

Il processo del lavoro

Cinquant'anni dopo
(1973-2023)

a cura di

I. Piccinini, A. Pileggi, B. Sassani, P. Sordi



Giappichelli

Prefazione

L'11 agosto 1973 veniva emanata la legge n. 533 di riforma del processo del lavoro.

In occasione del cinquantenario, la Sezione romana del Centro Studi Domenico Napoletano ha promosso un'opera collettanea, da noi curata, per raccogliere l'esperienza maturata nell'applicazione di tale sistema di regole e dedicarle una meditata riflessione, sul piano scientifico, sugli effetti apportati dal rito al contesto giuridico e a quello delle relazioni industriali.

L'opera non vuole essere, però, sterilmente celebrativa.

Né fungere da raccoglitore disorganico di pur autorevoli saggi sul processo del lavoro privato e pubblico, sui singoli istituti, su ciascun grado, su ciascuna fase.

L'opera aspira ad essere completa, sistematica ed aggiornata per gli operatori.

Il filo conduttore è stato quello di interpretare le norme commentate nella loro attualità, attraverso le prassi giudiziarie e l'evoluzione, o adattamento, di quel Diritto del lavoro che nel processo si attua, anche alla luce dell'ultima riforma del processo civile.

Tanti studiosi, che ringraziamo nuovamente e pubblicamente, hanno aderito al nostro invito di fornire il loro contributo: grazie ai Docenti universitari in materie giuslavoristiche e processualciviltistiche, ai Magistrati della Corte di Cassazione e di merito e agli Avvocati.

Infine, esprimiamo un ringraziamento particolare all'avvocato Serena Mancini per il prezioso supporto redazionale e la fattiva disponibilità.

Iolanda Piccinini, Antonio Pileggi, Bruno Sassani, Paolo Sordi

Roma, 16 ottobre 2023

Elenco degli Autori

Amendola Fabrizio, Consigliere della sezione lavoro della Corte di Cassazione

Ammassari Ginevra, dottore di Ricerca in Diritto processuale civile e avvocato del Foro di Roma

Bellé Roberto, Consigliere della sezione lavoro della Corte di Cassazione

Bellomo Stefano, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro presso Sapienza Università di Roma e avvocato

Bertoldi Valentina, Professore Associato di Diritto processuale civile presso Sapienza Università di Roma

Buconi Maria Lavinia, Consigliere della sezione lavoro della Corte di Cassazione

Buttafoco Anna, avvocato del Foro di Roma

Cataudella Maria Cristina, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro presso Università di Roma «Tor Vergata»

Cavallaro Luigi, Consigliere della sezione lavoro della Corte di Cassazione

Conte Dario, Magistrato della sezione lavoro del Tribunale di Roma

De Marinis Nicola, Consigliere della sezione lavoro della Corte di Cassazione

Ferraro Fabrizio, Ricercatore a tempo determinato presso Sapienza Università di Roma e avvocato

Fiorillo Luigi, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro Università degli Studi di Napoli «Federico II» e avvocato

Fraioli Antonio Leonardo, Professore Associato di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi di Roma «Tor Vergata» e avvocato

Fratini Riccardo, dottore di ricerca e avvocato del Foro di Roma

Galleano Sergio, avvocato del Foro di Milano

Isceri Marco, dottore di ricerca e avvocato del Foro di Roma

Licci Paola, Ricercatrice in Diritto processuale civile presso l'Università di Roma «Tor Vergata» e avvocato

Luiso Francesco Paolo, già Professore Ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Pisa e avvocato

Maggi Grazia, avvocato del Foro di Roma

Mancini Serena, avvocato del Foro di Roma

Mezzacapo Domenico, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro presso Sapienza Università di Roma

Mostarda Sabrina, Consigliere presso la sezione lavoro della Corte d'Appello di Roma

Odorisio Emanuele, Professore Ordinario di Diritto Processuale Civile presso l'Università LUMSA di Roma e avvocato

Passalacqua Pasquale, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro presso l'Università di Roma «Tor Vergata» e avvocato

Petrella Virginia, avvocato del Foro di Roma

Piccinini Iolanda, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro l'Università LUMSA di Roma e avvocato

Pileggi Antonio, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro presso l'Università di Roma «Tor Vergata» e avvocato

Rondina Francesco, avvocato del Foro di Roma

Salvagni Michelangelo, avvocato del Foro di Roma

Sassani Bruno, Professore Emerito dell'Università di Roma «Tor Vergata» e avvocato

Sgroi Antonino, avvocato INPS

Sordi Paolo, Presidente del Tribunale di Frosinone

Tamburro Livia, avvocato del Foro di Roma

Tamburro Luciano, avvocato del Foro di Roma

Vallebona Antonio, Professore Emerito di Diritto del Lavoro presso l'Università di Roma «Tor Vergata» e avvocato

Introduzione

Capitolo I

La nascita del Processo del Lavoro

di Francesco P. Luiso

Sommario: 1. Premessa. – 2. La nascita di un rito speciale per le controversie individuali di lavoro. – 3. Il r.d. 21 maggio 1934, n. 1073. – 4. Il c.p.c. del 1942. – 5. Lo Statuto dei lavoratori. – 6. Il progetto del 1971. – 7. La legge 11 agosto 1973, n. 533.

1. Premessa

Credo di avere il non invidiabile privilegio di essere uno dei pochi che ad aver vissuto di persona la nascita del rito del lavoro: il primo convegno dell'associazione dei processualisti, cui ho partecipato, è stato quello di Bologna 1971, quando si discusse del progetto di riforma; ho avuto poi la fortuna di veder nascere sotto i miei occhi il «Diritto processuale del lavoro» di Fabbrini, un testo che a (quasi) cinquant'anni dalla sua pubblicazione conserva ancora una incredibile attualità, perché ebbe il pregio di individuare (quasi) tutti i veri problemi che il rito poneva, e di trascurare invece i falsi problemi – cosa che non accadde per gli altri commenti coevi.

Costituisce dunque una grande soddisfazione partecipare a questa iniziativa che ricorda i cinquant'anni del rito del lavoro.

2. La nascita di un rito speciale per le controversie individuali di lavoro

Com'è noto, il rito speciale del lavoro è nato con r.d. 1° luglio 1926, n. 1130, che costituì l'attuazione della legge 3 aprile 1926, n. 593, sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro.

Il titolo V del r.d. n. 130/1926 era dedicato alle controversie collettive di lavoro, materia questa strettamente legata all'ordinamento corporativo, e con la caduta dello stesso scomparsa – anche se non del tutto: v. il § 4.

La prima, vera legge speciale in materia di controversie individuali di lavoro fu il

r.d. 26 febbraio 1928¹, successivamente sostituito dal r.d. 21 maggio 1934, n. 1073². Questi testi normativi introdussero un apposito rito divergente, anche in modo notevole, dal c.p.c. del 1865.

In seguito, faremo riferimento al r.d. del 1934, che peraltro non introdusse modifiche radicali, ma semplici aggiustamenti, al testo di pochi anni prima.

3. Il r.d. 21 maggio 1934, n. 1073

Tralasciamo l'individuazione delle controversie, cui si applicava il rito del lavoro, perché strettamente legata al sistema corporativo.

La prima, fondamentale caratteristica del rito del lavoro fu la soppressione di tutte le giurisdizioni speciali, e l'accentramento della risoluzione delle controversie nella giurisdizione statale. Tuttavia, alcune caratteristiche della giurisdizione probivirale rimasero: ai sensi dell'art. 3, il giudice poteva – e, se una delle parti lo richiedeva, doveva – essere assistito da due cittadini esperti in materia di lavoro, uno appartenente alla categoria dei datori di lavoro e l'altro alla categoria dei lavoratori.

Era inoltre possibile deferire in arbitrato la decisione della controversia (art. 4).

La forma della domanda introduttiva era quella del ricorso, la competenza si divideva fra pretore e tribunale secondo le regole del c.p.c., e la difesa tecnica non era obbligatoria.

Il ricorso era depositato nella cancelleria del giudice adito, il quale fissava l'udienza di comparizione. Ricorso e decreto erano comunicati al convenuto non dall'attore mediante notificazione, sibbene di ufficio dalla cancelleria mediante raccomandata con avviso di ricevimento.

Alla prima udienza le parti, a pena di decadenza, dovevano proporre le eccezioni pregiudiziali di rito (ma non le eccezioni di merito) non rilevabili di ufficio, e dovevano manifestare la volontà di proseguire nel giudizio.

L'istruttoria presentava caratteristiche peculiari e ben diverse da quelle del c.p.c.: il giudice (art. 14) poteva ammettere di ufficio tutti i mezzi istruttori che riteneva necessari, e l'assunzione di questi mezzi istruttori avveniva anche in deroga a quanto previsto dal c.p.c.

La pronuncia della sentenza poteva avvenire anche mediante lettura del dispositivo in udienza.

