CAMERA CIVILE DI COMO

Aula Magna Università dell'Insubria

Como, 25 febbraio 2014

IL RITO FORNERO

di Marco Mancini

(Magistrato)

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. L'ambito di applicazione temporale - 3. L'ambito oggettivo di applicazione - 4. Disciplina, finalità e struttura del rito - 5. Obbligatorietà o facoltatività del rito, esperibilità da parte del datore di lavoro, ammissibilità domande riconvenzionali, e possibilità di "saltare" la fase sommaria - 6. "Errore" della parte sul rito e cumulo di domande assoggettate a riti diversi - 6 bis. il problema della tutela obbligatoria - 7. I rapporti tra fase sommaria e fase di opposizione: identità del giudice e regime delle preclusioni - 8. i rapporti con la tutela cautelare.

1. Premessa

Quando il Vostro Presidente, Avv Corengia, mi ha chiesto di intervenire per trattare del rito fornero sono stato assalito da un attimo di sconforto. E questo sentimento è diventato più profondo quando ho capito che ero l'unico relatore chiamato ad intervenire.

Dico questo, non perché nutra risentimento verso la validissima Avv. Corengia ma perché discutere a un anno e mezzo circa di distanza dalla entrata in vigore del rito fornero è piuttosto scoraggiante.

Tutti gli operatori giudiziari (dottrina, giurisprudenza, mondo forense) sono d'accordo sul fatto che il rito fornero ha tradito le aspettative e forse è fatto anche male.

Se l'obiettivo del legislatore era quello di introdurre un rito snello, rapido ed efficace per le liti sui licenziamenti, invece si sta rivelando un rimedio processuale nato su una grande mistificazione e non è in grado da solo di rispondere allo scopo del legislatore.

Prima del rito fornero, si diceva che il problema consisteva nell'eccessivo ritardo nella definizione delle controversie sui licenziamenti che generava elevati costi indiretti per le imprese in quanto reintegre e risarcimenti intervenivano a distanza di anni dal recesso lasciando maturare maggiori retribuzioni. Questa situazione era un disincentivo per le imprese italiane e soprattutto per quelle straniere ad investire in Italia. Ed allora ecco il rito fornero.

Sempre prima del rito fornero, lasciando stare la particolarissima situazione che esisteva qualche tempo fa alla sezione lavoro del Tribunale di Como, tutte le volte che il lavoratore proponeva un ricorso di urgenza ex art 700 cpc era il datore di lavoro che contestava il periculum. Era proprio il datore che chiedeva il processo lungo, ossia quello che gli costava di più. E i giudici fingevano, o quasi, di negare l'evidenza e cioè che in ogni licenziamento è lapalissiana l'urgenza perché il posto di lavoro non è solo strumento di reddito ma bisogno esistenziale di vita dignitosa e libera. Ed ecco allora il rito fornero.

Se il rito fornero è stato introdotto per risolvere i ritardi della giustizia italiana in materia di licenziamenti, non sono però sicuro che la celerità della giustizia si risolva semplicemente dicendo ai giudici di aumentare le udienze (e specificamente quelle per

il rito fornero) introducendo un altro rito a costo zero. Bisognerebbe anche diminuire i carichi di lavoro dei giudici ed aumentare le risorse. A meno che non si ritenga che a risorse invariate i giudici debbano produrre di più perché "fannulloni". Se così fosse allora dovreste spiegarmi la ragione della mia presenza qui e non a scrivere sentenze o ordinanze.

Per dare un senso a questo incontro, e superare lo scoraggiamento iniziale, ho quindi cercato di esaminare le rassegne giurisprudenziali sugli aspetti processuali più importanti. Ma sono rimasto ancora più scoraggiato. Le soluzioni fornite dai giudici hanno un notevole tasso di variabilità, sono diverse da Tribunale a Tribunale, tanto che la dottrina ha parlato di "*provincializzazione del rito*"[1] e i giudici di anarchia giurisprudenziale [2] (perchè "Firenze non la pensa come Milano, che a sua volta la pensa come Genova, Bologna e Palermo, ma non come Napoli, Reggio Calabria etc.").

Se siamo d'accordo che il rito fornero è fatto male, tuttavia ce lo abbiamo e dobbiamo interpretarlo.

Cercherò quindi di descrivere struttura e ambiti di applicazione del rito fornero passando in rassegna le questioni su cui si è registrata la massima divaricazione tra i vari tribunali, nel tentativo di individuare una soluzione per quanto più possibile semplice e lineare.

Con un'avvertenza fondamentale: nessuna decisione giurisprudenziale sull'argomento è immune da critiche. Occorre adottare solo quella più coerente con i principi generali di strumentalità tendenziale del processo alla decisione di merito nonché ai principi di economia e di conservazione dell'efficacia degli atti processuali.

2. L'ambito di applicazione temporale

Non c'è molto da discutere. L'orientamento giurisprudenziale unamine è nel senso che l'art.1, co 67, della legge n.92/2012 prevede che il rito fornero "*si applica alle controversie instaurate successivamente alla data di entrata in vigore della legge*" e dunque alle impugnative di licenziamenti proposte dopo il 18 luglio 2012, sia che si tratti di licenziamenti sottoposti al vecchio regime della tutela reale (ante fornero) sia a quelli assoggettati al nuovo (con una delle quattro tutele di reintegrazione piena e

[1] L'efficace definizione è di G. Pacchiana Parravicini, *Il rito Fornero: un labirinto senza uscita?*, *RIDL*, 2013, II, 289.
[2] Trib. Siena, 16 agosto 2013, est. Cammarosano.

attenuata ovvero tutela indennitaria forte e debole che avete già visto nei precedenti incontri di formazione) [3]. Diversamente, la sola normativa sostanziale contenuta nella nuova fornero si applica ai licenziamenti intimati dopo la data predetta.

3. L'ambito oggettivo di applicazione.

Anche qui c'è poco da discutere. Ai sensi dell'art.1, co 47, sono assoggettate al rito fornero "*le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art.18 della legge 20 maggio 1970, n.300, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro*".

In base al principio della prospettazione della domanda, basata su petitum e causa petendi, *il rito fornero è applicabile*:

-) a tutti i licenziamenti ritenuti illegittimi per i quali sia richiesta una delle quattro tutele previste dal nuovo art 18 (e quindi per i licenziamenti discriminatori, irrogati in violazione dei divieti di legge o illeciti o orali, indipendentemente dal requisito dimensionale; ovvero senza gc o gms o gmo se sussiste il requisito dimensionale; o collettivi [4]);

-) anche unitamente alla questione della natura subordinata del rapporto (ossia di impugnative della cessazione di un lavoro autonomo, parasubordinato o a progetto);

-) ed alle domande diverse dal licenziamento purché fondate su identici fatti costitutivi.

Al contrario, il rito fornero non è applicabile:

ai casi di *tutela obbligatoria previsti dalla legge n 608/1966;*

ai casi *di libera recedibilità* (come nel caso dei dirigenti d'azienda, al di fuori dell'ipotesi del licenziamento discriminatorio, al lavoro domestico [5]);

ai licenziamenti nelle cc.dd. imprese di tendenza cioè dai "datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto" (art.4 l. n.108/1990) nei confronti dei quali, per espressa previsione della norma appena citata, non si applica la disciplina di cui all'art.18 dello Statuto dei lavoratori;

---

[3] cfr Trib. Venezia 4 luglio 2013; Trib. Roma 21 febbraio 2013; Trib. Palermo 22 luglio 2013.
[4] Cfr per la compatibilità tra rito fornero e i licenziamenti collettivi Trib. Palermo 15 giugno 2013
[5] cfr Trib. Palermo 23 novembre 2013

alla *cessazione dei contratti a termine, collaborazioni a progetto o di somministrazione a termine o irregolare ovvero all'associazione in partecipazione. Infatti, nel caso di scadenza di tali contratti e di comunicazione della disdetta al lavoratore* non viene impugnato un licenziamento (che non è configurabile nella comunicazione della disdetta) né viene chiesta la tutela reale bensì l'*accertamento della nullità* del termine. E' fatta salva l'ipotesi che il lavoratore deduca un vero e proprio licenziamento come tale (e non la mera illegittimità del termine e della sua disdetta) e in tal caso si applica il rito fornero [6];

Qualche dubbio sulla applicabilità del rito fornero si è manifestato:

1) nel caso di domanda di reintegra nei confronti di datore di lavoro diverso da quello formale quando venga allegata dal lavoratore la sussistenza di un **centro di imputazione unitario** e la riferibilità del recesso a tutte le società che facevano capo al allo stesso datore di lavoro. Parte della giurisprudenza di merito si è pronunciata per l'inammissibilità della domanda con rito fornero [7] in quanto non sussisterebbe un vero e proprio licenziamento e l'istruttoria complessa sarebbe incompatibile incompatibile con la sommarietà del rito. Altri hanno invece ritenuto applicabile il rito fornero sia per il dato letterale (le disposizioni dai commi 48 a 68 si applicano) sia perché vi è una "questione" che inerisce la qualificazione del rapporto indipendentemente dalla complessità degli accertamenti [8]. Come tale il rito fornero, nel termine questioni, assorbe anche le domande di accertamento della natura subordinata del rapporto (si discute se con efficacia di giudicato o solo in via incidentale [9]);

2) in punto di applicabilità della legge fornero ai licenziamenti nel pubblico impiego.

