione del singolo ad una tutela giudiziale 'incondizionata'⁶, articolata su tre gradi di giudizio, senza limitazioni o filtri di sorta.

L'efficienza, infatti, opera soprattutto sul piano dell'interesse generale, mentre l'effettività muove essenzialmente da una prospettiva individuale.

È perciò nella complementarità, ma al tempo stesso nella inevitabile contrapposizione tra prospettiva individuale e interesse generale, che deve cogliersi quella tensione tra effettività ed efficienza nella cui ottica debbono leggersi le scelte del legislatore di questi anni, con riferimento al processo civile e del lavoro: scelte volte a potenziare il ruolo delle forme alternative di risoluzione delle controversie⁷, a contrastare l'abuso del processo con sanzioni di carattere economico o di tipo processuale⁸, a trasformare l'appello in

⁵ In questo senso, R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Jovene Napoli 2008, p. 7.

⁶ Il riferimento è a quelle forme di giurisdizione condizionata che presuppongono tentativi obbligatori di conciliazione prima dell'avvio del processo, che tanta parte hanno avuto in questi anni nell'opera del legislatore, fino a culminare nel d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, col quale si è previsto che, in determinate materie, l'esperienza della mediazione sia condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Sul rapporto tra questa previsione e l'art. 24, Cost., v. Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, in «Corriere giur.», 2013, p. 257, con mio commento *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della corte costituzionale 6 dicembre 2012 n. 272*. V. inoltre Corte giustizia Unione europea, 18 marzo 2010, n. 317-320/08, in «Foro it.», 2010, IV, coll. 361 ss., con note di G. ARMONE e P. PORRECA, per la quale il tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale può operare come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali, «purché la procedura obbligatoria non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti».

⁷ Da ultimo, con l'introduzione, ad opera del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (cd. *Jobs Act*), dell'offerta di conciliazione, che produce l'estinzione del rapporto di lavoro (e la rinuncia all'impugnazione anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta) per il caso di accettazione, da parte del lavoratore, dell'assegno circolare offerto dal datore di lavoro e portante una mensilità della retribuzione per ogni anno di servizio, in misura comunque non superiore a diciotto mensilità. Cfr., sul punto, D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in <www.judicium.it> (ultimo accesso 02.03.2016).

⁸ Oppure con disposizioni come quella contenuta nell'art. 20, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, che, a fronte di una pluralità di domande o di

un giudizio sempre più a carattere impugnatorio, a ridurre gli spazi per il ricorso in cassazione, e via dicendo⁹.

In nome dell'efficienza, e al tempo stesso con l'obiettivo dell'effettività, sono state introdotte, negli anni, forme di tutela differenziata per alcuni tipi di diritti (com'è avvenuto con la predisposizione di tutele sommarie non cautelari a protezione di determinati tipi di credito e dei diritti del locatore, o in reazione a pratiche antisindacali o discriminatorie, oppure con la sperimentazione, poi abortita, di un rito apposito per le controversie commerciali, nonché con un impiego sempre più ampio del processo camerale in materia di giurisdizione contenziosa e non soltanto di giurisdizione volontaria)¹⁰. E si è tentato di premere ulteriormente il tasto dell'accelerazione, dopo la scelta compiuta per tutta la materia del lavoro con la riforma del processo del 1973, tratteggiando corsie preferenziali per l'impugnativa dei licenziamenti nell'art. 1, 47° comma e ss., l. 28 giugno 2012 n. 92 (c.d. rito Fornero, oggi soppresso per i licenziamenti di cui al d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23)¹¹.

azioni esecutive che frazionano un credito relativo al medesimo rapporto, e in mancanza della riunione disposta d'ufficio dal giudice ai sensi dell'art. 151, disp. att. c.p.c., ha previsto l'improcedibilità delle domande successive alla prima e dei pignoramenti successivi al primo.
⁹ Ed è in nome dell'efficienza (sia pure con una rinnovata attenzione anche a profili di effettività, quantomeno per quanto riguarda il giudizio di cassazione) che sono stati immaginati, anche da ultimo, ulteriori interventi sul processo civile nel recente disegno di legge delega presentato alla Camera l'11 marzo 2015, approvato il 10 marzo 2016 e trasmesso all'altro ramo del Parlamento, rubricato appunto *Per l'efficienza del processo civile*.

¹⁰ Si veda sul punto la nota polemica tra A. PROTO PISANI, *Note minime sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in «Dir. e giur.», 1978, pp. 534 ss.; ID., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata* (relazione presentata al XIII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, svoltosi a Catania il 28-30 settembre 1979, ora pubblicata), in «Riv. dir. proc.», 1979, pp. 536 ss., favorevole alla previsione di riti speciali a protezione di interessi di rilievo costituzionale ritenuti bisognosi di particolare tutela, e G. VERDE, *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto* (prolusione al Corso per i praticanti procuratori organizzato dal Consiglio dell'Ordine di S. M. Capua Vetere per l'anno 1977-1978, tenuta in quella città il 19 novembre 1977, ora pubblicata), in «Dir. e giur.», 1978, pp. 241 ss.; ID., *Unicità e pluralità dei riti nel processo civile* (relazione all'incontro di studio su 'Problemi e prospettive del processo civile', organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura e svoltosi ad Orvieto dal 9 al 12 febbraio 1984, ora pubblicata), in «Riv. dir. proc.», 1984, pp. 659 ss., critico rispetto alla tendenza legislativa a prevedere procedimenti differenziati per l'azionabilità di determinate situazioni giuridiche e all'utilizzo di tali procedimenti da parte dei giudici per fornire protezione a interessi considerati non suscettibili di ricevere tutela in sede giurisdizionale in quanto presi in considerazione dal legislatore attraverso norme programmatiche.

¹¹ Nell'art. 1-bis del disegno di legge delega n. 2953, nella versione approvata alla Camera il 10 marzo 2016, si prevede la definitiva abrogazione delle disposizioni dell'art. 1, commi da 48 a 68, della legge 28 giugno 2012, n. 92 (che rimangono applicabili ai soli giudizi già introdotti alla data di entrata in vigore della legge) e la riserva di specifici giorni nel calendario delle udienze del giudice alla trattazione dei giudizi nei quali si controverte sulla

Come si diceva, l'adozione di forme processuali *ad hoc* per particolari situazioni sostanziali è scelta a metà strada tra l'effettività e l'efficienza, perché, mentre offre un rimedio effettivo per alcuni, può penalizzare coloro che non godono di identica protezione e che, anzi, possono scontare gli effetti dell'introduzione di meccanismi più efficienti per situazioni soggettive diverse da quella di cui sono titolari.

La prospettiva del legislatore è dunque inevitabilmente ambigua, tra diritto ad un rimedio effettivo e esigenza di una giurisdizione efficiente.

«L'efficienza (della macchina) è condicio sine qua non (sebbene non anche *condicio per quam*) dell'effettività della tutela»¹², ma l'effettività della tutela può pregiudicare l'efficienza, se il numero di domande giudiziali sovraccarica il sistema. Dal che, la ritenuta necessità di contenere l'accesso al sistema giudiziario, sul presupposto che, secondo il costante insegnamento del giudice delle leggi, «l'art. 24 Cost. non impone che il cittadino possa conseguire la tutela giurisdizionale sempre allo stesso modo e con i medesimi effetti, e non vieta quindi che la legge possa subordinare l'esercizio dei diritti a controlli o condizioni, purché non vengano imposti oneri tali o non vengano prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale»¹³. Il principio di proporzionalità, del resto, comporta che trattare una causa secondo giustizia includa, per quanto sia praticabile, attribuire ad essa una quota appropriata delle risorse del giudice, tenendo conto della necessità di riservare le risorse agli altri casi¹⁴.

validità, efficacia o legittimità dei licenziamenti ai sensi dell'art. 18 St. lav.

