

Silvia Rusciano

**PROCEDIMENTO DI
IMPUGNATIVA DI
LICENZIAMENTO: IL
COMPLICATO RICORSO ALLA
TUTELA D'URGENZA *EX* ART. 700
C.P.C.**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

SILVIA RUSCIANO

Dottore di ricerca in diritto processuale civile
nell'Università Federico II di Napoli

PROCEDIMENTO DI IMPUGNATIVA DI LICENZIAMENTO:
IL COMPLICATO RICORSO ALLA TUTELA D'URGENZA
EX ART. 700 C.P.C.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La dubbia compatibilità con la tutela d'urgenza. — 3. La inattuale qualificazione della fase sommaria del procedimento. — 4. La necessità del rimedio cautelare. — 5. L'utilità del provvedimento d'urgenza in concreto. — 6. La valutazione del *periculum in mora*. — 7. Ulteriori aspetti problematici.

1. *Premessa*. — La legge 28 giugno 2012, n. 92, nel ridisegnare la disciplina dei licenziamenti, detta nuove regole di diritto processuale, allo scopo, espressamente enunciato nell'art. 1, di «accelerare la definizione delle relative controversie» (1).

Lo strumento utilizzato dal legislatore essenzialmente consiste nella previsione di un procedimento “specifico” (2), accompagnato da alcune disposizioni sull'organizzazione degli uffici giudiziari (3).

(1) L'indicazione teleologica del legislatore nell'*incipit* della normativa, e — in particolare — la sua collocazione all'inizio dell'art. 1, indicano che ogni volta che l'interpretazione letterale o sistematica del testo possa dare luogo a più soluzioni, occorre privilegiare quella che risponde meglio alla finalità della normativa. Sui precedenti progetti in materia, anche non sfociati in legge, D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa di licenziamento (nella l. 28 giugno 2012, n. 92)*, *Il giusto processo civile*, 3, 2012, 759 ss.

(2) Sotto questo profilo la legge si pone in controtendenza con l'esigenza, largamente sentita, di ridurre il numero dei procedimenti speciali e di semplificare i riti, che aveva portato il legislatore, meno di un anno prima, a emanare il decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150 (*Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69, semplificazione dei*

Le regole che caratterizzano questa “specificità” (4) riprendono elementi da vari procedimenti, senza tuttavia assumere il modello di nessuno di essi in modo integrale. Vi è affinità strutturale con la procedura di repressione della condotta antisindacale dell’art. 28 St. lav.; in alcuni tratti della disciplina l’interprete è portato all’assimilazione con il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c.; la fase istruttoria ripropone formule adottate dagli artt. 669 *bis* ss. c.p.c.

Ne scaturisce un procedimento ibrido, ove l’assimilazione con regole dettate in riferimento ad altri riti speciali non è mai piena ed automatica, ove il legislatore ha inteso mettere insieme diverse componenti, ove le tradizionali classificazioni sembrano sfumare; il nuovo giudizio di impugnativa di licenziamento si connota per una sua autonomia strutturale e procedimentale, a nulla (o a poco) valendo lo scorgere vaghe e non sempre appropriate analogie e somiglianze.

2. *La dubbia compatibilità con la tutela d’urgenza.* — Come ogni intervento legislativo settoriale, la nuova disciplina processuale è destinata a creare problemi interpretativi finora ignoti, che impongono ai protagonisti delle vicende giudiziarie di imbattersi in sconosciute questioni di rito lasciate insolute dai *conditores*. Tra i diversi profili (5), che in questo panorama possono scorgersi e che,

riti). In tema M. DE CRISTOFARO - G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l’anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, www.judicium.it, par. 1.

(3) La legge prevede espressamente che «alla trattazione delle controversie regolate dai commi da 47 a 64 devono essere riservati particolari giorni nel calendario delle udienze». Non si dice che tali giorni devono essere riservati in via esclusiva, ma si impone di specificare, in sede di programmazione delle udienze e quindi in sede tabellare, giorni, o quanto meno particolari fasce orarie di determinati giorni di udienza, riservati alla trattazione di queste cause. I capi degli uffici giudiziari sono chiamati a vigilare sul rispetto di tale disposizione: uno specifico “dovere di vigilanza” è loro imposto dal comma 66. Analogo dovere è imposto ai capi degli uffici giudiziari dal comma 68, con riferimento al controllo della applicazione delle norme del rito speciale alle controversie instaurate successivamente alla data di entrata in vigore della legge. Il controllo non può riguardare il merito dell’applicazione di tali norme, ma sicuramente il rispetto dei termini fissati dalla legge.

(4) Ovvero, secondo la terminologia di R. CAPONI, *La corsia preferenziale per alcune cause di lavoro rallenta le altre in assenza delle adeguate risorse*, *GDir*, 28 aprile 2012, 10, giudizio caratterizzato da una “specialità al quadrato”.