Prima dell'entrata in vigore della legge fornero, si riteneva applicabile al pubblico impiego privatizzato l'art.18 dello Statuto dei lavoratori, stante:

- il rinvio generale fatto dall'art.2, comma 2, del d.lgs. n.165/2001 al codice civile e alle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa;

---

[6] Trib. Milano, ord. 15 ottobre 2012; Trib. Roma, ord. 8 novembre 2012; Trib. Reggio Calabria 27 ottobre 2013; Trib. Bologna 10 gennaio 2014; Trib. Napoli 16 dicembre 2012; Trib. Palermo 7 dicembre 2012

[7] Si vedano ad esempio Trib. Milano 6.11.2012, est.Casella; Tribunale di Roma, 31.10.2012, est. Vetritto Tribunale di Roma, 30.5.2013, est. Giovene di Girasole.

[8] Cfr Trib. Roma 9 dicembre 2013, Trib. Venezia 26 febbraio 2013;

[9] Vedi Trib. Napoli 12 settembre 2013

- il rinvio specifico contenuto nell'art.51, comma 2, stesso decreto legislativo, a mente del quale "la legge 20 marzo 1970, n.300 si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti".

Dopo l'entrata in vigore della Fornero, si è dubitato dell'applicazione dell'art 18 e dunque anche del rito fornero ai pubblici dipendenti, a causa del disposto dei commi 7 e 8 del medesimo art.1 secondo cui le disposizioni della legge fornero costituiscono principi e criteri per regolare i rapporti del pubblico impiego ma che spetta al Ministro per la p.a. e la semplificazione di definire ambiti, modi e tempi per armonizzare la disciplina relativa ai dipendenti della p.a.. Tali commi renderebbero inapplicabili sia il rito fornero che le disposizioni in tema di tutela reale.

Dinanzi a queste previsioni sono emerse due tesi interpretative.

Secondo la prima tesi , la legge fornero non ha cambiato nulla, stante il rinvio mobile che l'art. 51 del d.lgs. 165/2001 fa allo statuto dei lavoratori e dunque sia alle disposizioni sostanziali (come modificate dalla fornero) sia al rito in vigore attualmente.

La tesi opposta, invece, sul presupposto che la riforma fornero costituisce espressione di "principi" e "criteri" per la regolazione dei rapporti di lavoro pubblico, per applicarla sarebbe necessario una normativa di dettaglio per la regolazione del rapporto di lavoro pubblico. Tale tesi si fonda sul rinvio sia di tipo recettizio di cui all'art 51 citato che rende applicabili non le nuove disposizioni della legge fornero ma il vecchio art. 18 St. lav. determinandone una sopravvivenza a tempo indeterminato. Tuttavia, gli autori di tale tesi affermano che il divieto di immediata applicabilità ai pubblici dipendenti della legge fornero riguarda unicamente le disposizioni di carattere sostanziale (e tra queste, il nuovo testo dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori) ma non si estende *alle norme processuali, che devono essere applicate anche ai pubblici dipendenti* [10].

4. Disciplina, finalità e struttura del rito

L'introduzione del nuovo rito fornero è in evidente controtendenza rispetto alla scelta di riduzione e semplificazione dei riti operata l'anno prima con il d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150.

[10] Cfr Trib. Reggio Emilia 26 agosto 2013; Trib. Napoli 5 febbraio 2013; Trib. Cosenza 3 luglio 2013; Trib. Ancona 31 gennaio 2013; Trib. Venezia 31 maggio 2013

I riti dovevano essere tre (ordinario, sommario e di lavoro), oltre ai cautelari, mentre ora se ne aggiunge un'altro.

La disciplina di questo nuovo specialissimo rito (rispetto allo speciale rito del lavoro) è contenuta nei commi dal 48 al 68 dell'art. 1. Per tutto ciò che non è espressamente ivi previsto, valgono i principi generali, per cui si rinvia alle disposizioni non incompatibili del rito del lavoro e, poi, in caso di ulteriori lacune, alle norme del rito ordinario.

La finalità generale è quella di creare un rito accelerato in caso di licenziamenti illegittimi.

E' strutturato in 4 fasi, di cui una necessaria e tre eventuali: una fase sommaria e una fase di opposizione innanzi al Giudice del Lavoro, cui possono seguire il reclamo in Corte d'Appello e una fase in Cassazione.

La prima fase è innestata da un ricorso avente i requisiti prescritti dall'art 125 cpc e si propone al Tribunale in funzione di Giudice del lavoro. Depositato il ricorso, viene assegnato al ricorrente un termine per la notifica del ricorso e del decreto non inferiore a 25 gg prima dell'udienza e un termine per il resistente non inferiore a 5 gg prima dell'udienza. Sembra di capire che il convenuto ha 20 gg minimo per elaborare la difesa.

Il procedimento che si distingue dal procedimento cautelare uniforme (in quanto non c'è il periculum) è deformalizzato (nel senso che è caratterizzato dall'assenza di preclusioni assertive ed istruttorie o di decadenze, salvo l'unica che si può individuare è quella prevista dall'art. 104 att. c.p.c. per il caso di mancata intimazione dei testi)

Non è previsto che possano proporsi domande riconvenzionali o chiamare terzi in causa, possibile espressamente solo nella successiva fase di opposizione. Tuttavia, alcuni hanno sostenuto come vedremo poi in dettaglio che sarebbero comunque ammissibili.

Quanto all'istruttoria, il giudice deve procedere all'assunzione dei soli mezzi istruttori indispensabili (qui il legislatore ha richiamato solo in parte quanto previsto dall'art 669 sexies cpc, dimenticandosi una porzione della disposizione. Deve tuttavia ritenersi che i mezzi istruttori indispensabili siano quelli necessari a consentirgli la formazione di un giudizio di mera verosimiglianza circa i vizi del licenziamento denunciati dal lavoratore).

Alcuni hanno detto che si tratterebbe di un'istruttoria parziale attesa la natura celere del rito sia perchè, tenuto conto dello sdoppiamento del primo grado di giudizio in due fasi non avrebbe senso duplicare le attività istruttorie (nella fase di opposizione rispetto alla fase sommaria l'istruttoria dovrebbe essere integrale consistendo nell'assunzione di tutti i mezzi istruttori «ammissibili e rilevanti»).

Secondo altri non vi sarebbe alcuna differenza tra atti istruttori indispensabili (per la fase sommaria) e atti istruttori ammissibili e rilevanti (per la far di opposizione) e dunque si avrebbe lo stesso livello di approfondimento probatorio.

Credo che la fase istruttoria della prima fase sommaria debba essere ridotta. Tale riduzione non va intesa nel senso di selezionare minori fatti da provare ovvero nell'attenuazione dell'onere probatorio delle parti (la cui distribuzione rimane invariata). Non credo cioè che siccome ci dobbiamo sbrigare perché abbiamo i cinesi che devono investire in Italia allora l'istruttoria debba essere di un grado inferiore. Invece credo che vadano ammessi i mezzi istruttori necessari (e senza dubbio, oltre ai documenti, sono valutabili i risultati dell'interrogatorio formale o libero delle parti ovvero ancora dell'audizione di informatori o testimoni. Qualche dubbio per ctu, giuramento, ordinanza remissione Corte Cost o di Giustizia o prova delegata, querela di falso o giudizio di verificazione della scrittura (sempre che superino il vaglio di rilevanza nella formazione del giudizio). Mi sentirei di escludere la compatibilità dell'accertamento pregiudiziale sull'efficacia ex art 420 bis cpc che ha tempi incompatibili con il rito.

Il procedimento è destinato a concludersi con un'ordinanza, di accoglimento o di rigetto, munita di efficacia esecutiva, non suscettibile di sospensione o revoca sino alla definizione con sentenza dell'eventuale successivo giudizio di opposizione.