¹² M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in «Rivista AIC», 2014, p. 4.

¹³ Così Corte cost. 6 dicembre 2012, n. 272, cit., richiamandosi a Corte cost., 21 gennaio 1988, n. 73, in «Foro it.», 1988, I, coll. 1366 ss., e Corte cost. 13 aprile 1977, n. 63, *id.*, 1977, I, coll. 1052 ss.

¹⁴ Come osserva R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: risolti in tema di «class action»*, in «Giust. amm.», 2010, pp. 8 ss., il principio di proporzionalità scolpito nell'art. 1 delle *Rules of civil procedure* inglesi, inteso nel senso di cui nel testo, «può essere ambientato nell'esperienza processuale italiana come un aspetto del valore costituzionale della efficienza nella disciplina del processo, che si desume dall'affermazione della sua ragionevole durata (art. 111, comma 2, Cost.)». Si ispira a quel principio l'art. 0.8 (Efficienza del processo civile) del progetto di nuovo codice di procedura civile redatto da Andrea PROTO PISANI (*Per un nuovo codice di procedura civile*, in «Foro it.», 2009, V, coll. 1 ss.), per il quale «è assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi». Per una proposta volta a rimediare alla scarsità della risorsa giustizia, v., da ultimo, ID., *La crisi dei processi a cognizione piena e una proposta*, in «Riv. dir. proc.», 2016, pp. 102 ss.

Nell'esperienza giuridica che lo ha maggiormente elaborato, quella tedesca, il principio di

Anche il principio chiovendiano incontra perciò dei limiti: non solo quelli che derivano dall'impossibilità materiale di attingere un determinato risultato, e che qui non rilevano, ma anche quelli che discendono dalla preferenza che l'ordinamento può mostrare per un interesse maggiormente rilevante, e che esplicita nell'esclusione espressa di un determinato rimedio, come nel caso dell'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, in cui al lavoratore venne riconosciuta la sola tutela per equivalente in considerazione delle dimensioni ridotte dell'impresa¹⁵.

Nel qual caso si è dinanzi ad una sorta di esproprio 'indennizzato' (più che non ad una diversa connotazione, in chiave monetaria, dell'interesse protetto): peraltro, in queste ipotesi la ritenuta prevalenza di interessi giudicati superiori dal legislatore sostanziale è pur sempre sindacabile, e non solo sotto il profilo della razionalità della scelta normativa, ma anche sotto il profilo della compatibilità con l'art. 24, Cost., nonché col più generale contesto, rappresentato dall'ordinamento internazionale, nel quale il nostro si iscrive¹⁶.

proporzionalità richiede che l'adozione di un provvedimento per il perseguimento di un certo scopo sia appropriata (*geeignet*, cioè in grado di realizzare lo scopo o quanto meno di agevolarne in modo sensibile la realizzazione), necessaria (*erforderlich*, cioè che non vi sia alcun altro mezzo migliore per raggiungere lo scopo) e adeguata (*angemessen*, ovvero proporzionata in senso stretto, cioè che gli effetti collaterali negativi arrecati dal provvedimento non siano sproporzionati rispetto ai vantaggi da esso arrecati, ciò che richiede una valutazione comparativa dei vantaggi e degli svantaggi).

¹⁵ È quel che è avvenuto nel diritto societario riformato, che ha escluso, a certe condizioni, il rimedio specifico invalidante, pur in presenza di delibere assembleari viziate (così nell'art. 2377, 4° comma, c.c.), per evitare interferenze ed azioni di disturbo di minoranze troppo esigue nell'operato della società, e in luogo di quello, come bilanciamento della soppressione del rimedio, ha attribuito una tutela per equivalente, che non ha natura propriamente risarcitoria, ma piuttosto contenuto indennitario. Il risarcimento, infatti, è volto a riparare alle conseguenze dannose delle violazioni commesse e pertanto è maggiore, di solito, rispetto al mero equivalente economico dell'interesse che non ha avuto attuazione.

¹⁶ Diversamente, quando il legislatore non esclude espressamente un determinato rimedio, compito dell'interprete – sul presupposto che l'interrogativo circa il rapporto tra tutela specifica e per equivalente debba essere risolto con l'affermazione della priorità della prima (e perciò dell'atipicità del rimedio che mira al raggiungimento dell'interesse protetto e la necessità, all'opposto, di una previsione espressa per la misura che, in sostituzione, offra l'equivalente della prestazione): ma, per una precisazione in proposito, v. *infra* nel testo – è quello di tentare ogni lettura possibile per integrare l'assetto di rimedi che si mostri lacunoso e incompleto e perciò in contrasto col principio di effettività della tutela (che è quanto ha fatto, sia pure, per la peculiarità della vicenda, e dunque là nella direzione opposta della tutela risarcitoria, riconosciuta indipendentemente dalla rimozione degli effetti della sentenza resa in conseguenza del dolo del giudice, la nota pronuncia Cass. civ., sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255, in «Foro it.», 2013, I, coll. 3121 ss., nel caso CIR c. Fininvest).

È questa la (misurata) conclusione cui siamo arrivati in *Tutela specifica e per equivalente*.

2. Portata e limiti del principio chiovendiano del «tutto quello e proprio quello»

L'affermazione, contenuta nell'art. 24, Cost., del principio per cui chi è titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo è, in pari tempo e automaticamente, titolare dell'azione intesa come possibilità di far valere in giudizio quel diritto o quell'interesse legittimo, dà una spinta fortissima alla costruzione di un sistema ispirato al principio di effettività della tutela giurisdizionale: l'art. 24 si presenta cioè come una sorta di norma in bianco la quale «aderisce a tutte le norme sostanziali» che attribuiscono situazioni soggettive; quelle norme, anche se nulla dispongono sulla tutela giurisdizionale, funzionano, per così dire, come fattispecie rispetto al primo comma dell'art. 24, che mettono automaticamente in moto, con conseguenze di incalcolabile portata¹⁷.

Secondo Chiovenda, il processo come organismo d'attuazione della legge è per se stesso la fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendono all'attuazione di una volontà di legge: sicché ogni modo di attuazione della legge (ed ogni mezzo esecutivo) che sia praticamente possibile e non sia contrario ad una norma generale o speciale di diritto deve ritenersi ammissibile.

Un principio così generale non ha necessità di essere formulato in alcun luogo, così come «non esiste alcuna norma espressa che assicuri l'azione al creditore insoddisfatto d'un capitale mutuato: le norme del codice civile sul mutuo riguardano gli obblighi delle parti, non l'azione [...]; pure nessuno dubita che l'azione ci sia».

In un sistema siffatto, parlare di diritto ad un rimedio effettivo significa, almeno di regola, postulare un diritto alla tutela specifica¹⁸ (ovvero, a seconda dei casi, all'adempimento, all'inibitoria o all'eliminazione dell'atto impugnato). E ciò sebbene, com'è stato osservato, in realtà non sempre sia possibile stabilire *a priori* qual è il meccanismo migliore, il rimedio più adeguato, tra tutela specifica e tutela per equivalente monetario dell'interesse violato¹⁹, tanto che talvolta la seconda deve preferirsi alla prima.

Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa, Giuffrè, Milano 2004, senza la forzatura che ci imputa R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, cit., pp. 55 ss., ossia che ogni qualvolta il legislatore sostanziale ponga limiti alla tutela in forma specifica sorgerebbe per ciò solo un problema di costituzionalità, che avremmo inteso risolvere sempre e comunque con la dichiarazione di incostituzionalità della norma limitativa.

¹⁷ Cfr. V. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Giuffrè Milano 2007, p. 7.

¹⁸ Per un approfondimento sul punto, v. ancora il mio *Tutela specifica e per equivalente*, cit., *passim*.

¹⁹ Se guardiamo agli insegnamenti della giurisprudenza comunitaria (v. i casi Von Colson e

Naturalmente il rimedio non intende sostituire, né potrebbe, le categorie del diritto sostanziale: esso forma piuttosto un 'piano mobile' di misure di tutela, ove i diritti risultino insoddisfatti e gli obblighi inadempiti. Il rimedio dunque già presuppone, almeno in linea generale, che l'interesse, più a monte, risulti protetto: esso «non decide sull'an della protezione, ma solo delle sue modalità di applicazione (ossia del quomodo di essa)»²⁰.

È compito dunque dello studioso del diritto sostanziale individuare l'esistenza della situazione soggettiva²¹, mentre lo studioso del processo dovrà soltanto scegliere, nelle pieghe del sistema, la risposta più adeguata (il rimedio effettivo) al bisogno individuale di tutela²². Questa scelta imporrà uno sforzo interpretativo particolare, che porti a offrire la 'massima' strumentalità del processo al diritto sostanziale superando le limitazioni che discendano dalla mancata inclusione, nell'assetto dei rimedi, dell'uno o dell'altro tipo di azione: in ossequio al principio di atipicità delle forme di tutela, per il quale ciò che non è espressamente escluso deve ritenersi consentito.

Sicché, nonostante la presenza di azioni tipizzate, quali spesso si riscontrano nella legislazione sostanziale, soprattutto quella di derivazione comunitaria

Marshall), vediamo che la Corte di Giustizia non censura la scelta degli Stati a favore della tutela risarcitoria piuttosto che di quella cd. specifica, con ciò evitando di imporre sulla base di astrazioni concettuali soluzioni relative agli apparati sanzionatori. La Corte è consapevole che non è possibile né utile compiere una scelta aprioristica tra rimedio risarcitorio e mezzi di tutela specifica, sia perché in certi sistemi il primo è uscito dalle sue dimensioni tradizionali ed ha saputo rispondere anche alla lesione di posizioni a contenuto non patrimoniale; sia perché il singolo potrebbe essere stimolato ad agire in giudizio più dalla prospettiva di un sostanzioso ritorno pecuniario che non dalla prospettiva dell'esercizio, magari solo astrattamente vittorioso perché non eseguibile coattivamente, di un'azione inibitoria; sia perché, infine, nulla vieta di caricare il risarcimento anche di una tinta punitivo-afflittiva: ciò che il diritto comunitario impone agli ordinamenti nazionali non è dunque l'ossequio ad astratte correlazioni tra diritto sostanziale e processo, bensì il rispetto del canone di adeguatezza tra esigenze di tutela e forme di tutela disponibili: sul punto, v. ancora TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., pp. 139-140.

²⁰ A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Jovene Napoli, 1989, p. 25; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in «Europa e dir. privato», 2005, p. 341.

²¹ Come ci ricorda R. ORIANI, per esempio nel caso Welby non spetta al processualista, ma allo studioso del diritto sostanziale, stabilire se esista «il diritto alla morte da parte di persone colpite da gravissime infermità».

²² Anche se, come osserva Mazzamuto, oggi la legislazione di settore, soprattutto quella di derivazione comunitaria, non si limita più a dare giuridica rilevanza a taluni interessi, ma ascrive al dominio della norma speciale anche la risposta al bisogno di tutela, sicché il giurista si trova già risolto dalla legge scritta il duplice problema della giuridificazione dell'interesse e del corrispondente rimedio: così S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino 2015, p. 40.

(che cade di frequente nella tentazione di prevedere, accanto alla situazione soggettiva, anche il rimedio ad essa correlato), e a dispetto di un codice civile che in più di un passaggio si esprime col linguaggio delle azioni (a protezione di diritti la cui tutela affonda le proprie radici nella tradizione romanistica, come nel caso del diritto di proprietà²³, e più in generale di diritti, come quello al nome e all'immagine, o al diritto dell'impresa in materia di concorrenza sleale, per i quali si avverte la necessità di prevedere in modo esplicito un assetto di rimedi che contempli anche misure di natura inibitoria), è sufficiente, e al tempo stesso necessario, che la norma riconosca la rilevanza dell'interesse sostanziale, perché soccorra il rimedio processuale, costruito sull'esigenza che il processo consenta al titolare di un diritto di ottenere «tutto quello e proprio quello» che gli derivi dal riconoscimento della situazione soggettiva. A patto che non vi siano esclusioni espresse, e che queste siano giustificabili alla luce dei valori in gioco.

Non si tratta di riproporre tendenze proprie del mondo anglosassone, affidando ai giudici compiti promozionali²⁴: la situazione soggettiva continua a precedere l'azione (*ubi ius, ibi remedium*, e non il contrario), anche se, a seconda del grado di specificità della disposizione dalla quale si trae l'esistenza dell'interesse protetto, si accentueranno gli spazi interpretativi rimessi al giudice, e con essi il rischio dell'influenza di giudizi di valore nell'individuazione del rimedio adeguato.

Di certo, il processo deve dare al vincitore quanto gli spetta sul piano del diritto sostanziale, e non qualcosa di diverso, tantomeno qualcosa di più.

3. Il principio di effettività e la materia del lavoro: gli strumenti processuali

La storia del nostro sistema processuale, dall'emanazione del codice di rito e della Carta costituzionale ad oggi, dev'essere letta nella chiave che abbiamo ricordato, con continue interferenze tra piano processuale e piano sostanziale, e interventi dell'interprete volti a consentire, laddove possibile, che il riconoscimento di una situazione di vantaggio si accompagni all'attribuzione delle correlate utilità sul piano del processo.

In questa cornice si deve inquadrare anche la disciplina delle controversie di lavoro²⁵.

²³ Così A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in «Foro it.», 1983, V, coll. 127 ss.

²⁴ È il comprensibile timore di G. VERDE, *Diritto processuale civile*, I, Parte generale, Zanichelli, Bologna 2015, p. 118.

²⁵ In argomento v., in luogo di altri, R. FOGLIA, *Effettività dei diritti sociali e giustizia del*

Una disciplina che ha conosciuto, nel tempo, il fenomeno dell'emersione di diritti della persona diversi dal tradizionale diritto di credito, e della accentuazione dei profili personalistici della stessa retribuzione, espressi nella Carta costituzionale. E in cui, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, si è sempre di più avvertita l'esigenza di spostare il baricentro del processo verso una tutela che tenesse massimamente conto di questo fenomeno: e ciò soprattutto dopo l'emanazione dello Statuto dei lavoratori, che, oltre a collegare per la prima volta all'illegittimità del licenziamento l'obbligo di reintegrazione nel posto di lavoro, aveva dato vita a nuove situazioni soggettive inerenti all'interesse all'esplicazione e alla conservazione della persona del prestatore di lavoro, senza accompagnarvi tuttavia, sempre, l'individuazione di adeguate forme processuali di attuazione.