(5) Si pensi, a titolo esemplificativo, all’incertezza in ordine alla obbligato-

inevitabilmente, conducono ad un disorientamento processuale, si pone la compatibilità del procedimento di impugnativa di licenziamento introdotto dalla l. 92/2012 rispetto al diffuso rimedio della tutela cautelare d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., per ottenere la immediata reintegra nel posto di lavoro del prestatore ingiustamente licenziato (6) e, la questione — conseguente all'accoglimento della soluzione affermativa — relativa al ridimensionamento della tutela cautelare laddove sia invocata con riguardo al procedimento di impugnativa di licenziamento.

Nel breve periodo di vigenza della nuova normativa, infatti, possono riscontrarsi orientamenti di segno opposto (7): da un lato,

rietà del nuovo rito, al dubbio circa non accessibilità al procedimento specifico da parte del datore di lavoro, all'efficacia dell'ordinanza conclusiva della fase sommaria e definita meramente esecutiva (e revocabile solo con la sentenza che eventualmente definisce il giudizio di opposizione), alla sorte dell'ordinanza resa all'esito della fase sommaria in caso di estinzione del giudizio di «opposizione», o ancora all'individuazione del giudice della fase di opposizione. Sulle questioni che pone la nuova disciplina F.P. LUISO - R. TISCINI - A. VALLEBONA, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, 2013; M. DE CRISTOFARO - G. GIOIA, *op. cit.*; D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, Cedam, 2012; C. CONSOLO - D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, CG, 2012, 729 ss.

(6) Aspetto diverso concerne il ruolo dell'art. 700 c.p.c. con riguardo alla tutela giudiziale dei diritti, che reca con sé l'altra questione ovvero quella relativa alla natura (dichiarativa o costitutiva) del giudizio; in riferimento ai quali si vedano le puntuali osservazioni di I. PAGNI, *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela*, RTDPC, 2013, 75 ss.

(7) Al precipuo fine di risolvere con orientamenti comuni nell'ambito del medesimo distretto giudiziario i problemi che la nuova disciplina pone, sono intervenuti dei criteri interpretativi interni (non vincolanti). La sezione lavoro del Tribunale di Firenze (riunione del 17 ottobre 2012), all'unanimità, ha definito l'orientamento interpretativo della sezione sulle problematiche sollevate dalla normativa di cui si discute.

In particolare, tale organo ha stabilito che: (i) è facoltà della parte scegliere se introdurre un giudizio di impugnativa di licenziamento rientrando nell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 con il rito previsto dalla legge n. 92 del 2012 ovvero con ricorso *ex art.* 414 c.p.c.; (ii) il datore di lavoro, dopo che il lavoratore ha impugnato stragiudizialmente il licenziamento, ha facoltà di proporre azione di accertamento negativo dell'illegittimità del licenziamento con il rito di cui alla legge n. 92 del 2012, se il lavoratore non ha ancora proposto azione giudiziaria; (iii) non può escludersi in astratto la permanenza dell'azione cautelare *ex art.* 700 c.p.c. alle controversie aventi ad oggetto il licenziamento, ma in concreto l'esame del requisito del *periculum* terrà conto del fatto che l'ordinamento mette a disposizione del lavoratore un rito che si caratterizza per una certa celerità; (iv) ogni domanda diversa da quelle previste dall'art. 1 comma 47 della legge n. 92 del 2012 verrà dichiarata inammissibile; (v) nel caso di rigetto del ricorso e di

la incompatibilità della tutela cautelare rispetto al nuovo procedimento di impugnativa di licenziamento, con conseguente dichiarazione di inammissibilità del ricorso *ex art. 700 c.p.c.* (8), dall'altro l'astratta convivenza dei due rimedi, pur con un maggiore rigore nella valutazione del *periculum in mora* di cui discorre la citata disposizione (9).

Il problema, nel suo aspetto generale, non è del tutto nuovo: già con l'introduzione del procedimento sommario di cognizione (e, ancor prima, con il sommario societario (10)) si è discusso della sua compatibilità con strumenti cautelari (11). La questione assume, però, nel campo del procedimento di impugnativa di licenziamento un ruolo specifico, dovuto alle particolarità delle situazioni sostan-

dichiarazione di inammissibilità l'iniziativa giudiziaria intrapresa, comunque, impedisce la decadenza prevista dall'art. 32 della legge n. 183 del 2010; (vi) il giudizio di opposizione verrà assegnato ad un magistrato diverso da quello che si è occupato della fase sommaria. Non sempre nella stessa direzione si è mosso il tribunale di Napoli: I. obbligatorietà del rito, sia alla luce della locuzione «si propone» che della *ratio* ispiratrice della riforma, volta a prevedere un apposito rito per i licenziamenti al fine di ottenere una immediata decisione dell'impugnativa; II. ammissibilità del rito Fornero per la domanda subordinata volta ad ottenere la tutela obbligatoria, se con quella principale il ricorrente chiede la tutela reale; III. non applicabilità del rito Fornero se agisce in giudizio il datore di lavoro per l'accertamento della legittimità del recesso; IV. le domande (che si basano su fatti diversi) alle quali non è applicabile la nuova disciplina non devono essere dichiarate inammissibili ma occorre procedere alla loro separazione e al conseguente mutamento del rito (applicandosi in via analogica gli artt. 426 e 427 c.p.c.), anche in forza del principio del giusto processo.