La seconda fase (eventuale) innesta il giudizio di opposizione che va proposto con ricorso entro 30 gg dalla notifica o comunicazione dell'ordinanza se pronunciata fuori udienza innanzi al medesimo ufficio giudiziario in funzione di giudice del lavoro. Il ricorso deve contenere i requisiti ex art 414 cpc ed è proposto «contro» l'ordinanza «di accoglimento o di rigetto». Ma non dovrebbero esservi dubbi sul fatto che analogo rimedio possa essere esperito contro le ordinanze che concludono la prima fase del

giudizio con una decisione in rito, non essendovi alcuna ragione perché simili provvedimenti debbano essere definitivi [11].

La fase di opposizione è caratterizzata, diversamente dalla fase sommaria, da decadenze e preclusioni come nel rito speciale del lavoro.

La fase si conclude con sentenza da depositare entro 10 gg dall'udienza di discussione. Non è prevista la lettura del dispositivo in udienza.

La terza fase (anch'essa eventuale) prevede un reclamo alla Corte d'Appello contro la sentenza emessa all'esito del giudizio di opposizione ed è tendenzialmente una fase chiusa alle novità sul piano probatorio. La Corte può sospendere (comma 60) l'efficacia della sentenza impugnata se ricorrono gravi motivi. Sul punto vorrei sottolineare che si tratta di una disciplina diversa da quella sulla sospensione della esecuzione della sentenza di primo grado di cui all'art. 431 c.p.c.

Due sono, dunque, le differenze maggiormente significative rispetto all'art. 431: si prevede la sospensione della «efficacia della sentenza» e non dell'esecuzione della stessa; inoltre, la sospensione può essere concessa, non in caso di pericolo di un grave danno alla parte soccombente in primo grado, bensì in presenza di «gravi motivi».

Quindi, in primo luogo, nel rito fornero, non è necessario che sia iniziata l'esecuzione della sentenza. E dunque anche le sentenze di condanna alla reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato possono essere oggetto di sospensione, indipendentemente dalla esecuzione.

In secondo luogo, essendo sufficiente l'esistenza di gravi motivi, la sospensione può essere concessa pur in difetto del rischio di un grave danno, potendo i gravi motivi consistere anche nell'apparente fondatezza dell'impugnazione.

La quarta fase (pure eventuale) prevede che la sentenza emessa dalla Corte D'Appello sia ricorribile per Cassazione entro 60 gg.

5. Obbligatorietà o facoltatività del rito, esperibilità da parte del datore di lavoro, ammissibilità domande riconvenzionali, e possibilità di "saltare" la fase sommaria.

[11] Contra vedi Trib Napoli 2 gennaio 2013 la quale afferma che è inammissibile l'opposizione sull'ordinanza che dispone il mutamento del rito in quanto la fase di opposizione può essere innestata soltanto contro l'ordinanza di accoglimento o di rigetto della domanda.

5.1. **Sulla *obbligatorietà o facoltatività del rito***, l'Italia è spaccata in due anzi in tre. Dovrebbero registrarsi due orientamenti (e cioè uno per l'obbligatorietà e uno per la facoltatività) ma invece clamorosamente se ne registrano tre. Inoltre, nello stesso tribunale ci sono spaccature e e divisioni tra i vari giudici.

Il primo orientamento, decisamente maggioritario nella giurisprudenza ed autorevolmente sostenuto in dottrina [12], afferma l'obbligatorietà del ricorso al rito speciale in presenza di domande che abbiano ad oggetto l'impugnativa del licenziamento nei casi previsti dall'art. 18 St. lav.. Gli autori di questa tesi affermano che l'obbligatorietà derivi:

-) dal tenore letterale della norma (le disposizioni dei commi dal 48 al 68 si applicano o la domanda si propone con);

-) dalla *ratio* e dalla finalità del rito che è diretto ad assicurare la celerità del giudizio per far ottenere in poco tempo una decisione stabile nell'interesse di entrambe le parti oltre che nell'interesse generale; il rito fornero è diverso dall'art 28 Stat lav sia per finalità che per natura in quanto il 28 costituisce uno strumento aggiuntivo rispetto a quello ordinario ex art 414 cpc ed è riservato soltanto al sindacato[13] mentre il fornero è previsto per le esigenze di entrambe le parti.

Il secondo orientamento è sostenuto dal solo Tribunale di Firenze che aderisce alla tesi della facoltatività (peraltro autorevolmente suffragata in dottrina[14]). Tale orientamento motiva la scelta sul fatto che:

-) il rito fornero sia assimilabile strutturalmente al ricorso ex art. 28 St. lav. che è facoltativo[15];

-) se il rito fosse obbligatorio si moltiplicherebbero i processi. Infatti, non essendo possibile proporre con il rito fornero domande diverse da quelle di impugnativa del

---

[12] Cfr Trib. Roma 28 nov 2012. Anche la dottrina sembra propendere per la tesi dell'obbligatorietà. Cfr. F.M. Giorgi. La Riforma del Mercato del Lavoro – Aspetti sostanziali e processuali, Napoli, 2013, 302 ss.; F.P. Luiso, op. cit., 63 ss.; L. De Angelis, Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni, cit., 11; P. Curzio, Il nuovo rito per i licenziamenti, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 158/2012, 16. In senso contrario, v. G. Verde, Note sul processo, cit., 301 ss.

[13] Cfr. per tutte Cass., S.U., 16 gennaio 1987, n. 309.

[14] Si veda G. Verde, *Note sul processo nelle controversie in seguito ai licenziamenti regolati dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, *RDP*, 2013, 301 ss.

[15] Cfr. Cass. 26 gennaio 1982, n. 515, in Foro it., 1982, I, 1043. Infatti, ad una prima fase sommaria può seguire una cognizione piena articolata in due gradi di merito e in uno di legittimità. Inoltre, anche nel nuovo rito l'istruttoria della prima fase è sommaria e l'efficacia esecutiva del provvedimento conclusivo del procedimento sommario non può essere revocata fino alla sentenza con cui viene definito il giudizio di opposizione. Tali similitudini consentono di risolvere alcuni dubbi interpretativi quali quello relativo alla stabilità dell'ordinanza sommaria e quello della possibile coincidenza tra il giudice (persona fisica) che ha emesso l'ordinanza stessa e quello dell'opposizione.

licenziamento, si finirebbe con l'obbligare la parte che abbia più ragioni di tutela giudiziale a proporre una domanda con il rito fornero (quella del licenziamento) e le altre con il rito ordinario.

Il terzo orientamento ibrido, nel tentativo di ridisegnare i confini tra obbligatorietà e facoltatività, ha creato la categoria della "obbligatorietà specifica"[16]. Sostiene che l'obbligatorietà del ricorso al rito speciale andrebbe limitata alle controversie che abbiano ad oggetto solo ed esclusivamente l'impugnazione del licenziamento (c.d. "Fornero in purezza" come ribattezzato dal collega Fabrizio Amendola) e invece l'obbligatorietà andrebbe esclusa in caso di cumulo di domande (l'impugnativa del licenziamento e differenze retributive). In effetti, se questa tesi fosse accolta, verrebbero risolti molti problemi che si sono posti in giurisprudenza e che andremo ad affrontare in tema di cumulo di domande ed "errore" sul rito.

5.2. Sulla questione della ***esperibilità del rito fornero da parte del datore di lavoro*** in dottrina e nelle prime applicazioni in giurisprudenza si sono manifestati due diverse indicazioni interpretative:

-) il primo orientamento, che sembra maggioritario, prevede l'obbligo anche per il datore di lavoro di ricorrere al rito speciale per far accertare la legittimità del licenziamento in prevenzione[17]. Tale orientamento è basato sul fatto che le finalità accelleratorie della tutela e di certezza nei rapporti di lavoro valgono per entrambe le parti [18].

-) altro orientamento invece ritiene inammissibile il rito fornero per il datore di lavoro sia perché non si verte in ipotesi di "impugnativa" di licenziamento prevista dal

---

[16] M. D'Oriano, *Obbligatorietà o facoltatività del rito*, relazione presentata all'incontro di studi "Giudici del lavoro oggi", Capri, 12 ottobre 2013.

[17] V. Casola, *Prime applicazioni giurisprudenziali della legge di riforma del mercato del lavoro*, cit., 507-508.

[18] V. Trib. Genova, ord. 9 gennaio 2013, cit. V. anche Trib. Reggio Calabria, ord. 6 febbraio 2013, in *Lav. giur.*, 2013, 373, con commento di A. Piccinini, *Richiesta di accertamento della legittimità del licenziamento ex rito Fornero da parte del datore di lavoro*.

47° comma[19] sia perché non si ravvisa un interesse ad agire del datore di lavoro a [20] sia per le conseguenze ingiuste per il lavoratore [21].

