

Capitolo Primo

La prova nei giudizi di “impugnazione” dei licenziamenti individuali

SOMMARIO: 1. Licenziamento e prova, (in)giustificatazza e discriminatorietà: la delimitazione del campo d'indagine. – 2. L'onere della prova come proiezione dinamica della tutela sostanziale nei giudizi di “impugnazione” dei licenziamenti. – 3. Onere della prova nei giudizi di “impugnazione” dei licenziamenti e individuazione della situazione giuridica dedotta in giudizio. – 4. Onere della prova nei giudizi di “impugnazione” dei licenziamenti tra principi generali e norme speciali. – 5. Digressione incidentale ed effetti di riforme collaterali.

1. *Licenziamento e prova, (in)giustificatazza e discriminatorietà: la delimitazione del campo d'indagine*

L'analisi proposta si sviluppa lungo gli assi tracciati dalle coppie tematiche “licenziamento e prova”, da un lato, “(in)giustificatazza e discriminatorietà”, dall'altro.

L'interazione di questi punti cardinali spiega l'interesse per la prospettiva di ricerca.

Anzitutto, se la rilevanza del tema dei licenziamenti è marcata dal fatto che l'incisione sulla relativa disciplina sanzionatoria, nel 2012 e nel 2015, ha rappresentato il prodotto più eclatante del cambio di passo, se non di paradigma, del diritto del lavoro italiano¹, l'istituto della prova costituisce lo spec-

¹Parte della dottrina ritiene che la riforma della disciplina dei licenziamenti, in particolare quella del 2015, rappresenti «il prodotto di un cambio di paradigma normativo del diritto del lavoro» e come tale «sembra sovvertire il precedente assetto sistematico della materia, fondato sulla tutela statutaria del posto di lavoro e delle condizioni di lavoro e professionali» (A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, 5; F. CARINCI, *Il diritto del lavoro all'epoca delle nuove flessibilità. Dallo Statuto al Contratto a tutele crescenti: il “cambio di paradigma”*, in *Giur. it.*, 2016, 737). In tal senso, il *Jobs Act* «è stato senz'altro, peraltro nella disciplina dei licenziamenti piuttosto che in altro ... l'esempio più estre-

chio dinamico in cui si riflette il novellato sistema delle fattispecie normative d'illegittimità e dei correlati moduli di tutela. Uno specchio, peraltro, "ad alta definizione", dovendo essere funzionale all'adozione di una decisione giudiziale in una controversia. Uno specchio che proprio per questo illumina le criticità che fendono il dato normativo e su cui si misurano sia «la *latitudine*

mo» della «subalternità *politica* del diritto del lavoro all'economia» (R. DEL PUNTA, B. CARUSO, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, in *Lav. dir.*, 2016, 653). A sostegno di questa prospettiva di lettura, si evidenzia come «la dimensione assiologica» del diritto del lavoro trovi «nel recesso del datore di lavoro uno dei suoi momenti di maggiore importanza» e proprio per questo la riforma della disciplina dei licenziamenti risulti emblematica del «cambiamento del "dna" del diritto del lavoro» (V. SPEZIALE, *La trasformazione del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2016, 724-719): «non si vuole ovviamente sostenere che la reintegrazione sia l'unica forma di tutela possibile dei diritti fondamentali del lavoratore. È importante piuttosto sottolineare come [alcuni] profili giuridici ... (adempimento dell'obbligo lavorativo quale espressione della personalità umana/tutela in forma specifica come ripristino integrale di diritti fondamentali) vengano completamente ignorati dal legislatore che, nella disciplina del licenziamento non discriminatorio, si muove in ambito regolativo tutto finalizzato alla soddisfazione di presunte esigenze oggettive di carattere economico» (V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – n. 259/2015, 9). Pur sempre in termini critici rispetto alla riforma, altra parte della dottrina rileva come non sia «il caso di inneggiare a nuovi paradigmi se la stabilità assume nel mondo giuridico le fattezze di un "disvalore"». Si tratta soltanto della riesumazione o resurrezione del vecchio paradigma» (L. ZOPPOLI, *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, in *Variazioni Temi Dir. Lav.*, n. 3/2016, 432). In tal senso, si evidenzia come la riscrittura del diritto del lavoro realizzata dalle riforme sottenda «il recupero del concetto tradizionale di subordinazione» e «questo recupero può avvenire soltanto reintroducendo nell'ordinamento la libertà di licenziamento, la quale della subordinazione rappresenta l'alfa e l'omega» (M. RUSCIANO, *Una riforma con molta politica e poca tecnica*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – *Collective Volumes* – n. 3/2014, 5; cfr. altresì M. RUSCIANO, *Una riflessione d'insieme*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, in *Quad. arg. dir. lav.*, 2015, 193). Ancora, si è rilevato come, «al di là delle diverse valutazioni di merito», «il valore dell'intervento» operato anzitutto dalla riforma Fornero dell'art. 18 si colga «nel fatto di aver rotto il tabù storico dell'immodificabilità della norma» (T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 34); con specifico riguardo al d.lgs. 23/2015, si è altresì osservato come tale normativa, in sinergia con le agevolazioni previste dalle leggi finanziarie 2015 e 2016, abbia determinato un «cambio di convenienze» e introdotto «elementi strutturali che rendono competitivo il contratto a tempo indeterminato, nella nuova versione a tutele crescenti, rispetto al contratto a termine e persino all'apprendistato» (T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 158). In commento alla legge Fornero, L. GAETA evidenzia, d'altra parte, che rispetto alle affermazioni di principio e agli obiettivi ivi espressi – tra cui quello di favorire «l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili» – la riforma «fa l'esatto opposto». «[Q]uello a tempo indeterminato viene curiosamente definito "contratto dominante" (quasi fosse il "maschio alfa" degli zoologi)», «[m]a poi, è minata alla radice proprio l'ultima delle basi della "stabilità" che ancora stava in piedi, cioè il sistema della reintegrazione nel posto di lavoro: l'art. 18, considerato un feticcio difeso per mere ragioni ideologiche e ritenuto un ostacolo alla crescita e all'occupazione, oltre che un dissuasore degli investimenti stranieri, è riscritto da cima a fondo» (*La dialettica stabilità-precarietà*, in L. CORAZZA, R. ROMEI (a cura di), *Il diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, 154).

dei poteri del giudice in materia interpretativa» sia il «margine di prevedibilità» della sua pronuncia: in altre parole, il grado di attuazione di «uno dei fondamenti della democrazia»².

In secondo luogo, se la marginalizzazione del regime reintegratorio, anche nell'area dei datori sopra-soglia, ha fortemente inciso sugli assetti della disciplina, alterando a monte gli equilibri delle situazioni di potere nel rapporto di lavoro³, l'ingiustificatezza e discriminatorietà dell'atto sono alcune delle fattispecie che ne possono ancora determinare l'applicazione, nel secondo caso peraltro a prescindere dalla dimensione occupazionale del datore di lavoro e dall'operatività del regime di recesso *ad nutum*.

La scelta di selezionare per l'approfondimento proprio queste due fattispecie è motivata soprattutto dagli spunti di riflessione che si proiettano alla loro interazione.

È vero che per la dottrina più attenta allo sviluppo, interno e sovranazionale, del diritto antidiscriminatorio l'indagine su molti dei profili che saranno esaminati non è affatto inedita. È altresì vero tuttavia che i modelli interpretativi elaborati si confrontano oggi con un sistema di disciplina dei licenziamenti che non solo ha esposto il tema all'attenzione di tutti gli addetti ai lavori, accentuandone la rilevanza nel momento più critico del rapporto, quello dell'estinzione, quello che peraltro più impone una declinazione ipotetica della comparazione ai fini dell'accertamento della disparità. Soprattutto, il novellato contesto normativo, consegnando all'interprete la controversa que-

²O. MAZZOTTA, *L'interpretazione nel diritto del lavoro: istruzioni per l'uso*, in *Lav. dir.*, 2014, 264.

³Cfr. M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979: «la reintegrazione non è solo la strumentazione dell'interesse ad un impiego stabile. Essa è il segno di una scelta politica: quella di attuare, all'interno delle aziende di determinate dimensioni, una razionalizzazione dei rapporti di lavoro, facendo giocare l'intervento giudiziale come fattore di equilibrio» (96). Cfr. altresì G.F. MANCINI, *La disciplina del licenziamento nello Statuto dei lavoratori (contributo all'esegesi dell'art. 18)*, in *Riv. giur. lav.*, 1972, 1, 169; M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980; U. ROMAGNOLI, *Sub Art. 18*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori, Zanichelli-Il Foro italiano*, Bologna-Roma, 1981, 79 e 91. Con riferimento all'impatto delle più recenti riforme cfr. A. PERULLI, *op. cit.*: «[i]n questo nuovo paradigma giuslavoristico, caratterizzato dalla sostanziale cancellazione della tutela reale del posto di lavoro di cui all'art. 18 st. lav., ... si realizza poi, fatalmente, un “effetto domino” che riguarda l'intera dimensione attuativa della relazione intersoggettiva, a tutto svantaggio dell'autorità dell'impresa nell'amministrazione del rapporto» (6). Il regime reintegratorio è definito come il «paradigma esemplare dell'effettività dei diritti verso il quale tende l'intero ordinamento del lavoro» da P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 147. Con riguardo alla possibilità di qualificare la tutela reale come «madre» di tutte le tutele», cfr. C. CESTER, *Le tutele*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, Wolsters Kluwer-Cedam, Milano, 2017, 1024.

sione definitoria dei vizi di ingiustificatezza e dei relativi oneri di prova nel sistema di regole applicabili ai datori sopra-soglia, rende al contempo necessaria e urgente, al fine di esaminare l'interazione con essi, una verifica sulla costruzione della fattispecie discriminatoria e sulla sua proiezione nella dinamica probatoria.

E questo fa del tema un cantiere aperto.

Le considerazioni svolte consentono di capire le ragioni per cui l'ambito di indagine sia circoscritto ai licenziamenti individuali: l'estensibilità della riflessione ai licenziamenti collettivi si presenta, infatti, quantomeno problematica.

È sì vero che parte della dottrina ribadisce anche nel contesto normativo vigente l'identità delle fattispecie sotto il profilo del presupposto causale, in tal senso ritenendo applicabile anche ai licenziamenti collettivi la clausola di cui all'art. 3, l. 604/1966 nonché le sanzioni previste per i licenziamenti individuali ingiustificati⁴.

Non si può tacere, tuttavia, come anche nella più recente giurisprudenza di legittimità trovi sede un diverso orientamento, secondo cui, in caso di licenziamenti collettivi, l'accertamento giudiziale non può varcare la soglia del sindacato di giustificatezza né il ragionamento sulla corrispondente prova può essere articolato in termini simili a quanto avviene in ipotesi di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo⁵.

⁴ Cfr. E. GRAGNOLI, *Il licenziamento, la giusta causa e il giustificato motivo*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione*, cit., 288; M. RICCI, A. OLIVIERI, C. CORBO, *I licenziamenti collettivi*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione*, cit., 1192; nella giurisprudenza di legittimità cfr. Cass., 14 novembre 2016, n. 23149, in cui si afferma che è «onere del datore di lavoro dedurre e dimostrare non solo l'esistenza delle ragioni oggettive del licenziamento collettivo, ma anche l'esatta individuazione dei lavoratori licenziati sulla base dei criteri di scelta legali o concordati, e quindi il nesso di causalità» (corsivo aggiunto); nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Roma, 21 gennaio 2014, secondo cui «l'assenza delle ragioni giustificatrici del licenziamento collettivo comporta l'applicabilità del regime previsto dall'art. 18 comma 7 st. lav. per il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo in caso di "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento"». Con riferimento al contesto normativo antecedente la riforma del 2012, cfr. C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 31 ss.

⁵ Secondo la Cassazione, il «controllo dell'iniziativa imprenditoriale concernente il ridimensionamento dell'impresa» è «devoluto *ex ante* alle organizzazioni sindacali» e pertanto «i residui spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa non riguardano ... gli specifici motivi della riduzione del personale, ma la correttezza procedurale dell'operazione (ivi compresa la sussistenza dell'imprescindibile nesso causale tra il progettato ridimensionamento e i singoli provvedimenti di recesso), con la conseguenza che non possono trovare ingresso, in sede giudiziaria, tutte quelle censure con le quali, senza contestare specifiche violazioni delle prescrizioni dettate [dagli artt. 4 e 5 l. 223/91] e senza fornire la prova di maliziose elusioni dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali e delle procedure di mobilità al fine di operare discriminazioni tra i lavoratori, si finisce per investire l'autorità giudiziaria di un'indagine sul-

Si potrebbe oltretutto sostenere che quest’ultimo orientamento trovi conferma, a livello legislativo, nella mancata previsione, sia nella l. 92/2012, sia nel d.lgs. 23/2015, di una fattispecie di annullamento dell’atto per insussistenza del fatto economico posto a fondamento della riduzione di personale, contemplandosi solo vizi relativi alla violazione dei requisiti di forma, di scelta dei lavoratori e di procedura⁶.

Le marcate specificità che una riflessione in tema di onere della prova nell’ambito dei licenziamenti collettivi implica⁷ si accentuano, se possibile, anche nel confronto con il diritto antidiscriminatorio, non solo per la più problematica e articolata interazione con la prova della conformità dell’atto ai presupposti legittimanti stabiliti *ex lege*, che aprirebbe a una intricata e quasi ingestibile rete di distinguo, ma anche per la più agevole valorizzazione della

la presenza di “effettive” esigenze di riduzione o trasformazione dell’attività produttiva» (Cass., 7 febbraio 2017, n. 3176; in senso conforme Cass., 3 marzo 2009, n. 5089; Cass., 18 settembre 2007, n. 19347; Cass., 6 ottobre 2006, n. 21541).

⁶Cfr. l’art. 5, comma 3, l. 223/1991, ovvero – ma con diversi regimi sanzionatori – l’art. 10, d.lgs. 23/2015. Come è stato evidenziato, «[c]ontinua a mancare un’espressa sanzione per l’assenza del *presupposto giustificativo* della riduzione del personale – profilo che ... ha subito un processo di “sopravalutazione” da parte della dottrina – che non costituiva certo una “lacuna” della l. 223 del 1991, laddove il requisito causale si salda inevitabilmente con la comunicazione di apertura del confronto sindacale, sul piano, cioè, nel quale si svolge il “controllo sindacale”» (P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012 n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 261). In tal senso, cfr. S. MARETTI, *I licenziamenti collettivi*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino, 2013, 707; M. MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 612. Si consideri peraltro che, a conferma della suddetta devoluzione *ex ante* del controllo alle organizzazioni sindacali, la l. 92/2012 ha introdotto una modifica all’art. 4, l. 223/1991, secondo cui «gli eventuali vizi della comunicazione di [avvio della procedura] possono essere sanati, ad ogni effetto di legge, nell’ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo».

⁷È sì vero, ferma l’inapplicabilità dell’art. 5, l. 604/1966, ai sensi dell’art. 11, l. 604/1966 (cfr. Cass., 22 marzo 2010, n. 6849), che nel silenzio della legge si può comunque ritenere che «l’onere della prova del rispetto dei criteri e della sussistenza delle condizioni per procedere alla riduzione del personale» gravi sul datore (O. MAZZOTTA, *I licenziamenti collettivi*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *I licenziamenti. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1999, 683; in tal senso cfr. Cass., 24 agosto 2017, n. 20335; Cass., 14 novembre 2016, n. 23149; Cass., 23 dicembre 2009, n. 27165; Cass., 15 febbraio 2001, n. 2188). Si rilevi, tuttavia, a riprova delle marcate differenze tra le due aree tematiche, come, in caso di licenziamento collettivo, il mancato assolvimento dell’onere probatorio datoriale relativo ai criteri di scelta di cui all’art. 5, l. 223/1991 comporti l’applicazione della tutela reintegratoria attenuata, per quanto solo in base alla l. 92/2012, quindi solo per i rapporti costituiti prima del 7 marzo 2015; al contrario, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo realizzato in presenza di personale omogeneo e fungibile, si ritiene condivisibile la tesi che riconduce la violazione dei criteri di scelta (anche in base all’art. 5, l. 223/1991, quale parametro che concreta i principi di correttezza e buona fede) nell’alveo della tutela indennitaria rafforzata di cui all’art. 18, comma 7. Cfr. a riguardo Cass., 8 luglio 2016, n. 14021.

discriminazione collettiva nonché per la previsione di disposizioni *ad hoc*⁸.