(8) Secondo l'orientamento del Tribunale di Monza (circolare del Presidente della sezione lavoro del 30 ottobre 12) l'impugnazione del licenziamento con il ricorso d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. conduce ad una pronuncia di inammissibilità.

(9) In questo senso si è espresso T. Bari, ord., 17 ottobre 2012; il Giudice ha affermato che astrattamente è possibile che il nuovo modello processuale sia preceduto da una fase cautelare introdotta *ex art. 700 c.p.c.* non prevedendo la legge n. 92 del 2012 esclusioni o limitazioni in tal senso; ma il giudizio cautelare è ammissibile solo quando effettivamente il c.d. pregiudizio irreparabile sia così imminente da non poter essere evitato con un provvedimento rapido (in due/tre mesi) emesso al seguito del nuovo procedimento.

(10) B. CAPPONI, *Interferenze tra procedimento sommario societario e cautelare conservativo*, *GI*, 2007, 682 ss.

(11) Con riguardo alla compatibilità tra sommario di cognizione e tutela cautelare in corso di causa S. Izzo, *Sulla compatibilità tra tutela cautelare in corso di causa e procedimento sommario di cognizione*, *www.judicium.it* e ora *DG*, 2011, 463 ss.

ziali protette ed alle esigenze del lavoratore di ottenere una immediata (non solo rapida) risposta di giustizia.

Al fine di colmare la lacuna legislativa, occorre distinguere due diversi profili: l'astratta ammissibilità del rimedio cautelare e l'eventuale conseguente accoglimento del ricorso *ex art. 700 c.p.c.*

Funzionale al primo aspetto è se il procedimento disegnato per la prima fase della impugnativa di licenziamento possa qualificarsi cautelare, giacché la positiva risposta costituirebbe un indicatore rilevante (e probabilmente decisivo) nella esclusione della tutela sussidiaria di cui all'art. 700 c.p.c.; se esso soddisfi le condizioni indicate dalla Corte costituzionale, per cui una tutela d'urgenza possa dirsi superflua ed inammissibile in queste ipotesi.

La soluzione positiva delle questioni comporta, poi, alcune brevi considerazioni in ordine ai limiti della tutela d'urgenza, laddove sia chiamata a neutralizzare il pregiudizio subito dal lavoratore con riferimento al giudizio di impugnativa di licenziamento di cui discorre la legge 92/2012.

3. *La inattuale qualificazione della fase sommaria del procedimento.* — Nell'indagine volta ad una convenzionale qualificazione della prima fase del nuovo procedimento di impugnativa di licenziamento occorre tenere presente gli aspetti della disciplina che maggiormente sono funzionali ad una sua classificazione: *a)* il co. 49 dell'art. 1 della legge 92/2012 laddove dispone che «il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile ...»; *b)* ai sensi del co. 51 della richiamata disposizione, avverso l'ordinanza è concesso alle parti il potere di proporre opposizione; *c)* la irrevocabilità dell'ordinanza fino alla conclusione della fase di opposizione; *d)* la pronuncia di una sentenza, all'esito del giudizio di opposizione, immediatamente esecutiva e idonea a divenire cosa giudicata, in mancanza di reclamo.

La previsione secondo cui l'ordinanza di accoglimento o rigetto della domanda si basa su una istruttoria sommaria e deformalizzata appare, solo ad una prima lettura, poco indicativa per differenziare il procedimento di impugnativa di licenziamento rispetto a quello cautelare; invero dal richiamo espresso all'art. 421 c.p.c. e

dalla diversa terminologia utilizzata dal legislatore con riguardo al procedimento cautelare uniforme (ove il co. 1 dell'art. 669 *sexies* c.p.c. specifica che gli atti di istruzione debbano essere valutati indispensabili «in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto»), si può desumere che questa fase del giudizio è sommaria cioè semplificata, ma non cautelare; non occorre la prova di alcun *periculum* concreto, essendo l'urgenza prevalutata dal legislatore in ragione del tipo di controversia. La sommarietà (*rectius*: semplificazione) attiene all'istruttoria, non anche alla cognizione del giudice, poiché tende alla formazione di un provvedimento la cui efficacia, in presenza di opposizione, è certamente idonea al giudicato.

In altri termini, nel giudizio di impugnativa di licenziamento emerge la volontà del legislatore di ancorare la sommarietà alla fase istruttoria, senza — tuttavia — ricollegare ad essa la sommarietà della cognizione o la instabilità del provvedimento finale.

Dalle altre disposizioni citate, infatti, si ricava un elemento idoneo a caratterizzare il nuovo procedimento ed a differenziarlo rispetto alla tutela cautelare: se avverso l'ordinanza conclusiva della prima fase del giudizio non è proposta opposizione ai sensi del citato co. 51, essa diviene definitiva, la sua efficacia non può più essere posta in discussione (12). La medesima conseguenza deriva dalla mancata proposizione del reclamo alla Corte d'appello avverso la sentenza emanata all'esito del giudizio di opposizione.