Col tempo si sono cercati, perciò, strumenti di tutela diversi dalla tradizionale forma di cautela del credito retributivo, postulata dall'art. 671, c.p.c., che guarda più all'insolubilità del debitore convenuto, che non alla difficoltà economica del creditore attore; si è prevista la provvisoria esecutività di alcuni provvedimenti giurisdizionali, dapprima disposta dallo Statuto anche per misure interinali e sommarie, in un contesto che all'epoca non prevedeva ancora l'esecutività *ex lege* della sentenza soggetta a gravame, poi introdotta con la l. 11 agosto 1973, n. 533 per i crediti derivanti dai rapporti di cui all'art. 409 c.p.c., ed estesa a tutte le sentenze di primo grado in virtù della novella degli artt. 282 e 283, c.p.c. nel 1990; si sono introdotte misure coercitive per garantire l'attuazione specifica di alcuni obblighi del datore di lavoro insuscettibili di esecuzione forzata (seppure non di quello di reintegra, al di fuori del caso del sindacalista illegittimamente licenziato). Non si è invece colta l'occasione, al momento dell'introduzione della misura coercitiva prevista dall'art. 614-*bis*, c.p.c. (consistente nell'imposizione, al debitore della prestazione di fare infungibile o di non fare²⁶, dell'obbligo di pagare una somma di denaro «per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento»²⁷), per estendere la previsione

lavoro, in «Riv. giur. lav.», 2007, I, pp. 7 ss.; D. DALFINO, *Ragionevole durata, competitività del processo del lavoro ed effettività della tutela giurisdizionale*, in «Foro it.», 2009, V, coll. 180 ss.; ID., *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2014, 907 ss.; V. SPEZIALE, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in «WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it», 215/2014; M. DE LUCA, *Processo del lavoro e deflazione del contenzioso*, in «Lav. giur.», 2016, pp. 240 ss.

²⁶ Ed oggi dopo la modifica apportata all'art. 614-*bis* c.p.c., dall'art. 131, lett. cc-*ter*, d.l. 27 giugno 2015, n. 83, conv., con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 132, più in generale degli «obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro».

²⁷ In argomento v. L. DE ANGELIS, *La nuova generale misura coercitiva (art. 614-*bis* c.p.c.) e le controversie di lavoro*, in «Foro it.», 2011, coll. 18 ss.; S. CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai*

anche alle controversie di lavoro subordinato e dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.

Il provvedimento d'urgenza in quegli anni ha iniziato ad acquisire una centralità, nella giurisdizione del lavoro, che non avrebbe più abbandonato: una «forma di tutela cautelare precisamente coordinata ad uno stato di bisogno dell'istante che, non potendo materialmente attendere il riconoscimento del suo diritto, può essere garantito solo anticipando provvisoriamente quel riconoscimento»²⁸. Nel tempo, il rimedio previsto dall'art. 700, c.p.c. è divenuto il principale presidio dei diritti della personalità, delle libertà costituzionalmente protette e dei bisogni primari dell'individuo (tra i quali, anche diritti a contenuto economico, come appunto la retribuzione), e l'insieme formato da «provvedimenti d'urgenza, provvisoria esecuzione, e provvisionale», quali «strumenti processuali che, in linea teorica, possono sistematizzarsi come idonei a sopperire alla particolare necessità di «far presto» esistente nel processo del lavoro»²⁹, è divenuto la cornice non solo della tutela nei confronti del licenziamento illegittimo, ma anche delle liti concernenti quelle situazioni (in materia di mansioni e qualifiche, sicurezza del lavoro, salute, ecc.) che presentano un grado di deteriorabilità e di irreversibilità ancora più accentuato di quello proprio delle situazioni controverse a fine rapporto (a parte quelle collegate alla reintegra) e che esigono perciò più delle altre un processo veloce. L'eliminazione del nesso di strumentalità strutturale che, fino al 2005, e con l'eccezione del diritto societario, aveva legato la tutela sommaria alla cognizione piena, imponendo al ricorrente vittorioso di intraprendere il giudizio di merito nel termine previsto a pena di decadenza dall'art. 669-*octies*, c.p.c., ha dato un ulteriore impulso alla rapidità della tutela, offrendo l'opzione di una cautela ottenuta in via di tutela sommaria in luogo del pieno accertamento con efficacia di giudicato, ove entrambe le parti siano disposte a rinunciarvi.

La necessità di guadagnare in speditezza, per consentire l'effettività dell'intervento giudiziale in caso di risoluzione del rapporto di lavoro e la protezione delle situazioni controverse anche nella permanenza del rapporto, ha portato dapprima all'introduzione di un rito speciale, diverso da quello ordinario, che, almeno nei primi anni di applicazione, ha dato

sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi; G. COSTANTINO, *Tutela di condanna e misure coercitive*; M. TARUFFO, *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, questi ultimi tutti in «Giur. it.», 2014, pp. 731 ss.

²⁸ M. PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1973, p. 1046.

²⁹ ID., *op. cit.*, p. 1038.

risultati eccellenti in termini di rapidità ed efficienza³⁰, e poi, da ultimo, all'introduzione di un rito *ad hoc* per le controversie «aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro»³¹. Un rito col quale il legislatore ha cercato di raggiungere l'obiettivo, imposto dalle ragioni del mercato, di rendere più rapidi i processi in un settore in cui il tempo va a discapito di entrambe le parti della lite, attraverso la creazione di una corsia preferenziale che non penalizzasse la qualità della cognizione e non creasse differenze tra i diversi gradi del giudizio, visti i ritardi che in appello incontra il procedimento previsto dall'art. 702-*bis*, c.p.c. (peraltro, quel procedimento, che pure rappresenta uno dei modelli impiegati nella semplificazione dei riti avviata col d.lgs. n. 150/2011, difficilmente sarebbe stato utilizzabile per controversie che possono presupporre un'indagine sulla qualificazione del rapporto di lavoro e che, per la loro complessità, avrebbero finito perciò per ritornare inevitabilmente sul binario del rito del lavoro).

L'idea di fondo voleva essere quella che si legge nel documento di intenti approvato dal Governo Monti il 23 marzo 2012 nel passo relativo all'introduzione del rito speciale: «nel quadro di tale rito, una volta dettati i termini della fase introduttiva, è rimessa al giudice la scansione dei tempi del procedimento, nel rispetto del principio del contraddittorio e della parità delle armi nel processo».

Quell'idea si è tradotta in un rito con caratteristiche di celerità e snellezza, ma che, in ossequio alla specificità del processo del lavoro, rivolto tradizionalmente all'accertamento della verità materiale, prevede un'istruzione vera e propria, sia pure con l'eliminazione delle formalità non essenziali all'instaurazione di un pieno contraddittorio³². L'alternativa sarebbe stata

³⁰ Per una disamina delle luci ed ombre del processo del lavoro, a distanza di ventisei anni dalla sua introduzione, v. A. TORRICE, G. CANNELLA, *Giustizia del lavoro ed effettività dei diritti: il modello e le prassi*, in «Riv. crit. dir. lav.», 1998, pp. 579 ss.

³¹ Rito, come ricordato, oggi soppresso per i licenziamenti di cui al d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23. V. anche l'art. 1-*bis* del disegno di legge n. 2953: *supra*, nota 11.