4. Il c.p.c. del 1942

Poco tempo dopo, il rito del lavoro fu incorporato nel nuovo c.p.c.: rimase quindi un rito speciale, ma non fu più disciplinato da una normativa speciale; e perse anche

¹ La stretta dipendenza delle riforme processuali dalla legge 3 aprile 1926 è pacifica: N. JAEGER, *Le controversie individuali di lavoro*, Padova, 1932, 17 ss., 65 ss.

² Sulle ragioni della riforma del 1934 si v. N. JAEGER, *Il nuovo regolamento processuale del lavoro*, Padova, 1935, 1 ss.

alcune delle peculiarità che caratterizzavano il previgente rito – peculiarità che peraltro, come vedremo fra poco, riemersero in parte nella riforma del 1973.

Riportato il rito del lavoro nell'alveo del rito ordinario, con regole di competenza per valore identiche, si ebbe l'introduzione di alcune disposizioni, che poi sarebbero passate nella riforma del 1973.

Per quanto riguarda l'identificazione delle controversie individuali di lavoro, l'art. 429 c.p.c. assume il contenuto che poi sarà sostanzialmente recepito nell'attuale art. 409 c.p.c. Manca il richiamo al lavoro parasubordinato di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c.; però è significativo che compaiano anche i rapporti di lavoro non subordinato (mezzadria, colonia parziaria, affitto a coltivatore diretto).

Rimasero e furono accentuate, in materia di istruzioni probatorie, le divergenze con il rito ordinario. L'art. 439 c.p.c. dava al giudice il potere di disporre di ufficio tutti i mezzi di prova che riteneva opportuni, nonché la prova testimoniale anche fuori dei limiti del codice civile. L'art. 446, comma 2, c.p.c., precisava però che, in caso di mutamento del rito da lavoro ad ordinario, non si poteva tener conto delle prove ammesse ed assunte in deroga alle norme ordinarie. Com'è noto, nella riforma del 1973 è rimasta solo l'inutilizzabilità delle prove ammesse, e non anche di quelle assunte in deroga alle norme ordinarie. Sicché, svoltasi erroneamente la causa con il rito del lavoro, ed effettuato il mutamento di rito, le prove assunte di ufficio dal giudice – al contrario di quelle ammesse in contrasto con le norme ordinarie – non perdono efficacia.

Caduto il regime corporativo, sopravvissero senza alcuna giustificazione alcune disposizioni, che con quel regime erano strettamente collegate: si pensi, ad es., all'art. 450 del c.p.c. del 1942, che prescriveva la competenza della corte di appello-magistratura del lavoro come giudice di gravame anche avverso alle sentenze del pretore; oppure ancora all'art. 806 c.p.c., che dichiarava (e dichiara) non arbitrabili le controversie individuali di lavoro di cui all'art. 429 c.p.c. (oggi, art. 409 c.p.c.).

5. Lo Statuto dei lavoratori

I primi segni della riforma del 1973 si ebbero con l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori. In particolare, l'art. 28 dello Statuto introdusse un procedimento speciale con funzione dichiarativa – e quindi produttivo di un provvedimento suscettibile di avere gli effetti di cui all'art. 2909 c.c. – e tuttavia preceduto da una fase sommaria di competenza del pretore, alla quale seguiva una fase a cognizione piena dinanzi al tribunale, ed un appello nei modi ordinari.

Allora, come oggi, il punto di partenza furono i tempi lunghi della giustizia civile, ciò che era sentito come particolarmente lesivo di situazioni sostanziali, come quelle di chi trae dal proprio lavoro i mezzi di sussistenza. Fu questo il vero fondamento della c.d. tutela giurisdizionale differenziata. L'espressione nasce dal ben noto articolo di Proto Pisani sul *Foro it.* del 1973, volto a giustificare la presenza di un rito speciale per le controversie di lavoro e previdenziali. Lo stesso Proto Pisani, nella relazione al

XIII convegno nazionale dell'associazione fra gli studiosi del processo civile³, dedicato appunto a «La tutela giurisdizionale differenziata», ebbe a definirla espressione «altamente equivoca»⁴ e Colesanti la qualificò «formula che sembra prestarsi a singolari equivoci, come quella che si ammanta del fascino delle cose poco chiare»⁵. Ma sul punto ritorneremo fra poco.

6. Il progetto del 1971

Una volta avutasi notizia del progetto di riforma, si tenne a Bologna nel giugno del 1971 un incontro, organizzato dall'Associazione fra gli studiosi del processo civile, che fu introdotto dalla relazione di Fabbrini⁶, e che ebbe uno svolgimento a dir poco vivace – in contrasto con il consueto *aplomb* dei convegni processualciviltistici⁷.

Per ciò che a distanza di mezzo secolo ancora interessa, il contrasto fu soprattutto sui precedenti: Fabbrini rilevò la somiglianza con il rito del r.d. del 1934⁸, Andrioli⁹ con il progetto Chiovenda.

Il contrasto era certamente più apparente che reale: niente impediva al legislatore «fascista» del 1934 di prendere spunto dalle idee di Chiovenda, come in effetti era successo, posto che – lo abbiamo visto – il r.d. del 1934 si distaccava in modo netto dal c.p.c. unitario, ed indubbiamente recepiva (ma solo in parte) i principi sottesi alla triade chiovendiana «concentrazione, oralità, immediatezza».

Abbiamo detto solo in parte, poiché – come era già stato rilevato in ordine al r.d. del 1934 – «se il legislatore ha introdotto alcuni dei principî che caratterizzano il processo orale ... ha trascurato però di determinare durante lo svolgimento del processo l'unicità del giudicante ed in tal modo manca al procedimento uno dei requisiti essenziali per l'oralità»¹⁰.

Ed in effetti l'oralità postula che lo stesso magistrato – persona fisica conduca il processo dall'inizio alla fine, come accade per il processo penale in virtù dell'art. 525 c.p.p. Ma nel processo civile questa necessità non è mai stata ritenuta rilevante, posto che l'art. 174 c.p.c., il quale stabilisce l'immutabilità del giudice istruttore, è stato svuotato di significato dalla Corte di Cassazione, che lo ha sempre considerato dispo-

³ A. PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 536

⁴ Più di recente v. dello stesso A. *Significato ed equivoci della "tutela giurisdizionale differenziata"*, testo che ho potuto consultare in manoscritto per la cortesia dell'A.

⁵ V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 618.

⁶ G. FABBRINI, *Diritto vigente, precedenti e progetti di riforma intorno al processo individuale del lavoro*, in AA.VV., *Incontro sul progetto di riforma del processo del lavoro*, Milano, 1971, 1 ss., ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1989, II, 3 ss.

⁷ V. COLESANTI, *Un convegno sulla riforma del processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 435 ss.

⁸ G. FABBRINI, *Incontro sul progetto di riforma*, cit., 13.

⁹ V. ANDRIOLI, *Incontro sul progetto di riforma*, cit., 122.

¹⁰ A. SEGNI, *Procedimento civile*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1938, 553.

sizione irrilevante, la cui violazione determina una mera irregolarità amministrativa, e forse neppure quella.

Inoltre, e fondamentalmente, il progetto istituiva rigide preclusioni rispetto alle questioni di merito (allegazioni e prove), sconosciute al progetto Chiovenda ed anche al r.d. del 1934; in parte recuperate dal c.p.c. nel testo originario, prima della novella del 1950.

7. La legge 11 agosto 1973, n. 533

Il progetto, discusso a Bologna nel 1971, fu successivamente modificato in misura non secondaria, e fu approvato con la legge n. 533/1973.

Occorre rilevare che le infuocate polemiche che ne precedettero l'approvazione si spensero dopo l'entrata in vigore della riforma: tanto che chi aveva criticato a fondo il progetto divenne l'autore di un commento¹¹ che, come abbiamo già detto, è ancora in larga misura attuale.

Vi è da dire che la riforma suscitò entusiastiche aspettative palingenetiche in parte degli operatori, quasi fosse il punto di partenza di un imminente mutamento radicale della nostra società. Occorre tuttavia calarsi, storicisticamente, nello spirito del tempo: all'epoca sembrava inarrestabile l'avanzare del collettivismo. È del 1972 il convegno catanese sull'uso alternativo del diritto; è del 1975 il libro di Chiarloni "Introduzione allo studio del diritto processuale civile".

Ma, come spesso accade, il tarlo corrodeva già le fondamenta di un'apparenza trionfale: undici anni dopo aver vinto la guerra, nel 1986 il Vietnam si convertì all'economia di mercato; nel 1989 sarebbe caduto il muro di Berlino; e nel 1990 sarebbe imploso il comunismo.

Al netto, dunque, delle vicende contingenti che ne videro la nascita, resta un rito che ha superato la prova del tempo, con pochissimi, secondari ritocchi: anche in occasione della recente riforma Cartabia, ci si è resi conto che il processo del lavoro non ha necessità, almeno per ora, di restauri. Ché, anzi, sono state ricondotte al rito ordinario del lavoro talune controversie, precedentemente disciplinate da riti speciali, come il c.d. rito Fornero.