La potenziale immutabilità dell'ordinanza (e della successiva sentenza) e la sua idoneità al giudicato stride con la disciplina generale dell'efficacia attribuita ai provvedimenti cautelari, soprattutto quelli di cui all'art. 700 c.p.c. di reintegra del lavoratore ingiustamente licenziato.

La nostalgica tendenza a riprendere le tradizionali classificazioni tra giudizi a cognizione piena e sommaria (13) nell'inquadra-

(12) Invero, manca qualsiasi indicazione del legislatore verso la idoneità al giudicato dell'ordinanza conclusiva della fase sommaria, laddove non sia proposta opposizione. La questione meriterebbe un approfondito esame; ai fini del presente studio si rinvia a M. DE CRISTOFARO - G. GIOIA, *op. cit.*, 18; F.P. LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, in *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti cit.*, 72.

(13) Classica è la distinzione prospettata da autorevole dottrina (G. CHIO-

mento rigido del procedimento in esame (cioè della sua prima fase) viene posta in crisi e non consente di giungere a risultati pienamente soddisfacenti. Se da un lato, il giudizio di impugnativa di licenziamento può definirsi a cognizione sommaria (14), sul presupposto che l'istruttoria è superficiale e le regole del processo affidate tendenzialmente alla discrezionalità del giudice, da altro punto di vista esso può essere qualificato quale procedimento speciale a cognizione piena ed esauriente; in questa direzione muove la necessità di un contraddittorio integro e preventivo, nonché le regole (seppure aperte alla modulazione del processo secondo la complessità della causa) dettate con riguardo alle forme ed ai termini in cui si svolge l'attività del giudice (15).

Da ambedue i punti di osservazione emerge, da un lato, che la linea di demarcazione tra procedimenti a cognizione piena e sommaria va assottigliandosi nel tempo, in ragione delle esigenze di celerità e snellezza che il legislatore dei nostri tempi intende perseguire; dall'altro, che il procedimento di impugnativa, ai fini che qui interessano, pure a volerlo definire sommario non assume mai una funzione cautelare: pure, infatti, ritenendo che la fase di conoscenza del giudice sia sommaria perché limitata allo stato degli atti, la dottrina classica impone di distinguere le ipotesi in cui manchi una previsione della cognizione del giudice di tale specie, e cioè «tutte le volte che la legge parla di cognizione sommaria o superficiale, senza far riferimento a ciò che il giudice ritenga ... dimostrato ... il fondamento della domanda, si ha una cautela d'urgenza speciale e quindi la ... inapplicabilità della cautela d'urgenza generale prevista nell'art. 700 c.p.c.»; laddove, invece, «la legge fa riferimento all'accennata convinzione del giudice allo stato degli atti, si ha un provvedimento provvisorio di merito e quindi la possibilità nella stessa causa di domandare, quando ne ricorrano i

VENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, 1933, I, 215; di recente, A. GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, *RTDPC*, 2009, 134 ss.) tra sommarietà per parzialità della cognizione (provvedimento reso a contraddittorio non integro) e sommarietà per superficialità della stessa.

(14) In questa direzione D. DALFINO, *op. cit.*, 778, il quale specifica (*sub* nt. 32) che «la sommarietà caratterizza la fase istruttoria, mentre quella introduttiva è predeterminata nelle forme e nei termini».

(15) Sul punto R. CAPONI, *Rito processuale veloce per le controversie in tema di licenziamento*, www.judicium.it

presupposti, anche la più superficiale cognizione che è alla base della misura prevista nell'art. 700 c.p.c. » (16) (17).

4. *La necessità del rimedio cautelare.* — Oltre alla natura non cautelare del procedimento di impugnativa di licenziamento (18), muove verso la sua compatibilità (e non alternatività) con il provvedimento d'urgenza l'evoluzione della Corte costituzionale e della giurisprudenza comunitaria, nel percorso volto ad affermare la necessità del rimedio cautelare per la garanzia di effettività della tutela giurisdizionale.

A ben vedere, i requisiti minimi che la Consulta ha ritenuto necessari al fine della garanzia costituzionale del diritto di azione non sempre riescono ad essere soddisfatti attraverso il solo procedimento di impugnativa di licenziamento, pur nei modi semplificati di cui discorre la legge Fornero. La tutela cautelare, infatti, in quanto preordinata ad assicurare l'effettività delle garanzie di cui all'art. 24 Cost., in particolare a non lasciare vanificato l'accertamento del diritto, è uno strumento fondamentale e inerente a qualsiasi sistema processuale (19), anche indipendentemente da una previsione espressa (20). L'accesso alla tutela cautelare è, perciò, comprimibile soltanto a fronte di interessi di rango costi-

(16) L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Utet, 1994, 298-299.

(17) Questa interpretazione comporta la distinzione tra provvedimento cautelare e provvedimento provvisorio di merito, basata sulla struttura e contenuto della cognizione. Sul punto F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Cedam, 1983, 171; C. VOCINO, *Intorno al nuovo verbo «tutela giurisdizionale differenziata»*, in *Studi in onore di T. Carnacini*, Giuffrè, 1984, II, 763 ss.