Per le considerazioni elencate e sebbene molti dei ragionamenti che saranno sviluppati soprattutto con riguardo alla prova della discriminatorietà siano estensibili anche ai licenziamenti collettivi, si ritiene quindi opportuno evitare un approfondimento specifico sul punto.

Se queste sono le ragioni che spiegano la scelta dei termini che delimitano l'indagine, si è consapevoli che le stesse si appoggiano a un contesto più ampio e complesso.

La qualificazione della tutela reintegratoria come perno di tutte le altre tutele nel rapporto di lavoro sconta il confronto con il dibattito sulla sua copertura costituzionale e sovranazionale⁹, il confronto con il suo disomogeneo riconoscimento in virtù di caratteristiche del datore di lavoro¹⁰, il confronto con persistenti questioni di effettività: dall'impossibilità di coartazione diretta dell'obbligo reintegratorio¹¹ alla tendenziale preferenza del lavoratore per la conversione nell'indennità sostitutiva.

Proprio quest'ultimo rilievo, essendo concatenato anche alla questione dell'eccessiva durata del processo, conduce a formulare ulteriori considerazioni

⁸ Trattasi dell'art. 5, comma 2, l. 223/1991, ai sensi del quale «l'impresa non può ... licenziare una percentuale di manodopera femminile superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione»; cfr. a riguardo, tra le più recenti, Cass., 3 febbraio 2016, n. 2113, secondo la quale «la violazione della quota femminile di manodopera nei licenziamenti collettivi ... deve risultare da dati numerici specifici».

⁹ Cfr. O. MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, in M.V. BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, Torino, 2007, 31 ss. Cfr. Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46, secondo cui è lasciata alla discrezionalità del legislatore la scelta dei modi d'attuazione della garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 Cost. In riferimento a tale discrezionalità, la Corte esclude che la tutela reale, «per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzionati principi costituzionali, concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi. Pertanto, l'eventuale [sua] abrogazione ... avrebbe il solo effetto di espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro, che risulta ricondotta ... al criterio di fondo della necessaria giustificazione del licenziamento». Con riferimento al contesto normativo vigente, si rinvia *ex multis* alle riflessioni di V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit.; A. ZOPPOLI, *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in *Dir. lav. merc.*, 2015, 291; C. CESTER, *Le tutele*, cit., spec. 1023 ss.

¹⁰ Cfr. G. DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate*, in M.V. BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, cit., 53.

¹¹ La dottrina ha evidenziato come la riforma della disciplina dei licenziamenti non abbia stabilito «alcuna misura coercitiva a carico del datore in caso di inosservanza dell'ordine di reintegrazione del lavoratore (ove applicabile), con ulteriore aggravamento della già grave situazione determinata dalla espressa esclusione delle controversie di lavoro dalla generale previsione di cui all'art. 614-bis c.p.c.», disposizione, quest'ultima, introdotta dalla l. 69/2009 e poi modificata dal d.l. 83/2015, conv. in l. 132/2015 (D. DALFINO, *Nuove forme e tecniche di tutela processuale*, in L. CORAZZA, R. ROMELI, *Diritto del lavoro in trasformazione*, cit., 197).

sulla complessità del contesto e sull’interazione del tema d’indagine con esso.

Anzitutto, nella riforma della disciplina dei licenziamenti si registra una dinamica osmotica di senso inverso rispetto a quella che emerge nell’analisi dell’istituto della prova: se quest’ultimo è volto a proiettare la tutela sostanziale nel processo, al contrario sono state le criticità della vicenda processuale a informare (quantomeno asseritamente) la *ratio* di riscrittura delle fattispecie di diritto sostanziale nell’ambito della regolazione dei licenziamenti illegittimi (con annesse ripercussioni sulla dimensione probatoria).

In secondo luogo, in un contesto di riduzione dell’area di accesso a una reintegrazione che era già nei fatti monetizzata, pur a scelta (necessitata dalle lungaggini processuali) del lavoratore, il tema della tutela si sta progressivamente qualificando in termini di capacità dissuasiva e di ristoro della sanzione indennitaria¹², come da ultimo evidenzia la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all’“art. 18 del 2015”, ossia il d.lgs. 23/2015, dal Tribunale di Roma con ordinanza del 26 luglio 2017¹³.

A margine di tali considerazioni e soprattutto dell’osservazione che gli interventi legislativi succedutisi dal 2010 a oggi, letti in sequenza, mostrano una precisa e sempre più marcata *ratio* di sfavore nei confronti di una richiesta di tutela giudiziaria dei diritti in caso di licenziamento¹⁴, ci si potrebbe chiedere quindi se sia davvero rilevante oggi riflettere sul tema della prova nei giudizi di impugnazione dei licenziamenti o se, invero, la questione non rischi di rimanere di mero interesse teorico.

L’interrogativo, provocatoriamente consegnato all’ingresso del percorso d’indagine, sorge alla constatazione, appunto, di come nel contesto normativo vigente si rilevino, da un lato, un aggravamento della posizione processuale del lavoratore, dall’altro, una concentrazione degli sforzi legislativi e giurispru-

¹² Come è stato evidenziato con riguardo alla riforma Fornero dell’art. 18, la «possibilità della reintegrazione mantiene alla norma il suo valore di deterrente ...; ma il fatto che la reintegrazione non sia più l’unico rimedio possibile per il licenziamento ingiustificato permette al giudice di modulare le tutele sulla base di una ponderazione comparativa degli interessi e dei valori in gioco» (T. TREU, *Flessibilità e tutele*, cit., 35). La stessa considerazione non è estensibile al d.lgs. 23/2015, giusta non solo l’ulteriore marginalizzazione della tutela reintegratoria, ma soprattutto la previsione di meccanismi automatici di quantificazione dell’indennità che non consentono al giudice valutazioni di proporzionalità correlate alla gravità del vizio. Cfr. P. TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 291.

¹³ Il Tribunale di Roma ha, in particolare, dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2, 4 e 10, d.lgs. 23/2015 per contrasto con gli artt. 3, 4, 76 e 117, comma 1, Cost.

¹⁴ Cfr. P. ICHINO, *Licenziamenti, crolla il contenzioso*, in *Corriere della sera*, 18 febbraio 2017, il quale evidenzia come dal 2012 al 2016 il numero di procedimenti giudiziari in materia di licenziamenti e di contratti a termine si sia ridotto del 69 per cento.

denziali¹⁵ tesa ad incrementare il grado di prevedibilità del giudizio per il datore, incentivando al contempo il lavoratore a fermarsi a soluzioni conciliative, rinunciando all'impugnazione.

Il primo aspetto si registra nell'introduzione d'impedimenti alla proposizione della domanda, quale il doppio termine di decadenza¹⁶ e l'eliminazione, in linea generale per i procedimenti in materia di lavoro, del regime di esenzione dal pagamento del contributo unificato¹⁷, nonché in un intervento di de-costruzione della fattispecie normativa sostanziale dell'(in)giustificatezza, in grado di ripercuotersi sull'allocazione dell'onere della prova a svantaggio del ricorrente¹⁸.

¹⁵ Con riguardo alla giurisprudenza in punto di limiti al controllo giudiziale nell'accertamento del fatto economico ovvero di circoscrizione dell'onere datoriale di prova dell'impossibilità di *repêchage* alle allegazioni del ricorrente, cfr. capitolo secondo.

¹⁶ Il doppio termine di decadenza per l'azione di impugnazione del licenziamento è introdotto dal Collegato lavoro, con estensione peraltro a tutte le ipotesi di invalidità (art. 32 commi 1-4, l. 183/2010). – Tale intervento è stato definito dalla dottrina processualcivilista «di evidente (e gretta) matrice ideologica», giustificato unicamente dall'«intento di creare un *barage* affinché, se possibile, il cavallo inciampi», non certo da «considerazioni di natura giuridica» (C. CONSOLO, D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. giur.*, 2012, 733). Altri hanno evidenziato come la *ratio* del doppio termine di decadenza sia da individuarsi nell'opportunità di introdurre «uno *sbarramento a monte* piuttosto che affidarsi ad un *controllo a valle*, quanto a conseguenze economiche della durata dell'attesa della tutela giudiziale» (D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, Cedam, Padova, 2012, 81). Si è altresì rilevato che «la precisazione che il termine decorre dalla ricezione della comunicazione del licenziamento “in forma scritta” comporta che, in caso di licenziamento orale, tale termine non si applica» (D. BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 64, nota 2).

¹⁷ Risale al 2011 l'eliminazione del regime di esenzione dal pagamento del contributo unificato per i procedimenti in materia di lavoro (d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in legge 15 luglio 2011, n. 111), contributo che negli anni è stato poi sottoposto a progressivi aumenti. Ciò è tanto più rilevante dopo le modifiche apportate nel 2009 all'art. 91 c.p.c. in tema di condanna alle spese processuali della parte soccombente (l. 18 giugno 2009, n. 69), per quanto – va detto – la magistratura tendenzialmente individui ragioni per motivare una compensazione delle spese ai sensi del novellato art. 92 c.p.c. (ad es. novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti). Cfr. tuttavia l'ord., 28 febbraio 2017, n. 1 con cui il Trib. Reggio Emilia ha sollevato una questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 92, comma 2, c.p.c., rilevando nel meccanismo di distribuzione delle spese di lite ivi disposto una gravissima limitazione del diritto all'effettività dell'accesso alla giustizia a danno del lavoratore. Si consideri, altresì, il raddoppio del contributo unificato previsto dall'art. 13, comma 1-*quater*, d.p.r. 115/2002, così come modificato dalla l. 228/2012, per l'ipotesi in cui l'impugnazione di una sentenza sia respinta integralmente o dichiarata inammissibile.

¹⁸ Trattasi, in particolare, come si approfondirà nel corso del capitolo secondo, del dichiarato tentativo del legislatore storico del d.lgs. 23/2015 di spostare il baricentro dell'onere della prova in capo al lavoratore ai fini dell'accesso alla tutela reintegratoria attenuata, ivi riconosciuta solo in ipotesi di ingiustificatezza “qualificata” del licenziamento disciplinare.

Per quanto attiene il secondo profilo, invece, si può evidenziare come dai tentativi di definire e circoscrivere la portata del controllo del giudice – attraverso prima l’(inutile) specificazione dei limiti al suo sindacato¹⁹, poi la scomposizione delle causali di giustificatezza in sotto-segmenti – si sia progressivamente passati alla predisposizione di un percorso finalizzato ad evitare il controllo stesso. Nel campo di applicazione dell’art. 18, si è stabilito un procedimento di conciliazione obbligatoria da effettuarsi prima dell’adozione di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 7, l. 604/1966), disponendosi che la mancata presentazione di una o entrambe le parti al tentativo di conciliazione sia valutata dal giudice ai sensi dell’art. 116 c.p.c. e che il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa, sia valutato dal giudice per la determinazione dell’indennità risarcitoria di cui all’art. 18, comma 7, e per l’applicazione degli artt. 91 e 92 c.p.c. In seno al d.lgs. 23/2015, si è invece prevista la possibilità di un’offerta di conciliazione facoltativa, resa particolarmente conveniente dal regime di esenzione da contribuzione e prelievo fiscale e soprattutto dal parallelo ampliamento dell’area sanzionatoria meramente indennitaria, omniassorbente qualsiasi profilo di ingiustificatezza del licenziamento economico e ancorata a un meccanismo automatico di quantificazione ad argine di qualsiasi alea di valutazione di gravità e proporzionalità da parte del giudice²⁰.

La possibilità di leggere in quest’evoluzione normativa la tendenza a voler scoraggiare il lavoratore nella richiesta di una tutela giurisdizionale del proprio diritto, di esito incerto, spingendolo a fermarsi a una soluzione stragiu-

¹⁹L’art. 30, l. 183/2010, da un lato, prevede che il giudice tenga conto delle tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo presenti nei contratti collettivi o nei contratti individuali certificati (comma 3), dall’altro vieta che il controllo giudiziale possa essere esteso al sindacato di merito «sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro» (comma 1). A tal ultimo riguardo, con riferimento al caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la dottrina ritiene che la disposizione in esame formuli una sorta di «loop concettuale»: proprio per questo la norma è stata presto «mess[a] nel ripostiglio degli attrezzi giuridici inutili» (B. CARUSO, *La fattispecie “giustificato motivo oggettivo” di licenziamento tra storie e attualità*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – n. 323/2017, 6); è una norma che è stata «congegnat[a] in modo tale da vanificare le intenzioni stesse del legislatore» (L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 674). Si è d’altra parte rilevato che «se un significato può avere la disposizione ... sembra si possa ritenere che esso consista nel divieto per il giudice di sindacare le ragioni che hanno prodotto le esigenze poste a fondamento della soppressione del posto ... a meno che non ne emerga la pretestuosità, la discriminatorietà o la natura fraudolenta» (C. ZOLI, *La l. 183 del 2010: le novità in materia di licenziamento*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 837). Sul punto si tornerà approfonditamente nel capitolo secondo.

²⁰B. CARUSO, *La fattispecie “giustificato motivo oggettivo”*, cit., 7.

diziale, di importo economico – questo sì – certo²¹, è tanto più palpabile se si considerano le contraddizioni che il legislatore (quanto consapevole?) ha lasciato sul tragitto.

Nel 2010 è stato eliminato il tentativo obbligatorio di conciliazione come condizione di procedibilità della domanda, ora meramente facoltativo ai sensi del novellato art. 410, comma 1, c.p.c. (così modificato dall'art. 31, l. 183/2010). Nel 2012 la riforma Fornero ha stabilito, come già evidenziato, una specifica procedura di conciliazione in caso di *previsto* licenziamento per motivo oggettivo. Nel 2015 si è disposta l'inapplicabilità di tale ultima procedura (che – si noti – dà accesso alla Naspi in caso si raggiunga una risoluzione consensuale²²) per gli assunti con contratto a tutele crescenti, introducendosi al contempo, per ogni tipo di licenziamento, la possibilità per il lavoratore di accettare un'offerta economica esentasse, con conseguente estinzione del rapporto e rinuncia all'impugnazione²³.

Ancora: nel 2012 è introdotto un rito speciale sommario per l'impugnazione dei licenziamenti; nel 2015 è recuperato il rito ordinario per i rapporti costituiti dal 7 marzo di tale anno (art. 11, d.lgs. 23/2015)²⁴, nonostante la contemporanea riduzione della rete di tutela del lavoratore – già in contrasto con il «principio che privilegia le tecniche ripristinatorie in forma specifica rispetto a quelle “per equivalente”» – sia spiegata a fronte dei «costi della abnormità dei

²¹ Cfr. L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lav. dir.*, 2015, 13; F. CARINCI, *Dallo Statuto al Contratto a tutele crescenti*, cit. Si può rilevare che «il risultato finale è quello di porre le condizioni più idonee alla composizione transattiva»; «il recupero del rito ordinario – con i maggiori tempi previsti – non può che tradursi di fatto in un maggior interesse del lavoratore ad accettare l'offerta economica avanzata nell'immediato dal datore di lavoro» (F. BASENGHI, *L'ambito di applicazione del nuovo regime*, in F. BASENGHI, A. LEVI (a cura di), *Il contratto a tutele crescenti*, Giuffrè, Milano, 2016, 6-7).

²² Cfr. V. FILÌ, *Tutele risarcitoria e indennitaria: profili qualificatori, previdenziali e fiscali*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, 185 ss.

²³ Per relativi approfondimenti, cfr. M. FALSONE, *La conciliazione ex art. 6 del decreto legislativo n. 23 del 2015 tra autonomia privata e incentivi statali*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – n. 274/2015; A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – n. 245/2015.