L'auspicio è che si mantenga ancora per luoghi anni idoneo a gestire la nostra giustizia del lavoro.

¹¹ G. FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1974.

Capitolo II

Il rito del lavoro a cinquanta anni dal suo debutto: la resistenza all'effimero e le tentazioni dell'omologazione

di Bruno Sassani

Sommario: 1. Una struttura solida e duratura. – 2. I fattori temporali. – 3. Trionfo e crisi dell'oralità. – 4. Specificità della procedura.

1. Una struttura solida e duratura

Mezzo secolo è passato dalla riforma del 1973; l'idealizzazione di allora è in buona parte svanita ma il processo del lavoro è sempre al suo posto e continua a svolgere dignitosamente la sua funzione. Negli anni il modello ha subito modifiche ma ha conservato ben visibile l'originaria struttura. Caratteristica, questa, davvero rilevante se comparata alla triste sorte della cognizione c.d. ordinaria (e di altri riti satelliti), tutti vittime di riforme e controriforme in un moto pendolare costante e interminabile (si può ragionevolmente scommettere che l'ultima riforma sarà sempre la penultima) dove il nuovo è spesso solo il ritorno di regole trionfalisticamente ripudiate tempo addietro come fonte sicura di inefficienza.

La legge 11 agosto 1973, n. 533 (*Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie*) è entrata nella cultura del processo, ha fatto la cultura del processo condizionando tutte le riflessioni successive. Per prima cosa il rito del lavoro ha goduto del privilegio di riportare idealmente la stanca realtà del processo civile alla dimensione della mitizzata triade chiovendiana «oralità-concentrazione-immediatezza» (sorta di paradiso terrestre favoleggiato e mai realizzato). In secondo luogo – ed è questa la cosa più importante – esso si è mostrato adeguato alla tipologia delle controversie a cui è stato applicato. Il che è la sua forza ma, contemporaneamente, il suo limite quale modello generale del contenzioso civile.

Il disegno del rito lavoristico è semplice perché si risolve nella necessità che le parti pongano subito sul tavolo la materia del contendere, offrendo contestualmente i fatti da provare e articolando le fonti di prova, comprimendo così lo spazio residuo alla di-

mostrazione delle allegazioni e ai chiarimenti *in jure*. A chi – avendo in mente la formalistica laboriosità della cognizione ordinaria – traduce l’aggettivo *semplice* con *grezzo* è facile replicare che quel disegno si è comunque mostrato all’altezza del compito affidatogli, cosa invece clamorosamente mancata nel processo ordinario.

Nel 1973 entrò per la prima volta in scena un meccanismo funzionante, controverso ma comunque efficiente, un meccanismo che – a differenza della vicenda del codice del 1940 – non si trasformò subito nel capro espiatorio delle delusioni degli operatori. Molte furono le polemiche, ma prevalentemente investirono la disinvoltura con cui qualche settore della magistratura sembrò piegare il modulo processuale a favore della cosiddetta parte debole, a scapito dei valori di eguaglianza delle parti e della neutralità dello strumento processuale. Le critiche, in altre parole, riguardarono più la curvatura politica dell’applicazione delle regole procedurali che la loro sostanza e la fattura intrinseca della normativa. Il confronto si incentrò prevalentemente sulla c.d. «*tutela differenziata*» della «*parte debole*», rispetto al quale dibattito oggi possiamo addirittura sorridere se ne confrontiamo la latitudine con la forza espansiva che l’idea di un diritto speciale in grado di superare le regole del gioco ha acquistato quando la *parte debole* ha smesso di identificarsi con il lavoratore per trasformarsi nel consumatore¹.

Si può allora dire che l’accelerazione, la concentrazione, e l’immediatezza furono, da un lato, salutati come un ritorno al programma generale chiovendiano, dall’altro furono percepiti come valori (non assoluti ma) strumentali ad uno specifico programma di diritto sostanziale. In questa direzione va rammentato che la vicenda globale non può ridursi alla inserzione nel codice di rito della legge del 1973. La prova generale della legislazione differenziata era stata fatta nel 1970 con gli articoli 18 e 28 dello statuto dei lavoratori, e sarebbe proseguita poi, negli anni Settanta, con la riforma delle lottizzazioni e la legge sui patti agrari che portavano con loro il processo lavoro.

2. I fattori temporali

Bisogna però a questo punto soffermarsi a riflettere che il buon grado di effettività raggiunto nel primo quindicennio di applicazione discendeva dalla combinazione del modello con alcuni elementi peculiari e, storicamente, difficilmente ripetibili. Nell’ordine: la partenza con ruoli a zero (e la conseguente mancanza della zavorra dell’arretrato); la creazione di un corpo di giudici specializzati e dedicati a un settore specifico; l’attribuzione a sezioni dedicate; la forte caratterizzazione tipologica delle controversie; l’alta motivazione che fece di corpo dei pretori del lavoro l’*élite* della magistratura dell’epoca; l’intento di raggiungere risultati intesi come i frutti voluti di un programma sociale se non politico.

¹ Le vicende del giudicato travolto in nome del *vulnus* alla effettività della tutela del consumatore soggetto ad ingiunzione, con le sentenze della Corte di giustizia UE e delle sez. un. della Cassazione italiana fanno impallidire le tesi più ardite di tutela differenziata del lavoratore.

Non è un caso che il coefficiente di effettività (pur restando buono) si attenui notevolmente una volta venuta meno la centralità culturale di quel programma sociale: fine della tensione sociale (di quella, specifica tensione sociale); irruzione dell'impiego con le pubbliche amministrazioni (a cominciare dalla attribuzione delle controversie di lavoro dei dipendenti delle Ferrovie dello Stato al pretore del lavoro operata dalla legge n. 210/1985); scomparsa del pretore e *normalizzazione* del soggetto giudicante quale magistrato di tribunale. Si aggiunga la generalizzazione del rito con sua diffusione ad altre materie, il cui punto d'arrivo è rappresentato dal decreto legislativo numero 150/2011 che, astratto il rito del lavoro dalla funzione per cui era stato creato, lo trasforma in modello per processi in materie varie ed eterogenee.

La spinta propulsiva del rito del lavoro si era attenuata al termine del primo ventennio di applicazione. Lo scontro sociale si era spostato ed era calata la tensione culturale su cui poggiava l'impegno collettivo che governava il moto del procedimento bilanciando la concentrazione con l'elasticità, complice la semplicità del modello.

Nel turbine riformatore delle strutture giudiziarie che (partito con l'istituzione del giudice pace e passando per la creazione del giudice monocratico di tribunale) si conclude nel 1998 con l'abolizione delle preture, la conferma del *trend* si rafforza per la scomparsa del personaggio che aveva contribuito decisamente al successo del modello, del personaggio che aveva assunto in prima persona i problemi del contenzioso del lavoro fino a farsi garante del meccanismo processuale spingendosi a gestirlo con uno spirito che sarebbe vano cercare nel suo successore. Parlo del pretore, del pretore del lavoro, peculiare figura di giudice travolto appunto dalla riforma del c.d. *giudice unico*. Solo chi ha vissuto i venticinque anni trascorsi dal 1973 può capire l'importanza di questa figura, un regista che del processo del lavoro «sentiva il polso» con atteggiamenti e sensibilità che sarebbero ben presto divenuti anacronistici. Sfumature si dirà, ma sfumature non irrilevanti se accostate all'irrigidimento burocratico progressivamente installatosi nei tribunali del nuovo millennio: a questo irrigidimento il pretore del lavoro avrebbe probabilmente opposto il senso, ormai scomparso, di una professionalità peculiare; avrebbe opposto l'istintiva resistenza di un personaggio animato da quello spirito di ragionevolezza operativa che gli permetteva di tenere saldamente in mano le redini della disputa, dialogando con gli avvocati delle parti e resistendo al montante formalismo.

3. Trionfo e crisi dell'oralità

La costanza del successo del processo del lavoro si spiega per una serie di fattori, alcuni strutturali, altri storicamente determinati e difficilmente ripetibili. Chi lo aveva equivocamente mitizzato come un trionfo dell'ideale chiovendiano, aveva però inteso i principi del processo del lavoro come una sorta di segnaletica sulla strada verso la palinogenesi della disastrosa cognizione ordinaria.

L'intero dibattito che condusse alla ampia riforma del processo civile costituita dalla legge n. 353/1990, mostra invero come questa fu concepita quale travaso nel corpo del-

la cognizione ordinaria di regole proprie del processo lavoristico. Scelta ingannevole².