(18) A giudizio di I. PAGNI, *op. cit.*, 100, «l'introduzione della fase "urgente" complica il ricorso al rimedio *ex art. 700 c.p.c.*, indipendentemente dalla natura cautelare o meno di quella fase, se si reputa — il punto non è pacifico — che il provvedimento d'urgenza non sia ammissibile con riferimento a tutti quei diritti in favore dei quali il legislatore abbia previsto procedimenti sommari anche non cautelari, destinati a concludersi quanto meno in una prima fase, con un provvedimento sommario esecutivo e a patto che i tempi di definizione della fase urgente si rivelino davvero analoghi a quelli della tutela cautelare, riaprendosi altrimenti lo spazio per il ricorso alla misura provvisoria».

(19) C. cost., 28 giugno 1985, n. 190, *GI*, 1985, I, 1, 1297, nt. NIGRO; *GCost*, 1985, I, 1319; *GC*, 1985, I, 2698; *CG*, 1985, 924; *NGL*, 1985, 614; *FI*, 1985, I, 1881, nt. A. PROTO PISANI.

(20) C. giust. 19 giugno 1990, C-13/1989, *Factortame*.

tuzionale superiore che nel bilanciamento prevalgono o, comunque, in presenza di una ragionevole giustificazione (21).

In sostanza, se si riflette sull'essenzialità e complementarità della tutela cautelare rispetto alla tutela di tutte le situazioni giuridiche, non si può escludere *a priori* — in presenza di un *periculum* qualificato — l'utilità del ricorso d'urgenza con riguardo al diritto del lavoratore a richiedere ed ottenere il reintegro, posto che «ogni situazione giuridica deve poter trovare un suo momento cautelare» (22); né è rintracciabile nella disciplina dettata dalla legge Fornero una ragionevole giustificazione che possa determinare l'esclusione del rimedio *ex art. 700 c.p.c.* in tale ambito.

5. *L'utilità del provvedimento d'urgenza in concreto.* — Ritenuta l'astratta compatibilità dei due rimedi (23), occorre valutare quando in concreto possa ritenersi utile l'emanazione di un provvedimento cautelare d'urgenza, al fine di scorgere i limiti del rimedio cautelare.

Invero, il problema dovrebbe — innanzi tutto — essere esaminato con riferimento al momento in cui viene chiesta la tutela cautelare: prima dell'instaurazione del giudizio di merito; dopo il deposito del ricorso ma prima dell'emanazione dell'ordinanza conclusiva della prima fase del procedimento di impugnativa di licenziamento; nel termine per la proposizione dell'opposizione di cui discorre il co. 51 della legge 92/2012.

Ai fini dell'adozione di un provvedimento cautelare *ante causam*, la tutela d'urgenza non conosce limiti soprattutto laddove sia richiesta l'emanazione del decreto cautelare *inaudita altera parte*; certamente potrebbe essere un caso raro, ma non può in astratto escludersi l'eventualità di un'urgenza così imminente da consentire in presenza di un *periculum* qualificato (ed ulteriore rispetto a quello predeterminato dal legislatore) una istanza cautelare ai fini dell'emanazione di un provvedimento *ex art. 669 sexies, co. 2, c.p.c.* Si pensi al licenziamento illegittimo intimato in prossimità di una progressione di carriera non ripetibile.

(21) S. Izzo, *op. cit.*, par. 2.

(22) C. cost. 7 novembre 1997, n. 326.

(23) A questa stessa conclusione giunge parte della dottrina (D. BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 174, C. CONSOLO - D. RIZZARDO, *op. cit.*, 735, nt. 31).

Anche in queste ipotesi limite, invero, l'interprete è costretto ad assimilare, forse illegittimamente, il requisito cui l'art. 669 *sexies* citato subordina la possibilità di emanazione di un provvedimento cautelare *inaudita altera parte* con l'urgenza di tutela piuttosto che con il pregiudizio nell'attuazione della misura cautelare.

Il terreno diventa, poi, ancor più scivoloso laddove si considerino le possibilità di concessione di un provvedimento d'urgenza in corso di causa, allorquando, cioè, il lavoratore abbia già impugnato in via giudiziale il licenziamento, attraverso il deposito del ricorso: in questo caso, altri sono i rimedi per neutralizzare l'eventuale pregiudizio imminente, come l'istanza motivata di anticipazione dell'udienza, ove si ritenga applicabile in via analogica l'art. 163 *bis* c.p.c. In questo modo, oltretutto, il lavoratore è esentato dalla allegazione e (soprattutto) dalla prova del *periculum in mora* (24) qualificato.

Forse di scuola è l'esempio di un provvedimento d'urgenza richiesto in pendenza del termine per la proposizione del giudizio di opposizione all'ordinanza della prima fase del procedimento di impugnativa di licenziamento. In questi casi, difficili da immaginare, certamente le valutazioni dei presupposti cautelari comportano un giudizio molto rigoroso.