²⁴ Per parte della dottrina, l'esclusione del rito Fornero, pur contestabile per le maggiori complicazioni procedurali che arrega rispetto alla riduzione dei tempi, non può che lasciare perplessi: «non si capisce per quale motivo siano state escluse dal rito più veloce anche quelle controversie che più delle altre avrebbero bisogno di pervenire in tempi rapidi ad una pronuncia produttiva di effetti. Quelle cioè che, avendo come oggetto la reintegra, se proiettate nei tempi lunghi che oggi caratterizzano il processo a cognizione piena, espongono il datore di lavoro a sopportare il rischio di dover risarcire un danno abnorme fatto lievitare proprio dall'eccessiva durata del processo» (D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in F. CARINCI, C. CESTER, *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, Adapt Labour Studies e-book series, n. 46/2016, 214).

tempi di accertamento della legittimità o meno del licenziamento»²⁵ (v. *supra*). I prossimi interventi di riforma, segnatamente il disegno di legge S-2284 contenente una «Delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile», attualmente in esame in commissione al Senato, includono l'abrogazione del rito Fornero²⁶, compensata dalla previsione che alla «trattazione dei giudizi nei quali si controverte sulla validità, l'efficacia o la legittimità dei licenziamenti ai sensi dell'articolo 18» – e non anche ai sensi del d.lgs. 23/2015, parrebbe²⁷ – siano «riservati specifici giorni nel calendario delle udienze del giudice, che deve trattarli e definirli con particolare speditezza».

In definitiva, esclusa la possibilità di applicare il più celere rito Fornero, aggravata la posizione processuale del ricorrente e marginalizzato il regime reintegratorio, il contesto normativo consente di registrare un tendenziale aumento del grado d'imprevedibilità dei costi della tutela giudiziaria per il lavoratore (oltre a un incremento dei costi stessi), parallelo a un decisivo aumento del grado di prevedibilità dei costi dell'illegittimità dell'atto di recesso per il datore di lavoro, non più condizionati dalle eventuali lungaggini della risposta giurisdizionale²⁸ e, nel contesto del d.lgs. 23/2015, ancorati a un meccanismo automatico di quantificazione dell'indennizzo²⁹.

²⁵ F. BASENGHI, *op. cit.*, 4.

²⁶ Come evidenzia il dossier sulle audizioni raccolte dalla Commissione giustizia del Senato, il legislatore del *Jobs Act*, con il d.lgs. 23/2015 (art. 11), ha già «riconosciuto che il cd. "rito Fornero" non serve. Non si vede più la ragione della sua sopravvivenza. Conservarlo significa anzi dare vita ad un doppio regime processuale anche in materia di licenziamenti, un regime irrazionale e foriero di complicazioni applicative ulteriori rispetto alle innumerevoli già esistenti. Basti pensare al caso di due lavoratori licenziati contemporaneamente per la stessa violazione disciplinare, ma assunti in periodi diversi, oppure a licenziamenti collettivi che coinvolgono (come avverrà spesso) lavoratori assunti in momenti differenti» (44).

²⁷ Già il dossier del servizio studi del Senato, pubblicato a giugno 2016, n. 345, evidenzia l'opportunità di «chiarire se le norme organizzative di cui ai commi 2 e 3 si applichino anche alle controversie sui licenziamenti relative a rapporti di lavoro instaurati a decorrere dal 7 marzo 2015 (controversie che, sotto il profilo redazionale, ai sensi del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, non sembrano rientrare nell'ambito di applicazione del citato art. 18 della l. n. 300, e successive modificazioni)» (83).

²⁸ Con riferimento all'art. 18, si è rilevato come la riforma abbia preso in considerazione i costi della durata del processo, «in termini di retribuzioni e contributi», «non già per prevedere una responsabilità dello Stato in caso di eccessiva durata, ma anzi mettendo a carico del lavoratore, illecitamente licenziato e reintegrato tale costo». Fissando il tetto delle dodici mensilità per l'indennità risarcitoria nell'area della reintegrazione attenuata si sarebbe così inteso indirettamente stabilire che per arrivare a una sentenza di annullamento di un licenziamento ingiustificato «non si debba impiegare più di dodici mesi» (D. BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 119).

²⁹ Come evidenzia la dottrina, «i vantaggi e le utilità ... (detassazione, eliminazione dell'alea, dei tempi e dei costi del giudizio) conseguibili per espressa previsione legislativa ... integrano piuttosto un modo per indorare una amarissima pillola ..., se non un ricatto. ... In piena coerenza con l'intera disciplina del contratto a tutele crescenti, siamo al cospetto di una chia-

Che di disequilibrio a sfavore del lavoratore si stia parlando è confermato dal fatto che la possibilità di soluzione conciliativa prevista dal d.lgs. 23/2015 è vincolata alla scelta unilaterale e meramente facoltativa del datore di lavoro. Essa sarà quindi a sua volta il risultato di una ponderazione di convenienze da parte di quest'ultimo, una valutazione che confronterà, da un lato, la differenza tra l'oggetto dell'offerta e il *firing cost* conseguente a giudizio, esigua nel caso di una bassa anzianità di servizio del dipendente, e, dall'altro, l'impatto di una scelta di conciliazione in termini di politica aziendale.

Per tornare quindi all'interrogativo di partenza: la questione della prova in sede giudiziaria rischia di rimanere di pura rilevanza teorica?

La domanda è volutamente provocatoria, ritenendosi che proprio il dibattito e la riflessione sul tema possano contribuire a determinare il grado di incisione delle riforme della disciplina dei licenziamenti sulla rete di tutele del lavoratore nella sua «proiezione dinamica processuale»³⁰. In tal senso, la prospettiva d'analisi proposta sarà volta ad esaminare lo spettro delle interpretazioni in un'ottica di sistema, concentrandosi sul versante dell'(in)giustificatezza, là dove, nell'area dei datori sopra-soglia, si gioca il possibile slittamento dalla tutela reintegratoria a quella indennitaria, e approfondendo ambiti normativi, come quelli del diritto antidiscriminatorio, ancora in grado di garantire l'accesso alla piena reintegra, indipendentemente dalla dimensione datoriale, e ancora poco indagati dalla giurisprudenza, soprattutto nella definizione del regime probatorio e nell'interazione con l'area dell'(in)giustificatezza.

ra manifestazione di una linea politica orientata ormai da anni a considerare il lavoro pura merce di scambio e l'interesse del lavoratore meritevole di ristoro soltanto sul piano monetario» (D. DALFINO, *La conciliazione in materia di licenziamenti*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino, 2016, 279). A riguardo, cfr. la già menzionata ordinanza di remissione alla Corte costituzionale disposta dal Tribunale di Roma il 26 luglio 2017. Sul profilo di incostituzionalità *de quo* cfr. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 111; cfr. altresì C. CESTER, *Le tutele*, cit., spec. 1024 e 1025. Si è d'altra parte rilevato come nel d.lgs. 23/2015 il trattamento indennitario sia «determinato secondo un criterio meramente convenzionale, non diversamente da quanto avviene con l'art. 32 della l. 183 in materia di contratto a termine illegittimo (sulla cui legittimità la Consulta non ha avuto alcunché da eccepire)» (G. FERRARO, *Tecniche risarcitorie nella tutela del lavoro*, in A. ALLAMPRESE (a cura di), *Il danno nel diritto del lavoro*, Ediesse, Roma, 2015, 61). Con riguardo al rapporto tra certezza giuridica e prevedibilità dei costi nella riforma della disciplina dei licenziamenti, nel più ampio contesto delle politiche di *flexicurity*, cfr. A. OLIVIERI, *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2017.

³⁰ B. CARUSO, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, in *Riv. giur. lav.*, 1982, 6.

2. L'onere della prova come proiezione dinamica della tutela sostanziale nei giudizi di “impugnazione” dei licenziamenti

Si è detto in dottrina che «il fondamento del giudizio è la prova»³¹, «il diritto è il *mondo della decisione*»³², quindi il procedimento probatorio rappresenta il «momento culminante della vicenda di diritto»³³.

Se «la decisione è finalizzata a rimuovere l'incertezza»³⁴, l'onere della prova è l'istituto che consente al diritto di trovare espressione e applicazione in una controversia tra ipotesi contrapposte sia laddove l'istruttoria consenta di privilegiare un'ipotesi rispetto all'altra in ragione dell'adeguato grado di probabilità e conferma probatoria raggiunto, sia laddove per nessuna delle due ipotesi sia possibile giustificare in termini completi e coerenti, in base alle informazioni acquisite, un'affermazione di veridicità (o di probabilità “attenuata”, se consentito dal rito). In tal senso, l'onere della prova spiega la propria operatività non solo nella sua declinazione in senso soggettivo come regola che indica la parte che deve offrire la prova di un fatto, ma altresì nella sua dimensione oggettiva come regola di giudizio che individua la parte soccombente in caso di mancato chiarimento della situazione di fatto³⁵.

È stato altresì evidenziato in dottrina come il procedimento probatorio costituisca la proiezione della tutela sostanziale nel processo³⁶. È proprio la norma sostanziale, infatti, che, nella costruzione della fattispecie normativa e quindi nell'individuazione dei fatti cui si ricollega la costituzione, estinzione, modificazione o impedimento di un determinato effetto giuridico, predetermina la posizione delle parti di un'ipotetica controversia rispetto sia all'allocatione dell'onere di prova sia soprattutto alla regola di giudizio applicabile in caso di mancato convincimento del giudice³⁷.

Nell'ambito del diritto del lavoro, è proprio attraverso le tecniche normative che incidono sulla distribuzione e sul contenuto degli oneri probatori,

³¹ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Soc. ed. del «Foro italiano», Roma, 1951, 373.

³² N. IRTI, *Dubbio e decisione*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 64.

³³ B. CARUSO, *Tutela giurisdizionale*, cit., 6.

³⁴ M. TARUFFO, *La semplice verità*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 195.

³⁵ Cfr. S. PATTI, *Prove*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Zanichelli, Bologna, 2015, spec. 20-22.

³⁶ B. CARUSO, *Tutela giurisdizionale*, cit.

³⁷ Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., spec. 227. Sulla specularità tra costruzione della fattispecie sostanziale e profili probatori, con specifico riferimento alla nozione di discriminazione, cfr. M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, spec. XXXV.

«o anche, più radicalmente, sulla stessa fattispecie normativa», che trova ingresso nella vicenda processuale la *ratio* di tutela del lavoratore come parte debole nel mercato e nel rapporto contrattuale. Come è stato correttamente precisato, trattasi in entrambi i casi di aspetti della disciplina sostanziale, rimanendo preclusa la possibilità di introdurre regole processuali «di privilegio del lavoratore», che si porrebbero «in insanabile contrasto con il fondamentale principio di parità delle armi del processo (art. 3 e 24 Cost.)»³⁸.

La prospettiva d'analisi qui proposta è orientata a verificare, nell'ambito dei giudizi di "impugnazione" dei licenziamenti, come le regole previste dal legislatore in tema di prova, con riguardo segnatamente alla (in)giustificatezza e discriminatorietà dell'atto di recesso datoriale, proiettino nella dinamica processuale la *ratio* di tutela del lavoratore contro il licenziamento illegittimo e come le più recenti riforme, dettate dalla l. 92/2012 e dal d.lgs. 23/2015, abbiano direttamente e indirettamente inciso su tale assetto. Si condivide, infatti, la «(probabilmente irragionevole) sensazione ... che la scelta politico-legislativa di [intervenire] sulla morfologia sanzionatoria abbia inevitabili ripercussioni – neppure tanto inconsapevoli – ... sulla prova in giudizio, impegnando il controllo del giudice e le regole di formazione del suo convincimento»³⁹.

Parafrasando le parole scritte da D'Antona all'indomani della l. 108/1990, ossia dell'ultima riforma introdotta prima di quelle prese qui in esame, il percorso d'analisi intenderà verificare le «nuove sollecitazioni al pendolo dell'interpretazione», cercando di individuare «a quali e diversi equilibri il legislatore abbia voluto portare la tutela reale»⁴⁰.

La chiave tematica della prova sarà declinata seguendo i due versanti che possono incidere sui margini di tutela degli interessi del lavoratore, nel caso specifico sull'accesso al regime reintegratorio: la distribuzione dell'onere, da un lato, l'oggetto della prova, dall'altro. Trattasi di due versanti distinti, ma strettamente interrelati, non solo perché entrambi definiti sulla base della costruzione della fattispecie normativa, ma anche perché, come si evidenzierà soprattutto con riguardo al tema dell'(in)giustificatezza "qualificata"⁴¹, vizio a cui è data ora autonoma rilevanza nella disciplina applicabile alle imprese

³⁸ A. VALLEBONA, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 789; A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1988.

³⁹ P. TULLINI, *La decisione del giudice tra allegazioni e onere della prova. Questioni aperte dopo la riforma dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir.*, 2014, 436.

⁴⁰ M. D'ANTONA, *Commento all'art. 1, commi 4-5*, in *Commentario della l. 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali*, 1991, ora in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Opere*, vol. III, tomo I, Giuffrè, Milano, 2000, 373.

⁴¹ Il termine, ora di diffuso utilizzo, è stato coniato da A. VALLEBONA, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 621.

sopra-soglia ai fini dell’annullamento dell’atto, la riflessione sul primo è condizionata dalla definizione del secondo (v. capitolo secondo).

Si ritiene importante sottolineare da subito come nel percorso d’indagine proposto la distribuzione dell’onere rilevi soprattutto nella sua accezione in senso oggettivo, cioè come regola di giudizio che determina la soccombenza della parte onerata laddove il fatto non raggiunga un sufficiente grado di conferma probatoria.

Nella sua dimensione oggettiva, infatti, la distribuzione dell’onere conserva la propria operatività a prescindere anzitutto dal tipo di rito.

Ciò è particolarmente rilevante nel contesto d’analisi che ci occupa considerato che i procedimenti che possono o devono essere applicati laddove sia dedotta in giudizio l’illegittimità di un licenziamento sono plurali, disomogenei e aperti a diverse linee interpretative sotto il profilo del modello istruttorio. Proprio il tipo di modello istruttorio potrebbe attenuare se non escludere l’espressione del principio dell’onere nella sua menzionata accezione soggettiva⁴². Già, in linea generale, un’attenuazione si riscontra nello stesso rito ordinario del lavoro, giusta la previsione *ex art.* 421 c.p.c. di poteri istruttori ufficiosi del giudice che, pur nel perimetro dei fatti allegati, possono integrare il materiale probatorio acquisito su offerta delle parti⁴³. Ciò si realizza in termini ancor più marcati nei procedimenti in cui l’accertamento del fatto si fonda su “sommarie informazioni” acquisite dal giudice⁴⁴. È quanto si verifica,

⁴² S. PATTI, *Prove*, cit., spec. 20.

⁴³ Come evidenzia la dottrina, «il rito del lavoro, pur non attuando un sistema inquisitorio puro, tende a contemperare, in considerazione della particolare natura dei rapporti controversi, il principio dispositivo – che obbedisce alla regola formale di giudizio fondata sull’onere della prova – con quello della ricerca della verità materiale mediante una rilevante ed efficace azione del giudice nel processo» (V. DI CERBO, *Sub Art.* 421 c.p.c., in G. AMOROSO, V. DI CERBO, R. FOGLIA, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro. Il processo*, 2012, Giuffrè, Milano, 342; cfr. R. FOGLIA (a cura di), *Il processo del lavoro di primo grado*, Giuffrè, Milano, 2001, spec. 351). Cfr. S.P. EMILIANI, *La costruzione dei fatti nel processo del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2017. In tal senso, la Cassazione ha spiegato che «il principio, secondo cui l’onere della prova incombe a colui che allega i fatti posti a fondamento della domanda o dell’eccezione, non è operante ai fini della decisione della causa ... allorquando, nel processo del lavoro, la prova sulle circostanze fattuali rilevanti ai fini decisori sia stata acquisita a seguito del rituale esercizio dei poteri d’ufficio da parte del giudice alla stregua degli art. 421, comma 2, e 437, comma 2, c.p.c.» (Cass., 7 febbraio 2004, n. 2375). D’altra parte, «l’esercizio dei poteri istruttori d’ufficio ... è doveroso in presenza di un quadro probatorio che non consente di ritenere sicuramente sussistente un fatto costitutivo, o un fatto impeditivo, e non quando il fatto costitutivo è da ritenersi provato e la contestazione di tale prova – ammissibile e in concreto esperita mediante la produzione di documenti – sia inidonea ad incidere sulla rappresentazione della realtà offerta dall’attore» (Cass., 14 giugno 2003, n. 9541).