Innanzitutto perché non si è tenuto conto che i successi più spettacolari del debutto erano dipesi dai fattori sociali che avevano sostenuto il suo successo iniziale. L'attenuazione di quei fattori aveva poi allentato i successi del rito, ma questo fatto viene debolmente percepito. Negli anni di preparazione della riforma del 1990 del rito del lavoro si parla ancora come di una forza viva, in grado di trainare il boccheggianti processo civile che dovrebbe essere recuperato secondo gli ideali di accelerazione concentrazione e immediatezza. Quando però queste parole d'ordine saranno recuperate in chiave generale, sarà troppo tardi e il processo del 1990 riceverà pomposamente il guscio vuoto di un'esperienza svanita.

Il resto è storia. Al mito di un'immediatezza presidiata dal principio di preclusione ispirato al rito del lavoro segue a ruota la controriforma del 1995, e seguono le tante modifiche degli anni successivi. Infine – ed è cronaca – lo smantellamento di ogni residua illusione di oralità, dapprima imposta dalla legislazione emergenziale pandemica, e poi accolta ed esaltata dalla riforma del d.lgs. n. 149/2022 che ha sancito di fatto la fine dell'udienza. Ci si trova dunque di fronte al rovesciamento della impostazione della legge intesa a portare nel processo civile lo spirito del processo del lavoro. Altro che oralità! A venir meno nella riforma del 2022 è la stessa udienza. Il luogo dell'udienza è stato trasformato nel non-luogo dello scambio scritto: è il modello del processo come scansione di attività condivise che viene rovesciato. La massima è diventata «incontrarsi il meno possibile», e non è inutile ricordare che il *rito dell'assenza*, imposto dal Covid e poi sancito dalla riforma del 2022, era stato anticipato nel 2016 dalla Corte di Cassazione che – con una legge pensata e scritta a Piazza Cavour – aveva semplicemente cancellato l'incontro di giudici e avvocati riservando la presenza fisica di questi ultimi ai pochi casi di pubblica udienza.

Non mi sembra esagerato affermare che l'oralità è ormai ufficialmente valutata quale fattore negativo, fattore di perdita di tempo e di efficienza del procedere. E il bello è che, proprio brandendo il mito oralità/concentrazione/immediatezza estratto dall'esperienza del rito del lavoro, il riformatore processuale è approdato ad un nuovo modello di processo scritto e disperso.

4. Specificità della procedura

Quello del lavoro è dunque un rito solido, positivamente sopravvissuto alla forza destabilizzante del tempo e mitizzato però per le ragioni sbagliate. Buon modello di procedura per i settori che gli competono, epperò esso non si presta affatto ad una generalizzazione che ne faccia il modello del processo civile di cognizione.

² Mi riferisco precipuamente alla esaltazione delle preclusioni. Altra cosa è la generalizzazione, operata dalla riforma del 1990, di meccanismi originariamente concepiti in favore del lavoratore, quali le ordinanze provvisorie dell'art. 423 e soprattutto l'esecutorietà immediata della sentenza di primo grado in origine relativa ai soli crediti di lavoro.

Per quanto numerose (e talvolta fantasiose) le controversie lavoristiche tendono infatti per loro natura a presentarsi e a svolgersi secondo schemi ricorrenti. Sul palcoscenico del processo entrano in scena soggetti tipizzabili, cioè personaggi con un ruolo abbastanza definito e – considerati gli interessi che li animano – dotati di una certa prevedibilità comportamentale. Sul piano oggettivo la materia del contendere ha la tendenza a raggrupparsi in blocchi seriali che favorisce la circolazione delle soluzioni finendo per portare con sé anche la tecnica di trattazione.

A questi *pattern* si adattano bene, da un lato la tecnica della presentazione immediata e (tendenzialmente) completa della materia del contendere, dall'altro una partecipazione del giudice alle vicende processuali del tutto estranea al modello comportamentale del giudice medio che popola i tribunali italiani.

Basta poco, però, per alterare l'equilibrio. Valga per tutte la non remota vicenda dell'applicazione del rito del lavoro alle controversie da sinistro stradale. La legge n. 102/2006, recante «*Disposizioni in materia di conseguenze derivanti da incidenti stradali*» stabilì che, al fine di garantire una più efficace tutela alle vittime della strada, e di abbreviare i tempi di definizione dei relativi procedimenti risarcitori, tale tipo di contenzioso doveva essere trattato con il rito degli artt. 409 ss. del codice di procedura. La buona intenzione stava nella constatazione della positiva esperienza del processo del lavoro, e nell'applicazione della proprietà transitiva che ne avrebbe fatto un buon rito per la disputa infortunistica. La legge entrò subito in vigore e fu un totale disastro: bastò poco per rendersi conto del fatto che il contenzioso non si prestava affatto al tipo di trattazione proprio del processo lavoristico. Le tipologie *sui generis* delle controversie, i caratteri dei soggetti direttamente coinvolti, la difficoltà delle ricostruzioni storiche dei fatti, la presenza costante di soggetti quali le compagnie di assicurazioni ecc. crearono subito un malessere diffuso che si trasformò nell'opposizione unanime di giudici e avvocati alla legge che fu seccamente e frettolosamente abrogata dalla legge n. 69/2009.

Nella materia lavoristica, la capacità di resistenza del modello generale de rito del lavoro si rivela peraltro inversamente proporzionale a quel suo *sotto-rito* a cui l'esperienza ha dato la palma del peggiore dei riti possibili. Parlo del c.d. *rito Fornero* che, programmato per una tutela differenziata, si è rivelato un processo-trappola, zeppo di problemi, di incertezze e moltiplicatore di fasi di giudizio. Una iattura fortunatamente eliminata dalla riforma del 2022.

Riforma che pone ora il problema dell'applicabilità dell'art. 127 *ter* (*Deposito di note scritte in sostituzione dell'udienza*) al processo del lavoro: ha senso quel che qualche interprete ha già proposto, trattarsi cioè di norma generale che non trova ostacoli ad essere applicata a tutti i processi? Sul piano della formale correttezza interpretativa, la risposta dovrebbe essere positiva, se si guarda alla collocazione della norma nel libro I dei principi generali, alla formulazione in termini generali della disciplina, e anche alla impossibilità di escludere che anche nel processo del lavoro si diano talora in concreto le condizioni per un uso ragionevole dello scambio scritto. Qui c'è qualcosa di più però rispetto alle regole ermeneutiche. Resta infatti che il processo del lavoro merita di conservare quelle caratteristiche vitali che lo hanno positivamente caratteriz-

zato, una delle quali è il mantenimento della centralità dell'udienza rispetto alle altre forme di contraddittorio. La soluzione verrà pertanto dalla sensibilità dei giudici del lavoro: se si opporranno compattamente all'applicazione dell'art. 127 *ter* al loro campo, vorrà dire che il processo del lavoro avrà salvato qualcosa delle proprie caratteristiche essenziali.

Viceversa, ci si sarà incamminati verso un'omologazione a cui si era finora opposta resistenza. Si avvierà così a chiusura una lunga stagione.

Capitolo III

La trattazione della causa (che non s'ha da fare)

di Antonio Pileggi

Sommario: 1. Una «procedura nuova per una nuova “giustizia del lavoro”». – 2. Ma una «procedura nuova» non basta senza un «nuovo» giudice del lavoro. – 3. I poteri istruttori del giudice. – 4. Contenzioso seriale e crisi del processo del lavoro. – 4.1. L'assalto dei dipendenti degli enti privatizzati (ferrovieri, postali & C.). – 4.2. Il temuto assalto dei dipendenti pubblici privatizzati e la linea Maginot. – 4.3. La crisi di identità del giudice del lavoro: gli interessi *altri* da tutelare. – 5. Crisi di identità del diritto del lavoro e processo del lavoro: la torbida stagione del diritto del lavoro dei consulenti del lavoro e dei giuslavoristi di prossimità. – 5.1. Le norme inderogabili sempre meno inderogabili. – 5.2. I diritti indisponibili sempre meno indisponibili. – 5.3. Indennizzazione delle tutele da licenziamento illegittimo e conciliazione. – 5.4. Un nuovo movimento giuslavoristico: il *decadentismo*. – 5.5. Il processo del lavoro sempre più costoso e rischioso per chi lo azzardi. – 6. I poteri istruttori del giudice, oggi.

1. Una «procedura nuova per una nuova “giustizia del lavoro”»¹

C'era una volta il *nuovo* processo del lavoro.

Nato dalla amara, ma non rassegnata, constatazione che «*la realtà processuale delle controversie individuali di lavoro o di previdenza e assistenza obbligatoria, diviene ogni giorno di più patologica, e tale da costituire un vero e proprio processo di vanificazione dei diritti dei lavoratori: dalle lungaggini temporali crescenti, all'aumento dei costi, all'inadeguatezza dei giudici e dei mezzi processuali*».

E dall'urgenza di arginare la «*fuga dalla giustizia della Repubblica fondata sul lavoro*»², dovuta alla «*drammaticità della situazione attuale derivante dall'exasperante lentezza dei procedimenti, che si traduce in un danno, il più delle volte irreparabile, per i lavoratori, i quali sfiduciati, stanchi, fiaccati nella loro capacità di resistenza, sono molto spesso costretti a subire ricatti, accettando umilianti transazioni*»³.