In questo senso può condividersi l'opinione secondo cui il requisito del *periculum* che in concreto può giustificare il rimedio di cui all'art. 700 c.p.c. è qualificato (ed ulteriore rispetto a quello già preso in considerazione dal legislatore del 2012) e necessita una valutazione rigorosa, in considerazione della rapidità che contraddistingue la fase sommaria tipica, sicché il pregiudizio irreparabile dovrebbe essere così imminente da non poter essere evitato con un provvedimento emesso in un tempo breve, come quello imposto dalla legge 92/2012.

Da tale punto di vista, il nuovo procedimento di impugnativa di licenziamento certamente complica, ma non esclude il ricorso alla tutela cautelare innominata.

6. *La valutazione del periculum in mora.* — L'astratta ammis-

(24) In questi termini I. PAGNI, *op. cit.*, 100, laddove esclude il rimedio cautelare.

sibilità del rimedio cautelare in tema di impugnativa di licenziamento non porta *ex se* la compatibilità del provvedimento d'urgenza con il procedimento specifico di cui alla legge 92/2012 su di un piano di fondatezza. In altri termini, pur se la natura non cautelare e certamente di merito del rito Fornero non preclude aprioristicamente l'ammissibilità del provvedimento *ex art. 700 c.p.c.*, la casistica e l'interpretazione del *periculum* di cui discorre la norma impone alcune riflessioni circa la valutazione, lasciata al singolo giudice, della fondatezza del ricorso d'urgenza in questi casi particolari, ove il provvedimento sommario (*rectius*: semplificato) è idoneo, in tempo utile e ragionevole, a rimuovere il pregiudizio imminente ed irreparabile.

In quest'ottica può richiamarsi l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale (25) formatasi con riguardo ai principali provvedimenti sommari cui, per certi aspetti, può essere assimilato il procedimento di impugnativa di licenziamento.

In senso ostativo alla non compatibilità dei due rimedi, muove l'esperienza sviluppatasi intorno alla interpretazione dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori (26): in questo ambito si è sempre negata l'ammissibilità del ricorso alla tutela d'urgenza stante la specialità del rimedio riconosciuto dall'ordinamento per la repressione della condotta antisindacale.

(25) G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, Cedam, 1985, 84 e ss.; A. PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Cacucci, 1982, 369; E. VULLO, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *I procedimenti sommari e speciali. II. Procedimenti cautelari*, a cura di S. CHIARLONI - C. CONSOLO, Utet, 2005, 1284 e ss. Sul punto anche L. DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA - A. SALETTI, Cedam, 2008, 206 e ss.

(26) In riferimento al quale si veda M. TARUFFO, *Efficacia della pronuncia sul licenziamento per motivi sindacali*, *RTDPC*, 1971, 1507 e ss.; A. PROTO PISANI, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, in *Studi di diritto processuale del lavoro*, F. Angeli, 1976, 13 e ss.; L. LANFRANCHI, *Prospettive ricostruttive in tema di art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, *RTDPC*, 1971, 417 e ss.; F. CARPI, *Brevi osservazioni sull'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, *ivi*, 1429; A. BONSIGNORI, *Il procedimento dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori*, *ivi*, 1971, 601 e ss.; E. GARBAGNATI, *Profili processuali del licenziamento per motivi antisindacali*, *RDP*, 1973, 614 e ss. In giurisprudenza P. Firenze, decreto, 24 aprile 1992, *FI*, 1992, I, 2535; P. Messina, ord., 17 marzo 1993, *NGL*, 1993, 5; T. Milano, ord., 13 novembre 1998, *FI*, 1999, I, 2387; P. Sassari, ord., 11 gennaio 1996, *NGL*, 1996, 136; invero, il Tribunale di Roma, con l'ordinanza 15 luglio 2005, *GM*, 2005, 2783 ha ritenuto ammissibile il ricorso cautelare perché proposto da un organismo sindacale privo dei requisiti di cui all'art. 28 dello St. lav.

Sempre nell'ambito del cd. procedimenti sommari necessari, la possibile convivenza della tutela d'urgenza rispetto a tali giudizi è stata più volte esclusa: così in riferimento al provvedimento di repressione delle condotte discriminatorie fondate sul sesso (art. 38, d.lgs. 198/2006, Codice delle pari opportunità tra uomo e donna) o con riguardo al giudizio volto alla repressione delle condotte discriminatorie per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 44 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e art. 4 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215). Circa il giudizio di separazione personale dei coniugi, l'affermazione comunemente condivisa (27) riguarda la incompatibilità della tutela d'urgenza sul presupposto che la via ordinaria alla quale fa riferimento l'art. 700 c.p.c. è difficilmente conciliabile con i procedimenti destinati a concludersi con un provvedimento sommario esecutivo oppure a cognizione piena, ma con una fase sommaria urgente che si conclude con provvedimenti provvisori atti ad anticipare gli effetti della decisione di merito (28).