Si tratta di questioni nuovissime e di particolare importanza, tanto che proprio la settimana scorsa la sesta sezione della Cassazione ha interessato le Sezioni Unite per risolverle. L'occasione è data dal licenziamento del "famoso" comandante Schettino avvenuto il 19.7.2012 (un giorno dopo l'entrata in vigore della fornero) conseguente al naufragio della Costa Concordia nelle acque dell'isola del Giglio.

Prima di illustrarvi gli argomenti posti a fondamento dei due orientamenti, vi racconto brevemente cosa è successo.

Dopo il licenziamento del comandante, la Costa Crociere ha chiesto al tribunale di Genova (foro del luogo del Porto di iscrizione della nave) con il rito fornero di accertare in prevenzione la legittimità del licenziamento intimato per giusta causa. Lo Schettino, oltre a eccepire la carenza di interesse ad agire del datore, ha sostenuto l'inutilizzabilità del rito e l'incompetenza per territorio in favore di quello di Torre Annunziata (foro del luogo ove lo schettino aveva ricevuto la lettera di licenziamento) ed ha proposto domanda riconvenzionale condizionale e subordinata per accertare l'illegittimità del licenziamento. Per non farsi mancare niente, per motivi cautelativi la Costa Crociere ha pure presentato un altro ricorso ex art 414 cpc di contenuto identico al rito fornero. Il tribunale di Genova ha ritenuto ammissibile l'azione in prevenzione del datore con il rito fornero e ammissibile la domanda riconvenzionale.

Con ricorso proposto qualche giorno dopo il Comandante ha azionato il rito fornero innanzi al Tribunale di Torre Annunziata per far accertare l'illegittimità del

---

[19] In tal senso, v. P. Sordi, *op. cit.*, 273 s.

[20] Cfr. le acute argomentazioni di A. Piccinini, Richiesta di accertamento, cit., 376 ss., il quale osserva che: - a seguito dell'introduzione del duplice termine di decadenza per l'impugnativa del licenziamento (v. l. 183/2010), sono venute meno le motivazioni che giustificavano l'interesse ad agire del datore di lavoro; - a differenza dell'art. 28 St. lav., nel caso del rito Fornero non vi era alcuna ragione di specificare quale fosse il soggetto legittimato, in quanto la lettera del 47° comma si riferisce chiaramente al solo lavoratore, prevedendo la sola "impugnativa del licenziamento"; - la domanda del datore (rectius, l'ordinanza di accoglimento della domanda di accertamento) non potrebbe avere efficacia esecutiva e, quindi, il comma 49° non si riferisce a questa ipotesi; - la domanda del datore di lavoro non avrebbe neanche ad oggetto l'applicazione dell'art. 18 St. lav.

[21] Osserva ancora A. Piccinini, *Richiesta di accertamento*, cit., 379 ss., che il vero vantaggio perseguito dal datore di lavoro nel proporre la domanda di accertamento della legittimità del proprio recesso, giocando d'anticipo rispetto alla eventuale iniziativa del lavoratore, consisterebbe nella scelta del giudice territorialmente competente, «laddove il lavoratore sia adibito ad una filiale che ha sede diversa da quella della società». Anche per questo motivo, secondo l'a., l'ammissibilità dell'azione dal lato datoriale dovrebbe essere esclusa, come confermato dal confronto con la disciplina del novellato art. 7 l. 604/1966, che, nel prevedere la necessità che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo sia preceduto dalla comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla Direzione territoriale del lavoro «*del luogo dove il lavoratore presta la sua opera*», introduce un criterio di competenza territoriale esclusivo (v. la circolare ministeriale n. 3/2013), diversamente dall'art. 413 c.p.c., proprio in relazione all'ipotesi che l'iniziativa sia assunta dal datore di lavoro.

licenziamento. La Costa crociere ha eccepito la litispendenza o continenza con il giudizio pendente a Genova in quanto anteriormente proposto. Il tribunale di Torre annunziata ha ritenuto sussistere una situazione di litispendenza o continenza ex art 39 cpc e cancellata la causa dal ruolo. A fronte della decisione del tribunale di Torre Annunziata, lo Schettino ha proposto regolamento di competenza in Cassazione impugnando l'ordinanza di litispendenza e la questione è stata rimessa alle sezioni unite (Cassazione ord. n. 3838 del 18 febbraio 2014).

Come risolvere il caso ce lo dirà la Cassazione. Intanto un'idea possiamo farcela vedendo cosa sostengono i due orientamenti di cui ho accennato.

Il primo orientamento, che ritiene obbligatorio il rito anche per il datore di lavoro, ha sostenuto che:

-) in passato è stata sempre ritenuta ammissibile l'azione di accertamento in prevenzione proposta dal datore di lavoro essendovi continenza tra questa domanda e quella di impugnativa del lavoratore (Cass n 7096/2012);

-) non vi sono ostacoli letterali in quanto le disposizioni dei commi 48 - 68 si applicano senza alcuna specificazione del soggetto legittimato ad agire e non è deridente il fatto che la legge dica che il rito è fruibile per le "controversie in tema di impugnativa del licenziamento nelle ipotesi dell'art 18" poiché non è che il lavoratore impugna il licenziamento ma chiede di accertare in negativo la sua legittimità mentre il datore chiede un accertamento positivo della legittimità;

-) vale il dato finalistico della legge in quanto il rito fornero non serve solo a reintegrare il lavoratore ma serve per le esigenze anche del datore di lavoro;

-) il rito fornero è posto nell'interesse di entrambe le parti per accelerare la definizione del contenzioso sui licenziamenti;

-) l'efficacia esecutiva dell'ordinanza vale anche per l'ordinanza di rigetto del ricorso del lavoratore e vale dunque non ai fini della reintegra ma della certezza del rapporto di lavoro e della sua cessazione;

Il secondo orientamento, che ha sostenuto l'inammissibilità del rito per il datore di lavoro sostiene che:

-) il datore di lavoro non ha interesse ad agire in quanto è soddisfatto dal decorso del doppio termine di decadenza di 60 gg + 180 che assicura gli effetti di certezza sul licenziamento;

-) il rito fornero riguarda le controversie in tema di impugnativa del licenziamento nelle ipotesi dell'art 18 e dunque le controversie per la reintegrazione e risarcimento danno ma non anche quella di accertamento della legittimità del licenziamento che non è impugnativa;

-) se si ammettesse il rito fornero anche per il datore di lavoro si allargherebbe l'ambito di applicazione del rito fornero. Se si ammettesse la domanda in prevenzione del datore, dovrebbe ammettersi nel rito fornero anche la domanda riconvenzionale del lavoratore ma tale opzione non è prevista dalla legge;

-) la fase sommaria deve chiudersi con un'ordinanza esecutiva e l'ordinanza dichiarativa della legittimità del licenziamento non pare che possa averne;

-) ove il giudice adito in prevenzione dal datore dovesse ritenere inammissibile il rito fornero e conseguentemente ritenere inammissibile la riconvenzionale del lavoratore, vi è il rischio che il lavoratore incorra nella decadenza.

Se guardiamo bene entrambe le opinioni sono entrambe sostenibili e fondate su ragionevoli elementi. Ma si è criticata la tesi maggioritaria (che ritiene obbligatorio anche per il datore di lavoro il rito fornero) per alcuni problemi.

Prima di tutto, è difficile riconoscere l'accesso al rito speciale al datore di lavoro: non tanto perché la sua azione non è mai di impugnativa di licenziamento quanto perché oggi l'interesse concreto del datore di lavoro non è quello di anticipare il giudizio ma quello alla celerità del giudizio che è presidiato dal doppio termine di decadenza imposto al lavoratore.

Poi, si rileva che:

-) se si lascia al datore di lavoro di giocare di anticipo rispetto al lavoratore, questo potrebbe essere chiamato nell'immediato di fronte ad un giudice molto distante dalla sua sede di lavoro, quando, soprattutto nelle gradi imprese, il lavoratore sia adibito ad una filiale molto lontana dalla sede centrale (ed in un caso lontana dal proprio luogo di lavoro oltre 600 km[22]);

-) se si consente al datore di anticipare il lavoratore, si rischia di pregiudicare il lavoratore esposto alla inammissibilità della domanda riconvenzionale di impugnativa del licenziamento. Infatti, la giurisprudenza è divisa sulla possibilità di ammettere che il

[22] Trib. Catanzaro, 25 settembre 2013, est. Murgida.

lavoratore convenuto possa spiegare la domanda di reintegra già in fase sommaria (ma sarebbe ammissibile perché fondata sui medesimi fatti costitutivi).