La «*fuga dalla giustizia della Repubblica fondata sul lavoro*», era considerata, all'epoca, un male assoluto da combattere.

¹ Così il titolo di un saggio di CAPPELLETTI, in *Riv. giur. lav.*, 1971, I, 293-294.

² Dalla Relazione LOSPINOSE SEVERINI alla originaria proposta di legge C379 presentata il 5 luglio 1972.

³ Sempre Lospinoso Severini relatore per la maggioranza nella seduta di sabato 28 luglio 1973 alla proposta di legge modificata dal Senato 379-B.

All'epoca.

Non che, già allora, non si percepisse il rischio di un possibile uso strumentale del processo del lavoro con effetto inflazionistico. «È, purtroppo, nella natura umana, la tendenza a cercare il cavillo o, comunque, il sistema, per dare meno, o per agitare lo spauracchio di lunghe liti per tentare di avere di più. I conflitti di lavoro sono ineliminabili; quello che occorre è di fare in modo che la fase del contrasto, rapidamente e secondo giustizia, possa chiudersi, scoraggiando le opposte speculazioni»⁴.

Ma questa non era certo ragione per non attuare, attraverso il processo, il diritto del lavoro.

E non che, già allora, non si confidasse nella conciliazione come strumento prioritario di soluzione delle liti.

Si era pure discusso sul se mantenere l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione di matrice corporativa. Ma poi, pur se reso *facoltativo*, lo si è comunque sistemato in prima fila: individuata la competenza per materia, la seconda disposizione della nuova «disciplina delle controversie individuali di lavoro» è dedicata al tentativo di conciliazione (art. 410). E comunque, se non si concilia stragiudizialmente, alla prima udienza, come prima cosa, il giudice «interroga liberamente le parti e tenta la conciliazione».

La conciliazione era un bene anche per il *nuovo* processo del lavoro; anche se comporta la rinuncia del lavoratore a diritti derivanti da norme inderogabili.

L'importante è che la conciliazione non sia una via di fuga dal processo e dalla giustizia del lavoro.

E che sia incentivata dall'efficienza del processo del lavoro, non dalla sua inefficienza. Non dall'essere la macchina processuale in panne. O dall'essere il giudice refrattario a farla partire e portarla rapidamente al traguardo.

Si concilia perché c'è una giustizia del lavoro, un giudice del lavoro, non perché non c'è.

Si concilia *benché* si abbia fiducia nella giustizia del lavoro, non *perché* non se nutre alcuna e si teme che il giudice del lavoro rincari la dose.

E comunque, alle origini del *nuovo* processo del lavoro, la prevista conciliazione era l'alternativa ad un processo del lavoro immediato ed efficiente, la cui durata, comunque, non giovava più al datore di lavoro: colpito dalla «ordinanza di pagamento di somme» costituente titolo esecutivo (art. 423); dal dispositivo immediatamente esecutivo letto in udienza (art. 429, comma 1); dalla rivalutazione automatica dei crediti di lavoro in aggiunta agli interessi nella misura legale (art. 429, n. 3; un tasso fisso del 10% era previsto nel progetto originario); dal regime differenziato della «esecutorietà della sentenza» che pronuncia condanna a favore del lavoratore per crediti di lavoro che può essere sospesa solo «quando dalla stessa possa derivare all'altra parte gravissimo danno» (art. 431); dalla (pur, allora, assai controversa) stabilizzazione degli effetti della sentenza di primo grado fino al passaggio in giudicato della sentenza di riforma in appello (art. 337 nel testo originario).

⁴ Relazione della Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in Italia, On. RUBINACCI, *Controversie individuali di lavoro*, vol. IX, 90.

Nelle parole di chi le ha illustrate «*le nuove norme si propongono soltanto di rendere semplici le forme del procedimento, di evitare le manovre dilatorie, di non premiare queste ultime attraverso il lucro sulle somme dovute e non versate a tempo debito di superare i cavilli ed i trabocchetti processuali al fine di una rapida conclusione del processo, di scoraggiare, infine, il ricorso alle sedi giudiziari, venendo a mancare il tor-naconto e non essendo concesso più un premio alla litigiosità programmata*»⁵.

Ed ora? A distanza di mezzo secolo?

Chi ha paura del processo del lavoro?

Quale minaccia è più convincente: ti faccio causa? Oppure il «*famme causa*» del Marchese del Grillo all'ebanista che gli presenta il *conticino*?

2. Ma una «*procedura nuova*» non basta senza un «*nuovo*» giudice del lavoro

Non era però solo questione di procedura. Ma di inadeguatezza del giudice. Il «*grande malato*», si diceva⁶.

La macchina processuale, per essere veloce ed efficiente, doveva essere una monoposto. Con un uomo solo al comando. Non un dispersivo equipaggio di cariatidi, ma un *single pilot* giovane e motivato, con un ruolo vergine, «*proteso verso il futuro piuttosto che schiavo del passato*»⁷, che «*acquisti una sempre più concreta specializzazione e, anche se togato, diventi sempre più sensibile ai problemi che interessano il mondo del lavoro*»⁸. Consapevole che «*con la nuova normativa sono stati offerti al lavoratore strumenti processuali celeri per ottenere il soddisfacimento dei suoi diritti, privilegiando così la posizione di una delle parti delle controversie di lavoro – il lavoratore – rispetto all'altra parte – il datore di lavoro →*»⁹.

Che non significa affatto parteggiare per i lavoratori, ma attuare nel processo le tutele per loro previste.

Un giudice neutrale. Ma chiamato ad amministrare una «*tutela processuale differenziata*» modellata sulla particolare natura dei diritti del lavoratore oggetto del giudizio.

⁵ Così le dichiarazioni del Presidente della Commissione Lavoro del Senato nella seduta del 15 maggio 1973.

⁶ G.C. PERONE, *Il nuovo processo del lavoro* (commento alla legge 11 agosto 1973, n. 533), Padova, 1975, 94, il quale riporta le dichiarazioni del Ministro di Grazia e Giustizia, Gonella secondo cui «*uno dei punti più qualificanti della riforma è costituito dall'attribuzione della competenza di primo grado, senza limiti di valore, ad un giudice monocratico, che è apparso il giudice più idoneo, per essere il giudice più vicino al luogo di lavoro ed alle concrete situazioni locali*».

⁷ «È la scelta del giudice giovane anziché di quello radicato nella lunga e isolante «*carriera*» è la scelta del giudice tendenzialmente più sensibile a fenomeni ed esigenze nuove, più attento e impegnato di fronte agli emergenti scottanti problemi della nostra epoca, del giudice insomma proteso verso il futuro piuttosto che schiavo del passato», così CAPPELLETTI, *op. cit.*, 328.

⁸ Relazione LOSPINOSE SEVERINI, seduta delle Commissioni riunite Giustizia e Lavoro della Camera del 18 giugno 1979 (V Legislatura).

⁹ SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1981, nell'edizione riveduta da Punzi, autore della parte sulle controversie di lavoro.

La riforma, si era giustamente detto, «ha cercato, molto lodevolmente, di conciliare due tendenze apparentemente contrastanti: la prima, di trasferire, in certo qual modo, il principio di «favor» dal piano sostanziale al piano processuale, la seconda, di non discostarsi dai principi, costituzionalmente garantiti, della parità di posizioni delle parti nel processo e del diritto di difesa»¹⁰.

Il nune tutelare dei principi di oralità, immediatezza e concentrazione, lo aveva detto nel 1918: «la necessità di dettare norme particolari per giudizi che interessano persone umili e normalmente incolte (operai, contadini) in lotta contro avversari potenti (datori di lavoro, istituti d'assicurazione), per la definizione di questioni richiedenti una pronta liquidazione, doveva naturalmente esser sentita in un paese come il nostro, in cui il processo ordinario è così inadeguato a questo genere di conflitti. Le particolarità riguardano specialmente la conformazione del giudice, l'ordinamento della difesa e il procedimento»¹¹.

Messi in mano ad un giudice monocratico quei principi funzionavano al meglio. E, del resto, il pretore era stato già chiamato a conoscere delle controversie derivanti dall'applicazione delle norme sui licenziamenti individuali (art. 6, comma 3, legge n. 604/1966) e, dopo quattro anni, e senza ulteriore avviso, delle ben più rilevanti controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18, legge n. 300/1970, anche quando dovessero essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro (per mutuare l'espressione che, quarant'anni dopo, sarebbe stata usata dell'art. 1, comma 47, legge n. 92/2012); nonché delle domande di cui agli artt. 28 e 16, comma 2, legge n. 300/1970.

Il «nuovo giudice» era stato scelto prima della «procedura nuova», poi modellata su di lui.