³² Non si avrà dunque quella selezione dei mezzi di prova indispensabili «in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto», che nel rito cautelare uniforme si giustifica per l'esigenza che si apprezzi non già l'esistenza del diritto, ma la verosimiglianza di esso; né un'istruttoria come quella dell'art. 702-*ter*, c.p.c., dov'è la semplicità della lite a richiedere una semplificazione delle prove, dovendosi altrimenti avere la conversione del rito: si ha piuttosto, e soltanto, un'indicazione di snellezza, volta ad escludere i rallentamenti che potrebbero derivare da formalismi inutili e da eccezioni capziose che non tengano conto del fatto che il processo è uno strumento al servizio del diritto sostanziale, e non un percorso ad ostacoli creato per far inciampare ad ogni costo l'avversario.

quella di intervenire sul processo a cognizione piena tratteggiato negli artt. 413 ss., c.p.c., modificandolo per le controversie oggetto dell'intervento normativo, quando invece il processo del lavoro è già congegnato in modo tale da consentire, almeno sulla carta, le esigenze di celerità e di adattabilità alle liti che vi vengono versate, e, in assenza di risorse, a poco sarebbe valso, per accelerarlo, insistere sulla perentorietà dei termini, peraltro già previsti dal codice di rito, per la fissazione delle udienze da parte dei giudici.

Perciò il legislatore ha preferito cambiare modello³³, e dare nel contempo un segnale di invito alla rapidità: optando per un tipo di rito che di sommario ha ben poco, se non il fatto che si è lasciata al giudice, ma qui in minima parte, la determinazione delle forme e dei termini, e con una qualità della cognizione che è la stessa del processo del codice di rito (né potrebbe essere diversamente, in un giudizio che mira alla verità materiale). Un processo che venga trattato e deciso in tempi celeri, in omaggio alle esigenze di velocità che l'adozione di una veste sommaria suggerisce di rispettare. Nel caso che ci occupa, per esempio, l'impiego del reclamo, in luogo dell'appello, non allude ad un gravame costruito in modo diverso dall'appello tradizionale, ma è semplicemente un «tributo semantico» alla celerità³⁴, seppure nella consapevolezza delle difficoltà legate in ogni caso al carico dei ruoli e all'arretrato delle Corti d'appello.

Rispetto all'idea iniziale, l'introduzione della c.d. fase urgente, ripresa dal modello dell'art. 28, St. Lav., ha prodotto una deviazione che ha attirato non poche critiche, per lo più giustificate: anche perché il modello da cui la fase urgente è stata ripresa è più adatto ad un tipo di processo che, come quello che mira alla cessazione della condotta antisindacale, punta alla formazione di un titolo esecutivo, anziché ad un accertamento con efficacia di giudicato circa gli effetti prodotti dal recesso del datore di lavoro.

Il rito Fornero ha dato buoni risultati, sotto il profilo della rapidità. Ha attirato anche moltissime critiche³⁵, alcune condivisibili, altre meno.

³³ Del resto, il modello del processo del lavoro, utilizzato nel d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 (c.d. decreto di semplificazione riti) per regolare i procedimenti ove fossero prevalenti i caratteri della concentrazione processuale e della officiosità dell'istruzione, non è stato impiegato per la materia del lavoro pure presente nei riti da semplificare: per le controversie in materia di discriminazione di cui all'art. 28 del decreto (discriminazioni sul luogo di lavoro a causa della razza, dell'origine etnica, della religione ecc., di cui ai d.lgs. 215 e 216/03), infatti, è stato prescelto piuttosto il rito sommario di cognizione; per le discriminazioni di genere nel rapporto di lavoro, invece, è stata mantenuta la disciplina processuale contenuta negli artt. 37 e 38, d.lgs. 198/06 (c.d. codice delle pari opportunità tra uomo e donna).

³⁴ Così C. CONSOLO, D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in «Corriere giur.», 2012, p. 736.

³⁵ Sulle quali si veda, in luogo di altri, D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di*

La sua applicazione è stata esclusa, come si è ricordato, per i licenziamenti di cui al d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23.

Di certo non esiste un rito ideale, ma piuttosto un sistema che deve funzionare nel suo complesso: qualunque tentativo di imprimere velocità ad un settore può tradursi, se le risorse complessive non sono adeguate, in un rallentamento dei giudizi che non hanno corsie preferenziali. Ma rimane il fatto che, qualsiasi fosse il giudizio sulla scelta del legislatore, prima di tornare indietro rispetto a quella scelta sarebbe stato più opportuno attendere che, superati i disorientamenti giurisprudenziali iniziali, il dibattito interpretativo si fosse maggiormente assestato.

4. Ancora sul principio di effettività nelle controversie di lavoro: la tutela avverso il licenziamento illegittimo

Si è detto che, quando il legislatore ricostruisce la vicenda sostanziale in un determinato modo, limitando le conseguenze dell'eventuale violazione, non è il processo a poter attribuire 'di più' di quello che discende dalle caratteristiche della situazione soggettiva. Il che non contraddice affatto il principio per cui, quando invece il contenuto della situazione soggettiva sia pieno, compito dell'interprete è fare in modo che il titolare del diritto abbia, attraverso il giudizio, «tutto quello e proprio quello» che gli deriva dal riconoscimento della situazione di vantaggio.

Se applichiamo questi principi alla materia dei licenziamenti, vediamo cosa implica il fatto che, proseguendo nella linea tracciata dalla cd. legge Fornero, la disciplina contenuta nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, emanato nell'ambito del *Jobs Act*³⁶, abbia ristretto le ipotesi in cui all'accertamento della illegittimità del licenziamento si accompagna la conseguenza della reintegrazione, con una opzione espressa verso la tutela per equivalente³⁷ in luogo di quella specifica³⁸.

impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012, n. 92), in «Giusto processo civ.», 2012, p. 759.

³⁶ E al quale, d'ora in avanti, ci riferiremo, per semplicità, anche soltanto come *Jobs Act*.

³⁷ Con una precisazione: l'impiego del tradizionale termine 'per equivalente' implica, di per sé, che vi sia una 'equivalenza' tra il rimedio specifico e quello monetario, quando, in realtà, talvolta – ed è il caso del *Jobs Act* – il legislatore sostanziale è intervenuto anche sulla misura dell'indennizzo, riducendolo secondo parametri legati all'anzianità di servizio.

³⁸ In argomento, v. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in «ADL», 2015, pp. 310 ss.; v. inoltre G. MIMMO, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuazione della legge delega n. 183 del 2014)*, in <Giustiziavivile.com> (ultimo accesso 02.03.2016), 2015 (approfondimento del 24 aprile 2015).

Il tema della reazione giudiziale nei confronti del licenziamento illegittimo è uno dei principali temi che negli anni hanno segnato il cammino della giurisdizione del lavoro.

Com'è noto, nel sistema immaginato dal legislatore degli anni '70, i rapporti tra tutela reale o specifica e tutela obbligatoria³⁹ o per equivalente si ponevano in maniera quasi didascalica nel confronto tra la previsione dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, che attribuiva in ogni caso al giudice il potere di ordinare al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore illegittimamente licenziato nel posto di lavoro, e la tutela (c.d. obbligatoria) che l'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604 tuttora riserva al lavoratore tutte le volte in cui le dimensioni dell'azienda siano ridotte, con l'eccezione dei casi di licenziamento discriminatorio (ai quali si applica sempre l'art. 18).

Nel circoscrivere per la prima volta il potere del datore di lavoro di recedere dal rapporto, fino a quel momento esercitabile *ad nutum*, la legge n. 604/1966 aveva 'espressamente' limitato l'apparato dei rimedi invocabili dal lavoratore illegittimamente licenziato escludendo, nell'art. 8, quella che sarebbe stata la conseguenza naturale dell'esercizio di un potere sostanziale in assenza dei presupposti (ovvero l'inefficacia dell'atto di esercizio e la condanna, in via di tutela specifica, all'attuazione del diritto alla ripresa dell'attività lavorativa), e consentendo invece, esclusivamente, e sebbene in alternativa all'eventuale riassunzione del lavoratore, la tutela per equivalente. Su quella scelta non era perciò l'interprete a poter intervenire, neppure invocando l'atipicità delle forme di tutela e il principio di effettività, ma tutt'al più il giudice delle leggi (che peraltro, in ben tre occasioni, si è pronunciato nel senso della legittimità costituzionale).