5.3 Quanto ***all'ammissibilità della domanda riconvenzionale***, si sono posti all'attenzione i seguenti casi:

-) oltre a quello già visto di riconvenzionale del lavoratore in caso di accertamento in prevenzione della legittimità del licenziamento da parte del datore di lavoro;

-) il caso della domanda di risarcimento del danno conseguente a licenziamento, anche ingiurioso, o dei danni da malattia o infortunio professionale in caso di licenziamento per supero del comporto o per inidoneità del lavoratore;

-) oppure la domanda di differenze retributive derivanti dal licenziamento (indennità di preavviso);

-) i danni chiesti dal datore di lavoro conseguenti ad licenziamento per grave inadempimento (ad es. danneggiamento).

Una prima opinione è nel senso della inammissibilità di domande riconvenzionali e chiamate di terzo nella fase sommaria in quanto incompatibili con le esigenze di celerità che contraddistinguono la fase sommaria e comunque perché i commi 51 e 56 dell'art. 1 l. n. 92 del 2012 la contemplano soltanto nella fase di opposizione, sicché, ove indebitamente proposte in tale fase, andranno dichiarate inammissibili [23].

Altra impostazione invece ritiene che le domande riconvenzionali possano essere ammesse a tutela del principio di economia processuale e di parità di trattamento e prima ancora con la previsione della legge fornero della possibilità di proporre domande diverse, se fondate sugli identici fatti costitutivi. Negare la proponibilità di domande riconvenzioni significherebbe obbligare il datore di lavoro a fare opposizione (perché in quella fase questo genere di riconvenzionale è ammissibile). Non solo, ma il datore dovrebbe subire una condanna esecutiva per somme che magari non dovrebbe pagare perché da compensare.

Piccola apertura è manifestata dal Trib. Venezia 12 dicembre 2012, secondo cui sembra preferibile separare la domanda mutando il rito, «a meno che il fatto materiale non sia identico (es. restituzione della cosa sottratta in occasione del licenziamento)». C'è molto buon senso nella proposta del Tribunale veneziano e un indubbio vantaggio sul piano dell'esigenza di evitare spreco di attività giurisdizionale.

---

[23] Trib. Palermo, 10 giugno 2013, est. Cavallaro,

5.4 Parzialmente collegata alla questione della obbligatorietà del rito è quella del cd ***rito per saltum*** e cioè della possibilità che le parti decidano congiuntamente di "saltare" la fase sommaria e di instaurare direttamente la fase a cognizione piena.

Un primo orientamento, sul presupposto della obbligatorietà del rito, ritiene ammissibile un'istanza congiunta delle parti volta a "saltare" la fase sommaria per accedere direttamente a quella successiva di opposizione, non ritenendo sussistere in caso di accordo tra le parti alcun contrasto con i principi processualistici né con la legge fornero [24].

Altro orientamento muove alcune critiche. *La prima obiezione si fonda sul dato letterale* e fa leva sul comma 51 dell'art. 1 che impedisce alle parti di disporre ad libitum del rito (l'opposizione è prevista infatti solo "contro l'ordinanza di accoglimento o di rigetto")[25]. Inoltre, *sul piano logico-sistematico,* si rileva che se il nuovo rito risponde anche a finalità pubblicistiche[26] di celerità della cause non è possibile lasciare tale obiettivo all'accordo delle parti [27]. Pertanto, non si può attribuire alle parti alcun potere di "saltare" la fase sommaria.

Comunque, la giurisprudenza ha al momento escluso la possibilità di "saltare" la fase di opposizione e di ricorrere direttamente in appello avverso l'ordinanza conclusiva della fase sommaria: perché verrebbe violato il principio di tipicità delle impugnazioni espresso in forma generale dall'art. 323 c.p.c.[28].

6."Errore" della parte sul rito, proposizione di domande diverse dall'impugnative di licenziamento e cumulo di domande assoggettate a riti diversi

Si tratta di vedere cosa può accadere in questi casi.

---

[24] V. Trib. Roma, ord. 28 novembre 2012.«ritenere che, nonostante l'anticipata manifestazione dell'intento delle parti di attivare il giudizio a cognizione piena, esse debbano essere costrette in ogni caso a percorrere comunque la strada del previo esperimento della fase sommaria, con conseguente allungamento dei tempi necessari per pervenire a quella decisione resa all'esito di un giudizio a cognizione piena cui le parti hanno chiaramente affermato di aspirare comunque», confligge «con lo scopo perseguito dal legislatore del 2012». Nello stesso senso, v. Trib. Piacenza, ord. 16 gennaio 2013.

[25] Dalfino, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 68.

[26] D. Buoncristiani, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, *RIDL*, 2013, I, 359.

[27] Così App. Ancona, 29 agosto 2013, est. Cetro.

[28] *Ibid.*

Quanto al primo gruppo, mi riferisco a quelli in cui venga sbagliato rito e cioè se il ricorso contro un licenziamento non è intestato con rito fornero bensì proposto col rito ordinario allora il giudice lo tratta direttamente con il rito fornero.

Quanto al secondo gruppo, si tratta di quei casi in cui vengano proposte col rito fornero domande non rientranti nel campo di applicazione del fornero, ossia domande diverse dal licenziamento o diverse da quelle relative alla qualificazione del rapporto o fondate su diversi fatti costituivi (ad es domande di pagamento di differenze retributive per straordinari o maggiorazioni varie o mansioni superiori, pagamento CIGS o contributi, domande risarcitorie, nullità termine nei contratti a termine o impugnative di nullità del contratto di somministrazione o di collaborazione a progetto ove si chiede la conversione del rapporto e non la tutela reale). Lascio fuori per ora, per trattarla dopo, la questione della tutela obbligatoria.

Quanto al terzo gruppo, mi riferisco alle ipotesi di cumulo di più domanda assoggettate a rito fornero (e cioè l'impugnativa del licenziamento) e a rito ordinario (e cioè domande di differenze retributive fondate su fatti diversi dal licenziamento[29], domande risarcitorie che non trovino causa diretta nel licenziamento, come ad es. la domanda di risarcimento del danno differenziale causato da un infortunio sul lavoro).

In tutti questi casi, il dissidio tra le soluzioni regna sovrano.

Gli orientamenti manifestatisi nei vari tribunali sono diversissimi ma principalmente sono i seguenti.

Il primo (seguito da una parte della giurisprudenza[30]) sostiene che in tali casi va dichiarata la inammissibilità o improponibilità della domanda perché

-) l' art. 1, 48° co. stabilisce che "con il ricorso non possono essere *proposte* domande diverse da quelle di cui all' art. 47» salvo che vi siano fatti costitutivi identici ;

---

[29] Cfr. Trib. Milano, ord. 1° ottobre 2012; ord. 31 ottobre 2012; ord. 22 ottobre 2012; ord. 2 ottobre 2012 qui il fatto costitutivo è costituito dall'effettiva prestazione lavorativa e/o da peculiari modalità di essa che possano mettere capo a pretese retributive ulteriori rispetto a quelle riconosciute da parte datoriale. In dottrina, v., invece, M. De Cristofaro-G. Gioia, *op. cit.*, 346; G. Benassi, *La Riforma*, cit., 752. Nel senso che possa cumularsi l'impugnativa del licenziamento con qualsiasi altra domanda utilizzando le forme del rito "ordinario" del lavoro, valendo l'obbligatorietà del rito Fornero soltanto per le controversie aventi ad oggetto la sola impugnativa nelle ipotesi regolate dall'art. 18 St. lav., v. M. De Luca, *op. cit.*, 346. In senso critico rispetto a quest'ultima posizione, v. L. De Angelis, *Il processo dei licenziamenti*, cit., 107, il quale fa rilevare giustamente che la conseguenza di simile impostazione sarebbe che «chi prima si attivi imporrebbe alla controparte il rito, e, in particolare, il datore di lavoro potrebbe in tal modo non consentire al lavoratore di avvalersi del rito speciale e della corsia preferenziale». Cfr. Trib. Roma, ord. 28 novembre 2012, cit. Secondo Trib. Milano, ord. 31 ottobre 2012, dovrebbe essere esclusa anche la domanda di pagamento del trattamento di fine rapporto.

[30] Cfr. Trib. Napoli 16 ottobre 2012; Trib. Napoli 12 settembre 2013; Trib. Palermo 15.10.2012 e Trib. Palermo 22 luglio 2013

-) si evitano escamotage fraudolenti quando il rito fornero venga utilizzato per avvalersi della corsia privilegiata;

-) il rito fornero non prevede mutamento del rito o separazione delle cause nella fase sommaria;

-) sono inapplicabili in via analogica sia gli art. 426 e 427 c.p.c. sia l'art. 4 d.leg. n. 150/2011, sia l'art 702 tre perché «i primi disciplinano i rapporti tra rito lavoro e rito ordinario, l'altro è strettamente legato alla triplicità dei riti contemplati dal citato decreto legislativo cioè rito ordinario, del lavoro e rito sommario di cognizione».