⁴⁴ Come spiega la dottrina, «le sommarie informazioni dipendono dall’iniziativa del giudice, sia nel senso che spesso tocca al giudice valutare se esse siano necessarie, sia nel senso che

per quanto ci concerne, sia nei procedimenti cautelari ai sensi dell'art. 669-sexies c.p.c., ivi sussistendo «un vero e proprio potere di impulso *ex officio*» volto a disporre gli atti istruttori indispensabili ovvero ad assumere «sommarie informazioni» in caso di assenza di contraddittorio⁴⁵, sia nella fase urgente del rito speciale previsto per le azioni contro le discriminazioni di genere, disciplinato dall'art. 38, d.lgs. 198/2006 sul modello di procedimento di cui all'art. 28 st. lav.⁴⁶. Secondo una parte della dottrina, una pari attenuazione si potrebbe individuare altresì nella prima fase del rito Fornero, ritenendosi che il relativo modello istruttorio possa essere assimilato a quello del rito cautelare, nel riferimento all'acquisizione degli «atti istruttori indispensabili». A riguardo, si condivide tuttavia la diversa lettura che correla detto carattere di indispensabilità, da un lato, al modello istruttorio proprio del rito del lavoro, basato sulle richieste delle parti e sull'azione del giudice *ex art.* 421 c.p.c.⁴⁷, dall'altro, all'esigenza di condurre comunque a un accertamento pieno, diversamente da quanto avviene invece nel rito cautelare⁴⁸. Si rilevi, a completez-

è comunque il giudice a procedere alla loro acquisizione, decidendone autonomamente le modalità e l'oggetto» (M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Tratt. dir. civ. e comm.*, Giuffrè, Milano, 1992, 464).

⁴⁵ S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, Utet, Torino, 2005, 468.

⁴⁶ Come si chiarirà nel capitolo terzo, il lavoratore, se vittima di un licenziamento discriminatorio, può scegliere tra più azioni concorrenti e alternative. Ciò è peraltro espressamente ribadito in seno al d.d.l. S-2284 di riforma del processo civile, all'art. 2 comma 5. In caso di rilevanza del fattore genere, può presentare non solo un'azione di impugnazione ai sensi dell'art. 18, comma primo, o d.lgs. 23/2015, art. 2, ma anche un'azione contro la discriminazione individuale ai sensi degli artt. 36 ss., d.lgs. 198/2006. Nel rito introdotto con quest'ultima azione, il potere del giudice di assumere sommarie informazioni è esercitato «convocate le parti», quindi – diversamente dal rito cautelare – in presenza e nel rispetto del contraddittorio. Rimane la più ampia libertà di iniziativa del giudice nella conduzione dell'istruttoria, così come individuata dalla giurisprudenza con riferimento al simile rito *ex art.* 28 st. lav.: «nel procedimento speciale regolato dall'art. 28 della l. 300 del 1970, il rito della fase interdittale non richiede l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi ma solo l'allegazione degli elementi della dedotta fattispecie di condotta antisindacale, restando affidata all'iniziativa del pretore e al mezzo delle sommarie informazioni l'acquisizione di tutte le circostanze strumentali al relativo accertamento» (Cass., 23 marzo 1994, n. 2808). Si potrebbe quindi rilevare, come per il rito cautelare (e diversamente dal rito sommario di cognizione *ex artt.* 702-bis e ter c.p.c., applicabile per le discriminazioni diverse dal genere), una forte attenuazione dell'onere della prova in senso soggettivo, salvo evidenziare come, in base al disposto normativo di cui all'art. 38, d.lgs. 198/2006, il giudice comunque provveda al risarcimento del danno «nei limiti della prova fornita».

⁴⁷ La legge dispone che «il giudice ... procede nel modo che ritiene opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, ai sensi dell'art. 421 c.p.c.» (l. 92/2012, art. 1, comma 49).

⁴⁸ In tal senso, S. RUSCIANO, *Procedimento di impugnativa di licenziamento: il complicato ricorso alla tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 653. I. PAGNI, *L'evoluzione*

za di trattazione e ad anticipata evidenza delle disomogeneità del quadro normativo antidiscriminatorio, anche sotto il profilo processuale, come nel caso del procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* e *ter* c.p.c., applicabile in ipotesi di licenziamento discriminatorio per ragioni discriminatorie *diverse* dal genere, gli atti istruttori che il giudice deve procedere ad assumere non siano quelli «indispensabili», come nel procedimento cautelare, bensì quelli «rilevanti» ai fini della decisione della causa. In tal senso, il modello istruttorio, se semplificato e snellito, non incide in alcun modo sulla piena operatività del principio dell'onere probatorio⁴⁹, come invece accade nel menzionato rito speciale previsto per le discriminazioni di genere (v. capitolo terzo).

La rilevanza della regola di giudizio permane a prescindere altresì dal grado di convincimento richiesto al giudice ai fini dell'accoglimento del ricorso⁵⁰: «la norma processuale che determina l'abbassamento del livello probatorio ... non incide sulla distribuzione dei carichi probatori derivanti dalla norma sostanziale. Sicché il giudice, ove ... non abbia attinto su di un fatto rilevante neppure quel quasi-convincimento qui sufficiente ad escludere l'applicazione della regola di giudizio, deve rigettare il ricorso se, trattandosi di un fatto co-

del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 75; D. RIZZARDO, *Rito Fornero: l'ordinanza che chiude la fase sommaria passa in giudicato*, in *Corr. giur.*, 2015, 378. *Contra* quella parte della dottrina che individua nel riferimento all'indispensabilità della prova «la natura sommaria della cognizione della prima fase, nel senso che il giudice può chiudere questa fase processuale, quando ha raggiunto quel grado di convinzione indispensabile per stabilire, anche in se in via provvisoria, a favore di quale parte pende la bilancia» (D. BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 184). In questa prospettiva, anche G. VERDE, *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti i regolati dall'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 299; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. Vol. IV, I processi speciali*, Giuffrè, Milano, 2015; F.M. GIORGI, *Le sezioni unite offrono un primo quadro ricostruttivo del "rito Fornero" – Il commento*, in *Lav. giur.*, 2015, 269. Non osterebbe al riconoscimento della suddetta natura sommaria il fatto che l'ordinanza acquisisca efficacia di giudicato: si ritiene, infatti, che «per poter ottenere il dolce frutto del giudicato ... più che la *previa* cognizione piena, occorre la *possibilità di una cognizione piena*, che può essere lasciata nella disponibilità della parte interessata a reagire al provvedimento» (D. BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 196).

⁴⁹ Cfr. A. TEDOLDI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Zanichelli, Bologna, 2013.

⁵⁰ Come argomento speculare, si evidenzia in dottrina che «non c'è cognizione del giudice che non sia ad un tempo parziale e superficiale, ma esistono ipotesi in cui tale cognizione è già prefigurata nel modello normativo come parziale e/o superficiale, così che alle delimitazioni, inevitabili in concreto, se ne sovrappone un'altra di ordine legale. La superficialità delle indagini ... non significa, insomma, che i procedimenti probatori all'uopo posti in essere abbiano una natura diversa da quella utilizzata nell'ordinario processo di cognizione, significa soltanto che in queste ipotesi l'emanazione del provvedimento è consentita sulla base di uno standard di convincimento (anche) inferiore a quello usuale» (G. VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, 609).

stitutivo, l'onere della prova di tale fatto incombeva al ricorrente»⁵¹. Il rilievo tornerà in evidenza laddove si analizzeranno le criticità della tesi che, con riguardo alle fattispecie normative previste dall'art. 18, legge nel carattere "manifesto" dell'insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento economico un criterio di definizione del grado di convincimento del giudice necessario affinché il ricorso sia respinto (v. capitolo secondo).

Ancora, a prescindere dal tipo di giudizio instaurato, se a cognizione piena o sommaria, la riflessione sulla regola di giudizio si coniuga con l'individuazione del livello di conferma probatoria richiesto per il soddisfacimento dell'onere gravante sul ricorrente ovvero con la previsione di meccanismi di inversione dell'onere sul convenuto. È questo un profilo che caratterizzerà soprattutto il tema della prova della discriminazione e che sarà quindi specificamente approfondito nel capitolo terzo.

Per le ragioni spiegate in premessa, il percorso d'analisi proposto sarà realizzato con riguardo alla prova della (in)giustificatezza e della discriminatorietà.

La prima risulta direttamente incisa dai citati provvedimenti legislativi di riforma. L'attribuzione di autonoma rilevanza all'accertamento di sotto-componenti della giusta causa e del giustificato motivo e il dichiarato tentativo di spostare il baricentro dell'onere di prova di dette sotto-componenti a carico del lavoratore interrogano, infatti, sulla regola di giudizio applicabile laddove si accerti la sussistenza o meno del vizio cui si correla la sanzione reintegratoria, in rapporto alla persistente vigenza dell'art. 5, l. 604/1966, che onera il datore della prova della giusta causa o del giustificato motivo.

L'impatto della riforma ha interessato, d'altra parte, anche la questione della prova della discriminatorietà: la progressiva marginalizzazione del diritto alla reintegra ha, infatti, indirettamente conferito inedita centralità al tema, imponendo non solo di consolidare la riflessione sul regime probatorio applicabile, ma di verificare altresì l'interazione tra la prova della discriminatorietà e la prova dell'(in)giustificatezza, tenendo conto della nuova declinazione in cui quest'ultima si presenta nell'ambito della disciplina applicabile in caso di datore sopra-soglia. In particolare, l'analisi si confronterà, da un lato, con la necessità di distinguere la prova del collegamento causale del recesso con la giustificazione addotta dalla prova dell'assenza del nesso causale del recesso con il fattore di rischio; dall'altro, con la necessità di distinguere tra le causali di giustificatezza del recesso e le causali scriminanti la disparità di trattamento.

Il percorso d'analisi incontra peraltro un diverso contesto di sviluppo nei due versanti tematici considerati.

⁵¹ A. VALLEBONA, *L'onere della prova*, cit., 55.

Mentre nel caso della prova della (in)giustificatezza la *voluntas* del legislatore storico, resa esplicita con riguardo al d.lgs. 23/2015 dalla relazione di accompagnamento allo stesso, è attualizzata con una fallace tecnica legislativa, che apre a persistenti dubbi interpretativi e a differenti sponde ricostruttive in dottrina e giurisprudenza, nel secondo caso, giusta la matrice europea delle regole, le questioni poste dalle pari criticità tecniche dell'intervento regolativo interno possono trovare risposta, almeno in parte, nelle soluzioni adottate dalla Corte di giustizia.

Come si evidenzierà nel terzo capitolo, non si ritiene condivisibile, a superamento della citata differenza, l'apertura di un flusso osmotico tra i due versanti, nell'instaurazione di un rapporto binario tra giustificatezza e discriminarietà, nella sovrapposizione tra diritto alla stabilità/al lavoro e diritto a non essere discriminati⁵², tra il principio di causalità del recesso datoriale e il sistema di deroghe alla disparità di trattamento: la vicenda probatoria della giustificatezza può sì interagire, anche in termini problematici, con quella della discriminazione, ma non confondersi con essa.

L'esclusione di tale rapporto osmotico, riconducibile, come evidenzierà l'analisi, a una diversa concezione del licenziamento come *extrema ratio*, traduzione di due diverse operazioni di bilanciamento tra principi, trova peraltro il proprio referente normativo, a livello sovranazionale, già nella distinzione, interna alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tra «il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato» di cui all'art. 30 e il diritto alla non discriminazione di cui all'art. 21.

3. Onere della prova nei giudizi di “impugnazione” dei licenziamenti e individuazione della situazione giuridica dedotta in giudizio

L'analisi del tema richiede preliminarmente di richiamare alcuni principi-base dell'ordinamento quali punti cardinali per l'articolazione del discorso. Proprio tale premessa consente peraltro di chiarire da subito l'uso del virgolettato nella qualificazione dell'azione esercitata dal lavoratore.

Anzitutto, oggetto di un'attività giurisdizionale di cognizione e di una do-

⁵² Cfr. G. DE SIMONE, *Quale stabilità per chi*, cit., spec. 58. Come rileva la dottrina, «il diritto antidiscriminatorio ha inciso in maniera significativa sulla materia [dei licenziamenti], e ciò grazie all'opera della Corte di giustizia; ma lo ha fatto senza dire alcunché ... sul livello di protezione da assicurare al lavoratore in caso di licenziamento ingiustificato» (G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 620).

manda giudiziale che si ponga a capo di tale attività non può che essere l'accertamento dell'esistenza o meno di un diritto o di una situazione giuridica soggettiva. È quanto si evince dalla lettura dell'art. 2907 c.c. – «[a]lla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte» –, norma di «sutura» tra i sistemi di diritto sostanziale e processuale civile⁵³. Nel caso specifico dell'azione di "impugnazione" di un licenziamento, l'oggetto della domanda giudiziale del lavoratore non può essere quindi integrato dal mero accertamento della sussistenza dei requisiti di legittimità dell'atto, quali ad esempio una giusta causa o un giustificato motivo. Se così fosse, l'azione sarebbe volta all'accertamento di meri fatti o all'accertamento della loro qualificazione giuridica e in quanto tale sarebbe «inammissibile per la mancanza di un oggetto idoneo»⁵⁴. «Al giudice può essere richiesta solo la dichiarazione che un determinato effetto giuridico si è realizzato o meno ... per l'avvenuta integrazione dei presupposti ai quali la norma giuridica condiziona la sua produzione»⁵⁵.

In secondo luogo, se oggetto della domanda del lavoratore deve essere anzitutto l'accertamento di un diritto o di una situazione giuridica, tale *non* può essere il potere datoriale di recesso. Se, infatti, il lavoratore agisse in giudizio solo per accertare l'insussistenza o l'inefficacia di tale potere, ancora una volta la sua domanda sarebbe rigettata in rito per carenza di idoneo *petitum*. La sussistenza, efficacia o legittimità di esercizio del potere di licenziamento costituisce sì una questione preliminare di merito che deve essere dedotta dall'attore e che condiziona la decisione sull'azione principale, ma non corrisponde alla situazione giuridica soggettiva rappresentata dal ricorrente⁵⁶. Peraltro,

⁵³ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Volume I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Giappichelli, Torino, 2014, 14.

⁵⁴ Cfr. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 2012, Giuffrè, Milano, 145. In tal senso si è evidenziato che per quanto il processo possa definirsi «una prova di resistenza del licenziamento intimato», «si esclude che oggetto del processo possa essere l'atto, benché comunemente si parli di "impugnativa del licenziamento", in quanto l'atto licenziamento è un fatto e il processo di regola ha ad oggetto, generalizzando, un effetto, cioè una situazione giuridica soggettiva o un rapporto giuridico» (D. BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 129 e 216).

⁵⁵ A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2012, 370-371.

⁵⁶ Il rilievo è consolidato nella dottrina processualcivile. Come chiarisce C. CONSOLO, se oggetto del giudizio fosse il potere di licenziamento in sé, il giudice si troverebbe ad accertare la sussistenza di un potere che, «se mai vi è stato, al momento della sua pronuncia si è attuato ed estinto, modificando il rapporto giuridico finale, sì che manca l'interesse ad un accertamento storico retrospettato di talfatta e ... vi è solo l'interesse [a che] l'azione volti all'accertamento dell'attuale conformazione del rapporto» (*Oggetto del giudicato e principio dispositivo. Parte II. Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 572, nota 161). In tal senso anche A. PROTO PISANI: «[u]na volta esercitato ... il diritto potestativo sostanziale si estingue per consumazione, per raggiungimento della sua fun-

come evidenza la dottrina, anche in punto di questione preliminare di merito, «non si chiede al giudice di accertare se sussiste un grave inadempimento o una sopravvenuta eccessiva onerosità o impossibilità tali da giustificare il diritto potestativo (o potere) di recesso e comunque la risoluzione del contratto; si chiede al giudice di verificare se *quel* licenziamento, con quei vestiti cuciti addosso (cioè con quella motivazione) è o meno illecito»⁵⁷.