Una volta sopravvenuto, quattro anni più tardi, lo Statuto dei lavoratori, il legislatore, vista la scelta compiuta nel '66, aveva dovuto 'esplicitare' la possibilità della tutela 'reale' come reazione all'illegittimità del licenziamento, e ribadire così la priorità dell'adempimento in natura quale regola generale in presenza di un rapporto contrattuale inattuato (con in più la possibilità, poi introdotta dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, che il lavoratore rinunciasse alla tutela specifica in cambio di una indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto, senza necessità di dimostrare il venir meno della possibilità della tutela reale, com'è invece nella materia generale delle obbligazioni). Si trattava di una esplicitazione

³⁹ Dove il termine 'tutela obbligatoria' è utilizzato come sinonimo di tutela per equivalente monetario, in contrapposizione alla tutela specifica, nella tradizione riservata ai diritti reali e assoluti, proprio per sottolineare come a lungo si sia ritenuto di differenziare, sotto questo profilo, la tutela giudiziale del diritto di credito rispetto a quella del diritto reale o comunque assoluto.

sistematicamente indispensabile proprio perché si doveva dar modo alla tutela specifica, compresa dalla disciplina precedente, di riespandersi nelle imprese di dimensioni non piccole, nelle quali al normale rapporto di strumentalità tra processo e diritto sostanziale non si opponevano né esigenze di funzionalità delle unità produttive, né il particolare grado di fiduciarità e di tensione psicologica riscontrabile invece nei rapporti diretti fra dipendente e piccolo imprenditore.

Nel riscrivere l'art. 18, la riforma Fornero prima, e il *Jobs Act* poi, hanno fatto una scelta assai più articolata, differenziando le tutele a seconda del vizio che colpisce il recesso datoriale.

Così nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, si mantengono le ipotesi, già previste dalla L. 28 giugno 2012, n. 92, in cui il licenziamento è dichiarato nullo, e soggetto alla tutela reale, cui si accompagna la condanna al pagamento di una 'indennità risarcitoria', commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, da versarsi, unitamente ai contributi previdenziali e assistenziali, per il periodo dal licenziamento a quello dell'effettiva reintegra; a questi casi si affiancano le ipotesi in cui il licenziamento viene invece 'annullato' (il che accade quando mancano i presupposti del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, perché è direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto contestato), in cui è di nuovo prevista la reintegra del lavoratore, ma la cd. 'indennità risarcitoria', da corrispondere sino al giorno dell'effettiva reintegrazione, non può essere superiore a dodici mensilità, per la parte relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegra, e non sono previste sanzioni per l'omissione contributiva.

Sono ipotesi, quelle di nullità e di annullamento, che dal legislatore sostanziale vengono distinte dalle altre, che prima davano luogo anch'esse alla reintegra, e in cui oggi invece, nonostante il difetto di giustificato motivo oggettivo, giusta causa o giustificato motivo soggettivo (difetto, in conseguenza del quale il potere di recesso, a rigore, non dovrebbe poter produrre l'effetto dello scioglimento del rapporto di lavoro, e la conseguenza naturale dovrebbe essere dunque la reintegra), il rapporto viene 'dichiarato estinto' alla data del licenziamento, e la conseguenza per il datore di lavoro è il pagamento di una indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per ogni anno di servizio, in misura comunque non superiore alle ventiquattro mensilità.

La medesima indennità è determinata in una mensilità per ogni anno di servizio, e in una misura non superiore alle dodici mensilità, quando il licenziamento sia affetto da vizi formali e procedurali.

Senza entrare in tutte le variabili che sono state previste dal legislatore,

e senza formulare giudizi di valore, non possibili né utili in questa sede, quel che qui preme è soffermarsi sul corretto modo di intendere il rapporto tra diritto sostanziale e processo, e sulle implicazioni del principio di effettività.

La premessa è che, su un piano strettamente teorico, quando il potere sostanziale del datore sia privo dei necessari presupposti, conseguenza 'naturale' del permanere in vita del rapporto contrattuale è che la sentenza che pronuncia l'illegittimità del licenziamento ordini la reintegrazione del prestatore nel posto di lavoro, realizzandosi così la ripetizione solenne di quel che derivava dal contratto (l'attuazione dell'obbligo di reintegra serve, infatti, a riportare la situazione di fatto in linea con quella di diritto)⁴⁰.

Invece il legislatore ha seguito una strada diversa: semplificando al massimo, si può dire che, oggi, la tutela che sarebbe connaturata all'assenza dei presupposti del potere di recesso è limitata alle ipotesi nelle quali viene ravvisato un grave abuso del potere di licenziamento, altrimenti riconoscendosi al lavoratore una compensazione economica che non mette in questione

⁴⁰ Tornando alle ipotesi di tutela ripristinatoria, sia essa piena o attenuata, vi è da dire che, seppure con le differenze dovute al fatto che qui siamo in presenza di un rapporto di durata, l'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto che la pronuncia ha di mira, nel capo col quale si ordina la reintegrazione, non è diverso da quello che realizza una sentenza di nullità del contratto già eseguito, che condanni alla ripetizione di quanto ingiustificatamente versato.

L'ordine di reintegra, in altre parole, è semplicemente la condanna all'attuazione del rapporto contrattuale di lavoro, senza necessità di immaginare, per giustificarne il rilascio, né un diritto a lavorare scaturente dal contratto (sulla cui esistenza o meno non è questa la sede per pronunciarsi), né, come pure è stato fatto dalla dottrina lavoristica, un'inibitoria con funzione costitutivo-determinativa, che dovrebbe servire a trasformare in obbligo quel che in origine era un potere del datore di lavoro. A ben vedere, la reintegrazione non è altro che una pronuncia 'restitutoria', con la quale, una volta accertata l'inefficacia del potere di licenziamento, il datore viene condannato alla rimozione degli effetti determinati con l'atto illegittimo e all'adeguamento della situazione materiale alla situazione giuridica, che l'esercizio di un potere privo di presupposti non era stato in grado di modificare. Dopo la sentenza che dichiara l'illegittimità del licenziamento, gli obblighi primari derivanti dal contratto di lavoro, quali che siano, nel *dictum* giudiziale appariranno sostituiti da obblighi derivati di riparazione e ripristino, così come si avrà traduzione dell'obbligo retributivo in obbligo secondario 'risarcitorio': ed è ovvio che, se l'obbligo derivato di reinserire il lavoratore nell'unità produttiva, che costituisce l'oggetto della pronuncia giudiziale, non potrà essere disatteso dal datore di lavoro, la sentenza, tuttavia, non influirà sulla componente di potere che caratterizza la posizione datoriale nella fase fisiologica dello svolgimento del rapporto di lavoro, e che, almeno fintanto che quel potere rimarrà nei propri corretti confini, potrà essere esercitato anche 'dopo' la declaratoria di illegittimità del recesso, con gli stessi limiti cui soggiaceva in precedenza.

Sul rapporto tra l'attuazione dell'obbligo di reintegra e il principio chiovendiano del «tutto quello e proprio quello», v. Cass. 18 giugno 2012, n. 9966, in «Giur. it.», 2013, pp. 116 ss.

l'efficacia del licenziamento stesso, nonostante il diritto potestativo non abbia i requisiti per sciogliere il rapporto di lavoro.