Il secondo invece dispone il mutamento del rito per la domanda assoggettata al rito ordinario previa separazione delle domande, seppur sia prevista dalla legge fornero soltanto in sede di opposizione (art. 1, 56° comma, l. n. 92, che espressamente prevede il provvedimento di separazione soltanto nel giudizio di opposizione) [31]. Tale orientamento si basa:

-) sul principio generale per cui il processo di cognizione deve concludersi con una pronuncia di merito, essendo eccezionali le ipotesi in cui esso si concluda con una pronuncia in rito. E nel rito fornero non c'è alcuna deroga a tale principio;

-) le disposizioni degli art. 426 e 427 c.p.c. e 4 d.leg. 150/2011 esprimono un principio generale di conservazione degli atti per cui il giudice, riscontrato l'errore sul rito, ne dispone il mutamento dando disposizioni per la prosecuzione del giudizio nelle forme corrette, fermi gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta con il rito sbagliato.

Ed allora le soluzioni che sono state prospettate nei diversi gruppi di casi sono le seguenti:

1) se il rito è sbagliato: quando il lavoratore impugna il licenziamento con rito ordinario, invocando la tutela ex art. 18 St. lav., allora il giudice lo qualifica come rito

[31] Cfr. Trib. Napoli, ord. 16 ottobre 2012, cit.; Trib. Taranto, 30 novembre 2012, in *Foro it.*, 2013, I, 673, che, a fronte di domanda di pagamento per differenze retributive basata in parte su fatti costitutivi diversi da quelli posti a fondamento della domanda di reintegrazione nel posto di lavoro, ha disposto la separazione delle cause, con fissazione dell'udienza di discussione ex art. 420 cod. proc. civ. e assegnazione alle parti di termini perentori per l'eventuale integrazione degli atti. V., inoltre, Trib. Roma, ord. 28 novembre 2012, cit., che, però, riguardava una controversia promossa ex art. 414 ss. c.p.c., nella quale, esclusa la possibilità di far ricorso all'art. 40 cod. proc. civ., riferendosi la norma ai soli casi di connessione qualificata ex art. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c., è stata disposta, alla prima udienza, la separazione delle più cause con prosecuzione della impugnativa del licenziamento (e delle sole altre domande ad essa cumulabili e, nella specie, cumulate) con le forme del rito Fornero.

fornero e potrà direttamente fissare l'udienza fornero e se anche gli fosse sfuggita la vera natura della causa potrà sempre disporre il mutamento del rito anche d'ufficio [32];

2) se il lavoratore propone con il rito fornero soltanto una domanda diversa dal licenziamento allora il giudice fissa direttamente l'udienza ex art 420 cpc e lo tratta come ricorso ordinario oppure disporrà il mutamento del rito;

3) nel caso di cumulo di più domande (ad es impugna il licenziamento secondo il rito Fornero, unitamente alla domanda di pagamento di differenze retributive non corrisposte o all'inquadramento in mansioni superiori) si deve tenere presente la regola prevista dal rito fornero: « non possono essere proposte domande diverse dalla impugnativa dei licenziamenti, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi" (e cioè la sussistenza del precorso rapporto di lavoro e la sua risoluzione per effetto del licenziamento). Mentre è pacifico che POSSANO essere attratte al nuovo rito le domande di indennità sostituiva del preavviso da avanzare in via subordinata in caso di conversione da licenziamento per giusta causa in licenziamento per giustificato motivo. Invece è discusso se possano essere attratte al nuovo rito le domande risarcitorie anche trovino causa diretta nel licenziamento (ad es danno morale conseguente a licenziamento se ingiurioso ovvero danno da mobbing conseguente a malattia che aveva generato il licenziamento per superamento del periodo di comporto; danno da attività concorrenziale conseguente a licenziamento disciplinare). Si ritiene infatti che in tali casi le domande non siano fondate su identici fatti costitutivi. Pertanto, il giudice o dichiara inammissibile la domanda o dispone il mutamento al rito "ordinario" del lavoro, previa separazione delle domande diverse, ferma la continuazione del procedimento sull'impugnativa del licenziamento nelle forme del rito speciale [33].

Mi pare che per i casi di errore sul rito e di proposizione soltanto di domande diverse dal licenziamento sia accoglibile l'orientamento che prevede il mutamento del rito per il principio di conservazione degli atti e per un principio di effettività della tutela giurisdizionale.

---

[32] In relazione a questa ipotesi, nel senso che il giudice non debba disporre il mutamento di rito, ma la mera conversione dell'atto introduttivo ex art. 414 ss. c.p.c. in ricorso ex art. 1, 48° comma ss., l. 92/2012, cfr Trib. Roma 14 marzo 2013. Vedi anche F.M. Giorgi, *Le questioni di rito nel nuovo processo per l'impugnazione dei licenziamenti*, in www.judicium.it secondo cui nelle ipotesi di errore nell'individuazione del rito, appare «più congruo e spedito», oltre che più semplice, «ipotizzare che il giudice si possa limitare ad una mera opera di riqualificazione della domanda», fissando l'udienza «secondo le cadenze più incalzanti del rito speciale», attraverso un «mero fenomeno di conversione formale dell'atto».

[33] Nel senso della inammissibilità delle domande cumulate (riconvenzionali) nella fase sommaria, anche se fondate su identici fatti costitutivi, v. Trib. Taranto, ord. 30 novembre 2012, in *Foro it.*, 2013, I, 685, con nota di S. Calvigioni.

Nel caso di cumulo di domande, all'orientamento maggioritario del mutamento del rito è stata formulata qualche critica. Il mutamento del rito vale per quelle controversie che, dovendo essere instaurate con una certa forma (ricorso o citazione) vengano proposte con una forma diversa da quella prevista dalla legge (sono i casi previsti rispettivamente dagli artt. 426 e 427 c.p.c. e, più recentemente, dall'art. 702-*ter*, comma 3°, c.p.c.). Nel caso del rito fornero, invece, non vi è un problema di diversità di forme (ricorso o citazione), perché l'atto introduttivo del fornero si fa con ricorso e mai con un a citazione. Ed inoltre, secondo la giurisprudenza di legittimità, il giudice è vincolato ai fini del rito alla prospettazione contenuta nell'atto introduttivo, salvo che "risulti in modo evidente pretestuosa ed artificiosamente allegata proprio al fine di operare una non consentita scelta del rito e del giudice"[34]. Quindi se è la parte che sceglie il rito e se sbaglia e propone il ricorso ordinario anziché il fornero e viceversa, allora ove il giudice mutasse il rito si violerebbe il principio della prospettazione

6. bis il problema della tutela obbligatoria.

Rimane da discutere della soluzione da dare al caso in cui il lavoratore chieda la sola tutela obbligatoria ovvero quando sia chiesta tutela reale ma poi nel merito non sussistendo il requisito dimensionale non sussista altro che la tutela obbligatoria ovvero sia chiesta la tutela reale in via principale e in via subordinata sia chiesta la tutela obbligatoria.

Anche qui la matassa si è gravemente ingarbugliata. La giurisprudenza di merito ha preso le vie più disparate e ne ho individuate tre.

La prima (sostenuta dai Tribunali di Firenze, Monza e Roma[35]) ritiene che debba essere emessa ordinanza di improponibilità o inammissibilità tout court, anche perché è impregiudicata la tutela obbligatoria con il rito ordinario.

---

[34] Cfr. in termini Cass., 26 maggio 1997, n. 4662. Nello stesso senso, più recentemente, Cass., 23 maggio 2012, n. 8189 (ord.). Cass., 24 giugno 1897, che fissò il principio nel dirimere l'analoga questione concernente il criterio di riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo.

[35] Cfr. rispettivamente *Decisioni prese dalla Sezione lavoro del Tribunale di Firenze in ordine al c.d. rito Fornero*, cit., 1111; Trib. Monza, 30 ottobre 2012, pres. Nardo, *RIDL*, 2012, II, 1114 (si tratta anche in questo caso di "direttive interpretative emerse tra giudici dell'ufficio lavoro di Monza"); Trib. Roma, 4 febbraio 2013, est. Casola, cit. in Casola, *Prime applicazioni giurisprudenziali della legge di riforma del mercato del lavoro*, cit., 534-535; anche Trib. Roma 21 febbraio 2013

La seconda (sostenuta dal Tribunale di Bari) sostiene che, invece di (o accanto a) una pronuncia d'inammissibilità il giudice debba disporre il mutamento del rito, previa separazione delle domande [36].