La questione relativa alla compatibilità della tutela d'urgenza si è posta poi con riguardo al procedimento per la convalida di sfratto, ove si è ritenuto (29) che essa «non ha natura cautelare non avendo carattere strumentale rispetto alla emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo di cui intenda assicurare la fruttuosità. Si tratta di un procedimento speciale sommario rispetto al quale il provvedimento di urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. non si pone in posizione di alternatività e, quindi, rispetto al quale non può allegarsi la natura residuale del provvedimento di urgenza,

(27) T. Trani, sez. dist. Andria, 7 novembre 2008, *Famiglia e diritto* n. 3, 2009, 267 con commento critico di E. VULLO, *Giudizi di separazione e divorzio e provvedimenti d'urgenza*.

(28) Sul punto V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Jovene, 1960, II, 249; BALBI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, *DDP civ.*, 1997, XVI, 114; L. P. COMOGLIO, *Il procedimento cautelare in generale - Le singole misure cautelari*, in L.P. COMOGLIO - C. FERRI - M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, il Mulino, 2005, II, 88; A. PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, *EGT*, 1991, XXV, 7 ss.

(29) T. Milano 12 gennaio 1995, *Arch. Locazioni*, 1995, 650. Più di recente Giudice di pace Modena, ord., 14 luglio 2004, *Gius.*, 2004, 3798: «poiché la residualità cui si richiama l'art. 700 c.p.c. per l'ammissibilità della tutela cautelare d'urgenza non è assoluta ma relativa, riguardando soltanto i procedimenti cautelari tipici disciplinati nel capo III del titolo I del libro IV del codice di procedura civile, è ammissibile la richiesta di provvedimento d'urgenza avente ad oggetto il rilascio di un immobile locato, non rilevando che il locatore potrebbe quivi avvalersi del procedimento di convalida di sfratto».

almeno in tutti quei casi in cui il procedimento per convalida di sfratto (che inizia con un atto di citazione, che può sfociare in un giudizio di merito e che può non consentire la pronuncia dell'ordinanza di rilascio ogniqualvolta la opposizione sia fondata su prova scritta) non sia idonea a rimuovere in tempo utile le cause del *periculum*».

La medesima soluzione è stata adottata con riguardo al procedimento monitorio, giacché in queste ipotesi vi è la possibilità per il creditore di richiedere ed ottenere un provvedimento immediatamente esecutivo ai sensi dell'art. 642 c.p.c. (30)

In sostanza, come emerge dalla lettura dei repertori della giurisprudenza di merito, tutte le volte in cui il legislatore abbia approntato riti e procedimenti volti ad ottenere una rapida e pronta (seppure talvolta solo provvisoria) risposta di giustizia, il ricorso all'art. 700 c.p.c. diviene estremamente complicato e difficile. Il limite che incontra la tutela d'urgenza in queste ipotesi deriva, però, sempre dalla interpretazione del pregiudizio imminente ed irreparabile di cui discorre la norma. Ciò conduce alla qualificazione non già dell'inammissibilità generale ed astratta del rimedio cautelare in riferimento ai procedimenti sommari, bensì ad una infondatezza della pretesa ad ottenere un provvedimento d'urgenza per la mancanza nel concreto della sussistenza dei requisiti qualificati.

7. *Ulteriori aspetti problematici.* — Dalla astratta, seppure limitata e complicata, compatibilità dei due giudizi, derivano alcuni profili problematici (31) pratici, cui si intende solo fare cenno in questa sede: a) la sanzione da assegnare all'eventuale ricorso d'urgenza proposto per ottenere la reintegra immediata del lavoratore, laddove non sussista l'allegazione del *periculum in*

(30) A. PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, EGT, 1991, XXV, 367.

(31) Tra i problemi che comporta l'astratta compatibilità dei due rimedi deriva il rischio di creare un "doppio binario": possibilità di proporre reclamo avverso l'ordinanza cautelare ex art. 669 *terdecies* c.p.c., con effetto devolutivo al collegio e instaurazione del giudizio di merito nelle forme del giudizio di impugnativa di licenziamento, affidato al giudice monocratico. Invero, non si tratta di sovrapposizione o duplicazione di cognizione: l'attività conoscitiva del collegio sarà, ancora una volta, limitata alla valutazione degli errori compiuti dal giudice nel giudizio relativo al *fumus boni iuris* ed al *periculum in mora*.

mora (o anche nell'ipotesi in cui non si ritenga di aderire alla conclusione prospettata (32)); *b*) l'eventuale concessione del provvedimento cautelare e l'ulteriore corso del giudizio (*rectius*: la instaurazione del giudizio di merito).

Relativamente al primo aspetto, la inammissibilità (*rectius*: infondatezza) pare non essere l'unica ovvia conseguenza, in considerazione della possibilità per il giudice di qualificare il ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, quale atto introduttivo della fase sommaria del procedimento semplificato di cui alla c.d. legge Fornero.

In tale indagine, occorre richiamare brevemente i principi consolidati circa i poteri del giudice nella qualificazione della domanda.

Nel processo, il rito è scelto sempre dal giudice in base alla domanda; vale sì il principio di prospettazione, ma non il principio dell'intestazione del ricorso; è il giudice che deve decidere sul rito qualificando la domanda, *ab initio*, così come prospettata dall'attore in base al *petitum* ed alla *causa petendi*.