Rimane aperto l'interrogativo, che si era posto anche con riferimento alla disciplina previgente, della natura assorbente o meno della compensazione economica rispetto ad eventuali ulteriori danni, patrimoniali e non, che possano eventualmente derivare dal licenziamento che si affermi illegittimo⁴¹. Una risposta all'interrogativo da parte della giurisprudenza,

⁴¹ Com'è noto, è solo col testo novellato dalla l. 11 maggio 1990, n. 108, che si è previsto che la sentenza che ordina la reintegra stabilisse 'a titolo di risarcimento' un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, oltre al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali per lo stesso periodo. La soppressione della distinzione tra i due momenti (dal licenziamento alla condanna del datore di lavoro e da questa all'effettiva reintegrazione del dipendente nell'azienda), ai quali il legislatore *ante* novella aveva ricondotto una diversa qualificazione delle somme da versare al lavoratore, in termini di risarcimento danni (per il primo periodo) e di misura coercitiva (per il secondo periodo), non solo ha creato problemi, sul piano sistematico, a chi volesse continuare a scorgere un carattere (anche) sanzionatorio nella condanna al risarcimento, ma, soprattutto, ha portato come conseguenza l'aver ristretto il varco che consentiva al lavoratore, in base al testo previgente, di chiedere e ottenere qualcosa 'di più' della somma espressamente riconosciutagli dal legislatore a titolo di risarcimento: la lettera della norma, infatti, non ha lasciato molto spazio per quelle due tutele concomitanti, con diversa funzione e natura (quella rivolta all'attuazione dell'obbligo datoriale e l'altra, intesa a offrire riparazione dei danni subiti per effetto dell'allontanamento ingiustificato dal posto di lavoro) che il tenore dell'art. 18, St. lav. *ante* riforma di fatto consentiva.

La questione della possibilità per il lavoratore di richiedere, oltre alla somma commisurata alle retribuzioni non corrisposte, il ristoro dei danni effettivi, patrimoniali e non, che si siano protratti per tutto il tempo in cui l'allontanamento forzoso dal posto di lavoro sia di fatto perdurato (immaginiamo il caso in cui il lavoratore, in attesa dell'attuazione spontanea dell'ordine di reintegra, abbia rinunciato ad altre occasioni di lavoro, magari maggiormente lucrose; oppure abbia contratto una sindrome depressiva, debitamente certificata, in conseguenza della perdita del posto di lavoro), si è intrecciata con l'altra, della necessità o meno che il licenziamento fosse dichiarato illegittimo, come presupposto dell'esperimento del giudizio risarcitorio: sul punto, la giurisprudenza ha affermato che la mancata impugnazione del licenziamento nei termini di decadenza precluderebbe solo la tutela reale offerta dalla reintegrazione ma non l'azione risarcitoria in base ai principi generali che governano tale azione, sempre che ne ricorrano i presupposti: così, alle più risalenti Cass., sez. lav., 2 marzo 1999, n. 1757, in «Lavoro giur.», 1999, pp. 825 ss., con commento di A. PIZZOFERRATO, *Decadenza dall'impugnazione di licenziamento e azione risarcitoria*; Cass. 24 giugno 1987, n. 5532, in «Rep. Foro it.», 1987, voce *Lavoro* (rapporto), n. 2578; Cass. 5 febbraio 1985, n. 817, *id.*, 1985, voce cit., n. 1937, si sono aggiunte pronunce più recenti, e meno timide nel negare espressamente che la preclusione dell'impugnativa implichi la liceità dell'esercizio del potere di recesso (cfr. Cass., sez. lav., 10 gennaio 2007, n. 245, in «Mass. giur. lav.», 2007, p. 270; Cass., sez. lav., 12 ottobre 2006, n. 21833, in «Riv. giur. lav.», 2007, II, p. 235).

Secondo Cass. 10 marzo 2010, n. 5804, in «Rep. Foro it.», 2010, voce *Lavoro* (rapporto),

condivisibile o meno, si può trovare nella notissima posizione assunta, anni or sono, dalle sezioni unite della Cassazione⁴² che, nel quadro anteriore al codice del processo amministrativo, sono intervenute sul tema analogo della cd. pregiudizialità amministrativa, e sulla necessità o meno dell'impugnativa dell'atto pubblico per la proposizione della domanda di risarcimento danni da lesione di interessi legittimi. In quell'occasione, la Cassazione aveva compiuto un giro di orizzonte nei diversi settori dell'ordinamento, per verificare somiglianze e differenze nel modo di porsi del rapporto tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria nei diversi ambiti, e, con riferimento a quello che ci occupa, aveva osservato che la mancata impugnazione del licenziamento nel termine fissato preclude al lavoratore, oltre alla tutela reale della reintegrazione nel posto di lavoro, di rivendicare tutela sul piano risarcitorio per il danno costituito ed originato dalla mancata percezione degli emolumenti altrimenti spettanti, ma non comporta la liceità del recesso del datore di lavoro: con la conclusione che l'ingiustizia del licenziamento resta tale, a prescindere dalla inoppugnabilità dell'atto, ed è perciò suscettibile di accertamento se si presenta come componente di una più ampia condotta lesiva, qualora abbia concorso a provocare un danno, diverso da quello costituito dalla perdita degli emolumenti. Ben difficilmente, del resto, si potrebbe escludere la conservazione del diritto

1393, il lavoratore decaduto dall'impugnativa del licenziamento illegittimo può esperire l'azione risarcitoria generale, previa allegazione dei relativi presupposti, diversi da quelli previsti dalla normativa sui licenziamenti e tali da configurare l'atto di recesso come idoneo a determinare un danno risarcibile, ma non può ottenere, neppure per equivalente, il risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni perdute a causa del licenziamento, essendogli ciò precluso dalla maturata decadenza. Ancora più radicale Cass. civ., sez. lav., 3 marzo 2010, n. 5107, *id.*, voce cit., n. 1395, per la quale al lavoratore che non abbia tempestivamente impugnato il licenziamento è precluso l'accertamento giudiziale dell'illegittimità del recesso e, conseguentemente, la tutela risarcitoria in base alle leggi speciali, né il giudice può conoscere dell'illegittimità del licenziamento per ricollegare al recesso illegittimo le conseguenze risarcitorie di diritto comune, in quanto l'ordinamento prevede, per la risoluzione del rapporto di lavoro, una disciplina speciale, con un termine di decadenza all'evidente fine di dare certezza ai rapporti giuridici.

Per la tesi secondo cui, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza delle sezioni unite citata alla nota che segue, la decadenza precluderebbe l'accertamento giudiziale della illegittimità del recesso e, per questo, la tutela risarcitoria di diritto comune, della quale verrebbe a mancare il necessario presupposto, sia sul piano contrattuale, in quanto l'inadempimento del datore di lavoro consista nel recesso illegittimo in base alla disciplina speciale, sia sul piano extracontrattuale, ove il comportamento illecito consista proprio, e soltanto, nell'illegittimità del recesso, Cass. civ., sez. lav., 6 agosto 2013, n. 18732, *id.*, 2013, voce cit., n. 1434.

⁴² Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in «Foro it.», 2009, I, coll. 2721 ss., con mia nota, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione e l'assetto dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle sezioni unite della Cassazione.*

alla tutela risarcitoria per quanto riguarda il danno non patrimoniale.