La terza (sostenuta dal Tribunale di Palermo e Napoli) provvede nel merito, rigettando la tutela reale e se richiesta applicando la tutela obbligatoria [37]. I fautori di questo ultimo orientamento muovono dal fatto che la tutela obbligatoria:

-) pur essendo una domanda diversa da quella di tutela reale sotto il profilo del petitum, tuttavia è fondata sui medesimi fatti costitutivi (e cioè sulla esistenza del rapporto di lavoro e sul recesso ingiustificato);

-) la tutela reale può essere proposta in via subordinata ed anche in sede di conclusioni rispetto a quest'ultima;

-) sarebbe assurdo e oltremodo defatigante che, dopo l'istruttoria, debba essere mutato il rito ed effettuato un nuovo giudizio sui presupposti sostanziali del licenziamento ai fini della tutela obbligatoria.

-) benché si tratti di una soluzione che rischia di trascinare nel rito speciale di controversie che non portano all'applicazione dell'art. 18 St. lav., tuttavia agevola la soluzione nel merito delle pretese, così soddisfacendo la funzione strumentale del processo (rispetto alla tutela delle posizioni giuridiche sostanziali);

-) evita il rischio della decadenza dalla tutela obbligatoria del lavoratore. Infatti, l'inammissibilità della domanda può comportare il rischio per il lavoratore di trovarsi preclusa la strada della tutela obbligatoria (almeno stando a quella giurisprudenza per cui il pur tempestivo esercizio dell'azione giudiziaria non varrebbe a sottrarre il diritto alla decadenza se il giudizio si estingua con pronuncia in rito[38]. Tuttavia, secondo altro orientamento di legittimità la improponibilità della domanda lascia salvi gli effetti sostanziali già prodottisi (Cass n 23017/2012). Quindi, o il lavoratore è ancora in tempo per il ricorso alla tutela obbligatoria, sempre che la pronuncia d'inammissibilità intervenga entro il termine per l'impugnazione giudiziale del licenziamento di cui all'art. 6, comma 2°, l. n. 604/1966; oppure se sono già decorsi tali termini, il lavoratore non avrà altra strada che l'opposizione all'ordinanza fornero, altrimenti sarebbe frustrata la tutela ex art 24 Cost.;

---

[36] Cfr Trib Bari 19 giugno 2013
[37] Cfr Trib Napoli 12 settembre 2013
[38] Si vedano rispettivamente Cass., 18 gennaio 2007, n. 1090, e Cass., S.U., 30 luglio 2008, n. 20604.

-) evita la moltiplicazione dei giudizi. Immaginate infatti che il lavoratore sia soccombente in ordine alla domanda principale di tutela reale (per difetto del requisito dimensionale). Si troverà costretto a fare un giudizio di opposizione al fornero (per sostenere che il requisito dimensionale c'era e che o non si doveva mutare rito o non si doveva dichiarare inammissibile la domanda) e, contemporaneamente, dovrà proporre un giudizio ordinario per ottenere la tutela obbligatoria ex lege 604/1966.

7. I rapporti tra fase sommaria e fase di opposizione: identità del giudice e operatività delle preclusioni.

Nei rapporti tra fase sommaria e fase di opposizione le questioni più rilevanti concernono:

-) l'individuazione del giudice competente a conoscere l'opposizione, se cioè possa (o perfino debba) essere la stessa persona fisica che ha deciso del sommario o possa (o perfino debba) essere differente;

-) la operatività delle preclusioni nell'opposizione rispetto alla fase sommaria: segnatamente, se e in che limiti possa ammettersi che fatti, prove ed eccezioni non introdotte in fase sommaria possano essere per la prima volta proposte in fase di opposizione;

-) opposizioni incidentali;

-) questioni di rito;

Ed ancora una volta il dissidio regna sovrano.

Quanto alla prima questione della incompatibilità del giudice del sommario a decidere dell'opposizione, alcuni tribunali hanno stabilito che quest'ultima debba essere trattata da un giudice diverso, mentre altri hanno disposto che debba essere lo stesso giudice, rigettando le istanze di ricusazione presentate ex art. 51, n. 4, c.p.c.[39].

[39] V. Casola, *Prime applicazioni giurisprudenziali della legge di riforma del mercato del lavoro*, cit., 543-544; Sordi, *Il nuovo rito per le controversie in materia di licenziamenti*, cit., 1156-1157. Una menzione a parte merita il Tribunale di Milano, l'unico, per quanto consta, che è riuscito a sposare entrambe le tesi, una volta rigettando e un'altra volta accogliendo l'istanza di ricusazione proposta contro il giudice designato per la trattazione dell'opposizione (che in entrambi i casi era lo stesso che aveva trattato la fase sommaria): cfr. Trib. Milano, 4 aprile 2013, est. Bichi, e Trib. Milano, 22 luglio 2013, est. Riva Crugnola. Di recente Trib. Milano 6 febbraio 2014. Si veda anche la recente ordinanza del Tribunale di Milano 15/17 gennaio 2014 est Buffone, che ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale in tema di incompatibilità del giudice della fase sommaria a trattare la fase di opposizione.

Quanto alla seconda questione inerente la delimitazione del *thema decidendum* e del *thema probandum* dell'opposizione rispetto alla fase sommaria, a pronunce che hanno negato la possibilità di introdurre nuove allegazioni in fatto o in diritto a sostegno dell'illegittimità del licenziamento, sostenendo che il processo di opposizione deve rimanere nel tracciato definito con il ricorso introduttivo e la memoria di costituzione della fase sommaria[40], se ne sono contrapposte altre che, del tutto all'opposto, hanno ad es. consentito l'ampliamento del *thema probandum*, dando ingresso all'allegazione di circostanze nuove rispetto a quelle fatte valere in fase sommaria[41].

Lo snodo per la soluzione sta nella definizione della natura del giudizio di opposizione. Non è chiaro infatti se l'opposizione debba essere considerata come un vera e propria impugnazione ovvero come un giudizio di primo grado a cognizione piena sull'impugnativa del licenziamento[42].

Secondo una impostazione, l'opposizione va concepita come mezzo d'impugnazione (e cioè come *revisio prioris istantiae*) con la conseguenza che:

-) vanno proposte specifiche censure e sono inammissibili *nova* né dal punto di vista delle allegazioni di fatto né dal punto di vista probatorio;

-) si applica l'obbligo di astensione previsto all'art. 51, n. 4, c.p.c. per il magistrato che abbia conosciuto della causa « in altro grado del processo » come disse la Corte cost., 11 ottobre 1999, n. 387, in Foro it., 1999, I, c. 3441 nel caso dell'art 28.

Altra impostazione nega che l'opposizione fornero sia una semplice revisio prioris instantiae ma costituisca un *novum judicium*[43]. Ciò anche perché la natura impugnatoria in senso stretto, per le rilevanti conseguenze, avrebbe imposto un'affermazione esplicita della legge, che invece manca; anzi, all'opposto, il richiamo espresso all'art. 414 c.p.c. rimanda all'idea di un giudizio ordinario di primo grado. Non mi pare che l'opposizione sia destinata infatti solo al riesame delle questioni trattate nel grado inferiore e alla valutazione degli errores in procedendo e in Judicando del giudice del sommario, perché

---

[40] V. ad es. Trib. Milano, 21 marzo 2013, est. Porcelli (cit. da S. Ravazzoni, *Legge Fornero: orientamenti della giurisprudenza milanese sul nuovo rito*, relazione presentata al convegno "Il licenziamento individuale nel prisma del nuovo art. 18 St. lav.", Milano, 5 aprile 2013); nello stesso senso l'"editto pretorio" del Tribunale di Venezia, *Aspetti processuali e organizzativi nel rito speciale dell'art. 1 l. n. 92 del 2012 (c.d. legge Fornero)*, *RIDL*, 2012, II, 1117.

[41] V. Trib. Palermo, 15 ottobre 2013, est. Cavallaro, dove si argomenta in base al combinato disposto dei commi 48 e 51 dell'art. 1, l. n. 92/2012, per escludere che in fase sommaria si diano preclusioni connesse alla mancata contestazione delle circostanze del fatto costitutivo del diritto del datore di lavoro di recedere.

[42] Riassume plasticamente quest'incertezza l'opinione dottrinale secondo cui si dovrebbe attribuire all'opposizione una "doppia anima", di procedimento di primo grado e di giudizio *lato sensu* impugnatorio (così Dalfino, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, cit., 89).