Con l'azione “impugnatoria” il lavoratore chiede sia accertato in giudizio che gli effetti giuridici previsti da una determinata norma si siano realizzati a fronte della sussistenza dei relativi fatti-presupposto.

Gli effetti giuridici e la fattispecie normativa cui si ricollega la loro realizzazione variano a seconda della disciplina, ossia del regime di tutela, di cui si rivendica l'applicazione.

Con riferimento al sistema sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi, si condivide la prospettiva di inquadramento che, nonostante la geometria frastagliata delle regole e dei moduli di tutela legislativamente previsti, consente di distinguere tre macro-ipotesi.

Laddove ad essere invocato sia un regime sanzionatorio che consenta di considerare l'atto di recesso *tamquam non esset*, neppure temporaneamente efficace⁵⁸ – come può ritenersi sia il regime reintegratorio pieno (v. *infra*),

zione: a seguito dell'esercizio del diritto potestativo ciò di cui le parti contendono nel processo non è l'esistenza o no del diritto potestativo bensì solo l'esistenza delle ... situazioni soggettive ... estinte a seguito della fattispecie complessa costituita dai fatti [a cui l'esercizio del diritto potestativo ha preteso dare rilevanza, ad esempio la giusta causa o il giustificato motivo] + atto di esercizio del diritto potestativo». «Il diritto potestativo sostanziale, quindi, almeno dopo il suo esercizio, non sembra possedere l'autonomia necessaria a costituire il diritto fatto valere in giudizio: l'oggetto del processo e del giudicato» (*Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Jovene, Napoli, 2003, 210). È quindi da rileggere alla luce di tali argomenti l'ipotesi interpretativa proposta dall'autore all'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori e della legge sul processo del lavoro 533/1973, laddove individua come *petitum* dell'azione impugnatoria l'«invalidità del licenziamento» e non, appunto, la sussistenza del rapporto di lavoro (A. PROTO PISANI, *L'oggetto del processo*, in A. PROTO PISANI, G. PEZZANO, C.M. BARONE, V. ANDRIOLI, *Le controversie in materia di lavoro*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1974, 70; cfr. a riguardo anche il rilievo critico di C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., 572, nota 161).

⁵⁷D. BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 215. La distinzione risulta opaca qualora il licenziamento nasca “nudo”, senza motivazione, soprattutto in caso di licenziamento *non* disciplinare, ivi non potendosi far riferimento al “vestito” previamente “cucito” dalla contestazione (“vestito” che peraltro costituisce il parametro per l'accertamento del vizio di ingiustificatezza qualificata nei licenziamenti disciplinari, v. capitolo secondo).

⁵⁸In giurisprudenza, cfr. Cass., 16 maggio 2001, n. 6727: «anche in caso di richiesta di tutela c.d. reale del posto di lavoro, nella domanda giudiziale, tanto più se è dedotta la nullità o l'inefficacia del licenziamento, è insita la richiesta di accertamento dell'inesistenza di una valida estinzione del rapporto di lavoro, della vigenza di quest'ultimo e di condanna del datore di lavoro alla sua esecuzione e al pagamento di quanto dovuto per il periodo di mancata attuazione». Sempre con riguardo al licenziamento nullo e inefficace, cfr. Cass. civ., S.U., 18 set-

accordato al perfezionamento delle fattispecie normative previste dall'art. 18, comma 1 e dell'art. 2, d.lgs. 23/2015 – la situazione giuridica che il lavoratore deduce in giudizio è da individuarsi nella persistenza del rapporto di lavoro. L'azione proposta è conseguentemente di mero accertamento della vigenza di tale rapporto in relazione all'inefficacia del negozio di recesso⁵⁹.

tembre 2014, n. 19665 (v. *infra*). Cfr. l'argomento presente nella giurisprudenza maturata a fronte dell'originaria formulazione dell'art. 18, in base al quale nel regime di stabilità reale il licenziamento illegittimo «non interrompe il rapporto, ma incide solo sulla sua funzionalità di fatto, restando in concreto sospesa la prestazione dedotta nel sinallagma a causa dell'illegittimo rifiuto del datore di lavoro di riceverla» (Cass., 16 ottobre 1985, n. 5109; Cass., 3 aprile 1986, n. 2296; per un'analisi, cfr. I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, Milano, 2004, 86).

⁵⁹Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit.; L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 593; M. PEDRAZZOLI, *Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa. Studio comparato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2014, spec. 32 ss; P. TULLINI, *La decisione del giudice*, cit. La qualificazione dell'azione in termini di accertamento implica e garantisce un'estensione della tutela per il lavoratore (cfr. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., spec. 570): qualora sia accolto il ricorso, infatti, l'efficacia del giudicato impedisce al datore di proporre una nuova domanda che ponga in discussione – nei limiti del referente temporale dell'accertamento – la sussistenza del rapporto di lavoro, a fronte, ad esempio, di altri fatti estintivi, quali dimissioni o altro licenziamento, non dedotti nel primo giudizio. Come è stato evidenziato, la questione relativa all'individuazione dell'oggetto del processo e del giudicato in ipotesi di impugnativa negoziale riguarda proprio ad esempio la possibilità per il datore, in caso di accoglimento del ricorso, di rinnovare il licenziamento sulla base di un'altra causa (giusta causa o giustificato motivo) già esistente al momento del primo licenziamento o la possibilità per il lavoratore, in caso di rigetto del ricorso, di proporre una seconda domanda di impugnazione sulla base di un diverso vizio di legittimità. Se oggetto del ricorso è il rapporto obbligatorio inciso dal licenziamento, i singoli fatti estintivi dello stesso saranno «tutti preclusi anche se non dedotti – in base al principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile» (A. PROTO PISANI, *Le tutele*, cit., 305-306). *Contra* D. BUONCRISTIANI, il quale ritiene che se «il giudice è chiamato a stabilire non soltanto se quel licenziamento ha o meno sciolto il rapporto di lavoro, ma anche se il rapporto di lavoro è ancora in essere, a prescindere da quel licenziamento, ecco allora che si pone il problema di blindare la riattivazione del rapporto di lavoro, evitando che il datore di lavoro soccombente possa reiterare il licenziamento per fatti già verificatisi durante la pendenza del primo processo» (*op. cit.*, 220). Ciò non significa, tuttavia, poter escludere la rilevanza di fatti insorti in precedenza: «se si tratta di fatto oggettivamente rilevante, come ad es. una situazione di crisi non momentanea, ciò che rileva è l'attualità di questo e, quindi, la [persistente] necessità di procedere al licenziamento; se, invece, il fatto è disciplinarmente rilevante, ciò che conta è il rispetto del principio di immediatezza della reazione del datore di lavoro ... il processo non può alterare il diritto sostanziale e ridurre, fino ad annullarlo, il tempo di reazione riconosciuto al datore di lavoro. Inoltre ... il nuovo esercizio del potere estintivo ha efficacia *ex nunc* e, quindi, comunque non si pone in contrasto con il precedente giudicato» (*ult. op. cit.*, 221-222). A riguardo, cfr. Cass., 6 marzo 2008, n. 6055, che, ragionando sulla possibilità di irrogare un secondo licenziamento prima dell'annullamento di quello impugnato, afferma come non si possa ritenere, in senso ostativo, che tale nuovo atto di recesso incida su un rapporto non più esistente, in quanto estinto dal precedente negozio, produttivo di effetti fino all'eventuale sentenza. Ciò vorrebbe dire considerare «solamente l'aspetto degli effetti ca-

Qualora, invece, si richieda l'applicazione di un regime di tutela che presupponga la temporanea efficacia del licenziamento fino alla sentenza di annullamento, come si può ritenere sia il regime reintegratorio "attenuato" (v. *infra*), la situazione giuridica dedotta dal ricorrente sarà da riconoscersi nel diritto alla caducazione degli effetti del licenziamento e alla ri-costituzione del rapporto *ex tunc*⁶⁰. La maturazione di detto diritto si realizzerà al perfezionamento delle fattispecie normative previste dall'art. 18, comma 4, e dall'art. 3, comma 2, d.lgs. 23/2015, quindi solo in caso di datore sopra-soglia. L'azione proposta dal lavoratore potrà essere qui qualificata in termini caducatorio-costitutivi: «il provvedimento del giudice ... rimuoverà il licenziamento (perché il potere del datore di lavoro è stato sì esercitato efficacemente, ma illegittimamente e quindi precariamente), e ricostituirà il rapporto di lavoro»⁶¹.

È interessante rilevare come l'inquadramento descritto trovi riscontro nelle più recenti pronunce di legittimità⁶², adesive all'orientamento adottato dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza 19665/2014.

Chiamate a comporre il contrasto giurisprudenziale sull'applicabilità delle sanzioni civili per omissione contributiva in caso di reintegrazione, le Sezioni

ducatori della pronuncia di illegittimità ... per carenza di giusta causa o giustificato motivo ... enfatizzando il dato testuale ... a proposito della qualificazione di azione di annullamento dell'impugnazione ... senza tenere conto del significato complessivo della norma». Se, infatti, «non può negarsi che l'annullamento abbia natura costitutiva e che gli effetti della pronuncia abbiano effetto *ex tunc*», d'altra parte «il licenziamento illegittimo intimato a lavoratori ai quali sia applicabile la c.d. tutela reale determina solo una interruzione di fatto del rapporto di lavoro, ma non incide sulla sua continuità»: «la continuità e la permanenza del rapporto giustifica l'irrogazione di un secondo licenziamento per giusta causa e giustificato motivo, ove basato su una nuova e diversa ragione giustificatrice». Come chiarito dalla conforme giurisprudenza successiva, «i relativi effetti si produrranno solo nel caso in cui il precedente recesso venga dichiarato illegittimo» (Cass., 23 agosto 2016, n. 17247; Cass., 6 dicembre 2013, n. 27390; Cass., 20 gennaio 2011, n. 1244; Cass., 14 settembre 2009, n. 19770).

⁶⁰Non mancano in dottrina posizioni critiche rispetto alle prospettive di ricostruzione volte a qualificare la tutela come costitutiva o di accertamento. Da un lato, si ritiene che tali prospettive facciano prima discendere la qualificazione della tutela «dalla disciplina sostanziale dell'atto di licenziamento viziato, cioè se ... efficace ... ovvero ... inefficace» per poi «con percorso inverso [affermare] che il licenziamento viziato è efficace o inefficace, in base a come è costruita la tutela processuale, così il definente diventa definito e viceversa». Dall'altro, si sostiene «che le conseguenze che si vogliono trarre dalla scelta tra tutela di accertamento o costitutiva, a ben guardare possono prescindere da tale qualificazione». Infine, sarebbe «la tecnica impugnatoria a regolare i poteri delle parti e del giudice sulla materia del contendere, a prescindere quindi dalla qualificazione della tutela come di accertamento o costitutiva» (D. BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 244, 246, 251).

⁶¹C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 34.

⁶²Cfr. Cass., 21 luglio 2017, n. 18029; Cass., 17 novembre 2016, n. 23438; Cass., 8 settembre 2015, n. 17806; Cass., 25 maggio 2015, n. 10718.

Unite hanno evidenziato in tale sede come proprio la novellata formulazione dell'art. 18, che al comma 4 esclude espressamente tali sanzioni nell'area della reintegrazione "attenuata", sia chiarificatrice della «dicotomia tra nullità ed annullabilità del licenziamento e simmetricamente tra sentenza dichiarativa e sentenza costitutiva». In particolare, il dato normativo riformato consente di evidenziare come in ipotesi di reintegrazione piena, ossia laddove trattisi di inefficacia o nullità del licenziamento, la sentenza del giudice abbia natura dichiarativa e quindi sia il rapporto di lavoro sia quello contributivo debbano considerarsi come mai interrotti; in ipotesi di reintegrazione attenuata, ossia di (mera) annullabilità del licenziamento, invece, la sentenza sia costitutiva e quindi tanto il rapporto di lavoro quanto l'obbligo contributivo debbano ritenersi ripristinati *ex tunc*. Proprio l'espressa esclusione delle sanzioni per omissione contributiva, presupponendo che l'obbligo di versamento non sussista prima della sentenza ma sorga solo a partire da essa (per quanto anche per il passato), postula che il rapporto di lavoro sia stato in questo caso efficacemente, seppur in via provvisoria, estinto e sia quindi ricostituito *ex tunc* dalla sentenza. La stessa esclusione porta a dedurre, *a contrario*, che le sanzioni siano invece applicabili in caso di licenziamento nullo, ciò confermando che l'obbligo contributivo sia ivi «riconosciuto ora per allora» e il rapporto di lavoro sia accertato nella sua persistenza da una sentenza di natura meramente dichiarativa.

Sul punto ci sarà occasione di tornare nel capitolo secondo.

Ciò che preme qui evidenziare è che per le Sezioni Unite della Cassazione il citato chiarimento normativo introdotto dalla l. 92/2012 consente di «getta[re] luce anche sulla formulazione precedente del medesimo art. 18», potendosi rilevare «un *continuum* normativo» nella disposizione statutaria fondata «sulla distinzione tra licenziamento inefficace/nullo e licenziamento annullabile».

La stessa «valenza confermativa e chiarificatrice» è stata riconosciuta alla novella del 2012 dalle Sezioni Unite della Cassazione, sempre nel 2014, nella sentenza 18354, anche rispetto alle questioni interpretative correlate alla richiesta da parte del lavoratore dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, fattispecie che incide su entrambe le ipotesi "dicotomiche" sopra descritte, determinando la risoluzione del rapporto di lavoro (sia esso, a seconda dei casi, accertato nella sua persistenza ovvero ricostituito *ex tunc*). Trattasi, per richiamare le linee interpretative più conferenti all'impostazione adottata, dell'esercizio da parte del lavoratore di «un potere formativo ad attuazione stragiudiziale», una sorta di «potere di recesso "premiato"», tra i cui fatti costitutivi si può ritenere rientri anche la giustizia, o il passaggio in giudicato, della sentenza di accoglimento del ricorso, considerata la ripetibilità dell'indennità sostitutiva in caso di riforma della declaratoria di illegittimità del licen-

ziamento⁶³. Per la Cassazione, il legislatore del 2012, nel «dettare una previsione espressa sia quanto ai termini che quanto al momento della risoluzione del rapporto» (fatta decorrere dalla richiesta dell'indennità), ha consentito di comporre il contrasto giurisprudenziale in materia, confermando e chiarendo quanto era già interpretabile sulla base della precedente formulazione, pur «meno chiara», dell'art. 18⁶⁴.

A completamento del quadro ricostruttivo delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio con le domande “impugnatorie” del licenziamento, una terza macro-ipotesi si distingue laddove il regime di tutela di cui si chiede applicazione sia meramente indennitario e quindi presupponga che il rapporto di lavoro sia stato efficacemente e definitivamente estinto dall'atto di recesso datoriale, pur illegittimo. È quanto si verifica al perfezionarsi delle fattispecie normative previste sia dall'art. 8, l. 604/1966 e dall'art. 9, d.lgs. 23/2015, per quanto riguarda l'area dei datori sotto-soglia, sia dall'art. 18, commi 6 e 7, e dagli artt. 3, comma 1, e 4, d.lgs. 23/2015, che pur in diverso modo disciplinano i regimi sanzionatori meramente indennitari anche nell'area dei datori sopra-soglia. La situazione giuridica dedotta in giudizio è, in questi casi, il diritto a ottenere una condanna del datore per violazione di un suo dovere giuridico nei confronti del lavoratore. A fronte di una domanda «di accertamento dell'illegittimità del licenziamento, proposta ai soli fini – però – della condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno», «il giudice accerta che il rapporto di lavoro è già stato risolto (e quindi non è più in essere tra le parti) per effetto dell'esercizio efficace del potere di licenziamento. Tut-

⁶³ Cfr. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., 577-578, nota 168; M. D'ANTONA, *Commento*, cit., che qualifica l'istituto come una «speciale facoltà di recesso»; «la facoltà di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione sorge *in costanza di rapporto di lavoro*, avendo la sentenza che accerta la illegittimità del licenziamento e ordina la reintegrazione, accertato simultaneamente che il rapporto non è mai stato estinto» (409). Cfr. Corte cost., 4 marzo 1992, n. 81, in *FI*, 1992, I, c. 2044, con nota di M. D'ANTONA, *Licenziamento illegittimo e indennità sostitutiva della reintegrazione: la Corte costituzionale gioca d'anticipo*, ora in *Opere*, vol. III, tomo I, Giuffrè, Milano, 2000, 417 ss. In questa sede, l'autore evidenzia, in particolare, come, in base alla ricostruzione fissata dalla pronuncia in commento, in primo luogo «nel momento in cui il lavoratore esercita l'opzione ... la sentenza che ordina la reintegrazione ha già eliminato interamente gli effetti pregiudizievoli» del licenziamento: «il lavoratore potrà quindi dichiarare di optare per l'indennità sostitutiva fin dalla domanda introduttiva del giudizio. Ma il giudice potrà rilevare l'estinzione del rapporto di lavoro solo dopo aver accertato con effetti *ex tunc* l'invalidità del licenziamento» (419 e 423). In secondo luogo, «l'indennità sostitutiva della reintegrazione – in quanto prestazione risarcitoria – dev'essere restituita nel caso di riforma in appello della sentenza» (419).