Ma allora è da *quel* giudice, immedesimato organicamente nel *suo* processo, che ne dipende il funzionamento; da *quel* giudice che in *quella* pretura e, poi, in *quel* tribunale, impersona la giustizia del lavoro. Tutto dipende dalla sua preparazione, dalla sua capacità organizzativa, dalle sue motivazioni, dalla sua sensibilità giuslavoristica, dalla sua *tensione ideale*.

E, se si tratta di più giudici del lavoro assegnati alla sezione, andarne a leggere il nome nel decreto di fissazione dell'udienza è la prima cosa che viene in mente, un riflesso incondizionato, per capire cosa c'è da aspettarsi e come andrà a finire.

3. I poteri istruttori del giudice

Già il vecchio art. 439 riconosceva i «poteri istruttori del giudice» che «può disporre d'ufficio tutti i mezzi di prova che ritiene opportuni» e «disporre la prova testimoniale anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile».

Ma la potenza è nulla senza controllo.

¹⁰ D. NAPOLETANO, *Primi orientamenti interpretativi del nuovo processo del lavoro*, Napoli, 1973, 18.

¹¹ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1169.

Ed il controllo è dato dalla conoscenza dei fatti controversi e delle linee difensive, dalla padronanza della materia e del mezzo processuale, dalla consapevolezza della propria «funzione di giudice del lavoro».

Secondo i *padri costituenti* del nuovo processo del lavoro, alla prima udienza – non a caso «di discussione» e non «di prima comparizione» (che potrebbe essere anche l'*ultima*)¹² – il giudice non deve annasprire spaesato, in balia delle parti, davanti ad un (impersonale ed ostile) fascicolo da smaltire, con in testa un solo impulso: quello di liberarsene con un *mero* rinvio travestito in vario modo. Ma deve essere lui a condurre il gioco, pronto a decidere.

E per poter decidere (anche di istruire) deve aver già potuto-dovuto studiare la causa prima, ed in vista, della prima udienza «nella quale il giudice, sul presupposto di una effettiva conoscenza dei termini della lite – che s'impone per gli adempimenti cui è tenuto e per le decisioni che deve adottare – deve prendere il timone dell'andamento della causa senza prestarsi a sotterfugi di qualsiasi genere»¹³.

Di qui la forma del ricorso da notificarsi a cura della parte; il termine di costituzione del convenuto dieci giorni prima dell'udienza; il «potenziamento della fase preparatoria della prima udienza di trattazione attraverso l'obbligo imposto alle parti – a pena di decadenza – di “calare le carte”, “scoprire le batterie”, “vuotare il sacco”, sin dagli atti introduttivi del giudizio»¹⁴.

E come l'attore, «senza riserva alcuna, deve fin dall'atto introduttivo dire tutto ciò che ritiene utile alla sua difesa, fornire tutto il materiale sul quale basa la sua pretesa, in modo che il convenuto ed il giudice possano avere un quadro esatto dell'oggetto della lite, delle ragioni poste a fondamento della stessa e delle prove che sostengono la pretesa» così il convenuto «fin dalla prima difesa deve vuotare completamente il sacco, deve dire tutto ciò che ritiene utile per contrastare la domanda, deve fornire tutto il materiale probatorio. Non si può mantenere, in sostanza, in una posizione equivoca e di attesa».

Ma tutto ciò serve soltanto «a mettere il giudice nella condizione di conoscere prima dell'udienza di discussione gli esatti termini della lite, rilevare eventuali lacune, farsi un'idea precisa della materia del contendere, prendere parte attiva nello svolgimento del processo»¹⁵.

Non, al contrario, per consentirgli di decidere, per così dire, allo stato degli atti, ap-

¹² Per consentire al giudice di condurre il gioco una volta imposto alle parti di scoprire tutte le carte fino alla prima udienza «nell'incontro di studio di Grottaferrata si è ripetutamente affermato che l'udienza di discussione va soprattutto intesa come sbarramento all'attività delle parti»: così D. NAPOLETANO, *op. cit.*, 44.

¹³ Relazione di LOSPINOSO SEVERINI alle Commissioni riunite Giustizia e Lavoro, seduta del 31 marzo 1971 (V legislatura).

¹⁴ A. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro (premesse alla legge 11 agosto 1973 n. 533)*, *Foro it.*, 1973, n. 9, 205.

¹⁵ Relazione LOSPINOSO SEVERINI alle Commissioni riunite Giustizia e Lavoro della Camera nella seduta del 31 marzo 1971 (V Legislatura).

profittando di errori, lacune, infortuni, per liberarsi sbrigativamente della causa, previo formalistico rilievo processuale di una decadenza e rifiuto di doverosi approfondimenti su circostanze comunque allegate.

Proprio «*al fine di impedire che la rigidità del sistema possa risolversi in danno dell'accertamento della verità, vengono ampliati i poteri istruttori del giudice*»¹⁶. Ecco perché, bandendo ogni formalismo, «*indica alle parti in ogni momento le irregolarità degli atti e dei documenti che possono essere sanate, assegnando un termine per provvedervi*» (art. 421, comma 1) e «*può altresì disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova*» (comma 2).

Senza che la norma consideri eccezionale l'esercizio di un siffatto potere o pretesa che sia la parte interessata a sollecitarne l'esercizio. Lo pretende, però, oggi, la Suprema Corte, perché sia censurabile in sede di legittimità l'omesso esercizio dei poteri istruttori del giudice.

I limiti derivano, naturalmente, dal principio dispositivo: le parti non sono esonerate dall'onere di allegazione; non sono esonerate dall'onere della prova; i poteri istruttori possono (debbono) esercitarsi in favore di entrambe le parti (la verità è di tutti); il giudice non può fare ricorso alla propria scienza privata.

Ma entro tali limiti, «*La particolare esigenza di perseguire la verità materiale – derivante dalla particolare rilevanza delle situazioni soggetti ve implicate nel rapporto di lavoro – impone l'attribuzione al giudice di poteri istruttori d'ufficio, poteri che non rappresentano, pertanto, solo una valvola di sfogo del sistema anticipato di preclusioni in punto di prova, ma anche strumento indispensabile di giustizia sostanziale*».

Il processo del lavoro assume così «*in via primaria la funzione di strumento tendenzialmente volto alla ricerca della verità e all'attuazione della giustizia, più che alla mera realizzazione della pace giuridica*»¹⁷.

Gli stessi giudici erano consapevoli di essere «*chiamati ad amministrare, non una giustizia formale, e tradizionale, ma un nuovo tipo di giustizia in senso sostanziale*».

Eccolo spiegato da loro stessi: «*Noi, giudici civili, siamo abituati ad un processo di tipo dispositivo che spesso ci fa comprendere, o, almeno, intuire, che la nostra sentenza solo formalmente è conforme alla legge e al vero. Troppo spesso dobbiamo constatare, senza, però, potervi porre riparo, che se una parte avesse tempestivamente proposta una qualche eccezione (non rilevabile di ufficio), o avesse chiesto di provare un qualche fatto che pure aveva allegato, la nostra sentenza, molto probabilmente, sarebbe stata diversa e avrebbe rispecchiato, non una verità solo formale, ma la verità e la giustizia sostanziale*».

Un'abitudine che il nuovo processo del lavoro avrebbe dovuto correggere: «*noi giudici potremo assolvere al nuovo ruolo e alla nuova funzione – che sarei tentato di definire sociale – che l'emananda legge di riforma del processo del lavoro ci assegna,*

¹⁶ Dall'intervento del Ministro di Grazia e Giustizia, On. GONELLA, nella seduta al Senato del 15 maggio 1973.

¹⁷ Le ultime due citazioni sono di A. PROTO PISANI, *Il processo del lavoro a diciotto anni dalla sua riforma*, in *Foro it.*, 1992, parte quinta, 85.

solo se saremo particolarmente sensibili ai nuovi fermenti, ai nuovi fenomeni e ai nuovi rapporti sociali in continua evoluzione, e se riusciremo, così come lo impone la nuova procedura, a prendere in mano il timone del processo fin dalla prima udienza di discussione, se non anche prima, al momento della lettura del ricorso e della fissazione dell'udienza di discussione.

All'effettiva direzione del processo si dovrà accompagnare una concreta, costante, partecipazione allo stesso da parte nostra, specie attraverso il corretto uso degli ampi poteri istruttori conferitici, e che sono destinati a realizzare quel nuovo tipo di giustizia di cui innanzi si è parlato»¹⁸.

Il giudice: l'uomo vitruviano del processo del lavoro. Che non deve avere paura del giudizio.

E *«qui tocchiamo il formalismo nella sua vera e ultima radice, che è l'uomo».*

Se *«in sostanza, il formalismo non è altro che una manifestazione di paura: paura del giudizio, della grande opzione tra i due interessi in contrasto»*, all'uomo, giudice del lavoro, si chiedeva di non *«evadere»* nel formalismo, di non *«risolvere il giudizio in termini di processo»*¹⁹.