È appena il caso di accennare al fatto che in alcune delle ipotesi in cui pure ha previsto la reintegra (così nell'art. 3, comma 2°, del d.lgs. 23/2015), il legislatore continua ad utilizzare il linguaggio della sentenza costitutiva di annullamento, che postula un licenziamento illegittimo ma efficace, con cui il rapporto di lavoro viene dunque dapprima risolto e poi fatto rivivere grazie all'esercizio dell'impugnativa negoziale. Sarebbe stato preferibile (anche vista la tortuosità, altrimenti, del percorso che si va a delineare) non parlare di annullamento, ma di accertamento dell'insussistenza dei presupposti necessari perché il potere produca effetti, e riconoscere perciò alla sentenza la propria naturale qualifica di pronuncia dichiarativa, a dispetto della terminologia impiegata da una normativa non sempre consapevole delle corrette dinamiche processo-potere⁴³. Anche se, per quanto qui interessa, la conclusione in ordine alla conseguenza di una tutela reale, in luogo di una per equivalente, non è diversa per chi opti per la tesi del ripristino del rapporto con efficacia retroattiva, derivante dalla natura costitutiva della pronuncia.

Tornando alle coordinate generali in tema di rapporti tra tutela specifica e tutela per equivalente⁴⁴, con le quali dev'essere letta la modulazione

⁴³ Per le ragioni che, già con riferimento alla legge Fornero, suggerivano di non valorizzare oltre misura il dato letterale che ricollega all'illegittimità del licenziamento (ovvero, alla mancanza dei presupposti per l'esercizio del potere o a un esercizio non corretto sul piano formale), a seconda dei casi, una dichiarazione di nullità, un annullamento con valenza costitutivo-demolitoria, o una dichiarazione di risoluzione del rapporto con effetto *ex tunc* (diventa oggi, nel d.lgs. 23/2015, una 'dichiarazione di estinzione del rapporto alla data del licenziamento'), e di guardare invece al fatto che la mancanza dei presupposti si articola comunque, in tutti i casi, in termini di efficacia e inefficacia del recesso, cui il legislatore ricollega, nell'una e nell'altra ipotesi, una pronuncia di mero accertamento (sia nell'ipotesi di inefficacia: così la nullità; sia nell'ipotesi di efficacia, dove si parla di 'dichiarazione' di risoluzione, o, come oggi, di estinzione), si rinvia a C. CONSOLO, D. RIZZARDO, *op. cit.*, pp. 731-734. Né alla natura dichiarativa della sentenza si oppone la soggezione delle azioni ad un termine di decadenza, che si ritrova anche in altri settori dell'ordinamento, per ragioni di certezza, pur in presenza di azioni di mero accertamento: così nel diritto societario riformato, in tema di delibere assembleari.

⁴⁴ Sulle quali sia consentito rinviare, ancora una volta, alle osservazioni di chi scrive, *Tutela specifica e per equivalente*, cit., loc. cit., ove il sistema delle obbligazioni è ricostruito tenendo conto dell'insieme complessivo delle norme che lo regolano e non solo dell'art. 1453 cod. civ., che è norma peculiare e che oltretutto va letta per quel che dice, visto che non postula affatto la scelta tra adempimento e risarcimento. Erronei sono dunque i rilievi di G. CANNATI, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in «DLRI», 2012, p. 137, per il quale non sarebbe corretto enfatizzare la tutela specifica fino a sostenerne l'assoluta priorità logico-giuridica, visto che «la logica non sempre appartiene al diritto; quanto poi al sistema la regola è un'altra: esiste l'adempimento, esiste il

delle tutele anche nell'attuale disciplina, la conclusione è una sola: il legislatore sostanziale non è 'costretto' a prevedere, nel caso di licenziamento illegittimo, la tutela reale, ma non è neppure 'libero' di configurare come vuole le conseguenze dell'illegittimo esercizio del potere. L'arretramento del piano della tutela specifica a favore di una per equivalente a carattere indennitario è piuttosto una 'possibilità' lasciata al legislatore ordinario (che del resto vi ha fatto ripetutamente ricorso, nei tempi recenti, in altri settori dell'ordinamento), ma 'a condizione che' questi effettui un adeguato bilanciamento tra i diversi interessi in gioco. In questi casi non è l'operatore a poter forzare le maglie del diritto sostanziale attraverso ragionamenti giocati sull'art. 24, Cost.: tutt'al più, se si ritiene che vi sia un contrasto con la Carta costituzionale, dovrà essere il giudice delle leggi ad intervenire, per valutare la conformità alla Costituzione del bilanciamento di interessi compiuto dal legislatore ordinario.

Il superamento del richiamo alle dimensioni dell'impresa ai fini della distinzione tra tutela reale e tutela obbligatoria fa sì che la giustificazione dell'esclusione della tutela specifica non possa più reggersi sulle ragioni che erano state giudicate legittime dalla Corte costituzionale, e che occorra una valutazione *ex novo* delle ragioni prese a base oggi dal legislatore per differenziare le sanzioni dell'illegittimità del licenziamento. Ma di certo non potrà essere l'interprete a sovrapporsi a quelle scelte in nome del principio di effettività della tutela, perché non è al processo che può chiedersi di attribuire alla situazione sostanziale utilità maggiori di quelle che sono state attribuite dal legislatore al titolare della stessa.

risarcimento, ed è il creditore a scegliere (art. 1453 c.c.)». Sul modo di funzionare dell'art. 1453 v., *si vis, il mio Contratto e processo*, in *Trattato sul contratto*, diretto da V. Roppo, Giuffrè, Milano 2006, pp. 823 ss.

Più in generale, come ricordato in premessa, l'analisi del rapporto tra tutela specifica e per equivalente nei diversi settori dell'ordinamento porta alle seguenti conclusioni: la previsione espressa è necessaria per 'mettere fuori gioco' il rimedio specifico, e non per 'consentirlo'; soltanto nel caso in cui il legislatore indirizzi l'attore in modo espresso verso il risarcimento del danno (non 'in aggiunta' – perché è evidente che se vi è un danno prodotto dall'inattuazione del diritto, quel danno dev'essere comunque risarcito –, 'ma in sostituzione' del rimedio specifico), l'interesse tutelato verrà sostituito dal suo equivalente monetario (si avrà, di fatto, una sorta di 'esproprio' del diritto in questione, col conseguente riconoscimento, al titolare del diritto, di un indennizzo corrispondente al valore del bene).

Abstract

Lo studio affronta l'analisi degli strumenti di tutela giurisdizionale predisposti in materia di lavoro al fine di misurarne l'effettività. Partendo dal presupposto per cui l'effettività del rimedio giurisdizionale *ex art. 24, Cost.* viene spesso a coincidere con la predisposizione di strumenti di tutela specifica, l'Autrice ripercorre, da un lato, i mutamenti della disciplina processuale e sostanziale applicabile nelle ipotesi di illegittima risoluzione del rapporto di lavoro, a partire dalla legge n. 604/1966 e lo Statuto dei lavoratori fino alle modifiche apportate dalla c.d. legge Fornero e dal D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23, evidenziando una progressiva riduzione delle ipotesi di tutela specifica in favore della tutela per equivalente, con quanto consegue in termini di effettività del rimedio; dall'altro lato, vengono ricordati gli strumenti processuali che hanno assicurato una maggiore effettività al credito da lavoro, tra cui le previsioni speciali di provvisoria esecutività di determinati provvedimenti giurisdizionali, misure coercitive specificamente previste nonché il centrale utilizzo del provvedimento d'urgenza quale strumento di impulso alla rapidità della tutela.