⁶⁴ Cfr. sul punto C. CESTER, *Le tutele*, cit., il quale osserva d'altra parte che il legislatore del 2012 (e parimenti del 2015), «superando l'ambiguità della precedente formulazione, ha risolto esplicitamente la questione in senso opposto all'orientamento giurisprudenziale consolidato» (871).

tavia, poiché il giudice accerta che tale potere è stato male esercitato ... condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno»⁶⁵.

Nella disarticolazione delle tre macro-ipotesi individuate dal modello di inquadramento proposto, la qualificazione della domanda di “impugnazione” cambia, quindi, a seconda del vizio di illegittimità dedotto in giudizio.

Si rilevi, d'altra parte, che se l'azione di condanna è la sola esercitabile nell'ipotesi da ultimo descritta (l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento costituisce accertamento del fatto costitutivo della domanda di condanna, ossia dell'inadempimento datoriale), un'azione di condanna, nei primi due casi, si cumula rispettivamente con quella di accertamento e con quella costitutiva, presentando rispetto ad esse un rapporto di accessorialità⁶⁶: dall'accertamento della persistenza del rapporto di lavoro consegue la condanna del datore alla reintegrazione, al pagamento dei crediti non corrisposti⁶⁷ e al risarcimento del danno⁶⁸; dall'accertata sussistenza del diritto alla caducazione degli effetti del

⁶⁵ C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 34; P. TULLINI, *La decisione del giudice*, cit.

⁶⁶ La connessione per accessorialità tra le domande presuppone un rapporto di «consequenzialità logico-giuridica» in base al quale «la pretesa che forma oggetto della causa accessoria, pur essendo autonoma, trovi il suo titolo e la ragione della sua esistenza nella pretesa oggetto della domanda principale» (Cass., 18 marzo 2003, n. 4007).

⁶⁷ Qualora sia accertata la persistenza del rapporto di lavoro, il giudice – con una «pronuncia restitutiva» non dissimile da quella che ottiene chi «unitamente alla domanda di nullità del contratto che sia già stato eseguito, [promuove] l'azione di ripetizione di quanto ingiustamente versato» – condanna il datore alla reintegra, ossia a «*far tornare indietro l'orologio*», a ristabilire l'ordinario funzionamento del rapporto (I. PAGNI, *Tutela specifica*, cit., 101-102 e 103; la tesi è proposta al netto delle questioni che si pongono in punto di esecuzione forzata dell'ordine di reintegrazione, v. *supra*). La formulazione del dettato normativo che, come si approfondirà oltre nella trattazione, prevede la condanna del datore al pagamento di una «indennità risarcitoria» e non delle retribuzioni maturate e non corrisposte, non dovrebbe in tal senso essere caricato di un «peso eccessivo, sul piano sistematico», trattandosi di una sostituzione degli obblighi primari *ex contractu* con obblighi di riparazione e ripristino «analogo a quella che si verifica in caso di violazione di un qualsiasi altro diritto» (I. PAGNI, *Tutela specifica*, cit., 103-104). Nell'ambito della tutela specifica che il creditore può chiedere ai sensi dell'art. 1218 c.c. laddove non sia sopravvenuta l'impossibilità della prestazione (in tal senso I. PAGNI, *Tutela specifica*, cit., 105) possono essere ricondotti sia l'ordine di reintegra sia la condanna al pagamento dell'«indennità risarcitoria», quest'ultima da intendersi appunto quale obbligo di ripristino assorbente l'obbligo retributivo.

⁶⁸ In caso di licenziamento discriminatorio è la stessa legge a prevedere la risarcibilità del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita (trattasi di danno non normativo, cfr. E.M. MASTINU, *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere*, Giuffrè, Milano, 2010, spec. 134, nota n. 99). Si pensi anche al danno non patrimoniale derivante dalla violazione dell'obbligo di sicurezza *ex art.* 2087 c.c. Si rilevi che, ai sensi dell'art. 18, comma 10, e dell'art. 5, d.lgs. 23/2015, laddove sia accertato in giudizio che il licenziamento è stato revocato entro il termine di 15 giorni dalla comunicazione al datore di lavoro dell'impugnazione del medesimo, il rapporto di lavoro è sì accertato nella sua persistenza, ma il lavoratore ha diritto solo alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, senza applicazione dei regimi sanzionatori previsti in caso di accertamento dell'illegittimità del recesso.

licenziamento consegue la condanna del datore alla reintegrazione e al risarcimento del danno. Trattasi di un cd. cumulo condizionale di domande “successivo”, “conseguenziale” o “improprio”, essendo l’azione di condanna proposta sotto condizione che l’altra domanda, quella di accertamento o di annullamento, sia stata previamente accolta⁶⁹.

È importante osservare come l’inquadramento proposto non collimi con alcuni argomenti consolidati nella narrativa giuslavorista, in dottrina e giurisprudenza.

Anzitutto, in ipotesi di tutela reale, in base alle considerazioni svolte, la situazione giuridica dedotta dal ricorrente non era e non è, né prima né dopo il 2012, il «diritto alla reintegrazione», come affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione nella nota sentenza 10 gennaio 2006, n. 141, laddove proprio a partire dall’individuazione di tale diritto la Suprema Corte ha articolato il discorso in punto di fatti costitutivi e impeditivi e distribuzione della relativa prova, con specifico riferimento ai requisiti dimensionali datoriali. Come visto, l’effetto giuridico prodotto dal perfezionamento della fattispecie normativa di cui all’art. 18 – quindi dalla sussistenza anche del requisito dimensionale datoriale, ivi individuato come fatto rilevante in rapporto alla realizzazione di tale effetto – non è tanto il “diritto alla reintegrazione”, quanto la persistenza del rapporto di lavoro, in ipotesi di regime reintegratorio pieno, come era quello applicabile nel caso deciso della citata pronuncia (ma sulla qualificabilità dell’azione di impugnazione del licenziamento ingiustificato in termini costitutivi anche nel contesto pre-riforma, v. *infra*), ovvero la maturazione di un diritto caducatorio del lavoratore, laddove trattasi di reintegrazione attenuata.

In secondo luogo, l’inquadramento adottato consente di comprendere l’utilità descrittiva, ma di contestare la portata giuridica, di quella prospettiva, diffusa nella dottrina giuslavorista, che nella lettura della disciplina dell’art. 18 post 2012 e del d.lgs. 23/2015 distingue «due diversi momenti dell’accertamento giudiziale conseguente all’impugnazione del licenziamento: da un lato, l’accertamento della legittimità od illegittimità del licenziamento e, dall’altro, l’accertamento strumentale all’individuazione della sanzione applicabile al licenziamento illegittimo»⁷⁰.

Tale distinzione può certamente essere utile per descrivere il procedimen-

⁶⁹ Cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, vol. I *Struttura e funzione*, Cedam, Padova, 1985.

⁷⁰ M. MARAZZA, *L’art. 18*, cit., 622; cfr. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 435; R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 1049; M.T. CARINCI, *Fatto “materiale” e fatto “giuridico” nella nuova articolazione delle tutele ex art. 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1326.

to logico-cronologico seguito dal giudice nella selezione del regime di tutela. Dal punto di vista giuridico, tuttavia, tale selezione consegue all'accertamento dell'effetto giuridico dedotto in giudizio dal lavoratore con una determinata domanda a fronte dell'accertata sussistenza dei fatti che la norma individua come presupposti per la sua produzione. Si possono quindi distinguere, nel medesimo procedimento, una pluralità di accertamenti in sequenza; essi tuttavia si correlano a domande diverse che – pur potendo condividere i fatti identificativi della *causa petendi* e ponendosi in rapporto di cumulo condizionale “eventuale” o “subordinato”, essendo l'una proposta per l'evento che l'altra o le altre siano respinte⁷¹ – hanno un diverso *petitum*, una diversa natura, come oggetto una diversa situazione giuridica. A fronte della deduzione e prova di determinati fatti, il giudice accerterà quindi che gli stessi integrino la fattispecie normativa prevista per il perfezionamento di una determinata situazione giuridica. Per richiamare un esempio cui potrebbe essere applicata la distinzione bifasica descritta dalla citata narrativa giuslavorista, ossia l'ipotesi dell'impugnazione di un licenziamento disciplinare illegittimo, la situazione giuridica di cui si verificherà in giudizio il perfezionamento sarà il diritto caducatorio del lavoratore, oggetto della domanda principale di annullamento, laddove si accerti l'ingiustificatezza “qualificata” dell'atto di recesso, ovvero il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, oggetto della domanda subordinata di condanna alla mera sanzione indennitaria, laddove sia respinta la domanda principale e sia comunque accertata l'ingiustificatezza “semplice” dell'atto (v. capitolo secondo).

A riguardo, pare significativo evidenziare come per parte della dottrina, sussistendo un rapporto di specialità tra le ipotesi di ingiustificatezza qualificata e semplice, tutti i fattori che fondano la tutela generale (relativa all'ingiustificatezza semplice) siano necessariamente già allegati e fatti valere con la domanda di tutela speciale (relativa all'ingiustificatezza qualificata). Pertanto, «anche in difetto di esplicita domanda da parte del lavoratore, non può negarsi al giudice il potere di riconoscere la tutela ... generale», prevista in caso di ingiustificatezza semplice⁷². Al contrario, «un'esplicita domanda occorre ... per

⁷¹ Cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit.; C. ONNIBONI, “Rito Fornero” per i licenziamenti e domande fondate sui medesimi fatti costitutivi, in www.giustiziacivile.com, 2017.

⁷² Come evidenzia la Cassazione, il principio «in base al quale una pretesa più ampia contiene in sé una pretesa di minore portata ha trovato ... conferma e applicazione anche con riferimento al nuovo testo» dell'art. 18 (Cass., 7 luglio 2016, n. 13876). Segnatamente, nella pronuncia 23073/2015, la Corte di Cassazione ha spiegato che la novellata disposizione statutaria, «nel prevedere una gradualità di tutele collegate al tipo di licenziamento accertato, attribuisce al giudice il potere-dovere di qualificare i fatti allegati in ricorso e di ricondurli alle ipotesi ivi previste, anche ai fini di determinare il regime sanzionatorio applicabile». In tal

il passaggio dalla tutela generale a quella speciale, proprio in considerazione del fattore specializzante, che deve essere allegato e fatto valere dal lavoratore, implicando una tutela diversa, con ben differenti effetti sanzionatori»⁷³.

In definitiva, le citate considerazioni preliminari consentono di chiarire che se l'azione giudiziale del lavoratore è comunemente definita “impugnatoria” del licenziamento, a calco della locuzione utilizzata dall'art. 6, l. 604/1966 laddove si prevede un termine di decadenza per l'impugnativa, anche solo stragiudiziale, dell'atto (*recte* qualificabile come «contestazione»⁷⁴), il giudizio instaurato con tale azione può definirsi propriamente d'impugnativa negoziale solo qualora sia richiesta la tutela reintegratoria attenuata. Solo qualora cioè l'azione del ricorrente sia inquadrabile come azione di annullamento del negozio di recesso datoriale, ossia un'azione di carattere costitutivo che postuli la provvisoria efficacia del licenziamento e la ricostituzione *ex tunc* del rap-

senso, – con riferimento al rapporto tra domanda di reintegrazione piena e reintegrazione attenuata, ma evidenziando i limiti posti dai fatti allegati – la Corte ha rilevato che «nelle più ampie pretese ... consistenti nella tutela reintegratoria piena, ... deve ritenersi compresa anche quella attenuata, come quella prevista dall'art. 1, comma 4 [art. 18] derivante da un licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo di cui sia accertata l'insussistenza del fatto, per il principio secondo cui una pretesa più ampia contiene in sé una pretesa di minore portata, sempre che i fatti allegati con la domanda rimangano immutati». Nella pronuncia del 24 marzo 2017, n. 7687, la Corte ha d'altra parte chiarito che «la *causa petendi* dell'azione proposta dal lavoratore per contestare la validità e l'efficacia del licenziamento va individuata nello specifico motivo di illegittimità dell'atto dedotto nel ricorso introduttivo, in quanto ciascuno dei molteplici vizi dai quali può derivare la illegittimità del recesso discende da circostanze di fatto che è onere del ricorrente dedurre e allegare». Pertanto, «pur a fronte del medesimo *petitum*, escluse le ipotesi nelle quali la modifica resta limitata alla sola qualificazione giuridica, costituisce inammissibile domanda nuova la prospettazione, nel corso del giudizio di primo grado e, a maggior ragione, in sede di impugnazione, di un profilo di illegittimità del licenziamento non tempestivamente dedotto». In particolare, sono da qualificare «nuove le domande volte a: far valere l'assenza di giusta causa o giustificato motivo a fronte di un'azione con la quale originariamente era stato prospettato solo il motivo ritorsivo o discriminatorio (Cass. 22 giugno 2016 n. 12898); ottenere la dichiarazione di nullità del licenziamento discriminatorio, sia pure sulla base di circostanze emergenti dagli atti, in fattispecie nella quale era stata dedotta solo la mancanza di giusta causa (Cass. 3 luglio 2015 n. 13673 e con riferimento al motivo ritorsivo Cass. 28 settembre 2015 n. 19142); prospettare vizi formali del procedimento disciplinare diversi da quelli denunciati nell'atto introduttivo (Cass. 16 gennaio 2015 n. 655; Cass. 25 maggio 2012 n. 8293; Cass. 9 marzo 2011 n. 5555; Cass. 12 giugno 2008 n. 15795)». Per la Corte, anche le modifiche normative intervenute nel 2012 e nel 2015 «forniscono un riscontro alla tesi della non rilevabilità d'ufficio di profili di nullità del licenziamento non dedotti dalla parte, posto che, in un sistema processuale fondato sul principio della domanda e sul conseguente divieto di ultrapetizione, non si giustificerebbe diversamente la previsione dell'art. 18, comma 7, ... e dell'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui fanno riferimento alla applicazione delle tutele previste per il licenziamento discriminatorio (quindi affetto da nullità) “sulla base della domanda formulata dal lavoratore”».

⁷³ D. BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 151-152.

⁷⁴ C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., 571.

porto di lavoro interrotto, quale modifica della situazione giuridica esistente prima della proposizione della domanda, prodotta dalla pronuncia del giudice (v. *infra*). Resta fermo che anche in tal caso l'oggetto del processo non è né il mero accertamento della sussistenza del vizio di annullamento né il diritto del datore a recedere: oggetto del processo e della domanda attorea è il diritto caducatorio del lavoratore.

La questione ha uno specifico rilievo nella prospettiva di analisi che ci occupa.