Sui poteri istruttori del giudice del lavoro avrebbe poi inciso (nel senso di renderne meno necessario, o precluderne l'esercizio) il principio di non contestazione, perché i fatti non contestati *«restano estranei alla materia del contendere ed al conseguente potere di accertamento del giudicante»* (Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761), purché si tratti di fatti costitutivi e non di fatti che servono a provarli o implicanti attività di giudizio. Ma deve contestare non solo il datore di lavoro, nella memoria, i fatti costitutivi della domanda, ma anche il lavoratore, alla prima udienza, i fatti estintivi dedotti nella memoria dal datore di lavoro. La tentazione, per il giudice, potrebbe essere quella di approfittarne per fermarsi lì, senza esercitare i propri poteri istruttori.

Sui poteri istruttori del giudice avrebbe inciso pure il principio della vicinanza ai fatti da provare e della disponibilità dei mezzi di prova, applicato al numero dei dipendenti, ritenuto *«fatto impeditivo»* del diritto alla tutela reale così da addossarne sul datore l'onere probatorio (Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141): a maggior ragione

¹⁸ D. NAPOLETANO, *op. cit.*, 35 e 36. Nel libro è riportata la Relazione introduttiva dell'On. MARIS all'incontro di studio sui problemi della giustizia del lavoro organizzato a Grottaferrata dal CSM nei giorni 17-23 giugno 1973 (pag. 7). Si ritiene utile riportare questo brano (pag. 11): *«Quello che è particolarissimo oggi e più accentuato di quanto non sia stato nel passato, è il carattere ufficiale di questo processo, nel senso che il giudice vi assume un ruolo di protagonista pieno; la prova non è disponibile soltanto per le parti, come in sostanza è sempre stato, con un giudice messo lì a fare il guardialinee, come è stato detto, a fischiare i falli, i colpi di mano, ecc. ma privato di una vera capacità di iniziativa e di intervento che gli consenta di fare giustizia in senso sostanziale, intervenendo anche nel processo formativo della decisione. Molte volte il giudice nel processo civile finisce per dovere essere collaboratore involontario di una sostanziale ingiustizia, nella misura in cui, non essendo stato partecipe del processo di accertamento dei fatti, perché le prove assunte sono state solo quelle che ha portato la più diligente, la meglio assistita, la più capace delle parti, si trova alla conclusione del processo con elementi a disposizione tali per cui l'ordine suo di giustizia non può essere che quello corrispondente alla verità apparente».*

¹⁹ S. SATTA, *Prefazione* alla quinta edizione del *Manuale di diritto processuale civile*, 1956, XVII.

quel principio avrebbe dovuto attecchire in complesse, oscure ed intricate vicende aziendali a rischio di aggiramento delle tutele, quali l'unicità del soggetto imprenditoriale che si assuma fraudolentemente articolato in più soggetti; la *genuinità* degli appalti; la sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 2112 c.c. se invocato dai lavoratori rimasti dov'erano (mentre è il datore di lavoro a doverli provare nei confronti dei lavoratori mandati dove non volevano andare). Ed allora, in questi casi, potrebbero, ed anzi dovrebbero, riespandersi i poteri istruttori del giudice.

Ma bisogna volerlo.

E complessità, incertezza, confusione, elusione sono parole che fanno rima con conciliazione, più che con trattazione ed istruzione.

4. Contenzioso seriale e crisi del processo del lavoro

4.1. L'assalto dei dipendenti degli enti privatizzati (ferrovieri, postali & C.)

Dicevamo di atteggiamento, di motivazioni, di mentalità, di sensibilità, di *tensione ideale*, di protagonismo del giudice del lavoro. Di *habitus*, di *forma mentis*.

Ma in cinquant'anni tutto è cambiato. E già da molto tempo.

Per quanto poco, o per nulla, sia cambiato il processo del lavoro; le norme che lo regolano.

È il giudice del lavoro ad essere cambiato, ad essere stato indotto a cambiare. E senza un giudice del lavoro, così come se lo immaginavano i visionari riformisti del 1973, il processo del lavoro non può funzionare.

Ma quando e perché tutto è cambiato. Non tanto nel processo, quanto nella mente e nello spirito del giudice del lavoro?

Già molto era cambiato durante l'adolescenza del diritto del lavoro, al compimento della maggiore età del processo del lavoro.

La prima ondata di contenzioso, dovuta alla privatizzazione dell'Azienda autonoma ferrovie dello stato nel 1985, aveva già messo in crisi il processo del lavoro. Ma (almeno così si pensava, o si sperava) era stata soltanto l'alluvione vertenziale a provocare l'aumento della durata dei processi. Non «*un calo di tensione ideale*» del giudice del lavoro²⁰.

Altre privatizzazioni di soggetti pubblici sarebbero seguite: quella dell'Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni e dell'Azienda nazionale autonoma delle strade, trasformate in enti pubblici economici nel 1993 e nel 1994.

Ma non era solo un problema quantitativo.

La serialità spersonalizza il contenzioso, vi si smarrisce e dissolve la persona del lavoratore implicata nel rapporto di lavoro; e, magari, ad apparire debole e meritevole di tutela, è piuttosto chi subisce l'attacco seriale; che non è solo il datore di lavoro, ma

²⁰ A. PROTO PISANI, *Il processo del lavoro a diciotto anni dalla sua riforma*, in *Foro it.*, 1992, parte V, 81 e ss.

anche il giudice. Solidali nel subirlo. E nel difendersene. Se non altro per istinto di sopravvivenza.

4.2. Il temuto assalto dei dipendenti pubblici privatizzati e la linea Maginot

Ma c'è un'altra fatidica data da ricordare: quella del 30 giugno 1998. A quasi 27 anni dalla nascita del nuovo processo del lavoro.

Se tanto mi dà tanto, fatte le dovute proporzioni, ci si interrogava sgomenti, quanto inciderà sulla durata dei processi, e sull'efficienza della giustizia del lavoro, la devoluzione al giudice del lavoro delle controversie di lavoro dei dipendenti da pubbliche amministrazioni?

Delegato²¹ a «prevedere misure organizzative e processuali anche di carattere generale atte a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico del contenzioso», nonché «procedure stragiudiziali di conciliazione e arbitrato» il governo aveva reso obbligatorio il tentativo di conciliazione²², e previsto una serie di misure intimamente connesse per fronteggiare l'imponente contenzioso seriale provocato dalla controversa interpretazione di norme di contratto collettivo: il ricorso in cassazione per violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali²³; l'accordo di «interpretazione autentica del contratto collettivo» con effetto sulle controversie individuali in corso senza il consenso delle parti interessate²⁴; «l'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione del contratto collettivo»²⁵; la pubblicazione dei contratti collettivi e accordi nazionali nella Gazzetta ufficiale²⁶.

I focolai dovevano essere spenti prima che divampassero: o mediante interpretazione autentica provocata dal giudice, o, in difetto (ed in subordine), mediante un intervento nomofilattico accelerato e potenziato della Suprema Corte, esteso, per la prima volta, alle norme di contratto collettivo. E, dopo qualche anno, esteso ai contratti collettivi del settore privato²⁷.

Si volevano così neutralizzare «due conosciuti fattori di contenzioso seriale e di al-

²¹ Art. 11, comma 4, lett. g, legge n. 59/1997.

²² Art. 31, d.lgs. n. 80/1998.

²³ Art. 68, comma 5, d.lgs. n. 29/1993 nel testo introdotto dall'art. 29, d.lgs. n. 80/1998, ora art. 63, comma 5, d.lgs. 165/2001.

²⁴ Essendo stato abrogato, dall'art. 43, comma 1, d.lgs. n. 80/1998, il secondo comma dell'art. 53, d.lgs. n. 29/1993, ora art. 49, d.lgs. n. 165/2001.

²⁵ Art. 68 *bis*, d.lgs. n. 29/1993, introdotto dall'art. 30, d.lgs. n. 80/1998, ora art. 64, d.lgs. n. 165/2001.

²⁶ Art. 44, comma 6, d.lgs. n. 80/1998, ed ora art. 47, ultimo comma, d.lgs. n. 165/2001.

²⁷ Art. 8, d.lgs. n. 40/2006, che ha aggiunto all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., la previsione di un ricorso in cassazione per violazione o falsa applicazione anche delle norme «dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro» ed art. 18, del medesimo d.lgs. che ha inserito nel codice di procedura civile l'art. 420 *bis*, «Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi», chiaramente ispirato, ad iniziare dalla rubrica, all'art. 64, d.lgs. n. 165/2001, salva l'ovvia mancanza della fase diretta a promuovere l'accordo di interpretazione autentica, impensabile in un sistema di contrattazione collettiva di diritto comune.

terazione degli equilibri dei contratti collettivi: l'interpretazione giudiziale delle disposizioni contrattuali oscure e la sostituzione automatica delle disposizioni contrattuali in contrasto con norme imperative di legge»²⁸. E ciò per non compromettere il fine dichiarato della privatizzazione, accrescere l'efficienza della pubblica amministrazione e contenere la spesa personale, e per non infliggere, col trapasso di giurisdizione un colpo mortale all'efficienza di una pubblica amministrazione in particolare: quella giudiziaria.