In altri termini, ritenere ammissibile la tutela cautelare pone l'ulteriore questione del provvedimento da adottare sul ricorso *ex art. 700*; ed anche in tal caso il giudice dovrà cambiare semplicemente il rito in quanto certamente la tutela d'urgenza soddisfa anche i requisiti del più agile (perché non richiede *periculum*) atto introduttivo di cui discorre la legge 92.

Con riguardo alla questione *sub b*) (ed alla instaurazione del «giudizio di merito»), a prima vista, la fase sommaria del nuovo procedimento di impugnativa di licenziamento parrebbe una inutile (seppure in astratto ammissibile) duplicazione di quella cautelare; in realtà, la seconda cognizione del giudice dovrebbe non essere limitata alla valutazione della sussistenza dei requisiti che hanno giustificato l'adozione del provvedimento di urgenza, bensì essere ampliata agli «atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio», secondo quanto dispone il co. 49 della legge Fornero (33).

(32) Il Tribunale di Bologna ha riqualificato, con il decreto di fissazione di udienza, un ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, depositato dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina, in impugnazione di licenziamento in tutela reale, opinando sulla inammissibilità della tutela innominata in presenza del rimedio speciale.

(33) In realtà, la questione meriterebbe autonoma analisi, giacché si inter-

Infatti anche con riguardo al *fumus boni iuris*, esso «deve risultare da un semplice giudizio di verosimiglianza, concretizzantesi in una valutazione probabilistica circa le buone ragioni dell'attore, le quali vanno preservate dal rischio di restare irreversibilmente compromesse durante il tempo necessario a farle valere in via ordinaria. Di qui il carattere strumentale (rispetto — va sottolineato — non al merito della causa, bensì alla realizzazione del diritto da accertare in tale sede) assunto dal provvedimento cautelare, e la connessa struttura sommaria della cognizione. Quest'ultima, nel disegno legislativo, lungi dall'identificarsi con una normale istruzione probatoria, si configura semplicemente come assunzione, «nel modo che [il giudice] ritiene più opportuno», degli atti istruttori “indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto” (art. 669 *sexies*, applicabile anche ai provvedimenti *ex* art. 700 c.p.c.). Essa quindi non porta ad esprimere una “valutazione contenutistica” su fatti che hanno rilevanza rispetto alla causa di merito ...; ma è, al contrario, finalizzata alla semplice verifica dei presupposti anzidetti e non può, per definizione, interferire con la cognizione piena, al cui esito soltanto matura la decisione del merito. Il materiale probatorio raccolto *ante causam* non è di per sé destinato, appunto in ragione delle diverse finalità istruttorie, ad assumere una sua evidenza nel successivo giudizio, rilevando semmai come mero argomento di prova ... » (34).

PROCEDIMENTO DI IMPUGNATIVA DI LICENZIAMENTO: IL COMPLICATO RICORSO ALLA TUTELA D'URGENZA EX ART. 700 C.P.C. — Riassunto. *La disciplina processuale introdotta con la l. 92/2012 ha, già nella sua prima applicazione, determinato un disorientamento giurisprudenziale circa la compatibilità del procedimento di impugnativa di licenziamento rispetto al ricorso alla tutela cautelare d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., per ottenere la immediata reintegra nel posto di lavoro del prestatore*

seca con altri problemi posti dalla nuova disciplina, ovvero obbligatorietà del rito di cui alla legge 92/2012, nonché possibilità di “saltare” la prima fase del procedimento (come ritenuto dalla giurisprudenza nelle prime applicazioni della normativa. A giudizio del T. Piacenza, ord., 16 gennaio 2013, «se è vero ... che il rito previsto dalla legge Fornero non può considerarsi facoltativo, attesi il tenore letterale della norma ... e l'interesse di entrambe le parti del rapporto ad una sollecita definizione del processo inerente i licenziamenti con tutela *ex* art. 18, è anche vero che non paiono sussistere preclusioni, nell'ambito dello stesso rito, alla concorde volontà di entrambe le parti di «saltare» la fase sommaria del procedimento ...»).

(34) C. cost. 7 novembre 1997, n. 326 cit.

ingiustamente licenziato. Sulla base della natura del nuovo procedimento di impugnativa di licenziamento, nonché del diritto vivente in tema di necessità della tutela cautelare ai fini della garanzia di effettività della tutela giurisdizionale, il ricorso alla tutela cautelare innominata è certamente complicato, ma non escluso in astratto.

PROCEEDINGS OF DISMISSAL CHALLENGE: THE INTRICATE USE OF THE URGENCY PROCEDURE PROVIDED BY ART. 700 CODE OF CIVIL PROCEDURE — Summary. *The discipline introduced with the l. 92/2012 has, in its first application, determined a jurisprudential confusion about the compatibility of the process of appeal of dismissal with the use of the precautionary protection of urgency pursuant to art. 700 of the code, in order to obtain the immediate reinstatement in the workplace of the laborer unjustly fired. Based on the nature of the new procedure of appeal of dismissal, as well as the living law in terms of the need for interim protection for the guarantee of effective legal protection, recourse to the unnamed precautionary protection is certainly complicated, but not excluded in the abstract.*