La corretta individuazione della situazione giuridica oggetto della domanda del lavoratore è prodromica, infatti, alla riflessione sulla distribuzione dell'onere probatorio, che muove necessariamente dalla selezione e distinzione dei fatti come costitutivi, impeditivi, estintivi o modificativi rispetto alla fattispecie giuridica dedotta in giudizio. La corretta individuazione della stessa consente, in altre parole, di comprendere i termini in cui dovrebbe distribuirsi il corrispondente onere probatorio in base al regime ordinario di cui all'art. 2697 c.c., di rilevare l'eventuale specialità delle regole previste nell'ambito della disciplina dei licenziamenti e i margini di tutela del lavoratore, quale parte processuale, che ad esse possono correlarsi, nonché di evidenziare da ultimo l'impatto delle più recenti riforme su tale prospettiva di tutela.

4. *Onere della prova nei giudizi di "impugnazione" dei licenziamenti tra principi generali e norme speciali*

Come noto, in base al regime ordinario di cui all'art. 2697 c.c., chi deduce in giudizio un diritto deve provarne i fatti costitutivi, gravando sulla controparte processuale l'onere di provare eventuali fatti impeditivi, modificativi o estintivi.

Se la situazione giuridica dedotta dal lavoratore è la persistenza del rapporto di lavoro, fatti costitutivi della stessa sono quelli cui si ricollega la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato: la sottoscrizione di un conferente contratto di lavoro o l'effettivo svolgimento di una prestazione di lavoro subordinato. Si evidenzia tuttavia che, trattandosi di un'azione di mero accertamento, «l'attore deve provare non solo la preesistenza della situazione giuridica che assume come propria ed i fatti che gliene assicurano la titolarità, ma anche quel pregiudizio ed i fatti che l'hanno prodotto o che rischiano di produrlo ... cui la legge e la giurisprudenza subordinano la nascita di una tutela in via d'accertamento»⁷⁵. Il fatto determi-

⁷⁵ G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Jovene, Napoli, 1974, 524. In termini simili, si è evidenziato che «l'oggetto dell'accertamento giurisdizionale non è costituito dal-

nante lo stato antiggiuridico e pregiudizievole di incertezza, ossia, nel caso di specie, l'interruzione del rapporto, assolve così una duplice funzione: da un lato, è «fattore generativo o causa del riconoscimento della normativa sostanziale», dall'altro, integra una condizione dell'azione, segnatamente l'interesse ad agire in accertamento del ricorrente⁷⁶. Mentre, tuttavia, ai fini della dimostrazione di sussistenza dell'interesse ad agire, basterà una prospettazione del fatto, una prova *prima facie*, funzionale a una cognizione sommaria del giudice che si limiti ad accertare i presupposti processuali di decidibilità della domanda, senza condizionare l'attendibilità del successivo accertamento di merito, laddove trattisi di giudizio sulla sussistenza della fattispecie sostanziale dedotta, sorge il correlato problema di ripartizione degli oneri probatori e la questione della prova del fatto pregiudizievole. Come si approfondirà nel paragrafo successivo, poiché a dover essere dimostrato dal ricorrente è l'elemento del pregiudizio e non il fatto antiggiuridico che l'ha cagionato, si ritiene che nel caso di specie il fatto che sia sufficiente provare, in quanto rappresentante il pregiudizio, sia la mancata accettazione della prestazione da parte del datore di lavoro, non necessariamente il licenziamento o l'estromissione dal posto di lavoro concretizzatasi in un comportamento attivo di espulsione. Se tali sono i fatti costitutivi della situazione giuridica dedotta dal lavoratore in giudizio, fatti estintivi della stessa potrebbero essere tanto un atto di licenziamento quanto un atto di dimissioni o di risoluzione consensuale, laddove in grado di incidere efficacemente sul rapporto di lavoro determinandone l'estinzione. Già in base alle regole codicistiche, qualora il fatto estintivo fosse rappresentato da una fattispecie di licenziamento, dovrebbe essere quindi onere del datore provarne la sussistenza dei fatti costitutivi, tornando, invece, in capo al ricorrente l'onere di provare eventuali fatti impeditivi della fattispecie estintiva, quali anzitutto la violazione di un divieto di discriminazione o di altra disposizione imperativa cui la legge ricollegghi la nullità dell'atto⁷⁷.

Se la situazione giuridica affermata con la domanda è, invece, il potere giudiziario di annullamento del licenziamento, posto che il fatto costitutivo di detto potere è l'insussistenza dei requisiti di validità del negozio di recesso, in base alle regole codicistiche la prova di tale fatto, ossia del vizio del negozio, dovrebbe gravare sul ricorrente. «L'onere della prova è posto a carico di chi afferma la presenza del motivo di annullabilità, che è ritenuto fatto co-

la situazione giuridica in quanto tale, ma dalla situazione giuridica orientata in una sua specifica direzione, determinata in base al fatto antiggiuridico lesivo che si è verificato sul piano del diritto sostanziale» (A. MOTTO, *op. cit.*, 445).

⁷⁶ G. VERDE, *Prova*, cit., 646.

⁷⁷ Cfr. A. MOTTO, *op. cit.*, spec. 654, nota 519.

stitutivo del diritto (di annullamento) che l'attore fa valere in giudizio»⁷⁸.

Se, infine, la situazione giuridica è il diritto a ottenere una condanna del datore a fronte dell'accertata violazione degli obblighi di tutela previsti dalla disciplina dei licenziamenti, integranti il regolamento contrattuale *ex art.* 1374 c.c., si può ritenere che, in base alle regole generali, l'inadempimento o l'inesattezza dell'adempimento per violazione di obblighi accessori, quali possono qualificarsi quelli di giustificatezza e regolarità formale e procedurale nell'ambito di tutela meramente obbligatoria o comunque indennitaria (v. *infra*), debbano essere solo allegati dal ricorrente a integrazione del proprio interesse ad agire⁷⁹, dovendo invece essere il convenuto a provare l'adempimento al dovere di prestazione⁸⁰. La dottrina ha evidenziato come il regime probatorio descritto, da un lato, risponda a criteri di fattibilità, trovandosi altrimenti il creditore a dover provare un fatto "negativo", dall'altro, aderisca al principio della "vicinanza" e/o "riferibilità" della prova, «ove si assuma che i fatti di inadempimento riguardino in misura più diretta la sfera del debitore»⁸¹.

Proprio il riferimento al citato principio della vicinanza della prova assume un ruolo centrale nel contesto d'indagine che ci occupa, in particolare con riguardo alla prova della giustificatezza del licenziamento. Ciò è tanto più vero se si considera che, laddove l'azione "impugnatoria" sia qualificabile come azione costitutiva di annullamento dell'atto di recesso datoriale⁸², tale inquadramento sconta a monte un'evidente anomalia rispetto al sistema di diritto comune: mentre infatti nel codice civile i fatti costitutivi dell'azione di annullamento negoziale sono i vizi del consenso e l'incapacità, ossia fatti riferibili alla sfera del soggetto che propone l'azione, nel caso dell'azione di impugnazione del licenzia-

⁷⁸ I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Giuffrè, Milano, 1998, 201.

⁷⁹ Nel caso delle azioni di condanna il fatto che integra l'interesse ad agire è la lesione subita: ai fini del giudizio sulla decidibilità della causa, il giudice deve solo verificare che la stessa sia stata affermata dall'attore, dal momento che se ne fosse accertata l'effettiva sussistenza si verrebbe già in una verifica di fondatezza della domanda. Si noti che, diversamente, nelle azioni costitutive, specie laddove l'intervento del giudice sia necessario, l'interesse ad agire non ha un'autonoma rilevanza, è *in re ipsa*: «la stessa necessità dell'intervento del giudice implica [l']interesse a ottenere la modificazione in via di azione» (C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 563).

⁸⁰ Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 65; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, spec. 175. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., S.U., 20 ottobre 2001, n. 13533.

⁸¹ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali. Estratto*, Giappichelli, Torino, 2012, 167. Si noti che è proprio con la pronuncia delle Sezioni Unite della Cass. 13533/2001 in tema di prova dell'(in)adempimento che il principio di vicinanza della prova trova ingresso nella giurisprudenza della Corte.

⁸² È stata questa la posizione prevalente della dottrina giuslavoristica nella lettura del quadro normativo antecedente la riforma del 2012 (v. capitolo secondo). Cfr. I. PAGNI, *Tutela specifica*, cit., spec. 100.

mento «il lavoratore non è l'autore dell'atto da impugnare, ma il soggetto passivo del recesso»⁸³. I fatti che integrano i vizi di annullamento possono quindi presentare un carattere di vicinanza con la sfera del lavoratore solo laddove trattisi di licenziamenti disciplinari, ma non di certo laddove attengano a ragioni economiche dell'azienda (ma sull'orientamento giurisprudenziale che richiede comunque al lavoratore l'allegazione di fatti relativi alla sua ricollocabilità nell'azienda v. capitolo secondo). Proprio l'impatto del principio generale di prossimità alla fonte di prova deve quindi essere tenuto in debita considerazione laddove si intenda ricostruire l'assetto di distribuzione dell'onere che si configurerebbe in base alla regola generale di cui all'art. 2697 c.c., a seconda del diritto rivendicato in giudizio dal lavoratore, ossia a seconda del modulo di tutela sanzionatoria applicabile all'atto di recesso datoriale illegittimo.

5. Digressione incidentale ed effetti di riforme collaterali

Prima di avviare l'approfondimento sui temi della prova della (in)giustificata e della discriminatorietà, sia consentita una riflessione incidentale sulla prova in ipotesi di impugnazione dell'atto di licenziamento per inefficacia derivante dall'assenza di forma scritta, ipotesi che dà accesso alla tutela reintegratoria piena indipendentemente dalla dimensione occupazionale del datore di lavoro, ai sensi sia dell'art. 18, comma 1, st. lav. sia dell'art. 2, comma 1, d.lgs. 23/2015.

L'interesse per questa fattispecie si ricollega a due considerazioni.

Anzitutto, rispetto alla questione, ancora dibattuta in giurisprudenza, relativa all'oggetto della prova di cui è onerato il ricorrente, un'utile chiave di lettura è offerta proprio dall'inquadramento proposto nel paragrafo precedente, che, anche con riguardo al caso del licenziamento orale, individua nella domanda di impugnazione un'azione di mero accertamento e nella persistenza del rapporto di lavoro la situazione giuridica dedotta in giudizio.

In secondo luogo, per quanto la riforma della disciplina dei licenziamenti abbia inciso in termini minimi sull'ipotesi di illegittimità in esame⁸⁴, le modi-

⁸³ F. MAZZIOTTI, *Inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, 654. Detta anomalia non si riscontra in ipotesi di annullamento delle dimissioni, su cui si rinvia a M. DEL CONTE, *L'annullabilità delle dimissioni per vizi del consenso e incapacità naturale. I casi di nullità*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione*, cit., 81.

⁸⁴ Con la riforma del 2012, e così anche nel d.lgs. 23/2015, in ipotesi di licenziamento orale il regime reintegratorio pieno "speciale" trova applicazione anche per i datori sotto-soglia.

fiche al diverso istituto delle dimissioni introdotte nel 2012 e nel 2015 hanno invece prodotto un significativo impatto collaterale proprio sulla dinamica probatoria del giudizio di impugnazione del recesso datoriale privo di forma scritta⁸⁵. Se, infatti, non sono dimostrate le dimissioni solo perché il lavoratore non fornisce la prova di cui è onerato e la riforma dell'istituto non altera detta ripartizione dell'onere, è vero altresì che la prova della sussistenza delle dimissioni, di cui è onerato il datore, a fronte della necessità di una procedura telematica cui è vincolata l'efficacia dell'atto negoziale, non può più ridursi alla prova della sussistenza di un mero atto o comportamento contenente «la manifestazione univoca dell'incondizionata volontà di porre fine al rapporto»⁸⁶.

Procediamo, tuttavia, con ordine.

Rispetto alla prima considerazione indicata, si è già evidenziato che, nel caso in cui la situazione giuridica rivendicata con la domanda di impugnazione sia il persistente rapporto di lavoro, il ricorrente è onerato della prova

In precedenza, in tale area, l'inefficacia dell'atto di recesso per assenza di forma scritta dava accesso a una tutela reintegratoria di diritto comune, senza quindi la soglia minima risarcitoria delle cinque mensilità né la possibilità per il lavoratore di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione. Come evidenziava la consolidata giurisprudenza di legittimità, «il licenziamento intimato oralmente è radicalmente inefficace ... e, come tale, è inidoneo a risolvere il rapporto di lavoro, non rilevando, ai fini di escludere la continuità del rapporto stesso, né la qualità di imprenditore del datore di lavoro, né il tipo di regime causale applicabile (reale od obbligatorio) ...; con la conseguenza che la radicale inefficacia del licenziamento orale prescinde dalla natura stessa del recesso, trovando applicazione l'ordinario regime risarcitorio, con obbligo di corrispondere, trattandosi di rapporto di lavoro in atto, le retribuzioni non percepite a causa dell'inadempimento datoriale» (Cass., 10 settembre 2012, n. 15106; in senso conforme, Cass., 25 settembre 2017, n. 22297; Cass., 1° agosto 2007, n. 16955; Cass., 18 maggio 2006, n. 11670). Con riferimento al regime normativo applicabile alle imprese sotto-soglia prima del 2012, cfr. Cass., 7 luglio 2016, n. 13876: a fronte di una domanda attorea con cui era stata chiesta, quale conseguenza dell'illegittimità del licenziamento, la condanna della datrice di lavoro al pagamento di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto e, comunque, di una somma non inferiore a 2,5 mensilità, la Corte ha escluso che il giudice, pur accertata la carenza del requisito della forma scritta, potesse accordare al lavoratore un risarcimento pari a tutte le retribuzioni non corrisposte, ciò per «non vulnerare il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e, quindi, i principi della domanda e del rispetto del contraddittorio».

⁸⁵L'introduzione di una procedura telematica per le dimissioni può aver inoltre inciso, inizialmente, sulla concreta diffusione dei licenziamenti disciplinari (specie di lavoratori stranieri): se si confrontano, in base al report pubblicato dall'Osservatorio sul precariato dell'Inps a settembre 2017, i dati relativi ai primi 7 mesi dell'anno, si può rilevare nel 2016 un incremento dei licenziamenti disciplinari del 32% rispetto al 2015, a fronte di una riduzione delle dimissioni del 10,5%; nel 2017, invece, se si evidenzia un incremento del 17,6% dei licenziamenti disciplinari rispetto al 2016, si registra un parallelo aumento anche delle dimissioni del 15,4%.

⁸⁶Cass., 26 ottobre 1998, n. 10648. In dottrina, cfr. M. PAPALEONI, D. CAGETTI, *Forma del licenziamento*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione*, cit., spec. 529; A. VALLEBONA, *L'onere della prova dell'estinzione del rapporto di lavoro*, in *Lav. giur.*, 1995, 406.

sia dei fatti costitutivi dello stesso, sia del pregiudizio subito quale ulteriore fatto costitutivo della fattispecie normativa dedotta in giudizio (v. *supra*). È da rilevarsi, infatti, che «l'accertamento dell'esistenza, del contenuto, del modo di essere del diritto è effettuato con specifico riferimento alla lesione da esso subita, e quindi all'illecito altrui. Il diritto, quindi, è accertato non in sé, sibbene per quanto si rende necessario in relazione all'illecito, per rimuoverne le conseguenze pregiudizievoli»⁸⁷. Posto che la situazione giuridica dedotta è da accertarsi nella specificazione derivante dal rapporto con il fatto antiggiuridico cagionante incertezza circa la sua persistenza⁸⁸, si ritiene d'altra parte che il fatto rilevante ai fini della prova sia il pregiudizio derivante dall'incertezza e non il «singolo fatto di contestazione, vanto o apparenza giuridica» che determina tale incertezza⁸⁹. «[[I] concreto fatto storico lesivo», che pur «deve essere allegato in causa, al solo fine di sostanziare la richiesta di tutela giuridica», non ha «diretto rilievo individuatore dell'oggetto del processo». È sì vero che «la risoluzione della questione concernente l'illecito – la sussistenza del fatto storico pregiudizievole e la sua qualificazione di illiceità – ... influenza il contenuto dell'accertamento»⁹⁰. Ciò che rileva, tuttavia, ai fini dell'individuazione dell'oggetto del processo, e quindi della situazione giuridica rivendicata dal ricorrente, è l'effetto che deriva dal fatto storico determinante detta incertezza. Ai fini della prova, il ricorrente dovrà dimostrare l'elemento del pregiudizio, non il fatto antiggiuridico che l'ha cagionato, tanto più che richiedere la prova di quest'ultimo equivarrebbe a richiedere la prova anche dei caratteri che tal fatto deve presentare perché possa dirsi sussistente. Con sconfinamento nella prova degli elementi che perfezionano la fattispecie estintiva della situazione giuridica rivendicata in giudizio, del cui onere è invece gravato il convenuto⁹¹.