L'idea di saltare qualche passaggio con un «rinvio pregiudiziale» alla Suprema Corte ha fatto breccia al di fuori del processo del lavoro.

Ed ecco, ora, l'art. 363 bis c.p.c. introdotto dall'art. 3, comma 27, d.lgs. n. 149/2022, indurre in tentazione il giudice di merito, che può sottrarsi al «dramma del giudizio», come lo chiamava Satta, qualora avesse la sfortuna di imbattersi in una questione di puro diritto, nuova, rilevante per il giudizio, complessa ed idonea a generare un contenzioso seriale.

Ma, stavolta, il giudice non deve, assumendosi le proprie responsabilità, decidere con sentenza parziale «impugnabile soltanto con ricorso immediato per cassazione da proporsi entro sessanta giorni» (artt. 64, comma 3, d.lgs. n. 165/2001 e 420 bis c.p.c.), ma solo individuare con ordinanza motivata la questione, recante «specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili» (quelle contrapposte delle parti) che sarà poi la cassazione a decidere, rompendo il ghiaccio.

4.3. La crisi di identità del giudice del lavoro: gli interessi *altri* da tutelare

Ma non è stato soltanto il timor panico del contenzioso seriale a mettere il giudice sulla difensiva.

Se si pensa alle finalità pubblicistiche della cosiddetta *privatizzazione*. Alla sua *ratio*.

Un diritto del lavoro nell'interesse della pubblica amministrazione. Anzi, nemmeno diritto del lavoro, ma un diritto dell'organizzazione del lavoro nella pubblica amministrazione.

Non è, ancora una volta, solo una questione quantitativa: è «*la pubblica amministrazione datrice di lavoro [...] il vero soggetto debole che la privatizzazione mira a tutelare, cosicché è parso persino inopportuno che le controversie promosse contro di essa venissero affidate ad un giudice ritenuto tradizionalmente orientato in favore del lavoratore*»²⁹.

A meno di non ritenere che «*la presenza dinanzi allo stesso giudice della P.A. dalla stessa parte degli altri datori di lavoro rafforzerà la posizione di questi ultimi e*

²⁸ Così, M. D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la «seconda privatizzazione» del pubblico impiego (osservazioni sui d.lgs. n. 396 del 1997, n. 80 del 1998 e n. 387 del 1998)*, in *Foro it.*, 1999, I, 621, 288, sul punto 298.

²⁹ Cfr. la risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura, in *Foro it.*, 1996, III, 56 ss., criticata da G. GAROFALO, *Il trasferimento di nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 3-4, 450, il quale sintetizza l'opinione «politica» del Consiglio superiore della magistratura con l'espressione virgolettata nel testo.

metterà in crisi l'ideologia della "giustizia del lavoro", che non si troverà più a dover scegliere tra due interessi, quello dell'operatore economico (nella logica del profitto) e quello del lavoratore (nella logica promozionale di classe), dei quali, quest'ultimo ha una valenza costituzionale superiore, ma a dover fare i conti con l'interesse pubblico, comunque sotteso a quello dell'Amministratore in giudizio»³⁰.

Se si considera la *ratio* dell'estensione del diritto del lavoro (efficienza, contenimento della spesa, flessibilità, intangibilità dell'organizzazione pubblica) il giudice, nel dubbio, deciderà in base al criterio del *favor* per la pubblica amministrazione.

E del resto non sono state estese ai pubblici dipendenti le tutele più *contensiogene*, ed in particolare la tutela reale per l'abuso delle «*forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale*» e per il *mansionismo*. Ciò che ha reso assai meno devastante del previsto l'impatto del contenzioso. Una certa predisposizione al rigetto dei ricorsi di lavoro pubblico a scopo antinflazionistico ha fatto il resto.

Anche con riferimento al personale delle società a controllo pubblico (che pubbliche amministrazioni non sono), focolai di contenzioso da abuso clientelare di forme flessibili di utilizzo del personale sono stati spenti dalla tendenza espansiva del regime pubblicistico anticonversione (benché non imposto dall'art. 97 Cost.), cui non sembra affatto estranea una preoccupazione deflativa del contenzioso.

Ma anche nel settore privato da tempo non si sa più bene cosa sia meglio per i lavoratori: se le tutele degli *insider* (attuate nel processo del lavoro) non finiscano per danneggiare gli *outsider*. I giuslavoristi più *illuminati*, aperti alle ragioni dell'economia, non hanno avuto dubbi. Ed hanno fatto proseliti.

È da tempo in discussione proprio il modello di tutela che il giudice del lavoro attua nel processo: basato su diritti indisponibili derivanti dalle norme inderogabili che regolano il rapporto di lavoro. Il *ricatto occupazionale* in un'economia globalizzata non ha argine nel diritto del lavoro nazionale. è piuttosto nel mercato che il lavoratore deve essere tutelato, «*rendendo più efficiente, coerente ed equo l'assetto degli ammortizzatori sociali e delle politiche attive in una prospettiva di universalizzazione e di rafforzamento dell'occupabilità delle persone*».

Troppe tutele sul (e del) posto di lavoro, a partire da quella reintegratoria (madre di tutte le tutele) impediscono al mercato del lavoro di funzionare: il «*governo ritiene che alla nozione di sicurezza data dall'inamovibilità del singolo rispetto al proprio posto di lavoro occorra sostituire un concetto di sicurezza conferito dalla possibilità di scelta effettiva nel mercato del lavoro*»³¹. Non solo *quel* governo. Tutti i governi succedu-

³⁰ Così, A. FRENI, *Impiego Pubblico e diritto comune del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1978, I, 318, 315, nel quadro di un esame delle «*logiche e degli interessi diversi e spesso contraddittori*» cui rispondono «*le spinte attrattive di questa materia dal giudice amministrativo al giudice ordinario*».

³¹ Così dalla Relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 848 che si proponeva di «*realizzare obiettivi di speciale importanza nell'ambito del disegno riformatore del mercato del lavoro in Italia contenuto nel "Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità" (ottobre 2001)*».

tisi, chi più chi meno. Anzi, più il governo è *pro labour* più passa liscia la riforma che fa crescere il mercato.

I giudici non potevano restare insensibili allo spirito del tempo.

Ed un accoglimento rischia di contraddirlo.

E così accade anche che tanto più un ricorso è fondato tanto più il giudice *spinge* per la conciliazione.

5. Crisi di identità del diritto del lavoro e processo del lavoro: la torbida stagione del diritto del lavoro dei consulenti del lavoro e dei giuslavoristi di prossimità

5.1. Le norme inderogabili sempre meno inderogabili

Già in occasione della maggiore età del processo del lavoro si era dovuto constatare essere «vero, infatti, che l'evoluzione del contenuto del contenzioso del lavoro ha di certo subito le conseguenze del mutarsi del contenuto della legislazione sostanziale (e della perdita di centralità della norma inderogabile) e del suo spostarsi «in una direzione che non è precisamente quella dei grandi obiettivi di emancipazione indicati dal capoverso dell'art. 3 Cost. »».

Ed eravamo appena agli inizi.

Il rapporto sinergico tra Statuto dei lavoratori (art. 18) e nuovo processo del lavoro era sotto gli occhi di tutti: «Una interessante indagine (Treu ed altri) ha dimostrato che lo Statuto dei lavoratori si è rivelato come una legge ad altro grado di effettività...l'introduzione del nuovo processo del lavoro, pur con tutti i suoi limiti di efficienza, ha aperto la strada ad un contenzioso di dimensioni e qualità nuovi...»³².

E poi «Non sono necessarie indagini sociologiche approfondite per ricordare che la dimensione di tutela dei diritti, mediante l'intervento del giudice, si sia affermata a seguito dell'introduzione della legge sui licenziamenti».

Prima, invece, si era constatato che una «proporzione elevatissima delle altre controversie (particolarmente quelle sulle retribuzioni e sulla qualifica) risulta spostata, artificiosamente, al momento successivo alla cessazione del rapporto. Ciò significa che, perdurando il rapporto stesso, e per cause facilmente intuibili (timore di licenziamento o di nocimento di carriera, soggezione riverenziale) vi è, di fatto, una sospensione delle garanzie legali offerte al lavoratore»³³.

L'art. 18 in particolare è stato il più formidabile strumento inflativo del contenzioso. Un fomentatore di cause. Anche in costanza di rapporto.

Ma evidentemente era troppo.

E persino il padre putativo sembrava avesse rinnegato la propria creatura: «lo statuto dei lavoratori presenta molti lati di ambiguità, perché nel momento in cui volle op-

³² M. D'ANTONA, *op. cit.*, 4.

³³ Relazione L. RUBINACCI, *op. cit.*, 66.