[43] Si veda in tal senso Trib. Palermo, 27 settembre 2013, est. Marino; Trib. Palermo 6 dicembre 2013

sono ammesse nuove eccezioni e nuove prove. L'opposizione *non* è un'impugnazione sulla correttezza dell'ordinanza e ma un giudizio in cui il giudice *decide della fondatezza o meno dell'impugnativa di licenziamento*. E' un novum judicium ove l'effetto devolutivo al giudice dell'opposizione è completo, non foss'altro che per la mancanza di preclusioni e decadenze in tutta la fase sommaria. Quindi se l'opposizione non costituisce tecnicamente un mezzo d'impugnazione ma un novum judicium, può essere trattata dallo stesso giudice. In tale ottica, il rapporto tra fase sommaria e di opposizione assomiglia al rapporto fra il procedimento cautelare e procedimento di merito, in riferimento al quale ultimo, com'è noto, un problema d'incompatibilità del giudice non c'è.

In quest'ottica, anzi, mi sentirei di dover scoraggiare prassi pericolose del tipo di quelle che si vanno diffondendo in altri fori, come ad es. l'opposizione incidentale che taluni propongono se soccombenti in una questione preliminare: nel giudizio di opposizione contro l'ordinanza si rimette tutto in discussione, esattamente come nell'opposizione che segue il decreto ingiuntivo.

Qualcuno ha infatti ritenuto che si possa ritenere l'opposizione al rito fornero analoga all'opposizione a decreto ingiuntivo ove vi è un accertamento sommario effettuato in contraddittorio e suscettibile di acquistare, se non opposto, autorità di giudicato.

Quanto alla terza questione inerente le opposizioni incidentali mi riferisco ai casi in cui capita che una delle parti proponga l'opposizione principale nel termine di 30 giorni e che l'altra parte non si limiti a chiedere il rigetto dell'opposizione nella memoria difensiva ma proponga a sua volta un'opposizione incidentale, che contiene domande volte a modificare il contenuto decisorio dell'ordinanza (ad es. in materia di statuizione sulle spese). La legge non prevede nulla sul punto.

Alcuni, in linea di massima, applicando analogicamente la disciplina prevista nelle impugnazioni per l'appello incidentale, le hanno ritenute ammissibili (si è applicato, per analogia, il principio di Cass. n° 20161/10).

Altra impostazione ha optato per l'inammissibilità non essendo espressamente previsto dalla legge. Quello che la parte che subisce l'opposizione può fare è, come del resto prevede anche il testo della legge, proporre domande riconvenzionali, a mezzo delle quali può chiedere anche un nuovo esame di domande od eccezioni che nella fase

sommaria o non erano state trattate, perché ritenute assorbite da altre, o erano state respinte.

In ordine alla ultima questione, ci si chiede cosa accade se, in sede di giudizio di opposizione, contro l'ordinanza sommaria si censuri l'erroneità del rito seguito nella prima fase.

Ci sono due orientamenti e tutto dipende dalla esistenza o meno di preclusioni per eccepire la erroneità del rito.

Se non ci sono preclusioni allora l'eccezione di erroneità del rito può essere sollevato nella fase di opposizione, anche se la relativa questione non sia stata sollevata in fase sommaria; altrettanto potrebbe fare il giudice dell'opposizione. Infatti secondo la disciplina codicistica, le questioni di rito sono proponibili dalle parti e rilevabili d'ufficio dal giudice fino all'udienza di discussione e addirittura anche in qualsiasi momento del giudizio di secondo grado (art. 439 c.p.c.).

Se invece si ritiene che dopo l'udienza di prima comparizione sia precluso far valere l'erroneità del rito allora non si può far valere l'erroneità del rito nella fase di opposizione. Secondo questa interpretazione dovrebbe applicarsi analogicamente l'art. 4, comma 2, d. lgs. n. 150/2011 secondo cui (in caso di errore sul rito, il giudice dispone il mutamento con ordinanza, anche d'ufficio, non oltre la prima udienza di comparizione delle parti»). Se è imposto che alla prima udienza il giudice non si limiti a "rilevare" la questione, ma addirittura debba pronunciare il conseguente provvedimento di conversione del rito, si ritiene possibile che l'ordinanza di conversione del rito (da artt. 409 ss. c.p.c. ad art. 1 l. n. 92/2012) non è impugnabile. Pertanto, secondo tale interpretazione: a) le parti non possono eccepire per la prima volta nel giudizio di opposizione l'erronea adozione, nella prima fase, del nuovo rito introdotto dal legislatore del 2012; b) le medesime parti non possono far valere, quale motivo di opposizione, l'erronea decisione del giudice della prima fase sull'eccezione di rito tempestivamente sollevata nella fase a cognizione sommaria.

Si tratta di un'interpretazione che trova un fondamento nell'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui l'errore del rito non genera invalidità della sentenza e la relativa censura come motivo di impugnazione è inammissibile per difetto di interesse ove non si indichi lo specifico pregiudizio processuale sulla competenza, sulle prove o sui diritti di difesa. E forse mi sembra che nel rito fornero ciò non si

verifichi in quanto le differenze tra fase sommaria e oppositiva si annullano. Certo si tratta di casi diversi, ma si manifesta una tendenza giurisprudenziale diretta a privilegiare soluzioni interpretative che escludano la chiusura del processo con decisioni in rito anche dopo l'esaurimento della prima fase.

9. I rapporti con la tutela cautelare.

Quanto ai rapporti del nuovo rito fornero con il procedimenti cautelari ex art 669 bis e ss cc e, in particolare, con il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. i problemi sono due: 1) la compatibilità tra i due riti; 2) la gestione della successiva fase di merito rispetto al cautelare.

Sul primo punto, gli orientamenti che ho trovato sono tre.

Per un primo orientamento la tutela cautelare d'urgenza e il rito Fornero sono compatibili e dunque nonostante il fornero il cautelare è ammissibile [44]. Infatti, il rito fornero non ha natura cautelare non richiedendo il periculum in mora e poi consente di ottenere il provvedimento inaudita altera parte ciò che il fornero non prevede. Tuttavia, se c'è il rito fornero, la tutela cautelare avrà un ambito ristretto sul piano pratico, perché il periculum potrà essere ritenuto sussistente solamente se il lavoratore dimostri che il proprio diritto è soggetto al rischio di subire un'irrimediabile lesione anche durante il contenuto periodo di tempo previsto per il rito fornero in relazione al tribunale di volta in volta interessato. Dunque per ammettere il 700 dovrà fornirsi la prova che il periculum in mora presenti i caratteri di un pregiudizio irreparabile tanto imminente da non poter essere evitato dal provvedimento emesso all'esito del veloce procedimento di cui alla l. n. 92 del 2012.

Altra parte della giurisprudenza ha accolto l'impostazione restrittiva e, a fronte di un ricorso ex art. 700 c.p.c. in materia di impugnativa del licenziamento, ha ritenuto che il 700 potrebbe essere un modo per per aggirare l'obbligatorietà del rito. Quindi il giudice ha ritenuto di fissare direttamente ed ex officio l'udienza di cui al 48° comma, art. 1, l. 92/2012, con conseguente applicazione del relativo rito speciale. In senso analogo si è ritenuto che la domanda ex art. 700 c.p.c. sia inammissibile, difettando la residualità della misura cautelare.

---

[44] Cfr Trib. Venezia 28 dicembre 2012; Trib. Ravenna 18 marzo 2013; Trib. Siena 10 giugno 2013; Trib. Genova 21 febbraio 2013; Trib. Santa Maria Capua Vetere 8 aprile 2013; Trib. Castrovillari 26 luglio 2013.

Altri hanno affermato che il 700 cpc consente di ottenere il provvedimento cautelare inaudita altera Altro problema è verificare una volta esperita la fase cautelare quale procedimento di merito possa essere instaurato dopo il 700. Occorre seguire il rito del lavoro codicistico ovvero il rito fornero. Si potrebbe dire, come alcuni hanno fatto, che siccome c'è già stata una fase sommaria non avrebbe senso fare il fornero e si dovrebbe andare ad esperire il rito ordinario. Altri ritengono che i rito fornero non consente eccezioni perché anche quelle promosse all'esito di un procedimento cautelare sono «controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti». Oppure si potrebbe sostenere che il ricorrente, per salvaguardare le esigenze di celerità, potrebbe seguire il rito fornero ma omettendo la fase sommaria e proponendo il giudizio di opposizione. Sembra però che prevalga la tesi del fornero sin dalla prima fase.

Ci si chiede infine se siano possibili istanze cautelari in corso di causa. Nel corso della fase sommaria fornero, sembra che non via sia alcuna incompatibilità se la prima udienza fornero è fissata molto in avanti nel tempo. Invece non sembra possibile nel caso di opposizione perché vi è stata una prima valutazione giudiziale circa l'apparente fondamento o meno della pretesa del lavoratore.

Qui mi fermo. Non sta a me dire se dopo l'analisi dei vari orientamenti sia riuscito o meno a raggiungere l'intento di offrire soluzioni quanto più possibile idonee a "ridurre il danno" provocato dalla riforma fornero.