⁸⁷ F.P. LUIO, *Diritto processuale civile, Volume I, Principi generali*, 2015, Giuffrè, Milano, 13.

⁸⁸ In tal senso, parafrasando F.P. LUIO, anche A. MOTTO: «la situazione giuridica non è mai dedotta in quanto tale in giudizio, ma il suo accertamento è compiuto con specifico riferimento alla lesione subita, di guisa che essa è accertata in quella sua specificazione, che si rende necessaria alla luce del fatto antiggiuridico occorso, al fine della rimozione dello stato antiggiuridico che ne è derivato» (*op. cit.*, 404).

⁸⁹ A. MOTTO, *op. cit.*, 439.

⁹⁰ A. MOTTO, *op. cit.*, 448-449-450.

⁹¹ Si rilevi peraltro che la medesima osservazione può essere argomentata anche in punto di verifica di sussistenza, pur in fase preliminare e ai fini della decidibilità della domanda, dell'interesse ad agire, rispetto al quale il fatto di pregiudizio assolve, come visto, pari funzione. Segnatamente, «l'indagine circa la sussistenza in concreto dell'interesse ad agire in mero accertamento deve essere condotta non tanto sotto il profilo del fatto storico cagionante incertezza e, quindi, sotto quello della enucleazione dei caratteri che esso deve presentare perché questa possa dirsi sussistente, quanto, piuttosto, sull'elemento del pregiudizio: vi è interesse ad agire in me-

La questione è di centrale importanza con riguardo all'ipotesi d'impugnazione in esame.

In base alle considerazioni svolte, infatti, per dimostrare lo stato antigiusuridico di incertezza non dovrebbe essere necessario dar prova della sussistenza di un comportamento attivo del datore di lavoro volto ad espellere, estromettere, quindi licenziare il lavoratore. Dovrebbe essere sufficiente provare la mancata accettazione della prestazione, la *mora accipiendi*, a fronte di un'effettiva messa a disposizione delle energie lavorative ovvero di un'intimazione a ricevere la prestazione ai sensi dell'art. 1217 c.c. Del resto, è la stessa giurisprudenza a chiarire l'equipollenza ai fini dell'applicabilità del regime reintegratorio pieno tra licenziamento orale e licenziamento manifestato in forma implicita o per fatti concludenti, quest'ultimo integrato già dal mancato riscontro all'offerta di prestazione del lavoratore, nonostante l'«assenza di circostanze di tempo e di fatto nelle quali sia dato individuare un licenziamento verbale in senso stretto»⁹². Inoltre, il licenziamento «costituisce un atto unilaterale di recesso con cui una parte dichiara all'altra la sua volontà di estinguere il rapporto e che, quindi, non può che essere comprovato da chi abbia manifestato tale volontà di recedere, non potendo la parte (la quale abbia “subito” il recesso) provare una circostanza attinente la sfera volitiva del recedente»⁹³. Per tali ragioni, si ritiene di dissentire dalla lettura che individua nella previsione dell'onere datoriale di prova delle modalità in cui è avvenuto il licenziamento (ovvero dell'assenza di obbligo di forma scritta per sussistenza, ad esempio, di un patto di prova) un'inversione rispetto alle regole generali⁹⁴.

La questione è invero alquanto dibattuta in giurisprudenza⁹⁵.

La posizione avallata nel corso della trattazione trova riscontro in alcune sentenze⁹⁶, potendosi registrare anche la prospettiva che ritiene sufficiente la

ro accertamento ogni qualvolta l'attore dimostri di aver subito, nel senso indicato, un danno, in ragione del concreto fatto storico, indipendentemente dai caratteri specifici di questo» (A. MOTTO, *op. cit.*, 401, nota n. 123).

⁹² Trib. Milano, 22 dicembre 2015.

⁹³ Cass., 13 aprile 2005, n. 7614.

⁹⁴ *Contra* Cass., 15 marzo 2016, n. 5061.

⁹⁵ Cfr. P. ALLEVA, *L'onere della prova nel dilemma giudiziario tra dimissioni orali e licenziamento orale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 349; G.L. PINTO, *La difficile prova: licenziamento orale e dimissioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, 132; L. MENGHINI, *Ancora sulla prova del licenziamento*, in *Lav. giur.*, 1998, 586; L. LAZZERONI, *Oralità del licenziamento, convalida dell'atto e onere della prova circa l'esistenza dell'atto medesimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 439; D. MESITI, *Il licenziamento orale dopo la Riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2013, 329.

⁹⁶ Come evidenzia Cass., 13 dicembre 2016, n. 25556: «ove il rapporto di lavoro sia cessato in assenza di atti formali di licenziamento o di dimissioni e in presenza di contrapposte tesi circa la causa di detta cessazione, il giudice di merito deve, ai fini dell'accertamento del

stessa impugnazione del licenziamento, specie se ravvicinata all’asserito fatto interruttivo, per dimostrare la volontà di proseguire il rapporto, con onere datoriale di provare le avvenute dimissioni⁹⁷. Altre pronunce, al contrario, richiedono al lavoratore la rigorosa prova della sussistenza del licenziamento, anche in assenza di forma scritta⁹⁸, ovvero dell’“estromissione” dal luogo di lavoro, interpretata come sinonimo di licenziamento, di espulsione concretizzata attraverso un comportamento attivo del datore di lavoro⁹⁹.

Se la prova della forma scritta si confronta con ipotesi sempre più “agili” di licenziamento, via sms o via *whatsapp*¹⁰⁰, come anticipato la prova della

fatto, prestare particolare attenzione (indagandone la rilevanza sostanziale e probatoria nel caso concreto) anche agli eventuali episodi consistenti nell’offerta delle prestazioni da parte del lavoratore e nel rifiuto o mancata accettazione delle stesse da parte del datore di lavoro». In senso conforme cfr. Cass., 8 gennaio 2009, n. 155, in *Riv. giur. lav.*, 2009, 579, con nota di F. AIELLO; Cass., 27 agosto 2007, n. 18087; Cass., 13 aprile 2005, n. 7614; Cass., 20 maggio 2005, n. 10651, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 454, con nota di G. GIRARDI; nel merito, T. Gorizia 23 febbraio 1998, in *Lav. giur.*, 1998, 584, con nota di L. MENGHINI; cfr. L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – n. 250/2015.

⁹⁷ Cass., 8 giugno 2000, n. 7839.

⁹⁸ Cfr. Cass., 16 ottobre 2007, n. 21607; Cass., 25 ottobre 2004, n. 20700; Cass., 16 maggio 2001, n. 6727; Cass., 21 settembre 2000, n. 12520; Cass., 12 aprile 2000, n. 4717; Cass., 25 febbraio 2000, n. 2162.

⁹⁹ Cfr. Cass., 8 novembre 2004, n. 21250; Cass., 20 novembre 2000, n. 14977; Cass., 21 settembre 2000, n. 12520; Cass., 13 aprile 2000, n. 4760. Cfr. la posizione di A. VALLEBONA, il quale, con riferimento al contesto normativo antecedente il 2012, evidenzia come «[n]elle azioni di impugnazione del licenziamento grava sul lavoratore l’onere di provare l’esistenza del licenziamento stesso, quale fatto generatore delle conseguenti obbligazioni del datore di lavoro ... il lavoratore prudente, in mancanza della relativa prova scritta, introdurrà anche una domanda subordinata per le retribuzioni dovute nell’ipotesi di persistenza del rapporto per mancato accertamento del licenziamento» (*Gli oneri di allegazione e di prova nelle azioni fondate sull’inadempimento del datore di lavoro*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, 1094).

¹⁰⁰ Cfr. App. Firenze, 5 luglio 2016, Trib. Torino, 23 luglio 2014; cfr. Trib. Catania, ord., 27 giugno 2017, su licenziamento via *whatsapp*: «il recesso intimato mezzo “whatsapp”» assolve «l’onere della forma scritta, trattandosi di documento informatico che parte ricorrente ha con certezza imputato al datore di lavoro, tanto da provvedere a formulare tempestiva impugnazione stragiudiziale». «La modalità utilizzata dal datore di lavoro, nel caso di specie, appare idonea ad assolvere ai requisiti formali in esame, in quanto la volontà di licenziare è stata comunicata per iscritto alla lavoratrice in maniera inequivoca, come del resto dimostra la reazione da subito manifestata dalla predetta parte». Cfr. Trib. Frosinone, 15 febbraio 2016, in merito a licenziamento considerato carente di forma scritta in quanto intimato attraverso una e-mail priva di firma digitale. Per approfondimenti cfr. M. PAPAOLEONI, D. CAGETTI, *op. cit.*, 513 ss. Come spiegato dalla Corte di Cassazione nella pronuncia 3 giugno 2015, n. 11479, è necessario distinguere l’atto contenente la manifestazione di voler recedere dal rapporto, per il quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, «forma scritta che a sua volta può essere quella della lettera anche non raccomandata, o di qualunque altro scritto», anche un sms se non è contestata la provenienza dal mittente, dal «mezzo della concreta trasmissione dell’atto

sussistenza di una diversa fattispecie estintiva, sempre gravante sul convenuto, si confronta invece con le riforme degli istituti delle dimissioni e della risoluzione consensuale.

In particolare, fintantoché l'ordinamento non prevedeva una procedura e forma specifica per l'atto di dimissioni – quindi prima che fosse introdotta la generale procedura di convalida di cui alla l. 92/2012, entrata in vigore il 18 luglio 2012, sostituita a partire dal 12 marzo 2016 dalla procedura telematica di cui all'art. 26, d.lgs. 151/2015¹⁰¹ – il tema di prova in questione poteva tradursi in una reciproca attribuzione tra le parti della dichiarazione di recesso, spesso con riferimento a colloqui avvenuti in assenza di testimoni. Potendosi così presentare «difficile e, talvolta, impossibile ricostruire l'effettivo svolgersi dei fatti»¹⁰², ciò si ripercuoteva negativamente sulla posizione processuale del lavoratore, soprattutto laddove si fosse accolta la tesi che richiede allo stesso la prova della sussistenza di un comportamento datoriale attivo di estromissione. Uniche eccezioni potevano essere individuate nelle dimissioni già a procedura vincolata, ossia quelle della lavoratrice in gravidanza e del lavoratore genitore nel primo anno (dal 2012 primi tre anni) di vita o di accoglienza del bambino, ai sensi dell'art. 55, d.lgs. 151/2001, ovvero della lavoratrice in prossimità di matrimonio ai sensi dell'art. 35, d.lgs. 198/2006.

La situazione è cambiata con la riforma di cui all'art. 4, commi 17-20 e 22,

medesimo (mediante corriere, servizio postale, consegna a mano etc.)). La trasmissione e la conoscenza (anche presunta *ex art. 1335 c.c.*) da parte del destinatario, necessarie affinché l'atto, avendo natura recettizia, produca i propri effetti, possono essere dimostrate, oltre che dalla sottoscrizione per ricevuta apposta in calce alla lettera medesima, anche attraverso prova testimoniale. Diversamente, ai sensi dell'art. 2725 c.c. non è ammissibile la prova testimoniale della forma scritta dell'atto contenente la dichiarazione di volontà del recesso, salvo il documento sia andato perduto senza colpa (art. 2724 c.c., n. 3), circostanza che deve essere espressamente allegata. Non solo questo «divieto di testimonianza ... ne importa inammissibilità rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio (attenendo a norma di ordine pubblico)»: esso non è neppure superabile *ex art. 421 c.p.c.*, comma 2, prima parte, «noto essendo che esso, nell'attribuire al giudice del lavoro il potere di ammettere d'ufficio ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, si riferisce non ai requisiti di forma previsti (*ad substantiam o ad probationem*) per alcuni tipi di contratti, ma ai limiti fissati alla prova testimoniale, in via generale, dagli artt. 2721, 2722 e 2723 stesso codice».

¹⁰¹ Per un approfondimento cfr. G. PROIA, *La nuova disciplina delle dimissioni e della risoluzione consensuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 3; O. DESSI, *La nuova disciplina sulle dimissioni e sulla risoluzione consensuale del contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 641, la quale ritiene possano escludersi dal campo d'azione della disciplina dell'art. 26, d.lgs. 151/2015 sia le dimissioni e la risoluzione consensuale poste in essere nell'ambito della conciliazione di cui all'art. 6, d.lgs. 23/2015, sia la risoluzione consensuale conseguente all'esito del tentativo di conciliazione obbligatorio in caso di previsto licenziamento per motivo oggettivo ai sensi dell'art. 7, l. 604/1966. Rispetto alla breve parentesi della l. 188/2007, cfr. M.V. BALLESTRERO, *Recesso online: ovvero la nuova disciplina delle dimissioni volontarie*, in *Lav. dir.*, 2008, 511.

¹⁰² M. PAPAOLEONI, D. CAGETTI, *op. cit.*, 514.

l. 92/2012, prima, e con quella attualmente disposta dall’art. 26, d.lgs. 151/2015, poi. Segnatamente, a partire dal 2012 in linea generale la prova della sussistenza di un atto di dimissioni valido ed efficace può essere raggiunta solo qualora si dimostri la sussistenza di specifici presupposti di forma e regolarità.

Vigente la normativa di cui alla l. 92/2012, tali erano la sussistenza di una dichiarazione sottoscritta in calce dal lavoratore, di una convalida presso sedi protette, ovvero della comunicazione datoriale di invito alla convalida o alla sottoscrizione, recapitata entro il termine di 30 giorni e priva di riscontro nei 7 giorni successivi alla ricezione¹⁰³. Attualmente, con la riforma entrata in vigore a marzo 2016, considerato che l’assenza della procedura telematica rende comunque inefficaci le dimissioni, il datore che deduca la sussistenza di tale fattispecie estintiva, diversa dal licenziamento, potrà soddisfare il proprio onere solo dimostrando l’avvenuta ricezione via mail del modulo ai sensi della procedura di cui all’art. 26, d.lgs. 151/2015. Spetterà invece al ricorrente l’eventuale onere di provare la revoca delle dimissioni, quale fatto estintivo della fattispecie, laddove presentata entro 7 giorni dalla data di trasmissione del modulo seguendo la procedura telematica prevista *ex lege*.

Conclusa la breve digressione sul tema della prova in caso di recesso datoriale privo di forma scritta, si farà ora ingresso nel vero e proprio campo d’indagine dell’analisi proposta, a partire dalla questione della prova dell’(in)giustificatezza dei licenziamenti, esaminata nelle plurime problematiche interpretative aperte dalla “duplice riscrittura dell’art. 18”, quella del 2012 e quella del 2015 – la prima realizzata dalla l. 92/2012 con modifica della disposizione statutaria, la seconda dal d.lgs. 23/2015 con l’introduzione di un *corpus* normativo autonomo, applicabile ai rapporti costituitisi dal 7 marzo 2015, destinato a passare da regime d’eccezione a regime di regola e quindi a sostituire, appunto, l’art. 18 –, e nell’interazione con la prova della discriminatorietà, che sarà di seguito approfondita.

¹⁰³ Con riguardo anche all’impatto sugli oneri probatori della disciplina delle dimissioni introdotta dall’art. 4, commi 17-19, l. 92/2012, cfr. M. CORTI, *La tendenza espansiva della nuova reintegrazione: riflessioni su alcune pronunce ex articolo 18, comma 1, dello statuto dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 1038; M. BARBIERI, *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, 333; M.L. BUCONI, *Il licenziamento verbale prima e dopo la l. 92/2012*, in *Lav. giur.*, 2014, 945.